



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.



3 2044 075 174 839

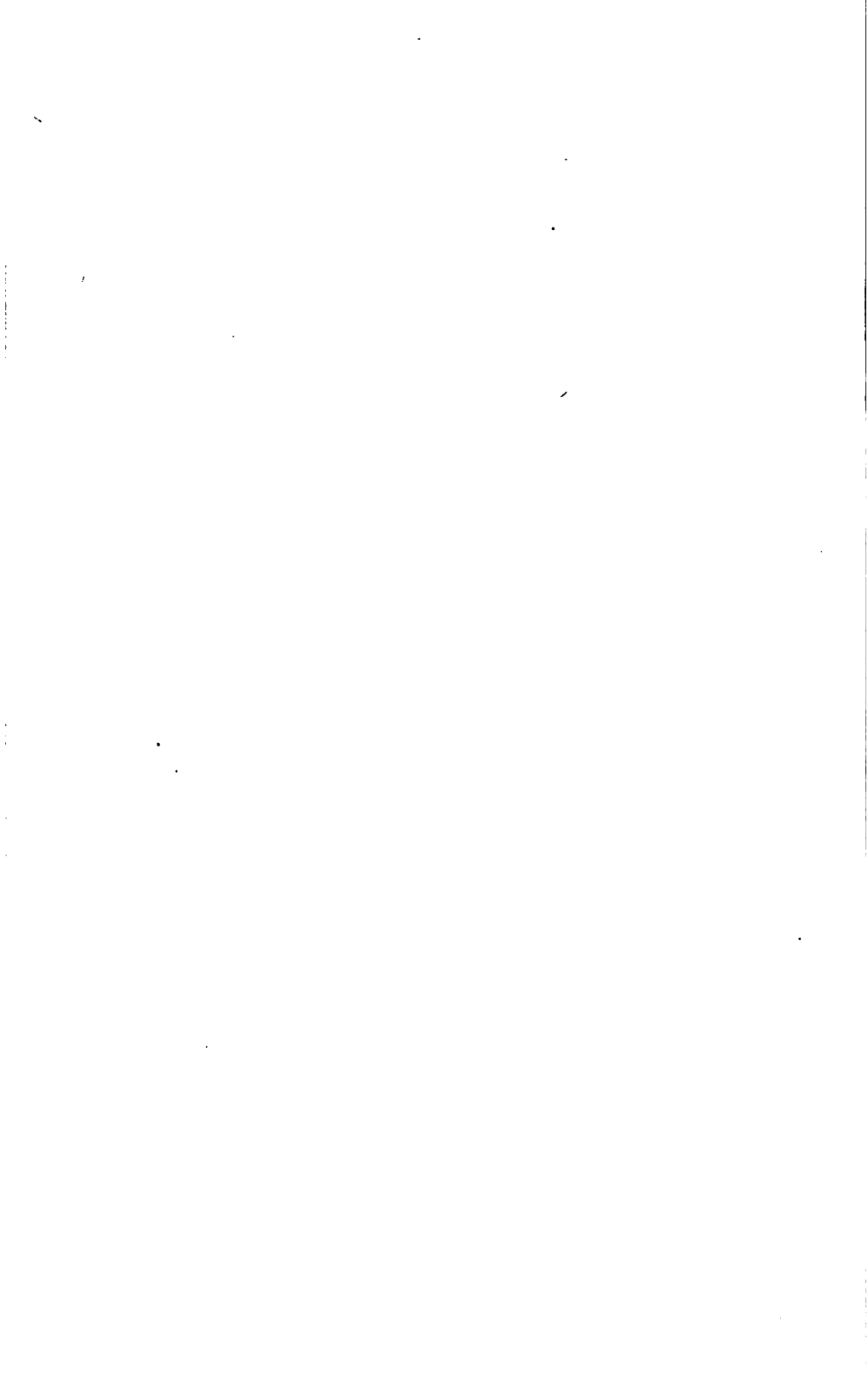
Bd. Aug. 1942



HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Received *Sept. 10. 1902*

Germany



June, 2

Lehrbuch
des
Pandektenrechts

von

Dr. Bernhard Windscheid
welchland Professor an der Universität Leipzig.

Erster Band.

Achte Auflage,

unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen
Rechts bearbeitet

von

Dr. Theodor Kipp
Professor an der Universität Erlangen.



Frankfurt a. M.
Literarische Anstalt.
Rütten & Loening.
1900.

+

Alle Rechte, einschließlich des Rechts der Uebersetzung, vorbehalten.

Rec. Sept. 10, 1902

Vorrede zur ersten Auflage.

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

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

Durch den zweiten der bezeichneten Gesichtspunkte war auch die Ausführlichkeit geboten, mit welcher hier auf die Literatur Rücksicht genommen ist. Doch machte die Massenhaftigkeit derselben eine Beschränkung unumgänglich nöthig. Demzufolge habe ich die ältere Literatur principiell ausgeschlossen; ich meine näher die Literatur vor Glück, über welche sich in dem Buche von Glück selbst Nachweisungen finden, die jedenfalls für den ersten Anlauf genügen. Auch die spätere

Literatur ist nicht mit unbedingter Vollständigkeit citirt, was gleichfalls unausführbar gewesen wäre; doch war mein Bestreben darauf gerichtet, einmal nichts Wesentliches zu übergehen, und sodann, in dem Genannten die Mittel zur Auffindung des nicht Genannten zu gewähren.

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

Im Uebrigen habe ich mich bemüht, möglichst deutsch zu reden, im Ausdruck wie in der Sache. Was den Ausdruck angeht, so bin ich nicht der Ansicht derjenigen, welche in der Festhaltung der römischen Terminologie auch für das heutige Recht kein Uebel, oder wohl gar einen Vorzug sehen. Ich meine, daß zu einer wahrhaften Verdeutschung des römischen Rechts auch das gehöre, daß ihm, soweit dieß ohne pedantischen Purismus möglich ist, das deutsche Wort geliehet werde. Jedenfalls sollen unsere Gesetzbücher deutsch reden, und wir werden nie vergessen dürfen, daß auf die Abfassung derselben die Lehrbücher zu allen Zeiten nicht unbedeutenden, mittelbaren oder unmittelbaren, Einfluß ausüben werden. Auch was die Sache angeht, ist überall mein Bestreben darauf gerichtet gewesen, die Rechtsätze, welche ich vorgetragen habe, ihrer specifisch römischen Erscheinungsform zu entkleiden, und ihren auch für uns noch lebendigen Kern herauszukehren. Von der anderen Seite werde ich keinen Tadel deswegen zu befahren haben, daß ich die römischen Rechtsätze, auch wo sie uns fremd anmuthen, als geltende vorgetragen habe, wenn ich einen besonderen Grund ihrer Nichtgeltung nicht nachweisen konnte. So lange das römische Recht in Deutschland gesetzliche Geltung hat, muß meiner Ansicht nach an diesem Principe festgehalten werden, wenn nicht eine unerträgliche Verwirrung entstehen soll. Freilich ist nichts so sehr, als die Durcharbeitung des recipirten fremden Rechts im Ganzen, geeignet, den Wunsch und die Sehnsucht zu erwecken und zu steigern, daß es uns endlich einmal beschieden sein möge, von so manchem innerlich abgestorbenen Rechtsatz in rascherer und sichererer Weise befreit zu werden, als dieß auf dem Wege eines Gewohnheitsrechts möglich ist, welches sich doch hauptsächlich auf die Wege der Praxis

angewiesen sieht, dieser so viel genannten, und doch, wie oft! unauffindbaren Praxis!

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

Legerssee, den 3. September 1862.

Aus der Vorrede zur vierten Auflage.

Mit den vorstehenden Worten ist der erste Band dieses Lehrbuchs im Jahre 1862 ausgegeben worden; der zweite Band folgte in den Jahren 1865 und 1866, der dritte 1870. Die zweite verbesserte Auflage erschien 1867, 1869, 1871. Die dritte Auflage, welche 1870 und 1871 erschienen ist, war ein Abdruck der zweiten mit Hinzugefügten Literaturangaben. Von dieser dritten Auflage ist ein wörtlicher Abdruck in den Jahren 1872 und 1873 ausgegeben worden. Die gegenwärtige Auflage, von welcher hiermit der erste Band erscheint, ist wieder eine vermehrte und verbesserte, oder vorsichtiger ausgedrückt, eine Auflage, welche ich zu verbessern bestrebt gewesen bin. Die inzwischen erschienene Literatur ist überall sorgfältig berücksichtigt, so daß ich nun wieder, im Großen und Ganzen, die Garantie übernehmen kann, daß, wer dieses Lehrbuch gebraucht, mit dem neuesten Stande der Literatur bekannt ist . . .

Leipzig, am Weihnachtsabend 1874.

[Aus der] Vorrede zur siebenten Auflage.

Die fünfte Auflage dieses Lehrbuchs ist 1879, die sechste 1887 erschienen. Die jetzt erscheinende siebente Auflage, welche die Verlags-handlung für wünschenswerth erachtet hat, ist der sechsten gegenüber

im Wesentlichen unverändert, aber mit Zusätzen versehen. Diese Zusätze erstreben eine vollständige Wiedergabe der inzwischen veröffentlichten Literatur und Praxis; auch fehlt es weder an Andeutungen über den Inhalt derselben, noch an kritischen Bemerkungen; aber ich habe nicht die Verantwortung für eine vollständige Einarbeitung, wie eine solche in früheren Auflagen vorliegt, übernehmen können. Die Zusätze sind als solche kenntlich gemacht.

Leipzig,
am Jahrestage der Wiederaufrichtung
des deutschen Reichs,
1891.

Bernhard Windscheid.

Vorrede des Herausgebers zur achten Auflage.

Das Unternehmen, Windscheids Pandekten in einer neuen Bearbeitung der juristischen Welt vorzulegen, wird keiner Rechtfertigung bedürfen. Wenn Windscheid in der Vorrede zur vierten Auflage schrieb: „Wer seine Kraft an ein Lehrbuch setzt, wird sich bescheiden müssen, für die Gegenwart zu arbeiten —“, wenn er der Befürchtung Ausdruck gab, nach der Vollendung des deutschen BGB. werde sein Werk „hinabsteigen in den Schooß der Vergangenheit und die Frucht langer und mühevoller Arbeit der Vergessenheit übergeben werden“, so ist im Widerspruch damit gewiß die einstimmige Ansicht der Fachgenossen die, daß bei weitem noch nicht die Zeit gekommen ist, Windscheids Lehrbuch bei Seite zu legen. Mit vollem Recht konnte Windscheid in derselben Vorrede voraussagen: „Wenn irgend etwas sicher ist in menschlichen Dingen, so ist das sicher, daß die wissenschaftliche Bearbeitung des neuen Gesetzbuches anknüpfen wird an die Wissenschaft die vor demselben gewesen ist“. In der That: jede tiefere Erkenntniß des deutschen Bürgerlichen Rechts wird für alle Zeiten in der Betrachtung des bisherigen gemeinen Rechts eine ihrer wesentlichsten Grundlagen zu suchen haben. Jeder Praktiker wird noch auf lange Zeit hinaus die Kenntniß des gemeinen Rechts schon zu dem unmittelbaren Zwecke der Entscheidung solcher Streitfälle nicht entbehren können, deren Wurzeln in der Zeit vor dem Inkrafttreten des deutschen BGB. liegen. Die Vorlesungen über

Pandektenrecht sind formell aus dem Lehrplan der deutschen Universitäten verschwunden, aber der Sache nach leben sie fort, theils in der Vorlesung über das System des römischen Privatrechts, theils in der Befolgung der Anforderung, daß die Vorlesungen über deutsches bürgerliches Recht in eingehender dogmengeschichtlicher Entwicklung gehalten werden sollen. Solange man aber der Kenntniß des Pandektenrechts bedarf, wird man auch des Windscheid als seiner hervorragendsten, seiner genauesten, reichhaltigsten Darstellung nicht entzathen können.

Den ehrenvollen Auftrag der Familie Windscheid, die neue Auflage herzustellen, habe ich nicht ohne Zagen und Sorgen angenommen. Denn ich konnte mir die großen Schwierigkeiten, mit welchen ich bei der Lösung dieser Aufgabe zu kämpfen haben würde, nicht verhehlen und die Gefahr nicht verkennen, welcher sich der Neubearbeiter eines classischen Wertes von allererstem Range aussetzt, indem er es wagt, seine bescheidene Arbeit mit der eines unsterblichen Meisters in Verbindung zu bringen und hierdurch zu beständiger Vergleichung herauszufordern. Ich habe mich aber gleichwohl der gestellten Aufgabe unterzogen, weil die unauslöschliche Dankbarkeit und Verehrung des Schülers, welche ich für Bernhard Windscheid hege, mir die Pflicht auferlegte, mich solchem Dienste an seinem Werk nicht zu versagen, und weil ich vertraute, daß jene Vergleichung nicht unbillig gegen mich werde ausgeübt werden, wenn ich mit treuem Fleiße und gebührender Schonung des Werkes bei der Bearbeitung verfahren würde. Beides glaube ich gethan zu haben.

Dem Arbeitsplan hat vor allen Dingen zur Richtschnur gedient die Warnung, welche ein hervorragender Fachgenosse in einem Gutachten über die geplante Neubearbeitung ausgesprochen hatte: der Bearbeiter werde sich hüten müssen, Windscheids Meisterwerk hinwegzujucken. Man wird finden, daß nach dieser Richtung wenigstens die vorliegende Gestaltung des Werks kein Vorwurf trifft.

Der bisherige Text ist nahezu vollständig unverändert erhalten geblieben. Druckfehler und sonstige hie und da auftretende offenbare Unrichtigkeiten sind stillschweigend berichtigt worden. In Bezug auf die Anmerkungen ist die Frage ernstlich erwogen worden, ob es nicht im Interesse der Raumgewinnung rathsam sei, die bisherigen Literaturnachweisungen und Besprechungen, soviel die älteren Erscheinungen angeht, wesentlich zu beschneiden. Allein wie allgemein anerkannt ist, liegt einer

der Hauptvorzüge von Windscheid's Werk darin, daß es eine außerordentlich reichhaltige Dogmengeschichte des neunzehnten Jahrhunderts giebt, und ich habe mich deshalb entschlossen, das Werk auch nach dieser Richtung hin intact zu lassen. Nur an wenigen Stellen sind Anführungen von Arbeiten gestrichen, die Windscheid selbst als werthlos bezeichnet hatte, und für welche kein Vertheidiger aufgetreten war. Auch die Angaben, welche Windscheid hie und da über die innere Entwicklung seines eigenen Wertes von Auflage zu Auflage macht, schienen mir von dauerndem Werth und sind deshalb erhalten geblieben. Ebenso sind die gelegentlichen persönlichen Bemerkungen, wenn sie sich auch auf längst verjährten Streit beziehen, doch für den vornehmen Geist des Verfassers charakteristisch und deshalb aufrecht erhalten.

Die wünschenswerthe Verkürzung der bisherigen Noten ist auf einem anderen, sachlich unbedenklichen Wege angestrebt worden. Die literarischen Anführungen namentlich aus Zeitschriften sind in einer stärker abgekürzten Form gegeben. In den Fällen, in denen Windscheid Entscheidungen des Reichsgerichts nebeneinander aus der officiellen Sammlung und aus Seufferts Archiv angeführt hatte, ist bei der gleichmäßigen Verbreitung beider Sammlungen eine Anführung für genügend erachtet und daher das Citat aus Seufferts Archiv gestrichen worden, weil regelmäßig die Wiedergabe in der officiellen Sammlung die ausführlichere ist; nur in einzelnen Fällen ist die Doppelanführung aufrecht erhalten, weil sie ein besonderes sachliches Interesse zu haben schien. Wenn Werke in mehreren Auflagen nebeneinander angeführt waren, ist es nicht immer für erforderlich erachtet, auch die älteren Anführungen stehen zu lassen. In den Anführungen aus den Quellen sind die Titeldrubriten der justinianischen und canonischen Rechtsbücher gestrichen und die Anführungen nur mit Zahlen gegeben, eine Weise, die sich in neueren Werken mehr und mehr einbürgert und die auch für die Benutzung des Buches einen kleinen Vortheil mit sich führt, weil bei dieser Citirmethode natürlich auch das oft genug unbequeme h. t. durch die Titelzahl ersetzt wird. Ferner hat man sich erlaubt, in den Anmerkungen Wort und Silbe Recht (recht) in den zahllosen Fällen ihrer technischen Verwendung nur durch R (r) wiederzugeben zu lassen. Durch diese kleinen Mittel ist bei voller Wahrung des sachlichen Bestandes der Noten eine Verkürzung derselben um mindestens ein Zehntel ihres bisherigen Umfanges erreicht worden. Gestrichen sind endlich die Zeichen [], mit denen die Zusätze der

siebenten Auflage gegenüber der sechsten kenntlich gemacht waren, weil dieselben Zeichen für die Zusätze der 8. Auflage gebraucht werden sollten, und es nicht erforderlich schien, eine besondere Kennzeichnung der Zusätze der siebenten Auflage noch beizubehalten.

Eingefügt sind in das Werk zunächst die gedruckten Nachträge der siebenten Auflage und zwar ohne Kennzeichnung. Es hat aber bei der Bearbeitung auch ein Handexemplar Windscheids vorgelegen, in welchem derselbe nicht wenige schriftliche Bemerkungen gemacht hat. Insoweit es sich dabei um Druckfehlerberichtigungen handelt, sind diese stillschweigend zur Ausführung gebracht. Regelmäßig aber handelt es sich um Zusätze aus Anlaß der neueren Literatur und Judicatur. Wenn solche Zusätze bereits in den gedruckten Nachträgen Erwähnung gefunden hatten, konnten sie im Allgemeinen nicht weiter zur Geltung kommen; in manchen Fällen dagegen, in denen der handschriftliche Zusatz weitergeht, als der gedruckte Nachtrag, ist jener statt dieses zu Grunde gelegt. Zum größten Theile indessen sind die handschriftlichen Bemerkungen den gedruckten Nachträgen gegenüber ganz selbständig. Nicht immer erschien sicher, daß die Bemerkung von Windscheid zur demnächstigen Aufnahme in das Werk bestimmt war; es kommt sogar vor, daß das Gegentheil ausdrücklich in Aussicht gestellt ist. In allen Fällen des Zweifels aber ist die Bemerkung lieber aufgenommen als fortgelassen. Alle Zusätze, welche aus den handschriftlichen Notizen Windscheids stammen, sind mit [[]] bezeichnet worden; man wird aus diesen Zusätzen sehen, wie unablässig Windscheid noch in seinen letzten Jahren an der Fortführung seiner Lebensarbeit thätig gewesen ist. Redactionell bedurften die handschriftlichen Bemerkungen zum Theil einer leichten Uebersetzung, um sie druckfertig zu machen. Auch ergab die Nachprüfung zuweilen Schreibfehler in den Citaten. In diesen Richtungen habe ich stillschweigend eingegriffen; denn es wäre wenig angezeigt gewesen, im Streben nach philologischer Genauigkeit die Privatnotizen Windscheids buchstäblich wiederzugeben und etwa nöthige Berichtigungen daneben zu stellen. Außer dem Handexemplar stand mir eine handschriftliche Kritik Windscheids zu Iherings Besitzlehre zur Verfügung, welche ich wegen ihres besonderen Werthes ganz habe zum Abdruck bringen lassen (I § 148^{4a}).

Sodann bin ich nach besten Kräften bemüht gewesen, das Werk durch Nachträge aus der Reichsgesetzgebung, durch Nachweisung der

neueren und neuesten Literatur, einschließlich der Rechtsprechung zu ergänzen. Ins einzelne gehende Mittheilungen über den Inhalt der literarischen Erscheinungen und Stellungnahme dazu wird man im allgemeinen Theile zahlreicher finden, als in den späteren Abschnitten des Werkes. Ich habe mir in dieser Beziehung in den späteren Abschnitten größere Sparsamkeit zur Pflicht machen müssen, um ein gar zu unbilliges Anschwellen des Buches zu vermeiden, und ich sah im Laufe der Arbeit ein, daß die Bemerkungen zum BGB. bei allem Streben nach Beschränkung doch weit mehr Raum forderten, als ich ursprünglich angenommen hatte. Polemik gegen Windscheid ohne Anlaß in neueren literarischen Erscheinungen habe ich nur in ganz wenigen Fällen für erlaubt gehalten.

Anlangend die Behandlung des BGB., so war der Grundplan, die Stellung des BGB. zu den Materien des Pandektenrechts durch gedrängte Bemerkungen — in kleinerer Schrift am Fuße jedes Paragraphen oder jedes geeigneten Abschnitts eines Paragraphen oder einer zusammenhängenden Reihe von Paragraphen — anzugeben. Danach konnte die Darstellung auf solche Gegenstände des BGB., welche außer Zusammenhang mit dem gemeinen Rechte stehen (wie Immobilienrecht, Inhaberpapiere) nicht oder nur andeutungsweise eingehen. Bei denjenigen Materien dagegen, für welche das Pandektenrecht entweder die wesentliche Grundlage des BGB. ist, oder doch fruchtbare Anknüpfungspunkte der Vergleichung mit demselben bietet, bin ich bemüht gewesen, nicht nur über den unmittelbaren Inhalt des BGB. vergleichend zu berichten, sondern auch, soweit der Raum es zuzulassen schien, es an weiteren Ausführungen darüber nicht fehlen zu lassen. Dabei sind die Materialien des BGB. insoweit herangezogen, als es zur Aufklärung und zur Unterstützung der aufgestellten Behauptungen erforderlich schien. Fortlaufende Nachweisungen über die Materialien mußte ich den selbständigen Werken über das BGB. überlassen. In Bezug auf die Literatur des BGB. bin ich darauf ausgegangen, die wissenschaftliche Specialliteratur zu den einzelnen Gegenständen mit der mir erreichbaren Vollständigkeit anzumerken. Regelmäßige Citate aus den Gesammtdarstellungen des bürgerlichen Rechts dagegen habe ich nicht gegeben. Auseinandersetzungen mit den Ansichten Anderer habe ich vorgenommen, wo sie mir nothwendig erschienen und soweit der Raum es duldete. Hätte ich einen vollständigen, berichtenden und kritisirenden Apparat aus der Literatur des BGB. hinzufügen wollen, so würden die Bemerkungen

zum BGB. einen Umfang angenommen haben, der jedes dem vorliegenden Werk zuzumuthende Maß bedeutend überschritten haben würde; mußte ich doch immer bedenken, daß das bürgerliche Recht im vorliegenden Werke nicht selbständig, sondern nur in Unterordnung unter das Pandektenrecht zur Darstellung kommen sollte und konnte.

Sämmtliche vom Herausgeber herrührende Zusätze sind mit [] bezeichnet worden. Durch solche Zusätze ist der I. Band umgerechnet die Kürzungen seines bisherigen Bestandes von 758 Seiten auf 1141 Seiten angewachsen, die in dem jetzigen II. Bande enthaltenen Theile des bisherigen II. Bandes von 718 Seiten auf 1071 Seiten. Ich hebe dieß nicht hervor, um mich damit zu rühmen, sondern weil man zugeben wird, daß eine noch größere Vermehrung des Inhalts des Buches von demselben nicht hätte getragen werden können. Der jetzige II. Band enthält nur das Obligationenrecht. Das Familienrecht ist dem III. Bande zugetheilt, im Interesse der gleichmäßigeren Stärke der drei Bände und im Interesse der Bequemlichkeit der Leser, da Familienrecht und Erbrecht innig zusammengehören. Daß auch das Vormundschaftsrecht dem Zusammenhange des Familienrechts vorbehalten wurde, ist die einzige Abweichung von dem System Windschoids, welche ich mir erlaubt habe. Ich glaube, es wird heutzutage nur eine Stimme darüber sein, daß das Vormundschaftsrecht im Familienrecht seine natürliche Stelle findet, und jedenfalls liegt für den Gebrauch des Buches in dieser Aenderung eine Erleichterung.

Noch bemerkte ich, daß die Columnentitel als reine Aeußerlichkeit betrachtet worden sind und deßhalb nach Bedarf anders gefaßt wurden, ohne daß es erforderlich schien, die Aenderungen als solche zu kennzeichnen; ich glaube in manchen Partien des Werkes durch eine mehr ins Einzelne gehende Gestaltung der Columnentitel das rasche Nachschlagen erleichtert zu haben.

Die Bearbeitung der neuen Auflage begann im Frühjahr 1896, der Druck im Herbst 1896, und es war der ursprüngliche Plan, alle drei Bände bis Frühjahr 1898 fertigzustellen und herauszugeben. Allein die Arbeit erwies sich sehr viel größer, als man angenommen hatte; unvorhergesehene Behinderungen theils des Herausgebers, theils der Druckerei traten dazwischen, und so konnte zu Ostern 1898 nur der erste Band, und jetzt der zweite abgeschlossen werden. Ueber die damit verbundenen Nachtheile bin ich mir klar. Es hat einer großen Reihe von Nachträgen bedurft, um die Literaturnachweisungen auf den

gegenwärtigen Stand zu bringen, und gar manches möchte ich nunmehr umarbeiten können. Dieß ist unmöglich, und ich muß das Buch hinausgehen lassen in der Gewißheit, daß seine alten Vorzüge nicht zerstört sind, sowie in der Hoffnung auf eine nachsichtige Beurtheilung meines Antheils an demselben und darauf, daß dasjenige, was ich hinzugethan, auch in der vorliegenden Gestalt wenigstens einige brauchbare Beihülfe zum Studium des Civilrechtes im Allgemeinen und des bürgerlichen Rechts des deutschen Rechtes zu leisten geeignet ist.

Der dritte Band ist soweit vorbereitet, daß ich zuverlässig hoffen darf, sein Erscheinen werde im Herbst dieses Jahres erfolgen können. Diesem Bande wird, wie in der vorigen Auflage, das Sach- und Quellenregister über alle drei Bände beigegeben werden.

Erlangen, 24. März 1900.

Theodor Sipp.

Abkürzungen.

Die Lehr- und Handbücher von Seuffert, Buchta, Dangerow, Rierulff, Savigny, Sintenis, Arndts, Brinz, Keller, Böding, Wächter, Dernburg, Wendt, Beller, Unger, [Hölder, Regelsberger] (I S. 53 fg.) [auch die italienische Uebersetzung des gegenwärtigen Werks von Fadda und Bensa (§ 14^o)] sind (regelmäßig) bloß mit dem Namen ihrer Verfasser citirt. Ebenso die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Gerber, Beseler, Stobbe, Roth, [Gierke].

Die Reichsgesetzbücher sind bezeichnet wie folgt:

- RGW. Reichshandelsgesetzbuch.
- RD. Reichswchselordnung.
- RPD. Reichscivilproceßordnung.
- RD. Reichsconcursoordnung.
- StGB. Reichsstrafgesetzbuch.
- StPD. Reichsstrafproceßordnung.
- [GewD. Reichsgewerbeordnung.
- BGB. Bürgerliches Gesetzbuch.]

Die citirten Entscheidungen des Reichsgerichts (RG.) sind, wo nichts Anderes bemerkt ist, die Entscheidungen in Civilsachen.

[Sf. = Seuffert's Archiv (I § 5⁷).]

Das Citat Mandry ohne Zusatz geht auf dessen Schrift: der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze (f. § 6a¹⁴) [4. Aufl. bearbeitet von Geib erschien 1898], das Citat: Rechtslexicon ohne Zusatz auf das Rechtslexicon von Weiske.

Das Citat: Zeitschrift der Savigny-Stiftung [Sav.-ZS.] bezeichnet, wo nichts Anderes bemerkt ist, den romanistischen Theil derselben.

- | | | |
|-------------------|----------|--|
| [ABR.] | bedeutet | Archiv für bürgerliches Recht (§ 12a, 10). |
| AR. | " | Archiv für öffentliches Recht. |
| APra. | " | Archiv für die civilistische Praxis (§ 12a, 6). |
| APraktRW. | " | Archiv für praktische Rechtswissenschaft (§ 12a, 7). |
| Arch. giur. | " | Archivio giuridico (§ 12a, 14). |
| ZBl. f. RW. | " | Centralblatt für Rechtswissenschaft (§ 12a, 19). |
| Grünh. ZS. | " | Grünhuts Zeitschrift für das Privat- u. öffentl. R. d. Gegenwart (§ 12a, 9). |
| kr. BZS. | " | kritische Vierteljahrschrift (§ 12a, 18). |
| ZS. f. CP. | " | Zeitschrift für deutschen Civilproceß (§ 12a, 13). |
| ZS. f. CR. u. Pr. | " | Zeitschrift für Civilrecht und Proceß (§ 12a, 4). |
| ZS. f. HR. | " | Zeitschrift für Handelsrecht (§ 12a, 11).] |

Inhaltsverzeichnis zum ersten Band.

§	Einleitung.	Seite
1—2.	I. Begriff des Pandektenrechts	1
3—5.	II. Quellen des Pandektenrechts	8
6.	III. Bedeutung des Pandektenrechts	17
6a.	IIIa. Das Reichscivilrecht	19
6b.	IIIb. Geltung des Pandektenrechts nach dem Inkrafttreten des BGB.	28
7—12a.	IV. Literatur	41
13.	V. Anordnung der Darstellung	57

Erstes Buch.

Von dem Rechte überhaupt.

Erstes Kapitel. Quellen des Rechts.

14.	I. Gesetz	59
	II. Gewohnheitsrecht	
15.	A. Begriff und Grund seiner Verbindlichkeit	63
16.	B. Erfordernisse des Gewohnheitsrechts	69
17.	C. Erkenntniß des Gewohnheitsrechts	75
18.	D. Kraft des Gewohnheitsrechts	76
19.	Autonomie. Observanz	79

Zweites Kapitel. Auslegung und wissenschaftliche Behandlung des Rechts.

	I. Auslegung und wissenschaftliche Behandlung des Rechts überhaupt.	
20.	Begriff der Auslegung. Wissenschaftliche Auslegung und s. g. Legalinterpretation	81
21—22.	Grammatische und logische Auslegung. (Gesetzes-) Analogie	82
23.	Lücken und Widersprüche. (Rechts-) Analogie	90
24.	Wissenschaftliche Behandlung des Rechts	93
25—26.	II. Auslegung des Pandektenrechts insbesondere	95

Drittes Kapitel. Gegensätze im Recht.

27.	Gebietende, verbietende, erlaubende Rechtsätze. Verneinende und declaratorische Rechtsätze	99
28.	Strenges und billiges Recht	101
29.	Regelgemäßes und regelwidriges Recht. Privilegium	108
30.	Zwingendes und nachgiebiges Recht	106

§		Seite
	Viertes Kapitel. Gebiet des Rechts.	
31—33.	I. Zeitliche Grenzen	108
34—35.	II. Räumliche Grenzen	117
36.	Wohnsitz	127

Zweites Buch.

Von den Rechten überhaupt.

Erstes Kapitel. Begriff und Arten der Rechte.

37.	Begriff des Rechts	130
37a.	Rechtsverhältniß. Rechtsinstitut	139
38—39.	Dingliche und persönliche Rechte	140
40.	Rechte an der eigenen Person	146
41.	Absolute und relative Rechte	149
42.	Vermögensrechte	150
43.	Die Ansprüche	155
44.	Die römische actio	160
45.	Actio in rem und in personam	165
46.	Actio stricti iudicii und actio bonae fidei, actio arbitraria	168
47—48.	Die Einreden	173
48a.	Rechte an Rechten	184

Zweites Kapitel. Das Rechtssubject.

I. Vom Rechtssubject im Allgemeinen.

49.	Natürliche und juristische Person. Subjectlosigkeit des Rechts	186
50.	Unbestimmtheit des Rechtssubjects	194
51.	Mehrheit der Rechtssubjecte	196

II. Der Mensch als Rechtssubject.

52—53.	A. Beginn und Ende der menschlichen Persönlichkeit	198
	B. Rechtlich in Betracht kommende Verschiedenheiten der Menschen.	
54.	Geschlecht, Alter, Gesundheit	204
55.	Religiöses Bekenntniß: Staatsangehörigkeit; Wohnsitz; Hausunterthänigkeit; Stand	208
56.	Die bürgerliche Ehre	210
56a—56b.	Verwandtschaft und Schwägerschaft.	213

III. Die juristische Person.

57.	A. Begriff und Arten	219
	B. Rechtsverhältniß.	
58.	1. Die juristische Person als Rechtssubject	225
59.	2. Handlungen der juristischen Person	230
60.	C. Entstehung	239
61—62.	D. Ende	245

§	Seite
Drittes Kapitel. Entstehung, Untergang, Veränderung der Rechte.	
I. Allgemeines.	
63.	Die Begriffe 254
64.	Veränderung der Rechte im Besonderen 255
65.	Abschwächung der Rechte 259
66.	Erwerb und Verlust der Rechte 260
67-68.	Die juristischen Thatfachen 262
II. Die Rechtsgeschäfte.	
69.	A. Begriff und Arten 266
	B. Erfordernisse ihrer Gültigkeit.
70.	Einleitung 275
71.	1. Handlungsfähigkeit 277
72.	2. Form der Willenserklärung 286
73-74.	3. Willenserklärung durch Andere 295
74a.	Willenserklärung an Vertreter 319
75-77.	4. Wirklichkeit des erklärten Willens 321
	5. Motive des Willens.
78-79a.	Irrthum. Betrug 343
80.	Zwang 353
81.	6. Inhalt des Rechtsgeschäfts 358
	C. Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte.
82.	1. Begriff und Arten 360
83.	2. Heilung 372
83a.	3. Einfluß eiblicher Beförderung auf die Ungültigkeit 376
	D. Wirkung der Rechtsgeschäfte
84-85.	1. Im Allgemeinen 378
	2. Selbstbeschränkungen der Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte.
	a. Bedingung.
86-87.	α. Begriff und Arten 384
	β. Wirkung.
88.	aa. Im Allgemeinen 393
89.	bb. Zustand während des Schwebens der Bedingung 395
	cc. Zustand nach Erfüllung der Bedingung.
90.	αα. Ueberhaupt 402
91.	ββ. Hat die erfüllte Bedingung rückwirkende Kraft? 404
92.	γγ. Wann ist die Bedingung als erfüllt anzusehen? 409
93-94.	γ. Besonderes in Betreff besonderer Bedingungen 413
95.	δ. Statthaftigkeit der Bedingungen 425
96-96a.	b. Befristung 427
97-100.	c. Voraussetzung 435

§		Seite
101.	III. Unerlaubtes Verhalten	446
	IV. Der Einfluß der Zeit auf die Entstehung, den Untergang und die Veränderung der Rechte.	
102.	A. Im Allgemeinen	455
103—104.	B. Bestimmung und Berechnung der Zeit.	458
	C. Verjährung.	
105.	1. Im Allgemeinen	468
	2. Die Verjährung der Ansprüche	
106.	Einleitung	472
	a. Erfordernisse.	
107.	α. Unbefriedigkeit des Anspruchs. Beginn der Anspruchsverjährung	476
108—109.	β. Nichtausübung des Anspruchs	488
110.	γ. Zeitablauf	498
111.	δ. Redlichkeit der Verpflichteten	496
112.	b. Wirkung	497
113.	3. Die unvorbenliche Verjährung	508
	V. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.	
114.	A. Begriff und Wesen	507
	B. Voraussetzungen.	
115.	1. Eine benachteiligende rechtliche Wirkung	509
	2. Ein rechtfertigender Grund.	
116.	a. Ueberhaupt	512
117.	b. Minderjährigkeit	514
118.	c. Zwang, Betrug, Irrthum	516
119.	d. Wiedereinsetzung gegen Verschümnisse	518
120.	C. Die Wiedereinsetzung selbst	521
Viertes Kapitel. Ausübung, Verletzung, Schutz der Rechte.		
121.	I. Ausübung der Rechte	525
122.	II. Rechtsverletzung	532
123.	III. Selbsthülfe	538
	IV. Einfluß des Processes auf die Gestaltung des materiellen Rechtsverhältnisses.	
124—126.	A. Der Beginn des Processes	544
	B. Das Urtheil.	
127.	Einleitung	556
128.	Voraussetzung der Verurtheilung	560
129—132.	Rechtskraft des Urtheils	564
133.	Anhang. Der Beweis	589
134.	V. Cautionen	595
135—136a.	Anhang zum 2. Buche. Von den Privilegien	598

Drittes Buch.**Das Sachenrecht.****Erstes Kapitel. Allgemeines.**

	I. Begriff und juristisch bedeutende Verschiedenheiten der Sachen.	
137.	Begriff der Sache. Körperliche und unkörperliche Sachen	603
138.	Einfache und zusammengesetzte Sachen	606
139.	Bewegliche und unbewegliche Sachen	610
140.	Verbrauchbare, abnützbar, Sachen	613
141.	Gattungs- oder vertretbare, nicht vertretbare Sachen	614
142.	Sachtheile	616
143.	Zubehörungen	620
144.	Organische Erzeugnisse und Früchte	623
145—147.	II. Rechtsverhältnisse an Sachen	629

Zweites Kapitel. Der Besitz.

	I. Begriff und rechtliche Bedeutungen des Besitzes.	
148—150.	A. Sachbesitz	640
151.	B. Rechtsbesitz	661
152.	II. Möglichkeit des Besitzes	663
153—154.	III. Erwerb des Besitzes	667
155.	Erwerb des Besitzes durch Stellvertreter	678
156—157.	IV. Verlust des Besitzes	701
	V. Schutz des Besitzes.	
158.	Einleitung	710
159.	A. Schutz des Besitzes gegen Störung	712
	B. Schutz des Besitzes gegen Entziehung.	
	1. Das reine römische Recht.	
160.	a. Der Interdictenschutz	722
161.	b. Der Conditionenschutz	728
162—162a.	2. Nachrömische Fortbildungen	731
163—164.	VI. Rechtsbesitz	740
165.	Drittes Kapitel. Die Rechte an Sachen im Allgemeinen	750
166.	Rechtlicher Erwerb	754

Viertes Kapitel. Das Eigentum.

167—168.	I. Begriff, Inhalt, Gegenstand	755
169.	II. Gesetzliche Beschränkungen des Eigentums	760
169a.	III. Miteigentum	770
	IV. Erwerb des Eigentums.	
170.	A. Uebersicht über die verschiedenen Eigentumserwerbarten	777
171—172.	B. Eigentumsübergang durch den Willen des bisherigen Eigentümers	779
172a.	Veräußerungsverbote	795
173.	C. Eigentumserwerb durch Richterpruch	801
174.	D. Eigentumserwerb durch Gesetz	808

§		Seite
	E. Erfindung.	
176.	Einleitung	806
	1. Erfordernisse der ordentlichen Erfindung.	
176a.	a. Besitz	807
176—177.	b. Redlicher Besitz (guter Glaube)	809
178—179.	c. Gerechtfertigter Besitz (Titel)	814
180—181.	d. Dauer des Besitzes	820
182.	e. Ausnahmen	825
183.	2. Erfordernisse der außerordentlichen Erfindung.	829
184.	F. Eigentumserwerb an herrenlosen Sachen	835
185.	G. Eigentumserwerb an neuentstandenen Sachen	844
186.	Organische Erzeugnisse	846
187.	Arbeitsproducte	857
188—190.	H. Eigentumserwerb durch Verbindung	861
191.	V. Verlust des Eigentums	873
	VI. Der Eigentumsanspruch.	
192.	Einleitung	874
	A. Der Eigentumsanspruch wegen Vorenthaltung der Sache.	
193—194.	1. Gegenstand	874
195.	2. Gegenansprüche	882
196.	3. Voraussetzungen	887
197.	4. Einreden	891
198.	B. Der Eigentumsanspruch wegen Eingriffs	895
199.	Der Anspruch des redlichen Erwerbers	901
	Fünftes Kapitel. Die Dienstbarkeiten.	
200.	I. Begriff	906
201.	II. Arten	910
	III. Die einzelnen Dienstbarkeiten.	
	A. Die persönlichen Dienstbarkeiten.	
202.	1. Von den persönlichen Dienstbarkeiten überhaupt	913
	2. Die einzelnen persönlichen Dienstbarkeiten.	
203—205.	a. Der Nießbrauch	916
206.	Uneigentlicher Nießbrauch	928
207.	b. Das Gebrauchsrecht	938
208.	Habitatio und operae	941
	B. Die Grunddienstbarkeiten.	
209—210.	1. Allgemeines	944
	2. Die einzelnen Grunddienstbarkeiten.	
211.	a. Felddienstbarkeiten	952
211a.	b. Gebäudedienstbarkeiten	954
	IV. Begründung der Dienstbarkeiten.	
212.	A. Durch den Willen des Eigenthümers	962
213.	B. Durch Erfindung	969
214.	C. In anderer Weise	973

§		Seite
215—216.	V. Aufhebung der Dienstbarkeiten	973
217.	VI. Der Dienstbarkeitsanspruch	984
	Sechstes Kapitel. Emphyteusis und Superficies.	
218.	Einleitung	987
	I. Die Emphyteusis.	
219 220.	A. Rechte und Pflichten des Emphyteuten	990
221.	B. Begründung der Emphyteusis	994
222.	C. Beendigung der Emphyteusis	997
223.	II. Die Superficies	999
	Siebentes Kapitel. Das Pfandrecht.	
224.	I. Begriff und Wesen	1004
225 - 226.	II. Verhältnis des Pfandrechts zur Forderung	1008
226a - 228.	III. Gegenstand des Pfandrechts	1017
	IV. Entstehung des Pfandrechts.	
229.	A. Von den Entstehungsgründen des Pfandrechts im Allgemeinen	1029
230.	B. Entstehung des Pfandrechts durch Vertrag	1030
231 - 232.	C. Entstehung des Pfandrechts durch Rechtsfak	1036
233.	D. Richterliches Pfandrecht	1044
233a - 233b.	E. Erwerb bestehender Pfandrechte	1049
	V. Inhalt des Pfandrechts.	
233c.	Einleitung	1058
	A. An körperlichen Sachen.	
234.	1. Recht des Besitzes	1058
235 236.	Pfandanspruch und Pfandklage	1062
237 238.	2. Recht des Verkaufs	1074
239.	B. An unkörperlichen Sachen	1086
	VI. Mehrheit der Pfandrechte.	
240 - 241.	A. Rechtsverhältnis	1097
	B. Rang der Pfandrechte.	
242 244.	1. Zeitverhältnis	1101
245.	2. Vorzug des öffentlichen Pfandrechts	1109
246.	3. Pfandprivilegien	1111
247.	C. Uebergang des Ranges	1115
	VII. Beendigung des Pfandrechts.	
248.	A. Beendigungsgründe, welche das Pfandrecht mit anderen Rechten gemein hat	1116
249.	B. Beendigungsgründe, welche dem Pfandrecht eigentümlich sind	1124

Einleitung.

I. Begriff des Pandektenrechts.

§ 1.

Unter Pandektenrecht wird verstanden das gemeine deutsche Privatrecht römischen Ursprungs.

Das gemeine deutsche Privatrecht ist dasjenige deutsche Privatrecht, welches für Deutschland als Deutschland, für Deutschland als Ganzes, gilt¹. Dieses gemeine deutsche Privatrecht ist nur zum Theil

¹) Ueber den Begriff des gemeinen R. s. Wächter gemeines R. Deutschlands § 1. S. 14—17. 165, Thöl Einleitung § 46—48, Bruns in Ersch und Gruber Encyclopädie LVII S. 208 fg., vgl. auch Stobbe I § 10, Wächter I § 17 [Hölter S. 2, Dernburg I § 1, Hegelsberger I § 29, Gierke I § 6, I, 2 u. 3, Pierling, juristische Principienlehre I (1894) S. 117 fg. 129 fg.] Der Begriff des gemeinen R. beruht auf dem, wie überhaupt, so namentlich auch für die Wissenschaft, außerordentlich wichtigen Begriff des Ganzen, als eines seinen Theilen gegenüber selbständigen Dinges, als eines Dinges, welches nicht die Summe, sondern die Einheit seiner Theile ist. Das für ein Gebiet als Ganzes in diesem Sinne geltende R. ist für die einzelnen Gebiete, in welche das Ganze zerfällt, das gemeine R.; das für die einzelnen Gebiete als solche geltende R. ist das besondere, particuläre R. dieser Gebiete. Das letztere wird auch dadurch nicht zum gemeinen R., daß sein Inhalt für alle Gebiete der gleiche ist (Thöl nennt ein solches R. passend „allgemeines R.“). [Der Unterschied liegt also darin, daß das gemeine R. aus einer, das allgemeine R. aus mehreren örtlich coordinirten Quellen fließt. Vgl. auch Hegelsberger I § 29^b. Andere nennen das allgemeine R. materiell gemeines R. im Gegensatz zum formell gemeinen, (Laband, Staatsr. I § 54 S. 491). Hegelsberger a. a. O. will statt des Ausdrucks „Allgemeines R.“ lieber „gemeinsames R.“ verwandt wissen, was für gemeinsames R. einer Anzahl unter einer größeren Summe von Gebieten in der That passender ist. Gemeinsames, allgemeines R. können ihrem Inhalt nach auch Rechte bilden, die nicht Particularrechte im Verhältniß zu einander sind, nämlich gemeinsame Rechte mehrerer selbständiger Staaten. Mit Recht hat deshalb Gierke a. a. O. die Gegensätze: gemeinsames und eigenthümliches R. einerseits und: gemeines und particuläres R. andererseits ganz geschieden. Uebrigens wird, wenn ein Gewohnheitsr. in allen Theilen eines zusammenhängenden Gebietes besteht, wenn nicht immer, so doch in den allermeisten Fällen dasselbe als ein einheitliches, also gemeines und nicht als übereinstimmender Inhalt particulärer Gewohnheiten

einheimischen Ursprungs; anderen und überwiegenden Theils, beruht es auf recipirten fremden Rechten, und unter diesen nimmt den hauptsächlichsten Platz das römische Recht ein².

Das römische Recht ist in Deutschland zur Geltung gelangt³ nicht durch einen Act der Gesetzgebung, sondern auf dem Wege des Gewohnheitsrechts, und zwar näher, nicht durch die Uebung des Volkes, sondern durch die Uebung der Juristen, welche das römische

anzusehen sein. Praktisch also wird nur der Gegensatz zwischen den Erzeugnissen centraler Gesetzgebung und dem übereinstimmenden Inhalt particularer Gesetze in Frage kommen.] Das gemeine R. hört dadurch nicht auf, gemeines R. zu sein, daß ein zu dem Ganzen gehöriges Gebiet oder auch mehrere Gebiete sich ihm entziehen; die übrigen Gebiete fahren fort ihm unterworfen zu sein nicht als für sich bestehende Gebiete, sondern deswegen, weil sie zum Ganzen gehören. [So auch Gierke I § 6 S. 47 fg.] A. W. früher Wächter, gemeines R. Deutschlands; ✓ s. aber jetzt dens., Veilagen zu Vorlesungen über das deutsche Strafr. I S. 144 [Pand. I § 5]. Die Ansicht von Bruns, welcher den Begriff des gemeinen R. ausgeschlossen wissen will, „wenn die Ausnahmen sich vermehren“, verdient schon wegen ihrer Unbestimmtheit keinen Beifall. [Bei mehrstufiger Gliederung eines Abgebiets kann das particuläre R. eines Theils desselben wiederum gemeines R. im Verhältnis zu den Theilen des Theils sein. Ein Preussisches Landesgesetz ist Particularr. im Verhältnis zu Deutschland, gemeines R. Preussens. Vgl. § 23². Hegelsberger I § 29, V. Gierke I S. 45 fg. Ueber den Gegensatz von a. s. absolutem und subsidiär gem. R. vgl. § 2, 1].

² Daneben steht das canonische R. und das longobardische Recht.

³ Eine allen Anforderungen entsprechende Geschichte der Reception des r. R. in Deutschland muß noch erst geschrieben werden. Hervorzuheben sind: Senckenberg methodus iurisprudentiae app. III p. 127—147, Eichhorn deutsche Staats- und Gesch. III § 440—444, und vor Allem Stobbe Gesch. der deutschen Quellen I S. 609—655. II S. 1—142 (1860, 1864). Hierzu Muther ZS. f. RW. IV S. 380—445. Vgl. auch C. A. Schmidt (von Rostock) die Reception des r. R. in Deutschland (1868), und darüber Stobbe fr. ZS. XI S. 1 fg. Ferner: Stinzing Gesch. der populären Litteratur des r.-c. R. in Deutschland am Ende des fünfzehnten und im Anfange des sechszehnten Jahrhunderts (1867). Muther R. und c. Recht im Mittelalter (1871). Ders. Zur Geschichte der Wissenschaft und der Universitäten (1876). W. Moddermann die Reception des r. R. Aus dem Holländischen übersetzt und mit Zusätzen herausgegeben von R. Schulz (1875). Dazu die beachtenswerthe Anzeige von Fitting in Grünh. ZS. II S. 768 fg. Ott Beiträge zur Receptions-gesch. des r. R. in den böhmi-schen Ländern (1879). Stinzing Gesch. der deutschen RW. I S. 1—88 (1880); ✓ dazu Böhtau fr. ZS. XXIII S. 524 fg. Paband über die Bedeutung der Reception des r. R. für das deutsche Staatsr. (1880). Sohn fränkisches und r. R. (ZS. d. Sav.-Stift. Germ. Abth. I S. 68 fg., 1880). Franken Romanisten und Germanisten (1882). Poretius die Umwandlung des deutschen Lebens durch die Annahme des r. R., Preuß. Jahrb. LII S. 105 fg. (1883). [Vekker I S. 3 fg., Hölder § 2, Hegelsberger I § 1, Schröder Lehrb. d. deutschen Gesch. § 66, Gierke I § 2. 3, Kohler u. a. Beiträge z. Gesch. d. r. R. in Deutschl. 1. Kohler u. Viesegang d. r. R. am Niederrhein 1896].

Recht ihren Rechtsprüchen und Rechtsgutachten zu Grunde legten (§ 16). Die Juristen wurden dabei hauptsächlich bestimmt durch die überwältigende geistige Macht, mit welcher das römische Recht ihnen entgegentrat. Das römische Recht war gegenüber dem einheimischen Recht nach Form und Inhalt so sehr das vollkommnere, daß es nicht mehr als ein Recht, sondern als das Recht erschien⁴. Die deutschen Juristen folgten, indem sie das römische Recht zur Anwendung brachten, dem gleichen Zug, welcher ihre ganze Zeit beherrschte, dem Zuge der widerstandslosen Hingabe an die der Vergessenheit wieder entriessene antike Cultur⁵. Neben diesem Hauptgrunde wirkte als unterstützend mit die Idee, daß das römische Reich, dessen Krone der deutsche König trug, nur eine Fortsetzung des alten Reichs der römischen Imperatoren sei, daher den Justinianischen Rechtsbüchern die gleiche verbindende Kraft zukomme, wie einem Reichsgesetze⁶. Als im Jahre

⁴ Das einheimische R. war zum großen Theil Gewohnheitsr., und insofern, wie man es damals nannte, *ius incertum*; es enthielt eine Reihe von einzelnen meist sehr concret gefaßten Regeln, aber es mangelte ihm an leitenden Grundsätzen; seine Bestimmungen waren gegenüber den Bedürfnissen des immer mehr sich entwickelnden Verkehrs nicht ausreichend. Das r. R., wie es aus geschriebenen Buchstaben mit Sicherheit erkannt werden konnte, gewährte Hülfe für Alles. Stobbe a. a. D. I S. 636—638. S. übrigens auch Sohm in Grünh. ZS. I S. 246 fg.

⁵ Stobbe a. a. D. I S. 640. „So wie die Humanisten aus den griechischen und römischen Autoren die absolute Wahrheit und menschliche Bildung zu schöpfen glaubten, so waren sich auch die Juristen, welche zu Bologna das r. R. studirt hatten und es in der Heimath zur Geltung zu bringen suchten, dessen nicht im Entferntesten bewußt, daß sie ihrem Volke ein fremdes R. zuführten und daß nicht alle Sätze des *Corpus Juris* zur Anwendung kommen dürften. Man glaubte kein fremdes R. zu übertragen, sondern nur das seiner Entwicklung nach vollendetere R., das R. *κατ' εφοχην* anzuwenden“. — Es kam hinzu der Mangel an historischem Sinn, welcher jener Zeit eigen war. So hatte man auch den Sachsen-Spiegel in vielen Gerichten als gesetzliche Quelle recipirt, ohne genau zu untersuchen, ob jeder Satz desselben mit dem particulären R. in Einklang stehe; man wandte sich um Anechtung an einen Oberhof, ohne zu fragen, ob zwischen den Grundlagen seines Rs und des der anfragenden Stadt Uebereinstimmung herrsche. Stobbe a. a. D. I S. 639.

⁶ Das r. R. galt als ein für den ganzen Weltkreis verbindliches R., wie das r. Reich als ein den ganzen Weltkreis begreifendes Reich. Diese Idee tritt in den Gesetzen und Urkunden der deutschen Kaiser schon seit Otto III. hervor (Stobbe a. a. D. I S. 612—624. II S. 110). Besondere Kraft mußte sie in Deutschland haben, wo der deutsche Kaiser wirklich herrschte, und hier wieder vorzugsweise, soweit er unmittelbar herrschte. Für das kaiserliche Hofgericht findet sich denn auch bereits aus dem Jahre 1342 eine Erklärung K. Ludwig's, daß an demselben fortan nur „nach künig und kaisern seiner vorfarn an dem römischen riche gesetzet und ihre geschriben rechten“ geurtheilt werden solle. Eine gleiche Erklärung gab

1495 das neu errichtete Reichskammergericht unter Anderem auch auf das römische Recht verwiesen wurde⁷, war dies bereits bei Weitem keine Neuerung mehr; seit der Mitte des 16. Jahrhunderts kann die Reception des römischen Rechts in Deutschland als vollendet angesehen werden⁸.

§ 2.

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

Albrecht II. in dem Landfrieden von 1438. Stobbe a. a. D. I S. 621—624 II S. 87. (Vgl. übrigens in Betreff der Verordnung K. Ludwig's auch Franklin Beiträge z. Gesch. der Reception des r. R. in Deutschland S. 107 fg., welcher nachzuweisen sucht, daß diese Verordnung sich auf das r. R. nicht bezogen habe. [Zustimmend Schröder a. a. D. ⁹]).

⁷ Es sollte urtheilen „nach des Reichs und gemeinen Rechten“. Unter den „gemeinen Rechten“ ist hier eben das r. R., wenn nicht allein, so doch mit verstanden. Wenn man früher zu weit ging, und in dieser Bestimmung die eigentliche Quelle der Geltung des r. R. in Deutschland sehen wollte, so darf man doch auf der anderen Seite den Einfluß, welchen das Reichskammergericht auf die Einführung und Befestigung des r. R. gehabt hat, nicht unterschätzen. Beweis ist, daß in Ländern, auf welche sich seine Autorität nicht erstreckte, bei übrigens im Wesentlichen gleichen Verhältnissen das r. R. Gesetzeskraft nicht erlangt hat, so in der Schweiz, Schleswig, Nordfrankreich. S. Eichhorn deutsche Staats- und Rechtsgesch. III. § 442, Gerber das wissenschaftliche Princip des gem. deutschen Privatrechts. S. 128. 145, Stobbe a. a. D. II S. 86 fg. vgl. S. 111⁵. [Schröder a. a. D. ¹⁰ fg. Regelsberger I § 1. S. 9].

⁸ Spuren der Bekanntheit mit dem r. R. finden sich in Deutschland bereits seit dem 13. Jahrhundert, so namentlich Clauseln in Notariatsurkunden, durch welche auf Einreden des r. R. verzichtet wird. Stobbe a. a. D. I S. 646—650. Aber auch angewendet wurde in einzelnen Sätzen und Instituten das r. R. schon seit dem Ende desselben Jahrhunderts. Stobbe a. a. D. I S. 650. 651. Einer umfassenden Anwendung des r. R. mußte erst vorausgehen die Gründung einheimischer Universitäten (seit der Mitte des 14. Jahrh.), und daß auf ihnen auch das r. R. eine mehr als untergeordnete Berücksichtigung fand, was seit der Mitte des 15. Jahrh. der Fall war. Stobbe a. a. D. I S. 625—631. II S. 9—22. Seit dieser Zeit wuchs die Anwendung des r. R. mit der Zahl der gelehrt gebildeten Juristen; dieselben erlangten zuerst Antheil an der Aussprechung, und schließlich verdrängten die mit gelehrten Juristen besetzten Gerichte die mit Volksschöffen besetzten ganz. Stobbe a. a. D. II S. 63—110. Franklin Beiträge zur Gesch. der Reception des r. R. in Deutschland S. 19 fg. Besonders aber: Stölzel die Entwicklung des gelehrten Richterthums in deutschen Territorien. 2 Bde. 1872. Darüber Etinging in Seybel's Hist. ZS. XXIX S. 408 fg. Sohm in Grünh. ZS. I S. 250 fg. Mitwirkung der Landesgesetzgebung: Stobbe a. a. D. II S. 114—133. — Das r. R. ist auch in andere Länder eingebracht, als in Deutschland, namentlich in England und Nordfrankreich (in Südfrankreich hatte es zu gelten nie aufgehört). Aber in England hat es nicht festen Fuß gefaßt (vgl. Wiener in der krit. ZS. f. Gesetzg. u. RW. des Auslandes XIX. 9), in Nordfrankreich ist es nicht zu Gesetzeskraft gelangt. Was die Niederlande angeht, s. Woddermann (§ 1⁵) S. 81 fg.

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

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

3. In dieser Gestalt ist das römische Recht als Ganzes recipirt worden¹; daher braucht seine Anwendbarkeit nicht für jeden einzelnen in ihm enthaltenen Satz gerechtfertigt zu werden; jeder in ihm enthaltene Satz ist für anwendbar zu erachten, so lange sich nicht Gründe gegen seine Anwendbarkeit ergeben².

^a [Absolut gemeines R. ist dasjenige, welches das Particularr. ausschließt, § 2. gleichviel ob es ihm entgegensteht oder mit ihm übereinstimmt, Particularr. tritt also nur in die Lücken des absolut gem. R.]

^b [Das subsidiär gemeine R. wird nicht bloß durch ihm entgegenstehende, sondern auch durch inhaltsgleiche Sätze des Particularr. von der Anwendung ausgeschlossen, tritt also nur in die Lücken des Particularr. Richtig sagt Regelsberger I § 29, V, daß, sobald ein Particularr. Satz ohne Ersatz aufgehoben wird, das gem. R. wieder eintritt („elastische Natur des gem. R.“); vgl. noch Wierke I § 3 S. 17 fg. § 5 S. 39 fg.]

¹ Wie man sich früher ausdrückte: „in complexu“. Das will sagen: Gegenstand der Reception waren nicht die einzelnen römischen Fälle als diese, wegen ihres besonderen Inhalts, sondern Gegenstand der Reception war das r. R. als solches. Alle Gründe der Reception beziehen sich auf das r. R. als solches, nicht auf den besonderen Inhalt seiner besonderen Sätze. Vgl. Wächter gemeines R. Deutschlands S. 193—202. Daher sind die Zeugnisse für die Reception des einen Satzes zugleich Zeugnisse für die Reception des anderen. Man wird entweder die Reception des r. R. ganz leugnen oder diese Consequenz zugeben müssen. Vgl. die folgende Note.

² Früher drückte man das so aus: wer sich auf das r. R. berufe, habe „fundatam intentionem“ (vgl. Stintzing Gesch. der deutschen RW. II S. 19. 178 fg.). Wenn man dies näher dahin verstand, es könne die Anwendung eines jeden Satzes des r. R. verlangt werden, bis der Gegner dessen Unanwendbarkeit bewiesen habe, so war das allerdings insofern ein Irrthum, als von einem civilprozessmäßigen Beweise bei Fällen überhaupt nicht die Rede sein kann. Der Richter wird also selbständig zu untersuchen haben, ob nicht Gründe für die Unanwendbarkeit eines in Frage gestellten Satzes des r. R. vorliegen, wohn namentlich auch gehört, daß das Verhältniß, auf welches sich ein römischer Satz bezieht, heutzutage ganz fehlt. Im Zweifel aber wird er sich allerdings für die Anwendbarkeit zu entscheiden haben. Das ist zwar in der neueren Zeit gelehrt worden (Weseler Volkstr. und Juristenr. S. 99—105, Meyscher 3S. f. deutsches R. IX S. 373—408, Leif civilistische Studien I S. 12—19 und Donorum possessio

4. Das römische Recht gilt in Deutschland nicht unmodificirt. Die Modificationen, mit welchen es gilt, haben eine dreifache Quelle: das canonische Recht³, die deutschen Reichsgesetze⁴, das gemeine

II. 2 S. 350) — 367, vgl. auch Eichhorn deutsch. Privatr. § 40 Note c), aber aus nicht stichhaltigen Gründen. Man hat geltend gemacht: 1) es sei nicht wahr, daß das r. R. als Ganzes recipirt worden sei — denn es sei nicht ganz recipirt worden. Das ist kein Beweis. Das Ganze ist etwas Anderes als die Summe seiner Theile: Etwas gilt vom Ganzen deswegen nicht weniger, weil es wegen eines besonderen Grundes von einem oder dem anderen Theil des Ganzen nicht gilt; die Reception bezieht sich deswegen nicht weniger auf das r. R. als Ganzes, d. h. auf dasjenige, was die Eigenschaft hat r. Rats zu sein, weil nicht Alles, was diese Eigenschaft hat, recipirt ist. Man hat 2) angeführt, daß r. R. sei hinter dem einheimischen deutschen, nicht bloß particulären, sondern auch gemeinen R. recipirt. Das ist richtig; aber daraus folgt nicht, daß nicht im Zweifel anzunehmen sei, daß es einen dem r. R. entgegenstehenden und dasselbe ausschließenden gemeinen Rats nicht gebe. Was für ein Ganzes gilt, gilt nicht nothwendig für alle seine Bestandtheile; aber es ist nicht das Normale, daß ihm einer seiner Bestandtheile entzogen sei. Gerechtfertigt werden muß nicht die Regel, sondern die Ausnahme. Gegen Weseler und Reyscher vgl. Wächter gem. R. Deutschlands S. 186 — 204. Pandekten I S. 52 sq., Gerber Princip des gem. deutschen Privatr. S. 154 — 157, Stobbe a. a. O. II S. 111 sq. und deutsches Privatr. I § 4, I, 1. S. XXXIV. 80 [Wesker I § 9. Hölder § 2 S. 7 sq. Wendt § 3. Hegelsberger I § 1 S. 12]; andererseits wieder Weseler deutsch. Privatr. 2. u. sq. Aufl. § 8, Dernburg I § 4. [Gierke I § 5, II, 1. Wohler fr. R. S. XXXVI S. 512 sq.]. — Zu weit geht auch die Behauptung (Savigny I S. 69. 165, Sintenis I S. 18), daß alle dem Staatsr. angehörenden Bestimmungen des r. R. für nicht recipirt zu erachten seien, vgl. Wächter RCPra. XXIII S. 434 sq., gem. R. Deutschlands S. 193 Note 246, Gnyet RCPra. XXXV S. 44. 45, Stobbe a. a. O. II S. 123. [Gierke I § 3 S. 16 sq.: es sei im öffentlichen R. zwar auf die theoretische Rec. nicht verzichtet, der Versuch der praktischen aber aufgegeben. Heute kann jedenfalls nur soweit das öffentliche R. noch Landesr. ist, und nur in den Ländern des gem. R. subsidiäre Geltung des r. R. in Frage kommen und auch da wird sie jedenfalls nur selten von Bedeutung sein. Berechtigte Zusammenstellung nicht recipirter Particlen des r. R. bei Hegelsberger I § 3, II, 1.]

³ Das c. R. enthält nicht bloß Bestimmungen über kirchliche Verhältnisse, es greift vielfach auch in das bürgerliche R. ein; das erklärt sich aus der im Mittelalter weit gezogenen Competenz der geistlichen Gerichte. Zunächst war nun zwar das c. R. nur für diese geistlichen Gerichte verbindlich; aber allmählig drang es auch in die weltlichen ein, in Deutschland ist es recipirt wie das römische, [und zwar (vgl. § 26) im Großen und Ganzen so, daß das c. R. dem r. R. vorgeht; doch gilt dies nicht ausnahmslos. Vgl. Dernburg I § 13, II, der zwar mit Recht betont, daß in erster Linie die Praxis über das Verhältniß beider Quellen zu betragen ist, aber doch nicht leugnet, daß im Zweifel das c. R. vorgeht. Hegelsberger I § 6 S. 30]. Wie das r. R. als Kaiser., so trat das c. R. mit den Anvrüchen auf, welche ihm die Autorität der Kirche verlieh. Stobbe a. a. O. II S. 134. 136. „Für die Reception des c. R. fehlt es an eingebenden Unterredungen“, Stobbe a. a. O. I S. 610. [Vgl. Gierke I § 2, II. Hegelsberger I § 4 S. 24. Das langobardische Lehn. § 1²) kommt hier nicht in Frage, weil es nicht mit Modificationen des r. R. zu thun hat.]

deutsche Gewohnheitsrecht⁵. — Die selbständigen Rechtsinstitute, welche auf diesen Rechtsquellen beruhen, gehören in die Darstellung des Pandektenrechts nicht, sie finden ihre Darstellung in anderen Disciplinen⁶.

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

⁴ Die Gesetze des alten deutschen Reichs sind für das Privatr. nicht von großer Bedeutung. Eine Aufzählung der für das Privatr. wichtigsten bei Thöl Einl. § 26. Darüber, ob die Reichsgesetze absolut oder subsidiäre gem. R. bildeten, vgl. Stobbe, Quellen II S. 186. [Schröder, Lehrb. d. deutschen Rgesch. § 78 S. 803. Die Reichsgesetze sollten absolut gelten so weit sie selbst das wollten; in Wahrheit aber hat das Particularr. bei der Schwäche des Reichs sich davon vielfach emanzipirt.] Die Bundesacte und die Beschlüsse des früheren deutschen Bundes sind nicht Quellen des gem. deutschen R.; sie haben Geltung für die einzelnen Bundesstaaten nur kraft der in denselben erfolgten Publication erlangt. Cf. XVIII. 103. Die Gesetze des neuen deutschen Reichs (Bundes) sind Quellen nicht des subsidiären, sondern des absoluten gem. R. [Vgl. § 6 a.]

⁵ Die Existenz gemeiner deutscher Gewohnheiten wurde bei dem ersten gewaltsamen Andrängen des r. R. nur widerwillig und nur spärlich anerkannt. Erst allmählig vermochte sich die Ueberzeugung Bahn zu brechen, daß in der gemeinen deutschen Gewohnheit eine dem recipirten fremden R. ebenbürtige Quelle enthalten sei. Es ist überhaupt der leitende Faden, welcher durch die gesammte deutsche Rechtswissenschaft seit der Reception des r. R. hindurchgeht, daß sich dem letzteren gegenüber das einheimische R. immer mehr ermannt und sich immer größere Anerkennung errungen hat. Eine nicht hoch genug anzuschlagende Förderung hat diese Richtung durch die historische Erforschung des deutschen R. erhalten, welche mit der Mitte des 17. Jahrhunderts erwachend (vgl. Stobbe Hermann Conring, der Begründer der deutschen Rgesch., 1870), seit dem Anfang des gegenwärtigen zu immer größerer Blüthe gebiechen ist. Von Bedeutung war es auch, daß man seit dem Beginn des 18. Jahrhunderts anfang, den deutschrechtlichen Stoff von dem römischrechtlichen im akademischen Vortrage und in schriftstellerischer Darstellung äußerlich abzusondern. Die Disciplin, welche sich daraus gebildet hat, nennt man die Disciplin des gemeinen deutschen Privatr. — in nicht passender Weise; denn auch das recipirte r. R. ist deutsches Privatr., es gilt für uns nicht als römisches, sondern als deutsches R. Vgl. Beseler § 9. [Ob es ein gemeines subsidiäres deutsches Gewohnheitsr. gebe, ist unter den Germanisten seit langem bestritten. Vgl. Gierke I § 6 S. 52 fg. und die dort gegebene Uebersicht der Parteien. Der Streit dreht sich um den praktischen Werth der Sätze des „deutschen Privatr.“. Die verneinende Ansicht müßte aber folgerichtig auch die gemeinliche Bedeutung des Pandektenr. in Frage stellen (Gierke). Da dies aber Niemand thut, so bedarf jene Frage, die bejaht werden muß, hier der weiteren Erörterung nicht.]

⁶ In den Disciplinen des Kirchenr. [auch des sonstigen öffentlichen R.] und des in der vorigen Note bezeichneten s. g. deutschen Privatr. [Einzeln private Disciplinen, insbesondere Handels-, Wechsel- und Seer. sind zu selbständiger Behandlung erwachsen ohne Rücksicht darauf, in wie weit ihr Stoff r.-lich oder deutsch-lich ist.]

⁷ Es ist behauptet worden, durch die Auflösung des deutschen Reichs habe das r. R. aufgehört, gemeines R. für Deutschland zu sein; seit dieser Zeit gelte

4. Das römische Recht gilt in Deutschland nicht unmodificirt. Die Modificationen, mit welchen es gilt, haben eine dreifache Quelle: das canonische Recht³, die deutschen Reichsgesetze⁴, das gemeine

II. 2 S. 350—367, vgl. auch Eichhorn deutsch. Privatr. § 40 Note o), aber aus nicht stichhaltigen Gründen. Man hat geltend gemacht: 1) es sei nicht wahr, daß das r. R. als Ganzes recipirt worden sei — denn es sei nicht ganz recipirt worden. Das ist kein Beweis. Das Ganze ist etwas Anderes als die Summe seiner Theile: Etwas gilt vom Ganzen bezwungen nicht weniger, weil es wegen eines besonderen Grundes von einem oder dem anderen Theil des Ganzen nicht gilt; die Reception bezieht sich bezwungen nicht weniger auf das r. R. als Ganzes, d. h. auf dasjenige, was die Eigenschaft hat r. Recht zu sein, weil nicht Alles, was diese Eigenschaft hat, recipirt ist. Man hat 2) angeführt, das r. R. sei hinter dem einheimischen deutschen, nicht bloß particulären, sondern auch gemeinen R. recipirt. Das ist richtig; aber daraus folgt nicht, daß nicht im Zweifel anzunehmen sei, daß es einen dem r. R. entgegenstehenden und dasselbe ausschließenden gemeinen Recht nicht gebe. Was für ein Ganzes gilt, gilt nicht nothwendig für alle seine Bestandtheile; aber es ist nicht das Normale, daß ihm einer seiner Bestandtheile entzogen sei. Gerechtfertigt werden muß nicht die Regel, sondern die Ausnahme. Gegen Weseler und Reyscher vgl. Wächter gem. R. Deutschlands S. 186—204. Pandekten I S. 52 fg., Gerber Princip des gem. deutschen Privatr. S. 154—157, Stobbe a. a. O. II S. 111 fg. und deutsches Privatr. I § 4, I, 1. Cf. XXXIV. 80 [Weseler I § 3^b. Hölder § 2 S. 7 fg. Wendt § 3. Regelsberger I § 1 S. 12]; andererseits wieder Weseler deutsch. Privatr. 2. u. fg. Aufl. § 8, Dernburg I § 4. [Gierke I § 5, II, 1. Rohler fr. R. S. XXXVI S. 512 fg.]. — Zu weit geht auch die Behauptung (Savigny I S. 69. 165, Sintonis I S. 18), daß alle dem Staatsr. angehörenden Bestimmungen des r. R. für nicht recipirt zu erachten seien, vgl. Wächter ACPr. XXIII S. 434 fg., gem. R. Deutschlands S. 193 Note 236, Guyet ACPr. XXXV S. 44. 45, Stobbe a. a. O. II S. 123. [Gierke I § 3 S. 16 fg.: es sei im öffentlichen R. zwar auf die theoretische Rec. nicht verzichtet, der Versuch der praktischen aber aufgegeben. Heute kann jedenfalls nur soweit das öffentliche R. noch Landesr. ist, und nur in den Ländern des gem. R. subsidiäre Geltung des r. R. in Frage kommen und auch da wird sie jedenfalls nur selten von Bedeutung sein. Berechtigte Zusammenstellung nicht recipirter Partien des r. R. bei Regelsberger I § 3, II, 1.].

³ Das c. R. enthält nicht bloß Bestimmungen über kirchliche Verhältnisse, es greift vielfach auch in das bürgerliche R. ein; das erklärt sich aus der im Mittelalter weit gezogenen Competenz der geistlichen Gerichte. Zunächst war nun zwar das c. R. nur für diese geistlichen Gerichte verbindlich; aber allmählig drang es auch in die weltlichen ein, in Deutschland ist es recipirt wie das römische, [und zwar (vgl. § 26) im Großen und Ganzen so, daß das c. R. dem r. R. vorgeht; doch gilt dies nicht ausnahmslos. Vgl. Dernburg I § 13, II, der zwar mit Recht betont, daß in erster Linie die Praxis über das Verhältniß beider Quellen zu befragen ist, aber doch nicht leugnet, daß im Zweifel das c. R. vorgeht. Regelsberger I § 6 S. 30]. Wie das r. R. als Kaiserr., so trat das c. R. mit den Ansprüchen auf, welche ihm die Autorität der Kirche verlieh. Stobbe a. a. O. II S. 134—136. („Für die Reception des c. R. fehlt es an eingehenden Untersuchungen“, Stobbe a. a. O. I S. 610.) [Vgl. Gierke I § 2, II. Regelsberger I § 4 S. 24. Das langobardische Recht. (§ 1^a) kommt hier nicht in Frage, weil es nicht mit Modificationen des r. R. zu thun hat.]

deutsche Gewohnheitsrecht⁵. — Die selbständigen Rechtsinstitute, welche auf diesen Rechtsquellen beruhen, gehören in die Darstellung des Pandektenrechts nicht, sie finden ihre Darstellung in anderen Disciplinen⁶.

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

⁴ Die Gesetze des alten deutschen Reichs sind für das Privatr. nicht von großer Bedeutung. Eine Aufzählung der für das Privatr. wichtigsten bei Thöl Einl. § 26. Darüber, ob die Reichsgesetze absolut oder subsidiäre gem. R. bildeten, vgl. Stobbe, Quellen II S. 186. [Schräder, Lehrb. d. deutschen Rgesch. § 78 S. 808. Die Reichsgesetze sollten absolut gelten so weit sie selbst das wollten; in Wahrheit aber hat das Particularr. bei der Schwäche des Reichs sich davon vielfach emancipirt.] Die Bundesacte und die Beschlüsse des früheren deutschen Bundes sind nicht Quellen des gem. deutschen R.; sie haben Geltung für die einzelnen Bundesstaaten nur kraft der in denselben erfolgten Publication erlangt. Cf. XVIII. 103. Die Gesetze des neuen deutschen Reichs (Bundes) sind Quellen nicht des subsidiären, sondern des absoluten gem. R. [Vgl. § 6 a.]

⁵ Die Existenz gemeiner deutscher Gewohnheiten wurde bei dem ersten gewaltsamen Andrängen des r. R. nur widerwillig und nur spärlich anerkannt. Erst allmählig vermochte sich die Ueberzeugung Bahn zu brechen, daß in der gemeinen deutschen Gewohnheit eine dem recipirten fremden R. ebenbürtige Quelle enthalten sei. Es ist überhaupt der leitende Faden, welcher durch die gesammte deutsche Rsentwicklung seit der Reception des r. R. hindurchgeht, daß sich dem letzteren gegenüber das einheimische R. immer mehr ermannet und sich immer größere Anerkennung errungen hat. Eine nicht hoch genug anzuschlagende Förderung hat diese Richtung durch die historische Erforschung des deutschen R. erhalten, welche mit der Mitte des 17. Jahrhunderts erwachend (vgl. Stobbe Hermann Conring, der Begründer der deutschen Rgesch., 1870), seit dem Anfang des gegenwärtigen zu immer größerer Blüthe gediehen ist. Von Bedeutung war es auch, daß man seit dem Beginn des 18. Jahrhunderts anfang, den deutschlichen Stoff von dem römischrechtlichen im akademischen Vortrage und in schriftstellerischer Darstellung äußerlich abzusondern. Die Disciplin, welche sich daraus gebildet hat, nennt man die Disciplin des gemeinen deutschen Privatr. — in nicht passender Weise; denn auch das recipirte r. R. ist deutsches Privatr., es gilt für uns nicht als römisches, sondern als deutsches R. Vgl. Beseler § 9. [Ob es ein gemeinsames subsidiäres deutsches Gewohnheitsr. gebe, ist unter den Germanisten seit langem bestritten. Vgl. Gierke I § 6 S. 52 fg. und die dort gegebene Uebersicht der Parteien. Der Streit dreht sich um den praktischen Werth der Sätze des „deutschen Privatr.“. Die verneinende Ansicht müßte aber folgerichtig auch die gemeinliche Bedeutung des Pandektenr. in Frage stellen (Gierke). Da dies aber Niemand thut, so bedarf jene Frage, die bejaht werden muß, hier der weiteren Erörterung nicht.]

⁶ In den Disciplinen des Kirchenr. [auch des sonstigen öffentlichen R.] und des in der vorigen Note bezeichneten s. g. deutschen Privatr. [Einzeln private Disciplinen, insbesondere Handels-, Wechsel- und Secr. sind zu selbständiger Behandlung erwachsen ohne Rücksicht darauf, in wie weit ihr Stoff r.-rlich oder deutsch-rlich ist.]

⁷ Es ist behauptet worden, durch die Auflösung des deutschen Reichs habe das r. R. aufgehört, gemeinsames R. für Deutschland zu sein; seit dieser Zeit gelte

Dieses im Fortbestehen einer bestimmten Rechts Pandektenrecht genannt wird, hat einen historischen Grund: der Name hat sich aus jener Zeit erhalten, wo dieses Recht in der Form einer *Digesta* oder auch nach der Ordnung der Justinianischen Pandekten vorgetragen zu werden pflegte.

II. Quellen des Pandektenrechts.

§ 3.

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

Die hauptsächlichste Quelle des Pandektenrechts bildet das römische Recht in derjenigen Gestalt, welche es durch die Justinianische Codification erhalten hat. Die Justinianische Codification zerfällt in 4 Theile: die Institutionen, die Pandekten, den *Codex*, die *Novellen*¹. Die Gesamtheit dieser Theile wird seit den Glossatoren *Corpus iuris civilis* genannt².

es in den einzelnen deutschen Staaten nur noch bezwungen, weil die Landesgesetzgebung derselben es beibehalten habe, also als *Particularr.* (Wächter gem. R. Deutschlands S. 171 fg. 205 fg. Beilagen zu Vorlesungen über das deutsche Strafr. S. 144 fg. Pand. I S. 19; s. auch E. Meier die Abbildung in Staat und Kirche [1861] S. 80—81. Hiergegen ist mit Recht eingewendet worden (Fruns in Ersch und Gruber Encyclop. LVII S. 210—212. 218—220), daß nur für das gem. Gesetzes. Erforderniß sei, daß die einzelnen Gebiete, für welche es gelte, zu einem und demselben Staate gehören, nicht aber für das gemeine (Gewohnheitsr.); den Ausgangspunkt für das letztere bilde nicht die Gesetzgebungsgewalt des Staates, sondern die gemeinsame rliche Ueberzeugung des Volkes; auch vor dem Jahre 1806 habe das r. R. nicht kraft der Reichsgewalt gegolten. Die praktische Bedeutung dieser Frage ist, ob seit der Auflösung des deutschen Reichs eine gemeinrliche Fortbildung des r. R. möglich gewesen ist, was Wächter leugnet. Für die Wächter'sche Meinung: Goldschmidt Handbuch des Handelsr. 2. Aufl. I S. 337. [Dagegen mit Recht Hölder § 1 S. 2 fg., Hegelsberger I § 20¹, Wierke I § 6².¹⁰]

§ 3. ¹ Die Institutionen und die Pandekten haben Gesetzeskraft erhalten vom 30. Dezember 529, der *Codex* (*repositio praelectionis*) vom 29. Dezember 529 an. Das Nähere über den Inhalt und die Einrichtung dieser Bücher wird hier als bekannt vorausgesetzt. Die *Novellen* sind einzelne, von Justinian nach Vollendung seiner Codification erlassene Gesetze. [Vgl. Karlowa v. Rgesch. I (1885) S. 1008 fg., Krüger, Gesch. d. Quellen u. Literatur des r. R. (1888) S. 322 fg. Wipp, Quellenkunde des r. R. (1896) S. 19 fg.]

² [Savigny, Gesch. des r. R. im M. R. IV S. 516 fg., Krüger (1) S. 385.] Der Ausdruck, obgleich in dieser Verwendung neu, ist an und für sich ein gut römischer. Vgl. l. un. pr. C. 5, 13. „Rem in praesenti non minimam aggressimur, sed in omni paene corpore iuris effusam . . .“ [Hier ist freilich

Der Grund, weshalb nur das Justinianische, weder das vorjustinianische noch das nachjustinianische Recht, die Quelle des Pandektenrechts bildet, ist, daß das römische Recht nur in derjenigen Gestalt ^{1a} in Deutschland recipirt worden ist, in welcher es die Schule von Bologna ² lehrte, und dieser Schule war nur das Justinianische Recht bekannt.

Die Schule von Bologna hat aber nicht bloß das vor- und nachjustinianische Recht nicht gelehrt, sie hat auch nicht das ganze Justinianische Recht gelehrt. Das Kennzeichen Dessen, was sie lehrt hat, ist, daß es glossirt worden ist ³; daher das alte Rechts-

innerlich die Gesamtheit der Rechtsordnung, nicht äußerlich eine Sammlung gemeint. [Zweideutig in dieser Beziehung Liv. III, 34.]

^{1a} Hierzu vgl. ⁴.

² Im früheren Mittelalter war die Kenntniß des r. R. selbst in denjenigen Ländern, in welchen seine Geltung nach dem Sturze des weströmischen Reichs nie ganz aufgehört hatte, eine verdunkelte. Von Bologna ging mit dem Ende des 11. Jahrhunderts, hauptsächlich auf Grund der wiedererlangten Kenntniß der Pandekten (vgl. Mommsen *RS. f. RW. XIII* S. 201, Conrat epitome (f. u.), p. CCLIX sq. *Gesch. (f. u.)* S. 66 fg. Landsberg fr. *RS. XXXIV* S. 328 fg., ein erneutes Studium des r. R. aus, und nahm sehr bald einen außerordentlichen Aufschwung. Fortgesetzt wurde dieses Studium in den anderen Schulen, welche nach dem Muster der Schule zu Bologna in Italien, Südfrankreich, Spanien gestiftet wurden. Die in diesen Schulen ausgebildete Doctrin ist es, welche sich, wie über ganz Europa, so auch nach Deutschland verbreitete, für sie ist der in Bologna festgestellte Quellencanon immer maßgebend geblieben. [Vgl. ⁴.] Das Nähere über diese Dinge findet sich in dem classischen Werke von Savigny, *Geschichte des r. R. im Mittelalter*, 7 Bde., 2. Ausg. 1834. 1850. 1851. Vgl. auch Böcking I § 24. In der neueren Zeit hat man sich bemüht, das Dunkel der vorbolognesischen Zeit mehr aufzuhellen, als es bei Savigny geschehen ist; namentlich haben sich in dieser Beziehung Stinping, Fitting, Ficker und Conrat (Cohn) verdient gemacht. Ueber diese Bestrebungen kann man sich am besten aus der Schrift des letztgenannten Schriftstellers unterrichten: die *Epitomo Exactis regibus*, Einleitung Abschn. V. VI. VIII (1884). Vgl. auch Rivier *Nouvelle revue de droit français et étranger* 1877 p. 1 sq., Landsberg die *Glosse des Accursius* und ihre Lehre vom Eigenthum S. 1 fg. (1883), ders. fr. *RS. XXVII* S. 64 fg. Fitting *Sav.-RS. VI* S. 94 fg. 275 fg. VII 2. Heft S. 1 fg. [IX S. 376 fg.] Ders. die Anfänge der Rechtsschule von Bologna (1888), [Chiapelli *lo studio Bolognese nello sue origini e nei suoi rapporti colla scienza Pre-irmeriana* (1888).] Darüber Landsberg *Sav.-RS. IX* S. 406 fg. Conrat (Cohn) *Gesch. der Quellen und Pitteratur des r. R. im früheren MA.* 1. Bd. (1889—1891). Dazu Landsberg fr. *RS. XXXIV* S. 321 fg. [V. Seuffert *Sav.-RS. XI* S. 366 fg.] F. Flach *études critiques sur l'histoire du droit Romain en moyen âge* 1890. Dazu Landsberg *Sav.-RS. XI* S. 326 fg. Dagegen Fitting die *Institutionenglosse des Gualcausus* 1891 [vgl. auch Kaufmann, *Gesch. d. deutsch. Universität.* I 1888.]

³ Glossen sind Erklärungen, welche ein Gelehrter „seinem Exemplar des Textes in der Absicht beige-schrieben hatte, daß sie so wie andere Bücher erhalten,

sprichwort: *quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia*⁴. Daß Etwas nicht glossirt worden ist, hat seinen Grund theils darin, daß es in den Handschriften der Glossatoren fehlte, theils darin, daß diese es für unanwendbar hielten. In die erste Kategorie gehören namentlich die zahlreichen griechischen Constitutionen des Codex⁵; aus dem zweiten Grunde haben die Glossatoren von den 134 Novellen, welche sie befaßen⁶, nur 96 glossirt^{6a}.

abgeschrieben und verbreitet werden sollten“ (Savigny a. a. O. III S. 558). Die ursprünglichen Glossen sind durch die Zusammenstellung, welche der Glossator Accursius in der ersten Hälfte des 13. Jahrhunderts aus eigenen und fremden Glossen gemacht hat, vollständig verdrängt worden. Diese Zusammenstellung ist es, was man „die Glossen“ (*glossa ordinaria*) nennt. Savigny a. a. O. V S. 262–305, Pandsberg die Glossen (?) S. 52 fg.

⁴ Ueber diese Regel und ihre fortwährende heutige Geltung s. Osenbrüggen 3 S. f. O. u. Pr. XV S. 172 fg. (1841), [Heimbach, *authenticum, Prolegomena cap. VII.*], Pandsberg über die Entstehung der Regel *Quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia* (1880), Stinzing *Gesch. der deutschen RW.* II S. 19 ff. [Hölber § 2 S. 8 fg., Regelsberger I § 3 II, 2 S. 21 fg., Dernburg I § 4, 3. Pandsberg hat gezeigt, daß die Regel sich nur langsam und unter Schwankungen festgesetzt hat und erst im 18. Jahrh. zum Abschluß gekommen ist. Es ist also zu viel gesagt, wenn in Note 2 bemerkt wird, der in Bologna festgestellte Quellenkanon sei immer maßgebend geblieben; denn er war es nicht von jeher. Zu Mißverständnissen giebt Anlaß der Ausdruck im Text bei^{1b}. Es ist anerkannt, daß die Textrecension und die Auslegung der Glossatoren nicht bindet. [In den Institutionen ist alles glossirt, in den Pandekten Alles mit Ausnahme von l. 7 § 5 – l. 11 D. 48, 20 und l. 10–19 D. 48, 22 (vgl. ⁵). Die nicht glossirten Stellen des Codex (vgl. ⁵) bei Pöcking I Anh. S. *6, Baugherow I § 6 Num. 1, Arnds § 2⁵; die nicht glossirten Novellen unt. ^{6a}.

⁵ Die griechischen Constitutionen im Justinianischen Codex bilden etwa den 25. Theil der Gesamtzahl: sie wurden im Occident nicht abgeschrieben, weil man sie nicht verstand. Später sind sie aus kirchlichen Sammlungen und griechischen Quellen, so gut es gehen wollte, dem Wortlaut oder dem Inhalte nach, wiederhergestellt worden, s. g. *leges restitutae*. Vgl. Witte die *leges restitutae* des Justinianischen Codex (1880), Piener u. C. G. Heimbach *Beiträge zur Revision des Justinianischen Codex* (1883). — Die griechischen Stellen der Pandekten hatten die Glossatoren in einer lateinischen Uebersetzung von dem Pisaner Puzumbio († 1194) (vgl. *Glück XXXI* S. 164 fg., Rudorff *R. der Vormundschaft* II S. 2–5, *Wommsen additam.* IV zum 1. Band seiner *Pandektenausgabe*). [Rüger (?) S. 382³⁷]. Dagegen fehlte ihnen der Schluß von 48, 20 (l. 7 § 5 – l. 11) und 22 (l. 10–19); auch diese Lücke ist erst später (dem Inhalt nach) aus den Basiliken ergänzt worden. (Gegen die Ansicht, daß auch den *leges restitutae* Gesetzeskraft zukomme, s. Savigny I S. 70–75 und Osenbrüggen ⁴).

⁶ Justinian hat im Ganzen 136 Novellen erlassen, die meisten in griechischer Sprache; die Sammlung von 134 Novellen, welche die Glossatoren befaßen, enthielt die griechischen in einer lateinischen Uebersetzung. Sie nannten diese Sammlung gegenüber der bis dahin allein gebrauchten Sammlung des Julianus,

Von der anderen Seite ist durch die Schule von Bologna Einiges in die Justinianische Sammlung hineingekommen, was ihr ursprünglich nicht angehörte, die s. g. Authenticae, Auszüge aus den Novellen und zum Theil aus den Gesetzen deutscher Kaiser (Friedrich I. und Friedrich II.), welche hinter die dadurch abgeänderten Stellen des Codex eingerückt wurden⁷. Auch sie sind recipirt worden, aber nicht als Autorität gegen die Originale⁸.

welche die einzelnen Novellen nur in einem Auszuge gab (daher die Bezeichnung epitome Iuliani), Authenticum, die einzelnen Stücke Authenticae. Später ist auch der griechische Novellentext wieder aufgefunden worden (in einer Sammlung von 168 Novellen, die jedoch nicht bloß Gesetze von Justinian enthält); ihm und den von ihm gemachten lateinischen Uebertragungen gegenüber heißt der Text der Glossatoren die (versio) vulgata. Für die praktische Anwendung muß im Widerspruchsfall die Vulgata vorgezogen werden, um so mehr, als ihre Abweichungen nicht bloß auf Verschiedenheit der Auffassung, sondern theilweise auf einer Verschiedenheit des ursprünglichen griechischen Textes oder Aenderungen der Glossatoren beruhen. Vgl. II § 342¹². S. über diese Frage Osenbrüggen 3 S. f. Ck. u. Pr. XVII S. 382 fg., Sintenis I S. 13. 14, Rengerow I § 6 Anm. 2, Puchta § 4. b, Brinz I S. 19 fg. Für den Vorzug der Vulgata Cf. XIX. 103, Entscheidungen des OAG. zu Kottod IX S. 168 fg. Erläuterung der Vulgata aus dem griechischen Urtext: vgl. z. B. III § 590⁹. 7. [Die herrschende Ansicht ist seit langem mit Recht gegen den Vorrang des Authenticums, vgl. auch Regelsberger I § 3 S. 22, Dernburg I § 4⁷. Was in Deutschland seit dem 16. Jahrhundert geherrscht hat, war nicht das Authenticum oder was die Glossatoren daraus gemacht haben, sondern ein lateinischer Text, der aus dem griechischen Original ebensowohl wie aus der Vulgata geschöpft hat. Vgl. Stinzing, Gesch. d. deutsch. RW. I S. 205—209. Man ist in keiner Weise gehindert, fortgesetzt unter Benutzung der gesamten Ueberlieferung den möglichst reinen justinianischen Text und Sinn zu suchen und anzuwenden, so weit nicht eine bestimmte Frage durch festes Gewohnheitsr. entschieden ist. Eine Abgewohnheit auf Befolgung des Authenticums giebt es nicht]. Das Nähere über die verschiedenen Sammlungen, in welchen die Novellen auf uns gekommen sind, bei Biener Gesch. der Novellen Justinian's (1824). S. auch Böcking I S. 66. 67 und Anh. IV, Wächter I S. 41 fg. [Karlowa (¹) S. 1021 fg. Krüger (¹) S. 354 fg. 384 fg.]

⁶ Nicht glossirt sind: Nov. 11. 13. 21. 24—32. 35—37. 40—43. 45. 50. 59. 62—65. 68. 75. 87. 101—104. 110. 121. 122. 126. 129. 130. 133. 135—142. 144—158. 160—168. — Wenn anderer 97 Novellen als glossirte zählen, so beruht dies darauf, daß sie Nov. 150 mitrechnen, die aber nicht als solche glossirt ist, sondern nur in ihrem in Nov. 143 enthaltenen Auszug.

⁷ Der Name erklärt sich aus der Bezeichnung, welche die Glossatoren für die Novellen selbst gebrauchten. S. ⁶. Ähnliche Auszüge finden sich übrigens auch in Handschriften und Ausgaben der Institutionen und in Handschriften der Novellen. Vgl. Savigny Gesch. des r. R. im MA. III S. 527—533. IV S. 42—62. [Krüger (¹) S. 385, Regelsberger I § 3, III].

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

§ 4.

Es ist noch Einiges über die Ausgaben des Corpus juris zu sagen¹. Die älteren Ausgaben geben nicht das Corpus juris als Ganzes, sondern nur einzelne Theile desselben, oder auch alle einzelnen Theile desselben, aber nur als einzelne². Die erste Gesamtausgabe unter dem Titel Corpus iuris civilis ist die von Dionysius Gothofredus 1583. Bis zum Anfange des 16. Jahrhunderts sind sämtliche Ausgaben glossirt, seit dem Anfange des 17. Jahrhunderts ist keine glossirte mehr erschienen. Unter den nicht glossirten Ausgaben war bis in die neuere Zeit die verbreitetste die genannte des Dionysius Gothofredus; vielfach abgedruckt, liegt sie auch den gleichfalls oft gedruckten und nachgedruckten Ausgaben von Simon van Leeuwen und von Freyesleben zu Grunde; sie verdient noch immer Beachtung, weniger wegen ihres Textes³, als wegen der in ihren Noten enthaltenen Parallelstellen⁴. Die neueren Ausgaben sind: 1) die

§ 4. ¹ Die hier gemachten Bemerkungen verfolgen nur den Zweck einer Orientirung über das Hauptsächliche. Genaueres bei Böcking I Anh. V, Erleben Einleit. in d. röm. Privatr. § 40. [Krüger (§ 3¹) S. 386 fg. Welter I § 5^d].

² Die dabei (in den glossirten Ausgaben) [nach Vorgang der Handschriften (vgl. Krüger (§ 3¹) S. 379. 382 fg. 385)] regelmäßig zu Grunde gelegte Eintheilung des Textes ist folgende: 1. Digestum vetus (— XXIV. 2.). 2. Infortiatum (—XXXVIII). 3. Digestum novum (—L.) 4. Codex (die neun ersten Bücher des Codex). 5. Volumen oder Volumen parvum (die drei letzten Bücher des Codex, Novellen, Institutionen). Ueber den Grund der Eintheilung der Pandekten (stückweises Bekanntwerden desselben? Abgrenzung der volumina in der den Volognesischen Handschriften zu Grunde liegenden Urhandschrift? Weides?) vgl. Savigny Gesch. des r. R. im MA. III S. 422—442, Mommsen in der Vorrede zu seiner Pandektenausgabe p. XLVI. LXIV. LXXII. Scheurl 3S. f. RG. XII S. 143 fg. bringt die Eintheilung in Verbindung mit Justinian's Studienordnung in Const. Omnem reipublicae („... die meisten alten Handschriften, die aus den Byzantinischen Rechtsschulen und der Römischen stammen, [enthielten] . . . nur die 23 ersten, die mehreren nur die 36 ersten Bücher der Pandekten“). [Zustimmend Karlowa v. Rgesch. I S. 1017 fg. Dagegen Krüger (§ 3¹) S. 382² und wohl auch Dernburg I § 7¹.]

³ Vgl. Stinping Gesch. der deutschen RR. I S. 208. Hervorzuheben ist die Gestalt, welche die Novellen in der Gothofredischen Ausgabe haben; dieselbe gibt nicht die Vulgata, sondern die Sammlung von 168 Novellen (§ 3⁶), in einer lateinischen Uebersetzung nach der Ausgabe des Contius von 1571. Diese Uebersetzung ist bei 96 Novellen die der Vulgata, welche aber Contius nicht unverändert ließ; bei den übrigen rührt sie aus anderen Quellen her. In dieser Gestalt finden sich die Novellen in allen un glossirten Ausgaben seit Contius bis auf die neueste Zeit (vgl. ⁶), und in dieser Gestalt werden sie noch heutzutage citirt. Von Contius rührt auch die jetzt gebräuchliche Kapiteleintheilung her.

⁴ Auf dieses Hülfsmittel der Interpretation können namentlich Studirende

von Gebauer und (nach dessen Tode) Spangenberg (1776. 1797)⁵; 2) die von Beck (1825—1836); 3) die von den Gebrüdern Kriegel, der Codex von Herrmann, die Novellen von Osenbrüggen (1828—1843)⁶. 4) Die von Schrader unternommene große Ausgabe ist nicht über die Institutionen (1832) hinaus gediehen. 5) Die neueste Zeit hat uns eine allen Anforderungen der Kritik entsprechende Ausgabe [der Institutionen von Krüger^{6a}], der Pandekten von Th. Mommsen⁷, eine gleiche des Codex von

nicht dringend genug aufmerksam gemacht werden. Aber auch Fortgeschritteneren wird das von Gothofredus Gebotene häufig, wenigstens für den ersten Anlauf, genügen. — Nach Buchhändleranzeigen (s. auch Jahrb. des gem. R. V S. 408) beabsichtigte Keller eine neue Ausgabe des Corpus Juris, die ihren hauptsächlichsten Werth in einer ausserlesenen Sammlung von Parallelstellen haben sollte. Daß dieses Werk nicht zu Stande gekommen ist, ist nicht der geringste unter den Verlusten, welche die RW. durch den Tod dieses ausgezeichneten Gelehrten und Juristen erlitten hat.

⁵ Diese Ausgabe war bisher namentlich dadurch werthvoll, daß sie die Pandekten in dem reinen Florentinischen Text (?) wiedergibt, sie ist aber auch in dieser Beziehung neuerdings überholt worden (?). — Die Novellen erscheinen in dieser Ausgabe außer in dem lateinischen Text des Contius auch in dem griechischen Text, und in einer neuen Uebersetzung desselben durch J. Fr. Hombergk zu Bach, eine werthvolle Zugabe, da die Vulgata auch in der Contius'schen Recension häufig unverständlich ist.

⁶ In der Kriegel'schen Ausgabe ist namentlich für den Codex viel geschehen. Bei den Novellen haben sowohl die Beck'sche als die Kriegel'sche Ausgabe die Recension des Contius verlassen. Sie geben: 1) beide den griechischen Text mit der Hombergk'schen Uebersetzung, die aber in der Kriegel'schen Ausgabe vielfach verbessert ist, 2) die Kriegel'sche Ausgabe dazu die Vulgata, Werk den liber Authenticarum in seiner ursprünglichen Ordnung, aber nicht mit dem reinen Text der Vulgata.

^{6a} [Iustiniani institutiones. Recensuit P. Krueger. Berol. 1867.]

⁷ Digesta Iustiniani Augusti recognovit adsumpto in operis societatem Paulo Kruegero Th. Mommsen. Berolini apud Weidmannos [2 voll. 1868] 1870 (erste Lieferung 1866). Vgl. Ruborff 3S. f. RW. VI S. 418 fg. Zachariae das. X S. 165 fg.) In dieser Ausgabe ist der Florentinische Text (lectio Florentina), d. h. der Text einer aus dem 6. oder 7. Jahrh. stammenden (Mommsen praef. p. XXXX, Zachariae a. a. O. S. 168), früher in Pisa, gegenwärtig in Florenz in der Laurentianischen Bibliothek (seit 1786, vormem im palazzo vecchio) aufbewahrten Handschrift, nach einer neuen sorgfältigsten Collation wiedergegeben. Von der bezeichneten Handschrift pflegt man diejenigen Handschriften, welche den durch die Glossatoren festgestellten Text enthalten (vgl. Brinz I § 7 S. 31), als Vulgathandschriften (lectio vulgata) zu unterscheiden. Es ist natürlich für die Kritik des Pandektenortes eine schlechthin entscheidende Frage, ob diesen Vulgathandschriften, von denen keine älter ist als das 11. Jahrh., eine von der Florentinischen Handschrift unabhängige Urhandschrift zu Grunde liegt, oder ob sie sämmtlich ihre Quelle in der Florentinischen Handschrift haben. Das Hauptmoment für die Beantwortung dieser Frage ist, daß sich in den Vulgathandschriften eine

ß. Krüger⁸ gebracht.^{8a} Eine entsprechende Ausgabe der Novellen ist von H. Schöll begonnen [vollendet von W. Kroll].⁹

§ 5.

Die ferneren Quellen des Pandektenrechts sind:

1) das canonische Recht.^a Recipirt ist aber nur das i. g. Corpus iuris canonici clausum, welches aus folgenden Stücken besteht: a) Decretum Gratiani (concordantia discordantium canonum), eine Privatarbeit eines Camaldulensermonchs aus der Mitte des 12. Jahrhunderts, bestehend aus Sätzen des Verfassers, zu deren Wahrnehmung Stellen aus der heiligen Schrift, den Kirchenvätern, Concilienschlüssen, päpstlichen Decretalen, dem römischen Recht und fränkischen Capitularien citirt werden. Recipirt sind nicht jene Sätze (dicta Gratiani), sondern nur diese Citate, und auch die letzteren nur mit

Reihe von Ergänzungen des Textes der Florentina finden, welche unmöglich auf Conjectur beruhen können (s. Savigny Gesch. d. r. R. im MA. III S. 455 fg., aber auch Wiener das. VII S. 82 fg. und Th. Mommsen Jahrb. des gem. R. V S. 416 fg. und praef. p. LXX). Auf Grund dieser Thatfachen nimmt Savigny a. a. O. und mit ihm die bisher herrschende Meinung an, daß allerdings die Vulgathandschriften (ganz oder in einzelnen Theilen) auf einer von der Florentina unabhängigen Urhandschrift beruhen. Dagegen geht die Ansicht, welche jetzt Th. Mommsen (praef. p. XLVI sqq., vgl. denf. Jahrb. d. gem. R. V. 18. 3 S. f. RG. XII S. 197²) verteidigt, dahin, daß auch die Mutterhandschrift der Vulgathandschriften eine Abschrift der Florentina gewesen, daß aber diese Mutterhandschrift aus einer anderen Urhandschrift an einigen wenigen Stellen, welche nicht über das 34. Buch hinausgehen, ergänzt und verbessert worden sei. [Zustimmend Krüger (§ 3¹) S. 388 fg. Dernburg I § 9⁶. Sohm Institutionen (5. Aufl. 1894) S. 12. — Brinz I S. 13 erklärt das Räthsel für noch nicht gelöst.] In Betreff der Conjecturalcritik des Pandekten textes vgl. noch: Huschke zur Pandektenkritik (1875). [Dazu weiteres aus Huschke's Nachlaß herausgegeben v. Blaffak. Sav. 3 S. IX S. 331 fg.] Amann die Grundsätze der heutigen Pandektenkritik (1878).

⁸ Codex Iustinianus. Recensuit Paulus Krueger. Berolini apud Weidmannos 1877 (erste Lieferung 1873).

^{8a} [Auf diesen Ausgaben beruht als Handausgabe Corpus iuris civilis vol. I. Institutiones recogn. P. Krueger. Digesta recogn. Th. Mommsen. (Berol. 1868—72. 7. Aufl. 1895).] Vgl. Meißner fr. 23 S. XII S. 146 fg. [vol. II Codex Iustinianus recognov. P. Krueger. (Berol. 1872. 6. Aufl. 1895. In diesen Handausgaben finden sich aber manche Verbesserungen der grundlegenden Ausgaben.]

⁹ [Corpus iuris civilis vol. III. Novellae recogn. R. Schoell. Opus Schoellii morte interruptum absolvit Guilelmus Kroll. Berol. 1880—1895.]

§ 5. ^a Hegelsberger I § 4, Richter-Dove-Rahl Lehrb. d. Kirchenr. § 54 fg.
 ✓ Friebberg, Lehrb. d. Kirchenr. § 40—44. Hübler, kirchliche Quellen (1888) §§ 12—18.

derjenigen Autorität, zu welcher sie in der Kirche selbst gelangt sind¹. b) Die von Gregor IX. 1234 veranstaltete Sammlung von päpstlichen Erlassen (Decretalen)². c) Die Decretalensammlung Bonifacius VIII., der *f. g. liber sextus*, publicirt 1298, bestehend hauptsächlich aus Decretalen von Gregor IX. bis Bonifacius VIII. d) Die *f. g. Clementinen*, eine Sammlung von Decretalen von Clemens V., publicirt 1314³. — Die in diesen Sammlungen nicht enthaltenen (*extravagantes*) Decretalen gehören zum *Corpus iuris canonici clausum* nicht, und sind nie zu allgemeinem Ansehen gelangt⁴. Dagegen sind noch wichtig für das gemeine Civilrecht (hauptsächlich das Eherecht) die Beschlüsse des Tridentiner Concils⁴. — Ausgaben des *Corpus iuris canonici*: von Böhmer (1747), von Richter (1833—1839), die neueste und beste von Friedberg (1879—1881).

2) Die [alten] deutschen Reichsgesetze: Reichsabschiede (R.A.),

¹ In dieser Beziehung ist zu bemerken, daß nicht das *decretum* als Ganzes in der Kirche zu gesetzlichem Ansehen gelangt ist. Daher darf keiner in dasselbe aufgenommenen Stelle bloß deswegen verbindliche Kraft zugeschrieben werden, weil sie in dasselbe aufgenommen ist. Vgl. Schulte *Gesch. der Quellen und Literatur des c. N.* I S. 68 fg. — Die einzelnen im *decretum Gratiani* enthaltenen Quellenstellen werden *canones* genannt. Das *decretum* zerfällt in 3 partes. Die erste pars ist in 101 distinctiones eingetheilt; Citirart: *z. B. c. 1 Dist. 11*. In der zweiten pars werden 36 Fälle (*causae*) vorgetragen bei jedem Fall werden Fragen (*quaestiones*) aufgeworfen und auf Grund von *canones* gelöst; Citirart: *z. B. c. 1 C. 13 qu. 2*. Nur die 3. *quaestio* bei der 33. *causa*, welche einen *tractatus de poenitentia* enthält, ist zuerst in 7 distinctiones, und diese erst sind in *canones* eingetheilt; Citirart: *z. B. c. 21 Dist. 3 de poenitentia*. Die dritte pars ist wieder bloß in (5) distinctiones eingetheilt; zur Unterscheidung von der ersten pars citirt man mit dem Zusatz *de consecratione*, von welcher Materie die erste *distinctio* handelt, also *z. B. c. 25 Dist. 5 de consecratione*.

² Als solche erscheinen auch die von den Päpsten publicirten Concilienbeschlüsse.

³ Alle drei Decretalensammlungen zerfallen in 5 Bücher (deren Inhalt im Allgemeinen der *Memorialvers* angibt: *iudex, iudicium, clerus, sponsalia, crimina*), diese in Titel; die einzelnen in den Titeln enthaltenen Stücke heißen *capita*. Die Sammlung Gregor IX. wird mit X bezeichnet, welches extra bedeutet (nämlich *decretum*). Die Sammlung Bonifacius VIII. heißt *liber sextus*, deswegen weil sie sich als eine Fortsetzung der früheren Sammlung darstellt. Citirart: *c. 1 X de fide instr. 2. 23; c. 1 in VI^o de usuris 2. 9; c. 1 in Clem. de testib. 2. 8, oder cl. 1 de testib. 2. 8*.

⁴ Es gibt von ihnen zwei Sammlungen. a) *Extravagantes Joannis XXII*. b) Die *f. g. extravagantes communes*, von Urban IV. bis Sixtus IV. Schulte (¹) II S. 50 fg.

⁴ Welches aber nur an denjenigen Orten (in denjenigen Pfarreien) gilt, wo es publicirt worden ist. Vgl. Uhllein *ACPra.* VIII S. 127—129.

Reichsschlüsse (R.S., seit 1654), Reichsordnungen (R.O.)⁵. Sammlungen in der Note⁶. [Ueber die Gesetze des neuen Reiches vgl. § 6a].

3) Das gemeine deutsche Gewohnheitsrecht. Dasselbe tritt hervor (§ 16) theils in der Uebung des Volkes, theils in der Uebung der Juristen (Rechtsbelehrungen, Rechtsgutachten, Urtheile)⁷. Als Zeugnisse für dasselbe sind wichtig die Schriften, welche das gemeine deutsche Recht in derjenigen Gestalt, in der es praktisch angewendet wird, darstellen wollen⁸.

⁵ Ueber den gemeinlichen Charakter derselben vgl. Stobbe Quellen II S. 186. deutsch. Privatr. I § 13, I. — Die Rheinbundsacte Art. 2 hat zwar aufgehoben: „toute loi de l'Empire germanique, qui a pu jusqu'à présent concerner et obliger Leurs Majestés et Leurs Altesses Sérénissimes les Rois et les princes et le comte dénommés en l'article précédent, leurs sujets et leurs Etats ou parties d'iceux“; aber diese Bestimmung hatte nur die staatsrlichen auf den deutschen Reichsverband sich beziehenden Verhältnisse im Auge, und ist von den Regierungen und Gerichten nie in anderem Sinne angewendet worden.

⁶ Neue und vollständige Sammlung der Reichsabschiede. Frankfurt 1747. IV. Fol. Gerstlacher Handbuch der deutschen Reichsgesetze in systematischer Ordnung. Karlsruhe 1787—1794. XI. (der 10. Theil enthält das Privatr.) Emminghaus Corpus Juris Germanici tam publici quam privati academicum Jena 1824. 2. Aufl. 1844. II.

⁷ Consilia, consultationes, responsa, decisiones Vgl. J. C. C. Schröter repertorium iuris consultatorium in praecipuas decisiones et responsa etc. Lips. 1793. 1794. II. Hempol lexicon iuridico-consultatorium. Francof. et Lips. 1751—1756. X fol. Litt. A—Ed. Girtanner Repertorium der deutschen civilistischen Praxis für das gemeine R. Jena 1855. Nachweisungen der einzelnen Sammlungen in Lipeni Bibliotheca realis iuridica und deren Supplementen (§ 12 ¹) unter den genannten Worten; eine Uebersicht bei Maurenbrecher deutsches Privatr. 2. Aufl. I S. 78 fg., Vangerow I § 10a. Die neuere Praxis der obersten deutschen Gerichtshöfe enthält folgende höchst verdienstvolle Sammlung: Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe in Deutschland. Herausgegeben von J. A. Seuffert, seit dem 9. Bande von J. A. Seuffert und E. A. Seuffert, seit dem 12. von Veßterem allein, seit dem 16. von A. F. W. Preusser, seit dem 35. von Schütt. Seit 1847. Versondere Sammlungen für die neuere Praxis bei Maurenbrecher a. a. O. und Thöl Einl. § 21 Note 9. 12, Buchta § 6a ^o, Befeler § 42 Nr. IV. [Von hervorragender Bedeutung auch außerhalb des Handelsrs. und deshalb hier nicht zu übergehen: Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. Herausgeb. v. d. Räten des Gerichtshofes. 25 Bde. (1870—1880)]. Die Erkenntnisse des Reichsgerichts in: Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes. Leipzig. Seit 1880. [Wolze, Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen. Seit 1886, ist sehr reichhaltig, gibt aber nur Extrakte.]

⁸ Für die frühere Zeit sind hervorzuheben die Schriften von Vened. Carpzov: Jurisprudentia forensis Romano-Saxonica 1638, Responsa 1642, Decisiones 1646—1656 (Sammlungen praktischer Entscheidungen nicht bloß civillichen Inhalts, vgl. Stinzing Geschichte der deutsch. RW. II S. 55 fg.),

III. Bedeutung des Pandektenrechts.

§ 6.

Die Bedeutung des Pandektenrechts besteht zunächst darin, daß es für einen großen Theil Deutschlands in Ermangelung entgegenstehender [vgl. § 2^b] particularrechtlicher Bestimmungen mit Gesetzeskraft gilt.

Die Geltung des Pandektenrechts in Deutschland ist zwar seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts durch Erlaß neuer Gesetzbücher in erheblichem Maße eingeschränkt worden¹. Aber auch soweit dieß geschehen ist, hat das Pandektenrecht kaum an Bedeutung verloren. Denn die Gesetzbücher, welche an seine Stelle getreten sind, haben zur wesentlichen Grundlage das römische Recht², oder doch die Ansichten ihrer Verfasser darüber, was der wahre Inhalt des römischen Rechts und was davon anwendbar sei, so daß sowohl das richtige Verständniß dieser Gesetzbücher, als die Möglichkeit ihrer Verbesserung,

sobald die § 12 unter A. 6. 7 näher bezeichneten Werke von Schilter und Struyf, ferner A. de Leyser *Meditationes ad Pandectas*, 1717 sqq. XIII voll.

¹ Für Preußen, mit Ausnahme weniger Gebiete [abgesehen von den neu erworbenen], gilt das „allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten“ (1794), für Oesterreich das „allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie“ (1811), für das K. Sachsen das „bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen“ (1863. 1865). Außerdem gilt das französische Gesetzbuch für die deutschen Länder am linken Rheinufer, für einen kleinen Theil der rechtsrheinischen Seite der Preussischen Rheinprovinz (das ehemalige Herzogthum Berg), und in einer Uebersetzung mit Zusätzen als „Nadisches Landrecht“ für das Großherzogthum Baden. Vorbereitungen neuer Gesetzbücher im Großherzogthum Hessen (der Entwurf gedruckt in 4 Abtheilungen, Darmst. 1842—1853) und im Königreich Bayern (ein Theil des Entwurfs gedruckt, München 1861. 1862), so wie ein von einer in Dresden tagenden Commission ausgearbeiteter „Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über die Schuldverhältnisse“ (veröffentlicht 1864. 1866), haben zu keinem Resultat geführt. [Vgl. Stobbe I § 15. Gierke I § 9, II. Vierhaus, die Entstehungsgesch. des Entwurfs e. bürgerl. Gesetzb. f. d. deutsche Reich (Bekker u. Fischer, Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des E. V. G. B. S. 1. S. 3 fg. 25 fg.)] — Das 1756 für Bayern publicirte „Churbayerische Landrecht“ (Codex Maximilianus bavaricus civilis) will auf der einen Seite in der Hauptfache nur den Inhalt des geltenden (gemeinen und statutarischen) R. in anderer Ordnung und Sprache wiederholen, und schließt andererseits die subsidiäre Geltung der fremden R. nicht aus. — [Ueber das Reichscivilr. vgl. § 6a.]

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

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

Aber auch abgesehen von einer irgendwelchen, früheren oder gegenwärtigen, gesetzlichen Geltung hat das römische Recht eine nicht hoch genug anzuschlagende Bedeutung für ganz Europa, ja für die ganze civilisirte Welt³. Und zwar aus einem doppelten Grunde. Einmal deswegen, weil sein Inhalt zu einem großen Theil nicht auf der Besonderheit gerade des römischen Volksgesistes beruht, sondern nichts ist, als der Ausdruck allgemein menschlicher Auffassungen allgemein menschlicher Verhältnisse, nur mit einer Meisterchaft entwickelt, welche keine Jurisprudenz und keine Gesetzgebungskunst seitdem zu erreichen verstanden hat — daher unmittelbar verwertbar, wo civilisirte Menschen zusammenleben⁴. Sodann deswegen, weil, ganz abgesehen von seinem Inhalt, das römische Recht durch seine formale Ausbildung berufen ist, Muster und Schule des juristischen Denkens und juristischen Schaffens zu sein. Die Begriffe des römischen Rechts sind immer scharf und präcis, und doch sind sie immer elastisch, immer bereit, sich jedem neu auftretenden Lebensbedürfnisse zu öffnen und den Anforderungen desselben in sich Raum zu gewähren; das römische Recht ist immer klar, und doch nie abstract. Wenn einerseits das ältere deutsche Recht Gefahr lief, über der reichen Ausbildung des Details die begriffliche Zusammenfassung desselben zu vernachlässigen, und andererseits der deutsche Geist leicht an der Klippe dogmatischer Abstraction scheitert: so ist gerade für Deutschland das römische Recht ein heilsames Mittel der Zucht gewesen, das, wie es seinen Werth bewährt hat, hoffentlich nie wird mißachtet werden⁵.

³ Die Modificationen, welche seine Geltung als gem. R. für Deutschland bedingen, kommen in dieser Beziehung nicht in Betracht. Es ist dieß nicht sowohl eine Bedeutung des Pandektenr., als des im Pandektenr. enthaltenen r. R.

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

⁵ Ueber den Werth des r. R. ist seit der Zeit, wo die Entwicklung der neueren Philosophie die unbedingte Verehrung, welche ihm bis dahin gezollt worden war, durchbrochen hat, viel gestritten worden, und noch jetzt begegnet man Ansichten, welche nach den Extremen auseinanderschwanen. Wenn auf der einen Seite das r. R. als das absolute R. gepriesen wird (G. Venz über die geschichtliche Entstehung des R. 1844), hört man auf der anderen Seite versichern, daß dasselbe auf einer principiell verwerflichen Grundlage beruhe (C. A. Schmidt [von Hoftock]

Endlich ist die wissenschaftliche Behandlung, welche dem römischen Recht seit der Wiedererweckung seiner Kunde in dem neueren Europa zu Theil geworden ist, die Grundlage aller Privatrechtswissenschaft, und in gewissem Maße aller Rechtswissenschaft geworden. Das römische Recht hat lange Zeit den weitaus überwiegenden Theil aller rechtswissenschaftlichen Kräfte auf sich vereinigt, und der selbständige Ausbau der übrigen Rechtsdisciplinen, und vor Allem der Disciplin des deutschen Privatrechts, beruht in wesentlichem Maße auf der in dieser Schule gewonnenen Ausbeute nicht bloß von formaler Geistesbildung, sondern auch von materiellen Rechtsbegriffen und Rechtswahrheiten⁶.

[IIIa. Das Reichsprivatrecht.*

§ 6a.

1. Die Verfassung des norddeutschen Bundes (Art. 4) und diejenige des deutschen Reiches (Art. 4) unterstellen der Gesetzgebung

der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen R., 1. [einziger] Band 1853). Das r. R. verdient nicht jenen Preis und nicht diesen Tadel. Das r. R. ist nicht das absolute R.; ein absolutes R. gibt es nicht; auf dem Gebiet des R. wie auf allen anderen Gebieten enthüllt sich die Wahrheit nur der fortschreitenden Arbeit des Menschengesistes. Aber das r. R. ist das Resultat der Arbeit desjenigen Theils der Menschheit, dem unter allen Völkern, welche bisher in der Geschichte aufgetreten sind, die größte Begabung für die Cultur des R. zu Theil geworden war. Das r. R. ist nicht das R., so wenig wie die griechische Kunst die Kunst ist; aber das geistige Kapital der Menschheit ist durch die griechische Kunst nicht in höherem Maße bereichert worden, als durch das r. R. Vgl. § 10⁴. — Ein richtiges Urtheil über den Werth und die Bedeutung des r. R. zu begründen, ist vor Allem geeignet die von Jhering in seiner Schrift über den Geist des r. R. auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung (1. Bd. 1852, 2. Bd. 1854, 1858, 3. Bd. 1. Abth. 1865, I. 5. Aufl. 1891, II, 1. 5. Aufl. 1894 (herausgeg. v. Ehrenberg), II, 2. 4. Aufl. 1883, III, 1. 4. Aufl. 1888 unternommene, auf die Darlegung der letzten und eigentlichen Gedanken des r. R. gerichtete Arbeit. Außerdem sind aus der hierher gehörigen Literatur noch zu nennen: K. D. A. Höder Grundgedanken und Bedeutung des römischen und germanischen R. (1855). Fr. v. Hahn die materielle Uebereinstimmung der römischen und germanischen Principien (1856; der Form nach Gegenchrift gegen die oben genannte Schrift von Schmidt). Vgl. auch die kräftigen und trefflichen Worte von Doretius in der in § 1³ angeführten Rede. [Gegenwärtig ist namentlich in der breiten Literatur des E. R. um Werth oder Unwerth des r. R. wieder lebhafter Kampf geführt. Insbesondere ist für die Opposition Gierke's gegen den Entwurf der angeblich zu romanisirte Charakter desselben ein Hauptgrund. Vgl. Gierke, der E. c. R. und das deutsche R. 1889. Die sociale Aufgabe des Privatr. 1889. Deutsch. Privatr. I § 3 S. 24. § 5 S. 40 fg.]

⁶ Vgl. hierzu Sohm in Grünh. 3 S. I S. 268 fg.

* Dem Reichsprivatr. haben die früheren Auflagen nur wenige Bemerkungen

des Bundes und des Reiches eine Reihe von Angelegenheiten, darunter (Ziff. 13) „die gemeinsame Gesetzgebung über das Obligationenrecht, Strafrecht, Handels- und Wechselrecht und das gerichtliche Verfahren“, also auch den in das Civilrecht vielfach eingreifenden Civilproceß, sowie einige besondere civilrechtliche Materien, (Erfindungspatente, Schutz des geistigen Eigenthums [Ziff. 5. 6.]). Auch die sonst dem Reich zugewiesene Gesetzgebung, wie über Gewerbebetrieb, einschließlich des Versicherungswezens, Maß- Münz- und Gewichtssystem, Papiergeld, Bankwesen, Postwesen u. s. w. konnte zu civilrechtliche Bestimmungen mancherlei Art führen. Aber erst durch Reichsges. vom 20. Dec. 1873 ist die Bestimmung der Verfassung dahin geändert, daß die „gemeinsame Gesetzgebung über das gesammte bürgerliche Recht“ dem Reiche zusticht¹.

2. Nach RV. Art. 2 gehen Reichsgesetze den Landesgesetzen vor, sie sind absolut gemeines Recht Deutschlands^{1a}. Mit dem Inkrafttreten eines Reichsgesetzes treten also von selbst außer Kraft alle ihm entgegenstehenden oder ihm inhaltsgleichen Landesgesetze und es können derartige Landesgesetze nicht mehr erlassen werden. Dagegen bleiben auch in Angelegenheiten, über welche das Reich Gesetze geben kann, die Vorschriften der Landesgesetze insoweit in Kraft und können auch neue Landesgesetze gegeben werden, als das Reich thatsächlich keine Normen erlassen hat. Nimmt aber ein Reichsgesetz eine Materie in die Hand, so ist es Frage seiner Auslegung, ob damit die Materie erschöpfend geregelt sein soll oder nicht. Ist diese Frage zu bejahen, so sind Landesgesetze, welche die gleiche Materie betreffen, beseitigt und für die Zukunft ausgeschlossen, auch insoweit sie einen mit dem Inhalt des Reichsgesetzes vereinbaren Inhalt haben; ist sie zu verneinen, so bleiben derartige das Reichsrecht ergänzende Vorschriften des Landesrechts in Kraft und können neu erlassen werden². Das Reichsgesetz kann natürlich dem Landes-

gewidmet. § 2⁴ bemerkte, daß die Reichsgesetze absolut gemeines R. sind. § 5, 2 zählt sie zu den Quellen des Pandektenr. § 5^{2a} gab dazu einige Verweisungen. § 6¹ bedachte der WD. des HGB. und des C. I HGB. (Vgl. 7. Aufl.). Es ist aber nunmehr nothwendig, dem Reichsivilr. eine eingehendere Darstellung zu widmen.

§ 6a. ¹ Bierhaus (§ 6¹) S. 38 fg.

^{1a} Hierzu und zum Folgenden vgl. Laband Staatsr. I § 59. Haenel Staatsr. I § 38 fg. Meyer Staatsr. § 167. 168.

² Vgl. beispielsweise RV. VIII S. 421. XI S. 28. S. 187. S. 244 fg.

gesetz den Vorrang vor den eigenen Vorschriften lassen, sei es, daß nur bestehende Landesgesetze aufrecht erhalten bleiben oder auch der Erlass künftiger gestattet sein soll. Die absolute Natur des Reichsgesetzes bewährt sich aber auch an diesem Punkte darin, daß solche Aufrechterhaltung und Zulassung von Landesgesetzen lediglich vom Willen des Reichsgesetzes abhängt³.

Obwohl die Reichsverfassung nur von Reichs- und Landesgesetzen spricht, kann es doch keinem Zweifel unterliegen, daß die gleiche Stellung auch den Reichsverordnungen⁴, und Reichsgesetzen wie Reichsverordnungen auch dem Landes-Gewohnheitsrecht gegenüber zukommt⁵.

3. Das Pandektenrecht kann in den Augen des Reichsrechts nur als Landesrecht derjenigen Länder erscheinen, in denen es noch Geltung hat, der s. g. Länder des gemeinen Rechts. Es wird also durch Reichsgesetze wie jedes andere Landesrecht gebrochen. Daher ist es unrichtig, die Reichsgesetze, insoweit sie Materien des Pandektenrechts betreffen, als eine neue Quelle dieses Rechts zu behandeln. Das Reichsrecht ist als absolut gemeines Recht ein Recht von anderer

XII §. 105 fg. XVIII §. 218 fg. §. 367. XIX §. 142. XXVIII §. 115. XXIX §. 26 fg. Cf. XLVIII. 36 (RG.).

³ Die Klausel in Reichsgesetzen, daß gewisse landesrechtliche Vorschriften unberührt bleiben, bezieht sich im Zweifel auch auf künftige Vorschriften. RG. VII §. 348. vgl. §. 399 fg. Die Klausel „... bestimmen die Landesgesetze“ umfaßt auch das bereits geltende Landesr. RG. XII §. 1 fg.

⁴ Laband I § 59, II, 1. Meyer §. 528. Ein Reichsgewohnheitsr., welches den Landesgesetzen verfassungsmäßig vorgehe, kann es nicht geben, weil eine Gewohnheitsbildung sich überhaupt nicht auf die RV. stützen kann. Selbst ein im ganzen deutschen Volke geübtes Gewohnheitsr. würde in jedem Bundesstaate dessen Gesetzen gegenüber nicht anders zu beurtheilen sein, als ein nur in diesem Staate sich bildendes Gewohnheitsr. Nur die Usualinterpretation eines Reichsgesetzes wird, wo sie sich festsetzt, praktisch dem Landesr. gegenüber die gleiche Stellung einnehmen wie ein Reichsgesetz selbst.

⁵ Dies ist wie mir scheint auch die herrschende Ansicht. Laband §. 588, Meyer §. 528. — Haenel Staatsr. I § 38 §. 250 f. sucht dagegen zu beweisen, daß unter Landesgesetzen im Sinne von RV. Art. 2 das Gewohnheitsr. nicht mitzuverstehen ist. Solange die Reichsgesetze keine einschlagende Bestimmung aufweisen, entscheide das sonst in Deutschland geltende R. darüber, ob gegenüber den Gesetzen, auch Reichsgesetzen, dem Gewohnheitsr. abändernde oder ergänzende Kraft beizubehalten. Erst die auf Grund von RV. 2 ergehende Reichsgesetzgebung habe den Verus zu befinden, ob und wie weit sie die Reichsgesetze dem Einfluß des Gewohnheitsr. entziehen wolle. Allein diesen Verus könnte die Reichsgesetzgebung doch wieder nur aus Art. 2 der RV. entnehmen; Haenels Ansicht würde aber auch in Ansehung des vorhandenen Gewohnheitsr. dahin führen, daß solches dem Reichsgesetze nicht ohne weiteres weiche.

des Bundes und des Reiches eine Reihe von Angelegenheiten, darunter (Ziff. 13) „die gemeinsame Gesetzgebung über das Obligationenrecht, Strafrecht, Handels- und Wechselrecht und das gerichtliche Verfahren“, also auch den in das Civilrecht vielfach eingreifenden Civilproceß, sowie einige besondere civilrechtliche Materien, (Erfindungspatente, Schutz des geistigen Eigenthums [Ziff. 5. 6.]). Auch die sonst dem Reich zugewiesene Gesetzgebung, wie über Gewerbebetrieb, einschließlich des Versicherungswesens, Maß- Münz- und Gewichtssystem, Papiergeld, Bankwesen, Postwesen u. s. w. konnte zu civilrechtliche Bestimmungen mancherlei Art führen. Aber erst durch Reichsges. vom 20. Dec. 1873 ist die Bestimmung der Verfassung dahin geändert, daß die „gemeinsame Gesetzgebung über das gesammte bürgerliche Recht“ dem Reiche zusteht¹.

2. Nach RB. Art. 2 gehen Reichsgesetze den Landesgesetzen vor, sie sind absolut gemeines Recht Deutschlands². Mit dem Inkrafttreten eines Reichsgesetzes treten also von selbst außer Kraft alle ihm entgegenstehenden oder ihm inhaltsgleichen Landesgesetze und es können derartige Landesgesetze nicht mehr erlassen werden. Dagegen bleiben auch in Angelegenheiten, über welche das Reich Gesetz geben kann, die Vorschriften der Landesgesetze insoweit in Kraft und können auch neue Landesgesetze gegeben werden, als das Reich thatsächlich keine Normen erlassen hat. Nimmt aber ein Reichsgesetz eine Materie in die Hand, so ist es Frage seiner Auslegung, ob damit die Materie erschöpfend geregelt sein soll oder nicht. Ist diese Frage zu bejahen, so sind Landesgesetze, welche die gleiche Materie betreffen, beseitigt und für die Zukunft ausgeschlossen, auch insoweit sie einen mit dem Inhalt des Reichsgesetzes vereinbaren Inhalt haben; ist sie zu verneinen, so bleiben derartige das Reichsrecht ergänzende Vorschriften des Landesrechts in Kraft und können neu erlassen werden³. Das Reichsgesetz kann natürlich dem Landes-

gewidmet. § 2⁴ bemerkte, daß die Reichsgesetze absolut gemeines R. sind. § 5, 2 zählt sie zu den Quellen des Pandektenr. § 5^{6a} gab dazu einige Verweisungen. § 6¹ bedachte der WD. des StGB. und des C. I StGB. (Vgl. 7. Aufl.). Es ist aber nunmehr nothwendig, dem Reichsivilr. eine eingehendere Darstellung zu widmen.

§ 6a. ¹ Bierhans (§ 6¹) S. 33 fg.

^{2a} Hierzu und zum Folgenden vgl. Laband Staatsr. I § 59. Jacnel Staatsr. I § 38 fg. Meyer Staatsr. § 167. 168.

³ Vgl. beipielsshalber RG. VIII S. 421. XI S. 28. S. 187. S. 244 fg.

gesetz den Vorrang vor den eigenen Vorschriften lassen, sei es, daß nur bestehende Landesgesetze aufrecht erhalten bleiben oder auch der Er-
laß künftiger gestattet sein soll. Die absolute Natur des Reichs-
gesetzes bewährt sich aber auch an diesem Punkte darin, daß solche
Aufrechterhaltung und Zulassung von Landesgesetzen lediglich vom
Willen des Reichsgesetzes abhängt³.

Obwohl die Reichsverfassung nur von Reichs- und Landes-
gesetzen spricht, kann es doch keinem Zweifel unterliegen, daß die
gleiche Stellung auch den Reichsverordnungen⁴, und Reichsgesetzen
wie Reichsverordnungen auch dem Landes-Gewohnheitsrecht gegen-
über zukommt⁵.

3. Das Pandektenrecht kann in den Augen des Reichsrechts nur
als Landesrecht derjenigen Länder erscheinen, in denen es noch Geltung
hat, der s. g. Länder des gemeinen Rechts. Es wird also durch
Reichsgesetze wie jedes andere Landesrecht gebrochen. Daher ist es
unrichtig, die Reichsgesetze, insoweit sie Materien des Pandektenrechts
betreffen, als eine neue Quelle dieses Rechts zu behandeln. Das
Reichsrecht ist als absolut gemeinsames Recht ein Recht von anderer

XII §. 105 fg. XVIII §. 218 fg. §. 367. XIX §. 142. XXVIII §. 115.
XXIX §. 26 fg. Cf. XLVIII. 36 (RG.).

³ Die Clausel in Reichsgesetzen, daß gewisse landesrechtliche Vorschriften un-
berührt bleiben, bezieht sich im Zweifel auch auf künftige Vorschriften. RG. VII
§. 348. vgl. §. 399 fg. Die Clausel „... bestimmen die Landesgesetze“ um-
faßt auch das bereits geltende Landesr. RG. XII §. 1 fg.

⁴ Laband I § 59, II, 1. Meyer §. 528. Ein Reichsgewohnheitsr.,
welches den Landesgesetzen verfassungsmäßig voringe, kann es nicht geben, weil
eine Gewohnheitsr. sich überhaupt nicht auf die RR. stützen kann. Selbst
ein im ganzen deutschen Volke geübtes Gewohnheitsr. würde in jedem Bundes-
staate dessen Gesetzen gegenüber nicht anders zu beurtheilen sein, als ein nur in diesem
Staate sich bildendes Gewohnheitsr. Nur die Usualinterpretation eines Reichs-
gesetzes wird, wo sie sich festsetzt, praktisch dem Landesr. gegenüber die gleiche
Stellung einnehmen wie ein Reichsgesetz selbst.

⁵ Dies ist wie mir scheint auch die herrschende Ansicht. Laband §. 588,
Meyer §. 528. — Haenel Staatsr. I § 38 §. 250 f. sucht dagegen zu
beweisen, daß unter Landesgesetzen im Sinne von RR. Art. 2 das Gewohnheitsr.
nicht mitzuerstehen ist. Solange die Reichsgesetze keine einschlagende Bestimmung
aufweisen, entscheide das sonst in Deutschland geltende R. darüber, ob gegenüber
den Gesetzen, auch Reichsgesetzen, dem Gewohnheitsr. abändernde oder ergänzende
Kraft beizubehalten. Erst die auf Grund von RR. 2 ergehende Reichsgesetzgebung
habe den Beruf zu befinden, ob und wie weit sie die Reichsgesetze dem Einfluß
des Gewohnheitsr. entziehen wolle. Allein diesen Beruf könnte die Reichsgesetz-
gebung doch wieder nur aus Art. 2 der RR. entnehmen; Haenels Ansicht würde
aber auch in Ansehung des vorhandenen Gewohnheitsr. dahin führen, daß solches
dem Reichsgesetze nicht ohne weiteres weiche.

Geltungskraft als das subsidiär gemeine Pandektenrecht und zugleich ein Recht von anderem Geltungsgebiet⁶. Die Darstellung des Pandektenrechts aber kann diejenigen Normen des Reichsrechts, welche an Stelle von Normen des Pandektenrechts getreten sind, nicht übergehen und muß auch bei Erörterung allgemeiner civilrechtlicher Begriffe und Lehren vielfältig auf das Reichsrecht wie auch auf das sonstige deutsche Privatrecht Rücksicht nehmen.

4. Die civilrechtliche Gesetzgebung des norddeutschen Bundes und des deutschen Reiches hat zunächst wichtige Schöpfungen früherer Einheitsbestrebungen, die bis dahin als allgemeines Recht galten, die allgemeine deutsche Wechselordnung nebst den s. g. Nürnberger Novellen und das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch⁷ zu absolut gemeinem Recht erhoben, in großem Umfange aber auch neue civilrechtliche Vorschriften erlassen. In das bürgerliche Recht greifen vielfach ein das Reichsstrafgesetzbuch v. 31. Mai 1870 (15. Mai 1871) nebst Novellen, die s. g. Reichsjustizgesetze, nämlich das Gerichtsverfassungsgesetz v. 27. Jan. 1877, die Civilproceßordnung v. 30. Jan. 1877, die Strafproceßordnung v. 1. Febr. 1877, und die Konkursordnung v. 10. Febr. 1877 mit Nebengesetzen⁸, sowie die Gewerbeordnung v. 21. Juni 1869 mit zahlreichen Novellen⁹. Das Handelsgesetzbuch erhielt Novellen besonders in Bezug auf das Aktienrecht¹⁰. Auch sonst sind verschiedene Arten von Corporationen durch Reichsgesetze geregelt¹¹. Umfassende Ordnung fand das Urheberrecht an Geistesproducten¹² und das Recht an Waarenzeichen¹³. Auch die seit 1883

⁶ Vgl. § 6¹.

⁷ Gesetz des norddeutschen Bundes v. 5. VI. 1869. (Ges. betr. d. Verfassung des deutschen Reiches v. 16. IV. 71. § 2. Ges. v. 22. IV. 1871 § 2 Nr. 8 (Bayern). Ges. v. 19. VI. 1872 (Elsaß-Lothringen). Das Genauere vgl. bei L h ö l, Handelsr. I § 20.

⁸ Besonders wichtig Ges. v. 21. VII. 1879 betr. die Aufsehung von Rechts-handlungen eines Schuldners außerhalb des Konkurses.

⁹ Auf Grund der ersten 8 Novellen neu redigirt und publicirt durch Bekanntmachung des gesetzlich dazu ermächtigten Reichskanzlers v. 1. VII. 1883; seitdem aber wiederum vielfältig verändert.

¹⁰ Ges. v. 11. VI. 1870 und vom 18. VII. 1884.

¹¹ Ges. betr. die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- u. Wirtschaftsgenossenschaften v. 4. VII. 1868, ersetzt durch Ges. betr. d. Erwerbs- u. Wirtschaftsgenoss. v. 1. V. 1889. Ges. betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung v. 20. Apr. 1892.

¹² Ges. v. 11. VI. 1870; Schriftwerke, Abbildungen, musikalische Compositionen, dramatische Werke, v. 9. I. 1876; Werke der bildenden Künste, v. 10. I.

ergangene Gesetzgebung über Unfall-, Kranken-, Alters- und Invaliditätsversicherung ist, obwohl vorwiegend öffentlich-rechtlich, doch auch für das Civilrecht von Wichtigkeit. Dem allen treten noch zahlreiche andere civilrechtliche Bestimmungen verschiedenster Natur hinzu¹⁴.

5. Seitdem unmittelbar nach der Befreiung Deutschlands von der französischen Fremdherrschaft *Thibaut* — unter dem lebhaften Widerspruch *Savigny's* ein allgemeines deutsches bürgerliches Gesetzbuch verlangt hatte (§ 10¹), ist der Ruf nach einem solchen nicht mehr verstummt. Das Handelsgesetzbuch und die Wechselordnung waren Abchlagszahlungen darauf. Versucht wurde noch kurz vor dem Sturz des deutschen Bundes die Schöpfung eines allgemeinen deutschen Gesetzes über die Schuldverhältnisse, dessen Entwurf von einer auf Veranlassung des Bundes, aber unter dem Protest Preussens berufenen, nur von 10 Regierungen beschiedten Kommission in Dresden 1863—1866 ausgearbeitet wurde¹⁵. Die zweite große nationale Erhebung Deutschlands gab auch dem Streben nach Einheit auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts neuen Anstoß; aber nur nach Kämpfen gelang es, dem Reiche die volle Kompetenz zur privatrechtlichen Gesetzgebung zu verschaffen. Nachdem dies durch das oben erwähnte Gesetz v. 20. Dec. 1873 erreicht war, wurde alsbald mit der Vorbereitung eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich begonnen¹⁶. Nachdem auf Bundesrathsbeschluss vom 28. Febr. 1874

1876: Photographieen, v. 11. I. 1876: Muster und Modelle, v. 1. VI. 1891: Gebrauchsmuster, Patentgesetze v. 25. V. 1877 u. v. 7. IV. 1891.

¹³ Ges. über den Markenschutz v. 30. XI. 1874.

¹⁴ Uebersichten der civilrechtlichen Reichsgesetze: *Petter* I § 8. *Stobbe* I § 13 S. 78 fg. *Sehling*, die Gesetzgebung des deutschen Reiches auf dem Gebiete des bürgerlichen und socialen R. (1894) S. VII fg. — *Mandry*, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze (3. Aufl. 1886) verdient gewiß das von *Windscheid* in den früheren Auflagen (§ 5^{6a}) ausgesprochene Urtheil: sorgfältig und in jeder Beziehung trefflich, ist aber leider durch die Ereignisse überholt. Gesamtdarstellungen des Reichscivilr. haben sich nicht entwickeln können, weil das Reichsr. bisher noch kein geschlossenes System bildete. Das Reichsr. ist bearbeitet in den Handbüchern theils der Pandekten, größeren Theils des deutschen Privatr., sowie *Das des Handelsr.*, des *Civilproceßr.*, in Monographien, Commentaren, Zeitschriften. davon für das gegenwärtige Werk von Interesse ist, ist geeigneten Orts anzuführen.

¹⁵ S. g. *Dresdener Entwurf*. Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenr. Dresden 1863—66. 6 Bde. Bd. 6 enthält die Entwürfe. — *Francke*, Entwurf eines allgem. deutsch. Gesetzes über Schuldverhältnisse, bearbeitet von den durch die Regierungen von Oesterreich u. s. w. abgeordneten Kommissaren. Dresden 1866. — Vgl. *Bierhaus* (§ 6¹) S. 22 fg.

¹⁶ *Genauerer* über die Geschichte vgl. bei *Bierhaus* (§ 6¹) S. 44 fg. *Stobbe* (u. *Schulz*) I § 13 VI. Vorwort zur amtlichen Ausgabe des Entwurfs

eine Kommission (Vorkommission) dem Bundesrath über die allgemeinen Grundsätze, welche bei der Ausarbeitung zu befolgen wären, Gutachten erstattet hatte, beschloß der Bundesrath am 22. Juni 1874, eine Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs niederzusetzen. Diese Kommission stellte den Entwurf erster Lesung Ende 1887 fertig¹⁷. Nachdem darüber eine reiche kritische Litteratur erwachsen war¹⁸, auch Erwägungen im Schoße der einzelnen Regierungen stattgefunden hatten¹⁹, trat auf Grund Bundesrathsbeschlusses v. 4. Dec. 1890 eine zweite Kommission zur Revision des Werkes zusammen. Aus ihrer Arbeit ging unter wesentlichen Veränderungen der Entwurf zweiter Lesung hervor²⁰, der Ende October 1895 fertig gestellt wurde. Diesen Entwurf veränderte der Bundesrath selbst in nicht

1. Lesung. Denkschrift zum Entwurf in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage. Einleitung.

¹⁷ Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Erste Lesung. Ausgearbeitet durch die von dem Bundesrath berufene Kommission. Dazu Motive, 5 Bde. (Amtliche Ausgabe. Berlin u. Leipzig 1888.) Die Motive sind anonym „aufgestellt worden“ „auf Grund der von den Redactoren ausgearbeiteten Motive zu den Vorentwürfen, sowie auf Grund der von der Kommission genehmigten Berathungsprotokolle“; „einer Prüfung und Genehmigung der Gesamtkommission haben sie nicht unterlegen“. (Vorwort zum Entw. S. VI.) Die Vorarbeiten sind gedruckt, die Berathungsprotokolle metallographirt, beide leider nicht veröffentlicht; erstere sind jedoch größeren Bibliotheken zugesandt. Zuehör zum Entwurf sind: Entwurf eines Einführungsgesetzes zum bürgerlichen Gesetzbuch f. d. deutsche Reich. Nebst Motiven. (Amtliche Ausg. Berlin u. Leipzig 1888). — Entw. einer Grundbuchordnung und Entw. e. Ges. betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. (Ebenso 1889).

¹⁸ Das Vorwort des E. S. VII lud dazu ausdrücklich ein.

¹⁹ Gedruckt sind Bemerkungen des k. preussischen Justizministers zum E. e. bürgerl. Gesetzb. f. d. deutsche Reich 1891. Desgleichen der Großherz. Mecklenburg.-Schwerinschen Regierung. 2 Bde. 1891. 92. v. Jakubezky, Bemerkungen z. d. E. e. BGB. f. d. Reich, dem k. bayer. Justizmin. vorgelegt. Münch. 1892. Zusammenstellung der Aeußerungen der Bundesregierungen zu dem E. e. BGB. Gefertigt im Reichsjustizamt. 2 Bde. Berlin 1893.

²⁰ Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. Zweite Lesung. Nach den Beschlüssen der Redaktionskommission. Auf amtliche Veranlassung. (Berlin, Buch I—III und Buch IV 1894. Buch V u. VI 1895). Die früheren Veröffentlichungen in Zeitschriften (z. B. Mandry ACPr. LXXIX S. 124 fg. LXXX S. 428 fg. LXXXII S. 243 fg. LXXXIII S. 401 fg. LXXXIV S. 374 fg.) zeigen zum Theil noch frühere Stadien der Entwicklung. Wichtig ist Reay die zweite Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs f. d. deutsche Reich unter Gegenüberstellung der ersten Lesung . . . aus den Protokollen der 2. Lesung erläutert. 2 Bde. 1894. 96. Ebenso das EG. 1896. Die Protokolle sind metallographirt, aber derzeit nicht allgemein zugänglich. S. auch Bemerkungen der großherz. Mecklenburg.-Schwerinschen Regierung zu dem E. e. BGB. f. d. deutsche Reich. 2. Lesung. 1896.

wenigen Punkten, und in der so entstandenen Fassung wurde er durch Schreiben des Reichskanzlers vom 17. Januar 1896 sowie mündliche Erklärung desselben am gleichen Tage im Reichstage eingebracht²¹. Die Vorlegung des Entwurfs eines Einführungsgesetzes zum bürgerlichen Gesetzbuch erfolgte durch Schreiben des Reichskanzlers vom 25. Jan. 1896²². Der Reichstag berieth beide Entwürfe in erster Lesung vom 3. bis 6. Febr. 1896²³ und verwies sie an eine Kommission von 21 Mitgliedern.²⁴ Diese Kommission trat am 7. Febr. 1896 zusammen und erstattete ihren Bericht nach 53 Sitzungen unterm 11. Juni 1896.²⁵ Sie hatte vielerlei Aenderungen beschlossen. Die zweite Lesung im Plenum des Reichstages fand statt vom 19. bis 27. Juni 1896²⁶ und führte zur Annahme des Entwurfs nach den Kommissionsbeschlüssen mit wenigen Abänderungen²⁷. Die dritte Berathung erfolgte am 30. Juni und 1. Juli²⁸ und mit einigen Aenderungen gegenüber den Ergebnissen der zweiten Lesung²⁹ wurden das BGB. wie das EG. mit 222 Stimmen gegen 48 Gegenstimmen und 18 Stimmenthaltungen angenommen³⁰. Die Sanction des Bundesraths

²¹ Stenograph. Berichte IX. Legislaturperiode IV. Sess. 1895/7 S. 390. Drucksachen No. 87. Beigegeben war eine „Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs nebst Anlagen I—III“ (Drucksachen zu No. 87). Diese Denkschrift gibt eine dürftige geschichtliche Einleitung und eine sehr summarische Uebersicht, Erläuterung und Begründung der Hauptbestimmungen. Anlage I ist eine Uebersicht über das in Deutschland geltende bürgerliche R., d. h. eine Angabe der territorialen Kreise der einzelnen bürgerlichen Re; Anlage II ist „Zusammenstellung der aus Anlaß des BGB. in Aussicht genommenen Aenderungen und Ergänzungen der Civilprozeßordnung und der Konkursordnung, soweit sie für das Verständniß des Gesetzbuchs wesentlich sind“; Anlage III ist vergleichende Zusammenstellung der Paragraphenzahlen der beiden Kommissionsentwürfe und des vorgelegten Entwurfs.

²² Drucksachen No. 87a nebst Beigabe. Stenograph. Ber. a. a. D. S. 549. Die Beigabe (ad No. 87a) enthält „Materialien zu dem dritten Abschnitte des Entwurfes eines EG. zum BGB. [Verhältniß des BGB. zu den Landesgesetzen]. Auszüge aus den Motiven des Entwurfes erster Lesung und aus den Protokollen zweiter Lesung“. Von den Entwürfen wie den Beigaben erschienen alsbald mehrere buchhändlerische Ausgaben.

²³ Stenogr. Ber. a. a. D. S. 705 fg. 727 fg. 751 fg. 775 fg.

²⁴ A. a. D. S. 793. 821.

²⁵ Drucksachen No. 440—440 d und „ad No. 440—440 d“: Zusammenstellung der Vorlage mit den Beschlüssen der Kommission. Separate Ausgabe Berlin 1896.

²⁶ Stenogr. Berichte S. 2717 fg. 2757 fg. 2792 fg. 2821 fg. 2855 fg. 2901 fg. 2945 fg. 2992 fg.

²⁷ Drucksachen No. 502 u. zu No. 502.

²⁸ Stenogr. Ber. S. 3040 fg. 3071 fg. 3104 fg.

²⁹ Drucksachen No. 523.

³⁰ Gesamttredaction: Bürgerliches Gesetzbuch nach den Beschlüssen des Reichstags in dritter Berathung (Drucksachen ad No. 523). Entwurf eines EG. z. BGB.

erfolgte am 14. Juli³¹, die kaiserliche Vollziehung unter dem 18. August, und im Reichsgesetzblatt 1896 No. 21 (ausgegeben in Berlin am 24. Aug.) sind beide Gesetze verkündet als: „Bürgerliches Gesetzbuch. Vom 18. August 1896“ (S. 195—603) und „Einführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuche. Vom 18. August 1896“ (S. 604—650). Beide Gesetze treten mit dem 1. Jan. 1900 in Kraft, mit Ausnahme einiger Bestimmungen des E.G. (Art. 1. 186. 188), welche am 7. Sept. 1896 in Kraft getreten sind.^{32 33} Gleichzeitig sollen in Kraft

Nach den Beschlüssen des Reichstags in dritter Berathung (Drucksachen ad No. 523 a). Auch mehrere private Ausgaben.

³¹ Reichsanzeiger No. 167 v. 15. Juli 1896.

³² Man sollte erwarten, daß es dem Gesetzgeber hätte gelingen müssen, über diesen fundamentalen Punkt jeden Zweifel auszuschließen. In Wahrheit aber droht eine Controverse darüber und nicht ohne Schuld der Fassung des Gesetzes. Das B.G.B. bestimmt über den Tag seines Inkrafttretens nichts; das E.G. bestimmt (Art. 1) über das Inkrafttreten des B.G.B., aber nicht über sein eigenes. Nun verordnet R.B. Art. 2: „Sofern nicht in dem publicirten Gesetz ein anderer Anfangstermin seiner verbindlichen Kraft bestimmt ist, beginnt die letztere mit dem 14. Tage nach dem Ablauf desjenigen Tages, an welchem das betreffende Stück des Reichsgesetzblattes in Berlin ausgegeben worden ist“. Dem Wortlaut der Verfassung nach muß also der von der bezeichneten Regel abweichende Termin in dem Gesetz selbst gesetzt sein, dessen Geltungsbeginn in Frage steht, und das ist weder für das B.G.B. noch für das E.G. der Fall. Mit den daraus entstehenden Schwierigkeiten, denen gegenüber allgemeine Bemerkungen über höhere Einheit der beiden Gesetze nichts helfen würden, beschäftigt sich Pappenheim, deutsche Juristenzeitung I (1896) S. 169 fg. P. gibt zu, daß der Zeitpunkt des Inkrafttretens eines Ges. in diesem auch durch Verweis auf eine anderweit zu treffende Bestimmung festgesetzt werden kann (vgl. Laband Staatsr. I § 57 V); auch daß ohne solchen Vorbehalt ein Reichsgesetz für ein anderes die Bestimmung treffen könne; dann aber müsse das bestimmende Gesetz vor dem für das Inkrafttreten des anderen in Aussicht genommenen Termin in Kraft treten. W. E. aber liegt die Sache so: Ein Reichsgesetz, das seinen Anfangstermin nicht bestimmt, und auch die Bestimmung nicht vorbehält, tritt mit dem 14. Tage nach dem Ausgabetag dann in Kraft, wenn nicht ein anderes Reichsgesetz spätestens an diesem Tage hindernd dazwischen tritt. Ein später in Kraft tretendes Gesetz kann nur die bereits eingetretene Geltung des anderen wieder aufheben. Es würde das B.G.B. am 7. September 1896 in Kraft getreten sein, wenn nicht am gleichen Tage der Art. 1 des E.G. in Kraft getreten wäre, durch welchen das Inkrafttreten des B.G.B. bis zum 1. Jan. 1900 hinausgeschoben wird. Daß dieser Art. am 7. Sept. 1896 in Kraft getreten ist, beruht auf der einfachen Thatsache, daß weder er selbst, noch das E.G. im Ganzen etwas über den Termin seines Inkrafttretens bestimmt. Die ungeheure Mehrzahl der Art. des E.G. dagegen ist ihrem Wortlaut oder doch ihrem deutlichen Sinn zufolge in ihrer Geltung von dem Inkrafttreten des B.G.B. abhängig. Es ist P. zuzugeben, daß dabei zu unterscheiden sind solche Bestimmungen, die vorher nicht angewandt werden können, und solche, die vorher ihrer Absicht nach nicht angewandt werden sollen. Die Motive zum Entw. der Grundbuchordnung S. 121, auf welche P. Bezug nimmt, unterscheiden für beide Kategorien, die sie nicht trennen, zwischen formalem Geltungsbeginn und materieller Wirksamkeit. W. E. ist dieser Unterschied nicht berechtigt. Formelle Gesetzeskraft

treten noch zu schaffende Gesetze betr. Aenderungen des BGB., der C.P.O. und der R.O., sowie über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, die freiwillige Gerichtsbarkeit, und eine Grundbuchordnung.

erhält jedes Gesetz mit der Verkündung in dem Sinn, daß es von nun an nur durch Gesetz beseitigt, der direct oder indirect vorausbestimmte Beginn der Geltung seines Inhalts nur durch Gesetz verhindert werden kann. Diese Geltung des Inhalts des Gesetzes ist die materielle Gesetzeskraft, und dabei ist neben der materiellen Wirksamkeit eine formelle, inhaltslose Geltung ein Umding. Sämmtliche Artikel des GG., deren Inhalt logisch oder nach der hinlänglich deutlich ausgesprochenen Absicht des Gesetzgebers die Geltung des BGB. voraussetzt, haben den Beginn ihrer materiellen Gesetzeskraft eben damit auf den Termin des Inkrafttretens des BGB. verschoben. Die hier sich ergebenden Interpretationschwierigkeiten sind nicht so groß wie P. annimmt. Nahezu Artikel für Artikel ist die Abhängigkeit vom Inkrafttreten des BGB., im einzelnen deutlich erkennbar, und es kommt für den 2. und den 3. Abschnitt außerdem in wesentlichen Betracht ihre Ueberschrift; Verhältniß des BGB. zu den Reichsgesetzen, zu den Landesgesetzen. In dem ersten Abschnitt könnte man das internationale Privatrecht (Art. 7—31) auf den ersten Blick für unabhängig von dem Inkrafttreten des BGB. halten. Auch in diesen Artt., die doch wohl ungetheilt zu behandeln sind, wird aber mehrfach auf die Vorschriften des BGB. in einer Weise Bezug genommen, die deutlich zeigt, daß es nur auf Regelung des internationalen Privatrechts zur Zeit der Geltung des BGB. abgesehen ist, (9. 10. 16.). Es sind außer dem Art. 1 m. E. nur noch zwei, 186 und 188, welche Bestimmungen enthalten, deren materielle Gesetzeskraft am 7. Sept. 1896 begonnen hat. Nach Art. 186 wird das Verfahren, in welchem die Anlegung der Grundbücher erfolgt, sowie der Zeitpunkt, in welchem das Grundbuch für einen Bezirk als angelegt anzusehen ist, für jeden Bundesstaat durch landesherrliche Verordnung bestimmt. Natürlich kann das Grundbuch im Sinne des BGB., und nur darum handelt es sich, nicht eher als angelegt angesehen werden, als bis das BGB. selbst in Kraft ist; ebenso können die Verordnungen, welche Art. 188 den Landesherren überweist, erst mit dem Inkrafttreten des BGB. in Wirksamkeit treten. Alle diese Verordnungen können aber zum Zwecke der Ausnutzung der Vorbereitungszeit offenbar schon jetzt erlassen werden, und diejenigen, welche das Verfahren behufs Anlegung der Grundbücher betreffen, auch schon jetzt intensive Wirksamkeit entfalten. Handelte es sich nun nur darum, daß das Reichsrecht, hier das BGB. gegen solche Verordnungen nichts einzunwenden hat, so könnten die Artt. 186. 188 rechtliche Bedeutung erst mit dem Inkrafttreten des BGB. gewinnen; es handelt sich aber um mehr. Die Verordnungen des Art. 186 sollen und die des Art. 188 können von den Landesherren erlassen werden, ohne Rücksicht darauf, ob ihr eigenes Staatsrecht ihnen solches Verwaltungsrecht gewährt. Die Landesherren sind insoweit Delegatäre der Reichsgesetzgebung und haben diese Stellung seit dem 7. Sept. 1896. M. E. kann diese Erscheinung nicht mit Paragr. I § 57 S. 549 i. q. auf die formelle, sondern muß auf die materielle Gesetzeskraft der angezogenen Artt. gestützt werden. — Eine andere Frage ist, ob das BGB. mit dem 1. Jan. 1900 auch dann in Kraft tritt, wenn die zahlreichen Gesetze, mit denen gleichzeitig es nach GG. 1 in Kraft treten soll, nicht, oder nicht alle zu Stande kommen. Dies ist zu bejahen. Die Erwähnung jener anderen Gesetze ist nur ein unverbindliches Voraussetzungsstellen weiterer gesetzgeberischer Thätigkeit.

⁵⁵ Eine Literatur zum BGB. gibt es dormalen (Sept. 1896) noch nicht. Die Literatur zu den Entwürfen ist natürlich zum großen Theil entwerthet, hat aber zu

III b. Geltung des Pandektenrechts nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

§ 6b.

Auch das BGB. knüpft wie jede Codification an das bisherige Recht an und lehnt sich in sehr vielen Beziehungen an das Pandektenrecht. Das Verständniß des BGB. wird sich nur dem erschließen, der im Besiz der Errungenschaften der bisherigen gemeinrechtlichen Wissenschaft ist.

Welche praktische Geltung aber wird das Pandektenrecht nach dem Inkrafttreten des BGB. noch haben? Diese Frage bedarf der eingehenden Beantwortung, und zwar nach zwei Seiten. I. In wie weit behalten Sätze des Pandektenrechts dauernde Geltung? II. In wie weit kommen Sätze des Pandektenrechts noch zur Anwendung für Rechtsverhältnisse, die vor dem Inkrafttreten des BGB. entstanden sind, oder wenigstens ihre Wurzeln bis in diese Zeit zurückerstrecken?

I. Für die Dauer ist grundsätzlich die Fortgeltung der Landesgesetze, d. h. aller landesrechtlichen Rechtsnormen (§ 2), also auch des Pandektenrechts (vgl. § 6 a, 3) beibehalten, Ausnahmen vorbehalten, welche das BGB. oder das EG. bestimmt (§ 55). Solche Ausnahmen, mögen sie die Regelung des Gegenstandes den Landesgesetzen vorbehalten oder bestimmen, daß landesgesetzliche Vorschriften unberührt bleiben, oder erlassen werden können¹, wirken sowohl zu Gunsten der

nicht geringem Theil auch bleibenden Werth sowohl für die Auslegung des BGB. in seiner endgültigen Gestalt, wie für das bisher geltende R. Vgl. darüber: Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen zu dem E. e. BGB. 6 Bde. 1889 fg. Desgl. zu dem E. e. EG. 1891, gefertigt im Reichsjustizamt. Leonhard, der E. e. BGB. f. das deutsche Reich u. seine Beurtheilung 1891. Mühlbrecht, die Pitteratur des E. e. BGB. 1892. Reap, d. Pitteratur über den E. e. BGB. f. d. d. Reich 1895 (Juristischer Pitteraturbericht 1884—1894 Ergänzungsband zum Centralblatt f. R. W. S. 3.).

§ 6b ¹ „Unberührt bleiben“ ist die ständige Formel des EG. Abschnitt III. „Die Landesgesetze können“ . . . vgl. EG. 135 Abf. 2. 141. 145. 148. — BGB. 919 Abf. 2 sagt: „ . . . bestimmen sich nach den Landesgesetzen“. Aehnlich BGB. 44. — EG. 57: „ . . . finden die Vorschriften des BGB. nur insoweit Anwendung, als nicht besondere Vorschriften der Hausverfassungen oder der Landesgesetze abweichende Bestimmungen enthalten“. EG. 164—167 hat: „in Kraft bleiben“. Daß die letzteren Vorschriften auch neu zu erlassenden Landesgesetzen zu Gute kommen, hat EG. 218 besonders bestimmt. Die Formen in BGB. 919. 44. 85. 907. wird man unbedenklich als Vorbehalt der Regelung durch die Landesgesetze auslegen und demgemäß auch auf künftige Landesgesetze beziehen müssen. In Betreff des Art. 57 des EG. dagegen konnte man stutzig werden, weil dort nicht bloß von Landesgesetzen,

bestehenden wie der künftig zu erlassenden Landesgesetze, d. h. aller landesrechtlichen Rechtsnormen, also auch zu Gunsten bestehenden und künftig sich bildenden Gewohnheitsrechts. Grundsatz der Interpretation der Ausnahmen wird es sein müssen, daß nur die besonderen landesrechtlichen Vorschriften über die in der salvatorischen Bestimmung genannte Angelegenheit aufrecht erhalten werden, nicht aber in Ermangelung solcher besonderer Vorschriften die Angelegenheit dem allgemeinen Landesrecht unterworfen bleibt². Es darf auch nicht etwa versucht werden, das seinem Sinne nach allgemeine Landescivilrecht unter dem Namen seiner besonderen Wichtigkeit für eine specielle Materie als Specialrecht für diese zu retten. Wenn aber besondere landesrechtliche Vorschriften bestehen, so ist es Sache ihrer Auslegung, ob sie die etwa erforderliche Ergänzung fernerweit aus dem allgemeinen Landescivilrecht erfahren müssen, oder in ihre Lücken die Vorschriften des BGB. treten^{2a}. Natürlich kann auch die Landesgesetzgebung bisheriges allgemeines Landescivilrecht zum Specialrecht in einer reservirten Materie stempeln; dies folgt daraus, daß sie neue Vorschriften über solche Materien erlassen kann.

Von den Vorbehalten zu Gunsten des Landesrechts berühren das Pandektenrecht folgende:

1. Die Vorschrift in Art. 57 GG., wonach in Ansehung der Landesherrn und der Mitglieder der landesherrlichen Familien, der fürstlichen Familie Hohenzollern, des vormaligen hannoverschen Königshauses, des vormaligen kurhessischen und des vormaligen

sondern auch von Hausverfassungen die Rede ist, von denen Art. 3 nicht spricht, und man könnte befürchten, daß die Möglichkeit durch neue Landesgesetze oder Hausverfassungen der Geltung des BGB. für den in Art. 57 genannten Personenkreis in den Weg zu treten, zu weit führen könnte. Allein das Richtige dürfte sein, die Möglichkeit neuer Ordnungen auch hier anzuerkennen, dafür aber den Bereich ihres möglichen Inhalts als begrenzt zu denken. Die Bestimmungen, welche Vorschriften des BGB. ausschließen, müssen „besondere“ sein, und soweit Hausverfassungen in Frage kommen, sich in den Grenzen dessen halten, was unter diesem Begriff gehört. Genaueres kann hier nicht gegeben werden.

² Z. B. regeln sich die in GG. 75. 76. 93—95 erwähnten Materien nicht etwa in Ermangelung besonderer Vorschriften nach dem allgemeinen Landescivilr., sondern nach BGB.

^{2a} Denn wenn auch GG. 4 bestimmt, soweit in Landesgesetzen auf Vorschriften verwiesen werde, welche durch BGB. oder GG. außer Kraft gesetzt werden, treten an deren Stelle die entsprechenden Vorschriften des BGB., so gilt dies doch insoweit nicht, als in den dem Landesgesetz vorbehaltenen Fällen dieses selbst es nicht will.

Herzoglich Nassauischen Fürstenhauses, die Vorschriften des RGH. nur insoweit Anwendung finden, als nicht besondere Vorschriften der Hausverfassungen oder der Landesgesetze abweichende Bestimmungen enthalten, ist so weit gefaßt, daß man sie auf die gesamte persönliche wie vermögensrechtliche Stellung der in dem Artikel genannten Personen beziehen muß. Danach bleibt auch die im Pfandektrecht dem Landesherrn und seiner Gemahlin verschiedentlich eingeräumte privatrechtliche Sonderstellung aufrecht erhalten³.

2. Vorbehalten sind ferner die Vorschriften über die Haftung des Staates, der Gemeinden und anderer Kommunalverbände für den von ihren Beamten in Ausübung der diesen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden (E.G. 77)⁴. Weiteren Einfluß behält das Landesrecht auf die Verfassung von Stiftungen (RGH. 85).

3. Vorbehalten sind sämtliche wasserrechtliche Vorschriften (E.G. 65)⁵.

4. Die Vorschriften, welche das Eigenthum an Grundstücken zu Gunsten der Nachbarn noch anderen als den im bürgerlichen Gesetzbuche bestimmten Beschränkungen unterwerfen. (E.G. 124.)⁶.

³ Darunter ist nicht das in verschiedenem Zusammenhange vorkommende Eingreifen des Landesherrn mit Rescripten und ähnliches, auch nicht die Bestimmung unten § 165 zu⁹, § 172,1,b. zu verstehen, wohl aber die Unerfügbarkeit der Sachen des Landesherrn (§ 182 zu⁹), das gesetzliche Pfandr. des Landesherrn und seiner Gemahlin (§ 232,2) das Konkursprivilegium des Landesherrn und seiner Gemahlin (§ 271,2) die Formlosigkeit der Schenkungen von ihm und an ihn (gegenüber RGH. 518 vgl. unten § 367¹¹). Die Bestimmung unten § 509 zu¹² ist dem RGH. gegenüber keine Ausnahme mehr. Das Konkursprivilegium war auch nach E.G. z. Nr. 7 als aufrecht erhalten anzusehen, das gesetzliche Pfandr. kann, soweit Mobilien in Frage stehen, keinem Bedenken unterliegen, da das RGH. selbst gesetzliche Pfandre. kennt, aber auch vor seiner Anwendung auf Grundstücke darf man nicht zurückschrecken; auch E.G. 188 Abs. 1 rechnet mit der Möglichkeit der Fortexistenz von gesetzlichen Pfändern an Grundstücken. E.G. 58 betrifft Sätze des Pfandektr. nicht.

⁴ Vgl. § 59¹⁰. § 470⁴. Eine Vorschrift über jene Haftung ist auch deren Vereinbarung. Das gemeine R. muß auch hier mitgemeint sein als das Landesr. der gemeinlichen Länder. Es sollte die ganze Frage wegen ihres Zusammenhanges mit dem öffentlichen R. der Einzelstaaten offen bleiben. Vgl. Materialien z. B. Abschnitt des E.G. zu Art. 75 (jetzt 77 [Guttentag'sche Ausg.] S. 42 fg.). E.G. 82 hält Vorschriften des gem. R. nicht aufrecht, aber nicht aus den a. a. C. S. 54 fg. angeführten Gründen, sondern, weil das gem. R. besondere Vorschriften über die Verfassung von Vereinen, deren Mäßigkeit auf staatlicher Verleihung beruht, nicht enthält.

⁵ Vgl. § 146, 2. B. § 169, 5. 11. § 473. (E. I 856 ist gestrichen! Vgl. Heay I S. 453).

⁶ Anderen, nicht mehr, wie in E. I RGH. 866 stand, auch weitergehenden. Soweit das Landesr. in Fragen, welche das RGH. behandelt, den Nachbar

5. Die Bestimmungen über Eigentumsübertragung an Grundstücken, welche im Grundbuche nicht eingetragen sind und auch nach der Übertragung zufolge der (künftigen Reichs-) Grundbuchordnung nicht eingetragen zu werden brauchen. (EG. 127.)⁷.

6. Die Bestimmungen über Entstehung und Ende von Servituten an Grundstücken, die im Grundbuch weder eingetragen sind, noch nach der (künftigen Reichs-) Grundbuchordnung eingetragen werden müssen. (EG. 128.)⁸.

7. Die Vorschriften, welche den Inhalt und das Maß von Grunddienstbarkeiten und beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten näher bestimmen (EG. 115), jedoch vorbehaltlich der Bestimmungen im BGB. 1021. 1022. (EG. 116.)⁹.

8. Die erbrechtlichen Sätze in § 570 zu ^o und 7. (EG. 138.)¹⁰.

Die Reichsgesetze bleiben grundsätzlich neben dem BGB. in Kraft, soweit nicht aus dem Gesetzbuch selbst oder dem EG. ein anderes sich ergibt. (EG. 32 ff.)¹¹.

II. Die Ubergangsvorschriften haben die allgemeine Clausele, daß, soweit nach ihnen die bisherigen landesrechtlichen Normen maßgebend bleiben, sie auch nach dem Inkrafttreten des BGB. geändert werden können. (EG. 218). Demgemäß können die Landesgesetze auch nach ihrem Ermessen die Vorschriften des BGB. auf solche Fragen für anwendbar erklären, die nach dem EG. aus dem Landesrecht zu beantworten sind. Eine Änderung durch Landesgewohnheitsrecht ist in gleichen Fällen wegen der Gleichstellung jeder Art von Rechtsnormen in Art. 2 EG. ebenfalls zulässig. Eine solche Gewohnheitsrechtsbildung ist in dem Ubergangsstadium im allgemeinen nicht zu erwarten. Vorauszusehen aber ist, daß die Praxis auch in Fragen, welche dem alten R. unterstehen, wenn dieses controvers ist, eine Neigung zur Assimilation an die Vorschriften des BGB. bezeigen wird, wie schon jetzt in Fällen von Controversen die

günstiger stellt, ist es beseitigt. Dagegen bestehen neben dem BGB. die selbständigen nachbarlichen Eigentumsbeschränkungen des Landesr. Vgl. § 169, 2. G.

⁷ Vgl. § 171.

⁸ Vgl. § 212—216.

⁹ Der übrige Inhalt der Art. 115. 116 EG. kommt hier nicht in Frage. Das BGB. (1018 fg. 1090 fg.) hat seinerseits sich fast aller näheren Vorschriften über Inhalt und Maß der fraglichen Re enthalten. Vgl. unt. § 207. 211. 211a.

¹⁰ Die Emphyteuse ist durch EG. 63 nicht aufrecht erhalten.

¹¹ Eines Vorbehalts für künftige Reichsgesetze bedurfte es natürlich nicht.

Praxis eine Bezugnahme auf den Entwurf des BGB. nicht scheute¹². Man wird im Interesse beschleunigter Herstellung der ersuchten Rechtseinheit nicht wohl thun, diesem Zuge theoretische Schwierigkeiten zu bereiten. Seine formelle Deckung kann er darin finden, daß man eine feste Praxis dieser Art als gewohnheitsrechtliche Reception der Vorschriften des BGB. für die von ihm selbst noch nicht ergriffenen Rechtsverhältnisse ansieht.

In Ansehung des Pandektenrechts führen die Uebergangsvorschriften zu folgenden Ergebnissen:

1. Recht der physischen Personen. a) Eine vor dem Inkrafttreten des BGB. ertheilte *venia aetatis* stellt von dem Inkrafttreten des BGB. an den Minderjährigen ganz dem Volljährigen gleich, also auch, anders als 1. 2. 3. C. 2, 44 (45) in Bezug auf die Veräußerung von Grundstücken. (EG. 153.)

b) Die Stellung eines vor dem Inkrafttreten des BGB. wegen Geisteskrankheit oder Verschwendung Entmündigten ist nach diesem Zeitpunkt gleich der eines auf Grund des BGB. Entmündigten (EG. 155. 156.).

c) Die vor dem Inkrafttreten des BGB. erfolgte Todeserklärung fährt fort nach altem Recht zu wirken, jedoch mit gewissen Maßgaben. Ein zu jenem Zeitpunkt anhängiges Verfahren auf Todeserklärung und was damit zusammenhängt, ist nach altem Recht zu erledigen (EG. 158—162).

2. Recht der juristischen Personen. Auf die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehenden juristischen Personen finden von da an Anwendung die Sätze des BGB. über das Recht der nicht eingetragenen rechtsfähigen Vereine, der Stiftungen, der juristischen Personen des öffentlichen Rechts. (BGB. 25—53. 85—89) mit Ausnahme des Satzes, daß als Sitz eines Vereins im Zweifel der Ort der Verwaltung gilt (BGB. 24) und mit Vorbehalten zu Gunsten des alten Rechts der bestehenden Realgemeinden und ähnlichen Verbände, der landschaftlichen oder ritterschaftlichen Kreditanstalten und zu Gunsten des bairischen und sächsischen Rechts. (EG. 163—167).

3. Eine zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehende Verfügungsbeschränkung bleibt wirksam, doch finden bei einer ihr zuwiderlaufenden Verfügung die Grundsätze des BGB. über den (gutgläubigen) Erwerb von Nichtberechtigten Anwendung (EG. 168).

¹² Z. V. RG. XXXIII S. 188 fg.

4. Verjährung. Eine bei Inkrafttreten des BGB. abgelaufene Verjährung bleibt unberührt. Beginn, Hemmung, Unterbrechung einer zu jener Zeit noch laufenden Verjährung beurtheilen sich für die frühere Zeit nach altem Recht. Von dem Inkrafttreten des BGB. an tritt die Verjährung unter das Recht des BGB., natürlich mit Anrechnung der verlaufenen, nach altem Recht anrechnungsfähigen Zeit. Hierbei hat es durchaus sein Bewenden, wenn die Verjährungsfrist des BGB. gleich lang oder länger ist, als die des alten Rechts. Ist die Verjährungsfrist des BGB. dagegen die kürzere, so läuft neben dieser, berechnet vom Inkrafttreten des BGB. an, die alte her, und die Verjährung ist vollendet, sobald entweder die eine oder die andere Frist abgelaufen ist; die Wirkung der nach dem Inkrafttreten des BGB. vollendeten Verjährung bemißt sich stets nach BGB. Ist der Anspruch nach BGB. unverjährbar, so kann nach dem vorigen auch die begonnene Verjährung nicht mehr vollendet werden. (EG. 169).

5. Auf ein zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehendes Besitzverhältniß, gleichviel ob Sach- oder Rechtsbesitzverhältniß¹³, oder nur Detention, finden von da an die Vorschriften des BGB. Anwendung, mit einer gleich zu erwähnenden Ausnahme. (EG. 180). Alle, welche nach bisherigem Rechte eine Sache detinieren, werden danach zu Sachbesitzern¹⁴ gleichviel ob sie nach bisherigem Recht juristischen Besitz, Detention mit Rechtsbesitz, oder nur Detention hatten. Für Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten an Grundstücken, mit Ausnahme des Wohnrechts und etwa noch anderer, die mit dem Besitz des Grundstücks selbst verbunden sind, finden auch nach dem Inkrafttreten des BGB. die bisherigen Vorschriften über den Besitzeschutz solange Anwendung, bis das Grundbuch für das belastete Grundstück als angelegt anzusehen ist. (EG. 191 Abs. 1)¹⁵. Und zwar gilt dies

¹³ Auch Abesitz ist gemeint, wie die Selbstbeschränkung zeigt, die Art. 180 zu Gunsten des Servitutenbesitzes für nöthig hält.

¹⁴ BGB. 868. Wegen des Folgenden ist hervorzuheben, daß auch der Wohnberechtigte Sachbesitzer wird (BGB. 1033. 1036), selbst wenn er nur einen Theil eines Gebäudes bewohnt (BGB. 865).

¹⁵ Die im Text bezeichnete Ausnahme stellt dieser Art. nicht auf. Seine Vorschrift beruht aber darauf, daß das BGB. den Schutz des Besitzes der Grunddienstbarkeiten und beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten von der Eintragung ins Grundbuch abhängig macht (BGB. 1029. 1030 Abs. 2). Dies trifft für die Fälle nicht zu, in denen die Dienstbarkeit Sachbesitz gewährt. Wenn das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, bestimmt landesherrliche Verordnung. (EG. 186.)

auch für Besitzverhältnisse, welche nach dem Inkrafttreten des BGB. vor dem angegebenen Zeitpunkte entstehen. Von diesem Zeitpunkt an findet ein Schutz des Servitutenbesitzes nach altem Recht überhaupt nicht mehr statt. Derjenige des BGB. wird aber nur eingetragenen Servituten gewährt¹⁶, und es trifft daher das Gesetz Vorkehrung für diejenigen Grunddienstbarkeiten, welche ausnahmsweise nicht eintragungsbefähigt sind. (Vgl. I, 6. II, 7). Solche erhalten, sobald das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, den Besitzschutz des BGB. ohne Eintragung, wenn mit ihnen das Halten einer dauernden Anlage verbunden ist, und anderen Falls dann, wenn sie in jedem der drei letzten Jahre vor der Störung mindestens einmal ausgeübt sind. (EG. 191 Abs. 2). Für beschränkte persönliche Dienstbarkeiten, welche nach EG. 128 nicht eintragungsbefähigt sind (vgl. I, 6), gilt Gleiches nicht. Sie können also, sobald das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, nur wenn sie eingetragen werden, den Besitzschutz des BGB. erlangen. Ueber die vorigen Sätze hinaus findet nach dem Inkrafttreten des BGB. ein Besitzschutz nach altem Recht auch aus den schon bestehenden Verhältnissen nicht statt, also namentlich nicht bei Obligationen, auch nicht bei „dinglich radicirten“¹⁷.

6. Ein **Eigentum**, welches zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. besteht, tritt mit diesem Zeitpunkt unter die Vorschriften des BGB. (EG. 181), nach denen also Inhalt, Verfolgbarkeit, Uebertragung, wie sonstiger Verlust sich bemessen¹⁸.

7. Rechte, mit denen eine Sache oder ein Recht belastet ist, behalten Rang und Inhalt nach altem Recht, jedoch gilt für die **superficies**, wenn sie, was nach gemeinem Recht nicht immer der Fall ist,¹⁹ ein „Erbbaurecht“ ist, von dem Inkrafttreten des BGB. an die im § 1017 verordnete Unterwerfung unter die Vorschriften

¹⁶ Vorige Note.

¹⁷ Vgl. § 464. Das BGB. seinerseits kennt für derartige Verhältnisse Besitzschutz nicht.

¹⁸ EG. 181 Abs. 2. 182 berühren das Pandektenr. nicht. Zweifelhaft kann sein, ob auf Grund des Art. 183 EG. diejenigen Vorschriften, welche das gem. R. über Grenzbäume und überragende Zweige ergiebt, für Grundstücke die zur Zeit des Inkrafttr. d. BGB. mit Wald bestanden sind, bis zur nächsten Verjüngung des Waldes in Kraft bleiben. Da indessen Art. 183 eine Einschränkung des Art. 121 des Entw. d. EG. in der Fassung der Reichstagsvorlage darstellen sollte (Bericht der Reichstagskommission S. Buch Nr. 7) und dieser Art. nur von besondern Vorschriften für Waldgrundstücke sprach, so ist die Frage zu verneinen.

¹⁹ vgl. § 223 ¹⁹ 20.

über Grundstücke, für Grunddienstbarkeiten die Vorschriften des BGB. über schonliche Ausübung, Vertheilung der Unterhaltungspflicht, Verlegung, Kollision mit anderen Rechten, Einfluß der Theilung der Grundstücke, confessorische Klage (1020—1028). Eine Grunddienstbarkeit, welche zu der Zeit besteht, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, behält auch nachher ihre alte Wirkung ohne Eintragung, es kann aber sowohl der Berechtigte, wie der Eigenthümer des dienenden Grundstücks die Eintragung verlangen. Landesrecht kann die Eintragung zur Erhaltung der Servitut gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs für nothwendig erklären (EG. 184. 187). Ein Pfandrecht an einem Grundstück, welches zu der Zeit besteht, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, gilt von da an als Hypothek im Sinne des BGB. nach Maßgabe der Art. 192—194 des EG.²⁰ Ein solches Pfandrecht bedarf aber zur Erhaltung gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs der Eintragung. Hiervon kann landesherrliche Verordnung für gesetzliche Pfandrechte eine Ausnahme machen, jedoch für höchstens 10 Jahre nach dem Inkrafttreten des BGB. (EG. 188 Abs. 1)²¹.

8. Entstehung, Aenderung, Endigung von Rechten und Rechtsverhältnissen durch Thatfachen, welche sich nach dem Inkrafttreten des BGB. ereignen, richten sich im allgemeinen nach dem BGB. Im Gebiete des Immobiliarsachenrechts kann das aber erst gelten, sobald ein Grundbuch da ist, welches den Voraussetzungen des BGB. entspricht. Daher ist bestimmt, daß Erwerb und Verlust des Grundeigenthums, Entstehung, Uebertragung, Belastung, Inhalt= oder Rangänderung, Aufhebung von Rechten an Grundstücken und von Rechten an solchen Rechten nach altem Recht erfolgen, bis das Grundbuch als angelegt anzusehen ist. Nur können Rechte, welche nach dem BGB. unzulässig sind, schon von dem Inkrafttreten des BGB. an nicht mehr begründet werden (EG. 189 Abs. 1). Danach kann eine Emphyteuse oder ein superficiarisches Recht ohne Bauwerk, oder an einem Theil eines Bauwerks²² nicht mehr begründet werden. (BGB. 1012—1014).

Die Ersetzung als Erwerbgrund von Rechten kennt das BGB.

²⁰ Ueber Grundschuld EG. 195.

²¹ Ke der im EG. 188 Abs. 2 bezeichneten Art. kennt das Pfandbekenr. nicht.

²² § 223 ¹⁹ ²⁰ ²¹.

nur für das Eigenthum und den Nießbrauch an einer beweglichen Sache²³. Eine Ersetzung anderer Art kann, auch wenn vor dem Inkrafttreten des BGB. begonnen, nicht mehr vollendet werden, es sei denn gemäß Art. 128 GG., vgl. I, 6. Die Ersetzung des Mobilien-Eigenthums und des Nießbrauchs folgt denselben Grundsätzen wie die Verjährung. (GG. 185, vgl. II, 4.)

9. Für Schuldverhältnisse, welche vor dem Inkrafttreten des BGB. entstanden sind, bleibt das bisherige Recht maßgebend. (GG. 170). Dies bedeutet den Schutz des alten Rechtsstandes bestehender Obligationen zu Gunsten des Gläubigers wie des Schuldners, muß also gelten sowohl für ihren Inhalt, wie auch für die Frage, ob und durch welche Umstände das Rechtsverhältniß wider den Willen einer Partei einer Aenderung ausgesetzt ist. Es muß also nach altem Recht beantwortet werden, welches der Inhalt der geschuldeten Leistung ist, welches Erfüllungsort und -Zeit sind, ebenso Beginn und Wirkungen des Verzuges, Einfluß der Unmöglichkeit der Leistung, ferner die Fragen, ob gegen die Forderung Compensation oder Retentions-einrede zulässig ist, ob beneficium excussionis, divisionis, cessionum actionum, dationis in solutum, competentiae stattfindet, ob die Forderung cessibel ist, wann Deposition, ob einseitiger Rücktritt oder Kündigung zulässig ist, ob die Forderung vererblich, ob klagbar ist²⁴. Dagegen ist das Prinzip, daß neue Thatsachen nach neuem Recht wirken, darin anzuerkennen, daß Veränderungen, welche einen nach altem Recht unzulässigen Eingriff in den Stand der Obligation nicht enthalten, sich nach der Art ihrer Vollziehung und den Einzelheiten ihrer Wirkung nach neuem Rechte beurtheilen. Wie es Niemand bezweifeln wird, daß die Vererbung nach altem Recht vererblicher Obligationen nach Maßgabe des BGB. erfolgt, wenn Gläubiger oder Schuldner nach dessen Inkrafttreten versterben (vgl. GG. 213)²⁵, so wird auch die nach altem Recht zulässige Cession, Aufrechnung, Hinterlegung unter der Herrschaft des BGB. in der Art

²³ Die §§ 900. 927 BGB. kommen hier nicht in Frage.

²⁴ GG. 171 bestimmt nicht, sondern setzt als selbstverständlich voraus, daß die Zulässigkeit der Kündigung nach altem R. zu beurtheilen ist; hierin liegt das Prinzip. Die Vorschriften über die Verjährung (II, 4) beruhen auf besonderen Erwägungen.

²⁵ Auch die Frage der beschränkten oder unbeschränkten Haftung des Erben aus einer nach altem R. vererblichen Obligation bemißt sich nach dem BGB. wenn der Erbfall unter dessen Herrschaft eintritt.

des Vollzuges und den Wirkungen nach dessen Vorschriften sich richten. Auf eine nach Inkrafttreten des BGB. erfolgte Erfüllung werden Anwendung finden, auch soweit sie sich mit dem alten Recht nicht decken, die Beweislastvorschrift des § 363 BGB., die Vorschriften in § 366. 367 über die Anrechnung der Leistung auf mehrere Forderungen oder auf Neben- und Hauptleistung, die Vorschriften in § 368. 369 über die Quittung, in § 370 über die Ermächtigung des Ueberbringers der Quittung zur Empfangnahme der Leistung, § 371 über die Rückgabe des Schuldscheins; bei einer Hingabe an Erfüllungsstatt wird der Gläubiger wegen rechtlicher oder tatsächlicher Mängel nur die ihm in § 365 BGB. bestimmten Rechte eines Käufers haben, nicht mehr das Recht, auf die alte Forderung zurückzugreifen (unt. § 342¹⁴ vgl. BGB. 364 Abs. 1). Ein Erlaßvertrag wird die Forderung tilgen (BGB. 397); mit der Unterscheidung unten § 357^{5. 6} wird man sich nicht mehr zu plagen haben; die Anerkennung der Nichtexistenz der Forderung wird dieselbe zum Erlöschen bringen (BGB. 397 Abs. 2), ohne daß die Controversen unten § 412^a noch in Frage kommen könnten.

Das EG. gibt einige Sonderbestimmungen. Bestehende Mieth-, Pacht- und Dienstverhältnisse bestimmen sich, „wenn nicht die Kündigung nach dem Inkrafttreten des BGB. für den ersten Termin erfolgt, für den sie nach den bisherigen Gesetzen zulässig ist, nach den Vorschriften des BGB.“ (EG. 171)²⁶. Dies gilt aber nur für die Zukunft des Verhältnisses; Ansprüche aus früherem Verhalten, z. B. Schadensersatzansprüche wegen Verschuldens oder Ansprüche auf rückständige Leistungen bleiben nach altem Recht beurtheilt²⁷. Wird die vermietete oder verpachtete Sache nach dem Inkrafttreten des BGB. veräußert oder belastet, so hat der Miether oder Pächter dem Erwerber gegenüber die Rechte aus dem BGB. (EG. 172)²⁸.

Auf eine bestehende Gemeinschaft nach Bruchtheilen finden vom Inkrafttreten des BGB. an dessen Vorschriften Anwendung.

²⁶ Ein mit halbjähriger Kündigungsfrist auf 1. Apr. und 1. Oct. kündbares Miethverhältniß tritt nicht mit dem 1. Apr., sondern mit dem 1. Oct. 1900 unter das BGB.; denn es kann nach dem Inkrafttr. des BGB. erst auf den 1. Oct. gekündigt werden.

²⁷ Wenn die Kündigung erfolgt, das Verhältniß also erlischt, ohne unter das BGB. zu treten, so sind die beiderseitigen Ansprüche ebenfalls nach dem alten R. zu behandeln.

²⁸ Der Vorbehalt zu Gunsten weitergehender Re, welche das bisherige R.

(EG. 173.) Auch dies gilt aber nur für die Zukunft des Verhältnisses. Ansprüche aus Thatfachen der Vergangenheit, wegen ange richteten Schadens, aufgewandter Kosten u. j. w., bleiben nach altem Recht geregelt²⁹.

10. Die Ehe. Die Gültigkeit einer geschlossenen Ehe bestimmt sich nach altem Recht, jedoch mit gewissen Maßgaben. (EG. 198.) Die persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten treten mit Inkrafttreten des BGB. unter dessen Vorschriften. (EG. 199). Auch hier kann das nur für die Zukunft gelten. Zu den persönlichen Rechtsbeziehungen rechnet die angezogene Bestimmung auch die gegenseitige Unterhaltspflicht. Der Güterstand der Ehe behält die alte Regelung bei, auch in Ansehung seiner erbrechtlichen Wirkungen (EG. 200 Abs. 1)³⁰. Es bleiben also die Ehen, für welche das Totalssystem galt, bei diesem Rechte. Die *honorum possessio unde vir et uxor* und die Quart der armen Wittwe³¹ sind aber keine Wirkungen dieses Güterstandes. Sie bleiben also auch für bestehende Ehen nicht aufrecht, sondern das Erbrecht der Ehegatten regelt sich nach §§ 1932 fg. 2303 fg. BGB. Auch das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten³² gehört nicht zum Güterstand der Ehe, und fällt auch für bestehende Ehen mit dem Inkrafttreten des BGB. fort. Die Scheidung und die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erfolgen von dem Inkrafttreten des BGB. an nach dessen Vorschriften, jedoch kann wegen Verfehlungen, deren sich ein Ehegatte vor dem Inkrafttreten des BGB. schuldig gemacht hat (BGB. 1565—1568), auf Scheidung oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nur erkannt werden, wenn sie auch nach früherem Recht Scheidungs- oder Trennungsgrund waren. (EG. 201). Dagegen muß angenommen werden, daß bei Scheidung wegen Geisteskrankheit nach BGB. 1569 auf die dort bestimmte dreijährige Frist auch die Zeit vor dem Inkrafttreten des BGB. anzurechnen ist. Die Wirkungen einer vor dem Inkrafttreten des BGB. erkannten Trennung von Tisch und Bett bleiben unter dem alten Recht (EG. 202).

11. Eltern und Kinder. Das Verhältniß zwischen einem vor dem Inkrafttreten des BGB. geborenen ehelichen Kinde und gewährt (EG. 172 S. 2), ist für das Pandekten. bedeutungslos. Ebenso die Vorschrift des EG. 188 Abs. 2.

²⁹ EG. 174 -179 können hier übergangen werden.

³⁰ Abs. 2 u. 3 kommen hier nicht in Frage.

³¹ Vgl. §§ 570, 574, 1.

³² Vgl. § 541.

dessen Eltern bestimmt sich von diesem Zeitpunkt an, auch in Ansehung des schon vorhandenen Kindesvermögens, nach dem BGB. (EG. 203). Dies wird gegenüber dem gemeinen Recht zum Theil dem Vater, zum Theil dem Kinde günstig sein³⁵. Geschehener Frucht-erwerb³⁴ und frühere Verfügungen werden aber in keinem Falle beeinträchtigt; die Vorschrift kann nur für die Zukunft gelten. Eine zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehende Beschränkung des Vaters oder der Mutter in der Sorge für die Person oder das Vermögen des Kindes bleibt bestehen. (EG. 204 Abs. 1.)³⁵

Recht und Pflicht zur persönlichen Fürsorge für die Kinder bleibt nach altem Recht bestimmt, wenn auf dessen Grund die Ehe geschieden oder die Gatten von Tisch und Bett getrennt, oder die Ehe in Folge der Todeserklärung eines Gatten aufgelöst ist; jedoch vorbehaltlich der Bestimmungen in § 1635 Abs. 1 S. 2. Abs. 2 und 1636 BGB. (EG. 206).

Die Gleichstellung der Kinder aus Putativehen mit den ehelichen beurtheilt sich nach dem alten Recht, wenn die Ehe unter dessen Herrschaft geschlossen wurde (EG. 207), also auch für die nach Inkrafttreten des BGB. geborenen Kinder aus einer solchen Ehe. Die Wirkungen einer vor dem Inkrafttreten des BGB. erfolgten Legitimation oder Adoption bleiben die alten; natürlich mit der Maßgabe, daß die Stellung des Kindes sich ebenso verändert wie die eines leiblichen und ehelich geborenen (EG. 209). Die Rechtsstellung unehelicher Kinder tritt vom Inkrafttreten des BGB. an unter dessen Herrschaft, für die Erforschung der Vaterschaft³⁶, für das Recht des Kindes, den Familiennamen des Vaters zu führen³⁷, und für die Unterhaltspflicht des Vaters³⁸) bleibt das alte Recht maßgebend (EG. 208 Abs. 1). Die Privilegien der anerkannten unehelichen Kinder und der Brautkinder³⁹ bleiben da, wo sie überhaupt in

³⁵ Vgl. die Vorschriften des BGB. (1649—1651) über das der väterlichen Nutznießung unterliegende und das freie Kindesvermögen mit § 517.

³⁴ Nur können Früchte, welche das Kind erwarb, als Theil seines vorhandenen Vermögens wider die väterliche Nutznießung treten, wenn sie nach BGB. nicht zum freien Vermögen gehören.

³⁵ Das Vormundschaftsgericht kann sie aber gemäß § 1671 BGB. aufheben. Vgl. unt. § 515^a 517^{ba}. EG. 204 Abs. 2 kommt für das gem. R. nicht in Frage.

³⁶ Sie ist gemeinlich zulässig.

³⁷ Es besteht gemeinlich nicht.

³⁸ § 475¹⁰ fg.

³⁹ § 571¹⁰. 574, 3.

IV. Literatur.*

§ 7.

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

Was zunächst die Schule von Bologna selbst angeht, so war die Hauptthätigkeit der Lehrer derselben, in Vorlesungen und Schriften, exegetischer Natur; davon (von dem Glossiren des Textes) haben sie ihren Namen Glossatoren. Das Resultat ihrer Arbeit verdient noch jetzt unsere Anerkennung; indem sie nicht bei den einzelnen auszuliegenden Stellen stehen blieben, sondern dieselben mit anderen auf den gleichen Gegenstand bezüglichen Stellen des Corpus Juris in Verbindung brachten, haben sie für das Verständniß der Quellen Bedeutendes geleistet. Ihr Mangel besteht darin, daß ihre Behandlungsweise nicht zugleich eine geschichtliche war; es fehlte ihnen in gleichem Maße an geschichtlichen Kenntnissen, wie an geschichtlichem Sinn; für sie war der Inhalt des römischen Rechts nicht das Resultat einer durch Jahrhunderte sich hindurchziehenden Entwicklung, sondern lediglich die Gesetzgebung Justinian's².

* [Pangerow I § 8—10 b, Prinz I §§ 7—16, Keller I § 10—16, Dernburg I §§ 16—18, Regelsberger I § 7. 8, Karlowa r. Rgesch. I S. 1 fg.]

¹ Das Nähere ist, was die Zeit bis zum Ende des 15. Jahrh. angeht, erschöpfend dargestellt in dem im § 3² genannten Werke Savigny's. [Dieses Urtheil trifft nach dem gegenwärtigen Stande der Forschung nicht mehr zu. Für die Zeit vor den Glossatoren vgl. die § 3² angeführte Literatur, vgl. auch d'Ablain zur Bibliothek der Glossatoren Sav.-ZS. IX S. 18 fg.]. Für die folgende Zeit fehlte es bisher an einer genügenden Bearbeitung der juristischen Literaturgeschichte überhaupt und der des r. R. insbesondere. Die Schrift von Hugo v. Verh. d. Gesch. des r. R. seit Justinian, oder der juristischen und meist civilistischen gelehrten Gesch. (des civilistischen Cursus 6. Band), 3. Aufl. Berlin 1830, ist viel mehr Geschichte der Schriftsteller, als der Wissenschaft. Eingehender wird der wissenschaftliche Charakter der Schriftsteller und ihr Verdienst gewürdigt in: Haubold institutiones iuris Romani litterariae I. (einziger) Bd. Lipsiae 1809. Jetzt liegt der erste Band einer allen berechtigten Ansprüchen gerecht werdenden Bearbeitung der juristischen Literaturgeschichte vor in: Stिंगing Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, München u. Leipzig, 1880. Leider ist das Werk durch den zu frühen bellagenswerthen Tod des Verfassers unterbrochen worden. Was sich im Nachlaß vorgefunden hat, ist unter dem obigen Titel, zweite Abtheilung, herausgegeben worden von E. Landsberg 1884 (bis zur 2. Hälfte des 17. Jahrh.). Zum 1. Bande vgl. Böhlau fr. ZJZ. XXIII S. 523 fg. XXVI S. 1 fg.

² Vgl. Savigny a. a. O. V S. 222—240, Stिंगing S. 102 fg., Lands-

Mit der zweiten Hälfte des 13. Jahrh. trat, während dieser Mangel fortbauerte, ein Verfall der bisherigen Bestrebungen ein. Derselbe zeigt sich in einem Zwiefachen: zunächst in einem Mißbrauch dialektischer Formen, wodurch an die Stelle des Eingehens auf das Wesen der Sache ein hohler Formalismus gesetzt wurde, sodann darin, daß der Blick sich von den Quellen abwandte und hauptsächlich auf Dasjenige richtete, was Andere, namentlich die Glosse, über die Quellen gesagt hatten; weshalb man auch die Juristen dieser Periode die Commentatoren zu nennen pflegt^{2a}. Dazu kommt eine unerträgliche Weitläufigkeit und Geschmacklosigkeit der Darstellung, welche die Schriften dieser Zeit fast unlesbar macht. Dieser Zustand dauerte durch das 14. und 15. Jahrh. hindurch; die bereits seit dem 14. Jahrh. wieder erwachende und im 15. mit Eifer gepflegte Alterthumswissenschaft blieb zunächst auf die Jurisprudenz ohne Einfluß. Nur durch ihre praktische Richtung, durch das Bestreben, das römische Recht den vorhandenen thatsächlichen Verhältnissen anzupassen, unterscheidet sich die Literatur dieser Zeit zu ihrem Vortheil von der der Glossatorenzeit³⁻⁴.

berg die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigenthum (Leipzig 1883) S. 23—64. — Unter den Glossatoren sollen hier die namhaftesten derjenigen, von welchen Glossen herrühren, genannt werden; es sind: Irnerius, der Stifter der Schule, um 1100; [L. Chiapelli, glossa d'Irnerio e della sua scuola Roma 1886 Pescatore, die Glossen des Irnerius 1888, Fitting, *questiones de iuris subtilitatibus* des Irnerius, mit Einleitung. Festschrift der juristischen Facultät Halle zur 2. Säcularfeier der Universität. (1894). Derselbe *summa Codicis* des Irnerius. 1894. Dazu Landsberg Sav. 3S. XVI S. 335 fg. 7. betont (*questiones* S. 41), und seine Publicationen beweisen es, daß man das Glossiren die Hauptthätigkeit des Irnerius nicht mehr nennen darf.] Vulgarus, Martinus, Jacobus, Hugo, zusammen die *quatuor doctores* genannt, um die Mitte des 12. Jahrh.; Rogerius, zweite Hälfte des 12. Jahrh.; Placentinus † 1192; Johannes Passianus, des Vorigen Zeitgenosse; Villius, etwas später; Azo † nach 1220 [Landsberg, die *quaestiones* des Azo herausgeg., beantwortet u. m. Noten versehen (1888)]; Hugolinus † nach 1233. Vgl. Savigny a. a. O. Bd. IV. Bd. V S. 1—262, Landsberg Glosse S. 11—22.

^{2a} Andere Bezeichnung: die Postglossatoren. [Der Name Commentatoren dürfte doch nicht von der im Text bezeichneten Eigenthümlichkeit des Inhalts ihrer Schriften abzuleiten sein, sondern davon, daß sie nicht mehr unzusammenhängende Glossen, sondern zusammenhängende, unfängliche Commentare schrieben.]

³ Savigny a. a. O. V S. 225—228. 298. 299. 335. 353—356 VI S. 1—25, Stimping I S. 106 fg., Landsberg Glosse S. 64 fg. Vgl. auch Sohn Sav. 3S. I. Germ. Abth. S. 74, Gierke fr. 33S. VIII S. 32 fg. [Regelsberger I § 1 S. 11.] In Betreff der Verdrängung der echten Quellen durch die Glosse ist merkwürdig eine Aeußerung des Commentators Rafael Fulgositius († 1427):

§ 8

Seit dem Ausgange des 15. Jahrh. wird die schlechte Manier der Commentatoren angefochten und allmählig verdrängt. Die wissenschaftliche Behandlung kehrt zu den Quellen zurück, und indem die neu erlangte Kunde des Alterthums nun auch für die Rechtswissenschaft verwerthet wird, bricht sich zum erstenmal das Bestreben Bahn, den Sinn des römischen Rechts auf Grund der Einsicht in seine historische Entwicklung zu begreifen. Der Sitz dieser Bestrebungen ist vorzugsweise Frankreich, weshalb man auch von einer französischen Schule spricht; der größte Name derselben ist der des *Jacobus Cujacius*¹. Neben dieser historischen Richtung macht sich auch bereits eine systematische geltend; nach dieser Seite reiht sich an den Namen des *Cujacius* ebenbürtig der des *Hugo Doneellus* an².

„Nostis quanta sit auctoritas glossatoris. Nam heri dixit Cynus, glossam timendam propter praescriptam idolatriam per advocatos, significans quod, sicut antiqui adorabant idola pro diis, ita advocati adorent glossatores pro evangelistis. Volo enim pro me potius glossatorem quam textum. Nam si allego textum, dicunt advocati adversariae partis et etiam iudex: credis tu quod glossa non ita viderit textum sicut tu, et non ita bene intellexit sicut tu?“ (Raf. Fulgosius in l. Si in solutum C. de oblig. et act., bei Heineccius hist. iur. § 147). Das ging immer weiter. In einer Stelle aus einem handschriftlichen Werke des 15. Jahrh. (bei Savigny a. a. D. V S. 299 *) heißt es: „Scribunt nostri doctores moderni lecturas novas, in quibus non glossant glossas, sed glossarum glossas“. Es kam vor, daß in den Vorlesungen während eines Jahres nur 5 Stellen des *Corpus Juris* behandelt wurden, und es gab Lehrer, die sich mit der Erläuterung einer Titelfrubrik zwei Monate beschäftigten. G. Panzirolus de claris legum interpretibus II cap. 4.

¹ Die (für das r. R.) namhaftesten Commentatoren sind: *Cdofredus* † 1265, *Cinus* 1270—1336, *Albericus de Rosciate* † nach 1350, *Bartolus* 1314—1357, *Valdus* 1327—1400, *Jason* 1435—1519. Vgl. Savigny a. a. D. Vd. V in der zweiten Hälfte und Vd. VI.

² *Jacques Cujas*, geb. 1522 gest. 1590. Beschreibung seines Lebens von § 8. *Berriat-Saint-Prix* hinter dessen Gesch. des r. R., deutsch von Spangenberg (1822). Gesamtausgabe seiner Werke c. *Fabroti* Paris. 1658. X. f., Neap. 1722 sq. XI. f., das. 1757. XI. f., Venet. et Mut. 1758 sq. XI. f. Dazu: *Dominici Albanensis promptuarium universorum operum Jac. Cuiacii*. Neap. 1763. II. f., Mut. 1795. II. f. Vgl. *Ehibaut ACpra*. XIII S. 198 sq. 452 sq.

³ *Hugues Doneau* (d'Onneau? vgl. *Marons* Beiträge zur Lehre von der *negotiorum gestio* I S. 141 ¹⁾), geb. 1527 gest. 1591. Seine „*Commentarii iuris civilis*“ sind nicht die erste systematische Darstellung des r. R. (schon vor ihnen erschien eine solche unter gleichem Titel von *Franciscus Connanus* 1553), aber eine Darstellung von der Art, daß sie noch jetzt auf Beachtung vollen Anspruch hat. Das Werk, von dem Verfasser nicht vollendet, ist

Auch in Deutschland sind seit dem Anfang des 16. Jahrh. die systematischen Bestrebungen nicht ohne Erfolg gepflegt worden. Dagegen hat die historische Richtung in Deutschland weniger festen Fuß gefaßt, als in anderen Ländern³. Während die Richtung der französischen Schule namentlich in den Niederlanden das 17. und 18. Jahrh. hindurch mit Eifer, freilich nicht immer mit dem nöthigen praktischen Sinne, verfolgt wurde⁴, lenkte in Deutschland das Bedürfniß früh das Hauptaugenmerk auf das Bestreben, das römische Recht für die Anwendung in den Gerichten zurechtzumachen. Dieses Bestreben füllt das 16., 17. und 18. Jahrh. aus. Die Schriftsteller dieser Periode, die sog. Praktiker, haben für die tiefere Einsicht in den wahren Sinn des römischen Rechts nicht viel geleistet; ihr Verdienst und ihre Bedeutung liegt aber darin, daß sie dem römischen Recht gegenüber vielfach einheimische und moderne Rechtsanschauungen zur Geltung gebracht haben, wodurch denn das römische Recht diejenige Gestalt erhalten hat, in welcher es in Wirklichkeit bei uns gilt⁵. — Der Einfluß der neueren Philosophie, welche sich in Deutschland seit dem letzten Viertel des 17. Jahrh. geltend macht (Periode des sog. Naturrechts)^{5a}, hat die Ausbildung der allgemeinen Begriffe und die

vollständig erst nach seinem Tode von seinem Schüler Scipio Gentilis herausgegeben worden. S. § 12. B. 2. Gesamtausgaben seiner Werke: c. Pollegrii Lucae 1762 sq. XII. f., Florent. 1840—1847. Eyssell Doncau sa vie et ses ouvrages traduit du Latin de l'auteur par M. J. Simmonet. ✓ Dijon 1860. Stinzing Hugo Donellus in Altdorf. Erlangen 1869. Matzen ✓ 3S. f. R.Gesch. VIII S. 282 sq. [Marlowa in Ruperto-Carola, Fest- ✓ chronik der 5. Säcularfeier der Univ. Heidelberg (1886) S. 56 sq.]. — Neben Cujacius und Donellus mögen hier aus der französischen Schule noch genannt werden: Duarenus 1509—1559, Anton. Contius 1517—1577, Barnab. Brissonius 1531—1591, Dionysius Gothofredus 1549—1622, und dessen größerer Sohn Jacobus Gothofredus 1587—1652, der berühmte Commentator des Codex Theodosianus.

³ Stobbe (§ 1³) S. 22—44, Stinzing I S. 241 sq. 424 sq. Doch gehört der älteste unter den namhaften deutschen Juristen, Ulrich Zasius 1461—1535, zu den Gründern und Führern der neuen Schule. Vgl. Stinzing I S. 155 sq., ✓ und dessen Schrift: Ulrich Zasius, ein Beitrag zur Geschichte der R.R. im Zeitalter der Reformation. 1857. Opera omnia Francof. 1590. 1595. 6 Bde., und sonst.

⁴ Aus der niederländischen Schule seien hier genannt: Arnold Pinnius 1588—1657, Mr. Huber 1636—1694, Joh. Voet 1647—1714, Ger. Koodt 1647—1725, Anton Schulting 1659—1734, Ortov. Westenbergh 1667—1737 (ein geborener Deutscher).

⁵ Vgl. Bruns im Jahrb. des gem. R. I S. 90—92, Stinzing I S. 652 sq. II S. 1 sq.

^{5a} [Vergbohm Jurisprudenz u. Philosophie I (1892), S. 159 sq.]

systematische Auffassung des römischen Rechts gefördert, er hat auch nicht wenig dazu beigetragen, ein unbefangenes Urtheil über die dem römischen Recht in Deutschland gebührende Stellung zu begründen: auf die tiefere Erkenntniß seines Inhalts hat er eher ungünstig als günstig gewirkt. — Die namhaftesten civilistischen Schriftsteller Deutschlands bis zum Schlusse des 18. Jahrh. sind in der Note⁶ genannt.

§ 9.

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

⁶ Joh. Oldendorp 1480—1567, Joach. Wynsinger 1514—1588, Andreas Gaill 1526—1587, Mathäus Wesenbeck 1531—1586 (ein geborener Niederländer), Hub. Giphanius (van Giffen) 1534—1604, Herm. Bultejus 1555—1634, Joh. Harpprecht 1560—1639, Hieron. Treutler 1565—1607, Hein. Bachov von Echt 1575—1635, Christoph Besold 1577—1638, Matth. Verliac † 1638, Bened. Carpzov 1595—1666, Joh. Brunnemann 1608—1672, David Mevius 1609—1670, Wolfg. Ad. Vauterbach 1618—1678, Ge. Ad. Struve 1619—1692, Joh. Schilter 1632—1705, Sam. Struyt 1640—1701, Christ. Thomafius 1655—1728, J. S. v. Berger 1657—1732, Just. Henn. Böhmer 1674—1749, J. B. v. Wernher 1675—1742, Sam. v. Cocceji 1679—1756, J. G. Heineccius 1681—1741, Augustin v. Pufser 1683—1752, Dav. Ge. Strube 1694—1775, Fr. Cf. v. Pufendorf 1707—1785, Ge. Ludw. Böhmer 1715—1797, Joh. Aug. Hellfeld 1717—1782, Joh. Aug. Bach 1721—1758, Ludw. Jul. Fr. Höpfner 1743—1796, Carl Chr. Hofacker 1749—1793, Ph. Fr. Weis 1766—1808, der Lehrer Savigny's, Chr. Fr. Glück 1755—1831.

¹ Vgl. Savigny, der zehente Mai 1788, 3. E. f. gesch. RW. IX. S. 421 § 9. fg. Singer Grünh. 3. E. XVI. S. 273 fg.

² Savigny hat nicht bloß das Programm der historischen Schule formulirt (f. § 10¹), sondern schon vorher hatte er durch die Bearbeitung einer einzelnen Lehre (die Lehre vom Besitze 1803, 6. Aufl. 1836, 7. Aufl. nach des Verf. Tode 1865) ein Muster für die Behandlung des r. R. gegeben. Seine Hauptwerke sind außerdem die bereits genannte „Gesch. des r. R. im MA.“ und sein „System

des 16. Jahrhunderts unterscheidet sich diese neuere historische Schule vornehmlich durch die Energie ihres Bestrebens, die Rechtsätze als das Product der in den thatsächlichen Verhältnissen liegenden Kräfte und Bedürfnisse zu begreifen und auf diesem Wege ihr inneres Leben zu ergründen, und durch die gesteigerte Aufmerksamkeit auf die scharfe Ausprägung der Begriffe und auf den Nachweis des systematischen Zusammenhanges zwischen den einzelnen Sätzen des römischen Rechts. In dieser letzteren Beziehung verdient namentlich genannt zu werden Georg Friedrich Puchta (1798—1846), der bedeutendste unter den Schülern Savigny's².

Die geschichtliche Behandlung des römischen Rechts ist noch jetzt die herrschende. Wenn die historische Schule nicht ohne Oppositionen geblieben ist (§ 10), so ist durch dieselben doch nie die Wahrheit des Satzes in Frage gestellt worden, daß eine erschöpfende Einsicht in das

- ✓ des heutigen r. R.“ (§ 11). Vgl. v. Scheurl Einige Worte über Friedr. Carl v. Savigny (1850). Arndts fr. ZS. IV S. 1 fg. Heydemann deutsche Gerichtszeitung 1861 Nr. 90. Zhering, Jahrb. f. Dogm. V. 7 (1861). Stinping Friedrich Carl von Savigny (1862). Rudorff ZS. f. RG. II S. 1—69 (1863).
 ✓ v. Bethmann-Hollweg ZS. f. RG. VI S. 42 fg. (1867). [Bethmann Feuerbach und Savigny, Münch. Rektoratsrede 1894.]

- ² Nekrologe dieses für unsere Wissenschaft viel zu früh geschiedenen Mannes von Stahl, Schneider und Wehll in der Beilage zur Augsb. allg. Zeitung vom 5. Februar 1846, in den krit. Jahrb. der deutschen RW. 1846 S. 283 fg. und in Huber's Janus 1846 S. 337 fg. (alle auch abgedruckt in der Ausgabe Rudorff's von Puchta's kleinen civil. Schriften). Unter den anderen Schriftstellern, welche dieser Periode und Richtung angehören, sollen nur noch die bedeutendsten unter den bereits Verstorbenen genannt werden; unmittelbare Schüler Savigny's sind sie nur zum Theil. Es sind: Joh. Fr. Ludw. Wöschel 1778—1837, Arn. Heise 1778—1851, Joh. Christ. Haffe 1779—1830, Ed. Schrader 1779—1860, Abr. Schweppe 1783—1820, Christian Friedr. Mühlbruch 1783—1843, Eg. v. Pöhr 1784—1851, R. A. Dominicus Unterholzer 1787—1838, C. A. D. Klenze 1795—1838, Friedr. Ludw. (v.) Keller 1799—1860, Ed. Böding 1800—1869, Karl Adolph v. Vangerow 1808—1870, Wilh. Franke 1808—1872, Adolph Aug. Friedr. Rudorff 1808—1872, Friedr. Bluhme 1797—1877, August von Bethmann-Hollweg 1796—1877, Ludwig Arndts 1808—1878, Karl Georg v. Wächter 1797—1880, Carl Georg Bruns 1816—1880, Ph. Ed. Huschke 1801—1886, Alois Brinz 1820—1887. [Seitdem sind auch die beiden Männer aus dem Leben geschieden, welche in den letzten Decennien die hervorragendsten Meister der romanistischen RW. waren, Windscheid selbst, geb. 1817, gest. 1892, und Rudolf v. Zhering (1818—1892). Vgl. Ed. zur Feier des Gedächtnisses von R. Windscheid und R. v. Zhering (1893), R. Merkel, Zhering, Jahrb. f. Dogm. XXXII S. 6 fg.] Auch Gustav Demelius, 1831—1891, Gustav Hartmann, 1835—1894 (Degenfolb ACPr. LXXXIV S. 1 fg.), Adolph Erner, 1841—1894 (Ulger, Adolph Erner, Nachruf. 1894) gehören zu den hervorragenden Vertretern des r. R.

Wesen des römischen Rechts, wie jedes positiven Rechts überhaupt, nur auf dem Wege geschichtlicher Erforschung gewonnen werden kann. Es handelt sich bei diesen Oppositionen um andere Dinge⁴.

§ 10.

Die Richtung, welche sich der historischen Schule gleich zu Anfang entgegenstellte, und welche man mit dem Namen der philosophischen Schule bezeichnet hat, stritt mit der historischen Schule nicht sowohl über die Frage nach der richtigen Methode der Erforschung eines gegebenen positiven Rechts, als vielmehr über die Frage, wie ein positives Recht fortzubilden sei; hier betonte die historische Schule mehr das geschichtliche Werden, die sog. philosophische mehr das autonome Machen¹. Daneben wurde aus der Mitte der philosophischen

⁴ Vgl. S. J. Hingst proeve eener geschiedenis der historische school. ✓ 1859. Darüber Windscheid fr. BZS. II S. 307—309. Vgl. ferner die Bemerkungen bei Pfaff und Hofmann Commentar zum österr. bürgerlichen Gesetzb. ✓ I S. 199 fg. Auch Windscheid Nord und Süd IV S. 42 fg. — Die in der Schrift von R. J. Seitz: das praktische Bedürfnis der Reform gegenüber der ✓ historischen Schule (1865) gegen die historische Schule erhobene Polemik kam auf Beachtung keinen Anspruch machen. S. über diese Schrift Bekker fr. BZS. VII ✓ S. 464—470. Dann wieder Seitz zur Kritik der heutigen Negatorien- und ✓ Confessorienlage und damit zur Kritik der herrschenden historischen Schule (der herrschenden Darstellung) im Allgemeinen (1873), und in der Vorrede zu der ✓ Schrift: Grundlage einer Geschichte der röm. possessio (1884). Der Verf. darf ✓ sich nicht beklagen, wenn seine Art, das „R. der Gegenwart“ zu finden, ohne ✓ Beachtung geblieben ist (p. XV daf.). [Neuestens schrieb Seitz: Die praktische ✓ Hochschule im Entwicklungskampfe mit den bisherigen doktrinären, historischen und Naturschulen (1895). Wiewohl in der Form seltsam, durch seinen Inhalt vielfach zu lebhaftem Widerspruch herausfordernd, entstellt durch gehässige ✓ persönliche Verdächtigungen der Gegner, enthält dieses Werk doch auch viel Beachtens- und Aechzigenswerthes.] — Bekker über den Streit der historischen und ✓ der philosophischen Schule. Akad. Rede (1886). Ders. Band. I § 15. 16. Stammler in Festgabe für P. Windscheid S. 1—63 (1888). [Darüber Hölder, ✓ Sav.-ZS. XI S. 52 fg. (1890). Baron fr. BZS. XXXII S. 530 fg. Bergbohm (§ 8^{5a}) S. 141 fg. 15.] Singer Grünh. ZS. XVI S. 284 fg. 303 ✓ fg. (1889).

¹ Der Gegensatz wurde in aller Schärfe zum Ausdruck gebracht bei Gelegenheit der von Anton Friedrich Justus Thibaut (1772—1840) aufgeworfenen ✓ Frage, ob nicht nach der Verjagung der Franzosen aus Deutschland es an der Zeit sei, auch das Joch des fremden R. durch Abfassung eines gemeinschaftlichen ✓ deutschen Gesetzbuches abzuschütteln. Thibaut bejahte diese Frage („über die ✓ Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs für Deutschland“ 1814, 3. Ausg. 1840), während Savigny in seiner berühmten Gegenschrift „vom Veruf ✓ unserer Zeit für Gesetzgebung und RW.“ (1814, neu aufgelegt 1828. 1840) [Neu- ✓ druck 1892] der Zeit die Fähigkeit zu einer Gesetzgebung absprach, welche in der ✓ Hauptsache doch nichts Anderes sein werde, als eine Redaction des geltenden R.;

Schule allerdings auch darauf hingewiesen, daß für die Rechtswissenschaft als praktische Wissenschaft die historische Erforschung nur Mittel zum Zweck, nicht Selbstzweck sein dürfe. Und in der That läßt sich nicht leugnen, daß gerade was das römische Recht angeht nicht alle Vertreter der historischen Schule immer mit gehöriger Bestimmtheit sich zum Bewußtsein gebracht haben, daß die letzte Frage, um welche es sich für uns handelt, nicht die ist, wie das römische Recht zu irgend einer Zeit gewesen ist, sondern die, wie es bei uns heutzutage zur Anwendung zu kommen hat².

Eine andere Opposition, welche der historischen Schule in der neueren Zeit erwachsen ist, bezieht sich speciell auf die Herrschaft des römischen Rechts in Deutschland. Man fing an, wie, freilich von einem anderen Standpunkte aus, bereits das Naturrecht gethan hatte, die Berechtigung dieser Herrschaft in Frage zu stellen; man machte geltend, daß das römische Recht ein fremdes Recht sei, daß es zum großen Theil todttes Material enthalte, daß das deutsche Recht durch dasselbe in ungebührlicher Weise verkümmert und zurückgesetzt worden sei³. Ein lebhafter Streit, welcher in Folge davon zwischen „Romanisten“ und „Germanisten“ entbrannte, hat nicht lange gewährt; dieses zu erkennen sei die Aufgabe; eine Besserung des vorhandenen Zustandes sei von der Wissenschaft zu erwarten, nicht von der Gesetzgebung. In dieser Schrift ist das eigentliche Programm der historischen Schule enthalten: das *R.* wird nicht gemacht, es ist und wird mit dem Volke. Vgl. noch, auch über das im Texte sogleich Folgende, Thibaut über die s. g. historische und nicht-historische Schule, *ACPra.* XXI S. 391 fg. (1838).

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

³ Hervorzuheben sind hier hauptsächlich zwei Werke: J. F. Hierulff *Theorie des gem. Civilr.* 1. (einziger) Bd. 1839, und G. Beseler *Vollst. und Juristenc.* 1843. Hierulff verlangte, daß auf Grund der in der Gegenwart eine allgemeine Anerkennung genießenden Principien, gleichviel welches ihre ursprüngliche Quelle sei, ein neues *R.* geschaffen werde, welches nicht aus dem *Corpus Juris* seine Autorität zu empfangen, sondern umgekehrt erst diesem Autorität zu geben habe. Beseler griff den Satz an, durch welchen die historische Schule die Geltung des *r. R.* in Deutschland, von der doch nicht zu leugnen war, daß sie aus der Gesamtheit des Volkes nicht herorgegangen sei, vor sich selbst gerechtfertigt hatte, den Satz, daß bei entwickelteren Verhältnissen sich die reproducirende Kraft des Volkes aus der Gesamtheit desselben in die Juristen als seine natürlichen Vertreter zurückziehe; Beseler behauptete, daß das Abergewußtsein der Juristen der wahrhafte Ausdruck des nationalen Geistes wohl sein könne, aber nicht nothwendig sei, und daß namentlich das Abergewußtsein der deutschen Juristen bei der Reception des *r. R.* ein solcher Ausdruck nicht gewesen sei. Vgl. § 16 und die folgende Note. Neben Hierulff und Beseler ist noch zu nennen: Bluntschli die neueren Schulen der deutschen Juristen 1841, 2. Aufl. 1862.

der Gegensatz selbst, von welchem jene Opposition ausging, beherrscht noch jetzt die wissenschaftliche Behandlung des römischen Rechts^{3a}. Denn wenn zwar, wie man mit Zuversicht behaupten darf, unter den Einsichtigen jetzt keine Meinungsverschiedenheit mehr darüber besteht, daß das römische Recht in Deutschland nicht als unberechtigter Einbringling angesehen werden darf, daß es für Deutschland und die ganze moderne Welt dieselbe Bedeutung hat, wie die gesammte antike Cultur, von welcher es ein Zweig ist, daß auch in Betreff des römischen Rechts, wie in Betreff der gesammten antiken Cultur, unsere Aufgabe nicht die ist, es wegzuworfen und auszuweisen, sondern vielmehr umgekehrt die, es geistig in uns aufzunehmen und durch innerliche Verarbeitung unter Ausstoßung des Widerstrebenden und nicht Assimilirbaren aus einem fremden Rechte zu unserem eigenen zu machen: so läßt sich doch nicht verkennen, daß sich bei den verschiedenen Bearbeitern des römischen Rechts ein verschiedener Grad der Energie des Strebens nach einer solchen Verdeutschung des römischen Rechts bemerkbar macht⁴. Wie weit man übrigens auch in diesem

^{3a} Gierke in Schmoller's Jahrb. f. Gesetzgeb., Verwalt. u. Volkswirthsch. im deutschen Reich XII S. 855: „Eine lange und ernste Geistesarbeit hat zwar den Gegensatz noch nicht auszugleichen vermocht, aber doch in beiden Lagern das Bewußtsein erweckt, daß man von einander zu lernen hat und sich gegenseitig ergänzen soll“. Doch nimmt dieser Schriftsteller in demselben Aufsatz Partei für das deutsche und gegen das römische R. [Vgl. auch § 6⁵.]

⁴ Es liegt auf der Hand, daß es dabei nicht ohne Einfluß sein kann, welche principielle Stellung man zu der von Beseler angeregten Frage (Schluß der Note 3) einnimmt. In dieser Beziehung ist Folgendes zu bemerken. Wenn man sagt, das Aebewußtsein der deutschen Juristen sei bei der Reception des r. R. der wahrhafte Ausdruck des nationalen Geistes gewesen, so kann dieß einen doppelten Sinn haben. Man kann damit meinen, daß das im Gefühl der Gesamtheit bereits Lebende sich in dem Geiste der Juristen zur Klarheit der Ueberzeugung erhoben habe; man kann damit aber auch meinen, daß zwar die Gesamtheit einen irgendwelchen richtigen Eindruck überhaupt nicht gehabt, sich aber in dem Geiste der deutschen Juristen ein der besonderen Art und Weise gerade des deutschen Volkes entsprechendes, seinem Wesen gemäßes Aebewußtsein ausgebildet habe. Man wird weder in dem einen noch in dem anderen Sinne behaupten dürfen, daß das Bewußtsein der deutschen Juristen von der Geltung des Corpus Juris als solchen ein nationales gewesen sei; in dem ersten Sinne nicht, weil der Inhalt des Corpus Juris der großen Mehrheit des deutschen Volkes ganz unbekannt war; in dem zweiten Sinne nicht, weil die Juristen eben das Corpus Juris als solches, ohne Unterscheidung zwischen den einzelnen Sätzen, ob sie paßten oder nicht, für verbindlich erachteten. Sie standen dabei unter dem Einfluß einer geistigen Strömung, welche ihre ganze Zeit beherrschte, der widerstandslosen Hingabe an die antike Cultur, deren Glanz das Auge blendete. Diese Hingabe ist eine geschichtliche Thatfache, die sich auf dem Gebiete des R. vollzogen hat, wie auf anderen Gebieten:

Streben gehen mag, für die praktische Anwendung wird, wenn nicht eine heillose Verwirrung entstehen soll, unter allen Umständen festgehalten werden müssen, daß das römische Recht so lange zur Anwendung gebracht werden muß, wie es im Corpus Juris enthalten ist, als sich nicht darthun läßt, daß seine Sätze wegen Mangels der Verhältnisse, auf welche sie sich beziehen, oder weil sie auf einem weggefallenen römischen Princip beruhen, oder weil sie mit einem Grundprincip der heutigen Rechtsordnung in Widerspruch stehen, unanwendbar, oder daß sie durch eine entgegengesetzte Rechtsquelle aufgehoben sind^{4a}.

sie ist auch, mit ihren Resultaten gemessen, keine zu beklagende Thatfache, denn sie hat das geistige Besitzthum unseres Volkes in einem nicht hoch genug anzuschlagenden Maße vermehrt; aber eine nationale That war sie, wie sie erfolgte, nicht. Eine nationale That wäre sie gewesen, wenn die Hingabe eben keine widerstandslos geblieben wäre, wenn der Geist der Juristen in der Reception ein deutscher geblieben wäre, nur ein anders gezeigenschafteter deutscher. Das aber ist nicht der Fall, er ist in der Reception ein fremder geworden. Erst allmählig hat er sich ermannt und sich auf seine Nationalität gleichsam wieder besonnen: die Juristen haben Hand ans Werk gelegt, die Sätze des Corpus Juris zu sichten, das Fremdartige auszustoßen, das Homogene in das Gefüge des nationalen R. einzuarbeiten, kurz das r. R. aus einem fremden zu einem deutschen zu machen. In dieser Entwicklung sind wir noch jetzt begriffen; vollendet ist sie noch lange nicht. Es läßt sich nicht verkennen, daß sie mehr durch die Weseler'sche Auffassung gefördert wird, deren Folge der Zweifel ist, als durch die hergebrachte, bei welcher die Gefahr eines ungehörigen Quietismus wenigstens nahe liegt. — Ihering Geist des r. R. I § 1 macht gegenüber dem Princip der Nationalität des R. das Princip der Universalität geltend: die Reception des r. R. sei der Ausdruck dieses letzteren Princip's; die Völker seien in beständigem geistigen Austausch begriffen, und seien bestimmt zum Austausch. Das ist gewiß richtig; aber es folgt daraus nicht, daß nicht die Eigenart eines jeden Volkes in letzter Linie der Maßstab dafür sein muß, ob etwas mit Fug sein R. ist oder nicht.

^{4a} Neuere Anfechtungen der heutigen von Savigny sich herleitenden Schule.

- 1) Sie sei nicht historisch genug und halte sich nicht frei von naturlichen Deductionen, Bekker (§ 9^a a. E.).
- 2) Umgekehrt wirft ihr Stammler (das.) Vernachlässigung des philosophischen Elements vor; sie gebe keine Auskunft über das was R. sein solle.
- 3) Sie betone einseitig das logische Element des R. und beachte nicht hinlänglich den praktischen „Zweck“ desselben (Ihering). S. namentlich dessen neueste Schrift: Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der herrschenden Methode in der Jurisprudenz (1889), und schon früher (1884) Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, bes. S. 373 fg. Der Vorwurf zu 1 bezieht sich nicht auf die Behandlung des positiven R., die Vorwürfe zu 2 und 3 mögen der heutigen RR. als Warnung dienen. [Wachmann, Savigny u. Feuerbach (§ 9²) S. 16 fg.: Die historische Schule hat uns in Bezug auf die Entstehung des R. auf falsche Fährte gebracht, ist dem Fortschritt des R. hinderlich gewesen, hat den Miß zwischen Theorie und Praxis erweitert. Vgl. noch Vergbohm, Jurisprudenz u. Philosophie I S. 480 fg., Dernburg I § 17, Hegelsberger I § 7 S. 43 fg.]

§ 11.

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

§ 12.

2. Die bedeutendsten Gesamtdarstellungen des Pandektenrechts¹ sind folgende.

¹ Eine Uebersicht der exegetischen Arbeiten s. bei Haubold *doctrinae* § 12. *pandectarum lineamenta* p. 3 sqq. — Zur Auffindung der in anderen Schriften zerstreuten Ausführungen über die einzelnen Stellen des Corpus Juris dienen folgende Werke: C. Ferd. Hommelii *corpus iuris civilis cum notis variorum*. Lips. 1768. (zu den Institutionen und Pandekten). Ant. Schultingii *notae ad Digesta s. Pandectas* ed. Smalenburg Ludg. Bat. 1804—1835. VII. Th. Schimmelpfeng, Hommel *redivivus*. Cassel 1858—1859 III. — Nachweisungen über die Bearbeitungen der einzelnen Materien findet man [am besten, indem man in den guten Pand- und Lehrbüchern die zu den einzelnen Materien gegebenen Verweisungen benutzt; ferner] in den allgemeinen bibliographischen Werken: Mart. Lipenii *Bibliotheca realis iuridica*, post F. G. Struvii et G. A. Jenichenii *curas emendata multis accessionibus aucta et locupletata*. Lips. 1757. II. f. Mit den Supplementen von Schott 1775, Sentenberg 1789, Madihn 1817—1830. Kössig *Repertorium der in den seit 1790 erschienenen praktischen Sammlungen befindlichen Aufsätze und Fälle*. 1802. Ersch *Literatur der Jurisprudenz*, fortgesetzt von Koppe 1823. Sidel *Repertorium über die 1802—1834 erschienenen Sammlungen von juristischen*

A. Nach der Legalordnung.

- 1) Mathaei Wesenbecii Paratitla in Pandectas iuris civilis. Bas. 1565. Dann: Commentarius in Pandectas iuris civilis et Codicis Iustiniani libros VIII. Bas. 1589. f. Zuleßt Amstel. 1665. 1668. 4.
- 2) Jac. Cuiacii Paratitla in libros L. Digestorum s. Pandectar. Lugd. 1570. 12, Paris. 1641. 12.
- 3) Hieron. Treutleri Selectarum disputationum ad ius civile Iustinianum voll. II. Marburg. 1592. 1593. 4. Zuleßt 1649.
- 4) Justi Meieri Argentoratense collegium. Argent. 1657. III. 4.
- 5) Ge. Ad. Struvii Syntagma iuris civilis universi, später Syntagma iurisprudentiae secundum ordinem Pandectar. 1658—1683. Zuleßt Francof. et Lipsiae 1738. III. 4.
- 6) Joh. Schilteri Exercitationes ad Pandectar. libros. Jenae 1675—1680. 4. Später unter dem Titel: Praxis iuris Romani in foro Germanico. III. f., zuleßt Francof. 1733.
- 7) Sam. Strykii Usus modernus Pandectarum. Witenb. 1690—1692. IV. 4., zuleßt Hal. 1746—1780. IV. 4.
- 8) Ulr. Huberi Praelectiones iuris civilis. Lips. 1707. III. 4., zuleßt Neap. 1784. III. 4.
- 9) Wolfg. Ad. Lauterbachii Collegium theoretico-practicum ad L. Pandectar. libros. Tub. 1690—1711. III. 4., zuleßt (ed. XVI.) das. 1784. III. 4.
- 10) Jo. Voetii Commentarius ad Pandectas. tom. I. Lugd. Bat. 1698. f. tom. II. Hag. Com. 1704. f., Hag. Com. 1707. II. f. und das. öfter, zuleßt Hal. 1776—1780. VI.
- 11) Just. Henn. Bochmeri Introductio in ius Digestor. Hal. 1704. zuleßt (ed. XIV.) das. 1791.
- 12) Jo. Ortw. Westenbergii Principia iuris secund. ord. Digestor. Harde. 1712. Lugd. Bat. 1732. und öfter, zuleßt Berol. 1814. II.
- 13) Ger. Noodtii Commentarius in Pandectas, zu den 4 ersten Büchern

Aufgaben und Entscheidungen. 1835. II. 4. Kappler juristisches Promptuarium. Ein Repertorium über alle in den Jahren 1800—1837 erschienenen Abhandlungen über die einzelnen Materien aus der gesammten Wissenschaft (mit Ausnahme des Criminalr.). 2. Ausg. 1827. Schletter Handbuch der juristischen und staatswissenschaftlichen Literatur 1843. 4. Engelmann Bibliotheca iuridica. 1840. 1848. Fortgesetzt von Wutte 1868, von Hofberg 1877. Walther Handlexicon der juristischen Literatur des 19. Jahrh. 1854. [D. Mühlbrecht Wegweiser durch die neuere Literatur der Staats- und Rechtswissenschaften. Berlin 1886. 2. Aufl. 1893.] Für Dissertationen: Vogel lexicon litteraturae academico-iuridicae 1836—38. II. [Für die neueste Zeit: Jahresverzeichnis der an den deutschen Universitäten erschienenen Schriften Berlin. Seit 1887. — Schulz Katalog der Bibliothek des Reichsgerichts Leipzig 1882. 2. Bb. 1890 ist nach der Fülle seines Materials und der Art der Bearbeitung desselben das beste bibliographische Hülfsmittel für die wissenschaftliche Literatur überhaupt. — Zeitschriften vgl. § 12a.] Eine Darstellung der einzelnen juristischen Materien in alphabetischer Ordnung ist enthalten in folgenden Werken: Weiske Lexicon für Juristen aller deutschen Staaten 1836—1861. XVI. v. Holtzendorff Encyclopädie der Rechtswissenschaft in systematischer und alphabetischer Bearbeitung. 1870. 1871. 2. Tbl. Rechtslexicon III. 3. Auflage 1880. 81.

Lugd. Bat. 1716. 4., zu Buch 1—27 in Opp. tom II. Lugd. Bat. 1724. f. und in den späteren Ausgaben seiner sämmtlichen Werke.

14) Jo. Gottl. Heineccii *Elementa iuris civilis secund. ord. Pandectar.* Amst. 1728. zuletzt Lips. 1797.

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

16) Jo. Aug. Hellfeld *Jurisprudentia forensis secund. Pandectar. ord. proposita.* Jen. 1764., zuletzt das. 1806.

17) Christ. Friedr. Glüß *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld.* Erlangen 1790—1830. XXXIV. 2. Ausg. von I—III. das. 1797—1807. Fortgesetzt von Mühlenbruch Bd. XXXV—XLIII. Erl. 1832—1843. Von Fein Bd. XLIV. XLV. Erl. 1851—1853. Sodann haben die Bearbeitung der Bücher 30—32 Arndts, dann Salkowski, der Bücher 37. 38 Peiß, 39. 40 Burdhard, 41 u. 42 Czyslarz, 43. 44 Ubbelohde übernommen. Erschienen: von Arndts Bd. XLVI. XLVII. XLVIII. Abth. 1. 2 (1868—1878), dazu ein 4. Band von Salkowski 1889, von Peiß Bd. I—V (1870—1879), von Burdhard Bd. I—III (1871. 1875. 1881), von Czyslarz Bd. I (1887), von Ubbelohde B. I—IV (1889—93).

18) Jul. Frid. Malblanc *Principia iuris Rom. secund. ord. Digestor.* Tub. 1801—1802. I. II. 1. 2.

B. Systematische Darstellungen.

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

2) Hug. Donelli *Commentarii iuris civilis, lib. 1—11.* Francof. 1589. 1590. II. f., 1. 12—28 cura Sc. Gentilis. Francof. 1595—1597. III. f. (Buch 17—28 aus den hinterlassenen Papieren des Verf. von Gentilis zusammengestellt). Neue Ausg. von König und nach dessen Tode von Bucher. Norimb. 1801—1834. XVI. Vgl. Aarons Beitr. z. Lehre v. d. negotior. gestio I S. 143—146.

3) Nic. Vigellii *Digestor. iuris civilis libri L.* Bas. 1568—1571. f. ed. 2^a. 1584 f.

4) Herm. Vultei *Iurisprudentiae Rom. a Iustiniano compositae I.* II. Marb. 1590., zuletzt das. 1748. II.

5) Ge. Ad. Struvii *Iurisprudentia Romano-Germanica forensis.* Jen. 1670. 4., zuletzt Francof. 1771. (der f. g. „kleine Struv“. Vgl. Stinzing *Gesch. der deutschen RW.* II S. 157 fg.).

6) Jean Domat *les lois civiles dans leur ordre naturel.* Paris, 1689—1697. V. 4, zuletzt Paris 1771. II. f.

7) Jo. Henr. de Berger *Oeconomia iuris ad usum hodiernum accommodati.* Lips. 1712. 4, zuletzt Lips. 1801. 4.

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

9) Gust. Hugo *Institutionen des heutigen R. R.* Berlin 1789. Mit verändertem Titel öfter, zuletzt (7. Ausg.) unter dem Titel: *Lehrb. des heutigen r. R.* Berlin 1826.

10) Ant. Fried. Just. Thibaut *Syst. des Pandecten.* Jena 1803. II. 8. Ausg. Jena 1834. II., 9. Ausg., nach des Verf. Tode besorgt durch v. Buchholz. Jena 1846 II.

11) Gottl. Hufeland Lehrb. des in den deutschen Ländern geltenden gem. od. subsidiarischen Civillr. Gieß. 1808—1814. II.

12) Abr. Schweppe das r. Privatr. in seiner Anwendung auf deutsche Gerichte. Altona 1814. III., 4. Ausg. (vom 3. Bande an fortges. von Mejer), Gätt. 1828—1834. V.

13) Ferd. Madelohz Lehrb. des heut. r. R., Gieß. 1814, 10. Ausg. das. 1833. II., nach des Verf. Tode zum 11. u. 12. Male herausgeg. v. Rosshirt, Gieß. 1837—1842. II., zum 13. u. 14. Male von Friz, Wien 1851. 1862.

14) J. N. von Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civillr. München 1822—1825. III., 5. v. J. A. Friz besorgte Ausg. München 1837. 1838. III. Dazu: Erläuterungen, Zusätze und Berichtigungen von J. A. Friz. Freiburg 1833—1839. II.

15) Chr. Friedr. Mühlenbruch Doctrina Pandectar Hal. 1823—1825. III. ed. 4. ib. 1838. III. Deutsch unter dem Titel: Lehrb. des Pandektenr. Halle 1835—1836. III. Nach des Verf. Tode neu herausgeg. von v. Rabai. Halle 1844. III.

16) Joh. Ad. Seuffert praktisches Pandektenr. Würzb. 1825. III. Nach des Verf. Tode zum 4. Male herausgegeben von E. A. Seuffert. Würzb. 1860. 1863. 1871.

17) Ge. Friedr. Buchta Pandekten. Leipzig 1838. Seit der 4. Ausg. herausgeg. v. Rudorff, zum 11. Male 1871. Zwölfte Ausgabe besorgt v. Schirmer 1876.

18) J. F. E. Götschen Vorlesungen üb. d. gem. Civillr. Aus dessen hinterlassenen Papieren herausgeg. v. A. Erleben. Gätt. 1838—1840. III.

19) K. A. von Vangerow Leitfaden für Pandektenvorlesungen. Marb. 1838—1847. III. 6. umgearbeitete Ausfl. u. d. E.: Lehrb. d. Pandekten. Marb. 1851—1856. III. 7. Aufl. 1863—1869. III. [Neue Ausgabe 1876.]

20) J. F. Kierulff Theorie des gem. Civillr. 1. (einziger) Bd. Altona 1839.

21) C. F. Rosshirt gem. deutsch. Civillr. Heidelberg. 1840. III.

22) Friedr. Carl von Savigny System des heut. r. R. Berl. 1840—1849. VIII. Dazu als Fortsetzung: Das Obligationenr. als Theil des heut. r. R. Berl. 1851. 1853. II. (unvollendet).

23) C. F. Sintenis das praktische gem. Civillr. Leipz. 1844—1851. III. 3. Aufl. das. 1869.

24) Rudw. Arndts Lehrb. der Pand. Münch. 1852. Seit der 10. Aufl. besorgt von Pfaff und Hofmann. 13. Aufl. 1886. Eine italienische allmählig immer selbständiger werdende Uebersetzung dieses Lehrbuchs von F. Serafini. Quarta edizione interomente rivista. Vol. I. Parte prima 1883.

25) Al. Prinz Lehrb. der Pand. Erl. 1857—1871. 2. veränderte Aufl. 1. Bd. bis 3. Bd. 1. Abth. 1873—1886. 3. Bd. 2. Abth. 1. Liefer. nach vollendetem Manuscript des Verf. herausgeg. v. Eduard Prinz 1888. 2. Liefer. und 4. Bd. besorgt von Potmar 1889—1892. 3. durchgesehene Aufl. 1. Bd. 1. Liefer. 1884.

26) Fr. Rudw. v. Keller Pand. Vorlesungen, aus dem Nachlaß des Verf. herausgeg. von C. Friedberg. Leipzig 1861. Neuer Abdruck bes. v. Lewis 1866.

27) J. Baron Pand. Leipzig. [3. Aufl. 1893.]

28) C. Ge. v. Wächter Pand. Aus seinen hinterlassenen Papieren herausgeg. v. D. v. Wächter. II. 1880. 1881.

29) H. Dernburg Pandekten III. 1884—1887. [4. Aufl. 1894. 5. Aufl. B. 1 1896.]

30) E. F. Vetter System des heut. Pandectenr. 1. Bd. 1886. 2. Bd. 1889.

31) E. Hölder Pand. Allgem. Lehren. 1891. (1. Liefer. 1886.) ✓

32) D. Wendt Lehrb. der Pand. 1888. ✓

[33] F. Regelsberger Pandecten 1. Bd. Leipzig 1893. (Binding's Hdb. d. deutschen RW. I, 7, 1.)

Vorzugsweise eine Sammlung fremder Meinungen enthält folgendes Werk: Rud. v. Holzschuher Theorie und Casuistik des gem. Civilr. Ein Handb. f. Praktiker. Leipzig 1843—1854. III. Zum 3. Male herausgeg. nach des Verf. Tode von Em. Kunze. Leipz. 1863—1864. III.

Eine kurze Uebersicht des Pandectenr. gibt in geistvoller und belehrender Darstellung Bruns in v. Holzendorff's Encyclopädie der RW. I S. 249—372 (1869). 5. Aufl., durchgesehen von Ed., S. 425—564 (1890).

Von den vielen Grundrissen zu Pandectenvorlesungen ist hervorzuheben wegen seiner genauen literarischen Nachweisungen:

Ed. Böcking Pandecten-Grundriß eines Lehrbuchs des gem. auf das r. R. gegründeten Civilr. 5. Aufl. 1861.

Zu nennen sind ferner noch folgende Werke, welche sich zwar nur auf das reine r. R. beziehen, aber dasselbe in einer Ausführlichkeit vortragen, welche das bei Pandectenlehrbüchern gewöhnlich eingehaltene Maß nicht nur erreicht, sondern noch überschreitet:

Ed. Böcking, Institutionen, ein Lehrb. des r. Privatr. 1. Bd. Bonn 1843. 2. Aufl. u. d. T.: Pandecten des r. Privatr., oder Institutionen des gem. Civilr. 1. Bd. Bonn 1853. 2. Bds. 1. Liefer. Leipz. 1855.

Ferd. Prohlowski das r. Privatr. 1. Bd. Prag 1877. 2. Bd. 1880. ✓

Endlich dürfen nicht übergangen werden zwei Werke, welche, obgleich sie zunächst nur die Bearbeitung des Particularr. zum Gegenstande haben, doch auch für das gem. R. von ausnehmender Wichtigkeit sind; namentlich das zuerst zu nennende muß zu den bedeutendsten Erscheinungen der juristischen Literatur gerechnet werden.

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

J. Unger System des österreichischen allgemeinen Privatr. 1. u. 2. Band, enthaltend den allgemeinen Theil, Leipzig 1856. 1859; später wiederholt unverändert abgedruckt. 5. Aufl. 1892. 6. Band, enthaltend das Erbr., das. 1864. [4. Aufl. 1894.]

§ 12a.

Noch sollen die für das römische Recht [und verwandte Gebiete] wichtigsten (neueren) Zeitschriften genannt werden.

1) Zeitschrift für geschichtliche RW., herausgegeben von Savigny, Eichhorn und Götsche (nach des Letzteren Tode trat zuerst Klunze, dann Rudorff ein). Berlin 1815—1850. 15 Bde. ✓ 15

2) Zeitschrift für Rechtsgeschichte, herausgegeben von Rudorff, Bruns, Roth, Merkel und Böhlau. Weimar 1861—1878. 13 Bde. Fortgesetzt unter dem Titel: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abtheilung, herausgeg. von Vetter, Pernice, Schröder, Brunner. Weimar. Seit 1880.

3) Rheinisches Museum für Jurisprudenz, herausgeg. von Haffe, später mit und nach ihm von Blume, Buchta, Buggé, Bethmann-Hollweg, Böcking, Unterholzner. Bonn 1827—1835. 7 Bde.

4) Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, herausg. von v. Vinde, Marzoll, v. Wening-Ingenheim, später von den beiden Ersten und von v. Schröter, zuletzt von v. Vinde und Schulte. (Sieß. 1827—1865. 20 Bde. und neue Folge Bd. 1—22.

5) Jahrbuch des gem. deutschen R., herausgeg. von Peller und Muther, seit dem 3. Hest des 5. Bandes auch von Stobbe. Leipzig 1857—63 6 Bde.

6) Archiv für die civilistische Praxis, herausgegeben zuerst von Genster, Wittermaier, Schweiger, gegenwärtig, nach mannigfachem Wechsel, von Franklin, Hümelin, Mandry, Wendt, Bülow, v. Koblhaas. Heidelberg, später Freib. u. Leipz. Seit 1818.

7) Archiv für praktische R., herausgeg. von Ebers, Schäffer, Seitz und Hoffmann, gegenwärtig von Heintzlering, Marb. u. Leipz., später Darmstadt u. Leipz. Seit 1853.

8) Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatr., herausg. von v. Gerber und Zbering, gegenwärtig von Regelsberger und Ehrenberg in Verbindung m. Andern. Jena. Seit 1857.

9) [Zeitschrift f. d. Privat- u. öffentliche R. der Gegenwart, herausgeg. von E. S. Grünhut. Wien. Seit 1874.

10) Archiv f. bürgerl. Recht, herausgeg. von Kohler und Ring. Berlin. Seit 1889.

11) Zeitschrift f. d. gef. Handelsr., herausgeg. von R. Goldschmidt, v. Hahn, Keffner, Laband, Pappenheim. Erl. später Stuttg. Seit 1858.

12) Beiträge zur Erläuterung des deutschen R. (Fortsetzung von: Beitr. z. Erläut. d. preuß. R.), herausgeg. von Gruchot, später von Massow, Rümpel, Eccius. Berlin. Seit 1872.

13) Zeitschrift f. deutschen Civilprozeß, herausgeg. von Busch, jetzt Schulzenstein und Bierhaus. Berl. Seit 1879.

Unter den ausländischen Zeitschriften ist die wichtigste:

14) Archivio giuridico. Diretto da P. Ellero, später Filippo Serafini, Bologna, später Pisa. Seit 1869.]

Kritische Zeitschriften (neuere) sind:

15) Kritische Jahrbücher für deutsche R., herausg. von Richter, dann von Richter und Schneider, zuletzt von Schneider allein. Leipzig 1837—1848. 24 Bde.

16) Kritische Zeitschrift für die gesammte R., herausg. von Brindmann, Dernburg, Kleinschrod, Marquardsen, Pagenstecher, von denen Kleinschrod und Pagenstecher später austraten, während Hillebrand und Stüving hinzutraten. Heidelb. 1853—1859. 5 Bde.

17) Kritische Ueberschau der deutschen R. und deutschen Gesetzgebung, herausg. von Arndts, Plunzschli und Bözl. München 1853—1859. 6 Bde. Die beiden letzten Zeitschriften sind jetzt zu folgender vereinigt:

18) Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, herausgeg., unter Mitwirkung von Arndts, Plunzschli, Dernburg, Hillebrand, Marquardsen und Stüving, von Bözl; gegenwärtig, nach mannigfachem Wechsel von v. Pechmann, Hellmann, v. Maurer, v. Seydel, Ullmann. München, später Freib. u. Leipz. Seit 1859.

19) [Centralblatt für Rechtswissenschaft, herausgeg. von v. Kirchheim Leipz. Seit 1881. Enthält kurze Reserate über die neuen Erscheinungen.]

V. Anordnung der Darstellung.

§ 13.

Der Darstellung wird hier die jetzt gebräuchliche Anordnung des Stoffes zu Grunde gelegt. Diese Anordnung beruht auf folgender Betrachtung. Alles Privatrecht hat es mit einem doppelten Gegenstand zu thun; es hat zu ordnen: 1) die Vermögensverhältnisse, 2) die Familienverhältnisse. Die Haupteintheilung des Privatrechts ist also die in Vermögensrecht und Familienrecht. Das Vermögensrecht hat zum Gegenstand: a) die Rechtsverhältnisse an Sachen, b) die Rechtsverhältnisse zwischen Person und Person, Forderungsrechte oder Obligationen¹. Das Vermögensrecht hat aber noch die fernere Frage zu beantworten, welches das Schicksal des Vermögens eines Verstorbenen sei; der Inbegriff der Grundsätze über diese Frage bildet das Erbrecht². — Nun gibt es aber rechtliche Grundsätze nicht bloß über die Rechte besonderen Inhalts, es gibt auch rechtliche Grundsätze, welche sich auf die Rechte als solche, abgesehen von ihrem besonderen Inhalt,

¹ Vgl. § 38. 39.

§ 13.

² Man streitet darüber, ob das Privatrecht ein System der Re. oder ein System der Rechtsverhältnisse zu sein habe, mit anderen Worten, ob für die natürliche Zusammengehörigkeit der Regeln der Inhalt der von ihnen verlichenen Re., oder die Bedeutung der Lebensverhältnisse maßgebend sei, welche durch die Regeln geordnet werden sollen (Puchta Rhein. Museum III S. 297 fg. und Institutionen I § 21. 28 fg., Stahl Philosophie des R. 3. Aufl. II. 1 S. 293—300; vgl. v. Schröder krit. Jahrbücher IV S. 293, Arndts das. VII S. 196 fg., Sintenis 3S. f. GR. u. Pr. XIX. 2). Wenn man zugibt, daß der Familie in der sittlichen Ordnung der Dinge eine selbständige Aufgabe gesetzt ist, so wird man eben deswegen nicht umhin können, die auf dieses Verhältniß bezüglichen Regeln denjenigen gegenüber, welche das Wollen der Einzelnen als Einzelner zu ordnen bestimmt sind, als natürliche Einheit zu betrachten, und die Besonderheit des Inhalts der durch sie verlichenen Re., abgesehen davon, daß diese Besonderheit keineswegs immer vorhanden ist, und z. B. bei den Familien-Vermögensren. ganz fehlt, jedenfalls nur den untergeordneten Gesichtspunkt sein lassen dürfen. Ebenso liegt es aber auch, was das Erbr. angeht, auf der Hand, daß das Charakteristische desselben nicht in einer Besonderheit des Inhalts der Re., von welchen es handelt, besteht (was höchstens für die Erbschaft behauptet werden könnte, gewiß aber nicht für das Vermächtniß), sondern in der Eigenthümlichkeit des zu ordnenden Verhältnisses, darin, daß es sich um das Vermögen eines Verstorbenen handelt, seinen Grund hat. Endlich aber läßt sich auch ein befriedigendes System der Regeln, welche das Vermögen des Lebenden zum Gegenstand haben, auf die bloße Unterscheidung zwischen dem Inhalt der Re. nicht bauen. Denn die Anordnung der einzelnen Obligationen nach diesem Gesichtspunkt ist undurchführbar, und den Besitz, welcher kein R. an der Sache, sondern nur ein Rechtsverhältniß zur Sache ist, verweist dieser Gesichtspunkt in das Obligationenr., oder in die Lehre von der Erfügung — oder in den allgemeinen Theil!

beziehen. Es gibt ferner rechtliche Grundsätze, welche das Recht selbst, das s. g. Recht im objectiven Sinne, die Vorschriften, auf welchen die Rechte beruhen, zum Gegenstand haben. Diese letzteren Grundsätze sind zwar nicht privatrechtlicher Natur, sondern gehören dem öffentlichen Rechte an; nichtsdestoweniger empfiehlt es sich, in einer vollständigen Darstellung des Privatrechts auch sie nicht zu übergehen. — Die Grundsätze über das Recht und die Rechte überhaupt müssen vorher vorgetragen werden, ehe von den besonderen Rechten gehandelt werden kann. Hiernach ergibt sich folgende Anordnung.

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

Das Familienrecht vor das Erbrecht zu stellen, ist hergebracht, und rechtfertigt sich durch die Betrachtung, daß das Familienrecht, wie das Sachen- und das Obligationenrecht, es mit den Rechtsverhältnissen der lebenden Person zu thun hat. Die Abtheilungen I und II pflegt man zusammen als „allgemeinen Theil“ zu bezeichnen.

Erstes Buch.

Von dem Rechte überhaupt.

Erstes Kapitel.

Quellen des Rechts.

I. Das Gesetz.*)

§ 14.

Gesetz ist der Ausdruck des Staates, daß Etwas Recht sein soll¹.

[* Hegelsberger I § 18, Stobbe I § 18, Gierke I § 18, Haenel Deutsch. Staatsr. I (1892) § 27. § 36 fg., Laband Staatsr. d. deutsch. Reichs (3. Aufl. 1895) I § 54 fg. G. Meyer Lehrb. d. deutsch. Staatsr. (4. Aufl. 1895) § 155 fg. Jörn Staatsr. d. deutsch. Reichs (2. Aufl. 1895) § 14, 3. § 15 fg. Binding, Handb. d. Strafr. I (1885) § 40. Sonstige Literatur vgl. namentlich bei Laband § 54 *, Meyer § 155 ¹.]

¹ Wenn Schloßmann der Vertrag S. 169 fg., namentlich S. 186, dem § 14. Gesetz die Eigenschaft einer Quelle abspricht, so versteht er dabei unter R. nicht das „geltende positive“ R., sondern das auf freier Erkenntniß und Entwicklung der Principien der „Gerechtigkeit“ beruhende „eigentliche“ R. Gegen diese Unterscheidung ist an und für sich nichts einzuwenden, wohl aber dagegen, daß Schloßmann in bedenklichem Maße für dieses eigentliche R. doch wieder positive Geltung in Anspruch nimmt. Vgl. § 28⁴. Wie das Gesetz behandelt übrigens Schloßmann auch die Gewohnheit. Vgl. was das Gesetz angeht noch § 15⁴. [Die im Text gegebene Definition des Gesetzes entspricht dem Begriff des staatlichen Gesetzes im materiellen Sinne, wie ihn die herrschende staatsrechtliche Theorie faßt. In Ansehung des modernen Verfassungsstaates spricht der Text im Folgenden nur von demjenigen Gesetz im materiellen Sinne, welches zugleich Gesetz im formellen Sinne d. h. unter Zustimmung der Volksvertretung erlassen ist. Daneben ist in Anm. ² von dem ohne diese Zustimmung erlassenen „provisorischen Gesetz“, der Nothverordnung die Rede. Es müssen aber unter dem Begriff des Gesetzes im materiellen Sinne alle staatsrechtlich zulässigen Verordnungen (des Kaisers, des Bundesraths, des Landesherrn, aber auch anderer höherer wie niederer Organe) mitverstanden werden, welche Räte aufstellen. Wie weit solche Verordnungen möglich sind, gehört in das Staatsr. ebenso wie die Frage, ob es Gesetze im formellen Sinne gibt, die nicht zugleich solche im materiellen Sinne sind. — Von

Wer die Befugniß habe, im Namen des Staates diesen Ausspruch zu thun, ist eine Frage, welche nur aus dem besonderen Recht der besonderen Staaten beantwortet werden kann^{1a}. [Zu einem deutschen Reichsgesetz sind erforderlichlich übereinstimmende Beschlüsse des Bundesraths und des Reichstags]^{1b}. In den monarchischen Bundesstaaten steht, wie die gesammte Staatsgewalt, so auch die Gesetzgebungsgewalt dem Fürsten zu; jedoch ist derselbe in fast^{1c} allen bei Ausübung dieser Gewalt an die Zustimmung der Landesvertretung gebunden. Wo dies der Fall ist, ist ein von dem Landesherrn ohne Zustimmung der Landesvertretung erlassenes Gesetz kein gültiges Gesetz, und der Richter darf es seinen Entscheidungen nicht zu Grunde legen².

manchen wird der Begriff des Gesetzes weiter gefaßt, um auch die von andern stehenden Gewalten als vom Staate ausgehende, insbesondere die autonome (§ 19) Regierung einzuschließen. Vgl. Laband S. 488. Meyer § 155 II S. 483. Manchmal bedeutet Gesetz in der Sprache jeden Satz ohne Unterschied der Entstehungsart. GG. z. CPD. 12. GG. z. StPD. 7. GG. z. RD. 2. GG. 1. CPD. 512. GG. z. BGV. 2. Vgl. Hegelsberger I § 18¹. Laband I S. 488¹].

^{1a} Die Unanwendbarkeit der r. Grundsätze über edicta, decreta, rescripta versteht sich da, wo eine Verfassung besteht, von selbst. Wo allein der Wille des Regenten entscheidet, braucht die Verbindlichkeit der von ihm in irgend einer Weise ausgesprochenen allgemeinen Normen nicht erst aus dem r. R. hergeleitet zu werden.

^{1b} Art. 5. [Nach der in der staatsrechtlichen Literatur herrschenden Ansicht bedarf es, wenn der Reichstagsbeschluß demjenigen des Bundesraths folgte, d. h. wenn der Reichstag die Vorlage in der Fassung des Bundesrathsbeschlusses einfach angenommen hat, noch eines zweiten (des Sanctions-) Beschlusses seitens des Bundesraths. Laband Ab. I § 55 S. 516 fg. Meyer § 163⁴. Jörn § 15 S. 413 fg. u. die dort angeff. Schr. A. W. Gierke I § 18¹¹.]

^{1c} Ueber Mecklenburg vgl. Böhlau, mecklenburg. Landr. I S. 286 fg. 290 fg. Gierke I § 18³.]

² Man hat dieß aus ungenügenden Gründen bestritten; s. namentlich Finde ACPra. XVI S. 305 fg. (1833), Bischof ZS.f. GN.u. Pr. R. F. XVI S. 235 fg. 385 fg. XVII S. 104 fg. 253 fg. 448 fg. XVIII S. 129 fg. 302 fg. 393 fg. (1859—61, unvollendet), Martin der Umfang des landesrichterlichen Prüfungsrechts hinsichtlich des Entstehens gültiger Gesetze und Verordnungen in den constitutionellen deutschen Bundesstaaten, Celle 1865, Böhlau Mecklenburg. Landrecht I § 50, Laband Staatsrecht I S. 526 fg. vgl. 499. 513. 580 fg. Zellinek Gesetz und Verordnung S. 396 fg.; gegen Laband: Gierke in Schmollers Jahrb. VII 4. Heft S. 90 fg. Für die Bejahung außerdem namentlich: S. A. Zachariae Staatsr. des deutschen Reichs II § 175¹¹, Gneist Soll der Richter auch über die Frage zu befinden haben, ob ein Gesetz verfassungsmäßig zu Stande gekommen? Gutachten für den 4. deutschen Juristentag. Berlin 1863, Planck Jahrb. f. Dogm. IX S. 288 fg. (1868, im Besonderen gegen die zuvor genannte Schrift von Martin). Die fernere Literatur findet man am vollständigsten in den Aufsätzen von Bischof, s. auch Roth deutsches Privatre. I § 48¹. [Meyer § 175³. ⁴. ⁵. Gierke I § 18⁴³. ⁴⁴.] Eine Darstellung der Verhandlungen des B. und 4.

— Damit aber der Ausspruch des Staates wirklich Recht schaffe, ist ferner erforderlich, daß er in gehöriger Weise bekannt gemacht worden sei. In welcher Weise die Bekanntmachung (Verkündigung, Publication)

deutschen Juristentags über diese Frage in der Schrift von Martin. — Indem der Richter ein ohne die Zustimmung der Landesvertretung erlassenes Gesetz zurückweist, stellt er sich nicht über den Staat, was er unter keinen Umständen darf, sondern über einen Willen, welcher sich für den Staatswillen ausgiebt, ohne es zu sein. Wenn die Verfassung für die Ausübung der gesetzgebenden Gewalt die Zustimmung der Landesvertretung erfordert, so heißt das nicht, daß die gesetzgebende Gewalt ohne dieselbe nicht ausgeübt werden dürfe, sondern daß sie ohne dieselbe nicht ausgeübt werden könne. (Planck S. 305 fg.) Ist, wie in den meisten deutschen Staaten, der Regierung das R. gegeben, Gesetze mit provisorischer Geltung auch ohne die Zustimmung der Landesvertretung zu erlassen, so kann diese Bestimmung nur auf solche Gesetze Anwendung finden, welche sich als provisorische auch zu erkennen geben. (Planck S. 341 fg.) Nur dann ist dem Richter die Cognition über das verfassungsmäßige Zustandekommen des Gesetzes nicht gestattet, wenn ihm dieselbe durch die Verfassung selbst entzogen ist (wie z. B. durch die Preussische Verfassung von 1850 Art. 106, s. ferner Oldenburg 1852 Art. 141 und die Angaben bei Planck S. 324 fg.) — Im Einzelnen bleiben Schwierigkeiten. 1) Hat der Richter auch die Legitimation der Abstimmenden, die Verhandlungsform, Abstimmung, Stimmzählung, Anwesenheit der erforderlichen Anzahl von Mitgliedern zu prüfen? Nein; das sind „*interna corporis*“; für den Richter genügt die Thatfache der Zustimmung der Landesvertretung. Gneist S. 24. 25, Planck S. 364 fg. [Wichtiger: der Richter hat bei der Prüfung die Beweisraft öffentlicher Urkunden und die in den einzelnen Stadien der Gesetzgebung von den zuständigen Organen getroffenen Entscheidungen zu respektiren. (Jellinek S. 401 fg. Viertel I § 18 S. 157, c). Von dieser Grundlage aus gelangt man mit Jellinek und Laband a. a. O. zu dem Ergebniss, das richterliche Prüfungsgr. ganz zu leugnen, wenn man mit ihnen annimmt, daß die Ausfertigung des Gesetzes durch den Kaiser (oder den Monarchen) das Vorliegen übereinstimmender Beschlüsse des Bundesraths und des Reichstags (die erfolgte Zustimmung der Volksvertretung des Bundesstaates) nicht bloß beurkundet (so daß Gegenbeweis offen bliebe), sondern decisiv unter Ausschluß jeder Nachprüfung feststellt. Laband I S. 538 geht noch einen Schritt weiter, indem er annimmt, daß die Verkündigung des Gesetzes im Reichsgesetzblatt das Vorliegen der kaiserlichen Ausfertigung ebenso unanfechtbar feststellt. Hierin ist Jellinek S. 405²³ anderer Ansicht. W. E. kann aber auch die unanfechtbar decisive Natur der Ausfertigung nicht anerkannt werden, ist vielmehr dabei stehen zu bleiben, daß sie die in ihr erwähnte Zustimmung des Bundesraths und des Reichstages (der Volksvertretung) nur beurkundet. Anerkanntermaßen ist zulässig die richterliche Prüfung der Frage, ob eine Verordnung sich in den Grenzen des Verordnungsr. hält, falls nicht (wie in Preußen für königliche Verordnungen durch Bl. Art. 106) diese Prüfung dem Richter gesetzlich entzogen ist. Jellinek S. 406 fg., Laband I § 58. S. 581, Zorn § 17^o S. 484, Meyer § 173^o S. 547, W. XXIV 1. Ferner hat zur Wahrung von Bl. Art. 2 der Richter stets zu prüfen, ob ein Landesgesetz oder eine landesrliche Verordnung vor dem Reichsr. Bestand hat, und diese Prüfung kann dem Richter durch Landesr. nicht verboten werden.] 2) Wie ist es, wenn eine Verfassung einseitig aufgehoben und auf Grund der octroyirten Verfassung eine Ständeversammlung berufen worden ist? „Wie für den Einzelnen, so ist für die Staatsgewalten diese Seite der Frage

zu erfolgen habe, ist wieder eine Frage, welche nur nach den dafür in jedem Staate bestehenden Normen beantwortet werden kann. [Im Reiche steht dem Kaiser die Ausfertigung und Verkündung der Gesetze zu; die Ausfertigung vollzieht er durch seine Unterschrift; die Verkündung befiehlt er, sie erfolgt mittels des Reichsgesetzblattes^{2a}.]

Ist es streitig, ob ein Gesetz erlassen oder gehörig publicirt^{2b} worden sei, so treten nicht diejenigen Regeln ein, welche maßgebend sind, wenn eine Thatsache zwischen den in einem Rechtsstreite sich gegenüberstehenden Parteien bestritten ist. Es gilt vielmehr der Satz, daß der Richter das Recht von Amtswegen zu kennen und zur Anwendung zu bringen habe³. [Nach Reichsrecht⁴ gilt dies von den Reichsgesetzen und den in dem Bundesstaate des Richters, oder einem Theil desselben geltenden (oder in Geltung gewesenen) Gesetzen im materiellen Sinne, während das in anderen Staaten (auch andern

transcendent — Gewissensfrage“. Gneist S. 30—32. — Eine besondere Stellung zu der hier behandelten Frage nimmt ein v. Stockmar *3. S. f. G. u. Pr. N. F. X S. 18 fg. S. 213 fg.* (1853). Er behauptet, daß die Frage nur aus dem besondern N. der einzelnen Staaten beantwortet werden könne und sich aus dem gemeinen deutschen Staatsr. höchstens eine Präsumtion für die Bejahung oder Verneinung derselben (er sagt nicht, ob für diese oder jene) herleiten lasse. — In Betreff der Praxis s. *Sf. IV. 250, V. 225, XXVI. 99, XXXII. 101, XXXVIII 199 (RG.)*, *RG. XXIV S. 3. S.* auch die Note zu diesem § in der von den Professoren Fadda und Bensa in Genua seit 1887 begonnenen (trefflichen!) italienischen Uebersetzung des vorliegenden Lehrbuchs.

^{2a} *RR. Art. 2. 17* [vgl. *Vaband I § 55 III. IV. Meyer § 163, 4 S. 507.* Die Ausfertigung und die Herbeiführung der Verkündung eines von Bundesrath und Reichstag verfassungsmäßig beschlossenen Gesetzes ist verfassungsmäßige Verpflichtung des Kaisers. Auch das indirekte und außerordentliche Veto, welches *Dernburg I § 25^b* für den Kaiser behauptet, steht demselben nicht zu. Vgl. *Vaband I S. 520¹. 514 fg., Meyer § 163^b, Jörn § 15²⁰.* Doch sind auch einige Staatslehrer anderer Ansicht. Vgl. die Literatur bei den Vorgenannten.]

^{2b} Die Prüfung hat bei der Frage der gehörigen Publication einzusetzen: Wie weit, wenn diese feststeht, noch gefragt werden darf, ob das Gesetz „erlassen“ ist, hängt wesentlich von den Note³ besprochenen Fragen ab. Auch die Frage der territorialen Zugehörigkeit des Ortes, auf dessen N. es ankommt, zu dem Geltungsgebiet des Gesetzes gehört hierher. Interessanter Fall bestrittener Publication: *Sf. XLV. 159*: Durch die konstante Anwendung eines Gesetzes kann es gewohnheitsrliche Geltung erlangen, sobald der Beweis der Publication unnöthig wird.]

³ *Iura novit curia. Savigny I S. 187 fg., Mayer Vorträge S. 682 fg., Wehaff Civilproc. § 20 Nr. 2. Vgl. unten § 17³. Sf. I. 127, IV. 92, VIII. 85. 226, IX. 210. 248, XI. 1. 208, XVIII. 101, XXI. 90, XXV. 1. 112, XXVI. 215. [XXXV. 253].*

⁴ *CPD. 265. Scuffert, Kommentar dazu. Stein das private Wissen des Richters (1893) S. 174 fg.*]

Bundesstaaten) geltende Recht, die Gewohnheitsrechte⁵ und Statuten⁶ als beweisbedürftig behandelt werden, sofern sie dem Gericht thatsächlich unbekannt sind^{6a}. Dieser Beweis ist aber nicht an die sonst geltenden Regeln des Beweisverfahrens gebunden. Das Gericht kann alle sachlich brauchbaren Erkenntnismittel benutzen, auch wenn sie die Parteien nicht angeboten haben, und zum Zwecke solcher Benutzung das Erforderliche anordnen⁷. Die Frage der Beweislast ist dabei nicht bedeutungslos⁸. Die Partei, deren Sieg von der Feststellung des streitigen Rechtsfalles abhängt, unterliegt mit Recht wenn die Feststellung mißlingt.]

II. Das Gewohnheitsrecht*.

A. Begriff und Grund seiner Verbindlichkeit.

§ 15.

Unter Gewohnheitsrecht versteht man dasjenige Recht*, welches

[⁵ Vgl. § 17.]

[⁶ Autonome Satzungen, aber doch wohl auch Particularrechte nur localen Geltungsgebietes. Stein a. a. O. S. 176^o findet es befremdlich, daß das Reichsgericht XXI S. 175 fg. das Lüneburger Stadtr. als ein Statut im Sinne von CPD 265 ansieht, während dasselbe ein Staatsgesetz sei. In Wahrheit ist es eine autonome Satzung, die nur landesherrlich bestätigt ist. Wäre es aber auch vom Landesherrn erlassen, so wäre dennoch nicht anzunehmen, daß jeder preussische Richter wissen müßte, ob das lüneburgische Stadtr. sich auf den f. g. Meyerschen Garten und seine Bewohner erstreckt.]

[^{6a} RG. III S. 150. X S. 172. XVIII S. 264. XXIV S. 391.]

[⁷ Das Gericht darf auch nicht sich darauf beschränken, dem Parteivorbringen nachzugehen, sondern muß prüfen, ob nicht noch andere Erkenntnismittel vorhanden sind. RG. XXI S. 177. Hierüber unentschieden RG. VI S. 374.]

⁸ RG. XXI S. 175 fg.]

* G. Fr. Puchta das Gewohnheitsr. 2 Theile (1828. 1837). Savigny System I § 8 fg. 18. 25. 27 (1840). G. Beseler Volksw. und Juristerr. (1843). Recension dieser Schrift von G. Fr. Puchta in den Jahrb. für wissenschaftl. Kritik 1844 Nr. 1—4, auch besonders abgedruckt Berlin 1844. Entgegnung Beseler's, Leipzig 1844. Brindmann das Gewohnheitsr. im gemeinen Civilr. und Civilproceß und die Handelszünften 1. (einziger) Bd. (1847). Fr. Adices zur Lehre von den Quellen (1872). Dazu Brinz fr. VJZ. XV S. 162 fg. und Dahn JZ. f. deutsche Gesetzg. VI S. 553 fg. Sturm H. und Quellen S. 1 fg. 153 fg. (1883). Bittmann ACPr. LXVI S. 324 fg. (1883). Rümelin Jahrb. f. Dogm. XXVII S. 153 fg. (1888). Sintenis I § 3, Wächter I § 22, ders. Württ. Privatr. II § 9. 10, Unger I § 5. 6 (dazu Dörzsch Haimel's österr. VJZ. VII S. 68 fg.). Beseler § 29—36, Stobbe I § 21—23, Roth I § 44. Goldschmidt Handbuch des Handelsr. I § 35, Roth Bayerisches Civilr. I § 9, Böhlau Mecklenburg. Landr. I § 43. 52—55, Pfaff u. Hofmann Commentar zum österr. bürgerl. Gesetzbuch I S.

ohne vom Staate gesetzt worden zu sein, thatsächlich geübt wird. In der Uebung tritt hervor die Ueberzeugung der Uebenden, daß das, was sie üben, Recht sei, und in dieser Ueberzeugung liegt der Grund der verbindenden Kraft des Gewohnheitsrechts¹. Denn die

230 fg. [Dernburg I §§ 26—29. Hölder § 6. Regelsberger I § 19—23. § 25. Gierke I §§ 20. 21. Schuppe, das Gewohnheitsr. (1890). Affolter Grünh. ZS. XVIII S. 728 fg. (1891). Bergbohm, Jurisprudenz u. Philosophie I (1892) I S. 602 fg. Frenzel, R. u. Räte 1892 S. 11 fg. Eich, Gewohnheitsr. u. Gewohnheitsrtheorien. Erl. Diss. (1896).]

§ 15. [*] Nur Räte, nicht subjektive R. können als Gewohnheitsr. entstehen. RG. XXXIII Nr. 41.]

¹ Dieß ist die herrschende Ansicht über den Grund der verbindenden Kraft des Gewohnheitsr. (correct ausgedrückt: des als Räte dauernd geübten Satzes); sie ist begründet worden durch Savigny, ihrer Ausführung ist das citirte Werk von Buchta gewidmet. Eine eingehende Darstellung des gegenwärtigen Standes dieser Ansicht mit ihren verschiedenen Färbungen und Schwankungen (Rönn oder Rgefühl; Rwiße; Ueberzeugung, daß der geübte Satz gerecht, oder R. in und an sich selbst sei) gibt Zitelmann S. 374 fg. (364 fg.). [(Schuppe, das Gewohnheitsr. Verteidigung der herrschenden Meinung. Ursprüngliches R.: der auf Ueberzeugung beruhende Volkswille (darüber S. 94 fg.) hat zum Inhalt ein Sollen gewissen Inhalts. Gesezr.: der Volkswille will den Staat und dessen Gebote. Gewohnheitsr.: Reaction des primären Volkswillens gegen den secundären (Staats-) Willen. (Hierüber S. 99 fg. 127 fg. 132 fg.) Recapitulation: S. 127. 150. — Ueber diese Schrift Hölder gött. gelehrte Anz. 1890. S. 353 fg. (für die herrschende Ansicht).] [Vgl. auch Hölder § 6. — Gegen die Savigny-Buchta'sche Lehre Bergbohm a. a. D. Stammler, Wirtsch. u. R. S. 606 fg.] Früher, ehe durch die historische Schule eine tiefere Auffassung der Entstehung des R. zur Herrschaft gelangt war, suchte man für die Geltung des Gewohnheitsr. einen äußeren Anhalt, und fand denselben vorzugsweise (auch der Begriff der Autonomie [§ 19] wurde herbeigezogen, vgl. Weseler § 29³) in der stillschweigenden Genehmigung des Gesezgebers. Diese Ansicht, am eingehendsten bekämpft von Buchta, ist auch gegenwärtig noch nicht beseitigt; für dieselbe haben sich seit Savigny wieder ausgesprochen namentlich: Laurenbrecher deutsches Privat. I § 19, Rierulff S. 13, Reinh. Schmid Richter's Jahrb. 1844 S. 395 fg., E. Meier die Ausbildung in Staat und Kirche (1861, f. über und gegen diese Schrift Regelsberger fr. ZS. IV S. 321 fg.), und neuestens Bruns in v. Holtendorff's Encyclopädie I § 7. Ebenso Vinberg Handbuch des Strafr. I S. 202. 209 fg. (1885), Mümelin a. a. D. (1888). [Seibel, bayr. Staatsr. II S. 310 und die Münch. Diss. von v. Hagens Staat, R., Völkerr. (1890) S. 18. und von Herzfelder Gewalt u. R. (1890) S. 149 fg. 146 fg.] Es steht aber dieser Ansicht jedenfalls für Staaten, in welchen die Ausübung der Gesezgebungsgewalt verfassungsmäßig an bestimmte Voraussetzungen gebunden ist, das bisher nicht widerlegte Argument entgegen, daß durch eine solche Verfassungsbestimmung die widerlegende Aeußerung des gesezgeberischen Willens als unzulässig ausgeschlossen ist. S. auch Zitelmann S. 361 fg. [Gegen die Theorie der stillschweigenden Genehmigung des Gesezgebers auch Gierke I § 20 S. 162 fg. Regelsberger I § 17⁷. — Haenel Staatsr. I S. 171: Zufolge der souveränen Stellung des Staates entscheidet das öffentliche R. darüber, unter welchen Voraussetzungen dem Proceß der Anpassung im Gewohnheitsr. (vgl. S. 250 fg.)

letzte Quelle alles positiven Rechts ist die Vernunft der Völker; wie für den Einzelnen, so ist für die Völker in letzter Instanz ihre Vernunft das Maß der Dinge^{1a}. Die Rechtsvernunft der Völker kann aber in doppelter Weise Recht begründen, mittelbar und unmittelbar. Mittelbar begründet sie Recht durch Vermittelung der Gesetzgebung^{1b}. Unmittelbar begründet sie Recht eben auf dem Wege der Uebung².

die Kraft gemeinverbindlicher Anormirung zugeschrieben wird.] — Zitelmann verwirft nicht bloß die Gestaltungs-, sondern auch die Ueberzeugungstheorie (eine beachtenswerthe Kritik derselben S. 412 fg.; übereinstimmend Rümelin a. a. O. S. 196 fg.). So bleibt ihm nichts übrig, als auf die Angabe eines Grundes für die Geltung des Gewohnheitsr. zu verzichten: es gilt eben, weil es geübt wird. Zitelmann stellt nur neben das Geübtsein die Wahrscheinlichkeit des künftigen Geübterdens, und bestimmt den Begriff der Geltung in eigenthümlicher Weise („Geltung eines Satzes ist nichts an sich“; Geltung ist die in dem „correct denkenden Menschen“ erzeugte Vorstellung der Geltung; diese Vorstellung erzeugt sich aber aus dem beobachteten längeren thatsächlichen Herrschen des Satzes, und aus der Erwartung seines künftigen thatsächlichen Herrschens), dawider Rümelin a. a. O. S. 167 fg. 251. [[Schuppe S. 9 fg. 164 fg.]] Auf Angabe eines Grundes für die verbindliche Kraft des Gewohnheitsr. verzichtet auch Dernburg I S. 59. — [Man kann wohl Dernburg nicht vorwerfen, daß er auf Angabe eines Grundes für die Geltung des Gewohnheitsr. verzichtet; er ist nur der Ansicht, daß es keinen Rechtsgrund dafür gibt. S. auch Franken, vom Juristerr. S. 1. aus der Festgabe der jur. Fac. Jena z. Doctorjubil. von Gneist (1889) S. 3 fg. Gierke I § 20, III.] — Die Quellen führen die verbindliche Kraft des Gewohnheitsr. zurück auf den tacitus consensus, die tacita conventio civium oder populi, § 9. 11. I. 1, 2, 1. 32 § 1. 1. 35 D. 1, 3, vgl. Ulp. § 4. (Anderer Stellen, in welchen die verbindende Kraft des Gewohnheitsr. im Allgemeinen anerkannt wird, sind: 1. 32—34. 36—39 D. 1, 3, 1. 1—3 C. 8, 52 [53].) [Vgl. unt. ⁵.]

^{1a} Das ist deswegen nicht weniger wahr, weil die Vernunft, wie der Einzelnen, so der Völker im gegebenen Fall eine schlechte Vernunft sein kann.

^{1b} Vgl. hierzu Puchta a. a. O. I S. 142—143. 161 unt. 182, Stahl Rphilosophie II. 1 S. 237. 238; andererseits Bierling zur Kritik der juristischen Grundbegriffe 1. Th. (1877), 2. Th. (1883) S. 351 fg. [Vgl. unt. ⁵.]

² Sie begründet R. auf dem Wege der Uebung. Die nicht geübte Rüberzeugung ist nicht R. [RG. XX S. 305.] Nach der Ansicht Savigny's und Puchta's, für welche sich neuerdings wieder Stobbe I § 22, Böhlau a. a. O. S. 271. 325, Adickes a. a. O. S. 42 fg. 59. 60, Dahm a. a. O. S. 567, Thöl Handlstr. I § 11. 12^a erklärt haben, soll die Uebung (Gewohnheit) nur Erkenntnißmittel des, also auch vor ihr schon vorhandenen, R. sein. Aber mit Recht ist von Anderen (s. namentlich Stahl Rphilosophie II. 1 S. 238. 239, Wächter I S. 108. Württ. Privatr. II S. 33^a, Sintenis a. a. O. Ann. 9, Unger a. a. O. S. 37. 38, vgl. auch Problowski Röm. Privatr. I S. 31 fg.) dieser „spiritualistischen“ Auffassung gegenüber die Bedeutung der Uebung als wesentlicher Entstehungsform des R. betont worden. Nicht nur daß die nicht geübte Rüberzeugung als ein rein Innerliches nicht in Betracht kommen kann, sondern es ist auch die nicht in der Uebung zum Ausdruck gelangte Rüberzeugung ihrer Qualität nach zur Begründung von R. nicht ausreichend.

Und zwar ist diese letztere Art der Begründung ursprünglich bei jedem Volke die praktisch wichtigere; eine ergiebigerer Gesetzgebung gehört erst einer späteren Bildungsstufe der Völker an. In gleichem Maße, wie dann die Gesetzgebung sich entwickelt, tritt das Gewohnheitsrecht in den Hintergrund; die Bildung einer das gesammte Volk umfassenden Rechtsüberzeugung wird bei der größeren Entwicklung der Verhältnisse, bei dem Wachsen der die Einzelnen trennenden Unterschiede, immer schwieriger; das Gewohnheitsrecht zieht sich hauptsächlich in

Nicht die bloß theoretische Asüberzeugung schafft R., sondern nur diejenige, deren Energie groß genug ist, um bestimmend auf die Gestaltung der Verhältnisse einzuwirken. (Die Kraft dieses Arguments wird von Zitelmann S. 413 unterschätzt.) — Möglicherweise kann die Bedeutung der Uebung eine noch größere sein. Sie kann möglicherweise die rliche Ueberzeugung erst begründen (s. in dieser Beziehung namentlich Weseler Volkstr. und Juristerr. S. 76—79, deutsch Privatr. § 33—35; noch weiter geht Hierulff § 2 zu Anf.). In untergeordnetem Maße, für Detailbestimmungen und Bestimmungen von relativer Gleichgültigkeit, wird dieß auch von Savigny (I S. 35—37) zugegeben (anders Buchta a. a. O. II S. 5 fg.); in der Natur der Sache liegt aber nichts, was nöthigte, bei dieser Beschränkung stehen zu bleiben (vgl. auch Sintenis I § 3^{9.10.} [Zhering Besitzwille S. 40]). Denn der Macht der Thatfache, welche sich eine längere Zeit hindurch zu behaupten im Stande gewesen ist, vermag sich kein menschliches Gemüth zu entziehen; was lange Zeit gewesen ist, erscheint uns bloß deswegen, weil es gewesen ist, als R. Die Frage kann daher nur die sein, ob eine Uebung ohne vorhergehende Ueberzeugung von ihrer rechtlichen Nothwendigkeit auch in Betreff anderer als der von Savigny bezeichneten Sätze sich überhaupt bilden könne. Diese Frage ist für die regelmäßigen Fälle gewiß zu verneinen; aber sie unbedingt zu verneinen, fehlt es an allem Anhalt (vgl. § 16^{3.}). Vgl. Adickes a. a. O. S. 30 fg. [Hölber § 6 S. 29: Die von den Einzelwillen in ihrem gegenseitigen Verkehr thatsächlich beobachteten Grundsätze werden zu Grundgesetzen dadurch, daß die Allgemeinheit und Constanz ihrer Beobachtung sie zu solchen macht, auf deren fernere Beobachtung seitens der anderen jeder Kenosse rechnet. — Regelsberger I § 20: Ein Gewohnheitsrsatz entsteht, indem in bestimmten Lebensverhältnissen eine Norm so lange Zeit gleichförmig in der Ueberzeugung ihrer Nützigkeit angewendet wird, daß diese Ueberzeugung zur herrschenden wird. — Gierke I § 20 S. 170 fg.: Die Asüberzeugung wird erklärt durch unmittelbare Anwendung des im Gemeinbewußtsein als Norm empfundenen Sages auf die Lebensverhältnisse. Das Gewohnheitsr. erlangt also seine Kraft durch eine Uebung, kraft deren es längere Zeit hindurch in gleichförmiger Wiederholung als äußere Richtschnur des Handelns beobachtet wird. — Laband Staatsr. I § 54 S. 488 fg.: Die Geltung der Gewohnheitsrätze beruht auf dem Bewußtsein von der Verbindlichkeit einer bestehenden Uebung. — Dernburg I § 26⁵ polemisiert gegen das Erforderniß der Asüberzeugung, sofern es als ein selbständiges Erforderniß des Gewohnheitsr. hingestellt werde, er verlangt nur eine langjährige Rechtsgewohnheit (§ 27), das bloß aus Rücksichten der Sitte, des Anstandes lange Zeit Geübte sei nicht Gewohnheitsr. (§ 27, 3); da stellt sich aber doch die vertriebene Asüberzeugung wieder ein, die freilich nichts neben der Gewohnheit Strebendes sondern eine Qualifikation derselben ist. Vgl. unt. ^{5.}]

kleinere Kreise des Volkes, geographische oder Berufskreise, zurück³, oder nimmt die vermittelte Gestalt des Juristenrechts an, wovon so gleich näher. So ist für die heutige Zeit die Gesetzgebung die bei weitem bedeutendste Rechtsquelle; das Gewohnheitsrecht nimmt dem Gesetzesrechte gegenüber nur einen untergeordneten Raum ein^{4 5}.

³ Im ersten Fall liegt ein particuläres Gewohnheitsr. vor, während in dem zweiten Fall das Gewohnheitsr. deswegen nicht weniger ein gemeines ist, weil es nicht für alle Glieder des Volkes gilt. — Eine besondere Abhandlung über das particuläre Gewohnheitsr. ist die von Guyet *ŒPra.* XXXV S. 12 fg. (1852). Ueber die Handelsüfance s. Goldschmidt *Handbuch des Handelsr.* I § 35. 36, 2. Aband 3 S. f. *ŒR.* XVII S. 466 fg. [Hagen, die Üfance und Treu und Glauben im Verkehr (1894).]

⁴ S. auch § 18⁴. — Kommt dem Gewohnheitsr. auch nur eine untergeordnete Dignität dem Gesetzesr. gegenüber zu? Nach der Ansicht von Savigny und Puchta gebührt umgekehrt dem Gewohnheitsr. der erste Rang. Böhlau a. a. O. lehrt jetzt („vielleicht etwas paradox“, wie er selbst hinzufügt), daß nur das Gewohnheitsr. R. sei, das Gesetz sei bloß Staatswille. Andererseits macht sich in der neueren Zeit eine Reaction gegen die „Abgöttereie mit dem Gewohnheitsr.“ geltend. Bruns in v. Holtendorff's *Encyclopädie* I § 7. S. ferner Thering *Geist des r. R.* II § 25 und vgl. auch denselben in seiner Schrift: *Der Kampf um's Recht* (Wien 1872; 12. Aufl. 1895) S. 12 fg., ferner Pfaff und Hofmann a. a. O. S. 127⁶. In der That wird man nicht übersehen dürfen, daß das Gewohnheitsr. nur der Ausdruck der Totalexistenz der Lebenden in ihrer zufälligen historischen Bestimmtheit ist, während das Gesetz auf bewußter Abwägung der Gründe und bewußter Erfassung der zu erreichenden Ziele beruht. [Vgl. ⁵.]

[⁶ Die in diesem § behandelten Fragen sind wesentlich geklärt durch das hervorragende Werk von Stammler, *Wirtschaft und R.* nach der materialistischen Geschichtsauffassung (1896), die aber der Verf. nicht vertritt (S. 440 fg.). St.'s hierher gehörige Hauptsätze (es kommt namentlich das fünfte Buch; das R. des Roms S. 486 fg. in Frage) sind: R. ist die ihrem Sinne nach unverletzbar geltende Zwangsregelung menschlichen Zusammenlebens. (S. 498 vgl. S. 492 fg.) Zwangsregelung bedeutet nicht thatsächliche Erzwingbarkeit, sondern nur, daß das R. den Anspruch erhebt, zu gelten ohne des einzelnen Unterworfenen Zustimmung; hierdurch unterscheidet es sich von der bloßen Conventionalregel (vgl. S. 125 fg.). Von dem Willkürbefehl unterscheidet es sich dadurch, daß, anders als bei jenem, bei Aufstellung der Regel der Gebietende an sie auch seinerseits gebunden sein will, ebenso lange als die Unterworfenen gebunden sind; das R. will unverletzbar gelten in dem Sinne, daß es erst durch anderes R. beseitigt werden muß, wenn sein Gebot nicht geachtet werden soll (S. 497 fg.). Die Unverletzbarkeit des R. ist sonach nur relativ, Unverletzbarkeit während seiner Geltung, eine objective Sicherheit gegen Abänderung hat aber das R. seinem Begriffe nach nicht (S. 499 fg.). Neues R. kann sich auf die für seine Entstehung vorgesehenen Normen einer geltenden Ordnung gründen; daß dies aber nicht der Fall sein muß, ergibt sich daraus, daß das in der Rückverfolgung letzte R. sich auf vor ihm stehendes nicht mehr gründen kann (S. 492 fg.). Es ist von jener derivativen zu unterscheiden die originäre Entstehung (S. 502 fg.). Woher das historisch älteste R. kam' wissen wir nicht (S. 305 fg.). Es kann sich aber auf vielfältige Weise ohne Rücksicht auf das bereits bestehende R. neues R. bilden. Dabin gehört einmal jedes

Eingreifen einer Regel setzenden Macht, die nicht auf bestehendes R. sich gründet (Empörung, Eroberung, Staatsstreich, Revolution und Verwandtes), aber auch Verträge, die auf der bisherigen R. Ordnung nicht beruhen, wie die, welche das deutsche Reich begründeten und neue Regenten über den bisherigen schufen, völkerliche Vertragsschlüsse, mindestens diejenigen, welche den Anfang des neuzeitlichen Völkerr. ausmachten, ebenso die Bildung von Gewohnheitsr. trotz ihrer Unterjagung durch die bestehende R. Ordnung (§. 494 fg.). Es sind bei solcher originären R. Entstehung zwei Möglichkeiten zu unterscheiden: Einigung unter den Regenden und nun zugleich rlich Gebundenen, oder einseitige Setzung durch einen Machthaber gegen den Willen des Untervorworfenen (§. 508). Ein Machthaber muß der Setzende sein, Promulgation eines Gesetzbuchs durch einen Privatmann schafft kein R. (§. 509). Wenn darum in Revolution oder Bürgerkrieg, bei einem rebellirenden Gegenkaiser, die aufständische und rbrechende Partei noch nicht gesiegt hat, ist auch das alte R. noch nicht beseitigt, möglicher Weise aber sind in einzelnen Landestheilen von ihr schon Gebote, die die Kriterien der Regel erfüllen, durchgeführt, und dann ist dort das alte R. abgeschafft (§. 509), aber auch nur durch neues R. kann das alte beseitigt werden. Falls ein R. alle thatfächliche Macht und Gewalt verlieren würde, ohne daß neues R. an seine Stelle getreten wäre, wenn bloß Zügellosigkeit und Anarchie herrschen würde, so wäre an sich die Geltung des bisherigen R. unbezweifelbar; denn es ist nicht durch neues R. abgeschafft worden, und daß es nun an der thatfächlichen Durchführungsmöglichkeit fehlt, macht selbstredend nicht mehr aus als im Civilr. beim frustra excussus der Fall ist, (§. 509 fg.) d. h. gar nichts (§. 131 fg.).

M. E. ist der von St. gegebenen Definition des R. vollständig beizutreten, insofern es sich darum handelt, was der Sinn des R. ist; in die Definition des R. aber gehört m. E. auch die Angabe der Kriterien, welche ein geltendes R., das allein R. ist und womit allein die Wissenschaft sich befaßt, von Aussprüchen inhaltlich ganz gleicher Art unterscheiden, die nicht gelten. Diese Kriterien enthält St.'s Definition nicht. Es ist mit ihm anzunehmen, daß es für den Begriff des R. gleichgültig ist, die Qualität eines R. apes als eines geltenden nicht ausschließt, wenn im einzelnen und besonderen Falle (§. 131 fg.) die Macht des R. zu seiner Durchführung nicht ausreicht. Es ist richtig, daß das R. seinem Sinne nach von der Zustimmung des einzelnen R. unterthanen unabhängig sein will, und seiner Geltung nach von der Zustimmung des einzelnen auch unabhängig ist. Aber wenn das R. nicht von einem Privatmann, sondern nur von einem Machthaber, im Falle der Revolution oder des Bürgerkrieges nur von einer siegenden Partei geschaffen werden kann, und nur da das alte R. beseitigt, wo es von der mächtigeren Partei durchgeführt ist, so ist damit doch gesagt, daß (um ganz vorsichtig zu sein) nur dasjenige R. ist, welches ein gewisses Maß thatfächlicher Macht hinter sich hat. Welches das ist, muß der begrifflichen Aufklärung zugänglich sein; diese Aufklärung hat aber St. noch nicht gegeben. Was ist ein Machthaber? Was ist die siegende Partei? Einen Machthaber kann man nur den nennen, der für seine Befehle im allgemeinen Gehorsam findet und nur ausnahmsweise nicht; die siegende Partei ist diejenige, welche die ihr entgegenstehende im allgemeinen unterworfen hat, dergestalt, daß einzelne Ausnehmungen der besiegten Partei den allgemeinen Zustand des Uebergewichts nicht mehr stören. R. ist nur diejenige ihrem Sinne nach unverleßlich geltenwollende Regel des Zusammenlebens, welche im allgemeinen Gehorsam findet und nur ausnahmsweise nicht. Auf der in diesem Sinne allgemeinen Anerkennung, zu unterscheiden von der Anerkennung aller und der Anerkennung des einzelnen beruht m. E. alles R. Wenn es bedenklich erscheint, hier mit den Begriffen von

B. Erfordernisse der Entstehung des Gewohnheitsrechts.

§ 16.

Was zur Entstehung eines Gewohnheitsrechts erforderlich ist,

Regel und Ausnahme zu operiren, weil damit etwas zu Unbestimmtes gesagt werde und unter Umständen zweifelhaft werde, ob ein R. überhaupt gelte oder nicht, so ist darauf zu erwidern, daß dies den Thatfachen nur entspricht. Die Ansicht St.'s, daß ein R., welches alle thatfächliche Macht verlieren würde, dennoch fortfahren würde, zu gelten, wenn nicht ein anderes Recht an seine Stelle gesetzt wird, vermag ich nicht zu theilen. Sieht man genau zu, so wird diese Ansicht nur darauf gestützt, daß das alte R. nur durch neues abgeschafft werden könne. Nach St.'s eigener Ausführung liegt aber nichts weiter vor, als daß das alte R. nicht anders als durch neues abgeschafft werden will. Woher aber kommt ihm die Macht, daß es nur durch solches abgeschafft werden kann? Hierfür findet sich bei St. kein Beweis; und ein solcher ist auch nicht zu führen. Es besteht bei der originärenzeugung gar kein Zusammenhang zwischen dem alten und dem neuen R.; das Wesen der Revolution ist, daß man nach dem was das alte R. will, nicht mehr fragt, also auch nicht danach was es in Bezug auf seine Abschaffung will; es kann durch einen Zustand allgemeiner Jügellosigkeit und Anarchie ebenso wohl gestürzt werden wie durch revolutionäre Schöpfung; das wesentliche Element des Vorgangs ist, soviel die Abschaffung des alten R. angeht, in beiden Fällen das gleiche: die allgemeine (freiwillige oder erzwungene) Abwendung von dem alten R. Nur mit diesen Maßgaben können wir der Lehre St.'s beitreten. Ueber die Lehre vom Gewohnheitsr. führt sie zu folgenden Ansichten. An Stelle der Lehre, daß das Gewohnheitsr. unmittelbare, die Gesetzgebung mittelbare Schöpfung ist, ist der Satz zu behaupten, daß beide derivative sowohl wie originäre Schöpfung sein können. Im gewöhnlichen Verlauf der Dinge geht die Gesetzgebung von den durch das geltende Staatsr. dazu legitimirten aus und in der durch dieses R. bestimmten Weise vor sich. Es können aber auch Gesetze von einer in dem bisherigen R. nicht begründeten usurpirten Gewalt, oder von einer darin begründeten Gewalt unter Ueberschreitung der ihr gezogenen Grenzen erlassen werden und werden wahres R., wenn die hinter ihnen stehende thatfächliche Macht ihnen allgemeine Anerkennung (in dem obigen Sinne) verschafft. Gleicher Art ist die Stellung des Gewohnheitsr. Die Frage, ob es von der Anerkennung des Gesetzgebers abhängt, löst sich dahin: Es kann derivativ und kann originär entstehendes Gewohnheitsr. geben. Es ist möglich, daß das geltende R. die Hgewohnheit als Quelle neuer Sätze anerkennt. In diesem Falle entsteht das Gewohnheitsr. ebenso derivativ wie das Gesetz; es entnimmt seine Legitimation bestehenden Sätzen. Daß dies aber etwas ganz anderes ist, als die Theorie von der stillschweigenden Genehmigung des Gesetzgebers, bedarf keiner Ausführung. Das Gewohnheitsr. kann aber auch entstehen ohne Existenz eines Satzes, welcher das Gewohnheitsr. legitimirt, ja selbst trotz einem es verbietenden Satze. Es entsteht dann originär, und zwar in letzterem Falle geradezu durch Abbruch, aber dennoch entsteht es. Es ist vollendet, sobald einer „ihrem Sinne nach unverletzbar geltenden Regel“ menschlichen Zusammenlebens durch die Ausübung dieser Regel im Leben allgemeine (im obigen Sinne) Anerkennung verschafft ist. Dies kann möglicher Weise so schnell gehen, daß man von Gewohnheit kaum sprechen kann, es kann aber auch in langsamer Gewöhnung geschehen; es kann streitlos und kann unter Streit geschehen, und letzteren Falls ist der Satz fertig, wenn die Partei, die ihn will, den Sieg über abweichende Auffassungen davongetragen hat.]

ergibt sich aus dem Vorhergehenden^a. Es muß eine Übung vorliegen, in welcher der Ausdruck einer gemeinsamen Rechtsüberzeugung des Volkes, oder des kleineren Kreises des Volkes, für welchen das Gewohnheitsrecht behauptet wird, gefunden werden kann. Dazu gehört im Einzelnen Folgendes. 1) Die Übung muß nicht aus anderen Motiven hervorgegangen sein, als eben aus der Ueberzeugung ihrer rechtlichen Nothwendigkeit^b. 2) Sie muß nicht eine bloß vereinzelt gewesene Übung sein, worin schon von selbst das weitere Erforderniß einer gewissen Dauer derselben liegt^c. 3) Sie muß eine gleichförmige

§ 16. [^a In diesem § (vgl. auch § 18) kommen die römischen und canonischen Beschränkungen des Gewohnheitsr. zur Sprache. Daß sich, wenn man diese Beschränkungen als Inhalt des geltenden R. ansieht, dennoch über sie hinweg Gewohnheitsr. würde bilden können, wäre nach dem § 15^b (Gesagten) anzuerkennen. Es ist aber zu betonen, daß es der Sinn des geltenden R. gar nicht ist, durch die römisch-canonischen Sätze dem deutschen Gewohnheitsr. Schranken zu ziehen. Denn das gemeine deutsche Gewohnheitsr. ist Träger der recipirten fremden R., kann also nicht von ihnen seine Existenzbedingungen entnehmen; ebensowenig kann dies das particuläre Gewohnheitsr., denn die fremden R. sind als subsidiäre R. recipirt. Das Particularr. geht ihnen vor; damit ist nicht vereinbar, daß die Frage, ob ein Particularr. existirt, von jenen R. abhängt, denn dann wären sie in der allerwichtigsten Frage absolut gem. R. Vgl. auch Wächter I § 22 S. 110. In dieser ganzen Lehre haben also römisch-canonische Quellenstellen für uns nicht die Bedeutung verbindlicher Kläße und man braucht nicht erst von einzelnen dieser Sätze zu deduciren, daß sie durch die Praxis abgeschafft seien (¹), und Streitigkeiten um ihre Interpretation (^{2, 4, 5}) berühren unser R. nicht.]

[[^b Cf. XLVII. 89 (R.G.).]] [Namentlich darf sie auch nicht ein, wenn auch constanter Mißbrauch sein, welchen die eine Partei bei gewissen Geschäften heimlich vor der andern übt. Cf. XLVI. 116. Gierke I § 20²⁴. Unterschied der Ngewohnheit vom Geschäftsgebrauch: Hegelsberger I § 22, II.]

¹ Eine wie große Anzahl von Übungsacten, und welche Dauer der Übung erforderlich ist, darüber kann eine durchgreifende Regel nicht aufgestellt werden. In den Quellen wird im Allgemeinen *longa, inveterata, diuturna, antiquitas probata et servata tenaciter consuetudo, longaevis usus* verlangt (l. 32 § 1. l. 33. 35 D. 1, 3, l. 2. 3 C. 8, 52 [53]). Die Glossatoren wollten eine nähere Bestimmung aus der Lehre von der Verjährung entnehmen, und diese Ansicht hat in c. 11 X. 1, 4, c. 3 in VI^o 1, 4, c. 9 in VI^o 1, 16, c. 50 X. 1, 6. für derogirende Gewohnheiten einen gesetzlichen Ausdruck gefunden; es heißt, die *consuetudo* müsse *praescripta, legitime* oder *canonice praescripta* sein. Die heutige Unanwendbarkeit dieser Bestimmung darf nicht, wie von Einigen geschieht, darauf gestützt werden, daß die Bestimmung nicht privatrechtlicher Natur ist; denn der Satz, daß nur die privatrechtlichen Bestimmungen der fremden R. recipirt seien, ist unhaltbar (§ 2^a a. E.). Aber man geht nicht zu weit, wenn man jene Bestimmungen des canonischen R. als durch die Praxis beseitigt ansieht. [So auch Gierke I § 20²⁰.] Vgl. Buchta a. a. D. II S. 101; Cf. III. 255. 256. 291. 292. XIX. 211. XLVII. 90 (R.G.). Ueber die verschiedenen Ansichten s. Buchta a. a. D. II S. 97 fg., Micrullf S. 11, Savigny I S. 154. [Hegelsberger I § 20 S

gewesen sein, d. h. die Acte der Uebung müssen nicht durch Acte der Nichtübung, oder Acte einer entgegengesetzten Uebung aufgewogen werden². 4) Die der Uebung zu Grunde liegende Ueberzeugung muß die wahre Ueberzeugung der Lebenden gewesen sein, d. h. sie darf nicht auf Irrthum beruht haben³. Wenn aber gewöhnlich 5) auch

95: der Satz bezieht sich nur auf Gewohnheiten gegenüber Men der Kirche.] — Uebrigens ist es in der Natur der Sache begründet, daß eine um so längere Dauer der Uebung erfordert werden muß, je mehr in einem gegebenen Falle anzunehmen ist, daß erst aus der Uebung eine ritliche Ueberzeugung hervorgegangen sei. S. ³ und Beseler § 33 g. E.

² *Consuetudo tenaciter servata, iugiter observata*, l. 3 C. 8, 52 [53], l. 3 pr. C. 12, 29 [30]. Vgl. l. 34 D. 50, 17: — „quid ergo si neque regionis mos appareat quia varius fuit?“ Puchta a. a. D. II S. 89 fg. [„Es genügt, daß die Waagschale der Anwendungsfälle erheblich tiefer steht, als die andere.“ (Regelsberger I § 20, I, 2)].

³ Was aber Irrthum sei und was nicht, darf nicht mit dem Maße unserer Erkenntniß, die wir uns einem behaupteten Gewohnheitsr. gegenüber prüfend verhalten, sondern muß mit dem Maße der Erkenntniß der Lebenden selbst gemessen werden; es muß offenbar sein, daß, wenn die Lebenden auf das, was uns als Irrthum erscheint, aufmerksam gemacht worden wären, auch sie es als Irrthum erkannt haben würden. Ferner ist zu bemerken, daß eine irrige Ueberzeugung selbst dieser letzteren Art sich im Laufe der Zeit in eine wahre Ueberzeugung verwandeln kann, indem sie sich von dem Grunde des Irrthums, auf welchem sie beruht, löst; ja es wird der naturgemäße Proceß sein, daß die späteren Generationen den Satz nicht mehr aus dem irrigen Grunde üben, aus welchem seine Uebung ursprünglich begonnen hat, sondern daß dieser Grund in Vergessenheit geräth, und sie den Satz üben als hergebrachten, und beschwigen, weil er hergebracht ist, sie überzeugt sind, daß sein Inhalt R. sei. Jedoch bedarf es für diese Entwicklung naturgemäß einer längeren Zeit; nicht sogleich bei den Ersten, welche eine auf Irrthum beruhende Aüübung ohne Bewußtsein ihres irrigen Grundes wiederholen, wird eine Ueberzeugung von ihrer Amäßigkeit angenommen werden dürfen; dazu ist erforderlich, daß den Lebenden nicht bloß die Thatsache der Uebung, sondern auch eine gewisse Dauer dieser Thatsache gegenüberstehe. Jedenfalls nur in diesem Sinne ist wahr der Ausspruch der l. 39 D. 1, 3: „Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est. in aliis similibus non obtinet“, von welcher Stelle es übrigens außerordentlich zweifelhaft ist, ob sie wirklich irrthümliche Uebungen für kraftlos erklären will („non ratione“, „in aliis similibus“). Die verschiedenen Ansichten der Schriftsteller sind mit Sorgfalt zusammengestellt von Zitelmann S. 349 (hinzuzufügen jetzt Wendt Jahrb. f. Dogm. XXII S. 324 fg.). [Dernburg I § 27⁴ und Regelsberger I § 20⁷: die Stelle wendet sich nur gegen analoge Anwendung.] — Ist das Gesagte richtig, so vermag diejenige Uebung R. nicht zu begründen, welche ihren Grund in der irrigen Annahme hat, daß der geübte Satz durch eine Quelle (Gesetz oder Gewohnheit) vorgeschrieben sei. So Sf. I. 309, XII. 91, [XLVII. 120.] und RÖ. I S. 313 u. 324, II S. 182, III S. 210, [IV S. 128, VI S. 226. 371, VII S. 155.] 235, XII S. 292, [XXVI S. 193 fg. 323 fg., XXXI S. 271 fg. Das Reichsgericht verlangt zur Anerkennung eines Gewohnheitsr. eine von der Auffassung des geschriebenen R.

das noch verlangt wird⁴, daß der Inhalt der Uebung kein unvernünftiger sei, so kann dieser Satz nur mit der doppelten Maßgabe anerkannt werden, daß er einmal nur auf particuläre Gewohnheiten bezogen, und sodann, daß unter Unvernünftigkeit nicht Unzweckmäßigkeit, sondern Widerstreit mit den Grundlagen der staatlichen und sittlichen Ordnung verstanden werde⁵. —

unabhängige Ueberzeugung, die entweder von vorn herein vorhanden ist, oder sich in der Uebung selbst bildet. Insbesondere erkennt das Reichsgericht einem particulären Gerichtsgebrauch gewohnheitsbildende Kraft nicht zu, wenn derselbe nur auf irriger Auffassung des gemeinen R. beruht, sondern verlangt, daß er eine bewusste Besonderheit des Territoriums bildet, in dem er besteht. (Vgl. Cf. XLII. 122. XLIII. 26. XLVI. 104.); f. andererseits III S. 174, [wo die gewohnheitsbildende Kraft einer feststehenden Interpretation anerkannt ist, mit der Begründung, daß dem fraglichen Satz nicht nur das Gefühl entchieden zur Seite steht, sondern daß er insbesondere auch dem Verkehr die Sicherheit gegeben habe, man könne sich auf seine fernere Anwendung verlassen (S. 178).] A. M. Zitelmann a. a. O. (für welchen die Frage nach dem Einfluß des Irrthums auf die Bildung eines Gewohnheitsr. den Ausgangspunkt seines Angriffs auf die herrschende Meinung bildet), obgleich doch auch von der Auffassung Zitelmann's aus gefragt werden muß, ob der „correct denkende Mensch“ die künftige Anwendung des bisher geübten Satzes noch für wahrscheinlich halten wird, wenn er den irrthümlichen Grund seiner Uebung erkannt hat? Kümelin a. a. O. S. 220 fg. Schuppe, Gewohnheitsr. S. 113: [Irrthum principieell gleichgiltig. Dernburg I § 27, 3: Aus der irrthümlichen Auslegung kann ein Gewohnheitsr. erwachsen, indem das lange Zeit Geübte eben um deswillen selbständige Autorität gewinnt. So auch Hölder § 6 S. 32 fg. — Regelsberger I § 20, III unterscheidet: bei irriger Auslegung beugt man sich entweder dem vermeintlichen Willen des Gesetzgebers, obwohl man das Unzuträgliche des Ergebnisses empfindet, oder es besteht eine mit der Auslegung übereinstimmende Anschauung, deren Inhalt in das Gesetz hineingelesen wird; im zweiten, nicht im ersten Falle entsteht Gewohnheitsr. Vierke I § 20 S. 167 fg. hält den Irrthum überhaupt für gleichgiltig. Mit Recht. Wo ist diejenige Ansicht die von sich behaupten könnte, die absolut richtige zu sein und eine frühere endgiltig als unrichtig dargethan zu haben? Wenn Jemand einen Irrthum als die Grundlage aufgedeckt zu haben behauptet, auf der eine bisherige Gewohnheit ruht, so ist das zunächst nur eine Behauptung. Erringt sie praktische Folgeleistung, gestaltet sich nunmehr das Leben nach ihr, was sehr langsam, aber auch sehr schnell gehen kann, so ist nunmehr freilich ihr Inhalt Satz und der Inhalt der besiegten Meinung hat aufgehört es zu sein; so lange aber jenem praktisch nachgelebt wurde, war er Satz, ohne Rücksicht auf den nun bewiesenen Irrthum. Das Gesetz selbst gilt doch in Wahrheit immer nur in dem Sinne, in welchem es jeweils allgemein verstanden und befolgt wird. Wird entgegnet, daß hiermit das ganze R. als etwas Schwankendes, Flüßiges ausgegeben wird, und nun jede Aussage über den Inhalt des geltenden R. nur eine relative Wahrheit in Anspruch nehmen könnte, so ist zu sagen, daß dies den Thatsachen genau entspricht und durch die ganze Geschichte des R. und seiner Wissenschaft vollkommen bestätigt wird.]

⁴ Auf Grund von I. 2 C. 8, 52 [53], Nov. 134 c. 1. i. f., c. 10. 11 X. 1, 4.

⁵ Unvernünftigkeit in dem ersten Sinne des Wortes ist ein viel zu unbestimmter Begriff, als daß ihm irgend welche praktische Anwendbarkeit zugestanden

Im Uebrigen kam die Uebung, in welcher das Gewohnheitsrecht zum Dasein gelangt, entweder die Uebung des Volkes selbst sein, welches nach gewissen Normen seine Lebensverhältnisse einrichtet, oder die Uebung der Juristen, welche in Urtheilen und Rechtsgutachten gewisse Normen zur Anwendung bringen (Praxis, Gerichtsgebrauch)⁶. Die Juristen sind deswegen, weil sie in der Beschäftigung mit dem Rechte einen besonderen Beruf haben, nicht weniger Glieder ihres Volkes und nicht weniger des in dem Volke lebenden Geistes theilhaftig; in ihnen bildet sich zugleich, eben weil sie der Pflege des Rechts ihre ausschließliche oder vorzugsweise Thätigkeit zuwenden, ein rechtliches Bewußtsein leichter aus, als in den übrigen Gliedern des Volkes, und so sind die Juristen in den Zeiten, in welchen die rechtserzeugende Kraft in der Gesamtheit des Volkes abnimmt (§ 15), in dieser Beziehung die natürlichen Vertreter der Gesamtheit. Zwar ist es nicht zu verkennen, daß, wie in den besonderen Ständen über-

werden könnte. Ein allgemeines Gewohnheitsr. aber enthält, wie auch immer sein Inhalt beschaffen sein mag, jedenfalls die Vernunft dieses Volkes, und daher sein R. [Damit ist folgerichtig das Erforderniß der Vernünftigkeit des Inhalts eines Gewohnheitsr. überhaupt verworfen, auch in Ansehung der Aegewohnheit eines Sonderkreises; wenn eine solche nicht gilt, so liegt das nicht an ihrem Inhalt, sondern an der Uebermacht des abweichenden Willens der Gemeinschaft über den des Sonderkreises. Vgl. Hölder § 6 S. 31 fg. Auch Gierke I § 20 S. 169 f. ist gegen jenes Erforderniß; Regelsberger I § 20, IV ist dafür, seinen Beispielen nach aber nur bei Aegewohnheiten von Sonderkreisen.] — Was die in der vorigen Note genannten Stellen angeht, so war die Zeit, in welcher sie geschrieben sind, der Entstehung allgemeiner Gewohnheiten nicht günstig, und so läßt sich annehmen, daß sie nur particuläre Gewohnheiten im Auge haben. [Daß die Quellen hier nicht maßgebend sind, betont (gegen Dernburg I § 27^b), Gierke I § 20⁴². S. auch ob. *.] Im Uebrigen s. das in Note¹ Bemerkte. Ueber die verschiedenen Ansichten vgl. Puchta a. a. O. II S. 49 fg. Savigny I S. 176 fg., Rierulff S. 13, E. Meier die Abilbung in Staat und Kirche (1861) S. 29—31, Böhlau S. 333. 337 fg., Goldschmidt Handbuch des Handelsr. I § 35³⁴. Cf. I. 307, X. 2. Schuppe (§ 15¹) S. 121 fg.

⁶ Jordan ACPr. VIII S. 191 fg. (1825). W. Müller civilistische Abhandlungen Nr. 5 (1833). Puchta a. a. O. I S. 161 fg. II S. 15 fg. Savigny I § 14. 19. 20. Wächter ACPr. XXIII S. 423 fg. (1840). Sintonis I S. 26 fg. Thöl Einleitung § 54. 55. Beseler Volksw. und Juristerr. Cap. 10—12. deutsches Privatr. I § 34—36. Stobbe I § 24. 25. Cf. [XXXXV. 299.] XL. 86 (Jena). [Vgl. auch *.] — Keller § 3 leugnet den Gerichtsgebrauch als Quelle ganz. Ein R. der Praxis in einem ganz besonderen Sinne (ein Satz werde Hsaz schon dadurch, daß er in einem einzigen richterlichen Urtheil angewandt worden ist), nimmt Thöl Handelsr. I § 14 an. Hölder S. 36 fg. behauptet, die Uebung der Gerichte werde zur Norm erst durch die Anerkennung der Aegewohnen. [Vgl. noch Dernburg I § 29. Regelsberger I § 25, I. Gierke I § 21, II.]

haupt, so auch in dem Juristenstande geistige Strömungen sich geltend machen können, von denen die übrigen Glieder des Volkes nicht, oder nur theilweise berührt werden, und daß in dieser Weise die Juristen ein Rechtsbewußtsein haben können, welches der Gesamtheit des Volkes mehr oder minder fremd ist⁷. Aber einmal liegt doch ein Gegengewicht gegen diese Gefahr darin, daß der Juristenstand kein abgeschlossener Stand ist, Niemandem es verwehrt ist, in denselben einzutreten, und er also mit der Gesamtheit des Volkes fortwährend in unmittelbarer Verbindung bleibt; und sodann ist zu bemerken, daß, wenngleich wirklich in einem gegebenen Fall das im Bewußtsein der Juristen entstandene und von ihnen geübte Recht in dem Bewußtsein der Gesamtheit des Volkes ursprünglich keine Wurzeln hat, doch durch die Dauer seiner Uebung auch in dieser Gesamtheit sich das Bewußtsein ausbilden wird, daß das als Recht Geübte, eben weil es geübt wird, Recht sei, so daß es also als Gewohnheitsrecht so lange anerkannt werden muß, als es nicht durch eine von der Gesamtheit ausgehende, entgegenstehende gewohnheitsmäßige Rechtsproduction aufgehoben ist⁸.

⁷ Diesen Satz hat namentlich Beseler (Vollst. u. Juristenr. S. 71 fg.) der älteren historischen Schule gegenüber herorgehoben. Savigny und Puchta stellen es nicht als das normale, sondern als das ausnahmslose Verhältniß dar, daß das Aebewußtsein der Juristen der getreue Spiegel des Volksgeistes sei. Dies bestreitet Beseler, und meiner Ansicht nach mit Recht; so auch Wächter gem. R. Deutschlands S. 114, Stobbe I § 22, 5. Die Streitfrage ist mit specieller Beziehung auf die durch die Juristen vollzogene Reception des r. R. in Deutschland aufgeworfen und verhandelt worden. Vgl. § 10², 4.

⁸ Von dem durch die Uebung der Juristen entscheidenden Gewohnheitsr. sind diejenigen Fälle zu unterscheiden, welche die Juristen durch wissenschaftliche Behandlung der vorhandenen Fälle finden (§ 22). Was die Juristen in dieser Weise finden, ist kein neu erzeugtes R.; es war schon früher vorhanden, es ist nur aufgedeckt worden. Ob es aber wirkliches R. ist, was sich ihnen als Resultat ihrer wissenschaftlichen Operationen ergibt, hängt lediglich von der Wichtigkeit dieser Operationen ab, und darüber steht jedem folgenden Juristen und namentlich jedem Richter ein freies Urtheil zu. (Sf. I. 210.) Es kann jedoch auch der auf wissenschaftlichem Wege gefundene Fall im Laufe der Zeit zum wirklichen Gewohnheitsr. werden, wenn er nämlich als solcher, ohne Bewußtsein von den wissenschaftlichen Gründen, aus welchen er zuerst aufgestellt worden ist, dauernd geübt wird. — Puchta nennt das auf wissenschaftlichem Wege gefundene R. passend „wissenschaftliches Recht“, während Savigny diesen Ausdruck zur Bezeichnung des in der Thätigkeit der Juristen überhaupt hervortretenden R. (wissenschaftliches R. und Gewohnheitsr.) gebraucht. Diesen letzteren Begriff bezeichnet Puchta durch den Ausdruck „Juristenrecht“, welchen Ausdruck aber Andere auf das juristische Gewohnheitsr. beschränken. Vgl. Beseler § 20², Stobbe I § 22¹¹. — Vgl. noch Pfaff u. Hofmann Commentar zum österr. bürg. Gesetzb. I S. 282 fg., Pähr

C. Erkenntniß des Gewohnheitsrechts*.

§ 17.

Erkannt wird das Gewohnheitsrecht theils unmittelbar aus den Acten seiner Uebung, theils mittelbar durch glaubwürdige Zeugnisse über sein Bestehen¹. Auch die Acte seiner Uebung können entweder unmittelbar, durch eigene Anschauung, erkannt werden, oder mittelbar, aus glaubwürdigen Zeugnissen Anderer. Besondere juristische Regeln für die Erkenntniß des Gewohnheitsrechts gibt es nicht; der Richter hat die Ueberzeugung über das Bestehen eines Gewohnheitsrechts nach denselben Grundjäten zu schöpfen, nach denen eine menschliche Ueberzeugung überhaupt geschöpft wird. [Das Reichsrecht²

Urtheile des Reichsgerichts S. 184 fg. [Wierke I § 21, III. Das von Regelsberger I § 17 S. 87 fg. § 25 behauptete Juristenr. im Sinne von Räten minderen Grades, von bloß innerer Geltung vermag ich für R. nicht zu halten. So auch Zoll-Grünh. 3S. XXI S. 75. Regelsbergers Auffassung von der Aufgabe der Wissenschaft, an der Rbildung mitzuarbeiten (vgl. auch Regelsberger, Streifzüge im Gebiete des Civilr. (S. A. aus der Festgabe der Göttinger Juristenfac. f. Jhering 1892) S. 16 fg. ist gleichwohl zutreffend; nur sind die Resultate, zu welchem die RW. kommt, Recht erst dann, wenn sie sich allgemeiner praktischer Anerkennung erfreuen, im Sinne Regelsbergers äußere Geltung haben. Vgl. § 22³. § 28⁴. Franken (§ 15⁵) gebraucht den Ausdruck Juristenr. nur in geistreichem Spiel für alles Gewohnheitsr. Ausgehend von dem Satze, daß ein „Satz“ nicht eher da ist, als bis er bewußt formulirt ist, folgert Fr., daß jeder, der an der Bildung des Gewohnheitsr. Theil nimmt, des R. bewußt, in diesem Sinne iuris prudens sein muß. Darin ist zunächst enthalten die Betonung der opinio necessitatis als Erfordernisses des Gewohnheitsr. Im Uebrigen ist natürlich richtig, daß ein Satz nicht eher da ist, als bis er formulirt ist; allein man wird dann anerkennen müssen, daß ein Gewohnheitsr. lange vorhanden sein kann, ohne als Satz formulirt zu sein.]

* Puchta a. a. O. II S. 120 fg. 151 fg. Beseler Volkstr. und Juristenr. S. 108 fg., [Cavigny I § 30. Stobbe I § 23, B. Regelsberger I § 21. Wierke I § 20 a. E.]

¹ In l. 34 D. 1, 3 wird als eine hauptsächliche Quelle der Erkenntniß des § 17. Gewohnheitsr. seine Feststellung *contradicto iudicio*, d. h. durch ein auf contradictorische Verhandlung, und dadurch veranlaßte Untersuchung, ergangenes Urtheil bezeichnet. Ein solches Urtheil hat außerdem, daß es selbst eine Uebung des Gewohnheitsr. enthält, die Kraft eines glaubwürdigen Zeugnisses für dasselbe. Cf. II. 1. V. 99; vgl. auch VI. 130. Eine andere Auslegung der cit. l. 34 bei Böhlau Meilens. Landr. I S. 329. — Nov. 106 enthält die Bestätigung des Gewohnheitsr. auf Grund der darüber von kundigen Personen gemachten Aussagen. Vgl. Cf. I. 310, II. 251, VII. 290. 345, IX. 202, XIII. 2. 204, XVI. 183. — Schöffensweisthümer. Abücher. Einen Anhalt gewähren auch Sprichwörter; doch sind sie mit Vorsicht zu gebrauchen.

² Die früher geltende Ansicht band die processualische Geltendmachung eines Gewohnheitsr. an die gleichen Voraussetzungen, wie die processualische Geltendmachung von Thatfachen; der Richter sollte ein Gewohnheitsr. seinem Urtheil nur

CPD. § 265 behandelt „die Gewohnheitsrechte“ nicht „das Gewohnheitsrecht“ als Gegenstand des Beweises, insofern sie dem Richter unbekannt sind. Die näheren Gründe sind § 14 a. E. bemerkt². Die CPD. kann aber unter Gewohnheitsrechten nur solche kleinen Geltungsgebiete und autonome Obervorgänge, sowie etwa behauptete problematische Neukildungen verstehen. Den notorischen Bestand des gemeinen deutschen Gewohnheitsrechts und desjenigen seines Staates hat der Richter von Amts wegen zu kennen und wird auch bei darüber bestehenden Controversen nicht nach § 265 CPD. verfahren dürfen, sondern rein wissenschaftlich sich seine Ansicht bilden müssen⁴.]

D. Kraft des Gewohnheitsrechts².

§ 18.

Die Kraft des Gewohnheitsrechts ist die gleiche, wie die eines Gesetzes. Das Gewohnheitsrecht vermag daher das bestehende Recht nicht nur zu ergänzen, sondern auch aufzuheben¹. Dieß gilt nicht nur von dem Verhältniß des Gewohnheitsrechts zu anderem Gewohnheitsrecht, sondern auch von seinem Verhältniß zum Gesetzes-

unter den gleichen Bedingungen zu Grunde legen dürfen, wie die, von denen es abhängt, ob er seinem Urtheil eine Thatsache zu Grunde legen dürfe. Diese Ansicht ist jetzt, namentlich in Folge der Ausführungen Puchta's, beseitigt. Vgl. Vangerow I § 17 Num., Sinteris I S. 45 fg., Böhlau Mecklenb. Pandr. I § 55, Goldschmidt Handbuch des Handelsrechts I S. 342 fg. (2. Aufl.). Aus der Praxis: Sf. III. 256, VI. 130, X. 124, XIII. 204, 205, XVII. 110, XVIII. 101, XIX. 211, XXV. 1. 113, XLVII. 1 (RG.) Vgl. § 14². Beweis durch Eidesaufhebung: Sf. VII. 139, X. 4, XVIII. 102. [Wegen ihre Zulässigkeit Werke I § 207². Seuffert CPD. 265, 2: möglich über einzelne Thatsachen nach den dafür geltenden Bedingungen.]

¹ Ein Gewohnheitsr. kann, weil damit ein Satz behauptet wird, auch noch in der Revisionsinstanz geltend gemacht werden. Sf. XLVII. 171. Die Beweisantretung bedarf nicht der Anführung specieller Thatsachen, die für die Existenz des Gewohnheitsr. sprechen. RG. XXX S. 368.]

² Ist doch fast das ganze Pandekten-Gewohnheitsr.: denn das r. R. gilt bei uns gewohnheitsrlich. Und doch muß es der Richter von Amtswegen kennen und kann über dasselbe z. B. ein wissenschaftliches Gutachten zwar privatim einholen, aber nicht als Richter dessen Einholung (auf Prozeßkosten) anordnen.]

³ Puchta a. a. E. II S. 199 fg., Savigny I S. 194 fg.

§ 18. ⁴ L. 32 § 1 D. 1, 3: - „quaro rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur“. Wenn hier nur von der Aufhebung eines Gesetzes schlechtthin, nicht auch von der Aufhebung durch Begründung eines entgegenstehenden Satzes die Rede ist, so liegt es auf der Hand, daß in der letzteren kein größerer Eingriff in die verbindende Kraft des Gesetzes enthalten ist, als in der ersteren. Anwendungen der desuetudo in § 7 I. 4, 4, 1. un. pr. C. 6, 51, Nov. 89 c. 15.

recht^{1a}. Nur kann particuläres Gewohnheitsrecht keinen gemeinrechtlichen zwingenden, d. h. die individuelle Willkür ausschließenden, Rechtsatz (§ 30) aufheben, mag er auf Gewohnheitsrecht oder auf Gesetz beruhen; der allgemeine Wille kann eben nur durch den allgemeinen Willen überwunden werden². Keine Kraft hat das Ge-

^{1a} A. M. Abides (§ 15*) S. 70 fg. Vgl. auch Stobbe I § 23¹. [Im Princip gegen die Kraft des Gewohnheitsr., Gesetze aufzuheben: Laband Staatsr. I § 57, III, für jene Kraft: Hölder § 6 S. 33, Dernburg I § 29, 2, Gierke I § 20, VI, Regelsberger I § 23, 1 (nach positivem gem. R.), Haenel, Staatsr. I S. 251¹, Effer die derogatorische Kraft des Gewohnheitsr. 1889. RG. V S. 134.]

² Indem die l. 26 § 1 C. 4, 32 (vgl. l. 1 pr. D. 22, 1) das Zinsmaß beschränkt, verbietet sie dem Richter ausdrücklich, auf ein entgegenstehendes örtliches Gewohnheitsr. Rücksicht zu nehmen. Von einem particulären Gewohnheitsr. ist auch zu verstehen die in einer anderen Beziehung schon oben betrachtete l. 2 C. 8, 52 [53]. „Consuetudinis usque longaeui non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem“. Vgl. c. 11 X. 1, 4. Ueber die verschiedenen Versuche, welche gemacht worden sind, diese Stelle mit der in Note 1 genannten zu vereinigen, s. Buchta a. a. O. II S. 203 fg. und Vorlesungen I Weil. I, Savigny II Weil. II, Sangerow I § 16 Anm., fr. VJ. S. VII S. 133 fg., Brinz I § 33⁴, Wächter I S. 110, Böhlau Mecklenb. Landr. I S. 334. 337. Der Cobenzstelle gibt im Sinne Justinian's den Vorzug Zoll Jahrb. für Dogm. XIII S. 416 fg. S. XXXIII. 92. Eisele ACPr. LXIX S. 296 fg. Hölder I S. 34. Scialoja Arch. giur. XXIV p. 120 sq. Aufsätze von Landucci und Scialoja in den Atti della R. Academia di Scienze etc. in Padova 1885 und 1886, i. Schneider krit. VJ. S. XXX S. 54 fg. [Mitteis, Reichsr. und Volkstr. in den östl. Provinzen des röm. Reichs 1891 S. 163: (l. 2 cit. meint nur particuläres Gewohnheitsr.)] [in ganz speciellen Zusammenhänge.) Regelsberger I § 23, 1 (ebenfalls für Beziehung der Stelle nur auf particuläres Gewohnheitsr.) Dagegen Dernburg I § 28⁴.] Guyet ACPr. XXXV S. 18 fg. behauptet, particuläres Gewohnheitsr. dürfe sich mit keinem gemeinlichen Satze in Widerspruch setzen, und will davon l. 2 cit. verstehen. Ebenso Goldschmidt Handbuch des Handelsr. I § 35²². Dawider S. XL. 269. [Effer a. a. O. S. 26 fg. kommt auf die schon früher von Ab. Schmidt verteidigte Ansicht hinaus, l. 2 cit. spreche nur die Gleichstellung von Gesetz und Gewohnheit aus. S. dagegen Dernburg I § 28⁴. Nicht entscheidend RG. V S. 134. Nach der § 16⁴ vertretenen Ansicht ist die l. 2 cit. für die Frage praktisch gleichgültig. Was im Uebrigen die Ansicht Windscheids angeht, so zeigt die Verweisung auf § 30, daß an den Gegensatz von ius cogens und ius dispositivum zu denken ist. Dieser Gegensatz kommt aber hier nicht in Frage, sondern derjenige zwischen subsidiärem und absolutem gemeinen R. Das absolut gemeine R. will gelten trotz des Particularr., also auch trotz des particulären Gewohnheitsr., das subsidiär gemeine will hinter dem particulären zurücktreten. Letzteres kann also nach seinem eigenen Sinn durch particuläre Gewohnheit außer Anwendung gesetzt werden; das absolute gemeine R. verbittet sich dies, und es kann also nur, wenn die engere Gemeinschaft thatsächlich die stärkere ist, unter Bruch des absolut gemeinen R. particuläres geschaffen werden. Das alte Reich hat dies bekanntlich auch, wo keine Kläbe absolut gelten wollten, oft erleben müssen.]

wohnheitsrecht, so weit es durch Gesetz für unverbindlich erklärt ist^{3, 4}.

³ In den ersten Auflagen dieses Lehrbuches habe ich das Gegentheil gelehrt; ich war der Meinung, daß dieses Gegentheil als nothwendige Consequenz der jetzt herrschenden Ansicht über den Grund der verbindenden Kraft des Gewohnheitsr. hingenommen werden müsse. „Das Gesetz kann nicht bestimmen, daß Recht nicht Recht sei; es kann ebensowenig einem künftigen Gewohnheitsr. die Kraft nehmen, wie einem künftigen Gesetz“. So auch Puchta Vorlesungen I S. 33. 454, allerdings bis in die jüngste Zeit der einzige Schriftsteller, welcher das Gewohnheitsr. auch gegen ein verbietendes Gesetz zu schützen den Muth gehabt; neuestens haben R. Maurer fr. BZS. XIV S. 49 (1871) und Prodlowski das röm. Privatr. I S. 19—24 (1877), Schuppe S. 141 fg. sich zu der gleichen Ansicht bekannt s. auch Wendt Jahrb. f. Dogm. XXII S. 326. 327. Einer Widerlegung des bezeichneten Arguments bin ich zwar nicht begegnet; dennoch halte ich es nicht für unüberwindlich. Wenn ein Gesetz etwa bestimmen wollte, daß jedes über die vom Gesetz geordnete Materie künftig zu erlassende widersprechende Gesetz unverbindlich sein solle, so würden damit der Gesetzgebung nicht die Hände gebunden sein, dennoch Widersprechendes zu bestimmen, aber sie müßte allerdings zu diesem Ende das die Geltung eines künftigen Gesetzes ausschließende Gesetz (ausdrücklich oder stillschweigend) aufheben (oder für den speciellen Fall des neuen Gesetzes außer Kraft setzen); ohne dies wäre freilich das neue Gesetz nicht im Stande, Recht zu begründen. Der Gesetzgeber kann das bestehende R. aufheben; aber er kann nicht bewirken, daß bestehendes R. nicht bestehendes R. sei. So verhält es sich auch mit dem Gewohnheitsr. Ein Gesetz, welches die verbindliche Kraft künftiger Gewohnheiten ausschließt, kann, wie durch Gesetz, so auch durch Gewohnheit aufgehoben werden; aber so lange dieß nicht geschehen ist, ist es Rechtens, daß die in der Gewohnheit hervorgetretene R.überzeugung nicht R. sei. Einem solchen Gesetze gegenüber reicht also nicht hin die Uebung einer R.überzeugung überhaupt, sondern es muß außerdem vorliegen die Uebung der R.überzeugung, daß das Gesetz nicht gelte. So auch Dahn BZS. f. deutsch. Gesetzgeb. VI S. 583. Dagegen Prodlowski a. a. D., ohne mich zu überzeugen. Vgl. noch Pfa ff und Hofmann Commentar zum österr. bürgerl. Gesetzb. I S. 216. 236 Nr. 3. Eisele ACPr. LXIX S. 281 fg. Kümelin Jahrb. f. Dogm. XXVII S. 235 fg. Hölder Pand. I S. 33. 34 und ACPr. LXXIII S. 14. Gierke Schmoller's Jahrb. XII S. 1217 fg. [Privatr. I § 20] S. 173 fg. Dernburg I § 28 a. E. Regelsberger I § 23, 2. Ed. Sammlung von Vorträgen über den E. BGB. §. 1 (1896) S. 1 fg. Effer a. a. D. S. 55 fg. Es herrscht so ziemlich Einverständnis darüber, daß sich trotz eines verbietenden Gesetzes Gewohnheitsr. bilden kann; streitig ist nur, unter welchen Bedingungen dies geschehen kann, und wie die Erscheinung zu erklären ist; die präcise Antwort giebt Stammler, Wirtsch. und R. (vgl. § 15⁶): Das Gewohnheitsr. bildet sich in solchen Fällen nicht auf Grund der bisherigen R.ordnung, die es verbietet, sondern ihr zuwider, indem es sie bricht. Das ist nur ein Fall unter vielen der Entstehung von R. durch Abbruch (S. 169. S. 653⁷⁷ S. 494. vgl. 502 fg. Festgabe f. Windscheid 1888 S. 48 fg.).]

⁴ Die neueren Gesetzgebungen sind dem Gewohnheitsr. nicht günstig. Das BGB. (Art. 1) gesteht ihm nur suppletorische Kraft zu; ebenso das Preussische Landr. (Einleit. § 3. 4), soweit es nicht den Provinzialgesetzbüchern einverleibt ist. Das Oesterreichische Gesetzb. (§ 10) läßt Gewohnheitsr. nur da gelten, wo sich ein Gesetz auf dasselbe beruft. Das Badische Landr. (Satz 61) schreibt dem

Autonomie*. — Observanz.

§ 19.

Die Gesetzgebung ist, wie im § 14 bemerkt wurde, Attribut des Staates. Es kann aber vorkommen, daß für einen engeren Kreis ein Wille, welcher nicht der Staatswille ist, Rechtsnormen zu begründen im Stande ist. In diesem Falle spricht man von Autonomie. Eine solche Autonomie bestand in Deutschland früher, bei noch unentwickelteren staatlichen Verhältnissen, in umfassenderem Maße als heutzutage. Namentlich kamen in dieser Beziehung die Gemeinden in Betracht, deren Autonomie gegenwärtig, wo sie überhaupt noch besteht, sehr zusammengeschrumpft, und jedenfalls aus dem Gebiete des Privatrechts fast überall ganz verwiesen ist¹. Dagegen gilt noch heutzutage die Autonomie der Familien des hohen Adels² im Betreff ihrer Vermögens- und Familienverhältnisse³. Auch von einer den

Gewohnheitsr. nur die Kraft eines Interpretationsmittels für den muthmaßlichen Willen des Gesetzgebers oder der Vertragspersonen zu, und nur für diejenigen Fälle, „wo die Art und Weise in dem Umfange und Gebrauch eines R. in Frage steht“. Nach dem Sächsischen VGB. § 28 ist das Gewohnheitsr. nur Interpretationsmittel für den Willen der Parteien. Nicht günstiger sind übrigens dem Gewohnheitsr. die deutschen Stadt- und Landr. seit dem 16. Jahrhundert. Vgl. Stobbe I § 21 S. 163 fg. Vgl. noch Goldschmidt Handb. des Handelsr. I § 35 36. E. I VGB. § 2: „Gewohnheitsrechtliche Normen gelten nur insoweit, als das Gesetz auf Gewohnheitsr. verweist“. [Glücklicher Weise ist eine derartige Bestimmung in das Gesetzbuch nicht übergegangen.] Ueber das italienische R. s. Fadda und Bensa I p. 112 sq.

* Wilda u. d. W. „Autonomie“ in Weiske's Lexikon I S. 539 fg. (1849). Gerber ACBra. XXXVII S. 35 fg. (1854). Gegen Gerber: R. Maurer krit. Ueberschau II S. 229 fg. (1855) und Jolly krit. Ueberschau VI S. 330 fg. (1859); dagegen wieder Gerber Jahrb. f. Dogm. III S. 411 fg. (1859). Pefeler § 26—28, Stobbe I § 19, 20, Roth I § 43, Böhlau Mecklenburg. Landr. I § 56—60. [Regelsberger I § 24, Gierke I § 19, G. Meyer Staatsr. § 185, II, 1.]

¹ Eine vollständige Autonomie auf dem Gebiete des Privatr. haben gegenwärtig noch die beiden Mecklenburgischen Städte Rostock und Wismar. Böhlau a. a. O. § 59. Vgl. auch das. § 57¹⁰. [Derartige Autonomie wird unter Herrschaft des VGB. nur noch in Dingen fortbestehen können, welche das VGB. dem Landesr. überläßt.]

² Garantirt durch die Bundesacte Art. 14 nach den „Grundsätzen der früheren deutschen Verfassung“. Die der ehemaligen Reichsritterschaft zugesicherten ähnlichen Befugnisse sollen „nur nach der Vorschrift der Landesgesetze ausgeübt“ werden. [CG. 3. VGB. 57. 58.]

³ Gerber a. a. O., welcher den Begriff der Autonomie als einer objective Normen erzeugenden Quelle (für das heutige R.) ganz verwirft, sieht auch in diesen Dispositionen des hohen Adels nur Regeschäfte, durch welche in Anwendung

Corporationen überhaupt wirkenden Autonomie muß insofern ge-
rebet werden, als die betreffende Kraft der Statuten, welche die
Corporationen sich geben, aus Vertragsgründen nicht in genügend-
der Weise erklärt werden kann⁴. Eine hergebrachte Bezeichnung für
die durch Autonomie getroffene Bestimmung ist Statut.

Die der Autonomie entsprechende, gerechtsrechtliche Bildung
pflügt man Obervanz; zu nennen⁵.

des geltenden H. lediglich subjektive Berechtigungen verliehen werden. Dagegen
Fölls und Maurer a. a. C. Dafür ein Erl. des OAG. zu München vom
Jahre 1873 Zf. XXIX. 1.

⁴ Die entgegenstehende Meinung wird neuerdings namentlich von Stobbe
und Pöhlau a. a. C. S. 125, 347. vertheidigt. Man sagt: die neu in die
Corporation Eintretenden schließen durch ihren Eintritt einen stillschweigenden Ver-
trag mit den in der Corporation Befindlichen ab. Wie aber, wenn die in der
Corporation Befindlichen von dem Eintritt des neuen Mitgliedes nichts wissen?
Man muthet hier doch dem Begriff des stillschweigenden Vertrages mehr zu, als
er leisten kann. Ferner: eine von den Organen der Corporation vorgenommene
Veräußerung von Corporationsgut wird, wenngleich vollkommen verfassungsmäßig,
durch den Widerspruch eines Corporationsgliedes nichtig, wenn dasselbe bloß ver-
tragsmäßig gebunden ist; so gut, wie wenn Jemand die Veräußerung seiner eigenen
Sache einem Anderen vertragsmäßig gestattet hat, sein Widerspruch gegen die
Veräußerung ihn zwar zum Schadensersatz verpflichtet, aber die Veräußerung nicht
weniger nichtig macht. Darin besteht eben das Wesen der Corporation, daß der
Wille des Corporationsgliedes nicht bloß dem Willen der Genossen gebunden ist,
sondern, und zwar in erster Linie, der Wille Aller dem über ihnen schwebenden
Gesetze. Vgl. Prinz I § 27, Pfaff u. Hofmann Commentar zum österr. bürgerl.
Gesetzb. I S. 262 fg., [Meyelsberger I § 24, Gierke I § 19, III, 5. Jeden-
falls sind private Vereinsabungen, mag man im Uebrigen über sie denken, wie
man will, nicht Kläbe in dem Sinne, daß ihre Verletzung die Revision begründen
konnte, daß der Richter sie von Amtswegen kennen müßte, oder sofern dies nicht
der Fall sein sollte, ihre Ermittlung den Grundfäßen des § 265 C.P.D. folgte.
Vgl. Zeuffert C.P.D. § 512, 1. c.]

⁵ Der Ausdruck wird aber auch in anderen Bedeutungen genommen. Vgl.
Puchta Gewohnheitsr. II S. 105 fg., Savigny I S. 98 fg., Beseler § 33,
Pöhlau a. a. C. § 65, Pähr Urtheile des Reichsger. S. 18 fg. Vgl. § 136^o,
[Meyelsberger I § 24, I., Gierke I § 20, V.] RG. XI S. 212, XII S. 292.
[XVII S. 123, 181, XXV S. 312 fg., XXVI S. 288 fg., XXXIII S.
198 fg.]

⁶ [Die Beweisfrage: Vgl. § 14 a. C. § 17 a. C.]

Zweites Kapitel.

Auslegung und wissenschaftliche Behandlung des Rechts*.

I. Auslegung und wissenschaftliche Behandlung des Rechts überhaupt.

Begriff der Auslegung. Wissenschaftliche Auslegung und sog. Legalinterpretation.

§ 20.

Auslegung ist Darlegung des Inhalts des Rechts. Der Inhalt des Rechts kann mehr oder minder offenbar sein; je weniger er offenbar ist, desto bedeutender ist die Aufgabe der Auslegung.

Gewöhnlich spricht man nur von Auslegung der Gesetze. Das ist zu enge; auch die Sätze des Gewohnheitsrechts sind der Auslegung fähig und bedürftig. Nur freilich nicht ganz in demselben Sinne, wie die Gesetze; bei den Gesetzen hat die Auslegung eine Aufgabe und eine nächste Aufgabe, welche bei den Sätzen des Gewohnheitsrechts wegfällt. Gesetze sind in Worten formulirte Rechtsätze; die nächste Frage ist hier: welchen Sinn hat der Gesetzgeber mit den von ihm gebrauchten Worten verbunden? Diese Frage kann bei den Sätzen des Gewohnheitsrechts, da ihre Erscheinungsform nicht die der menschlichen Rede ist, nicht aufgeworfen werden. Aber wenn bei den Gesetzen der Sinn, welchen der Gesetzgeber mit den von ihm gebrauchten Worten verbunden hat, festgestellt ist, so erhebt sich eine zweite Auslegungsfrage, und diese ist auch bei den Sätzen des Gewohnheitsrechts anwendbar. Darüber das Nähere in § 22.¹

* Thibaut Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts (1799. 2. Aufl. 1806). Hufeland Geist des röm. Rechts I. 2 S. 1—205 (1815). Lang Beiträge zur Hermeneutik des röm. Rechts (1857). Hieruff S. 18 fg., Savigny I § 32—51, Bangerow I § 23—25, Wächter I § 26, Württemb. Privatr. II § 12—14. 23—26, Unger I § 10—14, Thöl Einleit. in das deutsche Privatr. § 55—66, Pfaff und Hofmann Commentar zum österr. bürg. Gesetzb. I S. 166 fg. Binding Handb. des Strafr. I S. 450—474 (1885). Wach Handb. des deutschen Civilprocesses I S. 450—474 (1885). Kohler Grönd. 3 S. XIII S. 1—61 (1886). [ACPra LXXIX S. 46 fg., Nr. 33 S. XXXVI S. 514 fg., (1892). Prinz I § 28 fg., Hölder § 8 S. 41 fg., Dernburg I § 34 fg., Regelsberger I § 35 fg., Gierke I § 18, V. Förster-Eccius I § 12 fg.]

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

Die Auslegung kann entweder auf dem Wege freier Untersuchung erfolgen, oder durch einen Rechtsjag. Nur die erste Art der Auslegung ist eigentliche Auslegung; die zweite ist in Wirklichkeit Setzung neuen Rechts mit Hinzufügung der Bestimmung, daß das gesetzte neue Recht als bereits in einem früheren Rechtsjage enthalten angesehen werden solle². Jedenfalls ist hier nur von der ersten Art der Auslegung zu handeln. Dieselbe ist aber nicht sowohl eine Wissenschaft, welche gelehrt werden kann, als eine Kunst, welche gelernt werden muß; die Theorie kann nur auf die leitenden Gesichtspunkte aufmerksam machen.

Grammatische und logische Auslegung. (Gesetzes-) Analogie.

§ 21.

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

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

² Man gebraucht auch für die Auslegung durch Jag weniger den Ausdruck Auslegung, als den Ausdruck Interpretation; man sagt gewöhnlich Legalinterpretation. Je nachdem der feststellende Satz ein gesetzlicher oder ein gewohnheitsrechtlicher ist, theilt man die Legalinterpretation ein in die authentische und in die usuelle Interpretation. Beispiele der letzteren bei Cf. XVII. 113, XVIII. 203. Vgl. ferner II § 359¹⁰. § 403⁷. [Vgl. ob. § 16².]

§ 21. ¹ Man kann noch weitergehen und sagen, zu allernächst müsse festgestellt sein, daß das Gesetz überhaupt echt sei, d. h. daß es in Wirklichkeit von dem Gesetzgeber herrühre, welchem es zugeschrieben wird. Auch diese Feststellung nennt man Kritik, und zwar die höhere, im Gegensatz jener ersten, als der niederen, obgleich Andere mit diesen Ausdrücken andere Sinne verbinden. Vgl. Savigny I S. 242. 246, Lang a. a. O. S. 15. 16. — In Betreff der Kritik des Corpus Juris vgl. oben § 4 und Bangerow I § 23 Anm. — Redactionsversehen: Binding Handb. des Strafr. I S. 459 fg. [Vaband Staatsr. I S. 537².]

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

Aber das Resultat der grammatischen Auslegung kann möglicherweise kein befriedigendes sein; es ist möglich, daß dieselbe keinen verständlichen Sinn gibt, oder daß sie die Wahl läßt zwischen mehreren verschiedenen Sinnen³. In diesem Falle ist zunächst zu sehen auf den übrigen feststehenden Inhalt des auszulegenden Gesetzes; ferner kann eine Erklärung zu gewinnen sein aus anderen Gesetzen desselben Gesetzgebers, oder auch verschiedener Gesetzgeber, insofern eine geistige Einheit zwischen diesen anderen Gesetzen und dem auszulegenden Gesetze angenommen werden kann⁴. Führt dieses Hülfsmittel nicht zum Ziele, so kann dem Ausleger im Allgemeinen keine andere Anweisung gegeben werden, als die, sich unter Beachtung aller erreichbaren Momente möglichst vollständig in die Seele des Gesetzgebers hineinzudenken; je vollständiger ihm dieß gelingt, mit desto größerer Sicherheit wird er den Sinn der von dem Gesetzgeber gebrauchten Worte zu bestimmen im Stande sein^{4a}. Im Besonderen ist hier zweierlei hervorzuheben: der

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

⁴ L. 26—28 D. 1. 3. „Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur. . . Sed et posteriores leges ad priores pertinent. “. Egl. auch l. 24 D. eod., welche Stelle freilich zunächst nur von der berichtigen Auslegung spricht. [RG. XVI S. 309.]

[^{4a} Die Frage nach dem Willen des Gesetzgebers als Princip der Auslegung (dafür auch Regelsberger I § 35¹⁰) wird von manchen in verschiedener Ausführung verworfen. So neuestens von Bekker Jahrb. f. Dogm. XXXIV S. 78 fg., Zitelmann die Gefahren des BGB. f. d. RW. (1896) S. 11 fg., Fischer, Sammlung v. Vorträgen über den E. BGB. §. 3 (1896) S. 11⁴ (vgl. auch ⁹). Unberechtigt wäre diese Fragestellung allerdings, wenn man als Maß den Willen des Gesetzgebers ansehen wollte, ohne Rücksicht darauf, ob er im Gesetz Ausdruck gefunden hat. Dies meint aber auch Windscheid nicht. S. Text bei ¹⁰.) Gesetz wird nur der im Gesetzeswort zum Ausdruck gekommene Wille des Gesetzgebers. Bezweifeln ließe sich, ob auch der umgekehrte Satz Windscheids (a. a. D.) richtig ist, daß nicht Gesetzeskraft erlangt, was der Text des Gesetzes sagt, ohne daß der Gesetzgeber es will. Allein auch dieser Satz muß anerkannt werden. Sonst läme man dahin, daß auch im Falle eines zweifellosen Verschens (z. B. in einer Zahl) der verkehrte Wortlaut Gesetz würde, und das kann nicht sein. Es ist als Gesetz anzusehen dasjenige, was vernünftige und billig denkende Männer unter Benutzung aller zugänglichen Erkenntnißmittel als Willen des Gesetzgebers in seinen Worten ausgedrückt finden müssen. Im Falle widerstreitender Meinungen innerhalb der vielföpfigen modernen Gesetzgebungsfactoren ist diejenige zu suchen, welche in dem Gesetze selbst zur Herrschaft gelangt ist. Daß das schwierig ist, wie die Auslegung durchweg, und daß die Ergebnisse der Auslegung sehr oft nur Wahrscheinlichkeitswerth haben, ist richtig. Allein daß man mit Wahrscheinlichkeit operirt, weil Wahrheit nicht zu haben ist, ist eine leider auf keinem Gebiete vermeidbare Nothwendigkeit, und jedenfalls etwas ganz anderes als das Meiten auf leeren

zur Zeit der Erlassung des Gesetzes vorhandene Rechtszustand^{4b}, von welchem anzunehmen ist, daß er dem Gesetzgeber gegenwärtig gewesen sei^{4c}, und der Zweck, welchen der Gesetzgeber mit seinem Gesetze hat erreichen wollen⁵. Endlich ist auch auf den Werth des Resultats Rücksicht zu nehmen, insofern nämlich angenommen werden kann, daß der Gesetzgeber eher etwas Bedeutendes und Angemessenes, als etwas Leeres und Unpassendes habe sagen wollen⁶. — Gewähren diese Hülf-

Fictionen (Bekker a. a. D. S. 74). Wenn Bekker a. a. D. S. 75 darauf verweist, die Principien der richterlichen Auslegungskunst seien keine andern, als die der allgemein menschlichen, und den Sinn von Worten anderer zu entziffern, lerne jeder von klein auf, so ist das erste richtig und das zweite mag zugegeben werden. Aber handelt wir vielleicht im Leben anders, als daß wir fragen, was mit den gebrauchten Worten der Sprecher gemeint habe?]

[^{4b} Auch die zur Zeit des Erlasses des Gesetzes herrschende Rechtslehre ist zu beachten, weil der Gesetzgeber unter ihrem Einfluß steht. Man darf aber keineswegs annehmen, daß er alle Irrthümer seiner Zeit hat festlegen wollen. Zutreffend führt S. XLIV. 80 aus, daß, wenn der Gesetzgeber mit allgemeinen Begriffen operirt, die Frage, welche Fälle darunter zu subsumiren sind, nicht bindend nach der Theorie seiner Zeit beantwortet wird.]

[^{4c} Mit Recht nimmt das Reichsgericht an, daß bei der Auslegung eines Reichsgesetzes die Berücksichtigung des bisherigen Rechtszustandes einzelner Bundesstaaten eine untergeordnete Rolle spielt. (RG. XVI S. 308 fg.)]

⁵ Man darf das Gesetz nicht in einer Weise auslegen, daß dadurch ein Widerspruch gegen den Zweck desselben entsteht. J. B. I. 6 C. 1, 14. „Quod favore quorundam constitutum est, quibusdam casibus ad laesionem eorum nolumus inventum videri“. Ebenso I. 25 D. 1, 3. — Man pflegt den Zweck, welcher durch ein Gesetz erreicht werden soll, ratio legis zu nennen, und dabei darauf aufmerksam zu machen, daß die ratio legis einerseits nicht mit der occasio legis, d. h. der äußeren Veranlassung des Gesetzes (J. B. I. 1 pr. D. 14, 6), andererseits nicht mit der ratio iuris, d. h. dem eigentlichen Gedanken oder Princip des Gesetzes, verwechselt werden dürfe. Jene ist für die Auslegung von verschwindendem Werthe; diese ist nicht sowohl Mittel zur Bestimmung des zweifelhaften Wortsinnes, als vielmehr Ergebniß der wissenschaftlichen Behandlung des unzweifelhaften (§ 22).

⁶ Dahin gehört I. 19 D. 1, 3. „In ambigua voce legis ea potissimum significatio accipienda est, quae vitio caret . . .“. Ferner I. 67 D. 50, 17. „Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipiat, quae rei gerendae aptior est“. [[Dieses Moment betont in eigenartiger Ausföhrung G. Hümelin, Werthurtheile und Willensentscheidungen. Freiburger Prorektoratsrede 1891.]] — Werth der Vorarbeiten bei neueren Gesetzbüchern: Goldschmidt JS. f. Handelsr. X S. 40 fg. u. Handbuch des Handelsr. 2. Aufl. I S. 312 fg., Meyer Gruchot's Beiträge XXIII S. 1 fg., Deutschmann das, XXIV S. 817 fg., S. XXX. 219 und Citate das., XXXII. 102. Der Mißbrauch, welcher mit den Vorarbeiten getrieben worden ist („Cultus der Materialien“), hat in der neuesten Zeit zu einer höchst energischen, m. E. zu weit gehenden, Reaction geführt. S. Binding, Wach, Köhler an den § 20* bezeichneten Orten, ferner Hölder § 8. Der Gedanke dieser Schriftsteller, daß das Gesetz schlechthin aus sich selbst auszulegen sei, spitzt sich zu der Formel zu, daß es nicht auf den

mittel kein sicheres Resultat, so hat die Auslegung, da sie zu einem Resultate unter allen Umständen gelangen muß, sich auch mit einer bloßen Wahrscheinlichkeit zu begnügen, wobei fernere Anhaltspunkte die Regeln gewähren, daß im Zweifel für die geringere Abweichung von dem bestehenden Rechte⁷, und für die mildere Meinung⁸ zu entscheiden ist.

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

Willen des Gesetzgebers ankommt, sondern auf den Willen des Gesetzes; der Gesetzgeber (der Staat, der Inhaber der Staatsgewalt) wolle nur, was das Gesetz wolle. [Vgl. ^{4a}. Auch Dernburg I § 35⁶ läßt den Materialien sehr wenig Bedeutung; Regelsberger I § 36 S. 150 fg., Gierke I § 18 S. 140 warnen vor Mißbrauch, erkennen jedoch die Wichtigkeit der Materialien als Auslegungsmittel an. Das Reichsgericht läßt die Materialien als werthvoll gelten (I S. 250, XXI S. 49. S. 54, XXII S. 143, XXIII S. 38 fg. S. 65 fg., XXVII S. 3), aber nur mit der Schranke, daß ihr Inhalt in dem Gesetz gebührenden Ausdruck gefunden haben muß, um berücksichtigt zu werden. (XI S. 433 fg., XIV S. 72, XVI S. 102. S. 194. S. 298, XX S. 162, XXI S. 437, XXVII S. 72. S. 410 fg.) Das ist auch der richtige Standpunkt.]

⁷ Vgl. l. 35 pr. C. 3, 28.

⁸ L. 56 l. 168 pr. l. 192 § 1 D. 50, 17, l. 18 D. 1, 3 (Savigny I § 36.¹), l. 42 D. 48, 19.

⁹ Es heißt zwar in den Quellen: „in re . . . dubia melius est verbis edicti servire“ (l. 1 § 20 D. 14, 1); aber auch: „scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem“. l. 17 D. 1, 3, vgl. l. 6 § 1 D. 50, 16, l. 13 § 2 D. 27, 1. In früherer Zeit wurde nicht selten die Behauptung aufgestellt, daß einem sprachlich unzweideutigen Wortsinne gegenüber alle Auslegung zu schweigen habe. Das widerspricht nicht bloß den Aussprüchen der Quellen, sondern auch der Natur der Sache. Die Worte sind nicht der Gedanke, sondern nur Zeichen für den Gedanken, es kommt nicht auf deren objective und absolute Bedeutung, sondern auf diejenige an, welche gerade ihr Urheber mit ihnen verbunden hat, vorausgesetzt nur, daß diese Bedeutung aus den Umständen nachweisbar ist. Am schärfsten ist dieß durchgeführt von Jhering Geist des r. R. II (4. Aufl.) S. 444 fg.

verbessern kann; entsprechen die von dem Gesetzgeber gebrauchten Worte dem Sinne, welchen er hat ausdrücken wollen, überhaupt nicht, so gilt zwar nicht, was er gesagt hat, weil er es nicht hat sagen wollen, aber auch nicht, was er hat sagen wollen, weil er es nicht gesagt hat¹⁰.

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

§ 22.

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

¹⁰ Wenn aus diesem Grunde auch noch neuere Schriftsteller (z. B. Dange row I § 24 Anm. Nr. 3) die Zulässigkeit der abändernden Auslegung ganz bestritten, so ist dagegen zu erwidern, daß dieser Grund, in seiner vollen Schärfe gefaßt, auch die ausdehnende Auslegung ausschließen würde; auch wenn der Gesetzgeber Weniger gesagt hat, als er hat sagen wollen, fehlt es für das Mehr an einem Ausdrucke. Dieß führt zu der im Texte bezeichneten Vermittelung.

ihre hauptsächlich, wenn nicht alleinige, Thätigkeit in der quantitativen Ausdehnung und Einschränkung des Gesetzes zu bestehen haben¹.

Daß aber diese Thätigkeit wirklich Auslegung sei, darf nicht bezweifelt werden; auch hier wird die äußere Erscheinung des Gesetzes durchbrochen, um seinen Kern zu enthüllen; was die Schale verbirgt und bindet, wird auseinander gelegt. Um so weniger darf es bezweifelt werden, als die Unterscheidung zwischen dieser und der im vorigen § bezeichneten Thätigkeit, so sehr sie begriffsmäßig feststeht, doch im einzelnen Falle oft schwer, ja unmöglich durchzuführen ist, und so die eine Thätigkeit in die andere unmerkbar übergeht; die Frage: hat der Gesetzgeber nicht gesagt, was er hat sagen wollen, oder hat er nicht gedacht, was er hat denken wollen? wird sehr häufig nicht mit Sicherheit beantwortet werden können². — Nach einer anderen

¹ Beispiele s. in der folgenden Note.

§ 22.

² Wenn der Gesetzgeber seine Rede bloß auf das männliche Geschlecht richtet, statt auf das männliche und weibliche zugleich (l. 1. 52. 195 pr. D. 50, 16), so liegt die Annahme nahe, daß er nicht gesagt habe, was er gedacht hat, so z. B. wenn ein kaiserliches Rescript der Mutter gebot, filius tutorem petere, und nicht hinzufügte: filiaibus (l. 2 § 23. 28 D. 38, 17). Aber ist ebenfalls ein Fehler des Ausdrucks und nicht vielmehr ein Fehler des Gedankens anzunehmen, wenn dasselbe Rescript unterließ, seine Bestimmung auf die Erbittung eines curator für den impubes zu erstrecken (§ 29 eod.)? Ferner wenn Kaiser Marcus nicht gerichtlich bestätigte Vergleiche über letztwillig hinterlassene Alimente für ungültig erklärte, statt, wie er wollte, die dem Vermächtnisnehmer nachtheiligen (l. 8 pr. § 6 D. 2, 15), sprach er da nicht richtig, oder dachte er nicht richtig? Das Recht scheint eher angenommen werden zu müssen; ebenso wenn die lex Aelia Sentia dem Herrn verbot, bei der Freilassung von dem Sklaven einen Eid zu fordern, daß er sich nicht verheirathen oder Kinder erzielen wolle, und vergaß, ihre Bestimmung auf zeugungsfähige Sklaven zu beschränken (l. 6 § 2 l. 15 D. 37, 14), oder wenn das aedilicische Edict offene Fehler nicht ausdrücklich ausnahm (l. 1 § 6 D. 21, 1), oder wenn Kaiser Caracalla, als er Convalescenz der Schenkungen zwischen Ehegatten durch den Tod des Schenkers vorschrieb, nicht ausdrücklich hinzufügte, daß das Gleiche auch für die anderen wegen der Ehe verbotenen Schenkungen gelten solle (l. 32 § 16 D. 24, 1). Unzweifelhaft aber lag ein Fehler des Gedankens und nicht des Ausdrucks vor, als Kaiser Marcus vorschrieb, daß für die Exccusation von der Vormundschaft der in der Stadt oder bis zu einer Entfernung von 100 Milien Wohnende 50 Tage haben solle, der weiter Entfernte 30 Tage und für je 20 Milien 1 Tag, woraus an und für sich folgte, daß z. B. der in einer Entfernung von 160 Milien Wohnende nur 38 Tage habe (l. 13 § 2 D. 27, 1). Andere unzweifelhafte Beispiele einer Auslegung, welche nicht den Sinn gegen die Ausdrücke, sondern den eigentlichen Gedanken gegen den ausgedrückten zur Geltung bringt, s. in l. 40 pr. D. 5, 3, l. 27 § 3 D. 6, 1, l. 1 pr. l. 4 D. 9, 1, l. 19 D. 10, 4, l. 54 pr. D. 17, 1, l. 64 § 1 D. 23, 2. Ein sehr bezeichnendes Beispiel gewährt namentlich auch das SC. Velleianum. Die Jurisprudenz hat hier aus den beiden Sätzen: unverbündlich

Ansicht wird indessen die hier bezeichnete Thätigkeit zur Auslegung nicht gerechnet^{2a}. Indem man dann zugleich für diese Thätigkeit nicht bloß die Abänderung, sondern auch die Einschränkung des Gedankens des Gesetzgebers unbeachtet läßt³, spricht man nur von der Ausdehnung des Gesetzes⁴ durch Analogie⁵, und erklärt die letztere als Ausdehnung des Gesetzes wegen Gleichheit des Grundes. Unter Grund des Gesetzes versteht man dann aber eben, was hier der eigentliche Gedanke des Gesetzgebers genannt worden ist⁶. Statt Grund sagt man auch wohl Princip des Gesetzes⁷⁻⁸.

ist es, wenn eine Frau sich für einen Anderen verbürgt, und: unverbindlich ist es, wenn eine Frau für einen Anderen ein Darlehn nimmt, den höheren entwickelt: unverbindlich ist es, wenn eine Frau eine (nicht bloß formell, sondern auch materiell) fremde Obligation (als fremde) übernimmt. S. II § 485, und vgl. noch II § 478⁴, III § 539⁷. § 609¹⁰, andererseits auch II § 295¹¹, III § 644¹⁶. Cf. XLI. 190 (RG.). — Auf zwingende Gesetze (§ 30) angewendet, wird der Satz, daß der eigentliche, nicht der ausgesprochene, Gedanke des Gesetzes entscheidend sei, so ausgedrückt: unter das Gesetz falle, was in fraudem legis geschehe, l. 29. 30 D. 1, 3, l. 5 C. 1, 14. [[RG. XXVI S. 182, Cf. XLVI. 2.]] [vgl. unt. § 70².]

^{2a} Gegen diese Ansicht neuestens Bülow ACPr. LXVI S. 89 fg. Ebenso Hölder S. 145. Für dieselbe Giesele Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 122 fg. Binding Handb. des Strafr. I § 46. Köhler Grunh. 3S. XIII S. 48 fg. Wach Handb. des Civilproz. I S. 273. 274 erklärt die Frage für eine müßige; aber s. das im Text Folgende.

³ Die Folge davon ist, daß dann jede einschränkende Auslegung als das, was man allein Auslegung nennt, als Verbesserung des Wortes aufgefaßt werden muß. In dieser Weise behandelt z. B. Vangerow I § 24 Anm. Nr. 3. b selbst l. 11 § 2 D. 3, 2, in welcher es heißt, das Verbot für die Frau, innerhalb des Trauerjahres zu heirathen, dürfe nicht auf die Frau bezogen werden, welche früher geboren habe.

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

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

⁶ Wird der Begriff des Grundes des Gesetzes in dieser Weise gefaßt, so sind die vielfach mißbrauchten Sätze ubi eadem legis ratio eadem legis dispositio, und cessante ratione legis cessat lex ipsa, ebenso richtig, als sie bei jeder anderen Auffassung falsch sind. Vgl. in letzterer Beziehung II § 384⁵, III § 542⁹. [RG. XXI S. 187 verlangt wesentliche Gleichheit des vom Gesetze entschiedenen Falles mit dem, auf welchen dasselbe ausgelehnt werden soll. Mit Recht, allein man darf nicht die wesentliche Gleichheit nur in constructiven Dingen suchen, sondern muß fragen, ob dieselben Gerechtigkeitsgründe, welche die Entscheidung des Gesetzgebers tragen, auch in dem anderen Falle obwalten. — Beispiele: RG. IV S. 168. IX S. 208, Cf. XLV. 155, XLIX. 244. (besagte Analogien), RG. IV S. 129 fg. 142 fg., V S. 109, VIII S. 194, XXIII S. 42 fg., Cf. XLVI. 22 (verneinte).]

⁷ Ist die ausdehnende Auslegung (Analogie) in einem gegebenen Falle ausgeschlossen, so liegt umgekehrt darin, daß das Gesetz seine Bestimmung nur für

den von ihm genannten Fall getroffen hat, ein Zeugniß dafür, daß der Inhalt der Bestimmung für andere Fälle nicht Rechtens ist — das bekannte *argumentum a contrario*; vgl. z. B. 1 18 D. 22, 5, 1. 20 § 5. 6 D. 28, 1. So sicher aber dieses Argument, sobald nur der Ausschluß der Analogie wirklich feststeht, bei Gesetzen ist, so unsicher ist es bei Aussprüchen, welche nicht neues R. einführen, sondern einen geltenden Satz als geltend constatiren wollen, wie namentlich bei den in unserem *Corpus Juris* enthaltenen Auszügen aus den Schriften der römischen Juristen. Hier setzt der Schluß, daß, weil eine Regel nur für den Fall A als geltend ausgesprochen worden sei und nicht auch für den Fall B, sie deswegen für den Fall B habe ausgeschlossen werden sollen, den Nachweis voraus, daß der Urheber des Ausspruchs 1) an den Fall B gedacht und 2) Veranlassung gehabt habe, ihn zu berücksichtigen. [Vgl. Regelsberger I § 37, 3.]

* [Treffend stellt auch das Reichsgericht XXIV S. 50 der RR. und Rprechung die Aufgabe: Grundprincipien des Gesetzes zu Tage zu fördern und auf die im Gesetz nicht besonders hervorgehobenen unter das Princip gehörigen Fälle anzuwenden]. Besondere Auffassung bei Binding in der strafrechtlichen Schrift: Die Normen und ihre Uebertretung (Leipzig 1872) I S. 66 fg. [2. Aufl. 1890 S. 158 fg.]. Nach der Auffassung dieses Schriftstellers liegt das Besondere des analogischen R. nicht darin, daß der Gesetzgeber es als solches nicht gedacht, sondern darin, daß er es als solches nicht ausdrücklich ausgesprochen hat. Das analogische R. sei das stillschweigende, durch eine concludente Handlung, welche eben das Gesetz sei, ausgesprochene R. Aber wenn der Gesetzgeber sich dessen bewußt war, daß er auch Dieses als R. wolle, aus welchem Grunde hat er es dann nicht ausdrücklich ausgesprochen? [Hiegegen] Binding *Handb. des Strafr. I* S. 216^o — Die Berechtigung der Wissenschaft, die Gedanken des Gesetzgebers auszudeuten und zu ergänzen (§ 23), hat in einem anderen Aufsatz Binding's (*3S. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft. I* S. 4 fg. 1881), eine energische und beredte Vertretung gefunden. Hartmann *AGPr. LXXIII* S. 312 fg. 400 fg. Zitelmann *die Rgeschäfte im G. BGB. I* (1889) S. 1 fg. [ebenfalls, wiewohl in verschiedener Weise für eine freie Stellung der Wissenschaft eintretend.] — Muß noch besonders ausgesprochen werden, daß die Wissenschaft eben auch nur die Gedanken des Gesetzgebers ausdenken, nicht aber ihre eigenen Gedanken dem Gesetzgeber unterschieben soll? Man sollte es nicht für überflüssig halten, wenn man neuerdings liest (Bähr *Urtheile des Reichsgerichts* S. 9 fg.), daß die „Natur der Dinge“, das „Bedürfniß des Verkehrs“, das „entschieden Vernünftige“, zwar nicht „Quelle“ sei, aber doch „Quelle unserer Quellen“ m. a. W. Auslegungsmittel. Was der Natur der Dinge, dem Bedürfniß des Verkehrs entspreche, darüber kann man verschiedener Ansicht sein; es kommt nicht darauf an, was wir darüber denken, sondern was der Gesetzgeber darüber gedacht hat. Der a. a. D. speciell behandelte Fall hat zum Gegenstand den Umfang des dem bona-fide-Verkehr zu gewährenden Schutzes. Man kann es sehr vernünftig finden, daß der Empfänger einer Willenserklärung, welcher sich bona fide darauf verlassen hat, daß sie dem wirklichen Willen entspreche, den Urheber, trotzdem daß dieser nicht wirklich gewollt hat, in Anspruch nehmen könne, als habe er gewollt; man kann es aber auch sehr vernünftig finden, daß mein Zustand nur durch meinen wirklichen, nicht durch meinen Scheinwillen, zu meinem Nachtheil soll verändert werden können. Mit welchem Recht darf derjenige, welcher das Erste für vernünftig hält, behaupten, daß dieß auch die Vernunft des R. gewesen sei? Vgl. auch § 28² 4. [Diese Polemik geht entschieden zu weit. Zunächst: Ohne die Berücksichtigung dessen, was die Natur der Dinge, d. h. der zu regelnden Verhältnisse, was das Bedürfniß des Verkehrs, die Ver-

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

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

Lücken und Widersprüche. (Rechts-) Analogie.

§ 23.

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

Deswegen sind zuvörderst Lücken des Rechtsganzen nicht etwa, wie früher häufig gelehrt wurde, aus dem f. g. Naturrechte¹ zu

nunft, die Billigkeit fordert, kann man gar nicht ermitteln, was der Gesetzgeber hat sagen wollen. Vgl. auch Windscheid selbst § 21 zu 6. 6. Daß man in Fragen dieser Art sehr verschiedener Meinung sein kann, ist gleichgültig; das ist immer so, mag man Auslegungs-Grundsätze annehmen, welche man will. Sodann: Daß die Wissenschaft nicht ihre eigenen Gedanken dem Gesetzgeber unterstehen soll, ist gewiß, aber ihre Aufgabe beschränkt sich nicht auf die Erkenntnis des Gesetzeswillens. Es wird doch in § 16 S. 73 fg. den Juristen hervorragende Mitarbeit am Gewohnheitsr. zugewiesen und in § 18 anerkannt, daß das Gewohnheitsr. das Gesetz ändern kann; folglich kann dies auch durch ein von den Juristen durchgesetztes Gewohnheitsr. geschehen. Es nützt nun aber gar nichts, ein solches Gewohnheitsr., wenn es fertig ist, d. h. wenn es in allgemeiner Anerkennung steht, als eine Thatfache hinzunehmen, zugleich aber für die Zukunft vor der Wiederholung eines solchen Vorganges zu warnen. Wir müssen den Muth haben, auch unsere fernere Mitarbeit an der Fortbildung des R. bewußt ins Auge zu fassen und für uns offen in Anspruch zu nehmen. (Vgl. 28⁴.) — Bülow, Gesetz und Richteramt, Leipzig 1885, lehrt, es gebe kein anderes R. als das von dem Richter für den einzelnen Fall gefundene, das Gesetz schaffe nicht R., sondern enthalte nur eine Anweisung zur Einrichtung der R.sordnung (S. 43), das Gesetz sei nicht die Quelle des R., der Gesetzgeber bringe nicht selbst die Substanz hervor (S. 47). Ich halte das für Uebertreibung. Gegen R.: Hölder § 7 Anm., Blaffat röm. Prozeßgesetze I (1888) S. 9 fg.

ergänzen, d. h. einem durch apriorische Construction gefundenen Rechte, dessen Inhalt in jedem gegebenen Falle doch nur dasjenige bildet, was der Construierende für wahr hält¹², sondern aus dem Geiste des Rechtsganzen selbst; es muß diejenige Entscheidung gefunden werden, welche in seinem Sinne die richtige ist. Insofern dabei von den in dem Rechtsganzen wirklich ausgesprochenen Rechtsätzen ausgegangen, und die in diesen sich darstellende spezifische Art und Weise der Rechtsauffassung auf das einer rechtlichen Normirung bedürftige Verhältniß übertragen werden muß, spricht man auch hier von Analogie¹³. [Es gibt aber Fälle, in denen die Rechtsordnung, auch bei sachgemäßer Entwicklung der Consequenzen in ihr ausgesprochener Sätze und sachgemäßer Handhabung der Analogie eine Entscheidung der zu entscheidenden Frage nicht ergibt. In solchen Fällen kann die Entscheidung einer subsidiären Rechtsordnung zu entnehmen sein. In die Lücken des absolut gemeinen tritt das particuläre, in die des particulären das subsidiär gemeine Recht. Endlich aber ist es ein im römischen Recht schon weit verbreitetes, im heutigen Recht ganz allgemeines Princip, daß die Entscheidungen, welche die Rechtsordnung selbst nicht gibt, aus demjenigen zu schöpfen sind, was im Verkehr als billig und gerecht angesehen wird. Dieß

¹² [Vergleiche Jurisprudenz u. Philosophie I (1892) S. 355 fg.: als R. ist jedes R. außer dem positiven schlechthin ein Nonsens. Regelsberger I § 12. Vierke I § 21 a. E. Stammler, Wirthsch. u. R. S. 169 fg.: es gibt ein Naturr. nur in dem Sinne einer Lehre von dem was R. sein sollte, und auch dieß nicht mit ewigem, sondern mit wechselndem Inhalt, entsprechend den empirisch bedingten Verhältnissen. Vgl. auch Lehmann bei Stobbe II § 71, 6.]

¹³ Im Gegensatz zu der im vorigen § bezeichneten (Gesetzes-) Analogie nennt man sie Ananalogie. — Neuerdings lehrt wieder Fr. Adickes zur Lehre von den Quellen (1872) S. 8 fg. 67 fg., daß der Richter in Ermangelung anderer Quellen die Entscheidung aus seiner „subjectiven Vernunft“ zu schöpfen habe, und bezeichnet diese subjective Vernunft geradezu als Quelle. Als Beweis dafür wird nichts beigebracht als die Behauptung (S. 10), daß dieß der „allgemeinen Vernunft“ gemäß, daß es ein „Naturgesetz“ sei. Allerdings, fügt Adickes hinzu, dürfe der Richter seine subjective Vernunft nicht frei walten lassen, sondern müsse auf die „thatächlich gegebenen Elemente“ Rücksicht nehmen. Adickes nennt das Entscheidung aus der „Natur der Sache“, und geht damit zu einem „allerdings etwas verschrienen“, und nicht mit Unrecht verschrienen, Ausdruck zurück. Vgl. Dahn 35. f. deutsche Gesetzgeb. VI S. 55 fg. [E. I RGV. § 1 wollte auf Verhältnisse, für welche das Gesetz keine Vorschrift enthält, die für ähnliche Verhältnisse gegebenen Vorschriften entsprechend angewandt wissen. In Ermangelung solcher Vorschriften sollten die aus dem Geiste der Ordnung sich ergebenden Grundsätze maßgebend sein. In 2. Lesung ist diese Bestimmung als entbehrlich und zugleich in der Fassung unbefriedigend gestrichen. Vgl. Mealy I S. 2.]

ist richtig verstanden der Sinn des Satzes, daß h. z. T. alle Klagen *actiones bonae fidei* sind. Daß, soweit auch diese letzte objektive Entscheidungsquelle keinen Anhalt mehr gibt, der eigene Gerechtigkeitsinn des Richters entscheiden muß, kann auf keine Weise beseitigt werden.^{1b}]

Glaubt man in einem Rechtsganzen einen Widerspruch zu entdecken, so ist zuerst zuzusehen, ob nicht derselbe bloß scheinbar ist. Bloß scheinbar ist er, wenn die sich widersprechenden Rechtsätze nicht gleichen Ranges sind. Nicht gleichen Ranges sind subsidiär gemeinrechtliche und particuläre, [particuläre und absolut gemeinrechtliche,] frühere und spätere Rechtsätze; der particuläre geht dem subsidiär gemeinrechtlichen², [der absolut gemeinrechtlichen dem particulären,] der

[^{1b} Vgl. § 28. § 46. Ehrlich *Burians Juristische Blätter* XVII No. 37 fg. (1888). *Bergbohm Jurisprudenz u. Philosophie* (1892) S. 372 fg. führt (nach Vorgang anderer, darunter auch *Brinz I § 32²⁶*) eingehend aus, daß es Lücken im R. überhaupt nicht gibt. Seine Ansicht läuft darauf hinaus, daß nach objectivem R. alle Erscheinungen des Lebens entweder in den rleeren Raum fallen, oder in den erfüllten. In den ersteren gehöre alles, worin das R. absichtlich nicht eingreift, also alles, was weder verboten noch geboten wird. Was aber in dem von ihm erfüllten Gebiete das R. wolle, stehe objectiv immer fest, und es liege nur an uns, wenn wir es nicht wissen. Schade nur, daß uns damit gar nicht geholfen ist, bis wir es wissen. Um Lücken in den Kenntnissen des einzelnen (B. S. 363) handelt es sich natürlich nicht, sondern um solche in dem Gemeinbesitz der Wissenschaft. Daß die „Ausfüllung von Lücken“ durch Entwicklung der Konsequenzen bekannter Sätze und durch Analogie nicht Schöpfung neuen R., sondern Aufdeckung vorhandenen R. ist, hat man wohl schon vor B. gewußt. (Vgl. *Windscheid § 16^b*) Sieht man aber auch von den Lücken wissenschaftlicher Erkenntniß des R. ganz ab, so erweist es sich als unrichtig, daß das objective R. nothwendig lückenlose Verhaltensregeln für den einzelnen, lückenlose Entscheidungsnormen für den Richter ergebe. Das Reichsr. ist ein planmäßig lückenhaftes R. und bleibt es auch unter der Herrschaft des BGB. Wollte man sagen, das Reichsr. wolle in Bausch und Pogen die Sätze des Landesr., die es nicht aufhebt, so hätte man damit das ganze Landesr. zu Reichsr. gestempelt, was niemand anerkennen wird. Die Particularre der Länder des gemeinen R. sind planmäßig lückenhaft; sie verlassen sich auf das subsidiär gemeine R.; es wäre aber wiederum falsch, ihnen dessen Inhalt als den ihrigen zuzuschreiben; das r. R. war planmäßig lückenhaft; denn es verweist in weitestem Umfange zu seiner Ergänzung auf die *bona fides*; das gem. R. hat dieß Princip angenommen und richtiger Ansicht nach noch verallgemeinert. Der Inhalt dessen, was die *bona fides* fordert, ist nicht Rsatz. Vieles freilich aus diesem Inhalt ist Rsatz geworden und wo dieß der Fall ist, liegt auch eine revifible Rnorm vor. Es ist aber bei den Römern wie bei uns auch Vieles, was „Treu und Glauben“ fordern, nicht zum Rsatz geworden; die Verweisung auf diese ist immer noch zum guten Theil Verweisung auf eine dem R. nur subsidiäre Quelle geblieben. Ebenso verweist BGB. 242 zur Ergänzung der Rnormen auf Treu und Glauben, Verfehrrsitte, als dem R. ausbelfende Entscheidungsnormen. (Vgl. auch *Zitelmann*, die Gefahren d. BGB. f. d. RW. [1896] S. 17.)]

² Es kann auch ein Rsatz, welcher einem anderen gegenüber particulär ist, selbst wieder einen particulären unter sich haben, dem gegenüber er gemeinlicher

spätere dem früheren vor³. Bloß scheinbar ist der Widerspruch ferner dann, wenn bei genauerer Betrachtung sich die Voraussetzungen der beiden Rechtsätze als nicht identisch [oder die daran geknüpften Folgen als identisch] ausweisen. Ist aber der Widerspruch kein bloß scheinbarer (läßt er sich nicht vereinigen), und läßt sich auch nicht nachweisen, daß der eine Rechtsatz mehr als der andere den eigentlichen Gedanken des Rechtsganzen enthält⁴, so muß man sagen, daß der eine Rechtsatz so viel gelte, als der andere; demgemäß hebt der eine den andern auf, und es ist zu entscheiden, als ob keiner von beiden vorhanden wäre.

Wissenschaftliche Behandlung des Rechts.

§ 24.

Die Auslegung bildet keinen Gegensatz zu der wissenschaftlichen Behandlung des Rechts; sie ist wissenschaftliche Behandlung, schon die niedere, welche den Sinn der vom Gesetzgeber gebrauchten Worte, um so mehr die höhere, welche den eigentlichen Gedanken eines Rechtsatzes oder eines Rechtsganzen bestimmt. Aber die wissenschaftliche Behandlung des Rechts ist in der Auslegung nicht beschloffen. Wenn die Auslegung ihr Geschäft beendigt hat, handelt es sich um die Entwicklung der Begriffe, welche in den durch sie gewonnenen Rechtsätzen enthalten sind. Auch der eigentliche Gedanke des Rechtsatzes stellt sich noch dar in Begriffen, d. h. in Zusammenfassungen von Denkelementen; es kommt darauf an, die Begriffe in ihre Bestandtheile aufzulösen, die in ihnen enthaltenen Denkelemente aufzuweisen. Man kann in dieser Operation mehr oder weniger weit gehen; denn die gefundenen Elemente können sich selbst wieder als Zusammenstellungen anderer, einfacherer Elemente ausweisen, und so fort¹. Die

ist. Ein altes Sprichwort sagt: Stadtr. bricht Landr., Landr. bricht gemein (das für Deutschland gemeine) R.

³ L. 4 D. 1, 4.

⁴ Egl. § 26².

¹ Man vergleiche als Beispiel: Kaufvertrag ist ein Vertrag, durch welchen § 24. eine Sache gegen Geld abgetreten wird — Vertrag ist ein Geschäft, welches dadurch zu Stande kommt, daß zwei (oder mehrere) übereinstimmende Willenserklärungen in ein gewisses Verhältniß zu einander treten — Geschäft ist die Privatwillenserklärung, daß eine gewisse rliche Wirkung eintreten solle — Erklärung eines Willens ist was? — Wille ist was? — Uebereinstimmung ist was? — das erforderliche Verhältniß der beiden übereinstimmenden Willenserklärungen ist welches? — Sache ist was? Abtretung ist was?

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

Die Rechtsbegriffe zerfallen in zwei Classen, je nachdem sie zum Gegenstande die thatsächlichen Voraussetzungen der Rechte haben, oder die Rechte selbst und was von ihnen ausgeht werden kann. Begriffe, welche die thatsächlichen Voraussetzungen der Rechte zum Gegenstande haben, sind z. B. Rechtsgeschäft, Vertrag, Testament, Specification, Bedingung u. a. m. Bei den Rechten kommt in Betracht der Begriff des Rechts überhaupt, der Begriff der einzelnen Rechte, welcher sich aus ihren charakteristischen Merkmalen zusammensetzt (z. B. Eigenthum, Nießbrauch, Obligation, Vorkaufsrecht, Neurecht u. s. w.), ihr Inhalt, ihr Subject (Person, juristische Person), ihre Eigenschaften (Theilbarkeit und Untheilbarkeit, Veräußerlichkeit und Unveräußerlichkeit, Selbstständigkeit und Unselbstständigkeit u. s. w.), die von ihnen ausgehende Action (Ausübung, Klagbarkeit, Abchwächung des Rechts), besonders auch ihre Lebensphänomene (Entstehung, Untergang, Umgestaltung; Begründung, Vernichtung, Umgestaltung schlechthin oder mit einstweilen gehemmter Kraft; vollständige Vernichtung und Vernichtung durch Erzeugung einer Einrede; Umgestaltung der Person nach, dem Stoffe nach; Rechtsnachfolge, Gesamtnachfolge, Sondernachfolge u. s. w.). Dieß soll keine vollständige Aufzählung sein, sondern nur zur Orientirung dienen.

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

II. Auslegung des Pandektenrechts insbesondere.*)

§ 25.

Was die Auslegung des Pandektenrechts insbesondere betrifft, so ist hier zunächst zu erwähnen, daß Justinian alle Auslegung der von ihm publicirten Rechtsbücher verboten hat¹; im Zweifelsfalle solle

² Construiert wird z. B. die Reallast, indem nachgewiesen wird, daß das durch sie gewährte R. unter den Begriff des dinglichen, oder aber unter den Begriff des obligatorischen R. falle. Die Entstehung des Eigenthums aus dem Aufheben einer ausgeworfenen Sache wird construiert, indem nachgewiesen wird, daß in dem Auswerfen eine Tradition oder aber eine Dereliction liege. — Vgl. über die Construction, und überhaupt über das im Texte Gesagte, die geist- und lehrreiche Darstellung von Fhering Geist des r. R. II S. 309 fg. in Verbindung mit Jahrb. f. Dogmatik I S. 1 fg., eine Darstellung, welche trotz dessen, was sich im Einzelnen gegen dieselbe einwenden läßt, doch im Ganzen, als erster Versuch der Begründung einer „Technik des R.“, wie mir scheint, eine wärmere Anerkennung verdient hätte, als sie bei Brinz tr. VJ S. II S. 1 fg. gefunden hat. Vgl. noch Schloßmann der Vertrag S. 235 fg. (gegen Fhering). — Gegenwärtig bekämpft Fhering die „Begriffsjurisprudenz“ und legt alles Gewicht auf den „Zweck“ der Rüge — „realistische oder teleologische Methode“ im Gegensatz der „formalistischen oder dialektischen“. S. die Citate § 10^{4a}. [Gewiß können mit Begriffen und ihrer Pflege Mißbräuche getrieben werden durch Aufstellen falscher und werthloser, d. h. solcher Begriffe, die ohne wissenschaftliche Verwendbarkeit sind und vor Allem durch Verstoß gegen den Satz (den auch Windscheid im Text deutlich vertritt), daß die Begriffe aus dem geltenden R. abzuleiten sind, nicht umgekehrt Rüge aus Begriffen. Gegen solche Mißbräuche richtet sich Fherings Angriff, an den andere heftige Bekämpfungen der gegenwärtigen juristischen Methode anknüpfen (Stampe ACPr. LXXX S. 305 fg.). Der sorgsamsten Pflege und scharfen Begrenzung richtiger Begriffe galt Fherings Feldzug allerdings nicht (Weller, Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft 1892 S. 123). Aber derartige Angriffe auf Auswüchse einer guten Sache, geistreich und satirisch geschrieben, reichen im Erfolg leicht dazu, die gute Sache selbst zu discreditiren. Die RW. darf sich die strenge juristische Begriffsbildung nicht ausreden lassen, wenn sie nicht untergehen wil. Vorzüglich formulirt die Aufgabe der spezifisch-juristischen Construction Stammeler, Wirtschaft u. R. (1896) S. 165 fg. Vgl. auch über den hohen Werth des juristischen Begriffs Franken, vom Juristent. S. 8 fg. Hölder S. 61.]

¹ [Hölder § 10. Dernburg I § 36.]

² L 12 § 5 C. 1, 14, 1.2 § 21 C 1, 17. [Auf alle „Auslegung“ in dem Sinne § 23. wie wir das Wort nehmen, hat sich das justinianiſche Verbot nicht bezogen, sondern nur auf die litterarische Commentirung und zwar zunächst der Digesten (l. 2 § 21 cit.) und auf die Entscheidung tiefer liegender Zweifel und die umbildende interpretatio im römischen Sinne, welche schon Constantin (l. 1 C. 1, 14) für den Kaiser allein in Anspruch genommen hatte.] Ueber andere ähnliche Erscheinungen auf dem Gebiete der Gesetzgebung vgl. Unger Ann. 2 zu § 13 (I S. 95), Wächter gem. Recht S. 266 fg.

der Richter sich an den Kaiser wenden. Aber weder ist diese letztere Vorschrift heutzutage irgendwie ausführbar, noch ist das Verbot selbst jemals beobachtet worden; es ist also durch ein allgemeines Gewohnheitsrecht abgeschafft².

Sodann ist im Betreff der Auslegung der Justinianischen Rechtsbücher zu bemerken, daß die in denselben enthaltenen Stellen einer zwiefachen Auslegung bedürftig sind. Zuerst muß der Sinn bestimmt werden, in welchem sie von ihren ursprünglichen Verfassern niedergeschrieben worden sind; sodann ist darauf Rücksicht zu nehmen, ob nicht dieser Sinn durch ihre Aufnahme in die Justinianische Codification geändert ist³. [Für das geltende Recht kommt es auf den

² Vgl. Savigny I S. 301—317. [Abgeschafft ist wohl nicht das rechte Wort. Das Verbot ist nicht recipirt und konnte nach der ganzen Natur des Receptionsvorganges nicht recipirt werden, da grundsätzlich das r. R. nur recipirt ist in dem Sinne, in welchem es die Praxis verstand, die umbildende deutsche Interpretation also grundsätzlich sich über die Texte des r. R. stellte.]

³ Im Einzelnen ist hier in's Auge zu fassen: 1) der veränderte Zustand, unter welchem die Justinianische Compilation zusammengestellt worden ist. Mit Rücksicht auf denselben sind viele der aufgenommenen Stellen in ihrem Wortlaut abgeändert worden (Interpolationen, s. g. emblemata Triboniani); in anderen Fällen hat das Aufgenommene auch ohne Aenderung des Wortlauts, bloß durch seine Beziehung auf den Justinianischen Zustand, eine andere Bedeutung bekommen (so z. B. bezeichnen die Ausdrücke *cessio*, in *ius vocatio* im Munde der Compileren etwas ganz Anderes, als im Munde der alten Juristen). Zu beachten ist 2) der Zusammenhang der Compilation. Justinian hat nicht bloß die einzelnen von ihm publicirten Bücher, Institutionen, Digesten, Codex, jedes für sich, sondern auch alle drei zusammen als ein Ganzes betrachtet wissen wollen (§ 26²); jede Stelle hat also nur denjenigen Werth, welcher sich aus ihrem Zusammenhange mit anderen Stellen der Compilation ergibt. Dabei ist ein nicht zu vernachlässigendes Interpretationsmittel namentlich auch die Titelrubrik, unter welche die auszulegende Stelle gestellt ist, obgleich F. C. Schmidt (Methode der Auslegung der Justinianischen Bücher, 1855) zu weit geht, wenn er die Bedeutung einer jeden Stelle ganz nach der Rubrik ihres Titels bestimmen will, in der Weise, daß allgemein redende Stellen speciell, und speciell redende allgemein zu verstehen seien, je nachdem sie sich in einem Titel mit specieller oder allgemeiner Rubrik befinden. Vgl. dagegen Stinzing Heidelb. krit. 3S. III S. 56 fg., Arndts krit. Ueberschau III S. 485 fg. [Zur Aufklärung des ursprünglichen Sinnes der Digestenstellen ist es wichtig, den Zusammenhang festzustellen, in welchem sie in den Originalwerken standen. Diesem Zwecke ist gewidmet: Lenel, Palingenesia iuris civilis 2 voll. Lips. 1889 (erste Lieferg. 1888). Ueber dieses ausgezeichnete Werk vgl. Ripp fr. 33S. XXXIII S. 481 fg.] Ueber Interpolationen: Eisele Sav.-3S. VII, 1 S. 15 fg. (1886) [X S. 296 fg.] [XI S. 1 fg.] [XIII S. 118 fg.] Gradenwitz Sav.-3S. VII, 1 S. 45 fg. Gradenwitz Interpolationen in den Pandekten. Berlin 1887. [Dazu Lenel Sav.-3S. IX S. 177 fg. Henri Appleton, des Interpolations dans les Pandectes et des méthodes propres à les découvrir. Paris 1895. Dazu Ripp Sav.-3S. XVI S. 333 fg. Außerordentlich werthvoll sind auch die Noten in Lenel's Palingenesie. — S. noch § 4⁴, § 12¹.]

justinianischen Sinn an.] — Was den ursprünglichen Sinn der einzelnen Stellen des Corpus Juris angeht, so kommt in Betracht, daß dieselben zum großen, ja größten Theile ursprünglich nicht Gesetze gewesen sind, sondern Zeugnisse für das bestehende Recht, so namentlich die Excerpte aus den Schriften der römischen Juristen, und (obgleich nicht ausnahmslos) die kaiserlichen Rescripte und Decrete. Im Ganzen und Großen sind nun zwar die Grundsätze für die Auslegung dieser Zeugnisse keine anderen, als die oben für die Auslegung der Gesetze entwickelten; im Einzelnen stellt sich aber doch Manches anders. So hat namentlich das *s. g. argumentum a contrario* hier eine ganz andere Bedeutung, als für die Gesetze (§ 22⁷), und bei der Auslegung der Rescripte darf nicht vergessen werden, daß in dieselben nicht selten Momente aus der Anfrage mit aufgenommen worden sind, ohne daß diese Momente für wesentliche Voraussetzungen der Entscheidung haben erklärt werden sollen.

§ 26.*)

Finden sich unter den aus den verschiedenen Quellen des Pandektenrechts entwickelten Sätzen Widersprüche, so geht das heutige Gewohnheitsrecht den Reichsgesetzen vor, und unter den Reichsgesetzen das spätere dem früheren. Die Reichsgesetze gehen vor den recipirten fremden Rechten; unter diesen aber geht das canonische Recht dem römischen vor, insofern nicht der Gerichtsgebrauch einen Satz des römischen Rechts dem canonischen Rechte gegenüber festgehalten hat. [Vgl. § 2³.] Unter den Quellen des römischen Rechts gehen die Novellen den drei Rechtsbüchern, Institutionen, Digesten, Codex, vor, da sie bestimmt waren, das in letzteren enthaltene Recht zu ändern, und aus dem gleichen Grunde hat jede spätere Novelle den Vorzug vor der früheren. Was endlich das Verhältniß der drei Rechtsbücher unter sich angeht¹, so stehen jedenfalls die Institutionen und die Digesten sich gleich, da sie gleichzeitig publicirt sind. Aber auch der Codex, obgleich ein Jahr später publicirt, darf den Institutionen und Digesten nicht vorgezogen werden, da Justinian alle drei Rechtsbücher als ein Ganzes hat betrachtet wissen wollen². Wohl aber ist es möglich, daß eine in dem

*) [Dernburg I § 13, 2. § 36 S. 81 fg. § 10, 3, Megeßberger I § 6.]

¹ Thibaut civilistische Abhandlungen Nr. 6, v. Pöhr Magaz. f. R.W. u. § 26. Gesetzgebung III S. 176 fg.

² Vgl. Const. *Omnem* § 8, *Tanta* § 12. 23, *Cordi* § 3. Dieß geht auch aus der von Justinian gegebenen, allerdings keineswegs richtigen, Versicherung Bindschmid, Pandecten. 8. Aufl. I. Band.

Ganzen dieser drei Rechtsbücher enthaltene Stelle späteren Ursprungs einer anderen früheren Ursprungs auf Grund ihres Zeitverhältnisses vorgezogen werden muß. Dazu ist jedoch erforderlich, einmal, daß die spätere Stelle auch wirklich eine spätere Entwicklung des Rechts enthalte, und sodann, daß Gründe vorliegen, welche die Annahme rechtfertigen, entweder daß die Compileroren die frühere Stelle nur als rechtshistorisches Material oder als Uebergangsrecht haben aufnehmen wollen, oder daß die Aufnahme der früheren Stelle auf Uebereilung und Versehen beruht³. — Entscheiden die hier aufgestellten Grundsätze nicht, und läßt sich auch aus anderen Gründen nicht erkennen, welche Stelle im Sinne des betreffenden Rechtsganzen den Vorzug verdient, so ist bei wirklichem Widerspruche⁴ nach dem oben (§ 23) bezeichneten allgemeinen Satze zu verfahren: die eine Stelle hebt die andere auf, und es ist zu entscheiden, als wenn keine von beiden vorhanden wäre.

hervor, daß in den drei Büchern Widersprüche nicht zu finden seien (Const. *Tanta* § 15). Wollte man das Publicationsdatum des Codex für entscheidend halten, so müßte man annehmen, daß Justinian zuerst den Institutionen und Digesten den Vorzug vor dem (alten) Codex; darauf diesen (in der der Hauptmasse nach übereinstimmenden *repetita praelectio*) den Vorzug vor jenen beigelegt habe. Hölder S. 58 fg. [Wetter I S. 21. 16. Dernburg § 10, 3. Regelsberger I § 3⁴. § 6 S. 30 fg.]

³ Daß die Compileroren nicht ausschließlich dogmatische Zwecke verfolgt haben, wie sehr dieselben auch vorwiegen mögen, ist unzweifelhaft; bei den Institutionen liegt dafür ein ausdrückliches Zeugnis Justinians vor. Const. *Imperatoriam maiestatem* § 5. Uebergangsr. f. 3. V. Nov. 89 c. 7. Versehen: f. 3. V. § 108⁴, II § 441¹, II § 499¹, III § 539¹, III § 628³, III § 644². Aus den Pandekten gewähren ein Beispiel einer zulässigen historischen Vereinigung l. 34 pr. D. 17, 1. — l. 15 D. 12, 1, ein Beispiel einer unzulässigen l. 41 D. 13, 7 — l. 22 D. 20, 1.

⁴ Es ist natürlich vorher zuzusehen, ob nicht der Widerspruch sich dadurch als ein bloß scheinbarer nachweisen läßt, daß eine Verschiedenheit in den Thatbeständen der beiden Sätze herausgehört [oder die Uebereinstimmung der Entscheidungen gezeigt] wird. Dabei darf zwar bei der bestimmten Versicherung Justinians, daß, wenn man genau zusehe, sich gar kein Widerspruch finden werde (*), auch eine nicht ganz nahe liegende Vereinigung nicht gescheut werden (vgl. 3. V. III § 673¹, auch Schirmer Erbrecht § 6¹⁷); von der anderen Seite ist aber auch vor dem Streben nach Vereinigung um jeden Preis zu warnen, in welchem schon viel Mühe unfruchtbar verzehrt worden ist. Vgl. noch Fitting ACBra. XLVIII S. 311 fg. und Castrense peculium S. 196 fg., Wetter Festig S. 366 fg. [Pand. I § 5 S. 20 fg. — Bei der erwiesenen vielfältigen Unrichtigkeit jener Versicherung ist nicht einmal das hier Gefolgerte darauf zu stützen.]

Drittes Kapitel.**Gegensätze im Recht.****Gebietende, verbietende und erlaubende Rechtsätze.****Verneinende und declaratorische Rechtsätze*.**

§ 27.

Die Aufgabe des Privatrechts ist, die Grenzen der Willensherrschaften der zusammenlebenden Individuen zu ziehen, zu bestimmen, in welchem Umfang der Wille eines jeden Individuums maßgebend ist für die gegenüberstehenden Individuen. Diesen Zweck erreicht die Privatrechtsordnung durch den Erlaß von Geboten und Verboten — gebietende und verbietende Rechtsätze¹. Aber nicht alle Rechtsätze enthalten ein Gebot oder Verbot. Es gibt auch 1) verneinende Rechtsätze. Verneinende Rechtsätze sind a) solche, welche aussprechen, daß an eine gewisse Thatsache ein Gebot oder Verbot nicht angeknüpft sein sollte²; b) solche, welche aussprechen, daß ein an eine gewisse Thatsache angeknüpftes Gebot oder Verbot mit dem Eintritt einer anderen Thatsache erlöschen sollte³; endlich aber kann c) ein Rechtsatz auch verneinen, daß an eine Thatsache eine Verneinung der gedachten

* Die Grundlage des im Folgenden Gesagten bildet die Darstellung bei Thöl Einleit. in das deutsche Privatr. § 33—36. Dazu: Thon Norm und subjectives R. S. 347, Binding fr. WZS. XXI S. 545, Bierling zur Kritik der jur. Grundbegriffe II S. 22 fg. [Juristische Prinzipienlehre I § 5.] Binding Handb. des Strafr. I § 36. [Die Normen I (2. Aufl. § 15.) Schuppe Begriff des subjectiven R. (1887) S. 15 fg. Hölder Pandekten § 11. [Ueber objectives und subjectives R. (1893) S. 41 fg. Heilinger R. und Macht (1890) S. 21 fg. Regelsberger I § 27. Gierke I § 16, I, 2. Pehmann bei Stobbe II § 71, 1. Laband Staatsr. I § 57, II.]

¹ Ausdrücke, welche das Gebot und Verbot zusammenfassen, sind: Norm, § 27. Imperativ (beide Ausdrücke in der neueren Zeit mit Vorliebe gebraucht), Rechtsbefehl. — Man kann übrigens sagen, daß auch das Verbot ein Gebot sei: Gebot der Unterlassung. [Auch durch die Bemerkungen von Gierke I § 15, I, 6 kann ich die Auffassung von der wesentlich imperativen Natur alles R. nicht als erschüttert ansehen. Natürlich kommt es auf die Ausdrucksform überhaupt nicht an, und die Zerlegung des R. in einzelne Sätze ist eine untergeordnete Sache, (vgl. auch Frenzel R. und Rätze (1892) S. 1 fg.) Das R. ist eine einheitliche Ordnung durchaus gebietender Natur.]

² Beispiele. Das im Spiel Verlorene (durch Spielvertrag Versprochenes) braucht nicht geleistet zu werden. Die Willenserklärungen von Kindern und Geisteskranken sind nichtig.

³ Beispiele. Die Obligation erlischt durch Erfüllung. Ansprüche verjähren in 30 Jahren.

Art angeknüpft sein solle⁴. Einen breiten Raum sodann nehmen 2) die declaratorischen Rechtsätze⁵ ein, d. h. diejenigen Rechtsätze, welche das in einem anderen Rechtsätze Ausgesprochene näher bestimmen, entweder den thatsächlichen Voraussetzungen nach, oder in Betreff der den thatsächlichen Voraussetzungen beigelegten Bedeutung⁶. — Erlaubende Rechtsätze, d. h. in der Form der Erlaubniß ausgedrückte Rechtsätze, sind in der Wirklichkeit entweder gebietende oder verbietende oder verneinende⁷.

⁴ Z. B. HGB. Art. 317. „Bei Handelsgeschäften ist die Gültigkeit der Verträge durch schriftliche Abfassung oder andere Förmlichkeiten nicht bedingt“. Ebenso gehört hierher die Vorschrift des Art. 319 des HGB., daß bei einem unter Abwesenden gestellten Antrag der Antragende an den Antrag bis zu einem näher bestimmten Zeitpunkt gebunden bleibe. Diese Vorschrift verneint, daß an die Thatsache der Acceptation des gestellten Antrages ein Absehl deswegen nicht angeknüpft sein solle, weil inzwischen die Thatsache der Rücktrittserklärung eingetreten sei. Anderes Beispiel: die Compensation findet nicht statt gegen eine Forderung aus der Hinterlegung.

⁵ Thöl sagt: begriffsentwickelnde Sätze. Dieser Ausdruck, den ich früher selbst gebraucht habe, ist zu eng. [Die sachlich befehlende Natur der begriffsentwickelnden Sätze leitet Hegelsberger I § 27, I daraus her, daß mit ihnen befohlen werde, den erklärten Ausdruck in dem bestimmten Sinne zu verstehen. Dagegen mit Recht Herte I § 15¹⁰. Der Anwendungsbefehl an den Richter begleitet alle Sätze. Es handelt sich aber darum, welchen Sinn jene Sätze im Verhältniß zu den Anunterthanen haben. Hier zeigt sich, daß die declaratorischen unselbständig sind. Sie geben für sich allein Niemandem eine Verhaltensmaßregel, und es ist unmöglich, daß der Richter jemals sie allein anwende. Sie haben ihren Werth nur als Aufklärungen anderer Sätze. z. B. HGB. 4 gibt die Adresse an, an welche sich die Gebote des HGB. über das Verhalten von Kaufleuten richten, und zugleich, was gemeint ist, wenn ändern ein Verhalten gegenüber Kaufleuten geboten wird. Vgl. auch Lehmann (*) S. 3. Es ist berechtigt zu fordern, daß das Gesetz in Begriffsbestimmungen und Erläuterungen seiner selbst nicht zu weit gehe, sondern für Wissenschaft und Praxis gebührenden Raum lasse. Nicht richtig aber ist die Behauptung (Wendt Jahrb. f. Dogm. XXIX S. 31 ff., daß das Gesetz verbindliche Normen dieser Art nicht erlassen könne].

⁶ Beispiele. Das Testament muß vor 7 Zeugen errichtet werden. Das Mindestalter währt bis zum zurückgelegten siebenten Lebensjahr. Ein Vertrag kommt dadurch zu Stande, daß die von dem Einen dem Andern gegenüber abgegebene Willenserklärung von dem Andern acceptirt wird. Der Schuldner kann die ihm obliegende Leistung auch durch einen Dritten bewirken, wenn es auf seine Persönlichkeit nicht ankommt. Einem verneinenden Satz gegenüber declaratorisch ist z. B. der Satz, daß der gestattete Rücktritt vom Vertrage dem anderen Vertragsschließenden gegenüber erklärt werden müsse. Daß ein Satz declaratorisch auch für einen anderen declaratorischen Satz sein kann, bedarf kaum der Bemerkung.

⁷ a) Der Satz: der Vertragsschließende kann von dem ändern Vertragsschließenden die Bewirkung der versprochenen Leistung fordern, ist nur ein anderer Ausdruck für den Satz: der Versprechende soll die versprochene Leistung bewirken. Wenn gesagt wird, daß bei der alternativen Obligation der Schuldner wählen

Strenge und billiges Recht.

§ 28.

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

Der Begriff der Billigkeit ist seiner Natur nach ein unbestimmter, er empfängt seinen Inhalt aus dem Rechtsbewußtsein oder Rechtsgefühle des ein gegebenes Recht Betrachtenden. Insofern es aber ein

dürfe, was er leisten wolle, so heißt das in Wirklichkeit: dem Schuldner ist nur die gewählte Leistung (der gewählte Leistungsinhalt), nicht die nichtgewählte geboten. b) „Der Eigentümer darf über seine Sache verfügen, wie er will.“ Der wirkliche Inhalt dieses Satzes ist ein Verbot an die dem Eigentümer Gegenüberstehenden, ihn in der Verfügung zu hindern. c) Der Satz, daß von dem Auftragsvertrag zurückgetreten werden könne, enthält eine Verneinung der an den Abschluß des Auftragsvertrages angeknüpften Gebote für den Fall des Rücktritts. Der Satz, daß von dem gegenseitigen Vertrage nicht deswegen zurückgetreten werden könne, weil der andere Vertragsschließende seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, ist doppelt verneinend (er enthält eine Verneinung der Verneinung, s. im Text unter 1. c). Vgl. über die in der neueren Zeit viel verhandelte Frage, ob es erlaubende Kläse gibt, Thon Knorn und subj. R. S. 292 fg. S. 345 fg., und die Anzeigen dieser Schrift von Pindling fr. VJZS. XXI S. 542 fg., Merkel Grünh. JS. VI S. 371 fg., Pernice das. VII S. 473 fg.; neuestens Pierling zur Kritik der jur. Grundbegriffe II S. 1 fg., 307 fg. S. auch unten § 38². Pindling Handb. des Strafr. I S. 156 fg. Schuppe (*) S. 19. 58 fg. [Auch die bei * hinzugefügten Schriften, ferner unt. § 30¹.]

¹ Ius aequum ist nicht das allen Personen gleiche R., sondern das den Verhältnissen gleiche, sie bedende R. Umgekehrt wird häufig das Wesen des billigen R. gerade in die Berücksichtigung der individuellen Unterschiede gesetzt (Puchta § 21, Thöl Einl. § 40, Unger I S. 71). Auch diese Auffassung ist nicht richtig. Es kann freilich unbillig sein, daß ein individueller Unterschied nicht berücksichtigt wird, aber es kann ebenso unbillig sein, daß ein individueller Unterschied berücksichtigt wird. Thering der Zweck im R. I S. 367 fg. bes. S. 372 fg. bestimmt den Begriff der Billigkeit dahin, daß sie sei „das Gleichgewicht zwischen Verdienst und Lohn, zwischen Strafe und Schutz“. Veist civil. Studien IV S. 190 fg. erklärt die „Aequitas“ als die „Humanität in der socialen Ordnung“. — Ueber die Auffassung der aequitas bei den Römern vgl. M. Voigt die Lehre vom ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer Bd. I (1856). Dazu die Anzeige von Esmarch krit. Ueberschau VI S. 1 fg. — Fadde und Bensa I p. 136 sg. [Ripp in Pauli's Realencyclopädie des classischen Alterthums s. v. aequitas und die dort angeführte Literatur.]

Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein nicht bloß der Einzelnen gibt, sondern auch ein Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein der Gesamtheit eines Volks, bezeichnet die Billigkeit das Ideal, nach dessen Verwirklichung das Recht eines jeden Volks zu streben hat². Bevor aber dieses Ideal verwirklicht ist, bevor eine Rechtsquelle die Ansprüche der Billigkeit anerkannt hat, ist die Billigkeit eben nicht Recht³, und der Richter würde sich schwer verfehlen, wenn er das positive Recht seines Volks zu Gunsten der Billigkeit, oder dessen, was er für Billigkeit hält, hintanzusetzen wollte⁴. Es wird ihm jedoch eine genaue Erfor-

² In diesem Sinne bezeichnet schön l. 1 pr. D. 1, 1 das R. als „ars boni et aequi“. Vgl. § 1 cod., l. 90 D. 50, 17, l. 8 C. 3, 1. Vgl. Vekker Actionen II S. 270². Es ist aber Uebertreibung, jedenfalls im Ausdrücke, und keine ungefährliche Uebertreibung, wenn Vekker lehrt (a. a. O. S. 264 fg.), daß dem „Ideal.“ gegenüber das positive R. eine selbständige Berechtigung zur Existenz nicht besitze, daß es „nichts anderes als ein Nothbehelf“ sei.

³ Der Gegensatz zwischen ius und aequitas wird anerkannt in l. 52 § 3 D. 2, 14 (— „neque iure ullo neque aequitate tale desiderium admitti“ —), ferner in l. 32 pr. D. 15, 1 und in l. 2 § 5 D. 39, 3.

⁴ L. 1 C. 1, 14. „Inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere“. In den beiden letzten in der vorigen Note citirten Stellen wird zwar die aequitas auch gegen das ius zur Geltung gebracht (— „haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamus“, „sed licet hoc iure contingat, tamen aequitas dicitur iudicium“ —); aber die Stellung der römischen Juristen war auch eine viel freiere, als die der heutigen Juristen und Richter ist.— Daß das „Ideal.“ kein wirkliches R. sei, erkennt auch Vekker (?) bereitwillig an. Dagegen erklärt Schloßmann der Vertrag S. 169 fg. es für die eigentliche Aufgabe des Richters, das „gerechte R.“ (vgl. § 14¹) zur Geltung zu bringen. Allein, welches dieses gerechte R. sei, darüber kann, wie auf der Hand liegt und Schloßmann selbst zugibt, in jedem einzelnen Falle nur das subjective Ermessen des Richters entscheiden. Gewiß betont Schloßmann mit Recht, daß es dem Richter unmöglich ist, bei dem unmittelbaren Inhalte des positiven R. stehen zu bleiben. Aber wer den Richter dabei von allen Regeln (vgl. § 22—24) entbindet, wird nicht dazu beitragen, daß die dem Richter so unentbehrliche Freiheit der Bewegung zur allgemeinen Anerkennung gelange. [Gewiß ist das „Ideal.“ kein R. und ebensowenig die Meinung eines einzelnen, von dem was die Gerechtigkeit fordere. Das geltende R. bindet uns, auch wo es ungerecht ist. Andererseits aber sollen wir nicht nur in der Auslegung des geltenden R. die Gerechtigkeit des Ergebnisses berücksichtigen und das was im Leben für gerecht gilt, anshülfsweise zur Entscheidung benutzen, sondern wir stehen auch vor der Thatsache, daß seit Jahrhunderten die Rechtswissenschaft in Theorie und Praxis das geltende R. nicht starr angewandt, sondern im Interesse der fortschreitenden Gerechtigkeitsüberzeugungen umgebildet hat. Es ist anerkannt, daß eine fertige Bildung dieser Art geltendes R. ist. Es fragt sich, welche Lehre wir daraus für unsere Zukunft ziehen müssen. Die römische RW. hat in bewußter Weise die Fortbildung des R. für ihre Aufgabe angesehen. Daß ihre Stellung viel freier war als die unsrige, ist ein sehr ansehnlicher Satz. Die Ertheilung des ius respondendi hat eine principielle Veränderung in dem Verur der

schung des wahren Gehalts des positiven Rechts sehr häufig die dem ersten Blicke sich verbergende Möglichkeit gewähren, die Ansprüche der Billigkeit mit den eigenen Mitteln des Rechts zu befriedigen⁵.

Regelgemäßes und regelwidriges Recht.

Privilegium.*)

§ 29.

Regelgemäß ist dasjenige Recht, welches den im Rechte anerkannten Principien gemäß ist; dadurch, daß das Recht aus besonderen

Juristen zur Fortbildung nicht hervorgerufen (Ripp, Quellenkunde d. r. R. S. 71 fg.), und im übrigen, wenn wir aus dem Munde der römischen Juristen selbst hören, ihre gemeine Meinung sei Recht, so können wir uns doch selber hinzudenken, daß dies nicht die Wahrheit hätte sein können, wenn nicht die Sätze der Jurisprudenz auch im römischen Leben Anerkennung gefunden hätten. So ist es aber auch bei uns: R. wird ein Juristensatz, wenn er im praktischen Leben als solcher anerkannt wird. Auch dem heutigen Juristen kann nicht empfohlen werden, für seine Person starr am geltenden R. zu halten, aber eine von Andern fertig gebrachte Umbildung desselben als geltendes R. zu begrüßen, sondern vielmehr, an der Arbeit der Fortbildung sich zu betheiligen. Der praktische Takt, mit dem dieß geschieht, der Werth der Ergebnisse, welche erzielt werden, kann allein dieser Arbeit die allgemeine Anerkennung verschaffen, deren sie bedarf, um ihre Resultate zu Sägen zu stampeln. Nicht aber soll theoretisch als unmöglich oder verwerflich hingestellt werden, was praktisch in beständigem Fluß geschieht und als unentbehrlich empfunden wird. Für die hier vertheiligte Stellung der RW. vgl. namentlich Hartmann ACPr. LXXIII S. 312 fg. bef. S. 403, Regelsberger Streifzüge S. 16 fg. (ob. § 16⁹). Es ist erfreulich, daß der oberste Gerichtshof Deutschlands anerkennt: die Hauptaufgabe der Praxis bleibe, das Gesetz zwar mit seinen Mängeln anzuwenden, aber es nach Möglichkeit den Anforderungen, welche der bürgerliche Verkehr an das Gesetz stellt, anzupassen. RG. XX S. 325. Vgl. noch: Lotmar vom R., das mit uns geboren ist und: die Gerechtigkeit (1893), dazu Stammler Arch. f. sociale Gesetzgeb. u. Statist. VI S. 615 fg. — Lppenheim Gerechtigkeit und Gesetz (1895)].

⁵ Es kann auch vorkommen, daß das R. selbst den Richter darauf verweist, die Umstände des einzelnen Falls zu erwägen, und danach die Entscheidung zu treffen. Hierher gehört I. 91 § 3 D. 45, 1: — „esse enim hanc quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose . . . erratur“. (Es handelt sich um die Frage, ob Verzug vorhanden sei, und für Beantwortung dieser Frage gibt es zunächst keine andere Regel als die, daß Verzug angenommen werden müsse, so oft es dem Schuldner zum Vorwurf gereiche, daß er nicht zur rechten Zeit geleistet habe. [Man ist für die im Text bezeichneter Erscheinung nicht auf ein so vereinzelttes Beispiel angewiesen; vielmehr gehört es zu den wesentlichsten Charakterzügen des r. R., daß dasselbe im weitesten Umfange zur Ergänzung seiner Vorschriften auf die bona fides, das bonum et aequum, die Billigkeit, wie sie im Leben verstanden wird, verweist. Die actiones bonae fidei und arbitrariae, in deren Bereich dies (aber nicht einmal ausschließlich in ihm) deutlich hervortritt, bilden die ungeheure Mehrzahl aller actiones überhaupt. Vgl. darüber Ripp aequitas (1). S. auch ob. § 23^b, unt. § 46.]

* Savigny I S. 61—66, Wächter Württemberg. Privatr. II § 3 (50),

Gründen sich mit diesen Principien in Widerspruch setzt, entsteht regelwidriges Recht¹. Von dem regelwidrigen Rechte heißt es in den Quellen, daß es nicht ausgedehnt werden dürfe². Das will sagen, daß es nicht weiter ausgedehnt werden dürfe, als der eigentliche Gedanke der Bestimmung reicht; der Satz sagt also nichts, was sich nicht von selbst versteht³.

Thöl Einleitung § 38. 39, Unger I § 8 (65). [Prinz I § 25, Hölder § 13, Dernburg I § 33, Regelsberger, Streifzüge (ob. § 16^b) S. 3 fg., Pand. I § 31, Wierke I § 6, I, 1, Graßhoff Begriff u. praktische Bedeutung des ius singularis. Göt. Diss. 1890, Remy der Begriff des ius sing. und seine praktische Verwendbarkeit (sollte heißen Unverwendbarkeit). Erlang. Diss. 1895].

§ 29. ¹ Die Quellen sagen: ius singularis. L. 16 D. 1, 3, „Ius singularis est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritatis constituentium introductum est“. — Andere (so namentlich Savigny a. a. D.) definiren das ius singularis als dasjenige R., welches nicht auf dem reinen R-gebiete entsprungen sei, sondern auf den Principien der Sittlichkeit und Wohlfahrt beruhe. Aber was ist reines R-gebiet? Und beruht nicht alles R. darauf, wie gerade dieses Volk die Principien der Sittlichkeit und die Bedürfnisse der öffentlichen und privaten Wohlfahrt erfaßt und richig verwerthet? Besondere Auffassung des ius singularis bei Scharlach ACPr. LXII S. 435 fg. [Es bedeute nur auf auctoritas iuro consultorum beruhendes R.] Uebereinstimmend Zitelmann ACPr. LXVI S. 348, dawider Hölder S. 71 [und Eisele, Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 119 fg. — Dernburg stellt dem gemeinen R. das besondere, ius singularis, die Ausnahmen, gegenüber. Diese sind zweierlei Art: a) Sonderre, die für einen Kreis von Fällen aus besondern Gründen die gemeinen Regeln ausschließen. b) wahre Anomalien, Fälle, welche, den Vorstellungen der Vergangenheit angehörend oder durch andere Zufälligkeiten gebildet, mit dem auf höheren Stufen der R-wissenschaft erdachten, die Fälle nach ihrer ratio classificirenden System nicht stimmen. Nur diese Anomalien sind von der Ausdehnung durch Analogie ausgeschlossen, nicht die Sonderre, nur diese, nicht jene, meint Paulus l. 16 cit. So auch Graßhoff a. a. D. — Ob mit dieser Auffassung dem Paulus Ehre erwiesen wird oder nicht (Regelsberger Pand. § 31^a), ist allerdings gleichgültig (Dernburg a. a. D.). Aber sie wird durch die triftigen Gründe von Regelsberger Streifzüge S. 7 fg., Eisele a. a. D. S. 131 fg. widerlegt. — Regelsberger a. a. D. begründet zutreffend in Anlehnung an Prinz a. a. D., Pfaff u. Hofmann, Commentar zum Oest. R. RGH. I S. 301 fg. und Keller § 7 die Ansicht, daß der Begriff des ius singularis werthlos ist, und nur ein vager, scharfer Erfassung sich entziehender Unterschied von Regelr. und Sonderr. besteht.] — Beispiele von ius singularis in l. 15 D. 12, 1, l. 23 § 1. l. 44 § 1 D. 41, 2, l. 44 § 3 D. 41, 3.

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

³ Man ist darüber einverstanden, daß der Sinn des Satzes nicht sei, daß bei dem ius singularis die ausdehnende Auslegung im engeren Sinne ausgeschlossen sei; man wird aber noch weiter gehen und auch die ausdehnende Auslegung im weiteren Sinne (Analogie) zulassen müssen. Sonst würde man dieselbe überhaupt in Frage stellen; denn jeder neu auftretende Fall stellt sich gegenüber den vorhandenen Regeln als regelwidriges R. dar. Das SC. Velleianum

Die wichtigste Anwendung des regelwidrigen Rechts besteht darin, daß durch dasselbe für eine gewisse Klasse von Personen oder Sachen oder Rechtsverhältnissen etwas festgesetzt wird, was für andere Personen oder Sachen oder für andere Rechtsverhältnisse der gleichen Art nicht gilt. Enthält die Ausnahmebestimmung eine Begünstigung, so wird von einem Privilegium gesprochen, und ebenso heißt die durch die Ausnahmebestimmung hervorgerufene günstige Lage selbst Privilegium⁴. Die Privilegien sind persönliche, wenn sie eine Klasse von Personen, sachliche, wenn sie eine Klasse von Sachen oder Rechtsverhältnissen begünstigen⁵.

begründet gewiß *ius singulare*; und wie ist es ausgedehnt worden. Vgl. auch II § 478⁴. Aber wenn z. B. eine Bestimmung *favore libertatis* gegeben worden ist, so darf man in derselben nicht den Ausdruck eines *Principis* erkennen, welches zur Anwendung kommen müsse, auch wo es sich um Freiheit nicht handelt. L. 23 § 3 D. 40, 5. „*Etiā fideicommissaria libertas a filio post certam aetatem eius data, si ad eam puer non pervenit, ab herede filii praestituta die reddatur; quam sententiam iure singulari receptam ad cetera fideicommissa relicta porrigi non placuit*“. Uebereinstimmend Keller § 7, Brodowski r. Privat. I §. 105 sq., Römer 3§. f. 5K. XIX §. 94, mit einer Unterscheidung Dernburg I §. 74 [vgl. ¹]. Hinzugefügt muß allerdings werden, daß, je bestimmter und ausdrücklicher dievorschrift ist, mit welcher das *ius singulare* sich in Widerspruch setzt, um so gewichtiger die Gründe sein müssen, welche zu einer ausdehnenden Auslegung berechtigen sollen — nach dem Satze, daß im Zweifel für die geringere Abweichung von dem bestehenden R. zu entscheiden ist (§ 21⁷). Gegen diese Zulässigkeit der analogischen Ausdehnung Eisele Jahrb. f. Dogm. XXIII §. 119 sq., Fadda und Bansa I p. 143 sg. Für dieselbe Binding Handb. d. Strafr. I § 222. Köhler Grünh. 3§. XIII §. 48. 55 (mit einer Unterscheidung), Hölder §. 69. Schlarach und Zitelmann (¹) beschränken den Ausschluß der Ausdehnung auf den besonderen von ihnen verteidigten Begriff des *ius singulare*. [Folgerichtig für die Zulässigkeit der analogen Ausdehnung des *Conderr.* mit keinen andern Schranken als denen, welche auch beim *Regelr.* gelten: *Regelsberger Streifzüge* §. 9 sq. *Pand.* I § 38, V. — *HG.* XXII §. 195 sq. ist nicht principiell gegen analoge Ausdehnung singularer Sätze, sondern nur für den dort entschiedenen Fall wegen wesentlicher Verschiedenheit der Sachlage: (Privationsr. bei Emphyteuse nicht auszudehnen auf *Superficies*).]

⁴ Der Ausdruck *privilegium* wechselt in den Quellen mit dem Ausdruck *beneficium iuris*. Einer Wortbedeutung nach (vgl. *Cic. de leg.* III 19: „*in privos homines leges ferri noluerunt, id est enim privilegium*“, *Gell. N. A.* X. 20: „*veteres priva dixerunt, quae nos singula dicimus*“) ist er zwar fähig, auch die ungünstiger stehende Bestimmung zu bezeichnen (daher die Eintheilung der Neueren in *privilegia favorabilia* und *odiosa*); aber es scheint nicht, daß die Quellen ihn in diesem Sinne gebrauchen: der deutsche Ausdruck „Privilegium“ kann ganz entschieden in diesem Sinne nicht gebraucht werden. Den Gegensatz zum *privilegium* bildet das *ius commune*, das Allen gemeinschaftliche R. Vgl. I. 12 D. 4, 4, I. 7 D. 28, 3, I. 15 D. 28, 6, I. 3. 21 D. 29, 1, I. 37 D. 49, 14.

⁵ Die Quellen unterscheiden zwischen *privilegia personae* und *privilegia*

Der Ausdruck Privilegium wird aber auch zur Bezeichnung der einer individuellen Person oder einer individuellen Sache oder einem individuellen Rechtsverhältnisse gewährten Rechtsbegünstigung gebraucht. Von den Privilegien in diesem Sinne wird unten (§ 135. 136) besonders gehandelt werden.

Zwingendes und nachgiebiges Recht.

§ 30*.

Es gibt Rechtsätze, welche jede Privatwillkür ausschließen: sie kommen zur Anwendung, auch wenn die Personen, für welche sie gegeben sind, erklären, daß sie nicht zur Anwendung kommen sollen; sie zwingen. Andere Rechtsätze lassen es sich gefallen, daß das betreffende Verhältniß durch Privatwillkür anders geordnet werde, und kommen nur dann zur Anwendung, wenn eine Ordnung des Verhältnisses durch Privatwillkür nicht vorliegt¹ [oder die vorliegende

causae. L. 196 D. 50, 17; vgl. l. 68 eod. Beispiele: Concursprivilegium der Stadtgemeinden — der Begräbniskosten, Steuerfreiheit, z. B. der Rittergüter.

[* Hölder § 12. Dernburg I § 31. 32. Regelsberger I § 32. Gierke I § 16, I, 8. Haenel Staatsr. I § 27 S. 173 fg.]

§ 30. ¹ Beispiele: der Schuldner haftet wegen Arglist [zwingend] — der Verkäufer haftet wegen Fahrlässigkeit [nachgiebig]. — Andere Bezeichnungen, welche für diesen Gegensatz gebraucht werden, sind: absolutes, gebietendes R. — vermittelndes, ergänzendes, suppletorisches, dispositives R. [Hölder S. 66: unbedingtes (absolutes) und bedingtes (subsidiäres) R.; letzteres ergänzend, wenn es dem unvollkommenen Parteivillen nachhilft, nachgebend, wenn es auf anderen Rücksichten beruht; Dernburg a. a. O.: Zwingende und nichtzwingende Gesetze.] Die Quellen bezeichnen das zwingende R. als ius publicum, auch als ius commune, iuris forma, ius schlechthin. Vgl. z. B. l. 38 D. 2, 14, l. 20 pr. D. 11, 7, l. 7 § 16 D. 2, 14, l. 42 eod., l. 12 § 1 D. 23, 4, l. 27 D. 50, 17. Eudichum Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 148 fg. — Bülow ACPr. LXIV S. 1 fg. glaubt betonen zu müssen, daß auch die normirende Kraft des Privatwillens auf Maß beruhe. Vgl. § 63¹ und 68¹. Dieser Schriftsteller gebraucht zugleich den Ausdruck „dispositives R.“ in einem anderen als dem hier angegebenen Sinn. Er nennt dispositiv nicht den Maß, der nur in Ermangelung einer anderen Ordnung durch Privatwillkür Maß greifen will, sondern eben den die Privatwillkür anerkennenden Maß. So ist ihm z. B. dispositiv nicht der Maß, daß der Verkäufer wegen culpa hafte, sondern der Maß, daß die Parteien das Gegentheil bestimmen können. Uebereinstimmend Stammler ACPr. LXIX S. 14 fg. Vgl. dagegen Hölder S. 67. [Regelsberger a. a. O. ¹.] Sichtlich muß, was Bülow hervorhebt, in der That betont werden, damit nicht eine wichtige Kategorie von Mäßen systematisch übersehen wird, und damit nicht der Glaube aufkommt, es sei eigentlich ganz selbstverständlich, daß der private Wille die Verhältnisse beherrscht, abgesehen nur von Ausnahmen, in denen ihm das R. hindernd in den Weg trete. Regelsberger a. a. O. 1 nennt jene Sätze, „welche bestimmen, daß Geschäfte gewisser Art unter

unvollständig ist². Die nachgiebigen Rechtsätze kommen zur Anwendung, wenn nicht positiv etwas sie Ausschließendes rechtsgeschäftlich festgesetzt ist, also auch dann, wenn die Beteiligten ihre Existenz nicht kannten. Um so weniger darf man ihre Anwendung auf mutmaßliche stillschweigende Unterwerfung der Parteien zurückführen. Sie treten ein ohne Willen der Parteien, nur nicht wider erklärten Willen³.]

Beachtung gewisser Bedingungen die beabsichtigte Regelung erzeugen sollen“, ermächtigende Sätze; daß sie aber gebietende sind, ergibt Regelsbergers Satz selbst; sie befehlen die Befolgung der rgeschäftlichen Bestimmung unter den von dem Re aufgestellten Bedingungen. Vgl. auch Lehmann bei Stobbe II § 71 zu ⁵. Daß diese Bedingungen, welche die Fähigkeit der beteiligten Personen, die Form und den Inhalt des Rgeschäfts betreffen (§ 70—72. 81) über den Parteiwillen erhaben, zwingendes R. sind, ist selbstverständlich. Zu den Bedingungen, unter welchen das R. einem Rgeschäfts zur Befolgung zu helfen verheißt, (es für rgültig erklärt,) gehört es nun auch, daß sein Inhalt nicht gegen gewisse andere Sätze verstößt; diese Sätze sind das sonstige zwingende R. Die ganze Lehre läßt sich also eigentlich betrachten als Lehre von den Grenzen der Rgeschäfte.]

² [Dieser Zusatz ist unentbehrlich. (S. auch Regelsberger a. a. O. 2, a. b.) 3. B. bei einem Kaufvertrag liegt rgeschäftliche Ordnung des Verhältnisses vor, aber die Punkte, die der Vertrag nicht entscheidet, werden durch das nachgiebige Privatr. geregelt, mittels der f. g. naturalia negotii (§ 85¹), die freilich zum Theil auch zwingendes R. sind. Ein Beispiel der rlichen Regelung eines Verhältnisses, welches Privatwillkür nicht geregelt hat, bietet die Intestaterbfolge. Ein Unterschied in der Verbindungskraft der Sätze (Regelsberger a. a. O. 4) liegt nicht vor. Das R. bestimmt ja selbst, wie weit es zwingend und wie weit es nachgiebig sein will. Der Unterschied liegt im Inhalt der Sätze und zwar in der Bestimmung des Thatbestandes, an welchen die Folgen geknüpft sind. Die f. g. nachgiebigen Sätze haben im Thatbestand die stereotype Bedingung: wenn nichts anderes rgeschäftlich festgesetzt ist; die f. g. zwingenden Sätzen schließen diese Bedingung aus (davon geht auch Hölder³ (!) Bezeichnung aus). Ein gewisser Zwang liegt auch in den f. g. nachgiebigen Sätzen: man muß rechtzeitig ihre Folgen ausschließen, sonst stellen sie sich (vielleicht höchst unerwünschter Weise) ein.]

³ [R. XIV S. 114. Regergelsber a. a. O. 2 a. C. Richtig bleibt trotzdem (Dernburg I § 32, a. b.) Regelsberger a. a. O., vgl. auch Hölder S. 66 fg., daß die dispositiven Normen legislativ zum Theil auf Erfahrungen über den durchschnittlichen Willen der Beteiligten ruhen, zum andern Theile nicht. Aber auch bei der ersteren Kategorie ruht die Anwendung der Norm im Einzelfalle nicht darauf, daß mutmaßlich auch diese Beteiligten das Durchschnittliche gewollt haben. Die dispositiven Normen sind durch das hier in Rede stehende Moment getrennt von Geschäftsgebräuchen, welche nur zur Anwendung kommen, wenn anzunehmen ist, daß die Parteien sich ihnen direct oder indirect unterworfen haben. (Regelsberger I § 32, 2 a. C., § 22, II, 2. Weitere Unterschiede zureffend daselbst 3.) Gesetzliche Regeln über die Auslegung von Rgeschäften (§ 84) sind, sofern man sie als Gebote an den Richter auffaßt, öffentliches R.; als privatliche Gebote zur Regelung der Rverhältnisse gehören sie zu den dispositiven Normen; denn sie laufen darauf hinaus, was Rechtens ist, wenn nicht ein anderer Wille der Beteiligten erkennbar ist.]

Viertes Kapitel.
Gebiet des Rechts.
I. Zeitliche Grenzen.*

§ 31.

Die zeitlichen Grenzen des Gebiets der Rechtsätze werden bestimmt durch den Zeitpunkt der Entstehung und den Zeitpunkt des Untergangs der Rechtsätze: die Geltung der Rechtsätze beginnt mit ihrer Entstehung und endigt mit ihrem Untergange.

Die Geltung der Rechtsätze beginnt mit ihrer Entstehung. Es müßte denn ein Rechtsatz sich selbst verbindende Kraft erst von einer späteren Zeit an beigelegt haben. Gesetze thun dieß sehr gewöhnlich; sie lassen dem Bürger eine gewisse Frist, um sich mit ihnen bekannt zu machen¹.

Die Geltung der Rechtsätze endigt mit ihrem Untergange. Dieser kann seinen Grund in den Rechtsätzen selbst haben, indem dieselben sich verbindende Kraft nur für eine gewisse Zeit oder nur für gewisse vorübergehende Umstände und Voraussetzungen beilegen².

[* Eisele ACPr. LXIX S. 283 fg., Dernburg I § 30, Regelsberger I § 26, Wierle I § 22, II.]

§ 31. ¹ Rz. 2. „Sofern nicht in dem publicirten Gesetze ein anderer Anfangstermin seiner verbindlichen Kraft bestimmt ist, beginnt die letztere mit dem vierzehnten Tage nach dem Ablaufe desjenigen Tags, an welchem das betreffende Stück des Reichsgesetzblatts in Berlin ausgegeben worden ist“. [Vauband I § 57, Wierle I § 18, III, 1. Der Satz gilt nicht nur von Reichsgesetzen im formellen Sinne, sondern auch von Reichsverordnungen. Vauband a. a. O. § 58, VI. Von dem Inkrafttreten des Gesetzes (Beginn der Geltung seines Inhalts, der materiellen Gesetzeskraft) ist zu unterscheiden die formelle Gesetzeskraft. Diese beginnt stets mit der Verkündigung und bedeutet für das Gesetz im formellen Sinne, daß es nur durch ein Gesetz im formellen Sinne wieder beseitigt werden kann. Vauband a. a. O. § 57, I, Meyer Staatsr. § 158 S. 496, Regelsberger I § 18, I, 4.]

² Dahin gehören namentlich die s. g. transitorischen Gesetze, welche bestimmt sind, aus einem Zustande in einen andern überzuleiten. Vgl. Nov. 66 c. 1, Nov. 116 c. 1. Cf. XXXVIII. 200. [Cf. 3. WPr. Abschn. 4. Regelsberger I § 26, A. 2 bemerkt, daß das Gesetz durch Fortfall der thatsächlichen Verhältnisse, für die es gegeben ist, auch dann außer Kraft tritt, wenn es sich nicht selbst vorübergehende Bedeutung beigelegt hatte (peculium profecticium). Dieß gilt aber nicht schon dann, wenn lange Zeit ein Thatbestand, der dem des Gesetzes entspricht, nicht vorgekommen ist, sondern erst, wenn gewiß ist, daß auch in Zukunft keiner vorkommen wird. So auch Dernburg I § 30, 1: das Verhältnis muß dauernd beseitigt sein. Dernburg fügt hinzu, das Gesetz trete auch dann außer Kraft, wenn man nachträglich erkenne, daß der Thatbestand, für den es gegeben sei, gar nicht vorkommen könne (Perengesetze). Dies ist zuzugeben; denn der Gedanke eines Gesetzes, welches gilt, trotzdem jedermann weiß, daß es nie angewandt werden kann, ist in der That schief.]

Abgesehen hiervon dauert die Geltung eines Rechtsatzes so lange, bis er durch eine Rechtsquelle, Gesetz oder Gewohnheit, aufgehoben wird^{2a}. Eine specielle sich dabei ergebende Frage ist, inwiefern durch die Aufhebung einer Regel auch die Ausnahmen von der Regel aufgehoben werden³. Diese Frage hat natürlich keinen Sinn für den Fall, wo eine Regel schlechthin aufgehoben wird; hier versteht es sich von selbst, daß die bisherigen Ausnahmen nun selbst zur Regel werden. Die Frage hat nur Sinn für den Fall, wo eine Regel in der Weise aufgehoben wird, daß an ihre Stelle eine Regel anderen Inhalts gesetzt wird. Für diesen Fall ist es eine Auslegungsfrage, ob der neue Rechtsatz auch die Ausnahmen von der alten Regel habe beiseitigen wollen; im Zweifel ist diese Frage zu verneinen⁴.

§ 32*.

Die zeitliche Abgrenzung des Gebiets der Rechtsätze hat nicht die Bedeutung, daß für jede Zeit das in ihr geltende Recht die ausschließliche Quelle der rechtlichen Beurtheilung und im Besonderen

[^{2a} *Lex posterior derogat priori*. Es ist Auslegungsfrage, wie weit die Aufhebung des älteren R. reicht. Vgl. Dernburg I § 30, 2, Kegelsberger I § 26, B. R. bemerkt dort unter 1 mit Recht, daß das alte Gesetz auch dann aufgehoben wird, wenn das neue mit ihm inhaltsgleich ist. RG. XIX S. 180, worauf sich R. beruft, spricht allerdings nicht vom Verhältnis des neuen zum alten, sondern von dem des Reichs- zum Landesr. Ebenso ist zutreffend (Kegelsberger a. a. O.), daß durch Aufhebung des neuen Maßes der früher aufgehobene nicht von selbst wiederersteht. (RG. XXVI S. 283.) Nicht zugegeben werden kann der Satz Gierkes (I § 17 S. 125), daß durch Aufhebung eines Maßes nothwendig zugleich das Geltungsgebiet anderer Maße erweitert werde. Ein Verbot wie ein Gebot können aufgehoben werden in dem Sinne, daß nur das Gebiet des rlich gleichgültigen Thuns und Lassens erweitert wird. — Das jüngere Gesetz ist das später verkündete, auch wenn es früher in Kraft getreten ist. Laband Staatsr. I § 57 I, 2.]

³ Thibaut civilistische Abhandlungen Nr. 7, Wächter Württemb. Privatr. II § 28, Unger I § 16.

⁴ Beispiele. a) Es ist irgendwo Rechtens, daß die Frauen zu ihren Handlungen eines Weistandes bedürfen; ausgenommen sind die Handelsfrauen. Ein neues Gesetz erklärt die Frauen für handlungsfähig auch ohne Weistand. b) Es ist Rechtens, daß ein Testament vor 7 Zeugen errichtet werden müsse; gewisse Personen können aber formlos testiren. Hinterher wird bestimmt, daß das Testament nur 5 Zeugen bedürfen solle. Oder: es ist Rechtens, daß die Ansprüche in 30 Jahren verjähren; gewisse Ansprüche aber verjähren in 5 r. Jahren. Es wird durch ein neues Gesetz bestimmt, daß die Ansprüche in 20 Jahren verjähren sollen. In beiden Fällen dauern natürlich die Ausnahmen von der alten Regel auch unter der neuen fort. Anders aber, wenn etwa das neue Gesetz ausdrücklich erklärt hätte, daß es in allen Fällen gelten wolle, oder wenn es die Ausnahmen, die es

der richterlichen Rechtsanwendung bildet. Sondern sie hat die Bedeutung, daß das Recht einer jeden Zeit die in dieser Zeit vorkommenden Thatfachen, auf welche es seinem Inhalte nach anwendbar ist, ergreift und ihnen ihre rechtliche Ausprägung gibt, d. h. näher, daß es darüber die Entscheidung trifft, ob und welche rechtliche Wirkungen durch diese Thatfachen erzeugt sind. Wird dann später das Recht geändert, so wird damit die von dem früheren Rechte getroffene Entscheidung nicht hinfällig¹; das neue Recht ergreift nicht die Thatfachen, welche ihm vorhergegangen sind, es hat keine rückwirkende Kraft^{1a}.

zulassen will, aufgezählt hätte, oder wenn es sich aus anderen Umständen nachweisen ließe, daß der Gesetzgeber seine neue Regel als absolute habe betrachtet wissen wollen. [Hölder § 16 S. 75 fg., Dernburg I § 30⁶, Regelsberger I § 26, B, 3.]

- * Aus der reichen älteren Literatur der in diesem § behandelten Frage sollen hier nur zwei Schriften hervorgehoben werden: A. D. Weber über die Rückanwendung positiver Gesetze (1811). Bergmann das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze im Privatr. (1818). Aus der neueren Zeit: Savigny VIII § 388—400 (1849). v. Scheurl Beitr. zur Bearbeitung des r. R. I Nr. 6 (1853). Fr. Wylß 3 S. f. Schweiz. R. III S. 124 fg. (1854). Bornemann Erörter. im Gebiete des preuß. R. §. 1 Nr. 1 (1855). Ferd. Passalle das System der erworbenen Re theil 1. Auch unter dem Titel: Die Theorie der erworbenen Re und der Collision der Gesetze (,) unter besonderer Berücksichtigung des Röm., Franz. und Preuß. R. (1861, 2. Aufl. 1880). R. Schmid die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen S. 101—148 (1863). Hintelen über den Einfluß neuer Gesetze auf die zur Zeit ihrer Emanation bestehenden Verhältnisse nach Röm. und Preuß. R. (1877). Göppert Jahrb. für Dogm. XXII S. 1 fg. (hinterlassene Schrift, geschrieben 1871, herausgeg. von Eck 1884). Heuberger die zeitlichen Grenzen der Wirksamkeit des Schweizer. Obligationenr. (1885). — Hierulff S. 63—72, Vangerow I § 26, Wächter, I S. 154 fg. Württemb. Privatr. II § 29, 30, Unger I § 20, 21, Beseler, I § 21, Stobbe I § 27, 28, Roth I § 50, Böhlau Medlenb. Vandr. I § 67, Pfaff und Hofmann Commentar zum österr. RGH. I S. 156 fg. Excursus I S. 112—350 (1889). [Prinz I § 21, Hölder § 16, Dernburg I § 43, 44, Regelsberger I § 47, 48, Gierke I § 23, 24, G. Meyer Staatsr. § 155 S. 487. Civilprocessual: Wach Handb. d. Civilspr. I § 18, strafrechtlich: Binding Handb. d. Strafr. I § 54—56, strafprocessual: v. Kries Lehrb. d. deutsch. Strafrecht. (1892) § 12.] — Aus der auswärtigen Literatur: C. F. Gabba teoria della retroattività delle leggi. 4 voll. (1868—1874) [(2. Ausg. 1884—89)] • Laurent principes de droit civil. tom. 1 p. 213—321 (1869). G. P. Chironi della non retroattività delle leggi in materia civile. Fasc. 1. Siena 1884.
- § 82. ¹ Mag sie positiv lauten, oder negativ, d. h. daß keine rlichen Wirkungen entstanden sind.

^{1a} L. 7 C. 1, 14. „Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari.“ (Wiederholt in c. 13 X. 1, 2.) L. 66 [65] i. f. C. 10, 32 [31]. Nov. 66 c. 1 § 4. Vgl. Cic. in Verrem II. 1. 42. „De iure civili si quis novi quid instituit, is omnia quae ante acta sunt rata esse patitur.“

Vorausgesetzt daß es sich nicht rückwirkende Kraft beilegt²; denn daß dazu das Recht (Gesetz) die formelle Macht hat, ist selbstverständlich³.

Zu dem Gesagten ist folgendes Nähere zu bemerken.

1) Das neue Recht ergreift nicht rückwärts diejenigen Thatfachen, denen das frühere Recht in dem zuvor bezeichneten Sinne ihre fertige Ausprägung gegeben hat. Dagegen zieht das neue Recht sich nicht zurück vor bloßen Möglichkeiten und Erwartungen, welche nach dem früheren Rechte bestanden⁴.

² Die in der vorigen Note citirte l. 7 C. 1, 14 fährt fort: „nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit“. Das „nominatim“ geht übrigens zu weit. S. den Text unter Nr. 2. Beispiele von Gesetzen, welche sich rückwirkende Kraft beilegen: l. 27 pr. C. 4, 32, l. 2 C. 7, 37, l. 3 C. 8, 34 [35], Nov. 19 praef. c. 1. Gesetze, welche die rückwirkende Kraft ausdrücklich ausschließen: l. 18 C. 4, 20, l. 23 C. 4, 35, l. un. i. f. C. 5, 13, l. 29 C. 6, 28, l. un. § 15 C. 6, 51, l. un. i. f. C. 7, 6. [Vgl. *RG.* XI S. 186. *Sf.* XLIII. 254.]

³ Wenn Böcking I S. 317 lehrt, ein Gesetz könne nicht rückwirkende Kraft haben, so versteht er darunter näher, daß ein Gesetz, welches sich selbst rückwirkende Kraft beilege „absolutes Unrecht“ sei. Vgl. auch Böhlau a. a. O. S. 399. 400. Das ist keine privatliche Frage. Vassalle (s. übrigens ⁹ a. E.) geht so weit, zu behaupten, daß ein Gesetz, welches sich selbst rückwirkende Kraft beilege, für den Richter unverbindlich sei (a. a. O. S. 56 [45] fg.). Diese Ansicht findet sich schon bei G. Struve über das positive Rgesez hinsichtlich seiner Ausdehnung in der Zeit (1831) S. 6. 30—34. 153. 154, worüber zu vergleichen ist Savigny a. a. O. S. 406. — Uebrigens mischt sich bei Böcking a. a. O. auch die Auffassung ein, daß ein Gesetz nicht bewirken könne, daß es zu einer Zeit gegolten habe, zu welcher es noch nicht gegolten hat, welche Auffassung bei Brinz I S. 96 fg. in den Vorbergrund tritt. Aber ein Gesetz, welches sich in diesem Sinne rückwirkende Kraft beilegen wollte, wäre nicht absolutes Unrecht, sondern absoluter Unsinn. [Vaband Staatsr. I § 57, V, 3 erwägt die Möglichkeit, daß ein Gesetz später verkündigt wird als es seiner Bestimmung zufolge in Kraft treten will. Inwieweit dann das Gesetz zurückwirkt auf die Zeit zwischen dem für das Inkrafttreten bestimmten Tage und dem der Verkündigung, richtet sich nach U.'s zutreffender Ansicht nach dem Inhalt des Gesetzes, also seiner Auslegung.]

⁴ Beispiele. Jemand ist der nächste Intestaterte eines Lebenden, ein neues Gesetz zieht ihm einen Anderen vor. [*EG.* z. *RGW.* 213 (§ 6 b, II, 13.)] Ein Jude kann nach dem bestehenden R. Grundeigenthum erwerben; ein neues Gesetz entzieht Juden diese Fähigkeit. Nach dem bestehenden R. tritt die Volljährigkeit mit dem 21. Jahre ein; ein neues Gesetz verlangt für dieselbe 25 Jahre. Und zwar wird man in dem letzteren Falle nicht bloß sagen müssen, daß Diejenigen, welche zur Zeit des neuen Gesetzes das 21. Jahr noch nicht zurückgelegt haben, erst mit dem 25. Jahre volljährig werden, sondern auch, daß Diejenigen, welche bereits 21, aber noch nicht 25 Jahre alt sind, wieder minderjährig werden. Das Letztere wird häufig geleugnet, [so auch *Regelsberger* I § 48, I] aber nicht aus zureichenden Gründen. Die Volljährigkeit gewährt nur die rliche Möglichkeit, in gewisser Weise rlich thätig zu werden. Wenn Frauen ohne Weistand für handlungsunfähig erklärt würden, wo sie früher handlungsfähig waren, so würde es

2) Das neue Recht braucht sich, um rückwirkende Kraft zu haben, dieselbe nicht ausdrücklich beizulegen. Es genügt, daß sie als gewollt aus dem Ausdrucke oder aus dem Inhalte des neuen Rechts erkannt werden kann. Dabei kommt namentlich in Betracht die Wichtigkeit und Bedeutung, welche der Urheber des neuen Rechts diesem aus Gründen der Sittlichkeit und des Gemeinwohls beilegt; je größer diese Bedeutung ist, desto eher ist die Annahme gerechtfertigt, daß der Urheber des neuen Rechts denselben auch die früher entstandenen Rechtsverhältnisse habe unterwerfen wollen⁵. Dagegen ist abzulehnen der abstracte Satz, daß alle Rechtsätze, welche sich nicht direct an die Thatfachen wenden, sondern über Existenz und Inhalt der Rechte bestimmen, sich damit auch rückwirkende Kraft beilegen⁶.

Niemandem in den Sinn kommen, die bereits geborenen Frauen von der Bestimmung des Gesetzes auszunehmen; warum soll es anderes sein, wenn ein Gesetz sagt: Einundzwanzigjährige sind nicht mehr handlungsfähig, sondern erst Fünf- undzwanzigjährige? Man könnte sagen, es sei nicht wahrscheinlich, daß der Gesetzgeber die Verwirrung gewollt habe, welche daraus entstehen muß, wenn ein Volljähriger wieder zum Minderjährigen gemacht wird; aber Verwirrung ist es auch, wenn der Eine mit 21 Jahren volljährig ist, und der Andere erst mit 25 Jahren. Das versteht sich aber von selbst, daß die von einem Einundzwanzigjährigen vor dem neuen Gesetze bereits abgeschlossenen Geschäfte gültig bleiben: durch sie sind sie erworben worden, welche das neue Gesetz nicht zurüchnimmt. Vgl. Stobbe a. a. O. § 28⁴. — Aus der Praxis: S. IV. 93. 199, XIX. 210. [Für das BGB. ist die Frage in Ansehung der Volljährigkeit nicht praktisch, da dasselbe den Termin derselben nicht geändert hat (BGB. 2.). Dagegen hat das BGB. (1803 Abf. 1, 2229 Abf. 2) das Alter der Ehemündigkeit der Männer und der Testirfähigkeit erhöht. Zweifellos finden diese neuen Satzungen im Allgemeinen auch auf diejenigen Anwendung, welche die fraglichen Fähigkeiten nach altem R. vor dem Inkrafttreten des BGB. erreicht haben werden; denn nach besonderer Bestimmung (EG. 215) soll die Testirfähigkeit nur denjenigen unter ihnen bleiben, welche sie vor dem Inkrafttreten des BGB. schon ausgeübt haben (§ 6b, II, 13.)]

⁵ So ist, wenn z. B. ein Gesetz die Ehescheidungsgründe anders ordnet, im Zweifel anzunehmen, daß der Gesetzgeber diesem Gesetze die bereits geschlossenen Ehen habe unterwerfen wollen. [So im Allgemeinen, aber doch mit Beschränkungen EG. 3. BGB. 201 (§ 6b, II, 10)]. Wenn in einem Staate das Hypothekenbuchsystem neu eingeführt wird, ist im Zweifel anzunehmen, der Gesetzgeber habe nicht bloß das Entstehen neuer Hypotheken, sondern auch das Fortbestehen bereits begründeter an die Eintragung in das Hypothekenbuch binden wollen. [So auch EG. 3. BGB. 188 Abf. 1 (§ 6b, II, 7)]. S. auch die folgende Note. Uebrigens wird, wenn heutzutage ein neues Gesetz von solcher Bedeutung erlassen wird, eine ausdrückliche Bestimmung über die Behandlung der der früheren Zeit angehörnden Verhältnisse kaum jemals fehlen.

⁶ Diesen Satz stellt Savigny (a. a. O. § 384) auf: Mäße über das „Dasein der Ae“, d. h. „Sein und Nichtsein“ und „So oder Anderssein“, im Gegensatze zu den Mäßen über den „Erwerb der Ae.“ Zur Erläuterung dieses Gegensatzes bringt Savigny folgende Beispiele bei. 1) Es wird in einem Staate die

3) Wie ein neuer Rechtsatz sich rückwirkende Kraft zuschreiben kann, obgleich sie ihm nach dem oben aufgestellten Grundsatz nicht zukommt, so ist es umgekehrt auch möglich, daß ein neuer Rechtsatz eine der früheren Zeit angehörige Thatsache oder einen der früheren

bisher bestehende Slavery aufgehoben, oder die Germanische Leibeigenschaft oder das Zehntrecht. Es werden Zehnten für ablösbar erklärt. Es wird vorgeschrieben, daß das Eigenthum an beweglichen Sachen nicht mehr durch Vindication verfolgt werden könne. 2) Ein Satz schreibt vor, daß Eigenthum nicht mehr durch bloßen Vertrag, sondern nur durch Tradition veräußert werden könne. Ein Satz schreibt vor, daß bei einem Gegenstande, dessen Werth mehr als fünfzig Thaler beträgt, nur ein schriftlicher Vertrag klagbar sein solle. — Es ist nun zwar nicht zu bezweifeln, daß alle hier unter 1 genannten Gesetze, in Ermangelung entgegenstehender Gründe auch auf die bereits bestehenden Verhältnisse der genannten Art bezogen werden müßten; aber nicht deswegen, weil sie die Existenz oder den Inhalt der Re zum Gegenstande haben, sondern theils weil in ihnen ein sittliches oder nationalökonomisches Princip von großer Bedeutung vertreten wird, theils weil sie sonst nur einen sehr geringen Kreis der Anwendbarkeit finden würden, welcher zu dem Gewichte, mit dem das Gesetz auftritt, in keinem Verhältnisse stehen würde (daß heutzutage noch Zehnten begründet werden, gehört zu den größten Seltenheiten), theils weil aus der Freilassung der bereits entstandenen Re sich eine heillose Verwirrung des Verkehrs ergeben würde, von welcher nicht anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber sie gewollt habe (bei jeder einzelnen beweglichen Sache müßte untersucht werden, ob Eigenthum an derselben vor oder nach dem neuen Gesetze erworben worden sei). Man vergleiche aber auf der anderen Seite folgende Fälle. Ein Gesetz hebt den elterlichen Nießbrauch, oder das R. der Minderjährigen auf Wiedereinsetzung auf. Ein Gesetz schreibt vor, daß der Käufer nicht mehr die Gefahr der Sache tragen solle. Ein Gesetz schreibt vor, daß Kauf nicht mehr Miethe brechen soll. Ich glaube nicht, daß in diesen Fällen — abgesehen von besonderen Gründen — Veranlassung vorhanden wäre, die bestehenden elterlichen Nießbrauchsre, die bestehenden Verhältnisse der Minderjährigen, die bestehenden Kauf- und Mietheverträge mit unter die Bestimmung des neuen Gesetzes zu ziehen. S. auch l. un. i. f. C. 5, 18, Nov. 22 c. 1. Cf. XII. 119, XIX. 3, XXI. 91, XXXV. 822, XXXVIII. 162, XXXIX. 332. RG. I §. 375, IV §. 270. Anders Cf. XVIII. 104, XX. 99. Mit Savigny stellen auch Scheurl und Schmid a. a. O. den allgemeinen Satz auf, daß die Gesetze über Dasein und Inhalt der Re die bestehenden Verhältnisse ergreifen. Diese Schriftsteller bestreiten aber (bei Scheurl ist dies der Hauptgedanke), daß darin eine Rückwirkung liege, da solche Gesetze die Vergangenheit unberührt ließen. Das Letztere ist richtig; aber immerhin berühren sie in der Vergangenheit entstandene Verhältnisse. Theilweise wie Savigny, Böhlau a. a. O., indem er dessen Aufstellung auf Gesetze beschränkt, durch welche ein ganzes Rechtsinstitut aufgehoben, oder doch so wesentlich umgestaltet werde, daß die alte neben der neuen Form des Gesetzes keinen Raum mehr habe; im Uebrigen sei Savigny gegenüber „die communis opinio gewiß im Rechte“. — Vassalle lehrt: kein Gesetz darf zurückwirken, welches ein Individuum nur durch die Vermittelung seiner Willensaction trifft; jedes Gesetz darf zurückwirken, welches das Individuum ohne Dazwischenkunft eines solchen freiwilligen Actes trifft. [EG. 3. BGB. behandelt die einzelnen Verhältnisse je nach ihrer Natur verschieden. Vgl. § 6b, II, 5. 6. 7. 9—12.]

Zeit angehörigen Zustand nicht ergreifen will, obgleich dieselben nach dem aufgestellten Grundsatz unter ihn fallen⁷. Und auch hier ist eine ausdrückliche Erklärung des Rechtsjages nicht erforderlich; es genügt, daß sein wirklicher Wille durch Auslegung festgestellt werden kann⁸.

4) In der hervorragenden Aufgabe, welche nach dem Gesagten der Auslegung in dieser Lehre zufällt, liegt ein Hauptgrund ihrer Schwierigkeit. Ein anderer Grund ist die Flüssigkeit des unter 1 aufgestellten Princip^{9a}, ein fernerer, daß es in einem gegebenen Falle zweifelhaft sein kann, ob die entscheidende Thatfache dieser oder jener Zeit angehört^{9. 10}.

⁷ So schrieb Justinian, als er in l. 29 C. 6, 23 die Testamentsform erschwerte, vor, daß davon die bereits errichteten Testamente unberührt bleiben sollten, obgleich doch ein Testament in gleicher Weise, wie ein bestehendes Verwandtschaftsverhältniß, nur die Aussicht auf einen künftigen Erwerb der Erbschaft eröffnet. S. auch Nov. 66 c. 1 § 4. [Vgl. § 6b, II, 13.]

⁸ Wenn eine neue Testamentsform vorgeschrieben wird, ist dann nicht auch ohne ausdrückliche Erklärung des Gesetzgebers anzunehmen, daß er Denjenigen, welche schon vor dem neuen Gesetze testirt haben, nicht die Pflicht habe auferlegen wollen, ein neues Testament zu errichten? Ist auch anzunehmen, daß, wenn die neue Testamentsform leichter ist, er das früher ungültig errichtete Testament nach der neuen Form habe aufrecht erhalten wollen? Vgl. Savigny S. 410. 466. Publicationsverordnung zum Preuß. Landr. Art. XII, zum Bad. Landr. Art. XI Nr. 1—3, zum Sächs. PGG. § 23. [Nach EG. z. PGG. ist die erste Frage zu bejahen, die zweite zu verneinen; vgl. § 6b II 13.] Darf angenommen werden, daß bei Veränderung des Großjährigkeitstermins der Gesetzgeber nicht die Absicht gehabt habe, den bereits großjährig Gewordenen die Großjährigkeit wieder zu entziehen? S. 4.

^{9a} Göppert a. a. D. S. 108 sq. hat sich Mühe gegeben, eine festere Abgrenzung zu gewinnen; ich zweifle, daß es ihm gelungen ist. Pfaff u. Hofmann a. a. D.: es soll das berechtigte Vertrauen auf die Abordnung nicht getäuscht werden.

⁹ Wenn ein neues Gesetz eine Obligation, welche bis dahin für den Schuldner unererblich war, für vererblich erklärt, und der Erbfall tritt nach dem Erlasse des neuen Gesetzes ein, ist dann die entscheidende Thatfache der Erbfall, oder diejenige Thatfache, welche die Verpflichtung des Erblassers begründet hat, eine Verpflichtung mit der Qualität der Unvererblichkeit? Im ersten Sinne haben das DAG. zu Pübeck und der oberste Gerichtshof zu München Sf. IV. 93, XXXIX. 82 entschieden, nicht mit Recht, wie ich glaube. [Auch nach EG. z. PGG. 170 ist anzunehmen, daß die Vererblichkeit der Obligation sich nach altem Re. bemißt. Vgl. § 6b, II, 9.] Ebenso, wenn bisher der Satz dies interpellat pro homine gegolten hat, und ein neues Gesetz hebt ihn auf, muß man dann nicht sagen, daß der Schuldner einer früher entstandenen Obligation dennoch ohne Mahnung in Verzug komme, wegen einer der Obligation durch das frühere Re. gegebene Qualität? Vgl. Stobbe 1. Aufl. S. 167 lit. b [für das ältere Re., später entgegengesetzt (3. Aufl. I § 28²¹)]. Nach EG. z. PGG. 170 werden Voraussetzungen und Wirkungen des Verzuges nach altem Re. zu bestimmen sein (a. a. D.).]

§ 33.

Wenn sich ein Rechtsfact rückwirkende Kraft beilegt, so ist das nicht so zu verstehen, als wenn auch Fälle, welche durch gültliche Uebereinkunft oder rechtskräftiges Urtheil vollständig erledigt sind, von dem Rechtsfacte ergriffen würden; sie sind und bleiben erledigt¹.

¹⁰ Detailausführungen bei Savigny VIII § 388 fg., Unger I § 21, Schmid S. 119 fg., Stobbe I § 28, Roth § 50 [Regelsberger I § 48, Gierke I § 24]. Nur eine Frage soll hier noch berücksichtigt werden, die nach der Tragweite neuer Verjährungsgesetze; von derselben handeln im Besonderen: Hermann 3 S. f. ER. u. Pr. N. F. II S. 69 fg. (1846), Stephan ACPr. XXXII S. 151 fg. (1849), Scheurl a. a. O. S. 143 fg. Vgl. auch die ausführlichen Bestimmungen in der Publicationsverordnung zum Sächs. BGB. § 8 fg. Es ist Folgendes zu sagen. Der Beginn der Verjährung gibt den Verhältnissen noch nicht ihre fertige rliche Ausprägung; daher wird die laufende Verjährung von dem neuen Rechte ergriffen, und es hat der Verjährende keinen Anspruch darauf, sie nach dem alten Rechte zu vollenden, wenn der neue Recht sie für unzulässig erklärt, oder für dieselbe eine Bedingung verlangt, welche nach dem früheren Rechte nicht erforderlich war, z. B. guten Glauben. Es hat in dem letzteren Falle auch nicht etwa der Verjährende die Befugniß, wenigstens dann, wenn später die erforderliche Bedingung eingetreten ist, die unter dem früheren Rechte ohne diese Bedingung abgelaufene Verjährungszeit zu der mit dieser Bedingung abgelaufenen hinzuzurechnen; der neue Recht verlangt diese Bedingung für die ganze Verjährungszeit. Erschwert dagegen der neue Recht nicht die Bedingungen der Verjährung, sondern erhöht er nur ihre Dauer, so wird dadurch die bisher abgelaufene Verjährungszeit nicht unnütz; denn daß der Ablauf der Zeit unter den vorhandenen Bedingungen eine Verjährung begründe, war auch schon früher Rechtens, und der neue Recht verlangt nur, daß ein gewisser Zustand eine gewisse Zeit gedauert habe, nicht daß er unter seiner Herrschaft eine gewisse Zeit gedauert habe. [So auch RG. XXIV S. 266 fg.] Das Gleiche, daß die früher abgelaufene Zeit nicht unnütz wird, ist auch zu sagen, wenn der neue Recht die Verjährungszeit erniedrigt, nur nicht auch, daß die früher abgelaufene Verjährungszeit zu ihrem vollen Werthe gerechnet werden dürfe. Es würde darin eine Beeinträchtigung dessen, gegen den die Verjährung läuft, liegen, von welcher nicht anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber sie gewollt habe; was sich am Schärffsten herausstellt, wenn die bisher abgelaufene Verjährungszeit der Vorschrift des neuen Gesetzes bereits entspricht. (Die Verjährungszeit betrug bisher 20 Jahre; 10 Jahre sind verlossen; nun wird eine zehnjährige Verjährungszeit eingeführt.) Man wird in einem solchen Falle dem vermuthlichen Willen des Gesetzgebers genügen, wenn man entweder die abgelaufene Verjährungszeit auf den Maßstab der neuen reducirt (in dem angegebenen Beispiele: abgelaufen ist die Hälfte der Verjährungszeit, die Hälfte von 10 ist 5), oder wenn man dem Verjährenden gestattet, entweder die Verjährung nach dem alten Gesetze zu vollenden, oder nach dem neuen eine neue zu beginnen. [Im letzteren Sinne entscheidet RG. XXIV S. 266 fg., vgl. XII S. 7. — Anders meint IV. 7 S. 35, die laufende Verjährung sei durchaus nach dem neuen Gesetze zu beurtheilen, vgl. auch Regelsberger I § 48, III. Ueber EG. z. BGB. vgl. § 6b, II, 4.]

¹ Dieser Satz ist in den Quellen nicht principiell, aber in zahlreichen An- § 33.
wendungen ausgesprochen. I. un. § 4 C. 1, 53, I. 17 C. 4. 21, I. 21 C. 4, 29,

Aber auch wenn ein Urtheil vorliegt, welches noch nicht rechtskräftig geworden ist, muß für den betreffenden Fall das frühere und nicht das neue Recht zur Anwendung gebracht werden, weil der Richter der höheren Instanz der Prüfung des angefochtenen Urtheils das zur Zeit, wo es gesprochen wurde, geltende Recht zu Grunde zu legen hat². —

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

l. 15 § 5 C. 6, 58, Nov. 19 prooem. c. 1. J. R. A. § 174. Möglicherweise will auch das Gesetz, daß Sachen, welche nur anhängig sind, ihm entzogen sein sollen; auch hier kommt Alles auf Auslegung an. S. f. XXX. 108.

² Nov. 115 c. 1. A. W. für die heutige Berufung Göppert a. a. O. S. 160 fg. [Die Ansicht Windscheids vertritt für die heutige Berufung auch das oberste Landesgericht München, S. f. XLVII. 91. Es ist aber Göppert beizutreten, weil die heutige Berufung zu ihrem sachlichen Erfolge eine Verletzung des Gesetzes durch den ersten Richter nicht voraussetzt. Die Zulassung neuer Angriffs- und Vertheidigungsmittel (C.P.D. 491) geht so weit, daß man die Geltendmachung einer mit rückwirkender Kraft eingetretenen Veränderung des objectiven R. davon nicht ausschließen kann. Anders ist es bei der Revision, weil diese nur auf die Verletzung eines Gesetzes gestützt werden kann (C.P.D. 511. 512) und ein Gesetz, welches zur Zeit der Verkündigung des erstinstanzlichen Urtheils nicht in Kraft war, von dem ersten Richter nicht verletzt werden konnte. Auch bei der Berufung gilt das hier Gesagte dann nicht, wenn die Auslegung des Gesetzes ergibt, daß die Rückwirkung sich auf anhängige Sachen nicht erstrecken sollte (1).]

³ Nov. 19 prooem., Nov. 143.

⁴ Es ist eine Sache der äußersten Unwahrscheinlichkeit, daß ein Gesetzgeber vollkommen abgethane rliche Verhältnisse wieder aus ihrem Grabe habe hervorgerufen wollen. Auch wenn ein Satz sich ausdrücklich rückwirkende Kraft beigelegt

II. Räumliche Grenzen.

§ 34.

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

²Daß aber ein Rechtsatz für einen gewissen Raum gilt, hat

hat, versteht sich ja nicht von selbst, daß er sich auf die erledigten Fälle erstreckt. Savigny §. 512 fg., Beseler § 21¹⁷, Stobbe I § 27²⁰, Pfaff u. Hofmann Commentar zum österr. BGB. I §. 213, Göppert §. 180 fg. — Ganz leugnet die rückwirkende Kraft der interpretirenden Räte Bremer Jahrb. d. gem. R. II §. 241 fg. (1858); seine Meinung ist, daß in denselben für die frühere Zeit nur eine Belehrung enthalten sei. S. dawider Böhlau Mecklenb. Landr. I § 67²². Gegen die rückwirkende Kraft de lege ferenda Göppert §. 187 fg., ebenso Pfaff u. Hofmann a. a. D. §. 361 fg. [Die authentische Interpretation enthält den Befehl an Jedermann, von nun an anzunehmen, daß das ausgelegte Gesetz den und den Sinn habe. Das ist nicht bloße Formalität, sondern verpflichtet auch den Revisionsrichter, anzunehmen, daß der Unterrichter, welcher das Gesetz anders auslegte, es verlegte. Daher kann die authentische Interpretation, auch wenn sie nach Verkündung des angefochtenen Urtheils in Kraft trat, die Revision begründen (so auch Regelsberger I § 47 S. 190), während die rückwirkende Kraft des Gesetzes sonst zu diesem Ergebnis nicht führt.]

¹ Das gemeine deutsche R. gilt für alle oder für die größere Zahl der deutschen Staaten. Die deutschen Particularre umfassen zum größten Theile nur einen Theil des Gebiets des betreffenden Staats. (Vgl. darüber Roth, die deutschen Particularre, Arch. f. prakt. RW. VIII §. 317 fg. [Denkschr. z. E. BGB. Anlage I.]

² Die im Folgenden behandelte Lehre hat eine sehr reiche Literatur. Aus der neueren Zeit ist vor Allem zu bemerken Wächter ACpra. XXIV §. 280 fg. (1841), fortgef. XXV §. 1 fg. 161 fg. 361 fg. (1842), Savigny VIII § 345—382 (1849), [[v. Bar Theorie u. Praxis des internationalen Privatr. 2 Bde. 1889, 2. umgearbeitete Auflage von]] desselben internationalem Privat- u. Strafr. 1862 [(dazu Heft 3 S. f. HR. XXXVIII §. 305 fg.)] [[Cfner Grünh. 3 S. XVIII §. 376 fg.]] [Harburger, fr. VJS. XXXV §. 400 fg.). v. Bar Lehrb. d. internat. Privat- u. Strafr. 1892, Böhm, die räumliche Herrschaft der Anormen 1890, Meili, Gesch. u. System des intern. Privatr. 1892, Niemeyer zur Methobik d. internat. Privatr. 1894, derselbe Positives internat. Privatr. I. das in Deutschland geltende internat. Privatr. 1894, derselbe Vorschläge und Materialien zur Codification des internat. Privatr. 1895. Die Disciplin des internationalen Privatr., die aus dem r. R. so gut wie nichts entnehmen kann, und deshalb in die Pandekten kaum gehört, ist eine so umfassende geworden, daß ein Pandektenlehrbuch ihr nicht mehr gerecht werden kann. Vgl. über die fernere Literatur die angeführten Schriften, bes. die Dogmengeschichte bei v. Bar, Theorie I § 15—31, die Uebersichten in desselben Lehrbuch §. XII fg. und bei Meili § 2 S. 13 ff.] Ferner: Wächter I § 34, Württ. Privatr. II §§ 18—20, Unger I §§ 22. 23, Stobbe I §§ 29—34, Böhlau, Mecklenb. Landr. I §

nicht die Bedeutung, daß er einer jeden in diesem Raume erfolgenden Rechtsentscheidung zu Grunde gelegt werden muß, so wenig wie die zeitliche Abgrenzung des Herrschaftsgebiets der Rechtsätze die Bedeutung hat, das Recht einer gewissen Zeit zur ausschließlichen Quelle der in dieser Zeit zu treffenden Rechtsentscheidungen zu machen. Vielmehr ist in jedem Raume das Recht dieses Raums nur in so weit zur Anwendung zu bringen, als auch das zu beurtheilende Rechtsverhältniß diesem Raume angehört, dagegen fremdes Recht, wenn das zu beurtheilende Rechtsverhältniß einem fremden Raume angehört².

69—77, [Brinz I § 23, Hölder § 17, Regelsberger I § 39—46, Dernburg I § 45—48, derselbe Preuß. Privatr. I § 26—28, Gierke I § 25, 26, Förster-Eccius I § 11, Rahn, Jahrb. f. Dogm. XXX S. 1 fg. — Riemeyer das internat. Privatr. Samml. v. Vortr. über den E. P. W. S. VII. 1896.] — Ueber die Grundsätze des r. R. f. noch Voigt ius naturale IV S. 285 fg. [v. Bar, Theorie § 8—12, Mitteis, Reichsr. u. Volkssr. (1891) bes. S. 102—205, Wlassat, v. röm. Prozeßgesetze II S. 93 fg. (1891), Baron, Peregrinerr. und ius gentium (Festschrift für Ihering 1892), Ripp, Quellenkunde d. r. R. (1896) S. 125 fg.], über die Grundsätze des älteren deutschen R. Stobbe Jahrb. d. gem. R. VI. 2. [v. Bar, Theorie I S. 25 fg.] — Man spricht gewöhnlich von „der örtlichen Collision der Gesetze“ (früher: „der Statute“), und nennt die Lehre auch wohl, nach englischem und amerikanischem Vorbilde, die Lehre vom „internationalen Privatrechte“.

² Dieß ist die Theorie Savigny's; um zu wissen, welches R. auf ein gegebenes Rechtsverhältniß anzuwenden sei, müsse man seinen „Sitz“ auffuchen. Früher suchte man die Frage zu erledigen durch die Eintheilung in *statuta personalia*, *realia*, *mixta*, wovon der Sinn folgender war: die Rechtsverhältnisse der Person als solcher bestimmen sich nach dem Re des Wohnsitzes der Person, die Rechtsverhältnisse an Sachen nach dem Re des Orts, wo die Sache sich befindet, die Rechtsverhältnisse, welche aus Handlungen entstehen, nach dem Re des Orts, wo die Handlung vorgenommen worden ist; doch wurde im Betreff des Letzteren vielfach die Beschränkung hinzugefügt, daß es nur für die Form der Handlung gelten solle. Den schwächsten Punkt dieser Theorie bildeten offenbar die *statuta mixta*; gegen die beiden ersten Sätze derselben ist, wenn sie richtig gefaßt werden, was freilich nicht immer geschah, nichts einzuwenden. Vgl. über diese Theorie Wächter Arch. XXIV S. 270 fg., Savigny S. 121 fg., v. Bar Theorie I § 18. — Andere Principien, welche man in dieser Lehre aufgestellt hat (vgl. darüber Wächter Arch. XXIV S. 298 fg. XXV S. 1 fg., Savigny VIII S. 124 fg., v. Bar Theorie § 19—31 [Lehrbuch § 3], Schmid S. 126), sind folgende. 1) Nach dem fremden Re sind zu beurtheilen die unter demselben begründeten Verhältnisse. (2) Nach dem fremden Re sind zu beurtheilen die unter demselben erworbenen Re. (3) Nach dem fremden Re sind zu beurtheilen die Rechtsverhältnisse der Personen, welche unter demselben ihren Wohnsitz haben. Wächter stellt kein weiteres Princip auf, als daß nach dem fremden Re zu urtheilen sei, wenn dieß dem Sinne und Geiste des betreffenden einheimischen Satzes gemäß sei. Eine Annäherung an diesen Standpunkt zeigt die Schrift Var's, welche sich selbst als nähere Ausführung der Wächter'schen und Savigny'schen Principien bezeichnet (S. 58). [Gegenwärtig ist v. Bar's Ansicht weiter von Wächter und Savigny entfernt: die Grundlagen

Keine Frage freilich ist es, daß das einheimische Recht die Anwendung fremden Rechts ausschließen kann, sowie daß eine solche Ausschließung nicht ausdrücklich zu erfolgen braucht, sondern daß es genügt, wenn der Ausschließungswille aus dem Ausdrucke oder aus dem

des internationalen Privatr. gehören dem Völkerr. an. Allerdings kann der einzelne Staat für seine Behörden und Unterthanen darüber bestimmen, was er will, ist aber völkerlich dafür verantwortlich, daß diese Bestimmungen das Völkerr. nicht verletzen, und hinter diesen oft sehr undeutlichen und lückenhaften Bestimmungen gilt das allgemeine internationale Privatr. Dieses kann durch völkerliche Verträge und Gewohnheitsr. näher ausgebildet werden, ist aber in seiner Existenz davon unabhängig; es gilt, weil und soweit es in der Natur der Sache liegt. (Theorie I § 24. § 32 fg., Lehrbuch § 1. § 4.) Ueber Schmid, der im Uebrigen den Savigny'schen Ausgangspunkt anerkennt (S. 26), s. ⁵. Für die Savigny'sche Grundauffassung auch Martin Arch. f. prakt. RW. N. F. V S. 226 fg., ebenso Stobbe, Roth und Böhlau (welcher Letztere nur für Bestimmung der Ortsangehörigkeit der Rechtsverhältnisse einen besonderen Weg einschlägt, vgl. § 35⁹). Hölder § 17, [ebenso wie Dernburg I § 45⁹: es muß die entscheidende räumliche Beziehung des Rechtsverhältnisses gesucht werden. Regelsberger I § 39² hebt mit Recht hervor, daß man das von Savigny gebrauchte Bild vom Sitz des Rechtsverhältnisses als Ausdruck für die maßgebende räumliche Beziehung nicht befehlen sollte. Gierke I § 25, III, 7: „der Schwerpunkt der räumlichen Beziehungen“ des Rechtsverhältnisses ist maßgebend; (für Savigny das. S. 218), mit Savigny auch Förster-Eccius I § 11⁴. — Riemeyer, der im Gegensatz zu v. Bar die „positivistische Methode“ des internationalen Privatr. entschieden vertritt, d. h. annimmt, daß nur die positiven ausdrücklichen oder concludenten Collisionsnormen des einzelnen Gebietes entscheiden, betont, daß die Formel Savigny's, der Richter müsse den Sitz des Rechtsverhältnisses auffuchen und das an diesem Orte geltende R. anwenden, nur eine andere Formulierung der Collisionfrage selbst sei (Positiv. Intern. Privatr. I S. 8 fg. S. 86 fg.); dieß kann nicht zugegeben werden. Jene Formel ist (wenn das Bild richtig verstanden wird) der richtige Wegweiser zur Lösung der Frage, und das ist mehr als eine bloße andere Formulierung. R. findet aber in den Ausführungen Savigny's doch einen normativen Kern: die Weisung an den Richter, seinerseits das örtliche R. durch Willensentscheidung zu bestimmen, (a. a. O. S. 8), eine Mancovollmacht, die dem Richter einen quasi gesetzgeberischen Standpunkt anweist (S. 88). Dieses Princip, meint R., habe sich in den gemeinlichen Gebieten Deutschlands gewohnheitsrlich eingebürgert und zwar dahin: „In Ermangelung besonderer Collisionsnormen hat der Richter nach freiem Ermessen dasjenige R. zur Anwendung zu bringen, dessen Anwendung gemäß dem Wesen und der Aufgabe der Pflege im Sinne friedlicher und gemeinsamer Culturarbeit der verschiedenen staatlichen Verbände vernünftig erscheint“. (S. 86. 88). Der letzte Satz in sich ist ganz richtig; denn es ist überhaupt beim Versagen aller vorgehenden Entscheidungsquellen Aufgabe des Richters, sein freies Ermessen walten zu lassen. Indem aber R. durch diesen Satz das Savigny'sche Princip wie man es bislang verstand, ersetzt wissen will, streicht R. eine lange Reihe von Entscheidungsnormen, die man bislang zu besitzen glaubte, oder an deren Existenz wenigstens man glaubte, so daß man sie nur suchen müsse, Normen also, die das Wahren des freien Ermessens ausschließen, einfach aus, oder legt wenigstens die Meinung sehr nahe, daß er dies zu thun gedenke; es muß bestritten werden, daß es ein Gewohnheitsr. der von R. verteidigten Funktion in Deutschland gibt.]

Inhalte eines Rechtsfages mit Sicherheit erkannt werden kann, wobei auch hier⁴ von besonderer Bedeutung der Grad der Wichtigkeit ist, welche ein Rechtsfag dem von ihm aufgestellten sittlichen oder volkswirthschaftlichen Principe beilegt⁵. Aber soweit ein gegentheiligere Wille eines Rechtsfages oder des Rechtsganzen, zu welchem er gehört, nicht hervortritt, ist eben anzunehmen, daß das einheimische Recht nur diejenigen Rechtsverhältnisse ergreifen wolle, die seinem Raume angehören, und daß es für die einem fremden Raume angehörigen das fremde Recht zulassen wolle⁶. Und zwar kann es dabei keinen Unterschied machen, ob das Recht, welches concurrirt, ein Recht desselben Staats, oder ob es ein Recht eines fremden Staats ist. Die entgegengesetzte Ansicht, nach welcher das Recht eines fremden Staates principiell ausgeschlossen sein soll⁷, beruht auf einer ungenügenden Auffassung des Verhältnisses der einzelnen in den völkerrechtlichen Verkehr aufgenommenen Staaten. Dieselben schließen sich nicht eifersüchtig gegen einander ab, sondern erkennen sich gegenseitig an als

⁴ Vgl. § 32⁵.

⁵ Savigny (§ 349) stellt den allgemeinen Satz auf, daß jedes auf Gründen der Sittlichkeit, oder des öffentlichen Wohls beruhende Gesetz ausschließliche Anwendbarkeit für sich in Anspruch nehme. Derselbe weist ferner als „unter allen Umständen manwendbar“ aus „Institute eines fremden Staates, deren Dasein in dem unserigen überhaupt nicht anerkannt ist“, z. B. wenn das fremde R. das Institut des bürgerlichen Todes kennt, das unserige nicht. Noch weiter, als Savigny, geht Schmid a. a. O. S. 26 fg. Derselbe schließt die Anwendung fremden R. aus: 1) wenn sie nicht als Bedingung eines gesicherten nationalen Verkehrs unter Privaten erscheine; 2) wenn durch sie eine Störung in der eigenen Ordnung herbeigeführt werde, die ein bedeutenderes römisches Interesse verlege, als in dem gesicherten internationalen Verkehre liege. Gegen die Aufstellung einer allgemeinen Regel erklären sich auch Böhlau S. 490 fg. und Mommsen S. 192 fg. — Vgl. Sf. I. 35, VI. 306, VIII. 1. 7, IX. 1, XXXI. 194. [MG. XXIX. 25 S. 95 fg., XXX S. 122 fg. Vgl. Gierke I § 25, III, 3. v. Bar Theorie I § 36, Lehrb. § 6.]

⁶ Es ist das Verdienst Wächter's, mit Energie betont zu haben, daß die Frage nach der Anwendbarkeit fremden R. nur aus dem einheimischen Re beantwortet werden könne, und diese Auffassung ist gegenwärtig die fast allgemein herrschende. [MG. XXXIV S. 17, XXXVI 51 S. 205.] Doch lehrt im Widerspruch mit derselben neuestens Böhlau (a. a. O. § 71), die Anwendung des fremden R. innerhalb seines Wirkungskreises sei gemeines deutsches R.; diese Anerkennung ergebe sich als nothwendige Consequenz aus dem gemeinlichen Satze, daß dem Fremden Gleichheit mit dem Einheimischen zukomme. Aber ist nicht auch das Gleichheit, wenn er nach demselben R. beurtheilt wird, wie der Einheimische? Abweichend nach ganz anderer Seite geht auch Brinz a. a. O., welcher das internationale Privatr. für Völkerr. erklärt. Sf. XXXIII. 184 (MG. S.).

⁷ [Vgl. über diese überwundene Ansicht v. Bar Theorie I S. 69 fg.]

Mitarbeiter an der gemeinsamen Arbeit des Menschengeschlechts, und in dieser Arbeit als Glieder einer höheren Gemeinschaft. So erscheint die Rechtsordnung eines jeden zu dieser Gemeinschaft gehörigen Staats jedem anderen zu derselben gehörigen Staate als Organ der allgemeinen Rechtsordnung, und daher in keinem anderen Lichte, als seine eigene.

§ 35.

Für die Frage, welches der Punkt des Raums sei, welchem die einzelnen Rechtsverhältnisse angehören, sind folgende Sätze maßgebend.

1. Das Verhältniß der Person zum Rechte überhaupt, von welchem ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit abhängt, bekommt seine Beziehung auf den Raum durch den Wohnsitz¹ der Person².

2. Die Rechtsverhältnisse an Sachen gehören demjenigen Punkte des Raums an, wo die Sache sich befindet. Dieses gilt sowohl für bewegliche Sachen, wie für unbewegliche. Nur können bewegliche

¹ Beispiele. Wer nach dem R. seines Wohnsitzes mit 21 Jahren volljährig § 83. wird, muß auch unter einem R., nach welchem die Volljährigkeit erst mit dem 25. Jahre eintritt, als volljährig anerkannt werden. Eine Frau, welche nach dem R. ihres Wohnsitzes ohne Verstand handlungsfähig ist, ist es auch für den Richter eines Orts, dessen R. die Handlungsfähigkeit der Frauen an die Zuziehung eines Verstandes bindet. — Ueber die diesem Grundsatz etwa hinzuzufügenden Beschränkungen, und speciell über die dabei aufgestellte Unterscheidung zwischen Dasein der rlichen Eigenschaften einer Person an sich und den rlichen Wirkungen dieser Eigenschaften, so wie über die Frage, ob nicht die Rfähigkeit dem Grundsatz ganz zu entziehen sei, s. Wächter Arch. XXV S. 167 fg., Savigny S. 134 fg., Bar Theorie I § 136 (fr. VJ S. XV S. 21 fg.), Schmid S. 32 fg., Stobbe § 30, Böhlau S. 472 fg., Mommsen S. 163 fg. — Cf. II. 2, IV. 236, XII. 243, XIII. 79, 181, XIV. 4, XV. 94, 199, XX. 4, XXIV. 2, XXVIII. 188, XXIX. 210, XXXIV. 83.

² Wie bei Wohnsitz ohne Wohnrecht oder ohne Staatsangehörigkeit? Die Frage wiederholt sich in allen anderen Fällen, in welchen der Wohnsitz der Person das anzuwendende Recht bestimmt. Nach der herrschenden Meinung entscheidet der Wohnsitz, auch wenn er mit Wohnr. oder Staatsangehörigkeit nicht verbunden ist. Gegen dieselbe Bar 1. Aufl. S. 73. 83. fg. (fr. VJ S. XV S. 16 fg.), [auch v. Bar erkennt an, daß nach gem. R. der Wohnsitz maßgebend ist (Theorie I § 90 S. 266. Lehrb. § 10¹).] Bähr Jahrb. f. Dogm. XXI S. 343 fg., Mommsen S. 151 fg.; für die herrschende Meinung Stobbe § 30, 2, Böhlau S. 469 fg. Verhandlungen des 18. deutschen Juristentags I S. 83 fg. (Gutachten von Bähr), I S. 95 fg. (Gutachten von Bar), II S. 107 fg. Pgl. Cf. XX. 3, XXXI. 104, XXXII. 2. R. VIII S. 146, XIV S. 184. [XXVIII. 42 S. 187, XXIX S. 138.] W. § 84. — Mehrfaches Domicil: Savigny S. 101, Bar Theorie I § 46. [Für das Domicil: Dernburg I § 46, 2, Hierke I § 26, I (nach gem. R.) Niemeyer Posit. internat. Privatr. Wehr für Staatsangehörigkeit: I § 168. Regelsberger I § 40, VI § 41.]

Sachen ihren Ort wechseln, und daher kann möglicherweise für den Erwerb des Rechts an denselben ein anderes Recht maßgebend sein, als für den Inhalt und den Fortbestand des Rechts³.

3. Der Punkt des Raums, welchem obligatorische Rechtsverhältnisse⁴ angehören, wird bestimmt durch den Wohnsitz der Parteien. An und für sich nicht minder durch den Wohnsitz des Gläubigers, als durch den des Schuldners^{4a}; da aber der Gläubiger derjenige ist, welcher verlangt, so muß er, um überhaupt etwas zu erlangen, das Recht des Wohnsitzes des Schuldners acceptiren, wenn dieser auf dem Rechte seines Wohnsitzes besteht⁵, umgekehrt aber auch das Recht

³ Wenn z. B. an einer beweglichen Sache in einem Lande, dessen R. für die Eigentumsübertragung Tradition nicht verlangt, Eigenthum durch bloßen Vertrag erworben worden ist, und die Sache darauf in ein Land kommt, dessen R. Tradition für nothwendig erklärt, so muß doch das Eigenthum an der Sache auch von dem Richter dieses Landes anerkannt werden. Vgl. Cf. VI. 128, XXIV. 102. Wäre aber nach dem fremden Re eine unbedingte vindication beweglicher Sachen begründet, nach dem einheimischen nicht, so müßte der Richter im Betreff dieser Frage nach dem einheimischen Re entscheiden. Anderes Beispiel. Das einheimische R. erkennt ein Pfandr. an Mobilien nur als Faustpfand an, das fremde ohne diese Beschränkung; die in dem fremden Lande verpfändete Sache darf, nachdem sie in das Inland gelangt ist, nur so lange als verpfändet anerkannt werden, als sie in dem Besitze des Gläubigers bleibt. Wächter Arch. XXV S. 199. 200. 383 fg., Savigny S. 169 fg., Schmid S. 53 fg., Stobbe § 32, Böhlau S. 464 fg. Wie bei Sachen, welche sich auf der Reise befinden? Savigny S. 178 fg., Var Theorie I § 225, Böhlau S. 466 fg., Rommjen S. 171 fg. — Cf. XVI. 1, XVII. 111, XXII. 205, XXIII. 103, XXVIII. 2. RG. VIII S. 110. [Dernburg I § 47, Regelsberger I § 43, Gierke I § 26, II, Riemeyer a. a. D. § 181, v. Var Theorie I § 220 fg., Vehr. § 29 fg.]

⁴ Im Betreff der obligatorischen Verhältnisse gehen die Ansichten ganz ungleichmäßig auseinander. Wächter Arch. XXV S. 389 fg., Savigny S. 205 fg., Schmid S. 63 fg., Stobbe § 33, Böhlau S. 453 fg., Rommjen S. 172 fg. [Dernburg I § 48, 2. 3. Regelsberger I § 44, Gierke I § 26, III, Riemeyer a. a. D. § 177—179, v. Var Theorie II § 247 fg., Vehr. § 31 fg.]

^{4a} Wenn man sagt, daß die in der Person des Schuldners vorhandene Nothwendigkeit der Handlung das eigentliche Wesen der Obligation ausmache (Savigny S. 201), oder: daß die Person des Schuldners inniger mit dem ganzen Verhältniß verbunden sei als die des Gläubigers (Var [1. Aufl.] S. 233 [Theorie II § 250]), so ist dem entgegenzusetzen, daß jede rliche Verpflichtung nur durch das von der Ordnung gesetzte R. besteht; nicht die Verpflichtung ist das Principale, sondern das Principale ist das R. Auf diesem Wege könnte man sogar geneigt sein, eine Prävalenz des R. des Gläubigers zu behaupten; man würde dabei aber übersehen, daß das R. nur für die begriffliche Construction das Principale ist, mit dem R. aber die Verpflichtung unmittelbar gegeben, die Verpflichtung nur die andere Seite des R. ist.

⁵ Vgl. Sachsensp. III. 33 § 2. „Jewell man mut of antwerden vor' me toninge in allen steden na sime rechte unde nicht na des klegeres rechte“.

feines eigenen Wohnsitzes, wenn es dem Schuldner paßt, auf dieses zu greifen. Anders nur bei solchen Obligationen, welche ihren Grund haben nicht in einer vorübergehenden Thatsache, sondern in einem dauernden Verhältnisse; Obligationen dieser Art gehören demjenigen Punkte des Raums an, an welchem das begründende Verhältniß besteht⁶. Wird mit Rücksicht auf ein an einem bestimmten Orte bestehendes Verhältniß eine Obligation durch Vertrag begründet⁷, so ist anzunehmen, daß die Parteien sich dem Rechte dieses Orts haben unterwerfen wollen⁸. Auch in anderen Fällen kann eine stillschweigende Unterwerfung der Parteien unter das Recht eines gewissen Orts angenommen werden müssen, ohne daß sich darüber eine allgemeine Regel aufstellen ließe⁹.

⁶ Daher ist z. B. die obligatorische Wirkung einer Vormundschaft, einer Vermögensgemeinschaft, nach dem Re des Orts zu beurtheilen, wo die Vormundschaft geführt wird, wo die gemeinschaftlichen Vermögensobjecte sich befinden. — Eine bloß vorübergehende Thatsache vermag die Obligation an den Raum, wo die Thatsache auftritt, nicht zu fesseln. Dieß gilt nicht bloß von Rechtsgeschäften (andere noch vielfach die Praxis, Cf. II. 120, 253, VI. 1, XI. 111, XII. 299, vgl. IV. 3, XXII. 2, auch XXXVIII. 201), sondern auch von Delicten, Savigny S. 278 fg., Wächter Arch. XXV S. 392 fg., Schmid S. 74 fg., Böhlau S. 459 (vgl. ?); anders Bar Theorie II § 286 fg., Mommsen S. 176 fg. Nur macht sich im Betreff der Delicte die Erwägung geltend, daß nicht anzunehmen ist, daß ein Staat geneigt sei, die Bestimmung der Folgen der auf seinem Gebiete begangenen Delicte einem fremden Re zu überlassen. Dergemäß ist wegen der im Inlande verübten Delicte der Ausländer wie der Inländer nach inländischem Re zu beurtheilen. (Für das R. des Delictsorts: Cf. I. 153, II. 118, III. 296, IX. 247, XXX. 222 Nr. 1, XXXI. 196, XXXIII. 185, [MG. XXI. 25 S. 93 fg.], vgl. auch Cf. XIX. 212; für das R. des Gerichtsorts das. II. 4, III. 185, IV. 4, IX. 1, XI. 3, XXV. 115, XXX, 222 Nr. II. Vgl. noch XIV. 197.)

⁷ Z. B. es wird über eine Lieferung für ein an einem bestimmten Orte bestehendes Fabrikgeschäft contrahirt. Cf. XXXI. 195. Ein noch einfacheres Beispiel ist: es wird ein Grundstück verkauft. Cf. VIII. 2.

⁸ Es muß aber zusehen werden, inwieweit dieß zulässig ist; es macht sich hier der Gegensatz zwischen zwingendem und nachgiebigem Re (§ 30) geltend.

⁹ Savigny hat den Satz zu begründen versucht, daß in allen Fällen, wo die Obligation einen fest bestimmten Erfüllungsort habe, anzunehmen sei, der Schuldner habe sich dem Re dieses Orts unterwerfen wollen. Das ist gewiß nicht richtig; der Erfüllungsort kann für den eigentlichen Gehalt der Obligation ebenso gleichgültig sein, wie der zufällige Entstehungsort. Die römischen Grundsätze von dem s. g. forum contractus hier einfach zu übertragen, wie Savigny thut, erscheint nicht hinreichend gerechtfertigt. Gegen Savigny auch Thöl Einleit. § 85, v. Bar Theorie II § 249, Schmid S. 67 fg., Vetter über die Couponsproceße der Oesterreichischen Eisenbahngesellschaften S. 51 fg. Für das R. des Erfüllungsorts dagegen wieder Böhlau S. 453 fg., auf Grund der allgemeinen Aufstellung, daß die Anwendbarkeit fremden R. auf „materielle Verhältnisse“ sich

4. Familienverhältnisse¹⁰. Der Sitz der Ehe^{10a} bestimmt sich durch den Wohnsitz ihres Hauptes, des Ehemannes. Ebenso bestimmt sich der Sitz des Verhältnisses zwischen Eltern und Kindern durch den Wohnsitz des Vaters, in Ermangelung des Vaters durch den Wohnsitz der Mutter. Wird der Wohnsitz hinterher verlegt, so gilt von nun an das Recht des neuen Wohnsitzes¹¹. — Der Sitz

dadurch bedinge, daß für dieselben auswärts ein *forum rei sitae*, *forum solutionis* oder *forum delicti commissi* begründet sei, ferner Behrend in der Anzeige der genannten Schrift Peller's, 3^e S. f. 5^{te} R. XXVIII S. 408. Für das R. des Erfüllungsorts haben erkannt die Urtheile bei Sf. II. 119, VII. 136, VIII. 3, XIV. 195, XV. 183, XIX. 5, XXI. 2, XXIV. 268, XXXI. 3, XXXV. 88; ferner das R. O. S. G. in einer großen Reihe von Entscheidungen (Stobbe § 33³) und das R. G., vorausgesetzt daß die Vertragsschließenden die Obligation nicht einem andern R. haben unterwerfen wollen, Entsch. IX S. 227, XIV S. 239, vgl. IV S. 246. [XXIX S. 138, XXXVI. 33 S. 129.] Vgl. noch Budde und Schmidt Entsch. des R. O. G. zu Moskau VI. 23 (= Sf. XXIV. 185). — Ueber l. 6 D. 21, 2 f. Savigny S. 252 fg. — Muß nach dem Orte der Obligation auch die Verjährungsfrage beurtheilt werden? Wächter Arch. XXV S. 408 fg., Savigny S. 273 fg., v. Bar 1. Aufl. S. 283 fg. (aber auch fr. R. S. XV S. 34 fg.) [Theorie II § 279 fg.], Schmid S. 74, Martin Arch. für prakt. R. W. R. 5. V S. 226 fg., Stobbe § 33¹⁰ fg., Böhlau S. 462 fg., Gramein Verjährung und gesetzliche Befristung S. 195 fg. Sf. II. 120, VI. 1, VIII. 7, IX. 246, XII. 334 a. G., XIII. 5, XVI. 90, 184, XIX. 106, XXIII. 2, XXV. 2. 114, XXVIII. 186, XXX. 221, XXXIII. 95, XXXV. 87 (R. G.), XXXV. 88, XXXVI. 92 (R. G.), XXXVII. 3. — R. G. VI S. 24, VII S. 21, IX S. 227. [Regelsberger I § 44, IV, Gierke I § 26¹⁰⁴ fg., Riemeyer a. a. O. § 180.] Concurs: Sf. XXII. 113. 114 und Citate bei Nr. 113, XXVI. 1, XXVIII. 100, XXXI. 105, Böhlau S. 460 fg., Stobbe § 33²⁴ fg. [v. Bar Theorie II § 475 fg., Lehrb. § 55 fg., Gierke I § 26 S. 248.] Actio Pauliana: West R. O. Pra. LX S. 358. Sf. XXV. 115, R. O. S. G. XVII S. 294 fg. [v. Bar, Theorie II § 487, Lehrb. § 56⁹ fg.]

¹⁰ Wächter Arch. XXV S. 184 fg., Savigny S. 324 fg., v. Bar [Theorie I § 155 fg., Lehrb. § 17 fg., Regelsberger I § 45, Gierke I § 26, IV, Dernburg I § 46, 2, c, Riemeyer a. a. O. § 169 fg.], Schmid S. 77 fg., Stobbe § 34, Böhlau S. 478 fg., Mommsen S. 180 fg.

^{10a} Erfordernisse des Zustandekommens der Ehe: Stobbe § 34², Roth § 51⁵² fg. und Citate das. Ehescheidung: Stobbe § 34¹¹, Roth § 51⁵⁶ und Citate das. (hinzuzufügen R. G. IX S. 191 — Sf. XXXIX. 83.) [Sf. L. 1.]

¹¹ Von nun an, d. h. die nach dem bisherigen R. auf Grund der Ehe und des elterlichen Verhältnisses erwachsenen, und von ihrem Fortbestande unabhängigen Verhältnisse bleiben unberührt. — Es ist eine weit verbreitete Meinung, daß durch Verlegung des Sitzes der Ehe das einmal für sie geltend gewordene gesetzliche Güterr. nicht geändert werde. Gestützt wird diese Meinung hauptsächlich darauf, daß durch Eingehung der Ehe das gesetzliche Güterr. stillschweigend zur vertragsmäßigen Norm erhoben worden sei. (Dafür Sf. I. 152, X 221, XIV. 106, XX. 2, XXIV. 104, XXVIII. 187; ohne Berufung auf den stillschweigenden Vertrag IX. 302, XV. 95, XXXII. 103. 104, XXXVII. 319

der Vormundschaft bestimmt sich durch den Wohnsitz des Mündels, es müßte denn für einen besonderen Theil des Mündelvermögens eine besondere örtliche Vormundschaft errichtet worden sein^{11a}.

5. Erbrecht. Die Grundlage des Erbrechts bildet der Eintritt des Erben in das Vermögen des Verstorbenen als gedachte Einheit, und der Sitz des Vermögens in diesem Sinne ist, wo auch die einzelnen Bestandtheile des Vermögens sich befinden mögen, kein anderer, als der Wohnsitz der Person. Daher wird Jemand beerbt, sowohl aus letztem Willen als ohne letzten Willen, nach dem Rechte seines Wohnsitzes, und dabei sind auch seine unbeweglichen Sachen nicht ausgenommen¹².

(RG., Entsch. VI S. 223) [RG. XXXVI S. 206]. Dazwiber Cf. VII. 137, XIV. 106 Nr. 2, XVIII. 1, XXVI. 288, vgl. auch XIV. 198. S. auch Roth I § 51⁶⁰. Da es keines Beweises bedarf, daß es sehr häufig bei der Eingehung der Ehe an einem bestimmten Bewußtsein der Ehegatten und namentlich der Ehefrau über das für die Ehe Platz greifende Güterr. und damit an aller Grundlage für die Annahme eines stillschweigenden Vertrags fehlen wird, so hat Savigny mit einer „allerdings etwas subtilen“ Unterscheidung (S. 112) an die Stelle des stillschweigenden Vertrags eine „freiwillige Unterwerfung“ der Ehegatten gesetzt. Diese freiwillige Unterwerfung findet er aber lebiglich in der Thatfache des Nichtwiderspruchs, und es ist nicht abzusehen, wie aus dieser Thatfache, insofern nicht eine Willenserklärung in ihr enthalten ist, irgend welche rliche Folge könne hergeleitet werden. Das Richtige ist, daß möglicherweise ein stillschweigender Vertrag fann angenommen werden müssen; aber es hängt von den Umständen des einzelnen Falls ab. Besondere Abhandlungen über diese Frage: Junf ACPr. XXI S. 368 fg. XXII S. 99 fg. (1838). Bremer ZS. f. deutsch. R. XVIII Nr. 7 (1858). Fernere Literatur: Wächter XXV S. 53 fg., Savigny S. 328 fg., Roth § 51⁶⁰ fg., Stobbe § 34¹⁸ fg., Schmid S. 81 fg., Böhlau S. 481 fg., Mommsen S. 183 fg. [Für Unwandelbarkeit des ehelichen Güterr. Dernburg I § 46, 2, c. Regelsberger I § 45, VI, B. Gierke I § 26, I, l. (obwohl der Satz gegen die Grundgedanken des germanischen ehelichen Güterr. sei). Riemeyer a. a. D. § 169, v. Bar Theorie I § 184, Lehrb. § 23, 2.]

[^{11a} Vgl. Regelsberger I § 45, IV. Gierke I § 26, IV, 3. v. Bar Theorie I § 208 fg., Lehrb. § 28.]

¹² Wächter Arch. XXV S. 184 fg. 361 fg., Savigny S. 295 fg., v. Bar S. 376 fg., Schmid S. 93 fg., Stobbe § 34 Nr. X, Böhlau S. 475 fg., Mommsen S. 178 fg., [Dernburg I § 46, 2, c., Regelsberger I § 46, Gierke I § 26, V, Riemeyer a. a. D. § 182, v. Bar Theorie II § 362 fg., Lehrb. § 42 fg.] Cf. I. 92, II. 354, IV. 92, VI. 308, VII. 332, XIII. 121, XIV. 107, XV. 95, XXIII. 4, XXXII. 105, XXXIII. 88, XXXV. 90, XXXIX. 84. [RG. XXXI S. 154 fg. Dazu Cf. Jahrb. f. Dogm. XXXV S. 317 fg., RG. XXXVI S. 205 fg.] Früher wollten Viele die Immobilien auch für das Erbr. unter das R. der belegenen Sache stellen. [Vgl. auch v. Bar Theorie II § 363, Regelsberger I § 46³, Gierke I § 26¹³³. Wie, wenn der Erblasser keinen Wohnsitz hatte? RG. XXXI S. 189 fg.: R. des letzten Wohnsitzes; zustimmend Cf. a. a. D. S. 318.]

6. Was die Form der Rechtsgeschäfte angeht, so ist durch ein allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht anerkannt, daß die Form des Orts, an welchem das Rechtsgeschäft vorgenommen wird, genügt. Diese Form ist aber eben auch nur genügend, nicht nothwendig; genügend ist auch die Form des Orts, für welchen das Rechtsgeschäft zu wirken bestimmt ist¹³.

§§. Die gemeinrechtlichen Grundsätze vom internationalen Privatrecht werden nach Inkrafttreten des VGH. noch in denjenigen Angelegenheiten fortgelten, für welche nach dem VGH. überhaupt das alte Recht maßgebend bleibt (§ 6b, II). Denn damit ist nothwendig verbunden, daß das alte Recht auch darüber entscheidet, welches von mehreren in Betracht kommenden, die Sache selbst betreffenden Rechten das entscheidende ist. Die Vorschriften des EG. zum VGH. über das internationale Privatrecht (Art 6—31) sind ausschließlich so gefaßt, daß nur das Verhältniß zwischen deutschem und ausländischem Recht dadurch bestimmt wird (auch Art. 7 Abs. 1 betrifft nur diese Frage; denn Verschiedenheiten der Geschäftsfähigkeit nach Landesrechten duldet das VGH. nicht). Insofern aber Landesrechte vom VGH. unberührt gelassen sind (§ 6b, I) kann auch nach dem Inkrafttreten des VGH. die Frage praktisch werden, welches unter mehreren Landesrechten zur Anwendung zu kommen hat. Diese Frage entscheidet das EG. nicht, es steht aber zu erwarten und zu hoffen, daß die Praxis seine Grundsätze hier analog anwenden, oder wenn man will, gewohnheitsrechtlich recipiren wird. Die Vorschriften des EG. sind aber lückenhaft; man wird ihre Ergänzung zwar in Anlehnung an die bisherigen Anschauungen suchen, jedoch dabei den Einklang derselben mit den in den Vorschriften des EG. hervortretenden Grundgedanken herstellen müssen. Was sich dabei ergibt, kann erst die Zukunft lehren. Das EG. geht durchaus davon aus, daß es Sache des deutschen Rechts ist, für seinen Machtbereich das internationale Privatrecht zu ordnen; nur erklärt es sich für gewisse Fälle damit einverstanden, daß, während nach seinen Regeln das ausländische Recht anzuwenden wäre, das deutsche angewandt wird, wenn das ausländische Recht dies selbst will (27). Grundsätzlich ausgeschlossen ist die Anwendung eines ausländischen Gesetzes, wenn die Anwendung gegen die guten Sitten (nach deutscher Auffassung!) oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde (EG. 30). Vom Auslande wird Reciprocität erwartet; denn es kann unter Zustimmung des Bundesraths durch Anordnung des

¹³ Wächter Arch. XXV S. 368 fg. 405 fg., Savigny S. 348 fg., Stobbe § 31, Böhlau S. 437 fg. Cf. II. 5, X. 220, XVI. 89, XVIII. 204, XIX. 4, 6, XX. 1, XXIV. 185, XXXV. 89, XXXVII. 1, HG. I S. 322, IX S. 176; Cf. XXII. 112. [HG. XXVII S. 100 fg. Dernburg I § 48, 1, Hegelsberger I § 42, Gierke I § 26, III, 1, a., v. Bar Theorie I § 117 fg., Lehrb. § 12., Maniewicz über die Bedeutung des Satzes locus regit actum (Wresl. Diss. 1891).] Nur für Rechtsgeschäfte, durch welche ein R. an einer unbeweglichen Sache erworben werden soll, wird eine Ausnahme gemacht. Wächter Arch. XXX S. 383, Schmid S. 55, Stobbe § 327, Roth § 51⁹¹, Mommsen S. 169 fg. Cf. VIII. 2, XXII. 204. [v. Bar, Theorie I § 119, Gierke a. a. D., Hegelsberger a. a. D., Maniewicz S. 36 fg. vertheidigen mit Recht dieselbe Ausnahme auch bei beweglichen Sachen.]

Reichskanzlers bestimmt werden, daß gegen einen ausländischen Staat, dessen Angehörige und ihre Rechtsnachfolger ein Wiedervergeltungsrecht zur Anwendung gebracht werde (§ 31 vgl. R.D. 4.). Das Princip der Staatsangehörigkeit hat über das des Wohnsitzes einen entscheidenden Sieg errungen. In der Regelung der Geschäftsfähigkeit (§ 7), der Entmündigung (8), der Todeserklärung (9), der Rechtsfähigkeit der Vereine (10), des Eherechts (13—17 [die Unwandelbarkeit des ehelichen Güterrechts ist anerkannt (15.)], des Rechts der Eltern und Kinder (18—22), der Vormundschaft (23), des Erbrechts (24—26) ist überall die Staatsangehörigkeit das in erster Linie Maßgebende. Es finden sich aber Modificationen (7 Abf. 3. Art. 8. 9 Abf. 2. 3. Art. 16. 23. 24 Abf. 2. Art. 25). Grundsätzlich tritt an Stelle der Staatsangehörigkeit der Wohnsitz. (in dessen Ermangelung der Aufenthaltsort) erst dann, wenn eine Person nie einem Staate angehört hat (29). Die Form der Rechtsgeschäfte richtet sich nach den Gesetzen, welche für das den Gegenstand des Rechtsgeschäfts bildende Rechtsverhältniß maßgebend sind (Ausnahmen für Eheschließung in Art. 13 Abf. 3); es genügt jedoch auch die Form des Errichtungsorts (11). Die letztere Vorschrift ist ausgeschlossen, wenn durch das Rechtsgeschäft ein Recht an einer beweglichen oder unbeweglichen Sache begründet oder über ein solches Recht verfügt wird. Dann also muß die Form beobachtet werden, welche die für die Sache maßgebenden Gesetze vorschreiben. Welche das sind, sagt das E.G. nicht, meint aber unzweifelhaft das Recht der belegenen Sache. Das zeigt auch die Bestimmung, daß die Vorschriften über das anzuwendende eheliche Güterrecht, Recht der Eltern und Kinder, Erbrecht keine Anwendung finden auf Gegenstände, die sich nicht im Gebiete des Staats befinden, dessen Recht nach jenen Vorschriften maßgebend sein würde, und welche nach den Gesetzen des Staats, in dem sie sich befinden, besondern Vorschriften unterliegen (28); also sind dann diese Vorschriften anzuwenden. In das Obligationenrecht greift nur der Satz ein, daß aus unerlaubten Handlungen, die im Auslande begangen sind, nicht weitergehende Ansprüche geltend gemacht werden können, als nach den deutschen Gesetzen begründet sind (12); mit dieser Schranke entscheidet also das Recht des Thäters; von Geschäftsobligationen ist nicht die Rede.]

Wohnsitz*.

§ 36.

Es ist noch eine nähere Feststellung des im Vorhergehenden vielfach erwähnten Begriffs des Wohnsitzes erforderlich¹. Seinen Wohn-

* Hierulff S. 122—128. Savigny VIII § 353. 354. [Dernburg I § 46, I. Regelsberger I § 74. v. Bar Theorie (§ 34²) I § 42 fg. Lehrb. § 8. Wach Handb. d. Civilpr. I § 34, II. Pfand Lehrb. d. Civilpr. I § 13. Zeuffert zu CPD. § 13 fg.]

¹ Die Bedeutung des Begriffs des Wohnsitzes (Domicils, domicilium) be- § 36. schränkt sich nicht auf die Bestimmung des anzuwendenden R. Abgesehen von den Vorschriften über die Theilnahme an den öffentlichen Steuern und Lasten hat der Wohnsitz namentlich auch einen durchgreifenden Einfluß auf die Bestimmung des

sitz hat der Mensch an dem Orte, wo der Mittelpunkt seiner Verhältnisse und seiner Thätigkeit ist², auch wenn er sich an diesem Orte nicht fortwährend, selbst wenn er sich an ihm regelmäßig nur vorübergehend aufhält³. Welches dieser Ort sei, ist eine Frage, die im Allgemeinen für den einzelnen Fall unter Erwägung aller Umstände gelöst werden muß⁴; für gewisse Fälle ist sie durch eine gesetzliche Regel beantwortet⁵. In diesen Fällen ist auch der Wille der be-

Gerichtsstandes. [CPD. 13 fg. Der civilprocessuale Begriff des Wohnsitzes ist nicht völlig mit dem gemeinlichen identisch. CPD. 14. 15. 16 gelten materielllich nicht.]

² L. 7 C. 10, 40 [39] — „in co(dem) loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem rerumquo ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet, unde cum profectus est, peregrinari videtur, quo si rediit, peregrinari iam destitit“. L. 203 D. 50, 16: — „constitutum esse, eam domum unicuique nostrum debere existimari, ubi quisque sedes et tabulas haberet, suarumque rerum constitutionem fecisset“. L. 17 § 13. I. 27 § 1 D. 50, 1.

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

⁴ Vgl. Cf. X. 12, XI. 108, XIV. 65, XX. 183, XXXIX. 179, XLIII. 174. [298. RG. XXX S. 348 fg.] Nach einem Rescripte von Hadrian sollte es als Begründung eines Wohnsitzes angesehen werden, wenn ein Studirender seinen Aufenthalt am Studienort 10 Jahre lang fortsetze, l. 2 C. 10, 40 [39]. Wohnsitz ohne Heimathsr.: Cf. IV. 254, VII. 242, XI. 299, XV. 75, XVII. 116, XXXI. 104, XXXII. 2, XL. 7.

⁵ S. g. gesetzlicher Wohnsitz (domicilium necessarium). Diese Fälle sind folgende. Die Ehefrau hat ihren Wohnsitz am Wohnsitz ihres Mannes (domicilium matrimonii, l. 32 l. 38 § 3 D. 50, 1, l. 5 D. 23, 2), der Beamte am Orte seiner Amtsführung (l. 8 C. 10, 40 [39], vgl. l. 23 § 1 D. 50, 1), der Verwiesene am Straforte (obgleich er daneben auch seinen früheren Wohnsitz behalten kann), l. 22 § 3. I. 27 § 3 D. 50, 1. Vgl. Cf. XII. 302, XXIII. 3, XLIII. 5. [Die beiden zuletzt genannten Fälle des gesetzlichen Wohnsitzes sind gemeinlich nicht anzuerkennen. Regelsberger I § 74, III, D. Wach a. a. D. S. 409 fg. Der Beamte ist in der Regel verpflichtet, am Sitze des Amtes zu wohnen; thut er es nicht, so kann dieß disciplinäre Folgen haben, bewirkt aber nicht, daß er civillich oder processual als am Amtssitz wohnend angesehen werde. H. W. Dernburg I § 46 zu 7⁸. Einen „Verwiesenen“ kennen wir nicht. Der heutige Strafgefangene könnte nur bei Verurtheilung zu sehr langwieriger oder lebenslänglicher Strafe als am Haftort wohnend angesehen werden. Auch dafür sprechen hinlängliche Gründe nicht. S. auch Wilimowski-Levy CPD. § 13, Anm. 1 Abs. 4., Cf. XLIII. 5. Dagegen ist hinzuzufügen, daß eheliche Kinder den Wohnsitz des Vaters, uneheliche den der Mutter theilen, bis sie ihn rüthig aufgegeben haben. S. CPD. 17. Der Satz gilt aber auch materielllich. Regelsberger a. a. D. Die Aufgabe seitens des minderjährigen Kindes setzt väterliche (vormundschafftliche) Genehmigung voraus; das großjährige eheliche Kind dagegen kann, auch wenn es noch unter väterlicher Gewalt steht, unter Begründung selbständiger Existenz den väterlichen Wohnsitz ohne Zustimmung des Vaters aufgeben, weil es sich damit emancipirt (§ 525²⁰).]

treffenden Person gleichgültig; abgesehen von denselben ist die Begründung eines Wohnsitzes nicht möglich ohne den Willen des Begründenden^{5a}. Von der anderen Seite reicht der bloße Wille nicht aus, wenn ihm das thatsächliche Verhältniß nicht entspricht^{5b}. Ebenso verhält es sich mit der Aufhebung des Wohnsitzes⁶. Möglicherweise kann Jemand auch einen doppelten Wohnsitz haben⁷, sowie gar keinen⁸.

[Die Bestimmungen des **§§.** über Begründung und Aufhebung des Wohnsitzes (7) entsprechen der gemeinrechtlichen Auffassung. Geschäftsunfähige und in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte bedürfen zur Begründung wie zur Aufhebung des Wohnsitzes der Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters. (**BGB** 8. vgl. ^{5a}.) Der gesetzliche Wohnsitz der Ehefrau am Wohnsitz des Mannes ist anerkannt und zwar (anders als in **CPD.** 17) ohne eine Ausnahme für den Fall der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (**BGB.** 1575). Dagegen theilt die Frau den Wohnsitz des Mannes nicht, wenn der letztere im Ausland an einem Orte Wohnsitz nimmt, wohin die Frau nicht zu folgen braucht (**BGB.** 1354) und thatsächlich nicht folgt. Sie kann dann selbständig einen Wohnsitz haben, ebenso wie dann, wenn der Mann keinen Wohnsitz hat. (**BGB.** 10). Auch der gesetzliche Wohnsitz der ehelichen wie der unehelichen Kinder (⁶) ist anerkannt mit dem Hinzufügen, daß angenommene Kinder den Wohnsitz des Annehmenden theilen. Die Kinder behalten wie im gemeinen Recht den Wohnsitz, bis sie ihn rechtsgültig aufgeben. Legitimation oder Annahme an Kindesstatt nach Volljährigkeit des Kindes beeinflussen den Wohnsitz nicht. (**BGB.** 11.) Aus **CPD.** 17 hat **BGB.** 9 den gesetzlichen Gerichtsstand am Garnisonorte für die Militärpersonen, welche nicht nur zur Erfüllung der Wehrpflicht dienen und einen Wohnsitz selbständig begründen können, in das materielle Recht übernommen. Einen gesetzlichen Wohnsitz der Beamten oder der Strafgefangenen (⁸) kennt das **BGB.** nicht. Mit der Möglichkeit, daß Jemand mehrere oder keinen Wohnsitz hat, rechnet auch das **BGB.** (7 **Abf.** 2. 10 **Abf.** 2).]

[^{5a} Minderjährige können einen Wohnsitz nur mit Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters begründen, für Wahnsinnige kann er nur durch diesen begründet werden. **Regelsberger** a. a. O. III, 3. v. **Bar.**, **Theorie** I § 45 S. 158 fg.]

[^{5b} **RG.** XV S. 967 fg.]

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

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

⁸ L. 27 § 2 cit. **§f.** XXXVIII. 203 (es kommt zur Anwendung das **R.** des letzten Wohnsitzes). [**RG.** XXXVI S. 208 fg. läßt den früheren Wohnsitz rechtlich fort dauern, wenn er ohne Begründung eines neuen aufgegeben wird.]

Zweites Buch.

Von den Rechten überhaupt.

Erstes Kapitel.

Begriff und Arten der Rechte.

Begriff des Rechts*.

§ 37.

Von Recht im Sinne von Berechtigung (Recht im subjectiven Sinne, subjectives Recht) spricht man in doppelter Bedeutung¹.

1. Recht auf ein gewisses Verhalten, Thun oder Unterlassen, der dem Berechtigten gegenüberstehenden Personen oder einer gegenüberstehenden Person. Die Rechtsordnung (das Recht im objectiven Sinne, das objective Recht) hat auf Grund eines concreten Thatbe-

* Jhering Geist des r. R. III § 60. 61 (1. Aufl. 1865). (Vgl. dens. der Zweck im R. I S. 434 fg. [2. u. 3. Aufl. 443 fg.] II S. 188. 212. [[Conrad's Handwörterbuch d. Staatswiss. u. d. W. Besitz = Jahrb. f. Dogm. XXXII S. 65 fg.]].) Thon Anorn und subjectives R. (1878). Dazu die Anzeigen von Merkel Grünh. 3S. VI S. 367 fg. (1879) und von Vinding fr. 33S. XXI S. 542 fg. (1879). Leonhard Grünh. 3S. X S. 1 fg. (1882). Bierling zur Kritik der juristischen Grundbegriffe. Zweiter Theil (1883). Vgl. noch Schloßmann der Vertrag (1876) S. 243 fg., Prodlowski das r. Privatr. I § 54 (1877), v. Schey Grünh. 3S. VII S. 756 fg. (1880), Plossz Beiträge zur Theorie des Klager. (1881) S. 49 fg., und darüber Baron fr. 33S. XXIV S. 322 fg., Bierling a. a. O. S. 57 Note, Pfersche Methodik der Privatr.-Wissenschaft (1881) und darüber Kohler 3S. f. vergl. RW. IV S. 293 fg., Schuppe der Begriff des subjectiven R. Breslau 1887. Bekker Pandekten I S. 49: „Der Begriff des subjectiven R. (ist) nicht absolut festzustellen, vielmehr bildsam je nach den Verschiedenheiten des geltenden R. und der herrschenden Lehre“ (!), [Bekker II S. 215. Herzfelder Gewalt u. R. Münch. Diss. 1890 S. 10 fg. Weiteres in den folgenden Noten.]

§ 37. ¹ Die folgende Darstellung faßt, der Ausgabe dieses Lehrbuchs gemäß, nur die Privatre in's Auge.

standes einen Befehl² zu einem Verhalten bestimmter Art erlassen und diesen Befehl demjenigen, zu Gunsten dessen sie ihn erlassen hat, zur freien Verfügung hingegen. Sie überläßt es ihm, ob er von dem Befehl Gebrauch machen, und im Besondern ob er die ihm gegen den Widerstrebenden von der Rechtsordnung gewährten Mittel zur Anwendung bringen will, oder nicht^{2a}. Demgemäß ist sein Wille maßgebend für die Durchsetzung des von der Rechtsordnung erlassenen Befehls. Die Rechtsordnung hat sich des von ihr erlassenen Befehls zu seinen Gunsten entäußert, sie hat ihren Befehl zu seinem Befehl gemacht. Das Recht ist sein Recht geworden.

2. Nicht diese Bedeutung hat das Wort Recht, wenn man z. B. sagt, der Eigenthümer habe das Recht, seine Sache zu veräußern, der Gläubiger das Recht, seine Forderung zu cediren, einem Vertragsschließenden stehe das Rücktrittsrecht oder das Kündigungsrecht zu u. A. Man meint in diesen und ähnlichen Redewendungen mit dem Worte Recht, daß der Wille des Berechtigten maßgebend sei für die Entstehung von Rechten der zuerst gedachten Art, oder für den Untergang oder die Veränderung entstandener. Es wird dem Berechtigten ein maßgebender Wille zugeschrieben nicht für die Durchsetzung, sondern für das Sein von Befehlen der Rechtsordnung.

Beide Arten der subjectiven Rechte umfaßt die Definition: Recht ist eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft³.

² Norm, Imperativ. Vgl. § 27¹.

[^{2a} Von der sittlichen Pflicht, das R. auszuüben, welche Fhering's berühmte Schrift vom Kampf ums R. so eindringlich vertritt, ist hier nicht die Rede. Kühler stehen dieser Pflicht gegenüber Dernburg I § 21⁵, Kohler WH. VI S. 181 fg. Eine Pflicht, das R. auszuüben, kann es nur scheinbar geben, es steht dann eine selbständige Verpflichtung neben dem R. Auch handelt es sich hier nicht darum, ob man auf künftige Ausübung im Voraus bindend verzichten kann, welches nicht immer möglich ist, sondern darum, daß es jederzeit ausschließlich bei dem Berechtigten steht, ob er gegenwärtig das zu seinen Gunsten bestehende Gebot des objectiven R. geltend machen will oder nicht. Daher insbesondere der Civilproceß Niemandem die Verwirklichung eines R. aufdringt, ohne daß er es verlangt. Die Ungültigkeit des Verzichts auf ein R. bedeutet nie mehr, als daß der Berechtigte es trotz des Verzichts noch geltend machen kann, wenn er will. Vgl. CPD. 279.]

³ Ich halte also die in den früheren Auflagen dieses Lehrbuchs aufgestellte Definition des R. fest. Ob dieselbe auch jetzt noch der herrschenden Ansicht entspricht, wie sie es früher entschieden that, kann nach den zahlreichen Angriffen, die sie in der neueren Zeit erfahren hat, zweifelhaft erscheinen. Diese Angriffe wenden sich bald gegen die Kategorie der Macht oder Herrschaft, bald gegen die Kategorie des Willens. In letzter Beziehung hat namentlich Fhering a. a. O. mit großer

Energie geltend gemacht, daß die Definition des R. nicht auf den Willen, sondern auf das Interesse gestellt werden müsse. Seine Definition lautet: R. ist rlich, d. h. durch Klage geschütztes Interesse. Es ist (von Anderem abgesehen) oft gegen ihn bemerkt worden, daß die Substanz des R. nicht in dem Interesse, sondern in den von der Rordnung zum Schutz dieses Interesses erlassenen Ausprüchen liegt. Gewiß wird die Rordnung Ne nur zu dem Ende verleiht, um damit die Interessen derjenigen zu befriedigen, denen sie dieselben verleiht; aber in die Definition des R. gehört der Zweck, um dessen Willen es verleiht wird, nicht. Ueber diesen Punkt haben sich ausgesprochen (theils Jhering zustimmend, theils widersprechend, theils modificirend): Büchel tr. 33. XI S. 198, Bruns in v. Holzendorff's Encyclop. I S. 267 (5. Aufl. S. 445), Binding Sic. men I S. 154 fg. (f. auch II S. 50 fg.), Schloßmann a. a. D. S. 246, 256, Thon a. a. D. S. 218 fg., Kohler Jahrb. f. Dogm. XVIII S. 196 (vgl. S. 131, 199), v. Schey Grünh. 3. S. VII S. 756 fg., Merkel a. a. D. S. 386 fg., Pachmann über die gegenwärtige Bewegung in der Rwissenschaft S. 32 fg. 50 fg., Leonhard a. a. D. S. 23 fg., Bierling a. a. D. S. 58 fg., Schuppe a. a. D. S. 27 fg. 46 fg., Karlowa Grünh. 3. S. XV S. 381 fg. [Bernburg I 39^s, Regelsberger I § 14 S. 75 fg., Herzfelder (*) S. 11 fg., Vertmann Jahrb. f. Dogm. XXXI S. 439 fg., Lehmann bei Stobbe II § 75 S. 52 fg.] Vernatig Arch. f. öffentl. R. V S. 193 fg. 232 fg. 260 fg. [[: R. ist ein menschliches Interesse (ein menschlicher Zweck), für dessen Realisirung die Rordnung die Möglichkeit einer Willensherrschaft gewährt. (Der Verf. meint: für dessen Realisirung die Rordnung ein menschliches Wollen als maßgebend erklärt, gleichviel, wem dieser Wille angehört. S. 263. S. 262: ein anderer Wille wird dem Rsubject in seinem Interesse als sein Wille octroit.))] — Clausius das Merkmal der Macht im Begriff des subj. R. Bonner Inaug.-Diss. 1890. [[versteht unter „Macht“ nicht die von der Rordnung verliehenene Willensherrschaft, sondern deren reale Verwirklichung und sucht nach den Mitteln dieser Verwirklichung.]] — Kunze zur Besiglehre S. 73 fg. [[G. Kümelin Metaphisches über jur. Personen (Freib. Progr. 1891) S. 34 fg.]] (gegen Jhering). — Die italienischen Uebersetzer dieses Lehrbuchs (Fadda u. Bensa) glauben die entwickelte Bestimmung des Begriffs des subjectiven R. mit der Behauptung abthun zu können, sie beruhe auf einem Wortspiel. Ich weise diese ungerechtfertigte Behauptung zurück. — Es hat jedoch die hier festgehaltene Definition des R., was die Ne der im Text bezeichneten ersten Art angeht, mit einer Schwierigkeit zu kämpfen. Dieselbe liegt in der Thatsache, daß der Bestand der dem Ne entsprechenden Willensunterworfenheit, und somit des R. selbst, unabhängig ist von dem realen Wollen des Berechtigten, von einer von ihm ausgehenden Willensäußerung. Wer über ein fremdes Grundstück geht, verletzt das R. des Eigenthümers, obgleich der Eigenthümer es ihm nicht verboten hat, wer seinen Gläubiger nicht zur rechten Zeit befriedigt, verletzt das R. des Gläubigers obgleich der Gläubiger es ihm nicht geboten hat. Und ein R. kann auch ein Willensunfähiger ohne Vertreter haben, ja man kann ein R. haben, ohne es zu wissen; Vgl. Thon S. 115 fg. (Die an dieser Stelle kritisirte Ansicht Venel's ist von demselben inzwischen zurückgenommen worden, Jahrb. f. Dogm. XIX S. 168.) Dieser Schwierigkeit habe ich in den vorigen Auflagen dadurch zu entgehen versucht, daß ich sagte, die Rordnung erkläre in der Verleihtung eines R. für maßgebend nicht den Willen des Berechtigten, sondern einen gewissen Willensinhalt. Diesen Versuch gebe ich als unvollkommen auf. Die Grundlage der jetzt hier vertretenen Auffassung ist, wie ich dankbar anerkenne, dem trefflichen Buche Thon's entnommen. Auszugehen ist davon, daß der im subjectiven Ne gebietende Wille

nur der Wille der *Rsordnung* ist, nicht der Wille des Berechtigten. Selbst wenn die *Rsordnung* den Inhalt ihres Befehls aus dem Willen einer Person entnimmt, befehlt doch sie allein, nicht diese Person. Aber für diesen zu Gunsten des Berechtigten erlassenen Befehl hat die *Rsordnung* den Willen des Berechtigten selbst entscheidend gemacht. Sein Wille ist maßgebend für das Verhalten der ihm Gegenüberstehenden, weil er maßgebend ist für einen für ihr Verhalten maßgebenden Abbefehl. Der Unterschied zwischen der hier vertretenen Auffassung und der *Lhon's* besteht nur darin, daß *Lhon* es ablehnt, den zu Gunsten des Berechtigten erlassenen Abbefehl beizugehen, weil sein Wille für denselben entscheidend ist, seinen Befehl zu nennen. Nach *Lhon* ist nicht der ursprüngliche Befehl der *Rsordnung* dem Berechtigten zu eigen gegeben, sondern ihm zu eigen gegeben sind erst die weiteren Befehle, welche die *Rsordnung* für den Fall des Ungehorsams gegen den Widerstrebenden erläßt, um ihr Gebot durchzusetzen, im Besonderen die Befehle an die Organe der Staatsgewalt zur Gewährung von Hilfe. Der ursprüngliche Befehl bleibt für *Lhon* Befehl der *Rsordnung* schlechthin; das subjective *R.* ist nach ihm nichts Eigenes, sondern Aussicht auf Eigenes, und der Schuldner z. B., welcher seinen Gläubiger freiwillig befriedigt, erfüllt nichts als ein Gebot des objectiven *R.* S. gegen *Lhon* auch *Winding* S. 565 fg., *Mertel* S. 387 fg., *Bierling* S. 61 fg. Ein neuester Schriftsteller (*Dunker* die Besitzlage und der Besitz, 1884) sagt mit Recht, daß die *Lhon'schen* *Re* keine *Re* sind, aber er zieht daraus die Consequenz, daß es überhaupt keine *Re* gebe, sondern nur Pflichten (!). Die Ansicht *Schuppe's* stimmt mit der hier vorgetragenen im Wesentlichen überein, nur daß er den subjectiven Willen als das Principale ansieht: subjectives *R.* ist das vom subjectiven Willen Gewollte, welches der objective Wille sich aneignet. Neuestens definiert *Dernburg* I § 39: *R.* im subjectiven Sinne ist ein dem Individuum nach der *Rsordnung* zustehender Antheil an den Lebensgütern. [Inzwischen hat *Dernburg* von dieser ohnehin schon zu vagen Definition noch die Bezugnahme auf die *Rsordnung* aufgegeben und sagt (I. u. 5. Aufl.): *R.* im subjectiven Sinne ist der Antheil an den Lebensgütern, welcher einer Person in der menschlichen Gesellschaft zukommt. Die *Rsordnung* gewährt und modelt die subjectiven *Re*, aber sie ist nicht ihr Schöpfer. Abgesehen davon, daß diese Definition nur für die Gesamtheit aller subjectiven *Re* einer Person, nicht für das einzelne richtig sein könnte („der Antheil“; s. auch *Vehmann* bei *Stobbe* II § 75³), ist sie unbrauchbar, weil man vergebens fragt, kraft welcher Ordnung mir mein *R.* „zukommt“, wenn nicht kraft der *Rsordnung*. Der Jurist wenigstens hat nur mit *Re*n zu thun, die die *Rsordnung* gibt, nicht bloß modelt, oder nebenher gewährt. Daß das *R.* dabei an Beziehungen anknüpft, die vor dem *Re* dagewesen sind (*Beller* I § 18^a), ist freilich unbestreitbar; vgl. auch *Herzfelder* S. 13⁴⁰.) Einige Aeußerungen *Gierke's* (I § 27 S. 252) klingen an die Ansicht von *Dernburg* an, sind aber doch anders gemeint. Insbesondere gegen die von *Dernburg* vertretene Ansicht, daß subjective *Re* geschichtlich lange bestanden, ehe sich eine selbstbewusste staatliche *Rsordnung* ausbildete, betont *Gierke* mit Recht, daß die *Rsordnung* darum nicht weniger vorhanden war, weil man sich ihrer nicht bewußt war, sondern nur sie in und mit den Averbhältnissen empfand. *G.* bezeichnet *Rsordnung* und subjectives *R.* als gleich ursprünglich. Dies ist ebenso richtig wie *G.'s* Satz, daß das objective *R.* die subjectiven *Re* nur aus den Willensinhalten formt, die es im Leben vorfindet. Zu *Re*n werden dieselben aber nach *G.* erst durch die Anerkennung der *Rsordnung*, während nach *D.* die *Re* als solche unabhängig von der *Rsordnung* bestehen müßten. Nur beschreibend und referierend *Wendt* § 7. Sehr scharfsinnig ist die Darstellung von *Hölder* § 61 (vgl. auch denselben, über subj. u. obj. *R.*

1898), welcher das subjective Recht von dem Ausgangspunkt des objectiven R. und des möglichen verschiedenen Inhalts seiner Sätze aus betrachtet. Nur darin vermag ich Hölder nicht zu folgen, daß der erlaubende Satz und die von ihm ertheilte Befugniß privatlich — wosfern es sich nicht um bloße Erklärung des Nichtverbotenseins handelt, die hier nicht in Frage kommt, etwas anderes sein könnte als das Gebot an Dritte, das dem Berechtigten Gestattete zu dulden. Hölder (S. 330 fg.) sieht in dem subjectiven R. eine Willensmacht in dem Sinne einer Macht seines Subjects über den Willen der durch seinen Inhalt verpflichteten Aegenossen. Von dieser durch das objective R. gegebenen Macht unterscheidet H. die dem Re an einer Person oder Sache eigenthümliche reale Macht, Herrschaft über dieselbe, welche das objective R. nicht gibt, sondern nur „will“. Das Kind ist nach H. ein Object realer Beherrschung durch den Vater nicht als ein zum Gehorsam gegen ihn Verpflichtetes, sondern als ein vom Re seiner Einwirkung Preisgegebenes; „Wäre das R. des Vaters an seinem Kinde lediglich ein verpflichtendes, so wäre er zu keiner positiven Behandlung desselben befugt“, denn der Inhalt des Privat. sei „nur insoweit als er ein erlaubender ist, der Verwirklichung durch die eigene Handlung des Berechtigten zugänglich, während die privatliche Forderung“ (d. h. das verpflichtende R.) „für ihre Verwirklichung schlechthin auf den Willen des Verpflichteten beziehungsweise der Aegemeinschaft angewiesen ist“; (d. h. es gibt hier gegen den Widerstrebenden keine Eigenmacht, sondern nur Anrufung des Ahschutzes). Allein was heißt es, daß das objective R. die Macht des Berechtigten will? Daß es ihr seinerseits nichts in den Weg legen will, darum handelt es sich nicht, und es kann jenes Wollen nur das Gebot an andere bedeuten, jener Macht nichts in den Weg zu legen, und zu nichts anderem kann man kommen, wenn man untersucht, was jenes „Preisgeben“ eigentlich bedeutet. Das R. des Vaters, z. B. das Kind zu züchtigen, hat den Sinn, daß das Kind die Apflicht hat, die Züchtigung zu dulden und daß Dritte den Vater an der Ausübung der Züchtigung nicht hindern dürfen; gegenüber dem widerstehlichen Kinde wie einem Dritten, der sich einmischte, wäre der Vater in Nothwehr. Den gleichen Sinn hat das väterliche Züchtigungsr. des Lehrern (Gew. D. 127.) oder das Fesselungsr. des Schiffers nach Seemanns D. 79 Abs. 2. Daß die privatliche Verpflichtung schlechthin auf den Willen des Verpflichteten oder den Proceß angewiesen sei, ist nicht richtig, auch nicht nach Hölder; denn H. selbst weist auf das allgemeine Selbsthülfer. in Fällen hin, wo Ahsülfe zu spät kommen würde (S. 325 4). Dieses R. zur Selbsthülfe ist wiederum nichts anderes als das Gebot an den Gegner, dieselbe zu dulden. Mit der Leistungspflicht gewöhnlichen Schlags paart sich diese Apflicht zur Duldung nur ausnahmsweise, mit demjenigen des Kindes, Verlings zum Gehorsam immer. Eine besondere Ansicht über Gewaltverhältnisse im Gegensatz zu Averbhältnissen hat Herzfelder (*). Nach ihm sind jene rein thatsächlich, ein Averbhältnis steht höchstens daneben. Dies wäre ganz richtig, wenn das Thatsächliche und das Averbhältnis nicht befähigt durcheinander geworfen würden und z. B. festgehalten würde, daß die Aehre von der väterlichen Gewalt das Averbhältnis, nicht die thatsächliche Gewalt über den Sohn betrifft. Nach Herzfelder S. 28 hat das Kind gegen den Vater überhaupt keine Apflichten, sondern es schuldet Gehorsam. Ist das vielleicht keine Apflicht? Vgl. gegen H. die völlig zutreffenden Ausführungen von Dyroff fr. WZS. XXXIII S. 268 fg. — Megelesberger § 114 S. 76: Ein subjectives R. liegt vor, wenn die Ahsordnung die Verwirklichung eines anerkannten Zweckes, d. h. die Befriedigung eines anerkannten Interesses dem Vertheiligten überläßt und ihm zu diesem Behuf eine reale Macht gewährt. Diese Macht ist das Wesen des R. Etwas anderes sind

Abfugnisse, bloße Ausstrahlungen der Re, wieder etwas anderes rliche Eigenschaften der Subjecte. Hierle I § 27 fg. stellt an die Spitze den der objektiven Anordnung im Ganzen entsprechenden Begriff des subjektiven R. als des Inbegriffs der Verhältnisse oder der Befugnisse und Verpflichtungen (§. 151). Subjektives R. in diesem Sinne und objektives R. sind von einander untrennbar. Subjectives R. sind nur Re und Pflichten, die ein Maß bejahen, objektives R. hat nur Sinn in dem es Re und Pflichten setzt (§. 252); Befugniß (Recht) ist Willensmacht, die durch eine gewährende Anorm gesetzt ist. Pflicht (Verbindlichkeit) ist Willensgebundenheit, die durch eine verpflichtende Anorm gesetzt ist (§. 255). Das einzelne subjektive R. ist eine einem Subject eignende Willensmacht, durch welche der freie Wille eines Wesens beherrscht wird, das auch Subject sein kann, und in dem Augenblick in dem es als Object einer Befugniß gesetzt wird, zugleich als Subject der betreffenden Pflicht erscheint (§. 256 fg.); den Inhalt eines jeden solchen Verhältnisses bildet ein äußeres Lebensinteresse, ein ideelles oder materielles Gut (§. 253). Der Wille des Berechtigten herrscht entweder in Beziehung auf einen Gegenstand in der Weise, daß jedes von dem Berechtigten verschiedene Subject verpflichtet wird, sobald es in den für ihn abgegrenzten Machtbereich geräth (absolute Re) oder er beherrscht eine oder mehrere bestimmte Verpflichtete in abgegrenzten Beziehungen (relative Re) (§. 258). Nach Dierling Principienlehre I S. 26 fg. ist alles R. seinem wahren Wesen nach gebietend oder verbietend. Alle Anormen drücken den Inhalt von Verhältnissen aus, d. h. von Verhältnissen zwischen Berechtigten und Verpflichteten (§. 145), Correlativverhältnissen von Anspruch und Pflicht (§. 188). Wahres subjektives R. ist nur der Anspruch im allgemeinsten juristischen Sinne (§. 160 fg.). Dürfen ist subjektives R. nur wenn es den Sinn eines Anspruchs gegen Dritte hat (§. 164 fg.). Das Gleiche gilt vom rlichen Können (§. 165 fg.). Dem allen wäre m. E. völlig beizutreten, wenn es nicht durch B.'s Theorie vom objektiven R. einen nicht anzuerkennenden Sinn gewänne. Daß das objektive R. in Wahrheit nur in den Köpfen lebender Menschen existirt (§. 145 fg.) ist richtig; denn in der That kann der A-wille, der Imperativ des R. nur in Menschen zur Erscheinung kommen. Wägen diese aber sein, wer sie wollen, an denjenigen, dem das A-gebot gilt, tritt es heran mit dem Anspruch auf Befolgung ohne Rücksicht auf seine Zustimmung. Hierin ist mit Stammler (§ 16^b) das wahre Wesen des R. zu finden, während B. gerade entgegengesetzt die Anerkennung des Verpflichteten ein wesentliches Merkmal des R. nennt (§. 163. 45). Das Unrichtige dieser Anschauung wird m. E. auch durch die Einschränkungen S. 45 fg. unter 14 nicht gehoben. Lehmann bei Stobbe II § 75 gibt als „Formaldefinition“ etwas undurchsichtig: „R. im subjectiven Sinne ist die subjective Seite der Berechtigungsbeziehung zu einem bestimmten Verhalten“ (§. 48), deutlicher: „Re im subjectiven Sinne sind Befugnisse und Ansprüche“ (§. 49), wobei Befugniß als R. auf eigenes Verhalten, Anspruch als R. auf fremdes Verhalten zu verstehen ist (§. 48 fg.); allein das R. auf eigenes Verhalten ist in Wahrheit ein R. auf fremdes Verhalten; vgl. § 38^a. Lehmann fügt noch eine „Realdefinition“ und eine „Idealdefinition“ hinzu (§. 72 fg. vgl. S. 53 fg. 63 fg.), welche m. E. Aussagen über den Werth des R. für den Berechtigten und die Art, wie er es gebrauchen soll, nicht aber Definitionen des R. sind.] — Was die Re der zweiten Art angeht, so haben natürlich diesen gegenüber die Schriftsteller, welche die Definition des R. als einer Willensmacht bestreiten, harten Stand. Deswegen entschließen sich Thon und Dierling kurz und scheiden sie aus der Definition des R. ganz aus. Thon (§. 325 fg.) will sie auch gar nicht Re nennen; er schlägt dafür den Ausdruck Befugnisse vor. (Umgekehrt gebraucht Brinz I § 64. 65 den

Ausdruck Befugniß nicht für das rliche „Können“, sondern für das rliche „Dürfen“.) [Fhe ring gewinnt die Beziehung seiner Definition des R. als des rlich geschützten Interesses auf die Re der zweiten Kategorie oder wenigstens manche derselben dadurch, daß er sie der ersten Kategorie unterordnet, indem er die Veräußerung einer Sache (in weitestem Sinne) als eine Form des Genusses derselben aufweist. (Geist III zu ^{466b} 19.) Hiermit stimmt im Wesentlichen Schuppe (S. 157 fg.) überein: Das R., sein R. zu übertragen (S. 149 fg.) ist deswegen auch seinerseits subjectives R. im engeren Sinne, weil, wenn der Berechtigte es seinen Interessen dienlich findet, daß den Genuß des bestimmten ihm geschützten eigenen oder fremden Handelns statt seiner ein anderer hat, ihm das objective R. auch diesen Willen bejaht. Aehnlich auch Vierling, Principienlehre I S. 165 fg. 180 fg. Die oben mitgetheilten Ausführungen von Dernburg, Hölder, Gierke beziehen sich ihrem Inhalt zufolge nur auf die Re der ersten Kategorie. In Ansehung der zweiten führt Hölder aus (S. 331, 1) es sei unberechtigt, sie der ersten als eine zweite Art selbständiger Privatre zu coordiniren. Re, welche ihrem Subject nur die Begründung und Aufhebung von Erlaubnissen, Geboten und Verböten ermöglchen, entbehren des selbständigen Inhalts. Die Möglichkeit der Verfügung über ein bestimmtes R. sei entweder eine Folge dieses R. oder, wenn sie einem andern Subject zustehe, ein eigenes, in der Möglichkeit der Verfügung über den Inhalt jenes ersten aufgehendes R. Regelsberger I § 14, 2 rechnet das Veräußerungsr. unter die Rbefugnisse. Ausgeschlossen wissen wir die Re der zweiten Art auch Herzfelder S. 15. Stammer, Wirthschaft u. R. S. 262 fg. geht zutreffend davon aus, daß der Begriff des subjectiven R. nur von dem des Rverhältnisses aus verstanden werden könne. Rverhältniß ist eine rlich geordnete Beziehung von Menschen zu einander. (Vgl. auch S. 658 ¹¹⁶.) R. im subjectiven Sinne hat (vielleicht neben noch andern) drei Hauptbedeutungen, von denen es St. dahin gestellt sein läßt, ob sie in eine einheitliche Formulirung-zusammen gezogen werden können. Sagt man, ich habe ein Pfandr., so ist das das Rverhältniß; sagt man, der Pfandgläubiger hat das R., die Sache zu verkaufen, so ist das eine aus dem Rverhältniß entspringende Einzelbefugniß, sagt man, jeder Großjährige hat das R., eine Hypothek zu bestellen, so ist das die Möglichkeit, ein Rverhältniß zu begründen. Bedenklich ist hieran nur, von dem subjectiven R. in dem ersten Sinne St.'s zu sagen: es ist ein Rverhältniß. Um das einfachere Beispiel eines relativen R. zu wählen, so erscheint es nicht richtig, zu sagen, die Darlehnsforderung, (das subjective R. des Darlehnsgläubigers), ist das Rverhältniß des Darlehns. Allerdings liegt hier nichts vor als ein völlig einheitlicher Befehl des R. Auf Grund der Darlehnszahlung befiehlt dasselbe dem Schuldner, das Erhaltene an den Gläubiger zurückzuzahlen, dies ist nur eine Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner, ein Rverhältniß; unrichtig wäre es, dem R. zwei Ansprüche in den Mund zu legen: du darfst fordern und du mußt zahlen; beide sind identisch; der Sinn des ersten ist kein anderer als der des zweiten. Dieses einheitliche Rgebot verfest aber den Gläubiger und den Schuldner in verschiedene Zustände. Das subjective R. ist der Zustand des Gläubigers, der des Schuldners ist die Verpflichtung. Von jenem kann man so wenig wie von diesem sagen, es ist das Rverhältniß. Höchstens kann man (aber auch das kommt der Sache nicht auf den Grund) sagen, das subjective R. ist ein Rverhältniß, betrachtet von der Seite des Berechtigten. Daß man das subjective R. einen Zustand des Berechtigten nennen kann, wird sich nicht bestreiten lassen. (R. R. Lehmann bei Stobbe II § 75 S. 51.) Ich habe das R., ist nichts anderes als: ich bin berechtigt. Das subjective R. in dem Sinne, in welchem es der Text unter 1 ins Auge faßt,

Daß die Rechtsordnung dem Berechtigten auf sein Verlangen Zwangsmittel zur Durchsetzung der von ihr verliehenen Herrschaft gewähre, gehört zum Begriffe des Rechts nicht⁴.

ist m. E. zu definiren als der Zustand dessen, zu dessen Gunsten die Ordnung entweder einem (oder mehreren) bestimmten Dritten, oder aber unbestimmten Dritten ein bestimmtes Verhalten geboten hat, in dem Sinne, daß es seine Sache ist, ob er diesen Befehl geltend machen will oder nicht. (Ueber die Re Willensunfähiger vgl. Hegelsberger I § 14 S. 75, Gierke I § 27 S. 254, Lehmann a. a. D.) Ein solches R. kann selbständig sein, oder aber mit andern zur Einheit eines umfassenderen R. zusammengefaßt sein. Hier erweist sich namentlich die Betrachtung des subjectiven R. vom Rechtsverhältniß aus (Stammler) als fruchtbar. Man muß davon ausgehen, daß das einem Rechtsverhältniß entsprechende subjective R. ein einheitliches ist, das Eigenthum, die Servitut, das R. des Darlehensgebers, nur mit der Maßgabe, daß in einem und demselben Rechtsverhältniß auch mehrere einander gegenüberstehende Re enthalten sein können; das R. des Verkäufers, des Käufers. Es ist aber auch nichts dagegen zu sagen, daß man die dem Gegenstande nach unterscheidbaren einzelnen Befugnisse, welche in einem solchen einheitlichen Re liegen, wiederum als (einzelne) Re bezeichnet, vorausgesetzt nur, daß man ihre Einheit darüber nicht vergißt. (Vgl. auch Windscheid § 43^o.) Bei den Reu der zweiten Art geht Windscheids Definition über die gewählten Beispiele hinaus. Diese betreffen durchaus Berechtigungen, die sich aus einem concreten Rechtsverhältniß ergeben, während der allgemeine Satz: der Wille des Berechtigten ist maßgebend für Entstehung, Aenderung, Endigung von Rechten der ersten Art, Anwendungsfälle auch außerhalb dieses Gebietes hat. Ein R. im Sinne dieses allgemeinen Satzes ist auch das R., eine Ehe oder einen obligatorischen Vertrag zu schließen, welches sich an ein bestehendes Rechtsverhältniß nicht anschließt. Dies ein R. zu nennen, erlaubt die Sprache, aber zu einem einheitlichen rlichen Begriff kann man diese Erscheinungen nicht mit dem wahren subjectiven R. zusammenfassen. Schränkt man dagegen die Betrachtung auf das durch die Beispiele gegebene Gebiet ein, so gewinnt man allerdings einen Zusammenhang mit den Reu der ersten Kategorie. Das Veräußerungsr. des Eigenthümers, das Cessionsr. des Gläubigers liegen beschlossen in dem Eigenthumsr., dem Forderungsr. Sie haben (im Sinne Schuppes) die Bedeutung, daß das Verbot der Störung des Eigenthümers, das Gebot der Leistung an den Gläubiger erweitert ist. Weber der Eigentümer noch der, den er durch Uebertragung bestimmt, soll gestört werden; es soll geleistet werden dem Gläubiger oder dem, den er durch Cession bestimmt. Diese Auffassung ist aber auch nur möglich bei dem R. zur Rkübertragung oder Rkableitung und in den sonstigen Fällen, in denen der Berechtigte in einem Rechtsverhältniß durch seine Willenserklärung eine Veränderung hervorrufen kann, wie etwa der wahlberechtigte Gläubiger bei einer alternativen Obligation. Auch das Verfügungsr. eines Dritten über mein R. hat den gleichen Sinn, es ist Aegob an mich und die durch mein R. Gebundenen. Anderer Natur ist das Rücktritts- oder Ründigungsr. Hier handelt es sich wesentlich um Abschüttelung einer Verpflichtung, wenn auch damit Verlust eines Gegenr. Hand in Hand gehen kann. Dies ist nicht Ausfluß eines subjectiven R. des Ründigenden, sondern der Inhalt des ihn verpflichtenden R. seines Gegners ist so gefaßt, daß er durch seine Willenserklärung es vernichten kann. Wir kommen danach zu dem Ergebnis: die von Windscheid unter 2 behandelten Re lassen sich zum Theil auf Re der ersten Art zurückführen, zum Theil sind es Rliche Erscheinungen anderer Art, die sich der Zusammenfassung mit jenen ersten entziehen.]

[In dem **§ 69**. hat der Streit über den Begriff des subjectiven Rechts natürlich keine Entscheidung gefunden. Den Ausdruck Recht und die entsprechenden: berechtigt, Berechtigter verwendet das **BGR.** sowohl für die oben unter 1 wie für die unter 2 bezeichnete Kategorie von Rechten. Belege für das zweite bieten: Eintrittsrecht (286. 325. 355. 356. 454 und sonst), Kündigungrecht (543. 555. 596), Widerrufsrecht (533), Aufhebungsrecht (200. 770 Abs. 1; Aufhebung durch einseitige Willenserklärung!), Wiederkaufsrecht (497 fg.; dessen Ausübung durch einseitige Willenserklärung!), Vorkaufsrecht (504 fg.; ebenso!), Wahlrecht (264), Recht, die Erbschaft auszuschlagen (1952). Anlangend die erste Kategorie, ist zu beachten, daß das **BGR.**, wenn in einem Rechtsverhältniß mehrere Befugnisse oder Ansprüche derselben Partei liegen oder sich daraus ergeben können, auch den einzelnen Anspruch oder die einzelne Befugniß ein Recht nennt, z. B. 281 Abs. 2. 283 Abs. 2. 289. 341 Abs. 3. 475. 910 Abs. 2. 1023. 1214. Dementsprechend faßt auch das Gesetz oft die sämtlichen Befugnisse einer Partei aus demselben Rechtsverhältniß nicht als das Recht, sondern als die Rechte, zusammen (401. 725. Abs. 2. 775. 1054. 1217). Trotzdem entspricht es zweifellos dem Sinn des Gesetzes, den Inbegriff der aus einem Rechtsverhältniß für eine Partei hervorgehenden Befugnisse als ein einheitliches Recht aufzufassen. Das Eigenthum wie jedes andere dingliche Recht ist ein Recht (§§ 905. 927. 1040. 1065. 1104. 1109 Abs. 2. 1112. 1170. 1227). Ebenso ist bei einem obligatorischen Rechtsverhältniß, z. B. beim Kauf, das Recht des Verkäufers wie des Käufers als ein einheitliches aufzufassen; wer seine Rechte aus dem Kauf oder Verkauf einer Sache abtritt, tritt im Sinne der §§ 398 fg. gewiß nur eine Forderung ab; die Rechte aus der Bürgschaft, welche § 401 nennt, sind nichts anderes als das Recht gegen einen Bürgen (Mitbürgen), wovon § 776 spricht. Uebrigens geht das Gesetzbuch in dem Gebrauch der Ausdrücke Recht, berechtigt u. s. w., entsprechend bisherigen Gepflogenheiten deutscher Sprache über den Kreis der unter die obigen Nummern 1 und 2 zu subsumirenden Erscheinungen hinaus. Das **R.** auf Scheidung (1565. Abs. 3. 1570) ist weder ein Recht im Sinne von 1; denn es richtet sich nicht auf ein Verhalten des Gegners, noch im Sinne von 2; denn der Berechtigte hat nicht das Recht, sich selbst zu scheiden, sondern es ist ein Recht auf Beseitigung des bestehenden Rechtsverhältnisses durch Richterspruch. Das gesetzliche Erbrecht, das Pflichttheilsrecht, sofern davon bei Lebzeiten des Erblassers die Rede ist (2346), sind rechtliche Aussichten, keine existenten subjectiven Rechte. Das „berechtigzte Interesse“ der §§ 343 Abs. 1. 324 Abs. 2 ist ein solches, welches im nichtjuristischen Sinne für berechtigt gilt.]

⁴ Die herrschende Meinung sieht in der Erzwingbarkeit des Gesetzes das Kriterium, welches das Gesetz von dem Sittengesetz unterscheidet. Dieser Meinung trete ich entgegen. Ich sehe den Gegensatz zwischen dem Gesetz und dem Sittengesetz darin, daß die Gebote des Sittengesetzes Gebote schlechthin sind, die Gebote des Gesetzes Gebote um eines Andern willen, und also in dem dargelegten Sinn keine Gebote. Bei dem Sittengesetz ist nichts da, als die Pflicht; bei dem Gesetz ist die Pflicht da kraft des gewährten **R.** Im Ausdrucke zugespielt: das Sittengesetz setzt Pflichten, das Gesetz verleiht **R.** Ein **R.**, welchem keine Zwangsmittel zur Seite stehen, ist ein unvollkommenes **R.**, aber deswegen

§ 37 a.

Dem Begriff des Rechts gegenüber ist noch der Begriff des Rechtsverhältnisses zu bestimmen. Ein Rechtsverhältnis ist ein rechtlich bestimmtes Verhältnis. Dieses Verhältnis kann möglicherweise nur ein Rechtsverhältnis sein, d. h. ein von der Rechtsordnung geschaffenes Verhältnis, z. B. das Eigenthum, oder zugleich ein Lebensverhältnis, an welches die Rechtsordnung nur herantritt, z. B. der Besitz¹.

[§ 37. gebraucht den Ausdruck Rechtsverhältnis in dem dem Text entsprechenden Sinne, freilich nur selten (vgl. 168. 183. 369. 417); begrifflicher Weise, da es selten Anlaß hat, von Rechtsverhältnissen ganz allgemein zu sprechen, und da wo engere Gruppen von Rechtsverhältnissen oder ein einzelnes zur Frage stehen, die entsprechenden bestimmteren Ausdrücke angezeigt sind. Vgl. familienrechtliches Verhältnis (200), Schuldverhältnis (241 u. oft), Mietverhältnis (565).]

nicht weniger ein R. Vgl. Thon a. a. D. S. X. S. 6 fg. Grünh. 3S. VI S. 244 fg., Vierling (*) S. 202 fg., v. Scuffert Grünh. 3S. XII S. 622 fg. [Wetter I § 18^e S. 47 fg. (nicht jedes R. erzwingbar; aber die Re haben die allgemeine Tendenz der Erzwingbarkeit. Wendt § 8 S. 18. Gegen Wesentlichkeit eines Zwanges auch Regelsberger I § 10, III. Gierke I § 15 S. 114. Pehmann bei Stobbe II § 71, 5. Auch Stammler Wirtschaft u. R. sieht Erzwingbarkeit nicht als wesentlich an (vgl. bes. S. 131 fg. u. ob. § 16^b). Ebenso Vierling Principienlehre I S. 48 fg. 168 fg.]

¹ Der Begriff des Rechtsverhältnisses wird nicht immer mit der nöthigen Klarheit und Bestimmtheit gefaßt, und namentlich wird die im Text hervorgehobene doppelte Bedeutung, in welcher der Sprachgebrauch das Wort anwendet, häufig verkannt oder doch nicht gehörig betont, was im Besonderen auch die Verständigung darüber, ob das Privatrecht ein System der Re oder der Rechtsverhältnisse zu sein habe (§ 13), erschwert hat. Savigny (I § 41) und Buchta (§ 29) glauben, daß das R. eine einzelne, durch Abstraction ausgeschiedene Seite des Rechtsverhältnisses, das Rechtsverhältnis ein Complex von Re sei. Es wird damit als das Wesen der Sache hingestellt, was nur möglich ist. Aus dem Darlehnsgeschäft z. B. entsteht nichts, als das R. des Gläubigers. Vgl. noch Reuner Wesen und Arten der Privatverhältnisse S. 4—13, Bürkel tr. 33S. XI S. 191 fg., Böhlau Medlenb. Landr. II S. 2 fg., Vierling (§ 37*) S. 130 fg., [Principienlehre I S. 183 fg. vgl. § 37^b S. 135] Buntschart die fundamentalen Rechtsverhältnisse des r. Privatr. (1885) S. 57 fg., [Dernburg I § 40, 1: das Rechtsverhältnis ist eine rlich wirksame Beziehung einer Person zu andern Personen oder zu Sachgütern. Regelsberger I § 13, I: Die Rechtsverhältnisse sind die vom objektiven R. anerkannten Lebensverhältnisse; daselbst II wird zutreffend aufmerksam gemacht auf den Unterschied zwischen dem Rechtsverhältnis in abstracto, dem Typus, und dem einzelnen, concreten Rechtsverhältnis. Ebenso Gierke I § 28, II, der das Rechtsverhältnis definirt als einen zusammenhängenden Inbegriff von Befugnissen und Pflichten, der einem Lebensverhältnis entspricht. Alle diese Definitionen gehen nicht weit auseinander. Stammler, Wirtschaft. u. R. S. 658¹¹⁶ nennt das Rechtsverhältnis zu einer Sache einen unglücklichen Gedanken; allein wenn auch das dingliche R. nur die Beziehungen der Berechtigten zu dritten Personen in Ansehung der Sache ordnet,

Unter Rechtsinstitut versteht man die Gesamtheit der auf ein Rechtsverhältniß sich beziehenden Rechtsvorschriften. In diesem Sinne bezeichnet man z. B. das Eigenthum und den Besitz auch als Rechtsinstitute, ebenso die Ehe, die Obligation, den Vertrag *z. c.*².

Dingliche und persönliche Rechte.

§ 38.

Dingliche Rechte sind diejenigen Rechte, kraft deren der Wille des Berechtigten maßgebend ist¹ für eine Sache. Das ist nicht so zu verstehen, als ob es die Sache sei, welcher die Rechtsordnung in der Verleihung eines dinglichen Rechts Unterwerfung gebietet. Das hätte keinen Sinn. Alle Rechte bestehen zwischen Person und Person, nicht zwischen Person und Sache. Sondern es soll damit gesagt sein, daß der Wille des dinglich Berechtigten maßgebend ist für das Verhalten in Betreff der Sache, d. h. für das Verhalten eines Jedweden, nicht für das Verhalten Dieses oder Jenen². Der Inhalt der das dingliche Recht ausmachenden Willensmacht aber ist ein negativer: die dem Berechtigten Gegenüberstehenden sollen sich der Einwirkung auf

so sieht man doch nicht ein, warum man dabei nicht von einem Verhältniß zur Sache sprechen soll. Darin freilich, daß dann immer zugleich ein Verhältniß zu Menschen besteht, ist St.'s Ansicht zutreffend. Vgl. § 38².]

² [Dernburg I § 41, 2: rlich geregelte Einrichtungen der bürgerlichen Gesellschaft. Regelsberger I § 13, II: die rlich geordneten Grundformen, in denen sich das Gemeinleben bewegt. Gierke I § 16, II: Inbegriff von Mäßen, der einem bestimmten Lebensverhältniß entspricht. Auch hier sind die Differenzen wohl nicht groß.]

§ 38. ¹ In dem zuvor entwickelten Sinn: der Wille ist maßgebend für die Vollziehung oder für das Sein eines Befehls für die Sache.

² Natürlich vorausgesetzt, daß er dieser Ordnung unterworfen ist.. [Das kann man doch wohl nicht sagen. Die Sache steht unter dem Schutz der Ordnung, in deren Gebiet sie sich befindet (§ 35, 2) gegen jeden, ohne Rücksicht auf sein persönliches Verhältniß zu dieser Ordnung. Dieß führt zugleich auf einen Einwand, welcher gegen die von Windscheid vertretene Theorie vom dinglichen R. oft erhoben ist. Man erklärt es für sinnlos, daß unser R. allen Menschen auf dem Erdenrund gebiete, sich der Einwirkung auf eine bestimmte Sache zu enthalten. (Dernburg I § 39^o, vgl. auch Thon S. 158 fg., Kohler Grünh. 35. XIV S. 6.) Dieß ist aber nicht der Sinn des dinglichen R.; es beschränkt sich darauf, Einwirkungen auf die Sache auf unserm Territorium zu verbieten, und es richtet sich nicht sowohl an alle, als vielmehr in incertam personam, an diejenigen „die es angeht“, d. h. die, welche in die Lage kommen, es verletzen zu können. Aehnlich Gierke I § 29^o. Daß bei dieser Auffassung vor der Verletzung überhaupt kein durch das dingliche R. Verpflichteter vorhanden sei (Echmann bei Stobbe II § 74^o), kann ich nicht finden.]

Die Sache — aller oder einer bestimmten — enthalten, und sie sollen durch ihr Verhalten zur Sache die Einwirkung des Berechtigten auf die Sache — eine beliebige oder eine bestimmte — nicht verhindern³.

³ Das dingliche R. enthält nur Verbote. Dieß wird lebhaft bestritten. Es wird behauptet, das dingliche R. enthalte auch ein Dürfen: der Eigenthümer darf mit der Sache machen, was er will, der Dienstbarkeitsberechtigte darf über die Sache gehen, Wasser leiten zc. Aber welches ist der Sinn eines solchen von der Rechtsordnung verliehenen Dürfens? Gewiß nicht, daß der Berechtigte durch seine Einwirkung auf die Sache der Sache kein Unrecht thue. Ebensowenig, daß der Berechtigte durch solche Einwirkung nicht gegen das objective R. verstoße, etwa straffällig werde. Ist aber das Dürfen des dinglich Berechtigten kein Dürfen der Sache gegenüber, auch nicht ein Dürfen dem objectiven R. gegenüber, so muß es ein Dürfen den anderen Personen gegenüber sein, d. h. eben ein dem Berechtigten gegen die anderen Personen ertheilter Befehl auf Nichtverhinderung. Weiter geht Thon (a. a. O. S. 164 fg.), nach seiner Grundauffassung, nach welcher er einen dem Berechtigten eigenen Befehl nur in Folge des Widerstrebens gegen einen Befehl des objectiven R. annimmt. Diese Grundauffassung führt ihn dazu, in dem Dürfen des dinglich Berechtigten nur ein Nichtverbotensein und zwar ein Nichtverbotensein durch das objective R. zu sehen: durch das objective R. ist allen Anderen die Einwirkung auf die Sache verboten, nur dem Eigenthümer nicht — worauf dann freilich das Bding'sche Wort von dem „Loch im Centrum eines Normenkreises“ (fr. VJ. S. XXI S. 563) paßt. Und noch weiter geht Schloßmann der Betrag S. 257 fg. Derselbe bestrittet auch die wissenschaftliche Zweckmäßigkeit der begrifflichen Zusammenfassung der den Eigenthümer schützenden Vorschriften zu der Einheit eines dinglichen R.; das dingliche R. sei nur „terminologisches Hülfsmittel“. Hiergegen Thon S. 170 fg. Vgl. noch Lenel Exceptionen S. 10 fg. (aber auch Jahrb. f. Dogm. XIX S. 168), Bekker JS. f. vgl. RW. II S. 17 fg. 35 fg., Bding fr. VJ. S. XXI S. 569 fg., Merkel Grünh. JS. VII S. 386 fg., v. Schey das. VIII S. 111 fg., Kohler Jahrb. f. Dogm. XVIII S. 131. 196. 199. Bierling a. a. O. S. 171 fg. 181 fg. Rümelin ACPr. LXVIII S. 199 fg. Kohler Grünh. JS. XIV S. 6 fg. Dernburg I § 22⁵. [Wendt § 101.] E. Fuchs das Wesen der Dinglichkeit, 1889. (F. nimmt eine alte Meinung wieder auf, welche Dinglichkeit mit Absolutheit des R. identificirt.) Darüber Wendt Jahrb. f. Dogm. XXIX S. 68 fg. Ludw. Goldschmidt WR. III S. 110 fg. [Schuppe, fr. VJ. S. XXXIII S. 187 fg.] — Kinkel, das R. an der Sache (1889); darüber Wendt Jahrb. f. Dogm. XXIX S. 41 fg. [Hellmann, fr. VJ. S. XXXIV S. 359 fg.] Gegen Wendt: Kinkel Jahrb. f. Dogm. XXIX S. 419 fg. [Für die wesentlich verbietende Natur des dinglichen R. v. Hagens, Staat, R., Bölkerr. (Münch. Diss. 1890 S. 19 fg., Bierling Principienlehre I S. 94 fg. 164 fg. und in vortrefflicher Ausführung Dertmann, der Dinglichkeitsbegriff, Jahrb. f. Dogm. XXXI (1892) S. 415 fg.; vgl. auch denselben Grünh. JS. XXI (1894) S. 262 gegen Bekker, Ernst und Scherz (1892) S. 71.] [[Gegen die Negativität des dinglichen R. ohne neue Gründe Fadda-Bensa I p. 545 sg. p. 673 sg. (Zu den dinglichen Re werden auch die Re auf Leistungen, welche gegen den jedesmaligen Eigenthümer der Sache gehen, gezählt.)] [Gegen den negativen Charakter der dinglichen Re ferner: Hölder S. 22 fg. (die Re an Sachen sind Erweiterungen des individuellen Daseins, deren Consequenz erst die ihnen entsprechenden Beschränkungen fremden persönlichen Daseins sind), Dernburg a. a. O.,

Regelsberger I § 50, II. § 51, III, Lehmann bei Stobbe II § 71, 2. § 74². § 78. — Biele I § 29, I, 3. 4 stimmt sachlich mit Windscheids überein, indem er in dem dinglichen R. ein R. gegen jeden sieht, welcher in den für den Berechtigten abgegrenzten Machtbereich geräth, eine Herrschaft über Jedermann in Bezug auf eine Sache. G. verlangt nur, daß die andere Ansicht, Herrschaft über eine Sache gegenüber Jedermann als logisch gleich richtig anerkannt und daß ihr praktisch wegen ihrer Uebereinstimmung mit festgewurzeltem Gemeinbewußtsein der Vorzug gegeben werde. Es ist aber auch nicht Windscheids Meinung, den Begriff der Herrschaft über die Sache bei Seite zu werfen; er stellt ihn vielmehr an die Spitze und belehrt uns über die (auch m. G. unaufsehbare) Wahrheit, daß das R. solche Herrschaft durch nichts als Verbote an die dem Berechtigten Gegenüberstehenden verleiht. Auch] Staub *ABR.* V S. 12 fg. [vertheiligt energisch die Ansicht, daß das dingliche R. „rechtliche Herrschaft über die Sache“, „das R., das Schicksal einer Sache zu bestimmen“ ist; die allgemeine Nichtstörungspflicht ergebe sich erst secundär hieraus. Was aber das R., das Schicksal der Sache zu bestimmen, noch für einen andern Sinn und Inhalt, als das Störungsverbot Dritten gegenüber hätte oder auch nur haben könnte, darauf sucht man auch bei St. vergebens eine Antwort. Daß das dingliche R. gegen Jedermann wirkt, der Berechtigte in dessen Ausübung von Niemand gestört werden darf, ist nach St., der damit auf ältere Ansichten zurückkommt, eine gemeinsame Eigenschaft aller Re, auch der obligatorischen. St. meint S. 16 fg.², beim persönlichen R. bestehe zunächst die Sonderverpflichtung des Schuldners und außerdem die Nichtstörungspflicht aller, beim dinglichen R. nur diese letztere generelle Pflicht. Darin scheint das unwillkürliche Zugeständniß zu liegen, daß das dingliche R. keinen andern Inhalt als das Störungsverbot haben kann. Im übrigen vgl. § 41¹. Nach Flügel *ACPr.* LXXIX S. 406 fg. LXXXI S. 292 fg. LXXXIII S. 352 fg. ist die Eintheilung der Re in dingliche und persönliche, so wie man sie bislang aufstellte, principieell verkehrt, sind vielmehr die Re einzutheilen in Besitzre und Forderungsr; beide können dinglich oder persönlich sein; dingliches Besitzr. wie dingliche Forderung liegen vor, wenn sie im Konkurs ein Aussonderungs- oder Absonderungsr. gewähren, persönliche, wenn dies nicht der Fall ist; die dingliche Forderung gewährt auch bei der Zwangsvollstreckung die Widerspruchsklage des § 690 *CPD.*, die persönliche dagegen nicht; die vielumstrittene Keallast ist dingliche Forderung im Sinne dieser Theorie. Gegen dieselbe erhebt v. Schwind *Jahrb. f. Dogm.* XXXIII S. 108 fg.¹ (s. auch Lehmann bei Stobbe II § 76²) den berechtigten Vorwurf, daß sie eine Folgeerscheinung zur Begriffswesenheit erhebt. Man kann nicht die Natur eines R. aus seiner Stellung im Konkurs bestimmen, sondern umgekehrt bestimmt sich diese nach der anderweitig festzustellenden Natur des R. So sehr es richtig ist, daß die praktische und Unterlassungen des R. zumeist im gerichtlichen Schutze sich zeigt, so ist es doch unrichtig, Art und Maß des gerichtlichen Schutzes, den ein R. in Aussicht stellt, bei Bestimmung des Wesens des R. in die erste Linie zu stellen. Pfl. definirt geradezu das R. als die Aussicht auf gerichtlichen Schutze (LXXIX S. 440 fg., auch LXXVIII S. 411). Allein in erster Linie gebietet das Privatr. Handlungen und Unterlassungen und heischt Gehorsam für diese Befehle ohne Proceß; der Proceß ist nur ein im Hintergrunde stehender Nothbehelf für den Fall, daß jener Gehorsam ausbleibt. Das Wesen eines subjectiven Privatr. muß also aus Inhalt und Adresse des zu Gunsten des Berechtigten erlassenen materiellen Abfehls bestimmt werden. Die Abgrenzung der Besitzre und der Forderungsr ist bei Pfl. sehr unklar. (Vgl. auch Lehmann a. a. C.) Er sagt, (LXXIX S. 441) „die Besitzre sind wesentlich negativ und

Statt des Ausdrucks dingliche Rechte gebraucht man auch den Ausdruck Sachenrechte. Man sagt auch, daß das dingliche Recht ein Recht an der Sache sei⁴, und daß es die Sache zum Gegenstand⁵ habe.

Dasjenige dingliche Recht, kraft dessen der Wille des Berechtigten maßgebend ist für die Sache in der Gesamtheit ihrer

richten sich gegen eine unbestimmte Menge, die Forderungsreihe sind wesentlich positiv und richten sich gegen einen mehr oder weniger bestimmten Gegner. Daß danach Eigentum, Nießbrauch, Pfandrecht, Superficies und Emphyteuse als Besitzere auftreten, ist begreiflich. Aber als (persönliche) Besitzere behandelt Pfl. auch Pacht und Miete (§. 442). Sind diese denn wesentlich negativ, gegen eine unbestimmte Menge gerichtet? Von dem heutigen Detentionschutz dessen, der die Sache wie ein Mieter hat (ohne Rücksicht darauf, ob dieses Verhältnis besteht), ist doch nicht die Rede, sondern von dem Wesen des Mietverhältnisses selbst; dieses gebietet nur dem Vermieter, und diesem nichts bloß Negatives; er darf nicht nur im Besitz nicht stören, sondern muß ihn verschaffen und gewährleisten. Die Präbialservituten nennt Pfl. (dingliche) Forderungen (LXXXI §. 323 fg.) Allein sie wirken doch nicht nur gegen den Eigentümer des dienenden Grundstücks, sondern gebieten ebenso der unbestimmten Menge, den Berechtigten nicht zu stören. Pfl.'s Argument, daß einer Servitut inhaltsgleiche Ne auch durch Stipulation begründet werden können, und die Servitut schon danach sich als Forderung herausstelle, wiegt gar nichts; denn auch der Inhalt von Nießbrauch, Emphyteuse, Superficies, die Pfl. Besitzere nennt, kann auf bloß obligatorische Weise begründet werden. Das Eigentum ist ein dingliches R., weil es in Ansehung einer Sache allen, die es angeht (vgl. ²), soweit nicht Ausnahmen besonders begründet sind, verbietet den Eigentümer in dem Haben und Genießen der Sache zu stören; das R. des Mieters ist ein persönliches, weil es nur ein Gebot an den Vermieter erläßt. — Maschke, [✓] das Eigentum im Civil- u. Strafr. (1895) §. 7 fg. glaubt das Wesen der Dinglichkeit durch die Formel aufzuklären: Dinglichkeit ist Immanenz, rliche Qualifikation eines Objects. Dabei bleibt aber die Frage offen, in welcher Weise das R. einer Sache immanent sein kann (was sich doch wohl nur als ein Bild herausstellen wird), und wie das R. ein Object qualifizieren kann, (was nur durch Vorschriften möglich ist, die das R. in Ansehung der Sache an Personen erläßt.) — Stille dingliche Ne in dem von Dfner Grünh. 3S. XX §. 242 fg. bes. §. 255 fg. verteidigten Sinne sind dem gen. R. fremd.] Aus der früheren Zeit: Thibaut Versuche II Nr. 2, Duroi ACPr. VI §. 252 fg. 368 fg.; darüber Puchta Rhein. Mus. I §. 286 fg. Vgl. Wächter Erdreter. I. 4, Ranagerow I § 113, Unger I §. 511—513.

⁴ Auch den Quellen ist der Ausdruck in re nicht unbekannt, obgleich er nicht eigentlich technischer, und durch die Auffassung des Eigentums als eines Habens der Sache (§ 42 ⁴) auf die übrigen dinglichen Ne zurückgedrängt ist (§ 165 ¹).

⁵ Vgl. über „Gegenstand des R.“ Unger I §. 499—503. [Hierling, Principienlehre I §. 239 fg. — Bekker I § 18 Weil. III. § 25 stellt als einen Hauptgegensatz unter den Ren den zwischen Ren mit Object und solchen ohne Object dar. §. dagegen Hölder § 61 Anm. 2. Ubrigens bleibt nach B.'s Aufzählung der Ne mit Object von wahren subjectiven Privatren ohne Object nichts mehr übrig.]

Beziehungen, ist das Eigenthumsrecht. Dingliche Rechte, kraft deren der Wille des Berechtigten für die Sache nur in einer einzelnen Beziehung (oder in einer Mehrheit einzelner Beziehungen) maßgebend ist, heißen Rechte an fremder Sache.

[Das **§§.** sieht die dinglichen Rechte als unmittelbar an der Sache stattfindende an (vgl. z. B. 873 fg.). Es sagt vom Eigenthum: der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen (903). Die sonstigen dinglichen Rechte erscheinen als Belastungen der Sache (1012. 1018. 1030. 1090. 1094. 1105. 1113. 1191. 1204.) Wie das alles aber begrifflich aufzufassen ist, hat das Gesetzbuch nicht entschieden und auch nicht entscheiden können. Umso mehr sind die Bemerkungen Mot. III S. 2 nur wissenschaftliche Ansichten, durch welche dem bisherigen Streit der Boden nicht entzogen ist. Dingliche Rechte an fremder Sache kann man diejenigen außer dem Eigenthum vom Standpunkte des **BGB.** aus principiell nicht mehr nennen, da die Möglichkeit von Rechten an eigener Sache anerkannt ist (889. 1163. 1168. 1196.). Der Ausdruck dingliches Recht findet sich im **BGB.** nicht, wohl aber: dinglicher Anspruch (221).]

§ 39.

Persönliche Rechte sind diejenigen, kraft deren der Wille des Berechtigten nicht maßgebend ist für das Verhalten der Menschen in Betreff einer Sache, sondern für ein irgendwelches Verhalten einer einzelnen Person (oder einer Mehrheit einzelner Personen)¹. Das von dem persönlichen Recht geforderte Verhalten kann nicht bloß ein Unterlassen, sondern auch ein Thun sein; ja die auf ein Thun des Verpflichteten gerichteten persönlichen Rechte sind die bei Weitem wichtigsten.

Ein Unterschied unter den persönlichen Rechten wird

1. dadurch begründet, daß die in dem persönlichen Recht verlichene Willensmacht eine mehr oder minder umfassende sein kann. Bei höherer Steigerung der Willensmacht spricht man von einem Gewaltrechte. Dem römischen Recht waren Gewaltrechte bekannt, welche den Willen des Unterworfenen dem Willen des Berechtigten gegenüber vollständig negirten; aus dem heutigen Recht sind sie verschwunden².

§ 89. ¹ In einem anderen Sinne werden persönliche Rechte diejenigen genannt, welche von der Person des Berechtigten unzertrennlich sind (auch höchst persönliche Rechte genannt). Vgl. noch Wächter Erörter. I S. 107—109.

² Den Gewaltverhältnissen, öffentlichen wie privatlichen, ist gewidmet die § 37 ³ angeführte Schrift von Herzfelder.

2. Wichtiger ist folgender Unterschied. Die persönlichen Rechte sind entweder Machterweiterungen der Person als solcher, ihr verliehen um ihretwegen, oder sie sind Ausflüsse einer Familienverbindung, in welcher die Person steht. Die Familie ist nicht allein, und nicht vorzugsweise ein Rechtsverhältnis; sie empfängt ihre Ordnung zunächst durch das Sittengesetz, sie legt Pflichten auf und gewährt nicht Rechte, und diese Pflichten haben, wie alle sittlichen Pflichten, zum Inhalt nicht sowohl ein bestimmtes äußeres Verhalten, als das Haben und Bethätigen einer Gesinnung. Als so geordnet findet das Recht die Familie vor, und indem es sich bestrebt, den sittlichen Geboten, welche an die Familienglieder ergehen, so viel es vermag, auch äußere Anerkennung zu verschaffen, legt es demjenigen, gegen den die Pflicht erfüllt werden soll, ein Recht auf Erfüllung der Pflicht bei. Aber ein solches Recht ist wesentlich verschieden von den anderen Rechten. Die Pflicht ist das Principale und das Recht nur um der Pflicht willen da, während bei allen übrigen Rechten die Pflicht nur die andere Seite des Rechts ist². — Diese Auffassung ist jedoch nicht die ur-

² Zu weit geht die Behauptung (Savigny I § 54, Sintonis 3S. f. CN. u. Pr. XIX S. 66 fg., Rudorff zu Puchta Vorl. § 46 Anm. 1, Unger I § 60 a. E.), daß die gegenseitige Unterwerfung der durch die Familie verbundenen Personen zum juristischen Inhalte der Familienverhältnisse überhaupt nicht gehöre, sondern derselbe sich auf die Voraussetzungen ihrer Möglichkeit, ihre Entstehung und Beendigung, und den von ihnen auf andere Verhältnisse, namentlich das Vermögen ausgeübten Einfluß beschränke. Das R. des Mannes gegen die Frau auf Rückkehr in die verlassene eheliche Wohnung, das R. des Vaters gegen das Kind auf Gehorsam, ist ein anderes R., als das R. des Gläubigers gegen seinen Schuldner, aber immerhin ein R. [[Fadda-Bensa I p. 597 sg.: Die Familienrechte seien wahre Re.]] — Gegen den Grundgedanken der Scheidung zwischen Familienr. und Vermögensr. mit Rücksicht auf ihr Verhältniß zum Sittengesetze hat sich ausgesprochen Würkel fr. WZS. XI S. 205 fg. Vgl. auch Bruns in v. Holtendorff's Encyclopädie I S. 530 fg. (§ 76), Thon (§ 37) S. 186 fg. 203. Bekker I S. 77 fg. Kohler Grünh. 3S. XIV S. 4 fg. Schuppe Begriff des subj. R. S. 93 fg. [Auch m. E. kann die Ansicht Windscheids nicht aufrecht erhalten werden. Das Verhältniß des subjectiven R. zur Pflicht ist in den Familienverhältnissen dasselbe wie bei andern Ren. Daß dem andern Theil die Erfüllung der Pflicht von Rechts wegen geboten, dem Berechtigten ein R. darauf verliehen wird, geschieht hier wie sonst um des Berechtigten willen. Auch das Verhältniß des R. zum Sittengesetz ist hier das gleiche wie sonst. Auch andere Verhältnisse findet das R. als sittlich geordnete vor und bestrebt sich, den sittlichen Geboten äußere Anerkennung zu verschaffen; es ist zunächst sittliche Pflicht, beim Vertraue sein Wort zu halten, demjenigen schadlos zu halten, den man durch eigene Schuld geschädigt hat. Es kann also nur der eigenthümliche Inhalt der sittlich-natürlichen Familienverhältnisse sein, welcher auch das R. veranlaßt, sie wesentlich anders zu regeln als andere persönliche Verhältnisse. Sehr Treffendes über den Windscheid, Pandekten. 8. Aufl. I. Band.

sprüngliche des römischen Rechts. Nach der ursprünglichen römischen Auffassung sind die Rechte des Ehemannes und des Vaters gegen Weib und Kind reine Rechte und stehen mit den übrigen dem Berechtigten um seiner selbst willen verliehenen Rechten auf gleicher Linie. Im neuesten römischen Rechte aber erscheinen diese Rechte so weit abgeschwächt, daß sie über das, was der anderen Seite durch die sittliche Pflicht geboten ist, nicht mehr hinausgehen.

Diejenigen persönlichen Rechte, welche ihren Grund nicht in der sittlichen Idee der Familie haben, heißen Forderungs- oder obligatorische Rechte (Obligationen)².

[Dem § 33. ist der Ausdruck persönliches Recht in dem oben bezeichneten Sinne nicht bekannt, wohl dagegen in dem Note ¹ bezeichneten Sinne (persönliche Dienstbarkeiten 1090 fg.) Der Sache nach hat auch das BGB. den Begriff des persönlichen Rechts im Sinne des relativen Rechts (unt. § 41) was auf dasselbe hinauskommt, wie die obige Definition. Ein Gewaltrecht (ob. 1) kennt das BGB. in Gestalt der elterlichen Gewalt (1626 fg.). Die Unterscheidung zwischen Forderungen und Rechten familienrechtlicher Natur kommt in der Systematik des BGB. zum Ausdruck (Recht der Schuldverhältnisse — Familienrecht); die Rechte aus Schuldverhältnissen heißen Forderungen: Familienrecht im subjectiven Sinne sagt das Gesetz nicht, dafür: Anspruch aus einem familienrechtlichen Verhältniß (194 Abf. 2).]

Rechte an der eigenen Person.

§ 40.

Wenn gefragt wird, ob es Rechte an der eigenen Person gebe, so kann der Sinn dieser Frage nach dem in § 38 Bemerkten nur der sein, ob die Rechtsordnung den Willen des Berechtigten in derselben Weise, durch Ausrüstung mit Verboten an die Gegenüberstehenden,

Unterschied zwischen Familienverhältnissen und Obligationen: Regelsberger I § 50, V. — Bekker I S. 78 wünscht alle Familienre als solche beseitigt zu sehen. B. unterscheidet die Familienre als Re nur an einer Person von den Obligationen als Re an einer Person und deren Vermögen. Allein die väterliche Gewalt ergreift, was B. zugibt, das Vermögen (Hölber S. 328). Andererseits kann die Definition der Obligation als eines R. an der Person und dem Vermögen nicht acceptirt werden, auch wenn man davon absieht, daß es Obligationen gibt, die das Vermögen nicht berühren. Wäre Eingehen einer Verpflichtung Bestellung eines R. am Vermögen, so könnte der Gemeinschuldner im Konkurse keine neuen Schulden machen, was nicht der Fall ist.]

[² Der Gegensatz zwischen Familienren und Forderungsren ist nicht erschöpfend. Schon das Pandektenr. kennt persönliche Re, welche weder Forderungen noch Familienre sind. Die Re einer Corporation gegenüber ihren Mitgliedern und umgekehrt sind keine Forderungen, wohl aber persönliche Re. Vgl. Gierke I § 29, II, 3, c. W. E. kann man die Obligationen nur definiren als diejenigen persönlichen Re, welche übrig bleiben, wenn man die besonders geordneten persönlichen Re abzieht.]

für maßgebend für die eigene Person erklärt, wie sie in der Verleihung eines dinglichen Rechts den Willen des Berechtigten für maßgebend für eine Sache erklärt. So gestellt darf die Frage nicht verneint werden. Man gelangt auf diesem Wege zu einem Rechte auf Leben, auf körperliche Integrität und auf ungehinderte Verfügung über den eigenen Körper (Freiheit). Diese Rechte bedürfen jedoch einer besondern Darstellung im Privatrechtssysteme deswegen nicht, weil weder ihre Existenz unsicher, noch ihre Begrenzung zweifelhaft sein kann, aus ihrer Verletzung aber, insofern nämlich eine Verletzung derselben möglich ist, wenn überhaupt civilrechtliche Folgen, selbständige Rechte (Forderungsrechte) entstehen. — An und für sich kann ferner der Wille des Menschen als entscheidende Norm für die eigene Person auch nach der Seite ihrer geistigen Existenz gedacht werden. Man gelangt dadurch zur Annahme eines Rechts auf Bethätigung des Geistes in seinen verschiedenen Functionen. Dieses Recht ist aber zum Theil wieder, sowohl was seine Existenz als was seinen Umfang angeht, weder bestrittbar noch verletzbar, so das Recht auf Bethätigung des Denk- und Empfindungsvermögens, und in gleicher Weise verhält es sich auch mit dem Rechte auf Bethätigung des Willensvermögens, insoweit in dieser Bethätigung eine Einwirkung auf fremde Personen oder Sachen nicht enthalten ist. Insofern in der Bethätigung des Willensvermögens über die eigene Person hinausgegangen wird, ist die Frage, ob dieselbe rechtmäßig sei oder nicht, identisch mit der Frage nach dem Inhalte der gesammten übrigen Rechtsordnung^{1. 2.}

[Das **§§** hat nur die Auffassung, daß das objective Recht die Person schützt, und aus seiner Verletzung erst ein subjectives Recht des Verletzten hervorgeht, nämlich eine Forderung aus unerlaubter Handlung. (823. 824. 825. 833. 836. 843. 844. 845. 847.)]

¹ Vgl. zu dem Gesagten Thon (§ 37) S. 147 fg., Bierling (das.) S. 158. § 40. 174 fg. [Prinzipienlehre I S. 246 fg.] Kohler Jahrb. f. Dogm. XVIII S. 151 fg. [[Fadda-Bensa I p. 601 sg.: für das R. am eigenen Körper]] [wie an der eigenen Person überhaupt]. — Savigny macht gegen das R. an der eigenen Person geltend, daß diese Annahme in consequenter Entwicklung zur Anerkennung eines R. auf Selbstmord führe. Mit nichten: es folgt aus derselben nur, daß der Selbstmörder den ihm gegenüberstehenden Personen nicht Unrecht thut. Denn alles Privatr. beschäftigt sich nur mit der Beantwortung der Frage, inwiefern der Wille des Einzelnen von dem ihm gegenüberstehenden Einzelnen anerkannt werden müsse. — [Der Schutz der im Text genannten Güter erfolgt m. E. durch allgemeine Normen des objectiven R., die ein subjectives R. erst in Folge einer Uebertretung ergeben. Vgl. Bindung Normen I S. 343 fg., Handb. d. Strafr. I

§ 32 S. 169 fg., Lertmann Jahrb. f. Dogm. XXXI S. 442]. In einem ganz besonderen Sinne spricht Puchta (Rhein. Mus. III S. 305, Inst. I § 30, Pand. § 22. 46. 114 fg. und Vorl. dazu) von Rechten an der eigenen Person. Er versteht darunter diejenigen Rechte, in denen der Wille sich selbst zum Gegenstand habe, nicht in dem Sinne aber, daß derselbe Anerkennung für seinen Inhalt, sondern in dem Sinne, daß er Anerkennung für seine Qualität als Willen einer Person fordere, weswegen auch Puchta das Recht an der eigenen Person als Recht der Persönlichkeit bezeichnet. Puchta hat in dieser Auffassung Niemanden zum Nachfolger gehabt. In der That liegt es auf der Hand, daß sein „Recht der Persönlichkeit“ weder ein Recht an der eigenen Person ist, noch überhaupt ein Recht. Die Anerkennung des Willens des Menschen in abstracto, als eines Willens, der möglicherweise ein berechtigter Wille sein könnte, ist etwas, was die Grundlage aller Berechtigungen bildet, aber sie ist selbst kein Recht. Gegen Puchta vgl. Savigny I S. 337*, Schröter krit. Jahrb. IV S. 294, Arndts das. VII S. 298, Sintonis 3S. für C.H. u. Pr. XIX S. 43—49. Puchta stellt unter diese Rechte an der eigenen Person auch den Besitz; s. darüber § 150⁷. — Auch Neuner (§ 37*¹) S. 15 fg. definiert das „Recht der Persönlichkeit“ als: Recht der Person, sich Selbstzweck zu sein, sich als Selbstzweck zu behaupten und zu entfalten. Als Inhalt dieses Rechts bezeichnet er unter Anderem auch das Recht auf Vornahme von Rechtsgeschäften, und reiht, in Verbindung damit, in die Lehre vom Rechte der Persönlichkeit auch die Beschränkungen der Handlungsfähigkeit und die Vormundschaft ein. Die Widerlegung würde hier zu weit führen. S. dagegen auch Bürkel tr. 23S. XI S. 200 fg. [Zum Recht der Persönlichkeit spricht auch Regelsberger I § 50, I und zwar in dem Sinne, daß nicht bloß der Schutz des Lebens, der körperlichen und geistigen Unversehrtheit, von Freiheit, Ehre, Namen, Firma, Marke, sondern auch der des Genusses aller materiellen und immateriellen Güter, in dem Rechte der Persönlichkeit centralisirt sind; es sind also alle subjektiven Rechte außer ihrer selbständigen Existenz noch beschlossen im Rechte der Persönlichkeit. Zustimmung Gierke I S. 703. Die Gefahr dieser Anschauung liegt darin, daß man aus dem Rechte der Persönlichkeit Ansprüche entwickelt, welche das positive Recht nicht kennt. Recht und Gewissen die anerkannten subjectiven Rechte nichts dabei, wenn man sie in das Recht der Persönlichkeit zusammenfaßt, und solche, die nicht anderweitig feststellbar sind, dürfen aus diesem angeblichen Rechte nicht gefolgert werden. Von dem allgemeinen Rechte der Persönlichkeit unterscheidet Gierke I § 29, II, 1. § 81 fg. die besonderen Persönlichkeitsrechte und erkennt an, daß die rechtsgeschichtliche Entwicklung darüber entscheidet, in wie weit solche besondere Rechte aus dem allgemeinen Rechte der Persönlichkeit herauswachsen oder in ihm der Stoff zu solchen Rechten unausgeschieden stecken bleibt. (S. 704). Wenn festgehalten wird, daß dieser stecken gebliebene Stoff nicht etwa (weil er doch im Rechte der Persönlichkeit steckt) Anspruchsrecht gewährt, so ist die bezeichnete Gefahr vermieden. Lehmann bei Stobbe II § 76⁴ stellt die Persönlichkeitsrechte als Rechte auf objectlose Güter, Befugnisse zu objectlosem Verhalten, zu den öffentlichen Rechten.]

² Statt der Kategorie Rechte an der eigenen Person stellen Andere eine Kategorie Personentreue auf, wofür auch der Ausdruck Statusrechte, Zustandsrechte, gebraucht wird, vgl. namentlich Wächter Württemb. Privatrecht II § 45, auch Bruns in v. Holtendorff's Encyclop. I § 14, 1 S. 446. Sie verstehen darunter die Rechte, welche der Person als solcher, „eben weil sie Person ist“, oder „nach ihrer Stellung zu gewissen einzelnen dauernden Grundverhältnissen“, namentlich auch in der Familie, zustehen. Die Bildung dieser Kategorie ist unter dem Einfluß der römischen Kategorie *ius quod pertinet ad personas* erfolgt. Dieses *ius quod*

Absolutes und relative Rechte.

§ 41.

Absolute Rechte sind diejenigen, welche gegen Jedermann wirken, relative Rechte diejenigen, welche nur gegen eine einzelne Person oder eine begrenzte Mehrheit von Personen wirken^a. Die persönlichen Rechte sind relative Rechte. Die dinglichen Rechte und die Rechte an der eigenen Person sind absolute Rechte^b. Sie sind aber nicht die einzigen absoluten Rechte. Auch das Familienverhältniß gewährt, soweit es von Außen gestört werden kann, Rechte gegen Jedermann¹⁻².

[Nicht dem Ausdruck, aber der Sache nach hat das **§§.** ebenfalls den Gegensatz der absoluten und der relativen Rechte. Absolut sind der Regel nach (vgl. 43⁴) die dinglichen Rechte und das Recht am Namen (zum Gebrauch eines Namens **BGB.** 12); die elterliche Gewalt ist, soweit sie das Kind verpflichtet, relatives Recht, sie ist aber zugleich absolutes Recht, indem sie dem Vater wie der Mutter einen Anspruch auf Herausgabe des Kindes gegen jeden Dritten gewährt, (1632. 1686). Eine entsprechende absolute Wirkung hat das Recht des Ehemannes nicht mehr. Die sonstigen absoluten Rechte des modernen Rechts hat das **BGB.** nicht in seinen Bereich gezogen.]

pertinet ad personas umfaßt die Fälle, welche für die Person gelten, wenn man sich dieselbe nicht als in Vermögensverhältnissen stehend denkt, und handelt im Einzelnen von dem, was man den status libertatis, civitatis, familiae genannt hat. Vgl. § 55³ und Unger I § 60.

[^a Lehmann bei Stobbe II § 78 S. 83 fg. will an Stelle des Gegensatzes von absoluten und relativen Rechten den der absoluten und relativen (unbeschränkten oder beschränkten) Verfolgbarkeit der Re setzen.]

[^b Hierzu gibt § 43⁴ eine unentbehrliche Einschränkung.]

¹ R. des Ehemannes auf Herausgabe der vorenthalteneu Ehefrau, der Eltern auf Herausgabe der vorenthalteneu Kinder. S. II § 490, 5, § 520, 2. Vgl. Thon S. 189. [Regelsberger I § 51².] In Verfolgung des Sprachgebrauchs, nach welchem von Rechten an Sachen und Rechten an der eigenen Person gesprochen wird, gelangt man so zu Rechten an fremden Personen. — Meunier (§ 37a¹) S. 40 fg. 70 fg. 152 behauptet, daß auch das obligatorische R. nicht bloß nach Innen, sondern zugleich nach Außen wirke, und leugnet deswegen die Berechtigung der Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Rechten. Aber dieß ist irrig. Was das f. g. R. auf Anerkennung angeht, f. § 45 a. E. Unmöglichmachen aber der Verwirklichung des obligatorischen R. durch einen Dritten ist nicht als solches Unrecht, sondern verpflichtet nur, wenn die Handlung, durch welche es herbeigeführt wird, schon an und für sich unrechtmäßig ist, zum Schadensersatz (I. 18 § 5 l. 19 D. 4. 3. [l. 40. 41 D. 9, 2]), so daß dabei das Forderungsrecht nicht in seiner Eigenschaft als Willensherrschaft, sondern in seiner Eigenschaft als Vermögenswerth in Betracht kommt. Unger I § 62⁵, Thon S. 207 fg. Der Auffassung Meuniers schließt sich an F. P. Bremer das Pfandrecht und die Pfandobjekte S. 16 fg. 98 fg. [[Ebenso Staub **ABR.** V S. 12 fg.]] [und in anderer Ausführung Maschke, das Eigenthum im Civil- und Strafrecht (1895) S. 1 fg. Dagegen Regelsberger I § 50, I S. 205 fg. Dertmann, Jahrb. f. Dogm. XXXI

§ 41.

Vermögensrechte.

§ 42.

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

§. 458. Grünh. 35. XXI §. 261 fg. Ebenso gewiß, wie ein allgemeiner Satz des Inhalts, daß alle Dritten sich einer Störung des obligatorischen Verhältnisses zu enthalten haben, nicht besteht, ebenso gewiß ist m. E., daß im heutigen R. ein gewisses Hinauswirken der Obligation über die Person des Schuldners nicht geleugnet werden kann. Das moderne AnfechtungsR. des Gläubigers richtet sich zum Theil gegen solche Dritte, in deren Verhalten sich etwas „an und für sich“ Unrechtmäßiges, d. h. abgesehen von der Beeinträchtigung der fremden Forderung, in keiner Art nachweisen läßt. Hierdurch wird aber der Unterschied zwischen absoluten und relativen Ren nicht aufgehoben. Bei jenen ist der Inhalt des R. Störungsverbot in Ansehung der Sache oder des sonstigen Gutes gegen jeden, den es angeht, bei diesen: Leistungsgebot an den Schuldner. Mit dem obligatorischen Anspruch auf einer Stufe steht erst der Anspruch gegen den Verlezer des absoluten R., und dieser Anspruch hat ebenso wie der obligatorische jene Erscheinungen des AnfechtungsR. wie alles, was man sonst als absolute Wirkung der Obligation aufgefaßt hat, zur Seite. Es handelt sich dabei nicht mehr um das Störungsverbot in Ansehung der Sache, sondern (*cum grano salis*) um ein Störungsverbot in Betreff der Anspruchsbefriedigung.]

² Geht man über den Kreis der in den Quellen des r. R. genannten *Re* hinaus, so treten zu den absoluten *Ren* vor Allem die *Re* an Geisteserzeugnissen hinzu. §. 137¹⁰. Ferner die früher in Deutschland sehr häufigen ausschließlichen Gewerbs- und das R. auf ein ausschließliches Merkzeichen (Name, Wappen, Firma, Marke oder Zeichen). Vgl. Stobbe III § 163, Kohler R. des Markenschutzes, Würzburg, 1884. [[Fadda-Bensa I p. 627 sg.]] [Vetter I § 20 Weil. I. § 25 Weil. IV, Regelsberger I § 50, VI, Gierke I § 31, II, 1, b] und in Betreff des R. auf den Namen (außer den bei Stobbe citirten Erkenntnissen), RG. II §. 145 fg. V §. 171 fg. (Sf. XXXVII. 86) XXIX §. 123 fg., Fhering Jahrb. f. Dogm. XXIII §. 319 fg., Vetter I §. 64. — V. Scialoja del diritto al nome ed allo stemma (Wappen). Roma 1889. Kohler ABH. V §. 77 fg. S. auch die Anzeige der Schrift von S. Levi, Vorname und Familienname im R., Gießen 1888, von M. Rümelin fr. 33 §. XXXI §. 450. Sf. XLII. 92 (RG.), vgl. XXXVIII. 330 (RG.).

§ 42. ¹ Savigny I §. 340 b. „Die deutsche Bezeichnung des angegebenen Begriffs ist die treffendste, die dafür gefunden werden konnte. Denn es wird dadurch unmittelbar das Wesen der Sache ausgedrückt, die durch das Dasein jener *Re* uns zuwachsende Macht, das was wir durch sie auszurichten im Stande sind oder vermögen“. Uebrigens sprechen auch die Römer von „*facultates*“, z. B. l. 5 § 19 D. 25, 3, l. 60 D. 23, 3. l. 17 [16] pr. D. 36, 1. — Vermögensre sind auch die dem modernen *Re* angehörigen *Re*, welche dem Berechtigten den Genuß eines Geisteserzeugnisses oder einer Erwerbsthätigkeit zu sichern bestimmt sind. [Von dem Worte „Vermögen“ aus kommt man zu einer klaren Auffassung der Vermögensre nicht. Auch der Vater vermag rich etwas über den Sohn, hat

Die einer Person zustehenden Vermögensrechte bilden ihr Vermögen^{1a}. Indem aber von Vermögen einer Person gesprochen wird, werden die ihr zustehenden Vermögensrechte aufgefaßt nicht als einzelne, sondern als Einheit², als diejenige Einheit, welche sie eben darin haben, daß sie dieser Person zustehen. In einem engeren Sinne wird unter Vermögen nicht das gesammte Vermögen verstanden, sondern nur dasjenige Vermögen, welches nach Abzug der Schulden [und sonstigen Lasten] übrig bleibt, Vermögen im Sinne von reinem

eine Macht über ihn, und doch ist die väterliche Gewalt als solche (im Gegensatz zu ihren vermögensrechtlichen Folgewirkungen) kein Vermögensr. Die angeführte Bemerkung Savigny's erklärt sich daraus, daß Savigny einen Vermögenswerth als Erforderniß der Obligation aufstellt (a. a. O. S. 339 vgl. Obligationen I S. 9). Dieß aber lehnt Windscheid (II § 250³) (mit Recht) ab. Vermögen in dem Sinne, der hier zur Frage steht, ist nicht jede, sondern nur die wirtschaftliche Macht. Vermögensre sind die Re von wirtschaftlichem Werth, und da im System der Geldwirtschaft jeder wirtschaftliche Werth in Geld ausgedrückt werden kann, so kann man auch mit Dernburg I § 22, I dafür sagen: die geldwerthen Re. Solche Re sind die dinglichen immer. Dieß leugnet freilich Regelsberger I § 50 S. 201 unter Verweisung auf das Eigenthum an Briefen. Es ist aber gleichgültig, ob sie der Eigentümer um seines Interesses an ihrem Inhalt willen aufbewahrt und ihm ihr Werth als altes Papier persönlich gleichgültig ist; sie haben einen solchen Werth, woran es nichts ändert, daß vielleicht erst ihrer viele zusammen einen Pfennig bringen. Ob Forderungenre einen Geldwerth haben müssen, ist streitig (vgl. § 250³); hält man Forderungen ohne Vermögenswerth für möglich, so kann man die Forderungen nicht schlechtweg den Vermögensren zuzählen. Da aber Forderungen ohne Vermögenswerth außerordentlich selten sind, so ist es kein großer Schaden, wenn man Forderungen dieser Art für die Systematik ignorirt und die Forderungen gemäß der Natur, die sie mit ganz verschwindenden Ausnahmen haben, unter die Vermögensre stellt. So auch Regelsberger a. a. O. S. 201 fg. Familiärlche Verhältnisse erzeugen oft Vermögensre als Folgewirkungen, so das väterliche Nießbrauchs- und Verwaltungsr. am Kindesvermögen, die Alimentationsansprüche auf Grund der Verwandtschaft.]

^{1a} Birkmeyer das Vermögen im juristischen Sinn (1879). Darüber Mandry ACPr. LXII S. 361 fg., P. SUFFERT lit. Centralbl. 1879 Nr. 27 (Antwort Birkmeyer's das. S. 382), Hölder ZS. f. R. XXIV S. 609 fg. Pernice tr. ZS. XXII S. 232 fg. S. auch Venel Jahrb. f. Dogm. XXI S. 238 fg. Beller I § 40—43 (Vermögen = *Accomplex*, an welchem dieselben Schulden haften). Schuppe Begriff des subj. R. S. 122 fg. [[Fadda-Bensa I p. 666 sg. Besig: S. § 161. Vgl. Beller R. d. Besiges S. 362. Dernhöft der Vermögensbegriff ZS. f. vgl. RW. V S. 227 fg.]]

² Als Einheit — als Gesamtheit, Ganzes, d. h. als ein Ding, welches zwar aus Theilen (Bestandtheilen) besteht, aber etwas Anderes ist, als die Summe seiner Theile, nach römischer Bezeichnung als *universitas* (⁶). Dieser Begriff, von dem schon oben (§ 1¹) gesagt wurde, daß er ein für das R. höchst wichtiger Begriff sei, erscheint hier in einer neuen Anwendung. L. 208 D. 50, 16. Unten werden *universitates* von Sachen (§ 138) und von Personen (§ 57) auftreten.

Vermögen^{2a}. Es kommt auch vor, daß mit den Vermögensrechten einer Person auch ihre Verpflichtungen eine rechtlich in Betracht kommende Einheit bilden^{2b}; auch diese Einheit wird Vermögen genannt³.

[Im Recht des **R.G.B.** sind es wie im bisherigen Recht die wirthschaftlichen Rechte, welche als Vermögensrechte zu bezeichnen sind. Das sind die dinglichen Rechte; denn die Beherrschung einer Sache hat immer wirthschaftliche Beziehung; ebenso die erdrückende Mehrheit der Forderungen, wie wohl nach **R.G.B.** es zweifellos auch Forderungen ohne Vermögenswerth geben kann (241 vgl. **R.** II. §. 5), endlich die Vermögensrechte, welche als Ausfluß von familienrechtlichen Verhältnissen erscheinen, wie das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Ehemannes am eingebrachten Gut nach § 1363, das Unterhaltsrecht nach § 1601 fg., der Anspruch auf Aussteuer nach § 1620 fg., die väterliche Nutznießung nach § 1649 fg. Das Vermögen ist entsprechend dem in der deutschen Rechtsprache durchaus herkömmlichen Gebrauch dieses Wortes (³) die Gesamtheit der Vermögensrechte; die Schulden und sonstigen Rechte Dritter sind nicht Bestandtheil des Vermögens, sondern belasten dasselbe. (45—53. 82. 87 **Abf.** 2. 88. 310. 311. 330. 419 **Abf.** 2. 516. 773 **Ziff.** 4. 1085 fg. 1363. 1410.)]

^{2a} Das Vermögen gebührt zunächst den Gläubigern; erst was übrig bleibt, nachdem die Gläubiger befriedigt sind, ist wirkliche Mehrung der Macht der Person. **L.** 83 **D.** 50, 16. „Proprie bona dici non possunt, quae plus incommodi quam commodi habent“. **L.** 39 § 1 eod. „Bona intelleguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt“. **L.** 50 § 1 **D.** 5, 1. **Birkmeyer a. a. D.** §. 199 fg. 328 fg. [Vermögen im Sinne des Inbegriffs der Aktiva ist ein Inbegriff von Verhältnissen; ebenso Vermögen im Sinne des Inbegriffs der Aktiva und Passiva zusammen; dagegen ist Vermögen im Sinne dieser Note nur eine Werthsumme, gefunden durch Vergleichung der Aktiva mit den Passiven; erst wenn das Vermögen liquidirt und die Lasten abgestoßen werden, wird das bislang nur berechenbare Nettovermögen zu einem existenten Inbegriff von Verhältnissen. So das „Reinvermögen“ in **GenD.** 94 **Abf.** 2. 103a. **Abf.** 3. 104o **Abf.** 3.]

^{2b} So bei der **Vererbung**. **Vgl.** III § 528. Aber es kann auch sein, daß bloß die Vermögensseite vom **Re** als Einheit behandelt werden, und die Vermögensverpflichtungen von derselben ausgeschlossen sind. **Vgl.** **Gai.** III. 84 in Verbindung mit II. 98.

³ Dieß ist die herrschende Auffassung. [So auch **Verenburg I** § 22^a. **Gierke I** § 31, III.] Dagegen mit Lebhaftigkeit **Birkmeyer a. a. D.** Es wird zuzugestehen sein, daß der gewöhnliche Sinn des Ausdrucks bona in den Quellen nicht der ist, daß in den bona die Schulden mit umfaßt werden. Nach der gewöhnlichen Auffassung bilden die Schulden nicht einen Bestandtheil, sondern eine Last des Vermögens. Daß aber auch in **l.** 1—3 **pr. D.** 37, 1 der Ausdruck bona nicht den im Text bezeichneten Sinn habe, wird schwer Jemandem glaublich gemacht werden können. **Vgl.** auch III § 528^a. Dagegen möchte ich **l.** 49 **D.** 50, 16 nicht mehr hierher beziehen. In dieser Stelle heißt es: „Bonorum appellatio aut naturalis aut civilis est“. Dieß habe ich in den früheren Aussagen so verstanden, daß der Ausdruck bona im natürlichen Sinne die Vermögensseite als solche bezeichne, im juristischen Sinn die Einheit der Vermögensrechte und Vermögensverpflichtungen. Näher liegt es doch, an den Gegensatz der Güter

Ein sehr gewöhnlicher, im Leben entstandener, aber vom Rechte festgehaltener Sprachgebrauch nennt statt des Eigenthumsrechts die Sache, an welcher es stattfindet⁴. Auf diesem Wege weiter gehend denkt man sich auch die übrigen Vermögensrechte, d. h. die Rechte an fremden Sachen und die Forderungsrechte, insofern auch sie Vermögensbestandtheile sind, als Sachen, und nennt sie, da sie nur in der Vorstellung, nicht in körperlicher Wirklichkeit existiren, gegenüber den körperlichen Sachen unkörperliche Sachen⁵. Als eine solche un-

als solcher (Güter im wirtschaftlichen Sinne) und der Güter in ihrer Zugehörigkeit zu einem bestimmten Kreis zu denken. Virkmeyer S. 15 fg. Verf. Mecklenb. JS. f. Pflege und Verwalt. VII S. 222 fg. — Die verschiedenen Seiten des Vermögens in dem im Text genannten Sinn bezeichnet man wohl durch die Ausdrücke Activ- und Passivvermögen. — Eine besondere Begriffsbestimmung für das Vermögen im juristischen Sinne (das „ideelle“ Vermögen) bei Reuner (§ 37a¹) S. 90 fg. Gegen dieselbe Mandry Begriff und Wesen des Peculium S. 13, Bürkel fr. VJS. XI S. 226 fg., Virkmeyer S. 170 fg. — Nach Schloßmann der Vertrag S. 253 fg. 289 fg. soll das Vermögen gebildet werden nicht durch die rliche Zugehörigkeit der Güter zur Person, sondern durch die nach dem Urtheile eines verständigen Mannes begründete Erwartung der Person, dieselben genießen und vertauschen zu dürfen. Es hängt diese seltsame Auffassung mit der Ansicht des Verf. über den Grund der verbindenden Kraft des Vertrags zusammen. [In der deutschen Rechtsprache bezeichnet Vermögen im Allgemeinen durchweg nur die Activa, zu welchen sich die Passiva als Belastung verhalten. Vgl. z. B. § 28. 8. 29 Abs. 1. 112. 119. 137. 201. 204 Ziff. 5. 245 Abs. 1. StGB. 93. CPD. 24. 708. 757. 798. 810. 811. StPD. 326. RD. 1. 5. 8. GewD. 90. 94. 98a Ziff. 11. 99. 100c. 103a. Abs. 3. 104o. Genoss.-Ges. § 2. 88. 89. Demgegenüber behauptet Gierke I § 31^{2a}, daß in moderner Auffassung Vermögen in diesem Sinne nur ein untechnischer Ausdruck sei.]

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

⁵ L. 1 § 1 D. 1, 8 (= tit. I. de rebus incorporalibus 2. 2). „Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales haec sunt, quae tangi possunt, veluti fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles. Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas usufructus obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur; nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus homo pecunia: nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fructu et ipsum ius obligationis incorporale est. Eodem numero sunt et iura praediorum urbanorum et rusticorum, quae etiam servitutes vocantur“. — Irrthum: in der Eintheilung der res in res corporales und incorporales bezeichnete res Re

körperliche Sache erscheint dann auch das Vermögen selbst, die Zusammenfassung der einzelnen Vermögensbestandtheile, da auch es als diese Zusammenfassung, als ein seinen Theilen gegenüber selbständiges Ding, keine wirkliche, sondern nur eine vorgestellte Existenz hat⁶.

Man muß sich hüten, dieser Zusammenfassung der Vermögensdinge unter dem Gesichtspunkte der Sache größere Bedeutung für das Recht zuzuschreiben, als ihr in der That zukommt. Eine rücksichtslose Ausbeutung dieses Gesichtspunktes würde dazu führen, alle Vermögensrechte, was ihren Erwerb und Verlust angeht, den gleichen rechtlichen Grundsätzen, und zwar denselben wie das Eigenthumsrecht, zu unterwerfen. Dem römischen Rechte ist es nicht in den Sinn gekommen, bis zu diesem Extreme vorzugehen; es hat die Grundsätze über den Erwerb und den Verlust der Vermögensrechte überall aus ihrer besonderen Natur entnommen. Ob die Vermögensrechte nach Art der körperlichen Sachen selbst wieder Gegenstand von Rechtsverhältnissen sein können, darüber s. § 48a.

[§ 68. kennt als Sachen nur körperliche Gegenstände (90).]

(v. Buchholz Versuche Nr. 1). Es bezeichnet Vermögensbestandtheile. Den Gegensatz der unkörperlichen Sache bildet nicht das Eigenthumsr. (als *ius corporale*, wie v. Buchholz meint), sondern die körperliche Sache. Vgl. auch noch Wächter Bürtl. Privat. II S. 207—210. Pand. I S. 257—259, Unger I S. 358—361, Brinz I § 124 S. 452, Virkmeyer S. 155 fg. [Gierke I § 32, II, 1, b.]

⁶ Wie das Vermögen selbst eine unkörperliche Sache ist „*iuris nomen*“ l. 178 § 1 D. 50, 16, „*iuris intellectum habet*“ l. 50 pr. D. 5, 3, (vgl. III § 528¹), so ist es eine Gesamtheit von körperlichen und unkörperlichen Sachen, eine *universitas rerum*. Wenn man es früher eine *universitas iuris* (nicht *iumum*) nannte, so wollte man damit bezeichnen, daß es ein Ganzes durch das R. oder für das R. sei, im Gegensatze der durch factische Zusammenfassung entstandenen s. g. *universitas hominis* oder *facti* (z. B. Herde, Bibliothek). Diese Entgegensetzung ist irrig; denn auch das Vermögen ist zunächst eine factische Zusammenfassung, und die s. g. *universitas facti* ist (oder tann doch sein) nicht minder eine juristische. S. über diese Eintheilung und über die der *universitas iuris* im Gegensatz zur *universitas facti* fälschlicherweise zugeschriebenen Eigenthümlichkeiten (namentlich daß „*res succedit in locum pretii*“) die Abhandlungen von Haffe und Mühlbruch ACPr. V S. 1 fg. und XVII S. 321 fg., ferner Wächter Erörter. I. 1 (Pand. I S. 262 fg.), auch Sintenis I § 41⁶⁰, Bangerow I § 71 Anm., Unger I S. 470—475, neuestens Virkmeyer S. 101 fg. (Dieser letztgenannte Schriftsteller hält daran fest, daß der Begriff des Vermögens als eines Ganzes [einer Einheit] erst durch das R. geschaffen sei.) [[Fadda-Bensa II p. 433 sg.]] [Auch dieselben I p. 666 sg.] Im Besonderen über die Dos: Bachmann Dotatr. II S. 178 fg., Czjchlarz Dotatr. S. 227 fg.; über das *Peculium Mandry* Begriff und Wesen des *Peculium* S. 15 fg. 45 ob. 74 fg., Fitting das *castrense peculium* S. 83 fg.

Die Ansprüche.

§ 43.

Es ist ein Bedürfnis vorhanden, die Richtung des Rechtes auf Unterwerfung fremden Willens als solche, unabhängig ob das Recht ein dingliches oder persönliches, ein absolutes oder relatives ist, zu bezeichnen. Dieses Bedürfnis befriedigt der Ausdruck Anspruch. Sowohl der deutsche Sprachgebrauch, wie die Analogie des römischen, erlauben es, diesen Ausdruck nicht bloß für das Ansprechen als Thatsache zu gebrauchen, sondern auch für das Ansprechen als rechtliche Zuständigkeit¹, also für das Recht zum Ansprechen, das Recht von einem Anderen Etwas zu verlangen².

¹ Anspruch = Ansanspruch. Es wird genannt die Thatsache statt des R. auf § 43. die Thatsache. So sagen wir Nießbrauch statt Nießbrauchsr., Klage statt Klager., und die Romer ususfructus statt ius utendi fruendi, actio statt ius agendi. In gleicher Weise gehen die Ausdrücke pignus, emphyteusis, superficies zunächst auf etwas Thatsächliches, dann auch auf das entsprechende R. [[Uebereinstimmend Leonhard, ZS. f. GPr. XV (1890) S. 327 fg., indem er hinzufügt, daß auch der sog. Feststellungsanspruch Anspruch im materiellen Sinne sei; er sei gerichtet auf Nichtwiderspruch im künftigen Proceß. Hölder § 61 bes. S. 327 fg. spricht statt von Anspruch von Forderung. Der römische Sprachgebrauch identificirt mit dieser Forderung, die durch ihre Existenz gegebene Forderung gegen den Staat auf Schutz (actio)]. [Im heutigen R. will Hölder den Ausdruck Klage zur Bezeichnung der Forderung als einer im Wege der Klage verfolgbaren beibehalten (S. 328). Gegen den Werth des Anspruchsbegriffs Dernburg I § 39, 2. Vgl. noch Fadda-Bensa I p. 679 sg.]

² Den der Person zu eigen hingegebenen Befehl (§ 37). [Vehmann bei Stobbe II § 75 zu ⁵ ⁶ ⁷ definiert den Anspruch als R. auf fremdes Verhalten, im Gegensatz zur Befugnis als dem R. auf eigenes Verhalten. Wer mit Windscheid der Ansicht ist, daß die Befugnis als Recht, d. h. wenn sie mehr sein soll, als bloßes Unverbotensein, immer in Wahrheit ein R. auf fremdes Verhalten ist, (vgl. § 27¹. § 38) kann diesen Unterschied nicht anerkennen. — Man kann den Anspruch von seinem Grunde und von seinem Gegenstande aus betrachten. Das Privatr. wählt regelmäßig den ersteren Weg; es bestimmt nicht, unter welchen Voraussetzungen man eine Geldsumme oder einen sonstigen Gegenstand verlangen kann, sondern welche Leistungen kraft eines bestimmten subjectiven R. verlangt werden können. Regelsberger I § 52, IV S. 216. Daher sind die einzelnen Anspruchsfiguren im Privatr. typisch ausgeprägt nach den einzelnen subjectiven Ren. Die relativen Re sind Ansprüche, die absoluten Re ergeben Ansprüche in Verbindung mit ihrer Verletzung (³). Grund des Anspruchs ist im ersten Falle das subjective R., im letzten das verletzte subjective R. Der Grund des Anspruchs ist aber in beiden Fällen nichts außerhalb des Anspruchsbegriffs Liegendes. Der Anspruch als privatrechtlicher Begriff enthält Grund und Gegenstand als wesentliche Elemente. Es gibt aber auch Fälle, welche an den Gegenstand des Anspruchs anknüpfen, z. B. Sätze über Ansprüche auf Geldleistung, Schadenseratz, ohne Rücksicht auf den Grund ihrer Zuständigkeit. Das Civilproceßr. spricht von dem materiellrechtlichen Anspruch nicht als von einem vorhandenen, sondern als von einem

Die in den dinglichen Rechten enthaltenen Ansprüche werden passend dingliche Ansprüche^{2a}, die in den persönlichen Rechten enthaltenen passend persönliche Ansprüche genannt. Aus dem oben (§ 38. 39) über den Gegensatz zwischen den dinglichen und persönlichen Rechten Gesagten ergibt sich:

1) daß das dingliche Recht durch eine unbegrenzte Vielheit von Ansprüchen gebildet wird; der dinglich Berechtigte hat einen Anspruch gegen Jedermann³. Hier ist jedoch hinzuzufügen, daß es dem Be-

behaupteten, problematischen. Es ist bestritten, ob und in wie weit die ÖPD. das Wort Anspruch noch in anderem Sinne als dem des problematischen materiellen Anspruchs nimmt. Vgl. Wach Handbuch I § 23 S. 293 fg. Scuffert ÖPD. § 136, 3. Wilimowski-Pevy ÖPD. § 136, 1. Hellmann, Jahrb. f. Dogm. XXXI S. 129 fg. und die bei diesen Angeführten. Das Nähere unten § 123a.]

^{2a} Vgl. Hümelin ACPr. LXVIII S. 204 fg.

³ Meuner (§ 37a¹) S. 153. 157. 158. 171 und Brinz I § 79 bestritten, daß bei den dinglichen Men vor ihrer Verletzung von einem Ansprüche geredet werden dürfe. Meuner: weil eine Verpflichtung „sich immer nur zwischen zwei bestimmten Personen aus besonderem Grund bewegt“, Brinz: der Anspruch setzt einen „Gegner“ voraus, einen „Feind“. Das sind doch nur terminologische Erwägungen. Principieller ist der Widerspruch bei Thon (§ 37*) S. 156 fg., 223 fg.; derselbe läßt überhaupt nicht nur bei dinglichen, sondern auch bei persönlichen Men einen „Anspruch“ erst aus der „Normwidrigkeit“ entstehen, vor der Normwidrigkeit sei nichts vorhanden als der Imperativ des objectiven R. (vgl. § 37³). Für den „Anspruch gegen Jedermann“ Bierling zur Kritik der juristischen Grundbegriffe II S. 182 fg. [Principientheorie I S. 164 fg.], v. Schem Grünh. 3S. VII S. 768 [Dertmann Jahrb. f. Dogm. XXXI S. 456 fg.], gegen denselben Wildhagen über die Verjährung der Einreden im heutigen r. R. (1882) S. 21 fg. 35 fg. 50. Für die Beschränkung des Begriffes des Anspruchs auf das zur Geltendmachung reife R. haben sich neuerdings ausgesprochen Wach Civilproc. S. 15. 16, Kunze die Obligationen im römischen und heutigen R. S. 56 fg., Pfersche Privatrl. Abhandlungen S. 8 fg., Kohler, Grünh. 3S. XIV S. 9 fg., Fischer in Vetter u. Fischer Erläuterungen zum C. P. Ö. S. 6 S. 70 fg. [Den Anspruch gegen Jedermann verwerfen auch Wendt § 8 S. 18, Dernburg I § 39⁹, Regelsberger I § 52, II. V, 1, Fadda-Bensa I p. 681, Leonhard 3S. f. ÖPr. XV S. 334. Päßt sich auch nicht bestritten, daß man eine derartige Erscheinung einen Anspruch im allgemeinen Sinne d. W. nennen kann, so ist das doch nur ein anderer Name für das dingliche R. selbst, ein Begriff ohne selbständigen Werth; ein Anspruch im Sinne der Vorschriften, welche von Ansprüchen gelten, ist der Anspruch gegen Jedermann nicht (Leonhard, Regelsberger). Für entscheidend halte ich hierbei nicht, daß der Anspruch nicht verjährt; denn dieß könnte auf die von Windscheid § 107 bei ⁴ gezeigte Weise erklärt werden; auch nicht, daß er nicht gerichtlich verfolgbar ist; denn es steht vom Standpunkte des gem. R. aus nichts im Wege, zu den Ansprüchen auch die klaglosen zu rechnen; wohl aber, daß sich auch sonst nichts, was von Ansprüchen gilt, auf den Anspruch gegen Jedermann beziehen läßt: keine Cession, keine Compensation, keine Novation (Leonhard, Regelsberger).]

griff des dinglichen Rechtes nicht widerspricht, daß seine Wirksamkeit gegen eine einzelne Person oder eine Mehrheit einzelner Personen ausgeschlossen ist, so daß dem dinglich Berechtigten ausnahmsweise ein Anspruch gegen diese Person oder diese Personen nicht zusteht⁴. Das persönliche Recht enthält einen Anspruch⁵ gegen eine bestimmte

⁴ Hierher gehört namentlich die *actio Publiciana*. Vgl. im Uebrigen Savigny V S. 26 fg., Wächter Erörter. I S. 92 und Württ. Privatr. II § 46¹⁸⁻²¹, Unger I S. 518 fg., Arndts WVer. V S. 211 und Anm. 28, Franke Commentar über den Pandektenitel de Hereditatis Petitione S. 143; aber auch Förster-Eccius III S. 3 fg. [Hölber S. 327, Regelsberger I § 50¹¹.]

⁵ Kann nicht auch in dem persönlichen Re eine Mehrheit von Ansprüchen enthalten sein? Man kann bei dem persönlichen R. von einer Mehrheit von Ansprüchen dann reden, wenn es auf eine Mehrheit von Leistungen geht, indem man dann jede einzelne Leistung als Gegenstand eines besonderen Anspruches auffaßt. Aber mit demselben Rechte kann man in diesem Fall auch von einer Mehrheit von Ren reden. [Wenn man die Einheit des Rechtsverhältnisses nicht aufgeben will, so muß man daran festhalten, daß das in demselben liegende subjective R. einer Partei ein einheitliches R. ist, auch wenn es mehrere Gegenstände hat; andererseits steht nichts im Wege, die Re auf mehrere Leistungen aus demselben Verhältniß als mehrere Einzelre (die nur zu höherer Einheit verbunden sind), aufzufassen. In demselben Verhältniß stehen Einzelanspruch und Gesamtanspruch. Praktisch kann sich die Einheit wie die relative Selbständigkeit der Einzelre geltend machen. Insbesondere kann über einen Einzelanspruch selbständig verfügt werden (Cession, Pfändung, Erlaß). Ein Beweis der vollen rlichen Selbständigkeit des Einzelanspruches liegt darin um bezwillen nicht, weil auch bei zweifellos einheitlichem Gegenstande, wenn er nur theilbar ist, Verfügung über einen Theil des Anspruchs in derselben Weise möglich ist. Andererseits kann man eine Verfügung über die Forderung aus einem Verhältniß auch beim Vorliegen mehrerer Gegenstände nicht wegen Undeutlichkeit bemängeln. Der Gläubiger in einer Forderung braucht Theilleistung nicht anzunehmen (§ 342¹⁹); und es ist davon auszugehen, daß im Sinne dieses Satzes die Forderung aus einem Verhältniß eine einheitliche ist, auch wenn sie mehrere Gegenstände hat. Will man dieß nicht gelten lassen, so begründet der Kauf von 20 Flaschen Wein, das Darlehn von 100 M. auch nur viele Forderungen auf viele Gegenstände; denn durch etwas anderes als die Einheit des Verhältnisses gehören die 20 Flaschen oder die 10 Zehnmarkstücke auch nicht zusammen. In Fällen dieser Art wird aber Jedermann die Einheit der Forderung zugeben. Die Einheit des obligatorischen Verhältnisses ist im Zweifel durch die Einheit des Begründungsactes gegeben, wenigstens zugegeben werden muß, daß unter Umständen durch einen Act mehrere nur zeitlich verbundene Verhältnisse geschaffen werden können. Wer in einem Act mehrere Gegenstände kauft, kann ein und kann mehrere Kaufverhältnisse begründen. Es kommt dabei auf vernünftige Würdigung der Umstände an. — In den Civilproceß gelangt stets nur derjenige Anspruch, den der Kläger durch den Klageantrag hineinbringt. Der Theilanspruch nicht weniger wie der Einzelanspruch aus einem Gesamtanspruch gelangt, wenn nur über ihn Klage erhoben wird, selbständig in den Proceß und erleidet allein die processualen Schicksale. — Darf man umgekehrt von mehreren Ansprüchen auf denselben Gegenstand sprechen? S. § 44¹. In Betreff der *actio* (§ 44) sei gleich hier bemerkt, daß, wenn eine *actio* mehrerer Gegenstände fähig ist, die Römer von mehreren einzelnen

Person (oder eine Mehrheit bestimmter Personen)⁶.

2) Die dinglichen Ansprüche gehen auf etwas Negatives, auf ein Unterlassen. Der persönliche Anspruch kann zum Gegenstand etwas Positives oder etwas Negatives, ein Thun oder ein Unterlassen haben^{6a}. Aber auch der dingliche Anspruch kann einen positiven In-

actiones, gerichtet auf die einzelnen Gegenstände, nicht sprechen; die processuale Möglichkeit, die actio in Beschränkung auf einen Gegenstand anzustellen und später dieselbe actio mit andernm Gegenstand zu wiederholen, besteht trotzdem. Vgl. Keller r. Civ.-Pr. zu ⁴⁰⁶ fg. Mehrere actiones auf denselben Gegenstand s. § 44¹.]

⁶ Gegensatz: gegen eine unbestimmte Vielheit. Aber die durch den persönlichen Anspruch verpflichtete Person braucht weder im Voraus (bei der Begründung des persönlichen N.) bestimmt zu sein, noch ist es ausgeschlossen, daß kraft der getroffenen Bestimmung die Person des Verpflichteten wechselt. Vgl. § 50 und II § 291.

[^{6a} Die Ansprüche aus Obligationen sind m. E. mit den Forderungsren identisch. So auch Fadda-Bensa I p. 680 unt. Fälligkeit, Nichtfälligkeit, Klagbarkeit, Nichtklagbarkeit wie alles Uebrige, läßt sich sowohl von der Obligation wie von dem Anspruch aussagen. Es gibt keinen Ksatz, der auf den obligatorischen Anspruch und nicht zugleich auf die Obligation Anwendung fände, keine Disposition, die über jenen getroffen werden könnte ohne diese, kein rliches Schicksal überhaupt, das eines von ihnen allein erleiden könnte. Die von Hegelsberger I § 52, IV, 2 angenommenen Verschiedenheiten zwischen dem Forderungsgr. und dem ihm entsprechenden Anspruch können nicht zugegeben werden. Hegelsberger sagt, wenn ich ein Darlehn gegeben habe, rückzahlbar in drei Jahren, so habe ich sofort eine Forderung, aber noch keinen Anspruch. Die Forderung ist hier aber ebenso befristet wie der Anspruch; dieser ist (als befristeter) ebenso vorhanden wie die Forderung; es fehlt freilich die Klagbarkeit, aber diese ist dem Anspruchsbegriff nicht wesentlich. So auch Lehmann bei Stobbe II § 75⁷. Für die negativen Obligationen bemerkt Hegelsberger, sie erzeugen sofort eine Forderung, einen rlich verfolgbarcn Anspruch aber erst mit der Zuwiderhandlung. Auch hier ist es nur die Klagbarkeit, um welche es sich handelt. Und es ist hier m. E. kein Gegensatz zwischen positiven und negativen Obligationen begründet. So lange wie der Schuldner das durch die Obligation verbotene Thun unterläßt, erfüllt er die Obligation; hat er bis zum Urtheil dieß gethan, und dieser Fall ist zu Grunde zu legen, so kann das Urtheil nur auf Unterlassung für die Folgezeit verurtheilen; das wäre Verurtheilung auf den erst nach dem Urtheil fällig werdenden Theil der Leistung. Eine solche Verurtheilung kann im Allgemeinen nicht begehrt werden, auch nicht bei positiven Obligationen. Wenn z. B. Jemand verpflichtet ist, continuirlich der Fabrik des Gläubigers Wasser zuzuleiten, und hat das bis zum Urtheil gethan, so könnte das Urtheil nur den nach ihm fällig werdenden Theil der Leistung betreffen, und eine Klage darauf findet im Allgemeinen nicht statt. Hat bei der negativen Obligation der Schuldner vor dem Urtheil dem Anspruch zuwidergehandelt, so kommt in Frage die Beseitigung dieser Zuwiderhandlung (oder Schadensersatz wegen derselben) einerseits, und andererseits der Anspruch wegen künftiger Unterlassung. Anzuerkennen ist nun, daß in diesem Falle nicht bloß auf das erste, sondern auch auf das zweite zu verurtheilen ist. Ebenso ist es bei der positiven Obligation. Hat vor dem Urtheil der Schuldner seiner Verpflichtung nicht genügt oder aufgehört, es zu thun, so wird er, wenn es sich um eine zusammenhängende Leistung handelt, auch auf den nach dem Urtheil fällig

halt gewinnen. Es geschieht dieß dadurch, daß er verlegt wird^{6b}; durch die Verletzung verwandelt er sich in einen Anspruch auf Wiederaufhebung der Verletzung⁷.

Das **§§.** (194) nennt Anspruch das *R.*, von einem Andern ein *Thun* oder ein *Unterlassen* zu verlangen. Daß ein solcher Anspruch klagbar ist, setzt das **BGB.** stillschweigend voraus. Da jedoch das **BGB.** auch *Re*, denen eine peremptorische *Einrede* entgegensteht, als existente *Re* ansieht (unt. § 47 a. E.), so muß auch ein einredebehafteter und deshalb nicht mit Erfolg einflagarer Anspruch als ein existenter Anspruch angesehen werden. Dies zeigt sich z. B. darin, daß ein verjährter Anspruch (vgl. 222) immer noch ein Anspruch sein kann, der ein bestimmtes Maß von Schutz genießt. (390. 479. 480. 490. 491.) Da das Gesetz die Möglichkeit kennt, daß Jemand unter einer aufschiebenden Bedingung berechtigt ist (160 Abs. 1), da es ferner bedingte Forderungen kennt (765. 1113. 1204. 1209), so wird es keinem Bedenken unterliegen können, dem **RGB.** auch den Begriff des bedingten Anspruchs zuzuschreiben; da es betagte Verbindlichkeiten kennt (813 Abs. 2.), so muß es auch betagte Ansprüche anerkennen, womit es vollkommen übereinstimmt, daß es nach § 273 auch nicht fällige Ansprüche gibt, ebenso wie Forderungen vor ihrer Fälligkeit doch existiren (z. B. 1078. 1228

werdenden Theil derselben zu verurtheilen sein. Der Fall liegt nicht wesentlich anders, als bei der Klage auf wiederkehrende Leistungen. Man nimmt sie als begründet an, sobald eine Leistung fällig ist. Der gemeinschaftliche Grund dieser Erscheinungen ist, daß Klagschutz für noch nicht Fälliges nur dann gewährt wird, wenn das bisherige anspruchswidrige Verhalten des Schuldners die Gefahr nahe legt, daß auch der künftig fällig werdende Theil des Anspruchs nicht werde erfüllt werden.)

[^{6b} Nach der unter ³ vertretenen Auffassung entsteht jetzt erst ein Anspruch, durch mehrere Verletzungen entstehen mehrere Ansprüche, durch verschiedenartige Verletzungen möglicher Weise verschiedenartig ausgeprägte Ansprüche (*rei vindicatio*, *actio negatoria*). Ein solcher Anspruch kann die Einheit mehrerer Einzelansprüche in derselben Weise bilden wie bei ⁶ dargelegt ist. (Anspruch auf Herausgabe der Hauptsache, der Früchte, Ersatz von Beschädigungen.)]

⁷ Für den dinglichen Anspruch in dieser Umgestaltung wird selbst der Ausdruck *obligatio* gebraucht in § 5 I. 4, 13. Wächter *Erörter.* III S. 8¹⁰. S. übrigens auch Hugo *civil. Magazin* III S. 382. Fischer ³ a. E.) will de *lego ferenda* den Ausdruck Anspruch ganz beseitigt und durch den Ausdruck Forderung ersetzt wissen. [Vgl. auch Hölder (*).] Vielfache Gleichheit in der rlichen Behandlung des dinglichen und des Forderungsanspruchs: Kümelin *ACPr.* LXVIII S. 186 fg. [In Rücksicht auf diese Gleichheiten möchte Leonhard *3S.* f. *CPr.* XV. S. 382 fg. den allgemeinen Theil des *Obligationenr.* beseitigt und mit dem *halbprocessualen* Abschnitt des allgemeinen Theils der *Pandekten* zu einer allgemeinen Lehre von den Ansprüchen verschmolzen wissen. Andererseits macht *Regelsberger* I § 52, VI auf die trotz mancher Gleichheiten bestehenden Verschiedenheiten aufmerksam. Die Ansicht *R.*'s freilich, daß die dinglichen Ansprüche im Konkurse eine andere Behandlung erfahren als die obligatorischen, trifft nicht zu. Gemeint ist wohl Aussonderungs- und Absonderungs^{r.} Beide kommen aber zum Theil auch für obligatorische Ansprüche vor und fehlen zum Theil den dinglichen. Vgl. unten den Abschnitt vom Konkurs.]

Abf. 2. 1283 Abf. 1. 1285. 1286.) Die Frage nach dem Verhältniß des Anspruchs zum subjectiven Recht steht für das BGB m. E. gerade so, wie für das bisherige Recht; die Forderung ist mit dem Anspruch identisch, während aus den dinglichen Rechten ein Anspruch gegen den Verlezer sich ergibt. Der rein negative Anspruch gegen Jedermann aus absoluten, insbesondere dinglichen Rechten ist unter dem Anspruch des BGB. nicht mitverstanden. Entscheidend dafür ist freilich nicht die Behandlung der Ansprüche in der Verjährungslehre (Leonhard 36. f. CPr. XV S. 340); denn daß jene Ansprüche nicht verjähren, könnte damit, daß sie immerhin Ansprüche im Sinne des Gesetzes sind, vereinbar erscheinen; sie wären dann Ansprüche, welche auf ein Unterlassen gehen, und deren Verjährung deshalb erst mit der Zuwiderhandlung beginnt (198). Allein aus anderen Partien des Gesetzbuchs geht hervor, daß jene Ansprüche von ihm als Ansprüche überhaupt nicht aufgefaßt werden. Als Ansprüche aus dem Eigenthum behandelt das BGB. nicht den Anspruch gegen Jedermann auf Nichtverletzung des Eigenthums, sondern nur die Ansprüche auf Herausgabe (985) und wegen sonstiger Beeinträchtigung (1004). Vgl. auch 1017. 1027. 1065. 1090 Abf. 2. 1227. 12. Die Eintheilung der Ansprüche in persönliche und dingliche ist auch nach dem BGB. berechtigt (der Ausdruck: dinglicher Anspruch findet sich in § 221); überall faßt das BGB., wenn aus einem subjectiven Recht Ansprüche auf mehrere Gegenstände hervorgehen (vgl. ⁵), jeden derselben als einen Anspruch für sich auf. (3. B.: 292. 477. 478. 479. 480. 489. 490. 524. 558. 971. 972. 974).

§ 44.

Für das, was hier Anspruch genannt worden ist, haben die Römer einen unmittelbar entsprechenden Ausdruck nicht. Ja man kann sagen, daß ihnen der Begriff fehlt. Aber sie haben einen anderen Begriff, welcher die Stelle ersetzt. Dieser Begriff ist der Begriff *actio*⁶. *Actio* ist in der Abstufung seiner sich immer mehr verengern- den Bedeutungen: Handlung; Verhandlung (mit einem Anderen); gerichtliche Verhandlung; streitige gerichtliche Verhandlung; streitige gerichtliche Verhandlung mit besonderer Beziehung auf den Angreifer, also gerichtliche Verfolgung, das was wir Klage nennen; gerichtliche Verfolgung, Klage, nicht als Thatfache gedacht, sondern als rechtliche Zuständigkeit¹. Dieser letztere Begriff ist es, welcher verwendet wird,

§ 44. [*] Die meisten Verdienste um Klärung der Bedeutung des Wortes *actio* bei den Römern hat sich Wlassak erworben. Vgl. dessen zusammenfassenden Artikel *actio* in Paulus's Realencyclopädie. Dort auch Verweisung auf seine früheren Arbeiten und die sonstige Litteratur.]

¹ Vgl. § 43². L. 51 D. 44, 7 (vgl. pr. I. 4, 6): „Nihil aliud est actio, quam ius, quod sibi debeat, iudicio persequendi“. [Zutreffend sagt Hölder § 61¹ (S. 324, vgl. auch S. 328) diese Definition bezeichne weder die Forderung des Klageges als solche noch die privatliche Forderung als solche, sondern die Forderung des Klageges als eine behufs Durchsetzung einer privatlichen Forderung bestehende, ebenso bezeichne aber *actio* die privatliche Forderung als eine

um zu bezeichnen, was wir bezeichnen wollen, wenn wir Anspruch sagen. Man darf nicht sagen, die römische *actio* sei unser Anspruch;

durch die um ihretwillen bestehende Forderung des Schutzes gesicherte. Wendt § 86: *Actio* die publicistische Klagebefugniß wie der privatliche klagbare Anspruch. — Dernburg I § 127^a: *Actio* im Sinne des Celsus ist das R. des Klägers auf ein günstiges Urtheil gegenüber dem Beklagten. Vgl. auch das. Jiff. 4. Regelsberger I § 52^a: *Actio* im materiellen Sinne ist der durch Klage verfolgbare Anspruch. Leonhard JS. f. CPr. XV S. 333: R. auf eine gerichtlich verfolgbare Schulbleistung. P. S. 334 fg. meint aber, daß Anspruch im modernen Sinne und *actio* zur Zeit des Formularprocesses um deswillen verschieden seien, weil *actio* nur das mit einer bestimmten formula verfolgbare R. gewesen sei. Im Allgemeinen trifft dies auch auf den Sprachgebrauch der Römer zu; es steht aber doch fest, daß schon in classischer Zeit *actio* auch die im Cognitionenverfahren verfolgbar Ansprüche bezeichnen konnte. (Wlassak a. a. O. s. v. *actio extraordinaria* und die dort Citirten). Leonhard geht davon aus, daß im Formularproceß ein und derselbe Anspruch mittels mehrerer *actiones* verfolgbar sein konnte, eine Möglichkeit, welche eigentlich schon im spätrömischen R. fortgefallen sei; jedenfalls bestehe heute in den Fällen der j. g. Klagenkonkurrenz nur ein Anspruch. Es ist aber m. E. nicht nur erlaubt, sondern sogar nothwendig, daran festzuhalten, daß es auch im heutigen R. mehrere Ansprüche auf denselben Gegenstand geben kann. Dies ist z. B. wegen der Kraft des Urtheils nach § 293 CPr. wichtig. Wenn Jemand Herausgabe einer Sache aus dem Depositem und wegen Eigenthums verlangen kann, so sind das zwei Ansprüche auf denselben Gegenstand. Ebenso wenn er Schadensersatz aus Miethvertrag und aus dem durch Verletzung der *lex Aquilia* ihm erwachsenen Delictsforderungsr. verlangen kann. In dem ersten Fall kann die *rei vindicatio* Retentionsren ausgeübt sein, welche gegenüber der *actio depositi* nicht wirken. In dem zweiten Fall kann der Miethvertrag eine Handlungspflicht begründen, deren Veräußniß Schuld ist, während vielleicht abgesehen von dem Miethvertrage die Unterlassung nicht *culpos* sein würde. Allerdings schränkt Leonhard a. a. O.²⁷ seine Ausföhrung ein durch den Satz „immer vorausgesetzt, daß nach beiden Gesetzen aus demselben Thatbestande genau derselbe Antrag gefolgert werden soll.“ Allein dies ist bei dem von Leonhard besprochenen Beispiel nicht der Fall. Der Anspruch aus dem Reichshaftpflichtgesetz setzt ein Kontraksverhältniß zwischen dem Verletzten und dem Fabrikherrn nicht voraus; umgekehrt kann das Kontraksverhältniß Schadensersatzanspruch gewöhren, wo das Reichshaftpflichtgesetz verlagt. Es handelt sich nun nicht darum, ob im einzelnen Falle der Kläger beide (sich schneidenden, nicht deckenden) Thatbestände geltend macht und aus beiden denselben Antrag begründet (dann macht er beide Ansprüche geltend), sondern darum, was er thun muß, um zu seinem Schaden zu kommen. Wer beide Ansprüche für einen hält, schneidet nach CPr. 293 dem Kläger die Möglichkeit ab, nach Abweisung mit dem einen den zweiten geltend zu machen. In Wahrheit aber kann der mit der *rei vindicatio* Abgewiesene sich nunmehr in neuer Klage darauf stützen, daß er die Sache beim Gegner deponirt, der mit *actio legis Aquiliae* Abgewiesene darauf, daß er sie dem Gegner vermietet habe: ebenso könnte, wenn der Anwalt eines Arbeiters, weil darauf nichts ankommt, bei Klage aus dem Haftpflichtgesetz der kontraktlichen Stellung des verletzten Klägers keine Erwähnung gethan hätte, dem durch eine zweite Klage abgeholfen werden. — Mehrere Gegenstände eines

in dem Begriffe *actio* wird ein Element mitgedacht, welches in unserem Begriffe Anspruch nicht enthalten ist, das Element des Gerichts, des gerichtlichen Gehörs und des gerichtlichen Schutzes, der Möglichkeit der Erlangung richterlicher Zuerkennung für das Begehren, welches man hat¹. Aber bei Weitem nicht immer, wenn die Römer von *actio* reden, denken sie dieses Element in seiner spezifischen Bedeutung; in außerordentlich häufigen Fällen hat es für ihre Vorstellung keine andere Bedeutung, als eben die, daß das Begehren rechtlich anerkannt sei. Nach einer ihnen durchaus geläufigen Auffassungsweise ist die gerichtliche Verfolgbarkeit eines Anspruchs ein Ausdruck seiner rechtlichen Anerkennung überhaupt; statt zu sagen: einem Ansprüche steht das Recht zur Seite, sagen sie: es steht ihm das Gericht zur Seite. Was wir Rechtsanspruch nennen, ist für die Römer Gerichtsanspruch.

Die römische Auffassung erklärt sich vornehmlich aus historischen Gründen²; uns ist sie fremd. Wollten wir heutzutage von einem Rechte der gerichtlichen Verfolgung, von einem Klagerechte, reden statt von einem Rechtsanspruche schlechthin, so würden wir die Folge nennen statt des Grundes. Für unsere Auffassung ist die gerichtliche Verfolgbarkeit eines Anspruchs nichts als eine Consequenz seiner rechtlichen Anerkennung³; sie ist eine Seite des Anspruchs, nicht dasjenige,

[¹ Diesen Satz bemängelt unzutreffend Bekker Sav.-ZS. XV S. 201¹ aus dem Grunde, weil unser Anspruch „im Zweifel stets der klagbare Anspruch ist.“ Im Zweifel gewiß; d. h. die meisten Ansprüche sind klagbar; es gibt aber klaglose, und deshalb gehört zum Begriff des Anspruchs die Klagbarkeit nicht. Bekkers Befürchtung, wir möchten noch eines zweiten Elements bedürfen, den Anspruch klagbar zu machen, hat sich durch die Erkenntniß des Begriffs des Schutzanspruchs längst bewahrheitet. Vgl. § 123a.]

² Mitgewirkt hat gewiß „die auf das Praktische gerichtete Anschauung“ der Römer, welche „das *lit.* als das in Bewegung gesetzte, kämpfende, thätige“ erfaßte (Kierulff S. 156); aber der eigentliche und entscheidende Grund war dieß nicht. Der eigentliche und entscheidende Grund war die Selbständigkeit, welche bei den Römern zur Zeit der Republik und noch bis in die Kaiserzeit hinein die Gerichtsregel gegenüber der Regel hatte. Diese Selbständigkeit der Gerichtsregel machte sich bereits zur Zeit der *legis actiones* geltend, wo über *lit.* und *litr.* nicht sowohl die *lex* entschied, als die daraus gebildete Gerichtsformel und deren Interpretation (Windscheid die *Actio*, Abwehr zc. S. 1. 2, Jhering Geist des r. R. II S. 654 fg.), noch mehr aber im Formularproceß, wo der Magistrat gerichtliche Verfolgung gewährte und versagte, ohne an das *ius* gebunden zu sein. So hatte denn freilich bei den Römern, wer wissen wollte, ob er einen Anspruch durchsetzen könne, nicht zu fragen, ob das *ius* für ihn sei, sondern ob und welche *actio* ihm zu Gebote stehe. Vgl. noch ³ in der zweiten Hälfte.

³ Die *obligationes naturales*, als etwas Anomales und Exceptionelles, müssen, wo es sich um die Begründung des Wesens der *lit.* handelt, außer Ansatz

was den Anspruch ausmacht. — Schlimmer noch ist es, wenn man, was vielfach geschieht, die römische *actio* auffaßt als das durch die Verletzung des Rechts aus dem Rechte erzeugte neue Recht⁴. Jedenfalls das Moment der Rechtsverletzung ist dem Begriffe der *actio* fremd⁵.

bleiben. S. unten II § 287 fg. und Windscheid die *Actio*, Abwehr z. § 8. Jedenfalls sind die Römer nicht gemeint, wo sie von *actio* reden, dadurch den Gegensatz zur *naturalis obligatio* zu betonen. [W. E. kann man bei Ergründung des allgemeinen Wesens der *Re* eine solche immerhin wichtige Erscheinung wie die der *obligationes naturales* nicht ausweisen. Dieß ist auch nicht nöthig, wenn man annimmt, daß der Anspruch des gem. R. zwar meistens klagbar ist, aber es nicht sein muß.]

⁴ Man läßt sich dabei verführen durch den deutschen Ausdruck Klage. Von einer Klage, d. h. von einem sich bei dem Richter Beklagen, kann freilich nicht eher die Rede sein, bis man Unrecht erlitten hat. Das jedenfalls sollte man sich zum Bewußtsein bringen, daß die Grundvorstellung in dem römischen Begriffe *actio* eine ganz andere ist, als in unserem Begriffe Klage, dort die Vorstellung der Verhandlung, hier die Vorstellung des Sichbeklagens, Sichbeschwerens. Das zeigt sich auch darin, daß wir nicht anders sagen können, als: gegen Jemanden klagen, während die ganz geläufige römische Ausdrucksweise ist: *agere cum aliquo*.

⁵ Das im Texte Gesagte ist der Grundgedanke folgender Schrift: Windscheid die *Actio* des römischen Civilr. vom Standpunkte des heutigen R. (1856). Vgl. dagegen die Gegenschrift von Ruther: zur Lehre von der römischen *Actio* z. (1857), und gegen diesen wieder: Windscheid die *Actio*, Abwehr gegen Dr. Theodor Ruther (1857); über alles Dieses die Recensionen von Runge in Schletter's Jahrb. V S. 1—16 (1859) und Zimmermann in Heidelb. fr. ZS. V S. 461 fg. (1859). Vgl. ferner Dworzak fr. Uebersch. V S. 1 fg., Beller fr. BZS. V S. 399 fg. — Die Ansicht, daß die *actio* das neue, durch die Verletzung des R. aus demselben entstandene R. sei, ist in der neueren Zeit namentlich durch Savigny (V § 204. 205) vertreten worden. Andere Schriftsteller haben diesen Irrthum vermieden, und bestimmen die *actio* als die dem *Re* als solchem inwohnende und auch vor der Verletzung vorhandene Befugniß zur Klage für den Fall der Verletzung (eventuelles Klager.), oder als das R. selbst in seiner Macht, sich durch Klage zu verwirklichen (Buchta § 81 und Vorles. dazu, Rudorff zu Buchta Vorles. 5. Ausg. I S. 185¹, Arnolds § 96, Wächter I § 98. Württemb. Privatr. II § 62¹, Unger § 113, Hierulff S. 156. 157). Aber auch dieser Auffassung gegenüber muß gefragt werden, ob denn die Römer in allen Fällen, wo sie von *actio* reden, gerade dieses Moment der processualischen Verfolgbarkeit im Auge haben, und ob, was sie von der *actio* aussagen, immer in diesem Momente seinen Grund hat? Und wenn diese Frage verneint werden muß, wie in der That Niemand bestreitet (man denke beispielsweise an die *actio poenalis*, an den Untergang der *actio* durch den Tod des Subjects): folgt daraus nicht, daß die Römer den Begriff: Befugniß zur processualischen Verfolgung verwerthen zur Bezeichnung einer Seite des R., welche etwas Anderes ist, als eben seine processualische Verfolgbarkeit, und sollte dieses Andere nicht gerade die persönliche Richtung dieses R. sein, d. h. dasjenige, was von der processualischen Verfolgbarkeit übrig bleibt, wenn man das specifische

Moment des Processus abzieht? Böcking (Pand. des r. Privatr. I § 131. Pandekten-Grundr. I § 150¹. Institution. I § 51 — übereinstimmend Demelius Untersuchungen S. 116 fg., v. Bethmann-Hollweg r. Civilproc. II § 35⁶ § 85⁷ —) definiert denn auch wirklich die actio als „das R. selbst in seiner Bethätigung oder Thätigkeit sich geltend zu machen“, handelt aber nichtsdestoweniger von der actio unter der Rubric: Schuzmittel verletzter Re. — In der oben citirten Schrift habe ich den Satz aufgestellt, die römische actio sei der Ausdruck, nicht der Ausfluß des R.; die actio sei es, welche das R. mache, nicht das R., welches die actio mache. Man kann darüber streiten, ob das nicht zu scharf gesagt ist für die civillichen Actionen (vgl. Bruns zur Geschichte der Cession in: Symbolae Bethmanno-Hollwegio oblatae die XII. Sept. MDCCCLXVIII, Berlin 1869, S. 50); in Betreff der auf der magistratischen Jurisdiction beruhenden ist es gewiß richtig. Noch Ulpian nimmt keinen Anstand, von einem Nießbrauche zu reden, welcher nicht „iure“ bestehe, sondern „iustione praetoris“ (l. 1 pr. D. 7, 4, vgl. l. 9 § 1 D. 7, 9). [Dazu zutreffend Regelsberger I § 52¹².] Vgl. übrigens auch in Betreff der civillichen Actionen Brinz fr. *WZS.* XI S. 484 und die Schrift von E. Schulze: *Privatr. und Proceß in ihrer Wechselbeziehung*, 1. Theil 1883, welcher letztere Schriftsteller übertreibend behauptet, es habe in Rom zur Zeit des Formularprocesses kein anderes R. (R. im objectiven Sinn) gegeben, als das durch die magistratische Jurisdiction für den einzelnen Fall verwirklichte. Vgl. dazu auch Eisele Gött. gel. Anz. 1884 S. 826 fg. (Fernerer in den früheren Auflagen). — Wlassak röm. Proceßgesetze I S. 2 fg. [Fadda-Bensa I p. 681, m.] — Besondere Auffassungen des Wesens der actio bei Haffe Rhein. Museum VI. 1, Muther a. a. O. S. 35 fg. 40 fg., Bekker a. a. O., Schloßmann der Vertrag S. 215 fg., namentlich bei Bekker. Dieser Schriftsteller hat seine Ansicht zuerst ausgesprochen an dem oben erwähnten Orte, fr. *WZS.* V S. 399 fg., sodann näher ausgeführt in einem Aufsatze in der *ZS. f. RGesch.* IX S. 369 fg. (1870) und zuletzt in einem umfassenden Werke: die Actionen des röm. Privatr., Berlin 1871. 1873. Ferner: fr. *WZS.* XX S. 338 fg. (1878). Nach Bekker's Auffassung ist die römische actio etwas rein Formales: R. auf Gericht; aber in diesem Gerichte erhält man nur Etwas, wenn man einen Anspruch hat (Anspruch R. auf Leistung, das Verstehen sollen des Gegners, beruhend auf R. oder Volksüberzeugung). Nach meiner Meinung liegt der „Anspruch“ in der actio als solcher, und wenn sich nicht leugnen läßt, daß Jemand „actionem habere“ kann, ohne eine Condemnation erlangen zu können (wie z. B. der Mandant sofort nach Ertheilung des Mandats), so hat das seinen Grund lediglich darin, daß der ihm ertheilte Anspruch (auf ein der bona fides entsprechendes Verhalten) auch befriedigt ist. [Gegen Bekker Wlassak (*) III. Bekker Sav. *ZS.* XV S. 145 fg., über den Entwicklungsgang der römischen Actionen bleibt bei seiner Auffassung: Zutreffend ist: actio est ius persequendi iudicio, minder zutreffend: quod sibi debetur (S. 193 fg.). Man kann actio haben (actio est), und es kann doch nichts darin sein (nihil est in actione), die Freisprechung ist dann gleich einer Verurtheilung auf nichts (S. 201)]. — Ueber die Schrift von Brinz: das allgemeine Actionenr. oder die Lehre vom Ansprüche, auf der geschichtlichen Unterlage des gemeinen und preußischen R. dogmatisch entwickelt, und als leitendes Princip für jede Proceßgesetzgebung begründet, Breslau 1870, f. 6. Auflage und Bekker fr. *WZS.* XII S. 587 fg. — Eine weit gehende Annäherung an die hier vertretene Auffassung bei Bruns in v. Holz. *Enchyl.* I S. 465. Ebenso bei Brinz I § 79. 92. 92a. Vgl. auch Wildhagen die Verjährung der Einreden im heutigen r. R., Jena 1882 (welcher

§ 45.

Dem Gesagten zufolge findet sich auch die in § 43 erörterte Eintheilung der Ansprüche in dingliche und in persönliche Ansprüche in einer Eintheilung der actiones wieder. Die Bezeichnung für diese Eintheilung ist: actiones in rem — in personam s. personales. Ueber diese Eintheilung ist folgendes Nähere zu bemerken¹.

1. Der Ausdruck actio in personam wird nicht, wie man erwarten möchte, auch auf die familienrechtlichen Ansprüche bezogen². Dieß erklärt sich aus der oben (§ 39) bezeichneten Natur der familienrechtlichen Ansprüche, kraft deren sie nicht reine Rechtsansprüche sind. So erscheint den Römern die gerichtliche Verfolgung der familienrechtlichen Ansprüche, soweit von ihr überhaupt die Rede sein kann, als etwas Außerordentliches, bei der Betrachtung der eigentlichen Rechtsansprüche nicht mit in Rechnung zu Ziehendes.

2. Actio in rem bezeichnet nicht ausschließlich die dingliche actio, d. h. die actio aus dinglichem Rechte³; in einem anderen Sinne be-

Schriftsteller aber für das heutige R. einen „Anspruch“ schon dann annimmt, wenn Thatfachen feststehen, auf Grund deren „bis auf Weiteres“ richterliche Hülfe in Anspruch genommen werden kann, §. 43 fg.). [S. auch ¹.]

¹ S. über das Folgende Windscheid die Actio § 2, und über abweichende § 45. Ansichten: Duroi ACPr. VI S. 252 fg. 386 fg. (1823), Fasse d. J. Rhein. Ruf. VI S. 12 fg. 154 fg. (1884), Savigny V § 206—209 (1841), Wächter Erörter. I. 4 (1845), Vetter Jahrb. d. gem. R. IV S. 178 fg. (1860), Fesse Jahrb. f. Dogm. VIII S. 21 fg. (1865), Vetter Aktionen I S. 200 fg. (1871), Vetter v. Civilproc. § 87, Rudorff v. RGesch. II § 35, Unger II § 114, Sintenis I S. 247 fg. [Dernburg I § 129, Regelsberger I § 53, I: Actiones in personam sind die aus Forderungsrechten, alle andern sind actiones in rem. Anders Hölber § 62 S. 334 fg. 337 fg. — Wlassaf Paulys Realencycl. s. v. actio in rem nimmt an, daß der materielle Begriff der actio in rem als des dinglichen Anspruchs den classischen Juristen unbekannt gewesen sei. Die Gründe dafür sind hauptsächlich dem Satz: *invitus nemo rem cogitur defendere*, entnommen.]

² Gai IV. 2. „In personam actio est, qua agimus, quoties cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, contendimus, i. e. cum intendimus, dare facere praestare oportere“. Ebenso im § 1 I. 4, 6, l. 25 pr. D. 44, 7. Die in personam actio ist also die obligatorische actio. — Da die obligatorische actio sich mit dem obligatorischen Re. bezt, so wird sie häufig getadezu statt des letzteren genannt, so z. B. in l. 8 D. 16, 1, l. 10 D. 19, 1; vgl. auch l. 7 § 1 D. 4, 5: „actionum ex delicto venientium obligationes“.

³ In einer Reihe von Stellen bezeichnet actio in rem ganz speciell die Eigenthumsactio wegen Vorenthaltung der Sache, die rei vindicatio, vgl. z. B. Gai. IV. 51. 86. 87. 91, l. 23 pr. D. 6, 1, l. 25 pr. D. 44, 7, l. 14 § 2 D. 44, 2; dann auch die Actio, mit welcher überhaupt ein dingliches R. geltend

zeichnet der Ausdruck die unpersönliche (sachliche) actio⁴. Unpersönlich (sachlich) aber kann eine actio einmal deswegen genannt werden, weil sie auf etwas dem Gegner nicht Persönliches geht, dann aber auch deswegen, weil sie nicht an eine bestimmte Person gebunden ist. Beides trifft zusammen bei den dinglichen actiones⁵, ferner bei der actio, mit welcher Erbrecht geltend gemacht wird^{5a}, welche actiones also auch in diesem doppelten Sinne in rem sind; das Letztere allein macht sich geltend bei den actiones aus Obligationen mit unbestimmtem Gegner, den s. g. actiones in rem scriptae⁶.

gemacht wird. Gai. IV. 3. „In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere, velut utendi, aut utendi fruendi, eundi, agendi, aquamve ducendi, vel altius tollendi prospiciendive. Item actio ex diverso adversario est negativa“. — Andere Bezeichnungen für die in rem actio in diesem Sinne sind: vindicatio, petitio, wodurch denn die in personam actio zur actio schlechthin oder actio im engeren Sinne wird. Gai. IV. 5, l. 178 § 2 D. 50, 16, l. 28 D. 44, 7. — Actio in rem als Vertreterin der actio in personam: s. § 174^o. — Ueber die s. g. actiones mixtae s. Pöhr Magazin f. RW. und Gesetzgeb. IV. S. 18 fg., Arnolds Rhein. Mus. II S. 141—144, Savigny V S. 36. 37, Puchta Inst. II § 167. ¹ ² Wächter II S. 419. 420, Keller v. Civilpr. § 87 zu ¹⁰⁰⁴, Ed die s. g. doppelseitigen Klagen S. 90 fg., Keller Actionen I S. 240²⁴.

⁴ Der Ausdruck in rem bezeichnet das Unpersönliche auch in zahlreichen anderen Verbindungen. S. z. B. l. 7 § 8 D. 2, 14. „Factorum quaedam in rem sunt, quaedam in personam. In rem sunt, quotiens generaliter paciscor ne petam, in personam, quotiens ne a persona petam, i. e. ne a Lucio Titio petam“. Vgl. außerdem l. 10 D. 36, 3, l. 8 § 4 D. 34, 3, l. 1 § 3 D. 44, 5, l. 12 pr. D. 42, 5.

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

^{5a} Actio in rem de universitate, im Gegensatz der actio in rem specialis, l. 1 pr. § 1 D. 6, 1. Vgl. III § 611^o. § 605¹³.

⁶ Bei der actio in rem scripta ist die Person des Verpflichteten in dem Sinne unbestimmt, daß verpflichtet ist der jeweilig in einem gewissen Verhältniß Stehende. Vgl. § 43^o. — Der Ausdruck actio in rem scripta, den man jetzt als technischen zu gebrauchen pflegt, kommt in unseren Quellen nur ein Mal, in l. 9 § 8 D. 4, 2, vor, außerdem ist von exceptio in rem scripta die Rede in l. 4 § 33 D. 44, 4. In der ersten Stelle wird die actio aus dem Zwange in rem scripta deswegen genannt, weil sie nicht „personam vim facientis coerceat, sed adversus omnes restitui velit, quod metus causa factum est“. Andere Beispiele der s. g. actio in rem scripta s. in l. 5 § 13, l. 7 pr. § 1 D. 43, 24, l. 12 D. 39, 3. Eine solche actio ist aber deswegen, weil sie in rem scripta ist, nicht weniger eine actio aus einem Forderungsr., also in personam, und die Quellen erkennen dieß ausdrücklich an, § 31 I. 4, 6, l. 6 § 5 D. 39, 3. Eine besondere Behandlung dieses Gegenstandes s. bei Schmidt (von Zimenau) civil. Abh. Nr. 1. Vgl. auch Thering Jahrb. für Dogm. X S. 519 fg. 546 fg. 554 fg. [Wendt § 91, 1. Hölder § 62 S. 335.]

3. In rem in dem zuvor bemerkten Sinne, unpersönlich (sachlich), ist ferner auch diejenige actio, in welcher nicht die Verurtheilung des Gegners, sondern nur die Feststellung irgend eines rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisses durch richterlichen Spruch verlangt wird. Das iudicium wird hier speciell als praeiudicium, die actio als actio praeiudicialis bezeichnet⁷. Und zwar ist die actio praeiudicialis unpersönlich (sachlich) ebenfalls unter dem doppelten zuvor bezeichneten Gesichtspunkte, sowohl deswegen, weil sie auf etwas dem Gegner Unpersönliches geht, behauptet, daß Etwas sei, nicht, daß der Gegner etwas leisten müsse, als auch deswegen, weil sie nicht auf eine bestimmte Person beschränkt ist, sondern Jeden ergreift, welcher dem behaupteten Verhältnisse die Anerkennung verweigert. Will man nun in dieser actio ebenfalls den Ausdruck eines Anspruchs finden, so kann man als Inhalt desselben nur bezeichnen, daß er auf Anerkennung des Bestehenden gerichtet sei. Richtiger erscheint es aber, die actio praeiudicialis lediglich als processualisches Gebilde, Anrufung des Richters, oder Recht zur Anrufung des Richters, aufzufassen, ohne daß dabei irgend ein Anspruch gegen den Gegner zu Grunde läge^{7a}. Während in der Regel dem Richter die Entscheidung eines zwischen zwei Parteien streitigen Punktes nur insofern obliegt, als ihm dieselbe nothwendig ist, um darüber erkennen zu können, ob einer Partei Unrecht geschehen sei, wird hier eine solche Entscheidung vom ihm begehrt,

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

^{7a} Das Gegentheil sucht Degenkolb Einlassungszwang und Urtheilsnorm (1877) S. 131 fg. auszuführen. Dieser Schriftsteller nimmt ein R. auf Bejahung an. Uebereinstimmend mit dem im Text Gesagten F. Weissmann in der in der folgenden Note genannten Schrift (theilweise abweichend in der Schrift über Hauptintervention S. 78), ferner Förster-Eccius I S. 259, Löning JS. f. Civilpr. IV S. 190, Wach Handb. des Civilpr. I S. 16—18 und in der Festschrift für B. Windscheid (1888) 2. Abth. [[Hölzer fr. WJS. XXXII S. 357 fg. (Anzeige der Schrift von Wach; im Wesentlichen zustimmend). Leonhard JS. f. CPr. XV S. 341 fg. (Anspruch zwar nicht auf Anerkennung, aber auf Nichtwiderspruch im künftigen Proceß). Planck Civilproc. II S. 12 fg. (der Kläger verlangt, daß das Gericht den Widerspruch des Gegners für unberechtigt und deswegen wirkungslos erkläre. Was dem Besiegten aufgezwungen werden soll, ist nicht sowohl die Unterlassung des Bestreitens als das Dulden der Wirkungslosigkeit seines Widerspruchs gegen die festgestellte Behauptung.]]

ohne daß sich eine Partei über erlittenes Unrecht beklagte. In welchem Umfang ein solches Begehren zulässig sei, ist eine processualische, jetzt durch die Reichscivilproceßordnung erledigte Frage⁸.

§ 46.

Außer der Eintheilung in *actio in rem* und in *personam* wird in den Quellen des römischen Rechts noch eine große Anzahl von anderen Eintheilungen der *actiones* erwähnt. Die allermeisten derselben gehören aber nicht hierher; zum Theil weil sie sich nicht auf die materielle, sondern auf die processualische Seite der *actio*, auf das Gerichtsmoment in dem Begriffe der *actio*, beziehen¹, zum Theil weil sie antiquirt sind², zum Theil weil ihre Bedeutung nicht so all-

⁸ C.P.D. 231. 253. Vgl. Degenkolb (*), F. Weismann die Feststellungsklage (1879), Bähr Urtheile des Reichsgerichts S. 143 fg., Mandry S. 302. Ähnliches Interesse: RG. IV S. 37, VI S. 397, XII S. 148. Cf. XL. 174, XLI. 167. 168, XLII. 185. 273. Früher war es für das gem. R. streitig, ob eine Präjudicialklage auch bei anderen als f. g. Statusverhältnissen zulässig sei. Doch hatte sich bereits vor der C.P.D. eine überwiegende Praxis gegen diese Beschränkung ausgesprochen. S. die Citate in der 5. Aufl. und die weiteren Anführungen bei Mandry S. 203¹². — Gegen den Schluß aus der *actio in rem praeiudicialis* auf die Dinglichkeit der Verhältnisse, bei welcher sie stattfindet, welcher Schluß namentlich im Petreß der Statusverhältnisse wirklich gemacht worden ist (Thibaut Versuche II S. 55 fg.), braucht nach dem Gesagten wohl kaum noch besonders gewarnt zu werden. Vgl. Windscheid a. a. D. S. 16—19. [C. § 123a.]

§ 46.

¹ Von dieser Art ist

a) die Eintheilung in *actio* in engerem Sinne und *extraordinaria persecutio* (I. 178 § 2 D. 50. 16), Keller r. Civ.-Pr. § 81, Rudorff r. RGesch. II § 60, Bethmann-Hollweg r. Civ.-Pr. II § 122 [Blasfal, Paulys Realencyclop. s. v. *actio extraordinaria* u. die dort Citirten.];

b) die Eintheilung in *actio* in engerem Sinne und *interdictum* (I. 35 § 2 D. 3, 3, I. 37 pr. D. 44, 7), vgl. Keller a. a. D. § 74—76, Rudorff a. a. D. § 53—54, Bethmann-Hollweg a. a. D. II § 98. [Neuerdings über Interdicte: Pfersche, die Interdicte des r. Civilproc. 1888 und das erschöpfende Werk von Ubbelohde, Glück's Commentar Serie der Bücher 43. u. 44. Theile I—IV. 1889—1893.];

c) die Eintheilung in *actio simplex* und *duplex*, Keller a. a. D. § 90, Rudorff a. a. D. § 47. [Wendt § 90. Regelsberger I § 53, IV. Dernburg I § 132.]

² Dieser Grund macht sich geltend

a) bei den zuvor unter a) und b) aufgeführten Eintheilungen; was die unter c) genannte angeht, vgl. § 127²;

b) bei der Eintheilung in *actio civilis* und *honoraria*, *actio directa* und *utilis*, sowie bei dem Begriffe der *actio in factum*, vgl. Keller a. a. D. § 89, Rudorff a. a. D. § 49. 51, Bethmann-Hollweg a. a. D. II § 96 [Blasfal a. a. D. s. v. *actio honoraria*, *actio directa*, *actio utilis*, *actio in factum* u. die dort Citirten.];

gemeiner Natur ist, daß von ihnen schon an diesem Orte geredet werden dürfte³. Nur eine jener Eintheilungen darf hier nicht übergegangen werden. Zwar ist dieselbe in der besonderen Gestalt, in welcher sie im römischen Rechte auftritt, für uns ebenfalls Antiquität, aber der ihr zu Grunde liegende Gedanke ist sowohl von bleibender Wahrheit, als von allgemeiner Natur. Dieser Gedanke ist, daß ein Unterschied zwischen den einzelnen Ansprüchen besteht in Betreff der Bestimmtheit, oder besser gesagt, in Betreff der Dehnbarkeit ihres Inhalts. Die Quelle dieses Unterschieds ist die Natur der Thatfachen, durch welche die Ansprüche erzeugt werden. Es gibt Thatfachen, welche unabänderlich auf eine bestimmte Leistung als das von der Gerechtigkeit (Billigkeit) Geforderte hinweisen; die Natur anderer aber ist von der Art, daß sie den Inhalt des Anspruchs, welchen sie erzeugen, mehr im Allgemeinen bezeichnen, als im Einzelnen bestimmen, daß sie nur die Grundlage der Entscheidung an die Hand geben, während die Entscheidung selbst von den besonderen Umständen des einzelnen Falles abzuhängen hat. Es liegt nahe, daß das Recht sich bestreben wird, seine Regel mit Rücksicht auf diese besonderen Umstände genauer auszubilden; alle Umstände vorherzusehen, ist geradezu unmöglich; wie weit in der Casuistik vorgegangen werden soll, darüber wird leicht das eine Recht eine andere Ansicht haben, als das andere. — Im römischen Rechte tritt die verschiedene Dehnbarkeit der Ansprüche in der größeren oder geringeren Weite der dem Iudex erteilten Instruction zu Tage. Unter den dehnbareren, freieren *actiones* werden hervorgehoben die *actiones bonae fidei* und *arbitrariae*⁴. Dieselben

c) bei der Eintheilung in *actiones populares* und *privatae*, vgl. Keller a. a. D. § 92, Ruborff a. a. D. § 46, Bruns 3 S. f. RG. III S. 341—415, und unten § 326^o. [Wlassaf a. a. D. s. v. *actiones populares* u. die dort Citirten. Fadda-Bensa I p. 681 sg. (o).]

³ Aus diesem Grunde gehört nicht hierher die Eintheilung in *actiones quibus rem persequimur* und *poenales*, ferner *actiones quae vindictam continent* (Keller a. a. D. § 91, Ruborff a. a. D. § 44, Bethmann-Hollweg a. a. D. II § 95, [Wendt § 91, 2, Dernburg I § 130, Regelsberger I § 53, II. III, Wlassaf a. a. D. s. v. *actiones poenales*, Fadda-Bensa I p. 687 sg. (p.)]) und die Eintheilung in *actiones perpetuae* und *temporales* (Keller a. a. D. § 93, Ruborff a. a. D. § 52, [Wlassaf a. a. D. s. v. *actiones temporales* u. die dort Citirten. Fadda-Bensa I p. 689 sg.]). Die letztere Eintheilung ist hergenommen von der verschiedenen Dauer der (unbefriedigten) Ansprüche, die erstere setzt allen übrigen Ansprüchen besondere Klassen der obligatorischen Ansprüche entgegen. Vgl. Windscheid die *Actio x.* § 3 u. unten § 106. Auch Unger § 114¹⁶, Thon Knorn S. 59 fg.

⁴ Die *actiones bonae fidei* (§ 28—30 I. 4, 6) haben ihren Namen davon,

daß der Jüder angewiesen wurde, den Beklagten zu verurtheilen auf Alles, was derselbe leisten müsse *ex fide bona*, d. h. nach Treue und Glauben, nach der unter reblichen Menschen festgehaltenen Regel (*ut inter bonos bene agier oportet*, wie es früher beim *iudicium fiduciae* hieß, Cic. de off. III. 15 Top. c. 17 i. f.). [Fadda-Bensa I p. 690 sg. (q.) beschäftigen sich mit der von Gradenwitz (Interpolationen S. 105 fg.) angeregten Frage, ob im classischen Sprachgebrauch *actio* oder *iudicium bonae fidei* gesagt wurde.] Die *arbitrariae actiones* (§ 31 I. 4, 6) haben ihren Namen davon, daß in ihnen der Richter auf sein *arbitrium* (*arbitratus*) verwiesen wurde. Zu den *actiones bonae fidei* gehören nur obligatorische *actiones*, zu den *arbitrariae* gehören zwar auch obligatorische, vorzugsweise aber alle dinglichen. Der Gegensatz gegen die *actio bonae fidei* wird durch den Ausdruck *condictio* bezeichnet, heutzutage sagt man gewöhnlich *actio stricti iuris*. Dieser letztere Ausdruck läßt sich aber als ein Ausdruck der classischen Zeit nicht nachweisen (er kommt nur in § 28 I. 4, 6 und der Sache nach in l. un. § 2 C. 5, 13 vor, in der ersten Stelle überdies mit der Variante „*stricti iudicii*“, s. die Ausgabe von Schrader, vgl. Gradenwitz Interpolationen S. 105 fg.), und ist insofern nicht zu empfehlen, als er zu einer unrichtigen Auffassung der Natur des Gegensatzes zu verleiten geeignet ist. Diese Auffassung, welche namentlich von Savigny vertreten wird, geht dahin, daß es sich hier um den Gegensatz von strengem und billigem R. handle. Das ist aber keineswegs der Fall; die Regel, nach welcher die *actiones bonae fidei* und die s. g. *actiones stricti iuris* beurtheilt werden, ist gleich streng und gleich billig, sie ist nur mehr oder weniger offen; bei dem, was man *actio stricti iuris* nennt, ist *strictum* nicht das *ius*, sondern das *iudicium* (der Ausdruck *actio stricti iudicii* steht in l. 5 § 4 D. 12, 3, *strictum iudicium* in § 30 I. 4, 6, und nach einer leichten Aenderung der sinnlosen florentinischen Lesart in l. 3 § 2 D. 13, 6). Für den Anspruch z. B. aus der Stipulation, ist es ebenso sehr das Angemessene, d. h. das Billige (*aequum*), daß man bei der Bestimmung seines Inhalts nicht über die Worte der Parteien hinausgehe, als es für den Anspruch aus dem Kaufe das Billige ist, daß die Intention der Parteien ausgelegt werde; der römische Ausdruck aber hierfür ist der, daß dort der Jüder, um ihn zu befähigen, dem Wesen des Verhältnisses Genüge zu leisten, auf ein *oportet* verwiesen wird, hier auf ein *oportet ex fide bona*. Vgl. über die *bonae fidei actiones* und ihren Gegensatz Savigny V § 218—220, 224 und Weil. XIII. XIV, Wächter Erörter. II. 11, Bangerow I § 139 Anm., Keller v. Civ.-Pr. § 88, Windscheid die *Actio r.* § 4, Rudorff röm. R.Gesch. II § 40—42, Bethmann-Hollweg r. Civ.-Pr. II § 261—286, Keller Aktionen I S. 93—168, Bethmann Kauf I § 616 fg., Brinz II § 224, Ryl. Lehre von den Schuldverhältnissen S. 362 fg. Aus dem umfassenden Werke von Dr. Voigt, das *jus civile* und *jus gentium* der Römer gehört namentlich der dritte Band (1871. 1875) hierher. — Baron Abhandl. aus dem r. Civilproz. Bd. 1 (1881) und darüber Bekker Sav.-ZS. IV § 94 fg., Pfersche die Verleiderungsklagen S. 6 fg. (1883); wieder Baron fr. VZS. VII § 539 fg., [Institutionen § 142,] [[h. Krüger Sav.-ZS. XI § 165 fg.]] [Dernburg I § 131, Karlowa r. R.Gesch. II § 64.] Ueber die *arbitrariae actiones* s. Savigny V § 221—224, Wächter Erörter. II. 9, Keller v. Civ.-Pr. § 28. 67, Rudorff röm. R.Gesch. II § 152—154, Bethmann-Hollweg r. Civ.-Pr. II § 287—293 [Dernburg I § 133] und vgl., was die Schrift von Gimmerthal das Eigenthum im Conflict mit den übrigen Gebilden des Sachenr. und die *actiones arbitrariae* insbesondere, 2. Aufl. 1875, angeht, Veneil Beiträge zur Kunde des Prätorischen

legen dem Iudex gar keine Schranken auf, sondern überlassen es seinem Ermessen, worauf er den Beklagten verurtheilen wolle. Freilich hat es dabei nicht sein Bewenden behalten; im Laufe der Zeit sind für dieses Ermessen durch die Jurisprudenz und die Kaisergesetzgebung

Edicts §. 55, auch Köhler Ges. Abhandlungen I §. 75 fg. Bei den actiones arbitrariae findet sich regelmäßig noch die Eigenthümlichkeit, daß die Formula dem Iudex Verurtheilung nur für den Fall gestattet, daß der Beklagte nicht auf sein Gebot den Kläger freiwillig befriedigen sollte; daß diese Eigenthümlichkeit bei sämmtlichen arbitrariae actiones vorgekommen sei, läßt sich nicht behaupten. (Es sagt dieß freilich § 31 I. 4, 6, aber wie verhält es sich mit der actio de eo quod certo loco? In l. 4 § 1 D. 13, 4 wird die Berücksichtigung des Iudex, zu absolviren, offenbar nur daraus hergeleitet, daß er „aequitatem ante oculos habet“, nicht aber aus einer speciellen Clausel seiner Instruction. Und wie hätte sich mit der contumacia des Beklagten die Rücksichtnahme auf sein Interesse [l. 2. pr. D. 13, 4.] vertragen? Vgl. Cohn die f. g. actio de eo quod certo loco §. 134 fg. und die Literaturangaben das. §. 144 Note †, Lenel Beitr. zur Kunde des Prätorischen Edicts §. 55 fg. und Edictum perpetuum §. 193 fg. A. M. Puntschart Grünh. 3. §. VI §. 419 fg.) — Neben den actiones bonae fidei und arbitrariae werden als freie Klagen noch genannt die in aequum et bonum conceptae. Es sind dieß Straffklagen, bei denen das Strafmaß in das Ermessen des Iudex gestellt ist. Vgl. Keller Civ.-Pr. § 88¹¹¹⁷, Savigny II §. 93—96. [Es kommen nicht ausschließlich Straffklagen in Frage. Die actio rei uxoriae gehört auch hierher (l. 8 D. 4, 5). Das Gemeinsame der actiones bonae fidei, arbitrariae, in aequum et bonum conceptae beruht darin, daß der iudex in der Formel in der einen oder der anderen Weise ausdrücklich auf die Berücksichtigung der aequitas als Maxime der Auslegung der Klage, der Würdigung der Thatfachen, aber auch als den Klagen subsidiäre, sie ergänzende Norm hingewiesen wurde. (Ripp in Paulys Realencycl. s. v. aequitas, c.) Daß das r. R. eine solche Hinweisung nicht bei allen Klagen eintreten ließ, ist nur eine Unvollkommenheit desselben. Die Ansicht, daß z. B. bei der Stipulation es ebenso gerecht sei, an den Worten der Parteien zu haften, wie beim Kauf die freiere Auslegung des Parteiwillens, (vgl. oben) kann ich nicht theilen. Der römische Verkehr sah in jener Behandlung der Stipulation eine Fessel, der er zu entgehen trachtete (vgl. Karlowa v. Rgesch. II §. 711 fg.). Es war auch nicht die Ansicht der Römer, daß eine Stipulation nicht „ausgelegt“ werden dürfe, sondern sie zogen nur der Berücksichtigung des Parteiwillens gegenüber den Worten engere Schranken, als bei den bonae fidei negotia (l. 126 § 2 i. f. D. 45, 1), vgl. auch l. 3 D. 12, 1 über das Darlehen. Der Kreis der Klagen, in deren Formel der Iudex auf die aequitas verwiesen wird, umfaßt die allermeisten Klagen überhaupt. Bei dem bescheidenen Rest mußte, eben weil jener Hinweis fehlte, der Richter sich strenger gebunden fühlen. Aber austreiben ließ sich auch hier die Berücksichtigung der aequitas nicht. Schon das quanti ea res est tantam pecuniam condemnna, z. B. bei condictio triticaria forberte Verantwortung ex bono et aequo. Wenn als oberstes Princip der Bereicherungsklagen, deren Organ die conditiones sind, das bonum et aequum hingestellt wird (l. 32 D. 12, 1) so ist es doch nicht denkbar, daß der Richter bei der Würdigung einer einzelnen Klage dieser Art ohne die Berücksichtigung des bonum et aequum auskommen konnte. Demnach ist vor Uebersehung der materiellen Bedeutung jener Gegensätze schon für das r. R. zu warnen.]

Rechtsregeln ausgebildet worden, welche in das Detail hineingehen, soweit es irgend wünschbar ist. Aber die Natur dieser actiones hat sich dadurch nicht geändert, es sind inmer actiones geblieben, welche nicht unverrückbar auf ein von vorn herein Bestimmtes gehen, sondern auf ein nach den besonderen Umständen des einzelnen Falls zu Bestimmendes⁴. Und wie mit diesen actiones, verhält es sich noch heutzutage mit den durch sie bezeichneten Ansprüchen. Deswegen kann es nicht gebilligt werden, wenn jetzt allgemein gelehrt wird, daß der Gegensatz zwischen den strengen und den freien actiones für das heutige Recht ohne alle Bedeutung sei. Der diesem Gegensatz zu Grunde liegende Gedanke hat für uns noch dieselbe Wahrheit, welche er für die Römer hatte⁵. Was an jenem Gegensatz für das heutige

⁴ [Daß das nicht die richtige Bestimmung des Wesens der actiones bonae fidei und arbitrariae ist, lehrt die *condictio incerti*. Sie geht ebenso wie die actiones bonae fidei auf *quidquid dars facere oportet* (Gai. IV 41. 136. Venel, *Edict* § 57). Die Unbestimmtheit ist also die gleiche, das Unterscheidende nur der ausdrückliche Hinweis auf die *bona fides* die dort vorhanden ist, hier fehlt.]

⁵ So erzeugen die f. g. Formalcontracte auch heutzutage noch eine f. g. *actio stricti iuris*, die übrigen Verträge eine *actio bonae fidei*, d. h. bei den Formalcontracten ist auch heutzutage noch die Veredung der Parteien ohne Weiteres bestimmend für den Inhalt des durch sie erzeugten Anspruchs, bei den übrigen Verträgen muß erst durch Auslegung ihrer Intention der Inhalt des Anspruchs gefunden werden. Ebenso ist der Darlehnsanspruch, der Anspruch aus ungerechtfertigtem Haben, auch heutzutage noch, und aus demselben Grunde und in demselben Sinne wie bei den Römern, ein anderer Anspruch, als z. B. der Anspruch aus der Vormundschaft, der Gemeinschaft. Vgl. auch Brinz I § 83 S. 273. — Wendt § 197 [ebenso Dernburg I § 131, II sehen in der Wechselforderung des heutigen R. eine *actio stricti iuris*. Gewiß hält hier die unerläßliche Schriftform Auslegungsfragen in engen Grenzen, jedoch ohne sie ganz auszuschließen. Selbst die Abweichung des Willens des Ausstellers von dem, was die Schrift ausdrückt, ist von der Geltendmachung gegen die Wechselforderung nicht ausgeschlossen, sondern die Geltendmachung dieser Einrede ist nur beschränkt. W. O. Art. 82 (Thäl Handelsr. II § 182.) Wendt § 197 a. E. meint, daß der Wechsel völlig unabhängig von der causa ist; das ist aber dem ersten Nehmer gegenüber zweifellos nicht der Fall, und es können sich durch die Geltendmachung von Einreden in den Schranken des Art. 82 zahlreiche ex bona fide zu beurteilende Fragen auch bei der Wechselflage geltend machen, nicht zu reden davon, daß auch die Frage der Wechselkosten (nämlich ob sie angemessen verauslagt sind?) und manche andere Nebenpunkte die Handhabung des Principis der bona fides erheischen. In Bezug auf den Darlehnsanspruch (vgl. auch Dernburg a. a. O.) hat Windscheid § 371³⁻⁴ selbst gezeigt, daß Auslegungsfragen auftauchen können. Ueber die Verreicherungsfragen vgl. oben⁴. W. O. ist für das heutige R. zu behaupten, daß alle Ansprüche unter der Herrschaft des Principis der bona fides in dem Sinne stehen, daß der Richter in der Auslegung der Klage, in der Würdigung der Thatfachen und in Ergänzung der Klage die Gerechtigkeit und Billigkeit, wie sie das Leben versteht, zu berücksichtigen hat. Auch BGB. 242 sagt allgemein: der Schuldner ist

Recht ohne Bedeutung ist, ist nur seine Ausprägung im römischen Formularverfahren. Diese Ausprägung hat denn freilich auch auf den Inhalt des Gegensatzes einen Einfluß ausgeübt, welcher für uns nicht mehr maßgebend sein kann, insofern die Römer aus der engeren oder weiteren Anweisung des Jurex auch solche Consequenzen gezogen haben, welche mit der Natur der rechterzeugenden Thatsachen nicht in Verbindung stehen und sich aus derselben nicht rechtfertigen⁶. Diese Consequenzen sind allerdings aus dem heutigen Rechte auszuweisen⁷.

Die Einreden*.

§ 47.

Einem Ansprüche kann eine Einrede entgegenstehen. Das will sagen: ein Anspruch ist zwar begründet, es sind alle Thatsachen vorhanden, welche das Recht für seine Entstehung verlangt, es ist keine Thatsache vorhanden, an welche das Recht seinen Untergang anknüpft;

verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrsfitte es erfordern. Mit besonderer Rücksicht auf italienisches R. kommen Fadda-Bensa I p. 692 sg. (r) zu dem Ergebnis, daß die actiones im modernen R. regelmäßig bonae fidei, nur ausnahmsweise einzelne in gewissen Hinsichten stricti iuris sind.]

⁶ Auch die engere Anweisung gab dem Jurex die Möglichkeit, dem Wesen des zu Grunde liegenden Verhältnisses vollkommen gerecht zu werden; darauf war sie berechnet. Aber wie, wenn von außen her Umstände hinzutraten, welche mit selbständiger Kraft auf den Anspruch modificirend oder hemmend einwirkten? Auf sie Rücksicht zu nehmen, war bei den engeren Klagen gerade ebenso sehr Forderung der Billigkeit, wie bei den freien; aber dem Jurex war hier die Hand durch seine Instruction gebunden. Auch in manchen anderen Beziehungen glaubte man ihm, wegen der Fassung derselben, eine Freiheit der Bewegung nicht gestatten zu dürfen, welche man der Sache selbst für angemessen hielt, z. B. im Betreff der Verhaftung des Schuldners für Unterlassungen. Eine Zusammenstellung der Verschiedenheiten beider Klaggattungen geben Wächter Erörter. II S. 48 fg., Bangerow I § 139 Anm.

⁷ Ueber die heutige Unanwendbarkeit derselben herrscht unter den neueren Civilisten eine fast ausnahmslose Uebereinstimmung, obgleich Wächter nicht zweifellos darüber ist, ob in dieser Beziehung von einem eigentlichen Gewohnheitsre geredet werden dürfe. Wächter Erörter. II S. 112 fg., Savigny V § 224, Arndts § 100 Anm., Bangerow I S. 209.

* Kieruff S. 175—188, Savigny V § 225—229, Wächter I § 102. Württemb. Privatr. II § 69. 70, Sintenis I § 32, Unger II § 124—126. Windscheid die Actio r. S. 225—227. Keller r. Civ.-Pr. § 34—37, Rudorff r. R. Gsch. § 31—33, Bethmann-Hollweg r. Civ.-Pr. II § 99. [Fadda-Bensa I p. 696 sg. (s.)].

aber ein ihm entgegenstehender Umstand bewirkt, daß der Verpflichtete ihn abweisen, sich seiner Durchführung widersetzen kann; durch diesen Umstand ist der Anspruch gehemmt¹.

§ 47. ¹ Im r. R. tritt, wie der Anspruch selbst in der Form der actio, so diese Hemmung des Anspruchs in der Form einer Hemmung der actio auf. Die Bezeichnung dafür ist exceptio, eigentlich und ursprünglich: Ausnahme von dem dem Jurex erteilten Condemnationsbefehle, Gai. IV. 115—119; pr. I. 4, 13, l. 2. 22. pr. D. 44, 1. Nothwendig war die Einrückung einer solchen Ausnahme in die Formel eben dann, wenn der Beklagte in seiner Verteidigung nicht dabei stehen blieb, zu bestreiten, daß der Anspruch an und für sich begründet sei; zu untersuchen, ob der Anspruch an und für sich begründet sei, darauf wies den Jurex bereits die intentio an. Wann und wie lange man sagen müsse, daß ein Anspruch an und für sich begründet sei, wo das Gebiet der indirecten Unwirksamkeit beginne, ist eine Frage, deren Beantwortung von den besonderen Bestimmungen des positiven R. abhängt, und welche das eine positive R. leicht anders beantworten wird, als das andere (man denke z. B. an den Einfluß des Zwangs auf die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte). So ist die Grenze zwischen Nichtexistenz des Anspruchs und Gehemtheit durch Einrede keine nothwendige; der Gegensatz selbst ist von der Art, daß er sich in jedem nur einigermaßen entwickelten R. wiederfinden wird. Und zwar hat dieser Gegensatz nicht bloß theoretische, sondern auch praktische Bedeutung. In processualischer Beziehung: auf den nicht existirenden Anspruch darf der Richter nicht verurtheilen, auf die Einrede darf er nur Rücksicht nehmen, wenn der Beklagte sich auf dieselbe berufen hat; in materieller Beziehung: der nicht existirende Anspruch muß, um vorhanden zu sein, erst erzeugt werden, während derjenige, dem nur eine Einrede entgegensteht, durch Wegfall der Einrede volle Kraft gewinnen kann, ohne daß eine Wiederholung der Thatfachen, durch welche er erzeugt wird, erforderlich wäre. Büchel civilr. Erörterungen II. 1 §. 4 fg., Savigny V §. 157. 158. 166—169. 179 fg., Wächter Württemb. Privatr. II §. 508—511, Reinhold 3 §. f. CN. u. Pr. R. F. XIII §. 193—195. 199—201 (1856), Ranagerow I § 126 Anm., Arndts § 101¹ (aber auch krit. Ueberschau IV §. 238), Unger II §. 474 fg., Bethmann-Hollweg r. Civ.-Pr. II §. 388 fg., Wach Vorträge über die RCPD. §. 59, Dernburg I § 137. Von der anderen Seite ist es ebenso wahr, daß nicht überall ein innerer Grund ersichtlich ist, weshalb das r. R. einen bestimmten Umstand als exceptio behandelt oder aber ihm die Kraft zuschreibt, den Anspruch zu einem an und für sich unbegründeten zu machen, und daß dabei namentlich der Gegensatz zwischen dem Civil- und dem prätorischen R. eine bedeutende Rolle gespielt hat. Zu weit aber ist es gegangen, wenn man auf diesen Gegensatz den Begriff der exceptio hat stellen wollen, wie das mehr oder weniger durchgreifend versucht haben: Albrecht die Exceptionen des gem. teutschen Civilprocesses (München 1835, namentl. § 9. 19), Krüger processualische Consumtion § 5 und 3 §. f. RG. VII §. 219 fg., Eisele die materielle Grundlage der exceptio (Berlin 1871), welchem Letzteren zustimmen: mit einer anderen Wendung E. Zimmermann in seinen „kritischen Bemerkungen“ zu der gedachten Schrift (Gießen 1872), mit einer Beschränkung Brinz fr. B3 §. XIV §. 206 fg. (f. aber was die Beschränkung angeht auch Pand. I § 107), — ferner Schloßmann zur Lehre vom Zwange (Leipzig 1874) §. 23 fg., Venel über Ursprung und Wirkung der Exceptionen (Heidelberg 1876), sodann Thon Anorn und subjectives R. §. 261 fg., Sohm Institutionen § 40, II. Davider Bekker

Aktionen II §. 278 fg., Virkmeyer die Exceptionen in bonae fidei iudicium (Erlangen 1874), (über und gegen diese Schrift Eisele fr. PZS. XVI §. 501 fg., Penel a. a. D. S. 63 fg.), Wach in der 5. u. 6. Aufl. von Keller's r. Civilproc. § 34⁷²³ und Grundriß des Civilproc. S. 87—94, Karlowa Rgeschäfts S. 132 fg., Schwalbach Jahrb. f. Dogm. XIX §. 25 fg. [Wendt § 96 S. 264 fg. — v. Roschambahr-Vyslowski, die Theorie der Exceptionen nach klassischem römischem R. I. Bd. 1. H. (1893) will ebenfalls die exceptio nicht aus dem Gegensatz des civilen und des prätorischen R., sondern aus dem des objektiven R. als solchen und des objektiven R. in seiner Anwendung erklären: „die exceptio ist das aktionsmäßige (d. h. bei der Anwendung des R. in die Erscheinung tretende) Mittel, durch welches das objektive R. in seiner Anwendung abgeändert wird. (S. 71.) Trotz manches Beachtenswerthen, was die Schrift enthält, ist sie unklar und ihr Ergebnis nicht annehmbar. Es gibt bei den Römern manches, was R. hieß ohne angewandt zu werden, also in Wahrheit kein R. war. Hierauf aber hat es v. R. grundsätzlich nicht abgesehen; sondern das objektive R. als solches ist bei ihm das R. außerhalb des Processes, das R. in der Anwendung das R. im Proceß. Gegen v. R. vgl. H. Krüger Grünh. ZS. XXII §. 726 fg.] Die Konsequenz der erwähnten Ansicht [von der prätorischen Natur aller Exceptionen] ist, daß die römische exceptio für das heutige R. keine Bedeutung mehr habe, und diese Konsequenz hat Albrecht rein gezogen, ebenso Prinz, während Krüger, Eisele und Zimmermann die innere Berechtigung des Begriffs einer indirecten Abchwächung des Anspruchs (des Klager.) nicht leugnen (Krüger ZS. S. 219. 222, Eisele S. 123 fg., Zimmermann S. 29 fg.), und Thon a. a. D. anerkennt, daß in den „verfolgenden“ Einreden (z. B. Einrede des nicht erfüllten Vertrags, Compensationseinrede) eine Verneinung des klägerischen Anspruchs nicht enthalten sei. Thon Jahrb. für Dogm. XXVIII §. 37 fg. S. auch Schwalbach a. a. D. S. 37 fg. 50. Von einer anderen Seite her (in einseitig processualischer Betrachtung) befreitet die Bedeutung des Begriffs der exceptio für das heutige R. v. Bölderndorff ZS. f. CR. u. Pr., N. F. XI §. 290 fg. (1854). Auch Bekker Aktionen II §. 275 fg. ist der Ansicht, daß die exceptio für das r. R. Bedeutung gehabt habe lediglich durch ihre besondere processualische Behandlung, und leugnet aus diesem Grunde ihre Unterschiedenheit von den heutigen Einreden (s. unten). — Neuere Bestreitungen der Bedeutung des Begriffs der exceptio für das heutige R.: 1) S. Schulze Privatr. und Proceß in ihrer Wechselwirkung I S. 340. 375 fg. (1883): die römische exceptio gehört dem System der „prätorischen Privatrbezeugung“ an und ist mit diesem weggefallen. 2) Wildhagen (§ 43³) S. 43 fg.: der Anspruch, dem eine ipso iure wirkende Thatsache entgegensteht, ist in gleichem Sinne ein existirender Anspruch, wie der f. g. gehemmte Anspruch (vgl. § 44⁵ a. E.). 3) Leonhard Irrthum S. 301 fg. (1883) will als exceptiones für das heutige R. nur diejenigen Einreden anerkennen, welche auf einer Wohlthat beruhen oder dem Beklagten ein materielles oder ethisches Opfer zu-muthen. — Für die heutige Anwendbarkeit des Begriffs der exceptio haben sich ferner ausgesprochen: Huschke Darlehn S. 173², Langfeld Lehre vom Retentionsr. S. 150 fg., Wendt § 96, Mittels Jahrb. f. Dogm. XXVIII §. 93 fg., 133 fg., — Bekker Pand. I § 28. II § 108 stellt jetzt eine besondere Kategorie „negative Re“ auf (Re „deren Wirkung sich darauf beschränkt, die Wirkungen anderer Re zu brechen“), welche Kategorie sich aber mit der der exceptio nicht deckt. [Dernburg I § 137² erkennt die negativen Re Bekkers an und sieht in den Exceptionen theils positive, theils negative Gegenre zur Abwehr eines Klager. So auch

Gierke I § 37 S. 327. — Regelsberger I § 192, IV betont, daß die römische *exceptio* nur in einem beschränkten Kreis von Fällen auf einem materiellen Anfechtungs- oder Hemmungsr. beruhte (z. B. *exc. doli specialis, motus, redhibitionis, doli generalis* auf Grund von Gegenforderung oder Retentionsr.). Für diese Gruppe das Wort *exceptio* festzuhalten, hält Regelsberger für unzumuthig, weil es die Gefahr nahe lege, daß dasjenige, was von ihr gelte, auf alles bezogen werde, was in Rom im Gewande der *exceptio* auftrat. Gegen Beller: Hölder § 65 S. 364.] [[Gegen die heutige Anwendbarkeit des Begriffes der *exceptio* derselbe S. 361. 363 fg.]] [Auch nichts der *exceptio*

- ✓ Ähnliches erkennt H. für das heutige R. an. So auch Fischer in Beller u. Fischer Beitr. z. Erläuter. u. Beurtheil. d. C. PGG. S. 6 (1889) § 9, zugleich den Einredebegriff des Entwurfs bekämpfend. Ebenfalls gegen den materiellen
- ✓ Werth des Exceptionsbegriffes: Heymann das Vorkäufen der Verjährung. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von *Exceptio* und Einrede 1895. S. 36 fg. 142 fg.: es gibt keinen materiellen, allen Exceptionen gemeinsamen und nur ihnen eigenthümlichen Charakter; es gibt aber gewisse Verteidigungsmittel, die im heutigen gemeinen R. nur auf Grund einer besonderen im Proceß abzugebenden Willenserklärung berücksichtigt werden dürfen und außergerichtlich vertragsmäßig verzichtbar sind. Sie bedecken sich im Thatbestand zum großen Theil mit römischen *exceptiones*. Das Erforderniß der Geltendmachung (im obigen Sinne) ist aber gemeinsame Eigenthümlichkeit der römischen *exceptiones* nicht gewesen (S. 35 fg.); vielmehr hat sich wahrscheinlich im germanischen Proceß der Satz ausgebildet, daß alle selbständigen Einwendungen nur berücksichtigt werden, wenn der Beklagte sie ausdrücklich geltend macht (S. 74 fg.). Dies ist von der mittelalterlich-italienischen Doctrin auf den von ihr unverständenen bezw. mißverständenen römischen Exceptionsbegriff übertragen (S. 83 fg. 143). Im heutigen R. muß die Natur jedes einzelnen Verteidigungsmittels darüber entscheiden, ob dasselbe an jenen Eigenthümlichkeiten Theil nimmt (S. 144). Vgl. über Heymanns Schrift: J. Pfaff tr. RZS. XXXVIII S. 374 fg., Ripp ZS. f. R. XLV S. 608 fg. — Es ist entschieden zu behaupten, daß der Begriff der römischen *exceptio* ein ausschließlich formeller ist, Ausnahmeklausel zum Condemnationsbefehl in der Formel. Daß etwas diese Form annahm, dazu konnten sehr verschiedene Gründe führen: prätorische Anerkennung des Einwandes ohne Anhalt im *ius civile*, oder in Befolgung des Gebotens einer *lex* (*exc. legis Plaetoriae*) oder in Befolgung einer dem Prätor vom Senat erteilten Dienstinstruction (*exc. Senatus consulti Macedoniani, Velleiani*, vgl. Ripp Quellenkunde S. 26 fg.); die „Kogit der Formel“ (Wassaf Proceßgesetz II S. 356), d. h. der Umstand, daß es oft nur unter Zuhilfenahme eines besonderen Bedingungsatzes möglich ist, die Formel den Absichten des Prätors gemäß zu gestalten. Hierauf beruht z. B. die *exceptio iusti dominii* bei der *actio Publiciana*. Der Prätor will insoweit vor dem *ius civile* zurückweichen, muß dieß aber sagen, weil sonst der Richter durch die Formelfassung gebunden wäre, auch gegen den Eigenthümer zu erkennen. Völlig durchschlagend für die rein formelle Natur der *exceptio* ist es, daß unter Umständen der Klagegrund selbst in Exceptionsform erscheinen kann. Bei den Klagen des *bonorum possessor* ist doch zweifellos die Thatsache, daß er *b. p. assessor* ist, ein Hauptstück des Klagegrundes. Und dennoch! Wird diese Thatsache bestritten, so wird sie mittels *exceptio bonorum possessionis non datao* formulirt. (Fenel Edict S. 143, Sav. ZS. X S. 75 fg. 1. 20 D. XLIV, 1.). Ebenso steht in *lex Rubr. c. 20* der eigentliche Klagegrund hinter der *Intentio* in Exceptionsform. Ganz unabhängig von dieser Verwerfung der materiellen Bedeutung der *exceptio* ist die

Frage, ob es im heutigen R. Einwendungen des Beklagten gibt, welche in Bezug auf ihre Geltendmachung wegen ihrer innern Natur eine von den übrigen Einreden gesonderte Stellung einnehmen. Diese Frage ist zu bejahen. Es gibt Einwendungen, die vom Richter nur zu berücksichtigen sind, wenn der Beklagte dieß als sein Verlangen zu erkennen gibt. Welche dahin gehören, kann (mit Heymann) nur aus der Natur der einzelnen Einwendung entschieden werden, wobei freilich viele Zweifel möglich sind. Principiell dürfte mit Leonhard a. a. D. S. 311 zu sagen sein: es sind die Einreden, von denen es nicht selbstverständlich ist, daß der Beklagte sie berücksichtigt zu sehen wünscht, sobald er überhaupt dem Klagantrag widerspricht. (Dieß, nicht die beiden oben angeführten, ist der oberste Satz U.'s). Es ist aber auch U. darin beizutreten, daß die Frage, ob jenes selbstverständlich ist, nicht von der dogmatischen Construction der Einrede, sondern davon abhängt, welche praktische Bedeutung ihre Geltendmachung für den Beklagten hat. Nicht selbstverständlich ist, daß der Beklagte zu seinen Gunsten Einreden berücksichtigt zu sehen wünscht, deren Geltendmachung nicht für anständig oder nur unter rechtfertigenden Umständen für anständig gilt. (U.'s. ethisches Opfer.) Hierher gehört namentlich die Verjährungseinrede. (Heymann S. 146 fg.) Ebenso steht es mit Einreden, durch deren Geltendmachung ein R. des Beklagten verbraucht wird (Compensationseinrede), oder die den Beklagten sonst um Ne bringen oder mit Verpflichtungen belasten, wie die exceptio redhibitoria, die Einrede des Betruges, des Zwanges bei einem Geschäft, das dem Beklagten auch seinerseits Ne gewährte; denn die Anfechtung des Geschäfts beraubt hier den Beklagten dieser Ne und kann ihn mit Rückleistungspflichten belasten. (U.'s. materielles Opfer.) Zweifelhaft kann sein, ob auch bei einem den Beklagten nur belastenden Geschäft die Einrede des Betruges oder des Zwanges ebenso zu behandeln ist. Dafür läßt sich sagen, daß es dem Beklagten überlassen werden muß, zu befinden, ob er als ein solcher dastehen will, der dem Betrage oder dem Zwange erlegen ist. Ferner bedarf es dann, wenn der tatsächliche Proceßstoff mehrere Einreden rechtfertigt, die in ihrer Geltendmachung einander ausschließen, immer der Erklärung des Beklagten darüber, welche er geltend machen will, ob z. B. exceptio redhibitoria oder quanti minoris. Wenn der Kläger aus einem gegenseitigen Vertrage klagt, und die ihm obliegende Gegenleistung fehlt oder mangelhaft ist, so können die daraus zu ziehenden Folgerungen überhaupt sehr verschiedene sein. Der Beklagte kann die Nachleistung ablehnen oder noch annehmen, die Verbesserung des Mangels zulassen oder ablehnen wollen, mit einer Schadensersatzforderung compensiren oder aus dem selbständigen Grunde des nicht oder mangelhaft erfüllten Vertrages die eigene Leistung ablehnen wollen. Auch kann mit der Einrede des mangelhaft erfüllten Vertrages die exceptio redhibitoria und die exceptio quanti minoris concurriren. (Vgl. hiezu André die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (1890) bes. § 7. Diese Sachlage ist es m. E., welche zu der Annahme zwingt, daß der Beklagte erklären muß, welche Folge er aus dem Fehlen oder der Mangelhaftigkeit der Gegenleistung gezogen wissen will. Dagegen kann nicht anerkannt werden, daß es der besonderen Geltendmachung der Einrede in jedem Falle bedarf, wo sie sich auf ein Gegenr. des Beklagten stützt. Wenn z. B. der Kläger die rei vindicatio anstellt, der Beklagte aber Nießbraucher ist, oder vom Kläger gemiethet hat, so sind das zweifellos Gegenre, welche die Durchführung der rei vindicatio hindern. Hat aber in solchem Falle der Beklagte nicht den Klaganspruch anerkannt, so ist die Einrede des Nießbr. oder des Nießbrauchs auch ohne besondere Vorführung zu berücksichtigen, sobald nur ihre tatsächliche Unterlage

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

vorgetragen ist, gleichviel, ob vom Beklagten oder vom Kläger; denn von Einreden dieser Art kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Beklagte sie berücksichtigen zu sehen wünscht. Der Unterschied der Einreden, hinsichtlich deren es der dahingehenden Erklärung des Beklagten bedarf, wenn sie der Richter berücksichtigen soll, und derjenigen, bei denen diese Erklärung nicht nothwendig ist, zeigt sich im Veräumnisverfahren gegen den Beklagten darin, daß die letzteren, nicht aber die ersteren zur Abweisung der Klage führen müssen, wenn ihr tatsächlicher Grund sich aus dem Vortrage des Klägers ergibt. — Unabhängig von der zuvor behandelten Frage ist wiederum die, ob und in welcher Weise Einreden beseitigt werden können. Auch hierfür ist es gleichgültig, ob die Einrede eine *exceptio* im römischen Sinne ist oder nicht. Es gibt Einreden, deren Inhalt auf eine besondere Möglichkeit der Beseitigung hinweist (*dilatorische*) und solche, bei denen dieß nicht der Fall ist (*peremptorische*) (vgl. ¹). Auch die letzteren können jedoch beseitigt werden. Eine Einrede, die nichts ist als Geltendmachung eines dem des Klägers entgegenstehenden R., z. B. Gegenforderung, *ius in re aliena* gegen Eigenthum, fällt mit diesem Re selbst fort. Derartige ist bei andern Einreden nicht denkbar; es gibt aber für alle Einreden Untergangsgründe, und es können auch die Einreden, welche nur entgegenstehende Re geltend machen, unter Umständen untergehen, während das R., welches sie geltend machen, bestehen bleibt; man kann z. B. auf das *Compensationsr.* unter Wahrung der Gegenforderung selbst verzichten. Der Satz, daß ein *ipso iure* vernichteter Anspruch nur durch Wiederholung der Begründungsthatfachen ins Leben gerufen werden könne, während ein Anspruch, dem eine *exceptio* entgegensteht, von dieser befreit werden könne, hat eine andere Grundlage als den unrichtigen Begriff von der römischen *exceptio* überhaupt nicht. Es konnte gegen eine *Acceptilation* z. B. in *integrum restitutio* erbeten werden; jene hatte die Forderung *ipso iure* getilgt, und nun lebte sie wieder auf, ohne Wiederholung des Begründungsthatbestandes, vielmehr durch *Cassation* der Vernichtung. Wenn im r. R. ein gleichartiges Ergebnis durch vertragsmäßige Aufhebung der *Acceptilation* nicht herbeigeführt werden konnte, so lag dieß nur an den Formalitäten der *Ageschäfte*. Im heutigen R. steht in E. nicht das geringste im Wege, daß, wenn eine Schuld durch Zahlung getilgt ist, auf die Einrede der Zahlung verzichtet wird, oder daß nachträglich verabredet wird, die Zahlung solle lieber auf eine andere Schuld verrechnet werden, oder daß der Gläubiger auf nachträglich erhobene Bedenken das Geld wieder herauszahlt unter Vorbehalt demnächstiger Geltendmachung seiner Forderung. In allen diesen Fällen aber ist der alte Anspruch einfach von der Einrede der Zahlung befreit. (Ob ein solcher Vorgang auch die Haftung von Bürgen und Pfändern wieder belebt, ist eine Frage für sich, die aber nicht anders behandelt werden kann als bei dem Verzicht des Schuldners auf eine im r. R. *ope exceptionis* wirkende Einrede.)]

² Beispiele. Mißbrauch gegenüber dem Eigenthumsanspruche, Gegenforderung gegenüber dem Forderungsanspruche — Einrede des Betrugs, *exceptio rei venditae et traditae*. Unhaltbar ist die durch Savigny zu einer weit verbreiteten Anerkennung gelangte Ansicht, daß das Wesen der *exceptio* in der Geltendmachung eines der Klage entgegenstehenden selbständigen R. bestehe, wenigstens wenn man unter diesem „selbständigen Re“ etwas Anderes verstehen will, als eben die Befugniß, die Zurückweisung des klägerischen Anspruchs zu verlangen.

eine vorübergehende³, eine vollständige oder eine theilweise sein⁴. Sie kann persönlicher oder unpersönlicher (sachlicher) Natur sein, d. h. eine bestimmte Person des in dem Ansprüche Berechtigten⁵, oder Verpflichteten⁶, voraussetzen oder nicht voraussetzen⁷.

Vgl. gegen diese Ansicht z. B. l. 1 § 6 D. 43, 13, l. 3 § 1 i. f. D. 4, 9, und von Schriftstellern Bekker proc. Consumption §. 93—96. Aktionen II §. 275 fg., Weßell Civilproc. § 17¹⁸, Windscheid die Actio r. §. 226. 227, Brinz I §. 370, Krüger proc. Consumption §. 24 und 3 §. f. RGeßch. VII §. 219 fg., Birkmeyer a. a. D. §. 33 fg. §. auf der anderen Seite aus der neueren Zeit: Arndts § 101², Bethmann-Hollweg röm. Civ.-Pr. II §. 390 fg., Bekker (1. a. §.).

³ *Exceptiones perpetuae, peremptoriae — temporales, dilatoriae*. Gai. IV. 120—125, § 8—11 I. 4, 13, l. 2 § 4 l. 3 D. 44, 1. Vgl. Schwalbach (1) §. 30 fg. [Dilatorische Einreden sind nicht immer vorübergehende in dem Sinne, daß sie von selbst mit der Zeit verschwinden; sondern es gehören dahin auch diejenigen, die auf eine durch ihren Inhalt vorausbestimmte Weise beseitigt werden können, *evitari possunt* (Gai IV. 124); *peremptorisch* sind diejenigen, deren Inhalt auf eine Möglichkeit der Beseitigung nicht hinweist (*perpetuo valent nec evitari possunt* Gai IV. 121). Auch diese sind aber der Beseitigung durch selbständige Thatfachen ausgesetzt. (Vgl. 1. a. §.)]

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

⁵ L. 4 § 33 D. 44, 4. „*Metus causa (exceptio) . . distat aliquid doli exceptione, quod exceptio doli personam complectitur eius, qui dolo fecit; enimvero metus causa exceptio in rem scripta est 'si in ea re nihil metus causa factum est', ut non inspicimus, an is qui agit metus causa fecit aliquid, sed an omnino metus causa factum est in hac re a quocunque, non tantum ab eo qui agit*“. Vgl. l. 2 § 1, l. 4 § 28 eod., l. 57 § 1 D. 2, 14.

⁶ L. 2 § 2 D. 44, 4. „*Plane ex persona eius, qui exceptionem obicit, in rem opponitur (doli) exceptio: neque enim quaeritur, adversus quem commissus sit dolus, sed an in ea re dolo malo factum sit a parte actoris*“. L. 7 D. 44, 1, l. 57 § 1 D. 2, 14. L. 17 § 5 eod. — Zu dieser und der vorhergehenden Note: Einreden, welche auf den Sondernachfolger in das dingliche R. übergehen oder nicht übergehen. Vgl. § 78⁶, § 112⁷, § 132⁸, § 172⁷, § 197⁶⁻⁷, § 233¹⁵, II § 337⁹, § 449¹⁴, § 412a⁹, § 413¹⁷, § 415 a. §., § 418 hinter ⁹. Burdhard *Actio aquae pluviae arcendae* §. 339 fg.

⁷ Ohne alle Bedeutung für das heutige Recht ist die Eintheilung der *exceptiones* in solche, welche auf dem Civil- und solche, welche auf dem prätorischen Re beruhen (Gai. IV. 118, § 7 I. 4, 13), ferner die Begriffe der *exceptio utilis* (l. 21 D. 19, 5) und der *exceptio in factum* (ausführlich specificirte, nicht mit einem kurzen Namen bezeichnete *exceptio*, l. 2 § 5. l. 4 § 16. 32 D. 44, 4). Unpraktisch ist ferner der Begriff der f. g. *exceptio doli generalis* oder *praesentis* ('*si in ea re nihil dolo malo A¹ A¹ fiat*'). Diese *exceptio doli* war für die Römer nichts als ein Mittel, dem Jüder die Berücksichtigung einer jeden Einrede möglich zu machen, auch ohne daß sie in der Formel speciell

Von der Einrede in dem hier erörterten Sinne des Wortes ist zu unterscheiden die Einrede im processualischen Sinne des Wortes. Die Einrede im processualischen Sinne des Wortes bezieht sich auf die vom Kläger aufgestellten tatsächlichen Behauptungen und besteht darin, daß der Beklagte diesen Behauptungen seinerseits eine Behauptung entgegenstellt. Die Einrede im materiellen Sinne des Wortes muß auch im Prozesse nothwendigerweise als Einrede auftreten; aber nicht jede Einrede, welche es im Sinne des Processes ist, ist zugleich eine Einrede im materiellen Sinne des Wortes, denn die von dem Beklagten aufgestellte Behauptung kann auch von der Art sein, daß sie mit dem behaupteten Entstehen oder Fortbestehen des klägerischen Anspruchs an und für sich unverträglich ist⁸.

[Das BGB. hat den Begriff Einrede im materiellen Sinne aufrechterhalten. R. I 359 f. berufen sich dafür auf die beiden von Windscheid ob. Note 1 angeführten Gründe. Der allgemeine Ausdruck des BGB. für die Einrede im genannt war, denn: „dolo facit, quicumque id quod quaqua exceptione elidi potest petit“ (I. 2 § 5 D. 44, 4). Vgl. aber auch Hänel ACPr. XII S. 429 fg. (1829). Für die richtige Auffassung Römer ZS. f. HR. XX S. 48 fg. — Pernice Pabeo II S. 112 fg. (1878). [Hugo Krüger Beiträge zur Lehre von der exceptio doli I. §.: das Verhältniß der exceptio doli (generalis) zur exceptio rei venditae et traditae und zur exceptio pacti (1892).] Vgl. Sf. V. 2, VI. 290, IX. 32. [XXXI. 99, XXXIV. 132, 236, XXXVI. 189 (RG.), L. 156 RG., XIII S. 32, XVIII S. 238, XX S. 93 (Replif), XXI S. 243, XXII S. 77, 209 (Replif). 217 fg., XXVI S. 252, XXVII S. 190, XXVIII S. 192 fg., XXX S. 2, XXXI S. 107 fg., XXXII S. 141 (Replif), XXXIII S. 58 fg., XXXV S. 139 fg., XXXVI S. 55 fg. In der Praxis ist exceptio doli häufig nichts als der Ausdruck für die Geltendmachung des Principis der bona fides von Seiten des Beklagten, was dem römischen Grundgedanken der exceptio ganz entspricht.]

⁸ Es ist eine Einrede im processualischen Sinne des Wortes, wenn der Beklagte sich darauf beruft, daß das von dem Kläger angerufene Rechtsgeschäft von einem Wahnsinnigen abgeschlossen worden sei, oder darauf, daß er das empfangene Darlehn bereits zurückgezahlt habe; aber weder in dem einen noch in dem anderen Falle liegt eine Einrede im materiellen Sinne des Wortes vor. — Was die Bezeichnung angeht, so beschränkt das r. R. den Ausdruck exceptio auf die Einrede im materiellen Sinne des Wortes, obgleich der formula in factum concepta gegenüber auch die Einrede im processualischen Sinne des Wortes als exceptio auftreten konnte (vgl. Lhon ZS. f. RGsch. II S. 239 fg., Fhering Geist d. r. R. III S. 58, aber auch Vetter Aktionen II S. 136 fg.). — Savigny (V S. 180) hat vorgeschlagen, diesen römischen Sprachgebrauch beizubehalten, und danach zwischen Exceptionen und Einreden zu unterscheiden. Es steht dem Ausdruck Exception nichts entgegen, als daß er undeutsch ist; aber dieß ist in meinen Augen auch genug. Ich sehe in der Verwendung des deutschen Ausdrucks Einrede auch für die römische exceptio keinen Uebelstand. In sehr vielen Fällen wird der Zusammenhang jedes Mißverständniß ausschließen; wo man glaubt, Ursache zu haben, sich gegen Mißverständniß besonders zu

processualen Sinne, also diejenige im materiellen Sinne einschließend, ist Einwendung (vgl. 334. 404. 417. 774. 784. 792. 796). Die Einrede ist eine Einwendung, welche einem bestehenden Anspruch entgegensteht (390), dem Verpflichteten gegen den Anspruch zusteht (768. 1137. 1138), durch welche die Geltendmachung des Anspruchs ausgeschlossen wird (813. 886. 1169. 1254). Des näheren ist der Gedanke des Gesetzes der, daß kraft der Einrede der Verpflichtete das Recht hat, die ihm kraft des Anspruchs obliegende Leistung zu verweigern. So, freilich in verschiedenen Wendungen (kann verweigern, ist dazu berechtigt, hat das Recht, die Befugniß dazu) bei der Einrede des Zurückbehaltungsrechts (202. 373. 1000. 2022, vgl. auch 255), des nicht erfüllten Vertrages (202. 320 fg.), der mangelnden Sicherheitsleistung (202. 321. 811), der Vorausklage (202. 771), bei den Einreden des Bürgen gemäß § 770 (vgl. 202), des Erben gemäß §§ 2014. 2015 (vgl. 202). Dementsprechend ist anzunehmen, daß auch in den zahlreichen anderen Fällen, in denen das Gesetz dem Verpflichteten das Recht beilegt, die Leistung ganz oder zum Theil, dauernd oder vorübergehend zu verweigern, im Sinne des Gesetzes eine Einrede vorliegt, auch wo dieses Wort nicht nachweisbar ist (222. 478. 490 Abf. 3. 519. 526. 633. 660 Abf. 2. 821. 853. 986. 1973. 1990. 2059. 2145. 2318. 2323. 2328). Das Gleiche gilt bei dem Kürzen-können der §§ 2188. 2322; vielleicht auch bei der Berechtigung, die Daraufgabe zu behalten nach § 338. Das Recht, einen Anspruch durch Anfechtungserklärung zu beseitigen, ebenso wie das Recht zur Aufrechnung sind im Sinne des PGR. von den Einreden zu sondern. Der Anfechtungs- oder Aufrechnungsberichtigte ist nicht berechtigt, die Leistung zu verweigern, weil er anfechten oder aufrechnen kann, sondern er ist berechtigt, durch seine einseitige Erklärung den Anspruch mit rückwirkender Kraft zu vernichten und hat damit deswegen nichts zu leisten, weil ein Anspruch nicht besteht. (142. 143. 388. 389.) Daß die Anfechtungs-

schützen, mag man sich durch einen Zusatz: im processualischen Sinne, processualische Einrede — im Sinne des materiellen R., im materiellen Sinne, im engeren Sinne, helfen. Man könnte daran denken, den deutschen Ausdruck Einwand, welcher jedenfalls von der Sprache noch nicht in Besitz genommen ist, zur Bezeichnung der römischen exceptio zu verwerthen. Aber dem widerspricht der Geist der deutschen Sprache, welche diesen Ausdruck ganz allgemein für jede Entgegnung gebraucht. Vgl. auch Wächter Württemb. Privat. II § 69¹⁹, Reinhold J. S. f. CR. u. Pr. R. F. XIII S. 204, Unger II § 124¹². — Nicht zu verwechseln mit den Einreden im processualischen Sinne sind die s. g. Proceßeinreden, besser proceßverzögerlichen Einreden, diejenigen Einreden, mit welchen der Beklagte einen processualischen Mangel in dem Vorbringen des Klägers geltend macht, zu dem Ende, um sich der Pflicht der Klagebeantwortung zu entziehen. Vgl. hierüber: Bülow die Lehre von den Proceßeinreden und den Proceßvoraussetzungen (1868), welcher Schriftsteller nicht von Proceßeinreden, sondern von Proceßvoraussetzungen geredet wissen will (seither zur allgemeinen Anerkennung gelangt), und über diese Schrift: Pland fr. PZS. XI S. 163 fg., v. Bar ACPr. LII S. 431 fg., Wegell Civilproc. S. 136 fg. [Vgl. Seuffert CPD. § 247 und die dort. Anm. 1 Citirten. Ueber die processuale Seite der Einredenlehre überhaupt: Wach, Vorträge S. 59 fg. Handbuch d. CPr. I S. 124, Pland Lehrb. d. Civilpr. II § 88 S. 46 fg. § 89. 90.]

oder Aufrechnungserklärung vom Beklagten im Prozesse, im Wege der Einrede im processualen Sinne abgegeben werden kann, ist damit natürlich vereinbar. Daß das Anfechtungs- oder Aufrechnungsrecht des Hauptschuldners, oder bei der Hypothek das des persönlichen Schuldners, so lange es besteht, dem Bürgen und dem Eigenthümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks (welche die Anfechtung oder Aufrechnung selbst nicht vollziehen können) eine Einrede gewährt (770. 1137), beweist nicht, daß das Anfechtungsrecht und das Aufrechnungsrecht selbst Einreden sind; vielmehr wird das Gegentheil durch die Vergleichung von § 770 mit 768 und die Fassung des § 1137 bestätigt; denn es geht daraus deutlich hervor, daß jene Einreden des Bürgen und des Eigenthümers etwas anderes sind als Geltendmachung einer Einrede des Hauptschuldners. Das Gesetz unterscheidet Einreden, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs (Rechts) dauernd ausgeschlossen wird (813. 886. 1169. 1254), also die peremptorischen Einreden im alten Sinne, und aufschiebende Einreden (Rubrik vor 2014), d. h. solche, kraft deren der Verpflichtete vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist (202). Vorübergehend ist aber diese Berechtigung, wie bei der dilatorischen Einrede des bisherigen Rechts, nicht nur, wenn sie, wie bei der Stundung (202), durch Zeitablauf erlischt, sondern auch dann, wenn sie ihrem Inhalt zu Folge von dem Gegner beseitigt werden kann, wie die Einrede des Zurückbehaltungsrechts, der Borauklage, der mangelnden Sicherheitsleistung, welche § 202 Abs. 2 eben dadurch dem Begriff der vorübergehenden Einrede unterstellt, daß er sie der Vorschrift des Abs. 1 das. entzieht; ebenso manche andere (z. B. 526. 660 Abs. 2). Andererseits ist wie bisher die dauernde Einrede keine solche, welche überhaupt nicht beseitigt werden könnte, sondern nur eine solche, deren Inhalt nicht auf die Möglichkeit der Beseitigung hinweist. J. B. kann auf die Einrede, da sie als Recht des Verpflichteten erscheint, die Leistung zu verweigern, zweifellos verzichtet werden (vorbehaltlich besonderer Ausnahmen); das Recht zum Besitze, welches eine Einrede gegen die Klage des Eigenthümers auf Herausgabe gewährt (986), kann erlöschen, aber dieses erscheint dem Inhalt der Einrede gegenüber als etwas Zufälliges. Es fragt sich nun, ob die praktischen Bedeutungen, welche nach den Motiven (I S. 36¹) der Einredsbegriff haben soll, sich in dem Gesetzbuch selbst bewahrheiten. Die erste dieser angeblichen Bedeutungen, daß nämlich der Beklagte, wenn die Einrede berücksichtigt werden soll, sie anrufen, d. h. es als seinen Willen zu erkennen geben muß, den Schutz der Einrede zu genießen, kann man in dem Gesetz dadurch hinlänglich ausgedrückt finden, daß die Einrede ein Recht des Beklagten ist, die Leistung zu verweigern. Gezwungen ist man aber m. E. zu dieser Annahme durch jene Fassung des Gesetzes nicht, wie schon Fischer, Beitr. z. Erläuter. d. C. P. G. B. S. 6 S. 109 bestritten hat, daß jener Satz der Motive Gesetz werden würde, und es wird wohl jeder die eine oder die andere Ansicht wesentlich nach demjenigen verfechten, was er schon nach bisherigem Rechte von der Einrede hielt. Der praktische Sieg ist der Ansicht zu wünschen, daß auch unter der Herrschaft des P. G. B. es einer besonderen Verweisung auf die Einrede nur dann bedarf, wenn es nicht selbstverständlich ist, daß Jedermann von der fraglichen Einrede Gebrauch zu machen wünscht. (Vgl. 1.) Und es läßt sich auch leicht zeigen, daß man mit der Annahme, daß jede Einrede im Sinne des P. G. B. der besonderen Vorschützung bedarf, zu sonderbaren Ergebnissen

kommen würde. Ist bei einem Schulverhältniß ein Leistungstermin gesetzt, so kann der Gläubiger die Leistung vorher nicht verlangen (271 Abs. 2). Ist dagegen die Leistung gestundet, so ist der Schuldner vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt (202). Sollen diese Sätze nebeneinander einen Sinn haben, so muß der erste auf anfängliche, der zweite auf nachträgliche Bestimmung des Leistungstermins bezogen werden (wofür auch die Vergleichung von § 202 mit § 201 spricht). Soll nun wirklich dieser Unterschied für die Frage, ob der Schuldner sich auf die Befristung besonders berufen muß, eine Bedeutung haben? Soll im Verfallverfahren der nach seinem eigenen Vorbringen zu früh klagende Gläubiger im ersten Falle abgewiesen werden, im zweiten obsiegen? Will man aber unter Verweisung auf §§ 452, 454, 509 darthun, daß im § 202 unter Stundung die anfängliche Befristung mitzuverstehen sei, so hat man geradezu aus Vergleichung von § 202 mit § 271 Abs. 2 den Beweis vor sich, daß es keinen haltbaren Unterschied begründet, ob das BGB. sagt, man kann eine Leistung nicht verlangen, oder, der Gegner ist berechtigt, sie zu verweigern. Daß ein solcher Unterschied nicht haltbar ist, ergibt sich auch aus den Bestimmungen des Gesetzbuchs über die Ansprüche des Eigenthümers. Der vindicatorischen Klage des Eigenthümers gegenüber kann der Beklagte die Herausgabe verweigern, wenn er dem Kläger gegenüber zum Besitz berechtigt ist (986). Der negatorische Anspruch dagegen ist ausgeschlossen, wenn der Eigenthümer zur Duldung verpflichtet ist (1004 Abs. 2). Es kann aber nicht angenommen werden, daß das Gegenrecht des Beklagten praktisch der vindication gegenüber eine andere Stellung einnehmen sollte, als der negatorischen Klage gegenüber. Die zweite Eigenthümlichkeit, welche die Motive der Einrede entsprechend der Auffassung Windscheids beilegen, daß nämlich die Einrede wegfallen, insbesondere auf sie verzichtet werden kann, ist nach dem Gesetzbuch selbst eine ausschließende Eigenthümlichkeit der Einrede zweifellos nicht. Z. B. die einseitige Aufrechnungserklärung vernichtet die aufgerechneten Forderungen (389). Ist sie anfechtbar und wird sie angefochten, so treten die aufgerechneten Forderungen wieder in Kraft (142), ohne daß von einer Wiederholung ihrer Begründungsthatbestände die Rede sein könnte. Daß die Anfechtung sogar rückwirkende Kraft hat, die angefochtene Aufrechnung als von Anfang an nichtig gilt, ändert daran gar nichts; die Aufrechnung hatte die Forderungen getilgt, und die Tilgung wird wieder beseitigt. Das Gesetz gibt keinen Anhalt, die fernere Möglichkeit zu leugnen, daß die Parteien eine geschehene Aufrechnung oder eine ein Rechtsverhältniß vernichtende Kündigung vertragsmäßig wieder aufheben. Ebenso steht Verträgen der am Schlusse der Note ¹ bezeichneten Art auch nach BGB. nichts im Wege.]

§ 48.

Der Einrede kann eine Gegeneinrede entgegenstehen. Das will sagen: die Hemmung eines Anspruchs kann durch einen ihr entgegenstehenden Umstand in derselben Weise ausgeschlossen werden, wie der Anspruch selbst durch die Einrede ausgeschlossen wird, d. h. so, daß die Hemmung, obgleich sie fortfährt, begründet zu sein, doch nicht geltend gemacht werden kann. Ebenso kann die Gegeneinrede ihrer-

seits wieder durch eine ihr entgegenstehende Gegeneinrede überwunden werden, und so fort¹.

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

[Nach §§ können Einwendungen und Gegeneinwendungen, Einreden und Gegeneinreden einander in derselben Weise entgegentreten, nie nach Pandektenrecht.]

Rechte an Rechten.

§ 48a.

Können Rechte wieder den Gegenstand von Rechten bilden? Hierüber wird lebhaft gestritten¹. Jedenfalls ist der Ausdruck Recht

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

² Der Einrede im Sinne des materiellen R. kann nicht bloß die Behauptung eines Umstandes entgegengesetzt werden, durch welchen die hemmende Kraft der Einrede indirect gehemmt, sondern auch eine solche Behauptung, durch welche geradezu die Existenz der Einrede verneint wird, z. B. der Einrede der Compensation wird die (processualische) Gegeneinrede der Zahlung entgegengesetzt. — Umgekehrt kann auch der Einrede im bloß processualischen Sinne des Worts eine Gegeneinrede im materiellen Sinne des Worts entgegengesetzt werden, z. B. ein Gläubiger ist von seinem Schuldner zum Schulberlasse gezwungen worden. (Wie eine solche Einrede bei den Römern in der Formel zum Ausdruck gelangte, ist eine hier nicht zu erörternde Frage. Vgl. Vetter Aktionen II S. 284 fg.)

§ 48 a. ¹ Für die Bejahung Kenner (§ 37⁹) S. 52, 53, Vetter fr. RZS. VI. S. 479, F. P. Bremer das Pfandr. und die Pfandobjecte S. 96 fg. 84 fg., Hofmann fr. RZS. XII S. 527, Pfaff Grünh. ZS. I S. 58 fg., Hartmann Re an eigener Sache S. 23 fg. (Jahrb. f. Dogm. XVII S. 86 fg. 139 fg.) fr. RZS. XXII S. 528, 538 fg., Leonhard ZS. f. JH. XXV S. 429 fg. [[Fadda-Bensa I p. 658 sg.]] [707 sg. Dernburg I § 249⁹ (für das heutige R., anders für das römische), Wendt § 10 S. 20, Höber § 61 Anm. 3, Bierling, juristische Principienlehre I S. 270 fg.] Für die Verneinung Würfel Beitr. zur Lehre vom Nießbrauch S. 20 fg. in Verbindung mit fr. RZS. XI S. 218 fg., Exner Kritik des Pfandbegriffs S. 11 fg. (dazu Vetter fr. RZS. XV S. 540 fg. 547 fg.), Thon Norm und subjectives R. S. 182, Hanaukel uneig. Nießbrauch S. 42 fg., Manzbach Nießbrauch an Forderungen S. 1 fg. (hervorzuheben), Enneccerus in dem Vorworte zu dieser Schrift, Strohal Grünh. ZS. VII S. 406 fg. IX S. 77 fg., Kohler Pfandrechtliche Forschungen S. 41 fg. 44 fg., Schuppe, Begriff des subjectiven R. S. 168 fg.

am Rechte im juristischen Sprachgebrauch recipirt. Jedermann spricht von Nießbrauch und Pfandrecht², Mancher auch von Eigenthum³ an einem Rechte. Aber es fragt sich, ob das Verhältniß, welches bezeichnet werden soll, durch diesen Ausdruck richtig bezeichnet wird. Die bejahende Meinung geht davon aus, daß Gegenstand eines Rechtes Dasjenige sei, für welches die Rechtsordnung den Willen der Person als maßgebend erklärt hat, und daß, wenn man von einem Recht an einem Rechte spreche, man damit eben die Thatsache bezeichnen wolle, daß der Wille einer Person nach der Rechtsordnung maßgebend für ein Recht sei. Hierzu ist jedoch zu bemerken,

- 1) daß es nicht den gleichen Sinn hat, wenn eine Sache und wenn ein Recht als Gegenstand eines Rechts bezeichnet wird⁴;
- 2) daß nicht von einem Recht an einem eigenen Recht geredet werden darf⁵;

Bekker I S. 64. 65. [(Gegen diesen § 48a a. a. O. S. 390), gegen das R. am Re ferner Regelsberger I § 94, IV. Gierke I § 31¹⁴: statt des R. am Re liegt vor R. an unkörperlicher Sache.]

² Aus den Quellen: *ususfructus nominis* (l. 3 D. 7, 5); *servitus servitutis esse non potest* (l. 1 D. 33, 2, vgl. l. 33 § 1 D. 8, 3); *nomen, ususfructus pignori est, pignori datur* (öfter); *nuda proprietas pignori data* (l. 18 § 1 D. 13, 7).

³ S. § 168¹.

⁴ Man darf sich nicht etwa bei der Auffassung beruhigen, daß auch das R. eine Sache sei (eine unkörperliche Sache), und daher in derselben Weise den Gegenstand eines R. bilden können, wie die (körperliche) Sache. Das R. ist eben keine Sache, wird nur als solche gedacht. Daß Jemand ein R. an einer Sache hat, heißt, daß die Ordnung ihm einen Befehl in Betreff menschlichen Verhaltens zur Sache zu eigen gegeben habe, oder daß sie ihn in die Lage versetzt habe, einen solchen Befehl durch seinen Willen hervorrufen zu können. Wer aber ein R. an einem Re hat (wessen Wille von der Ordnung maßgebend für ein R. erklärt worden ist), hat weder einen Befehl in Betreff menschlichen Verhaltens zum Re, noch kann er einen solchen Befehl hervorrufen.

⁵ Dadurch, daß die Ordnung für einen von ihr erlassenen Befehl den Willen einer Person maßgebend erklärt, entsteht erst ein R.: folglich kann das R. nicht der Gegenstand des maßgebenden Willens sein. Den Gegenstand des maßgebenden Willens bildet der von der Ordnung erlassene Befehl, aber nicht das R., welches die Verknüpfung des Befehls der Ordnung mit dem Willen einer Person zur Voraussetzung hat. Wenn einem Berechtigten z. B. das Veräußerungsr. zugesprochen wird, so wird ihm damit nicht ein R. an seinem Re gegeben, sondern die Ordnung erklärt, daß sein Wille für den von ihr erlassenen Befehl auch in der Richtung maßgebend sei, daß er für denselben den Willen eines Anderen maßgebend machen könne. [Vgl. Schuppe a. a. O. (1) S. 168.] Der Ausdruck: Eigenthum an einem Re läßt sich nur insofern entschuldigen, als in einem gegebenen Falle ein Bedürfniß vorliegen kann, zum Ausdruck zu bringen, daß der Wille einer Person für einen von der Ordnung erlassenen Befehl nicht bloß in einer einzelnen Beziehung, sondern schlechthin maßgebend sei.

3) daß auch das Recht an einem fremden Recht⁶ zwar zum unmittelbaren Gegenstand das Recht, aber durch dieses Recht hindurch als ferneren Gegenstand die Sache, an welcher das Recht stattfindet, und, wenn man als Gegenstand des persönlichen Rechts die verpflichtete Person bezeichnen will, auch diese Person hat⁷⁻⁸.

[Dem §§. ist der Begriff des Rechts am Rechte vollkommen geläufig (1068 fg. 1273 fg. 876. 880 Abf. 2. 888. 892. 894. 1123. 1126. 1127. 2175.). Die dogmatische Frage aber, inwiefern diese Ausdrucksweise der Sache entspricht, steht für das Recht des O. V. nicht anders als für das bisherige Recht.]

Zweites Kapitel.

Das Rechtssubject.

I. Vom Rechtssubjecte im Allgemeinen.

Natürliche und juristische Person. Subjectlosigkeit
des Rechts.

§ 49.

Nach dem in § 37 Gesagten bestehen Rechte dadurch, daß die Rechtsordnung für einen von ihr erlassenen oder zu erlassenden Befehl

⁶ Das R. an einem fremden R. kann zum Inhalt haben, daß der Wille des Berechtigten maßgebend ist für die Verwirklichung oder für das Sein (So oder so sein, Nichtsein) des R. Vgl. § 206. 227. 239.

⁷ Wessen Wille maßgebend ist für ein R., dessen Wille ist maßgebend auch für dasjenige, für welches das R. maßgebend ist. [Faßt man das R. am R. in der im Text unter 3 bezeichneten Weise auf, so entgeht man den von Regelsberger a. a. O. erhobenen praktischen Bedenken. Das R. am dinglichen R. ist danach ein R. an der Sache, das R. an der Forderung ein R. gegen den Schuldner. Beide sind dieß nach dem Text durch das dem Re unterworfenene dingliche oder Forderungs- hindurch; aber dieß ist nur ein Bild, welches man als eine Hindeutung darauf anerkennen mag, daß das R. z. B. dessen, der einen Nießbrauch an einer Emphyteuse (oder an einer Forderung) hat, von dem Re des Emphyteuten (des Gläubigers) abgeleitet und von ihnen abhängig ist, das R. des Nießbrauchers findet aber darum nicht weniger unmittelbar an der Sache (gegen den Drittschuldner) statt. Zugleich enthält jedoch das R. am Re ein R. gegen das berechnete Subject des unterworfenen Res. Vgl. § 206. 227. 239.]

⁸ Kann man nicht des Begriffs: R. an einem fremden Re ganz enttathen? Man müßte zu diesem Ende sagen: auch der Gegenstand dessen, was man R. an einem fremden R. nennt, sei, wie der des f. g. R. am eigenen R., nicht sowohl das fremde R., als der von der Rechtsordnung erlassene Befehl — nicht dieser Befehl in Verknüpfung mit der Person, welcher er zu eigen gegeben ist, sondern dieser Befehl als solcher (vgl. ⁶). Also z. B.: das Pfandr. an einer Forderung habe zum Gegenstand den an den Schuldner gerichteten Leistungsbefehl, nicht den zu Gunsten des Gläubigers an den Schuldner gerichteten Leistungsbefehl. Mir scheint das zu weit zu gehen.

den Willen einer Person als maßgebend erklärt hat. Die Person, deren Wille als maßgebend erklärt ist, ist das Subject des Rechts¹.

Wenn hier weiter gefragt wird, was unter „Person“ zu verstehen sei, so scheint die selbstverständliche Antwort zu sein: der Mensch. Denn wie einerseits die Aufgabe der Rechtsordnung eben darin besteht, die Herrschaftskreise der in der Welt einander gegenüberstehenden Menschen abzugrenzen, so hat andererseits nur der Mensch einen Willen. Aus dem Letzteren darf jedoch nicht geschlossen werden, daß der Mensch, dem in einem gegebenen Fall aus einem zufälligen Grunde die Willensfähigkeit abgeht, nicht Subject von Rechten sein könne. Die Rechtsordnung ersetzt diesen Mangel dadurch, daß sie ihm den Willen eines Willensfähigen als seinen Willen anrechnet.

Nun aber ist es eine Thatsache, daß Rechte vorkommen, welche an einen Menschen als ihr Subject nicht angeknüpft sind. Die hauptsächlichste Anwendung dieses Verhältnisses ist, daß Rechte bestehen, welche die Bestimmung haben, einem gewissen Zwecke zu dienen, z. B. dem Staatszwecke, dem Zwecke der Pflege und Heilung von Kranken zc. Von mehr untergeordneter Bedeutung ist, daß Rechte bestehen können in Erwartung, daß ein Mensch als ihr Subject eintrete; der Hauptfall, welcher hierher gehört, ist der, daß der zum Nachlaß eines Verstorbenen Berufene die Erbschaft noch nicht erworben hat².

¹ Vgl. über den Begriff des Subjects Bekker Jahrb. f. Dogm. XII S. 1 § 49. fg. (1872, wirklich erschienen im Herbst 1871), welcher freilich mehr fragt als antwortet, dazu Bekker fr. ZJS. XV S. 558, 559 (1873). [Dernburg I § 49⁴.] Ferner Bierling zur Kritik der juristischen Grundbegriffe II S. 74 fg. (1883). [Prinzipienlehre I S. 201 fg.] Jhering Geist d. r. R. II § 60. 61. Bekker I § 18, Karlowa Grünh. JS. XV S. 381 fg. [[Kümelin, Methodisches über juristische Personen (Freiburger Programm 1891) S. 39 fg.: es besteht kein bestimmter Sprachgebrauch in Beziehung auf das Wort Subject; aber es ist nicht notwendig, jeden Beziehungspunkt eines R. Subject zu nennen.]] [Hölzer § 18, Dernburg I 49, Regelsberger I § 56, Gierke I § 29, I, 1.]

² S. noch § 52 zu ²; auch § 215 ². In anderen Fällen macht das R. es von einem künftigen Umstande abhängig, ob dieser oder jener Mensch Subject der Re und Verbindlichkeiten sein werde. Ein wichtiger hierher gehöriger, freilich antiquirter Fall ist der des in Gefangenschaft gerathenen römischen Bürgers; seine Re gingen weder unter, noch sofort auf den Erben über. Vgl. l. 18 [19] § 5 D. 3, 5. „Dum apud hostes esset Titius, negotia eius administravi, postea reversus est: negotiorum gestorum mihi actio competit, etiamsi eo tempore, quo gerebantur, dominum non habuerunt.“ [Pernice Labeo I S. 375 fg.] Andere Fälle in l. 12 § 5 l. 70 § 1 D. 7, 1 (darüber Bächter das schwebende Eigenthum [Leipzig 1871] S. 8—17), Gai. III. 114. Bekker I S. 53.

Für dieses Verhältniß ist eine doppelte juristische Auffassung möglich.

1. Die nächstliegende Auffassung ist, daß hier ein Rechtssubject eben nicht vorhanden ist. Die Rechte haben kein Subject³, sondern

³ Die Frage nach der juristischen Möglichkeit des Bestehens von Rechten ohne Subject ist noch immer unausgetragen. Für diese Möglichkeit haben sich ausgesprochen Windscheid die Actio S. 234 fg. und krit. Ueberschau VI S. 219—221, Köppen die Erbschaft § 1 und Erbr. S. 235—244, [Verbr. des Erbr. § 2 S. 45], Demelius die Rechtsfiction S. 79. 82. 85 und Jahrb. f. Dogm. IV. 2 passim, Schirmer v. Erbr. § 3, Unger österr. Erbr. § 7⁵ 12, Bruns in v. Holtz. Encycl. § 15 S. 447 fg., Bekker Jahrb. f. Dogm. XII S. 1 fg. und schon früher Jahrb. des gen. R. I S. 305 jetzt Pandekten I S. 50—55, [gegen ihn Rümelin Methodisches (1) S. 10 fg. 43 fg.], f. auch Pernice Pabeo I S. 358 fg.; [gegen die Möglichkeit des Bestehens von Rechten ohne Subject:] Kunze die Obligation S. 59 u. § 95 und Inhaberpapiere S. 234, Unger krit. Ueberschau VI S. 160—171, Dworzak in Haimel's österr. BZS. VIII Vit. Anz. S. 51—53 u. XI Heft 2 S. 6, Salkowski Bemerkungen zur Lehre von den jur. Personen S. VII, Arndts § 21¹, § 465¹ a. G., Witte ZS. f. RM. VIII S. 8. 9, Meuner (§ 37³) S. 109 fg., Randa Arch. f. deutsches Wechselr. XV S. 1 fg., Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 390. 391, Böhlau Rsubject und Personenrolle (Weimar 1871) S. 4 fg., dersch. Medlenb. Landr. II S. 5. 6, Zitelmann Begriff und Wesen der f. g. juristischen Personen (Leipzig 1873) S. 27 fg., 62 fg., dersch. Irrthum und Aegeschäft S. 72⁸⁸, Folge Begriff der juristischen Person (Stuttgart 1879), Karlowa Grünh. ZS. XV S. 390. [Hölder S. 96 fg. vgl. unt. ⁵.] [[Rümelin a. a. D. S. 39 fg.: keine Re ohne Beziehungspunkt. Ob Re ohne Subject, hängt davon ab, was man unter Rsubject versteht.]] Schwankend, mit Unterscheidung zwischen Stiftungen und Corporationen, Bierling Kritik a. a. D. (1). [Vgl. auch Principienlehre a. a. D. (1). Unterscheidend ist Bierlings Theorie allerdings, aber schwankend ist sie wohl nicht zu nennen.] Ueber Brinz f. ⁶. [Fadda-Bonsa I p. 710 sg. (u). 718 nehmen an, daß ein R. zeitweilig, aber nicht dauernd ohne Subject existiren kann.] — Jhering a. a. D. (1), f. auch Jahrb. f. Dogm. X S. 399. 408 fg.) nimmt an, daß zwar ohne Subject kein R. bestehen könne, wohl aber, was er die passive Seite des R. nennt, d. h. „der Zustand rlicher Gebundenheit oder Beschränktheit, in den die Sache oder die Person durch das R. versetzt wird“. Aber auch AVerfolgung läßt er zu — und haben wir dann nicht, fragt er selbst (S. 432), ein R. ohne Subject? Nein, „in Wirklichkeit ist auch hier die Beziehung des R. zu einem Subjecte vorhanden, nur daß das Subject kein gegenwärtiges, sondern ein zukünftiges ist“. Aber ist ein künftiges Subject ein existirendes Subject? Wie Jhering auch Dernburg I § 49, 4: „Diese (die künftige) allerdings zunächst nur vorgestellte Person ist für den Fall ihrer dereinstigen Existenz das Rsubject“. Gegen die „passive Seite“ Bekker I S. 51 fg., Ryl Lehre v. d. Schulverhältnissen S. 134 fg. Ryl selbst: nicht subjectloses R., aber subjectlose Rsubstantz. [Regelsberger I § 15, III: „Der Kern ist, daß vom positiven R. Machtkreise anerkannt und geschützt werden, die zur Zeit des Trägers entbehren; nebensächlich, ob man diese Erscheinungen als subjectlose Re oder als passive Seite der Re oder als objectiven Rbestand bezeichnet. Gierke I § 29¹: subjectlose Re sind ein Widerspruch in sich selbst. (Juristische Personen sieht G. als wahre Personen an, im übrigen operirt er mit Vorwirkung und Nachwirkung der Persönlichkeit. Vgl. auch ⁵.)].

nur eine Bestimmung. Oder genauer gesagt: während es die regelmäßige Bestimmung der Rechte ist, denjenigen Interessen zu dienen, welche sich in der Person eines Menschen vereinigen, ist es hier ihre Bestimmung, einem unpersönlichen Zweck zu dienen, oder aufbewahrt zu werden für einen Menschen, dessen Interessen sie künftig dienen sollen. Nach dieser Auffassung liegt in dem hier stattfindenden Verhältniß eine Erweiterung des Begriffs des Rechts. Die Rechtsordnung hat den von ihr erteilten Befehl Niemandem zu eigen gegeben. Allerdings muß auch in diesem Falle, wenn der Befehl nicht ohnmächtig bleiben soll, dafür gesorgt werden, daß ein menschlicher Wille vorhanden sei, welcher für ihn maßgebend ist. Aber derjenige Mensch, dessen Wille als maßgebend für die Durchsetzung des Rechtsbefehls und für die Verfügung über denselben erklärt wird, handelt weder für sich, noch für Jemanden, dem das Wollen des Handelnden als sein Wollen angerechnet wird, er handelt nicht für einen als wollend Gedachten, er handelt nicht für Etwas, sondern für Etwas.

2. Dieser Auffassung widerstrebt aber ein natürliches, auf dem tiefen Zuge zur Persönlichkeit, welcher durch die Menschennatur hindurchgeht, beruhendes Gefühl. Dasselbe sucht auch hier für die Rechte ein tragendes Subject, und findet dasselbe in einer künstlich, durch Gedankenoperation, geschaffenen, einer vorgestellten Person. So werden die Rechte und Verbindlichkeiten, welche dem Staatszwecke zu dienen bestimmt sind, dem Staate zugeschrieben, diejenigen, welche zur Krankenpflege verwendet werden sollen, dem Krankenhause, die durch den Tod des bisherigen Trägers subjectlos gewordenen, auf den Erben noch nicht übergegangenen, der Erbschaft selbst u. s. w.⁴ Auf diesem Wege wird zugleich ein Bedürfniß der juristischen Technik befriedigt, indem es nun möglich wird, den Rechtsätzen ohne Rücksicht darauf, ob die Rechte einem Subjecte zustehen oder nicht, einen einheitlichen Ausdruck zu geben⁵. Eine solche künstlich geschaffene Person wird

⁴ Personificationen des Unpersönlichen finden nicht bloß zu juristischen Zwecken statt; es gibt tausend uns geläufige Personificationen, welche ohne alle juristische Bedeutung sind. Wenn wir z. B. von der öffentlichen Meinung sagen, daß sie einen Sieg davon getragen habe, von dem Handel, daß er sich neue Wege suche, so machen wir die öffentliche Meinung und den Handel zu einer Person, aber bestreiten nicht zu einem Subjecte. Welche der im Leben vorkommenden Personificationen fähig seien, Subjecte zu werden, ist eine Frage, welche nicht aus der Natur der Sache, sondern nur aus positiver Bestimmung beantwortet werden kann. Vgl. Jhering Zweck im R. II S. 191 fg.

⁵ Vgl. Unger österr. Erbr. § 77. [Hölder S. 96 fg.] — Der im Texte

vertretenen Auffassung, nach welcher die Aufstellung einer gedachten Person als Subjects von an sich subjectlosen Dingen etwas Natürliches und Zweckmäßiges ist, stehen zwei andere Auffassungen gegenüber. 1) Die eine erklärt die Aufstellung einer gedachten Person für Mehr als etwas Natürliches und Zweckmäßiges, nämlich für eine logische Nothwendigkeit, weil das R. ohne Subject nicht gedacht werden könne (vgl. ²⁾). Aber es liegt auf der Hand, wie auch schon Andere bemerkt haben (vgl. die Citate bei Zitelmann a. a. O. S. 18, Brinz I § 60 S. 198 fg.), daß die Wirklichkeit dadurch nicht zu einer anderen gemacht wird, daß sie als eine andere vorgestellt wird, und wenn daher in der That ein R. ohne Subject nicht gedacht werden kann, so folgt daraus nur, daß dasjenige, was vorhanden ist, wo es an einem Subjecte thatsächlich fehlt, eben kein R. ist, sondern irgend etwas Anderes, nicht aber kann es zu einem R. dadurch gemacht werden, daß das fehlende Subject hinzufingirt wird. So consequent Fhering, welcher bei der Stiftung und der ruhenden Erbschaft nicht R. annimmt, sondern nur rliche Gebundenheit (³⁾), ferner Volze Begriff der juristischen Person (Stuttgart 1879), welcher lehrt, bei der Stiftung und der ruhenden Erbschaft seien nicht R. vorhanden, sondern die Misordnung lasse nur gleiche Wirkungen eintreten, als wenn R. vorhanden wären. Ebenso Hölber S. 96. 2) Andere erklären umgekehrt die Aufstellung einer gedachten Person für etwas Ueberflüssiges und Unzweckmäßiges, und sind mehr oder minder geneigt, die gedachte Person aus der Rtheorie ganz zu beseitigen. Der Urheber dieser Richtung ist Brinz, welcher in der Vorrede zu der ersten Auflage seines Lehrbuchs S. XI (1857) das berühmte gewordene Wort ausgesprochen hat, daß die gedachte Person ebensowenig in die Lehre von den Personen gehöre, wie die Vogelscheuche in die Lehre von den Menschen — unter Beifall von Demelius Fiction S. 85 und namentlich Jahrb. für Dogm. IV S. 113 fg. (1860), vgl. auch Bekker 3S. für HR. IV S. 499 fg. (1860). Jahrb. f. Dogm. XII. 1 (1872) fr. WZS. XV S. 556 (1873). [v. Hagens, Staat, R., Völkerr., (Münch. Diss. 1890) S. 5 fg. Löbber, die Theorien über die Auffassung der juristischen Personen, (Gött. Diss. 1893) S. 76 fg.] [[Bernapil Arch. f. öff. R. V S. 232 fg., 240 fg.: jur. Person == der Träger eines selbständigen Zweckes, eines Zweckes, welcher nicht der Zweck eines bestimmten Menschen ist (vgl. S. 266). S. 256 heißt es, der Zweck sei das Substrat der Persönlichkeit (vgl. S. 270. 306); ebendas.: Person ist der Zweck.]] [Gegen die Brinz'sche Richtung:] Unger krit. Uebersch. VI S. 156 fg. und österr. Schr. § 7¹⁰⁻¹²⁻¹³, Arnolds fr. WZS. I S. 93 fg. und Pand. § 41³, Bangerow I § 53 Anm. a. E., Wächter I S. 238, h. Witte 3S. für HR. VIII S. 8 fg., Bruns in v. Holz. Encycl. § 17 S. 449 fg., Brodowski r. Privat. I S. 127 fg., Ehrenberg beschränkte Haftung S. 445 fg., Gierke das deutsche Genossenschaftsr. III S. 108 fg. 131 fg. [Entschieden gegen Brinz: G. Rümelin Zweckvermögen u. Genossenschaft (Freiburger Festschrift für Fhering 1892) S. 5 fg. Bierling, jurist. Prinzipienlehre I S. 221 fg.] Brinz hat übrigens im Fortgange der ersten Auflage seines Lehrbuchs (1868) anerkannt, nicht bloß daß das „Zweckvermögen“ von jeher so behandelt worden sei, als stehe es einer Person zu, sondern auch daß daran nichts geändert zu werden brauche, und hat nur, gewiß mit Recht, darauf gedrungen, daß die Doctrin sich immer im Bewußtsein erhalte, daß die gedachte Person eben nur eine gedachte und in Wirklichkeit ein personenloses Vermögen vorhanden sei, daß die Doctrin bedacht sein solle, diesem Vermögen „die Personificationen statt über-, unterzuordnen“ (S. 997). Anders in der zweiten Auflage (I § 59 fg., 1873, III § 432 fg., 1888), in welcher Br. aus seiner Auffassung Folgerungen für die rliche Behandlung der

mit einem hergebrachten, nicht einwandfreien, Ausdrucke juristische Person genannt⁶, im Gegensatze des Menschen, welcher von der Natur

juristischen Person zieht, s. unten § 58^a. Ueber I § 59 fg. s. Arnolds in Grünh. ZS. I S. 493 fg. Vermittelnd Beller Jahrb. für Dogm. XII S. 103 fg. (juristische Personen wegen der Geschäfte). Jetzt Pand. I § 59 fg.: es liegt ein subjectloses Vermögen vor, aber für die Beibehaltung der juristischen Personen spricht einstweilen das Herkommen und die Bequemlichkeit des Sprachgebrauchs; „es müssen erst andere Denkgewohnheiten sich gebildet haben“. — Böhlau (*) will an die Stelle der gedachten Person die Fiction setzen, daß das „thatsächlich subjectlose“ Vermögen eine physische Person zum Herrn habe, deren „Rolle“ das Vermögen „spiele“. S. darüber Zitelmann a. a. O. S. 21 fg., Brinz I S. 197, andererseits wieder Böhlau ACBra. LVI S. 358 fg. S. auch dens. Mecklenb. Landr. II S. 5 fg. Gierke das deutsche Genossenschaftsr. III S. 104²⁰⁰. — Dogmengeschichtliches in Betreff der Personenfiction Gierke a. a. O. S. 279 fg. 363 fg. 425 fg. 674 fg. 726 fg. — Für das deutsche und heutige Recht ist Gierke ein leidenschaftlicher Gegner aller Fiction, s. Rote². — Gegen die Fiction auch Heusler Institutionen des deutsch. Privatr. I S. 252 fg.: Subject ist „der das Vermögen in Bewegung setzende und im Verkehr beherrschende Wille“. (Frage: was ist Subject?) [[Burckhard Grünh. ZS. XVIII S. 1 fg.: juristische Personen sind personifisirte Interessencentren.]]

⁶ Person nennt der nichtjuristische Sprachgebrauch das mit Selbstbewußtsein und Willensfähigkeit begabte Individuum. Die s. g. juristischen Personen sind persönlich gedachte Nichtpersonen; daß sie als Personen gedacht werden, beruht auf einem der Menschennatur inwohnenden Zuge, welchen das R. für sich verwerthet, und nicht auf einer Vorschrift des R. (vgl. Brinz 2. Aufl. I S. 195); insofern kann man sie sogar zu den natürlichen Personen rechnen. Allerdings werden nun im juristischen Sprachgebrauche die Ausdrücke Person und Persönlichkeit vielfach auch in einem anderen Sinne gebraucht (nicht immer, wie es scheint, mit einem klaren Bewußtsein dieses Gegensatzes). Man versteht dann unter Person das vom R. mit der Fähigkeit, Subject zu sein, ausgestattete Individuum, unter Persönlichkeit die Fähigkeit, Subject zu sein, so daß also Persönlichkeit gleich Fähigkeit ist. In diesem Sinne sind die juristischen Personen freilich juristische Personen; aber der Mensch ist es nicht minder, denn auch er hat Fähigkeit nur, weil und insofern sie ihm vom R. verliehen ist. Vgl. Ruape die Obligation S. 377, Unger österr. Erbr. § 7¹¹. Burckhard Grünh. ZS. XVIII S. 1 fg. [Auch von Gierke I § 59 II, 2 wird dieser Satz nicht geleugnet.] — Die Römer verstehen unter persona (über die Ableitung des Wortes s. Gell. Noct. Att. V 7 und vgl. mōles und m'lestus, currus und cūrulis, Mommsen röm. Staatsr. I S. 396¹ ([Fadda-Bensa I p. 715 sg. (v)]) nicht Subject, sondern Person im nichtjuristischen Sinne des Wortes, so daß sie z. B. keinen Anstand nehmen, von einer persona servi oder servilis zu reden (l. 86 § 2 D. 30, l. 215 D. 50, l. 1. 22 D. 50, 17). Für das, was wir juristische Person nennen, haben sie keine Bezeichnung, sondern sagen, Etwas werde wie eine Person behandelt (l. 22 D. 46, 1), oder nennen es geradezu persona (l. 9 § 1 D. 4, 2, in welcher Stelle die Corporation der „singularis persona“ entgegengesetzt wird, vgl. „persona publica“ und „persona coloniae“ bei Agg. Urb. und Frontin, röm. Feldmesser ed Lachmann p. 16. 54). Wenn es in Nov. Theod. XVII. 1 § 2 und bei Cassiod. Var. VI. 8 von den Sklaven heißt: „personam non habentes“, „personam legibus non habentes“,

mit Persönlichkeit begabt ist. Eine bessere Bezeichnung ist: fingirte Person⁷, eine noch schlechtere, früher viel gebrauchte: moralische Person. Auch der Ausdruck mystische Person findet sich. Ueber die Ansicht, nach welcher die juristische Person eine wirkliche, keine gedachte Person sein soll, ist das Nöthige in der Note⁸ bemerkt.

so soll damit, wie der Zusammenhang deutlich zeigt, lediglich ihre Unfähigkeit, vor Gericht aufzutreten, bezeichnet werden, so daß die Redeweise nur das „legitimum personam (standi) in iudicio“ der rubr. Cod. 3. 6 widergibt, wo persona nichts bezeichnet als Rolle, Function; es heißt hier personam habere, wie es sonst heißt: personam ferre, gerere, sustinere, tueri, capere, recipere. Ganz allgemein aber und mit Ableitung anderer Consequenzen nennt Theophilus (zu § 2 I. 2, 14, pr. I. 3, 17, § 3 I. 3, 29) den Sklaven ἀνρόμωνος, so daß nicht zu bezweifeln ist, daß er in der That unter persona Subject versteht.

⁷ Wenn man den Menschen die natürliche Person nennt, so bildet den Gegensatz nicht die juristische, sondern die nur vorgestellte, in Gedanken künstlich geschaffene, also fingirte Person. v. Scheurl (Beiträge I S. 5—11) will nur diejenigen künstlichen Personen, welche, wie die ruhende Erbschaft, keinen anderen Zweck haben, als den, Subject zu sein, fingirte Person genannt wissen, die übrigen juristische. Dernburg I § 59 glaubt, daß zwischen einer „vorgestellten“ und einer fingirten Person ein Unterschied sei. Vgl. [dagegen] Brinz III S. 459. [v. Hagens a. a. O. (°) S. 6.]

⁸ Die Frage, ob die juristische Person wirklich nur eine gedachte Person sei, hat unsere Wissenschaft, namentlich was Corporationen angeht, seit ihren Anfängen beschäftigt. Vgl. darüber die Darstellung von Gierke das deutsche Genossenschaftsr. Bd. III, und was die neuere Zeit angeht unten § 58³, § 59^{1a} und die Uebersicht bei Zitelmann Begriff und Wesen der f. g. juristischen Personen S. 53 fg., und bei Gierke a. a. O. S. 132 fg., [Jetzt Dogmengeschichte und Literaturübersicht bei Gierke Privat. I § 58. § 59, I. Auch Lössen (°), Meißcheider in Bekker und Fischer Erläuterungen z. BGB. §. 3 S. 1 fg. Regelsberger I § 75⁴. Zur Fragestellung: Mümelin, Methodisches (°) bef. S. 21 fg.], sodann diese Schriftsteller selbst (Gierke Bd. II u. III). Verf. die Genossenschaftstheorie und die deutsche Afsprechung, Berlin 1887. [Die sociale Aufgabe des Privat. (1889) S. 39 fg. Privat. I § 30, § 58 fg., § 78, III.] Nach Zitelmann soll die juristische Person deswegen reale Existenz haben, weil ihre Afsphäre von einem realen Willen, den zur Einheit zusammengeschlossenen Willen der Corporationsmitglieder, dem Willen des Stifters, des Erblassers, beherrscht werde. Aber der Beweis dafür, daß die Willen der Corporationsmitglieder eine Einheit in der Wirklichkeit, und nicht bloß für die Vorstellung bilden, ist nicht erbracht, und für die Stiftung ist nicht der Wille des Stifters maßgebend, sondern ein von ihm Gewolltes. Vgl. Bekker fr. RJS. XV S. 554 fg., Brinz I S. 199, Böhlau ACPr. LVI S. 351, und jetzt Zitelmann selbst ACPr. LXVI S. 429¹⁰⁸. Meurer der Begriff und Eigenthümer der heiligen Sache, zugleich eine Revision der Lehre von den juristischen Personen. S. a. (1885). Gierke lehrt, daß nach deutscher Afsassung die Persönlichkeit theilbar sei, die Fähigkeit bestze, Stücke (Theile, Splitter) aus sich abzusondern; die Corporation sei die Verbindung einer Mehrtheit solcher abgesonderten Stücke zur Einheit einer Gesamtpersönlichkeit, die Stiftung (Anstalt) die Vervollständigung eines einzelnen Stückes. Für die Realität der juristischen Person auch Fr. Fischella

sulla realtà della persona giuridica. Catania 1885. [Fadda-Bensa I p. 716 sg. (x). Mit Gierke im Wesentlichen Regelsberger I § 75. Gegen Gierke Hölder I S. 96, Burchard Grunh. 3S. XVIII S. 12, 17, Adler daselbst S. 219 fg., Rümelin Zwedvern. u. Genoss. (1) S. 47 fg., Laband Staatsr. I § 10¹, Bierling Prinzipienlehre I S. 224 fg.; (vgl. im Ganzen [für die Fictionstheorie] S. 221 fg.). Für dieselbe auch Hänel, Staatsr. I § 14 S. 106 fg. Mommsen Abriss des röm. Staatsr. S. 81 fg. Es ist in diesem Streite vor allem nothwendig, sich darüber nicht täuschen zu lassen, daß er für das praktische R. gänzlich bedeutungslos ist. Ob man sagt, die juristischen Personen sind Personen, oder, wir denken sie uns und das R. behandelt sie als Personen, kommt für die Regelung der Verhältnisse genau auf dasselbe hinaus, und irgend eine Einzellehre über eine Frage aus dem Re der juristischen Personen ist immer richtig oder falsch aus andern Gründen als wegen des Zusammenhanges, in den sie ihr Urheber mit einer jener beiden Auffassungen setzt. Vgl. in dieser Richtung namentlich die vorzüglichen Ausführungen G. Rümelin's a. a. O. (s. auch denselben, Methodisches (1) S. 28 fg.). Wendt § 24 a. E., Adler a. a. O., Bierling a. a. O. S. 225. Sodann darf man sich nicht schrecken lassen durch die von Gierke und seinen Anhängern den Vertretern der Fictionstheorie imputirte Absurdität, diese Theorie betrachte den Staat, die Gemeinde, eine Aktiengesellschaft, eine reiche und wirkungsvolle Stiftung als eine Fiction, ein eingebildetes Nichts. Dieß ist ganz und gar nicht die Meinung der Fictionstheorie. Jede Corporation und jede Stiftung ist etwas sehr Wirkliches, aber keine Person. Fingirt wird nur die Personenqualität. (S. auch Lehmann bei Stobbe II § 72¹⁵). Was wir bei der Corporation wie bei der Stiftung als vorhanden erkennen können, sind immer nur Menschen, die in gewissen Angelegenheiten, für gewisse Zwecke, nach gewissen Grundsätzen handeln, insbesondere mit gewissen Gütern wirtschaften. Die Corporationen sind nicht Organismen, sondern Organisationen, und: „Organisiren heißt weiter gar nichts als unter äußeren Regeln vereinigen“, (Stammler, Wirtsch. und R. S. 126 fg.). Wer behauptet, daß aus dem Willen und Bewußtsein des Einzelnen bei der Corporation ein Gesamtwille, ein Gesamtbewußtsein hervorgeht, der spricht entweder im Bilde oder behauptet etwas jenseits alles Wißbaren Liegendes. Er setzt „an Stelle der Fiction eine äußerst zweifelhafte Hypothese“ (Bierling a. a. O.). Man kann ihn bei seinem Glauben lassen, muß aber betonen, daß diese Hypothese ohne jeden positiven Anhalt ist und von den beiden Gründen, die zusammentreffen müssen, um einer Hypothese wissenschaftlichen Werth zu verleihen, daß sie nämlich zur Erklärung des zu Erklärenden ausreichend und erforderlich ist, zwar den ersten, aber nicht den zweiten für sich hat. Genau so steht es bei der Stiftung. Gierke (wir legen die Zusammensetzung Privat. I § 78, III zu Grunde) sagt, die Stiftung ist ein selbständiger gesellschaftlicher Organismus, dessen Seele der in ihm fortwirkende Wille des StifTERS, und dessen Körper der zur Verwirklichung dieses Willens hergestellte Verband von Menschen bildet. Freilich: Person ist hier wie überall nur ein lebendiger Willensträger; indem aber G. mehrere Auffassungen der Stiftung prüft, findet er dem wahren Verhältniß am nächsten kommend die, „daß als Stiftungssubject der Wille des StifTERS anzusehen sei. Allein dieser Wille könnte nicht fortleben, wenn er sich nicht in einem anstaltlichen Organismus verkörpert hätte, der fort und fort lebendige Willensträger ihm dienstbar macht“. Dies ist also der „Verband von Menschen“, dem die Persönlichkeit der Stiftung zukommt; denn nur Menschen und Menschenverbände können das R. der Persönlichkeit haben (I § 90 S. 267 fg.). Es fragt sich aber, was das angebliche Fortleben des Stifterwillens eigentlich

Das im Vorstehenden über das Subject der Rechte Gesagte gilt in entsprechender Weise auch für das Subject der dem Recht gegenüberstehenden Verbindlichkeiten.

[Das BGB. hat den Begriff der juristischen Personen in der Sache wie im Ausdruck adoptirt (I. Buch I. Abschn. II. Titel: Juristische Personen §§ 21—89. Darin III.: Juristische Personen des öffentlichen Rechts. Vgl. auch 1061. 2101. 2105. 2106. 2109. 2163. GG. 86. 163. 166). Die Frage, welches das wahre Wesen der juristischen Personen ist, und ob es subjectlose Rechte gibt, steht auch vom Rechte des BGB. aus so wie bisher. Eine ruhende Erbschaft gibt es im BGB. nicht, weil der Erbe stets von selbst mit dem Erbfall Erbe wird (1942).]

Unbestimmtheit des Rechtssubjects*.

§ 50.

Die Verknüpfung der Rechte und Verbindlichkeiten mit einem, leiblich existirenden oder nur vorgestellten, Rechtssubject erfolgt regelmäßig in der Weise, daß die Rechte und Verbindlichkeiten einem individuell bestimmten Subject zugeschrieben werden [vorbehältlich der Möglichkeit späterer Uebertragung durch neue Thatsachen]. Sie kann aber auch in der Weise erfolgen, daß als Subject der Rechte und Verbindlichkeiten jede Person bezeichnet wird, welche in ein gewisses

bedeutet. Möglicher Weise lebt der Stifter nach Errichtung der Stiftung wirklich noch eine Zeit lang; aber dann hat er als Stifter über die Stiftung nichts mehr zu gebieten. Seine früher abgegebene Willenserklärung ist nur Motiv für die Handlungen des oder der Stiftungsvertreter und soll es kraft Vorschrift auch sein. Diese Erscheinung ist von dem wirklichen Fortleben des Stifters aber ganz unabhängig und bedarf zu ihrer Erklärung nicht im mindesten der Annahme, daß der Stifter noch über sein Tod hinaus lebt. Dieses Fortleben des Stifters oder seines Willens bedeutet nichts anderes als etwa der Ausspruch, daß Schiller und Goethe, oder daß ihre Werke leben, ein Leben im Gedächtniß der Lebenden, deren Denken und Handeln davon beeinflusst wird. Die Willenserklärung des Stifters (sein sonstiger Wille kommt nicht in Frage) bleibt den Nachlebenden bekannt (und soll kraft Vorschrift ihnen bekannt bleiben), motivirt ihre Handlungen in Angelegenheiten der Stiftung und soll sie kraft Vorschrift motiviren. Die Zusammenfassung der Gierke'schen Willensträger zur Verbandsperson muß, da sie keineswegs auf collegialisch organisirte Stiftungsverwaltungen beschränkt ist, im Sinne des Verbandes aller zeitlich einander folgenden Stiftungsorgane verstanden werden. Diese Idee des successiven Verbandes, der freilich auch Windscheid § 57^a nicht fern steht, ist m. E. ganz unglücklich.]

* Vgl. Savigny II § 103 und unten II § 291. Auch Bekker Jahrb. f. Dogm. XII S. 40 fg., Band. I S. 59 fg. 65 fg. [Bekker I § 19^b und Beil. III: Zusammenhang des R. mit dem Subject durch Medien: § 20 Beil. III: mittelbare Gebundenheit. Regelsberger I § 51, V: mittelbar zuständige R., mittelbar zukommende Pflichten. Gierke I § 29, III, 2. h: R. mit mittelbar bestimmtem Subject.]

Verhältniß, z. B. Besitz oder Eigenthum einer Sache, hineintritt¹. Diejem Falle ähnlich, aber von demselben zu unterscheiden, ist der Fall, wo an die wechselnden Personen nicht sowohl das Recht selbst, als vielmehr nur die Ausübung desselben angeknüpft ist, was ebenso auch bei der Verbindlichkeit denkbar ist. Insofern in diesem letzteren Falle für das Recht und die Verbindlichkeit nicht durch Personification ein künstliches Subject geschaffen wird, müssen sie als subjectlos bezeichnet werden². Ferner ist zu unterscheiden der Fall, wo es zwar ebenfalls von einem künftigen Umstande abhängt, wer Subject des Rechts oder der Verbindlichkeit ist, derjenige aber, der einmal Rechtssubject geworden ist, es auch definitiv bleibt [mit dem gleichen Vorbehalt wie oben]. In diesem Falle liegt nicht sowohl eine Unbestimmtheit des Rechtssubjects, als eine Unbestimmtheit in der anfänglichen Bezeichnung des Rechtssubjects vor³.

[Im § 50. findet sich die indirecte Bestimmung des Subjects von Rechten, durch Hinweis auf ein anderes Verhältniß, namentlich in Gestalt der Rechte, welche mit dem Eigenthum an einem Grundstück verbunden sind (96. 913. 917. 1018. 1094 Abs. 2. 1105 Abs. 2). Es kommen aber auch andere Fälle vor; z. B. das Rentenrecht wegen Ueberbaus steht im Falle des § 916 dem jeweiligen Dienstbarkeits- oder Erbbauberechtigten zu. Vgl. ferner die Inhaberpapiere, 798. 1195. Umgekehrt erfolgt auch die indirecte Bestimmung der Person des Belasteten, Verpflichteten hauptsächlich durch Hinweis auf das Eigenthum einer Sache. Alle dinglichen Rechte an fremder Sache, trotzdem sie (Ausnahmen vorbehalten) gegen

¹ Beispiele: Grunddienstbarkeiten, Obligation aus dem Zwange.

§ 50.

² Vgl. § 57¹⁰. [Das hier Gesagte ist nicht ganz klar. Gemeint sind zufolge der Verweisung auf § 57¹⁰ die Fälle, in denen ein Vermögen besteht mit dem Zwecke, „von gewissen Personen in gewisser Weise genossen zu werden“, wie bei Familienstiftungen. Hier kann die Form aber nur eine von folgenden zwei sein. Entweder der Inhaber des Vermögens ist Subject der dazugehörigen Rechte, befreit mit den Anwartschaftsrechten anderer; oder das Vermögen ist das einer anderen (physischen oder juristischen) Person, und der Nutzungsberechtigte hat ein R. an diesem fremden Vermögen. In beiden Fällen ist in der hier fraglichen Beziehung die Erscheinung mit der bei ¹ bezeichneten identisch; es liegt ein Recht, nämlich ein Anwartschaftsrecht oder ein Nutzungsrecht vor, dessen Subject durch Hinweis auf ein anderweitiges Verhältniß bestimmt ist. Die gleichartige Erscheinung bei Verbindlichkeiten, welche der Text annimmt, kann, da der Ausübung eines R. nur die Erfüllung der Verbindlichkeit entspricht, nur darin bestehen, daß eine in wandelbarer Weise bestimmte Person verpflichtet ist, die Schuld eines andern zu erfüllen. Diese Verpflichtung kann dem Gläubiger oder dem Schuldner gegenüber bestehen; in beiden Fällen ist sie selbst eine Verbindlichkeit mit mittelbar bestimmtem Subject, also auch dieser Fall mit dem bei ¹ bezeichneten identisch.]

³ Vgl. § 49² [Umgekehrt wollen Bekker und Regelberger a. a. O. nur in diesem Falle von Unbestimmtheit des Subjects sprechen, wohl mit Recht. Sie mit unbestimmtem Subject in noch anderem Sinne: Viertel I § 29, III, 2, c.]

Jedermann wirken, wirken doch in besonderer Art zu Lasten des jedesmaligen Eigentümers der belasteten Sache, stellen zwischen ihm und dem Berechtigten ein Rechtsverhältniß her. Dem Falle bei² kommt besondere constructionelle Natur nicht zu (vgl. ³). Der Fall bei³ kann auch nach dem P. O. eintreten, z. B. in Folge von bedingten Verfügungen.]

Mehrheit der Rechtssubjecte*.

§ 51.

Die Rechte und Verbindlichkeiten können auch angeknüpft sein an eine Mehrheit von Subjecten. Es ist dieß nicht möglich bei allen Rechten, namentlich nicht bei den Familienrechten⁴; bei denjenigen, bei welchen es möglich ist, kommt es in verschiedener Weise vor. [a] Entweder so, daß jedes Subject die Fülle des Rechts der Verfügung und dem Genuß nach hat, als wenn kein anderes Subject neben ihm stünde; ebenso bei der Verbindlichkeit, daß jedes Subject die Fülle der Verbindlichkeit trägt, als wenn kein anderes Subject neben ihm stünde¹. [b] Oder so, daß jedes Subject die Fülle des Rechts zwar dem Genuß nach hat, aber nicht der Verfügung nach, so daß eine Verfügung über das Recht nur durch den gemeinsamen Willen aller Subjecte möglich ist¹. [c] Oder endlich so, daß auch der Genuß

- * v. Buchholz Versuche Nr. 4 (1831). Warnkönig in Hoffbirt's JZ. f. Civ. u. Crim.-R. III S. 67 fg. (1838). Wächter ACPr. XXVII S. 162 fg. 181 fg. (1844) und Württ. Privatr. II § 75. Savigny Obi. R. I § 30 fg. Ubbelohde die Lehre von den untheilbaren Obligationen S. 3—22 (1862). Unger I § 67. Steinlechner das Wesen der iuris communio und iuris quasi communio. Erste Abtheilung: Revision der Lehre von der Theilbarkeit und Untheilbarkeit auf dem Gebiete, 1876. (Darüber Hegelsberger in Grünh. JZ. III S. 695 fg. VI S. 742 fg., Est fr. PZS. XIX S. 223 fg.) Kümelin die Theilung der Re, 1883. (Darüber Ubbelohde Gött. gel. Anzeigen 1883 S. 784 fg., v. Scheurl fr. PZS. XXV S. 525 fg., Arasnopolski Grünh. JZ. XII S. 501 fg.) v. Scheurl Theilbarkeit als Eigenschaft von Hen, 1884. Vetter I § 32. [Hegelsberger I § 51, VI.]

§ 51. [* Fadda-Bensa I p. 719 sg. (y) bestreiten dieß unter Hinweis auf die Möglichkeit mehrerer Tutoren, wogegen zu fragen ist, ob man die Tutel ein subjectives R. nennen kann; im r. R. (namentlich im älteren) ist dieß freilich zweifellos zu bejahen. Ferner verweisen F.-B. auf die elterliche Gewalt des italienischen R. Hierauf ist auch nach P. O. zu verweisen (1626. 1634).]

¹ Beispiel: Correalobligation.

² Beispiel: Grunddienstbarkeit [im Falle des Miteigenthums am herrschenden Grundstück. Stehen zwei Grundstücken an einem dritten Servituten gleichen Inhalts zu, so sind das zwei Servituten, auch wenn sie zusammen bestellt sind, vgl. § 449¹. Uebrigens führt in Fällen der im Text bezeichneten Art der Umstand, daß mehreren die Fülle des Genußes zusteht, von selbst eine gegenseitige Beschränkung herbei. Hierher gehört auch der gemeinschaftliche usus mehrerer; vgl. § 207¹⁰. Hegelsberger a. a. C. 1, c.]

des Rechtes nur den mehreren Subjecten zusammen zusteht und zwischen ihnen nach Bruchtheilen getheilt ist². Von dem letzteren Falle ist zu unterscheiden [d] der Fall, wo ein Recht oder eine Verbindlichkeit sich unter mehrere Subjecte in der Weise spaltet, daß jedes Subject ein besonderes für sich bestehendes Recht oder eine besondere für sich bestehende Verbindlichkeit hat, wie z. B. die Obligation des Erblassers unter die mehreren Erben; das Recht und die Verbindlichkeit sind hier nicht dem Genuß, sondern der Substanz nach getheilt, eine Mehrheit der Subjecte für ein und dasselbe Recht, eine und dieselbe Verbindlichkeit, ist in der That nicht vorhanden. Von Theilung und Theilbarkeit der Rechte spricht man in dem einen und dem anderen Fall³.

[Die hier besprochenen Erscheinungen finden sich auch im *GG.*, trotzdem die in Frage kommenden Verhältnisse dort vielfach anders gestaltet sind, als im Pandektenrecht. Ein gemeinschaftliches Familienrecht ist die elterliche Gewalt (1626. 1634). Zu a dienen als Beispiel auch im *GG.* die Gesamtschuldverhältnisse (Gesamtgläubiger und Gesamtschuldner [420 fg.]), zu b die Grunddienstbarkeiten im Falle des Miteigentums an dem herrschenden Grundstück (1027. 1011. 1004. 747), zu c das Miteigenthum und die sonstigen Fälle der Gemeinschaft nach Bruchtheilen (741 fg. 1008 fg.). In dem *GG.* sind aber noch andere Formen der Rechtsgemeinschaft wichtig. Vielfach steht ein Anspruch mehreren in der Weise gemeinschaftlich zu, daß Leistung nur an alle zusammen verlangt, dieses Verlangen aber von jedem Berechtigten erhoben werden kann (432. 1011. 1077. 1109. 1281. 2039). In dieser Weise ist auch das Miteigenthum modificirt; während nach gemeinem Rechte jeder Miteigentümer seinen Antheil vindiciren kann, kann nach dem *GG.* der Miteigentümer die Klage auf Herausgabe nur in dem Sinne erheben, daß er Herausgabe an alle Miteigentümer gemeinschaftlich verlangt (1011). Weiter noch weicht die Miterbengemeinschaft von der gemeinrechtlichen Construction ab (2032 fg.). Der Miterbe kann zwar über seinen Antheil am Nachlaß verfügen, nicht aber (im Gegensatz zum gemeinen Rechte) über seinen Antheil an den einzelnen Nachlaßgegenständen (2033); vgl. ferner 2039. Für die erbchaftlichen

² Beispiel: Miteigenthum. [In Fällen dieser Art ist aber der Antheil auch dem Re nach insoweit selbständig, daß der Berechtigte über ihn allein verfügen kann, nicht so über das R. im Ganzen. Andererseits ist die Quotenheilung des Genusses unvollkommen. Der Gebrauch der gemeinschaftlichen Sache ist nicht nach Quoten getheilt. Regelsberger a. a. O. I, a b.]

³ Die Schrift von Baron: die Gesamtverhältnisse im r. R. (1864) beruht auf dem Gedanken, daß ein R. einerseits ungetheilt mehreren Einzelnen, und andererseits zugleich der durch die Zusammenfassung dieser Einzelnen gebildeten neuen Persönlichkeit, ihrer Gesamtheit zustehen könne (ebenso bei den Verbindlichkeiten). Der Verf. sucht sich in dieser Weise eine Reihe von rlichen Erscheinungen zu vermitteln, zu deren Erklärung es einer so unnatürlichen Annahme nicht bedarf. Gegen Baron: A. Pernice fr. *VJZ.* VII S. 106—127.

Schulden haften die Miterben principiell als Gesamtschuldner (wenn auch mit erheblichen Modificationen; 2058 fg.). Die Rechtsgemeinschaft der Ehegatten in Bezug auf das Gesamtgut bei allgemeiner Gütergemeinschaft (1437 fg.), wie Erzungenschaftsgemeinschaft (1519 fg.) und Fahrnißgemeinschaft (1549 fg.) schließt nicht bloß die Verfügung eines Gatten über seinen Antheil an den einzelnen Gegenständen, sondern auch diejenige über den Antheil am Gesamtgut überhaupt und das Recht auf Theilung aus (1442. 1519 Abs. 2. 1549.). Die Verwaltung hat der Mann, vorbehaltlich gewisser Einwilligungrechte der Frau (1443 fg.). Die Quoten machen sich erst bei Auseinandersetzung nach Beendigung des Verhältnisses geltend (1476. 1546. 1549.). Für die vollständige Theilung eines Rechtes in mehrere selbständige Rechte (d) kann man wegen der erwähnten abweichenden Regelung der Miterbenverhältnisse im BGB. die Theilung der Obligationen unter mehrere Erben nicht mehr anführen; es fehlt aber im BGB. nicht an anderen Beispielen für diese Erscheinung. Dahin gehört die Theilung der zu Gunsten des Eigenthümers eines Grundstücks bestellten theilbaren Reallast im Falle der Theilung des Grundstücks des Berechtigten (1109), der Uebergang eines Theils einer Forderung auf den Bürgen, wenn derselbe den Gläubiger theilweise befriedigt (774), die Theilung einer Hypothek in verschiedenen Fällen (1143. 1145. 1151. 1152. 1176 und dort angeführte §§.)

II. Der Mensch als Rechtssubject.

A. Beginn und Ende der menschlichen Persönlichkeit*.

§ 52.

Der Mensch ist fähig, Subject von Rechten und Verbindlichkeiten, Rechtssubject zu sein, er ist rechtsfähig, von dem Augenblicke seiner Existenz an. Beginnt aber die Existenz des Menschen erst mit der Geburt, oder schon mit der Erzeugung? Die Auffassung des römischen Rechts ist folgende. Das Kind im Mutterleib ist noch nicht Mensch¹; wird es aber als rechtsfähiger Mensch geboren, so wird, was seine eigene rechtliche Lage angeht², seine Existenz ge-

* Savigny II § 61—63, Sintonis I S. 91—95. Sturm Gruchor's Beitr. XXIX S. 278 fg. [Ueber den Beginn ferner: Bekker I § 45, Hölder § 19, Dernburg I^c § 50, 1—3, Regelsberger I § 58, Gierke I § 41.]

§ 52. ¹ L. 9 § 1 D. 35, 2: — „partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur“. L. 1 § 1 D. 25, 4: — „partus . . . antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum“.

² In l. 7 D. 1, 5 heißt es: quotiens de commodis ipsius partus quaeritur“. Aber vgl. l. 26 D. 1, 5, l. 48 § 5 D. 47, 2 (wird an einer schwangeren Sclavin ein furtum begangen, so ist das von ihr geborene Kind res furtiva). Der Gegensatz, welchen die l. 7 cit. hervorheben will, ist der, daß, wo die Existenz eines Menschen einem Andern einen rlichen Vortheil bringt, diese Existenz erst von der Zeit der Geburt an gerechnet werden dürfe. Sie denkt hauptsächlich, wenn nicht allein, an die durch die Gesetzgebung der ersten Kaiserzeit an

rechnet nicht erst von der Zeit seiner Geburt, sondern bereits von der Zeit seiner Erzeugung³. Fallen daher dem Kinde im Mutterleibe Rechte an, so kann es dieselben, da es noch nicht Mensch und folglich nicht rechtsfähig ist, zwar einstweilen nicht erwerben; von der anderen Seite aber ist der Anfall nicht nichtig, wenn nur das Kind hinterher als rechtsfähiger Mensch geboren wird; die Rechte gelten dann als einem rechtsfähigen Subjecte anerfallen⁴. Bis zur Geburt des Kindes bestehen sie einstweilen als subjectlose fort, und nur in ungenauer Redeweise können sie schon jetzt als Rechte des Kindes bezeichnet werden⁵.

[Das **BGB.** behält dem Erzeugten, noch nicht Geborenen das gesetzliche Erbrecht vor (1923 Abs. 2; vgl. 1963 Satz 2. 2043 Abs. 1), es behandelt in einigen anderen erbrechtlichen Vorschriften den bereits erzeugten Erben, Vermächtnisnehmer auf dem Fuße des bereits vorhandenen Menschen (2101 Abs. 1. 2162 Abs. 2. 2178), gewährt der Mutter zu Gunsten des zu erwartenden Erben oder Nacherben Unterhaltsansprüche (1963 Satz 1. 2141), kennt Pflegschaft zur Wahrung der künftigen Rechte einer Weibesfrucht (1912) und gibt auch dem erst erzeugten Unterhaltsberechtigten den Anspruch wegen Tödtung des Pflichtigen nach § 844.]

Durch die Geburt wird nicht nothwendig eine menschliche Person und folglich ein Rechtssubject hervorgebracht. Damit es der Fall sei, ist nothwendig, daß das Geborene menschliche Bildung

das Kinderhaben angeknüpften Belohnungen und Straffreiheiten. Hinlänglich allgemein ist der Ausdruck in l. 231 D. 50, 16: „cum de ipsius iure quaeritur“. L. 26 D. 1, 5: „in toto paene iure civili“. Vgl. Savigny II S. 4–6. 12 fg., Dernburg Pfandr. I S. 446 fg., Göppert organische Erzeugnisse S. 172 fg.

³ In den Quellen heißt es schlechthin, der Ungeborene werde als bereits geboren angesehen (s. die in der vorigen Note citirten Stellen) — ungenau; denn wird er nicht als rfähiger Mensch geboren, so ist er auch nach rlicher Betrachtung nie Mensch gewesen. L. 7 pr. D. 34, 5. „Utrum ita postumus partem faciat, si natus sit an et si natus non sit, quaeritur. Ego commodius dici puto, si quidem natus non est, minime eum partem facere, sed totum ad te pertinere, quasi ab initio tibi solido relicto“. L. 129 D. 50, 16. Hölber I S. 98.

⁴ L. 30 § 1 D. 29, 2, l. 7 pr. D. 34, 5, l. 3 D. 5, 4.

⁵ § 2 I. 2, 14: „eius qui in utero est servus“. Nichtig drückt sich l. 3 D. 5, 4 aus: „antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei iura reservarent“. Rudorff (zu Buchta § 114 b) erklärt den Ungeborenen für eine juristische Person. Daraus würde folgen, daß er erwürde, und wenn er hinterher nicht als rfähiger Mensch geboren würde, das Erworbene wieder verlore. Hierauf antwortet in der 10. Aufl. Rudorff, wenn ich ihn recht verstehe, daß der Ungeborene nicht erwerbe: aber wozu denn die juristische Persönlichkeit? S. auch Bangerow I S. 64. 65 der 7. Aufl., Köppen die Erbschaft S. 46 fg.

habe⁶, lebendig⁷ und keine Fehlgeburt sei.^{8 9}

[§§. beschränkt sich auf die Bestimmung, daß die Rechtsfähigkeit des Menschen mit der Vollendung der Geburt beginnt. Die Geburt ist aber vollendet, wenn das Kind völlig aus dem Mutterleib ausgetreten ist. Daß es lebendig geboren sein muß, ist als selbstverständlich nicht zum Ausdruck gebracht. Das Geborene muß ein Mensch sein. Ob es lebende Geburten gibt, die auf diesen Namen keinen Anspruch haben, sei es wegen zu früher Ausscheidung aus dem Mutterleibe, sei es wegen Mißbeschaffenheit, ist medicinische Frage, die durch die Ausführungen Mot. I S. 28 fg. wohl nicht endgültig verneint ist. Ist ein lebender Mensch geboren, so ist die Frage der Lebensfähigkeit nicht mehr aufzuwerfen; das Kind war rechtsfähig, auch wenn es sofort wieder verstarb, gleichviel aus welchem Grunde.]

⁶ L. 14 D. 1, 5. l. 3 i. f. C. 6, 29, l. 12 § 1 D. 28, 2. Sgl. l. 44 pr. D. 11, 7.

⁷ L. 3 i. f. C. 6, 29. l. 12 pr. D. 28, 2, l. 129 D. 50, 16. S. II. 124. Wird, wenn ein todttes Kind geboren wird, Alles so angesehen, als sei die Frau nicht schwanger gewesen? Das (Gegentheil führt unter Vorführung des betreffenden Quellenmaterials aus die (gut geschriebene) Abhandlung von Krieg Relation der Erbschaft im Falle einer Todtgeburt. München 1876. Dazu Lewes Grünb. 3E. IX S. 135 fg. [Die Fähigkeit beginnt erst mit der Vollendung des Geburtsaktes; zu dieser Zeit muß das Kind noch gelebt haben l. 3 C. 6, 29; das in der Geburt verstorbene steht dem Totgeborenen gleich. So auch § 23 (Ges. v. 6. Febr. 1875.)

⁸ L. 2 C. 6, 29, § 1 I. 2, 13, vgl. Paul. sentent IV. 9 § 1. 6. Fehlgeburt: abortus. Die Fehlgeburt kann auch lebendig sein; das lebendig Geborene ist Fehlgeburt dann, wenn es nicht so lange im Mutterleibe gewesen ist, daß es sein Leben außerhalb des Mutterleibes fortsetzen kann. Dagegen schließt eine auf anderen Gründen beruhende Lebensunfähigkeit die Fähigkeit nicht aus. Das Letztere ist heutzutage unbestritten; nicht, daß Lebensfähigkeit in jenem ersten Sinn Voraussetzung der Fähigkeit allerdings sei. Savigny III Weil. III, Vangerow I § 32 Anm. Für die richtige Meinung namentlich Wächter Comm. de partu vivo non vitali pars I—V (Lipsiae 1863—1866). Einen Bericht über den Inhalt dieser akademischen Programme gibt Fitting ACPr. I. S. 1 fg. S. auch Wächter Pand. I § 40. [Mit Wächter und Windscheid: Hierke I § 41, II, 3.] A. M. Hölder I S. 99, Bekker I S. 175, Bättschi über das Erforderniß der Vitalität für den Beginn der Persönlichkeit, Züricher Inaug.-Diss. 1887. [Gegen das Erforderniß der Vitalität auch Regelsberger I § 58, II. Dernburg I § 50, 1, a fordert Vitalität in dem Sinne, daß das Kind nothdürftig ausgetragen, d. h. mindestens sechs Monate getragen ist (nach l. 12 D. 1, 5). Nitsche die Vitalität Erl. Diss. 1892.]

⁹ [Die Beurkundung der Geburten erfolgt nach dem Reichsges. 6, 2 75 über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung. Die Eintragung in das Geburtsregister erfolgt auf Anzeige (§§ 17—20), über deren Richtigkeit nur ausnahmsweise Ermittlungen angestellt werden (§§ 21. 127). Dennoch beweist die Eintragung wie der beglaubigte Auszug aus dem Register nicht nur die Thatsache der erfolgten Anzeige, sondern die eingetragene Geburt selbst bis zum Nachweis der Fälschung, der unrichtigen Eintragung, oder der Unrichtigkeit der Anzeigen, oder der Feststellungen, auf denen sie ruht (§ 15). Diese Sätze bleiben auch nach dem Inkrafttreten des RGA. in Geltung.

§ 53.

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

Entsteht Streit darüber, ob ein Mensch noch lebe oder nicht, so muß den Tod beweisen, wer sich auf den Tod, das Leben, wer sich auf das Leben beruft.* Verschollene gelten^b aber nach heutigem gemeinem Gewohnheitsrecht als gestorben, sobald seit ihrer Geburt 70 Jahre verflossen sind; der größeren Sicherheit wegen wird jedoch eine Edictalcitation erlassen, und daß sie keinen Erfolg gehabt habe, durch eine Erklärung des Gerichtes ausgesprochen (s. g. Todeserklärung)¹. Von der andern Seite gilt auch der Verschollene, was an-

[* Dernburg I § 50, 4, Regelsberger I § 59, III, Gierke I § 42, I. § 58.

Die Beurkundung der Sterbefälle erfolgt in der entsprechenden Weise und mit den gleichen Wirkungen wie die der Geburten. RGf. 62. 75 § 56 fg. §§ 15.]

[^b Präsumtion, vorbehaltlich des Gegenbeweises! Bekker I § 47^o. Dernburg I § 51, II, 4. Regelsberger I § 61, II, c. (Gierke I § 42, III, 5.)

¹ Vgl. über diese Lehre vor Allem die treffliche und erschöpfende Abhandlung von Bruns Jahrb. des gem. R. I S. 90 fg. (1857), aus der älteren Literatur außer den bei Bruns Citirten noch: Tschierpe über die Vormundtschaft für Abwesende und deren Vermögen (1831), herausg. von Trotsche (1866). ✓ Stobbe I § 38, Roth I S. 340—372, Böhlau Mecklenb. Pandr. II S. 326 fg. [Bekker I § 47. Wendt § 18. Hölber § 20. Dernburg I § 51. Regelsberger I § 61. Gierke I § 42, III. Riesenfeld Verschollenheit und Todeserklärung nach gemeinem u. preuß. R. u. s. w. Breslau 1891. Fadda-Bonsa I p. 720 sg. (z)]. Das r. R. half, abgesehen von einigen besonderen Bestimmungen, durch die Erwägung der Wahrscheinlichkeit im einzelnen Fall. Bruns a. a. O. S. 92—122. [Daß das r. R. keine Todespräsumtion kannte, darüber vgl. Sacchi Arch. giur. LI p. 497 sg. (dazu Schneider fr. RZS. XXXV S. 487 fg.), Fadda-Bonsa I p. 721 sg., Regelsberger a. a. O. S. 249.] Daß das vollendete 70. Lebensjahr das entscheidende sei, hat sich erst im 18. Jahrhundert festgestellt, auf Grund von Psalm 90 B. 10. Bruns S. 174 fg. [Hölber S. 100, Regelsberger a. a. O.⁷, Gierke a. a. O.⁴⁶.] Auch der Zeitpunkt des Todes wird durch das vollendete 70. Jahr bestimmt, die s. g. Todeserklärung hat nur declaratorische Wirkung. Bruns S. 176—186. 198—201, Fangerow I § 33 Anm. 1, Stobbe Nr. 4, Roth S. 363. Cf. XXV. 5. [Die Todeserklärung ist declaratorisch nur in dem Sinne, daß als Todeszeit nicht der Zeitpunkt ihres Erlasses, sondern der des vollendeten 70. Lebensjahres gilt, aber sie ist insofern doch constitutiv, daß durch ihren Erlaß erst eine Präsumtion jenes Inhalts begründet wird. Bekker I § 47^o, Hölber S. 101 fg., Regelsberger a. a. O., I, c und II, B, 3, Gierke a. a. O. ⁶². ⁷⁴. Für constitutive Wirkung in dem Sinne, daß der Tod als erst mit dem Urtheil eingetreten gilt: Dernburg a. a. O. ¹² m. Text.] Darüber, wie es zu halten sei, wenn der Verschollene zur Zeit des Verschwindens das 70. Jahr bereits zurückgelegt hatte, hat sich bei der Seltenheit des Falles eine feste Meinung weder in Theorie noch Praxis bilden können; ein Urtheil der Leipziger Juristen-Facultät von 1784 geht auf das (in der früheren Zeit vielfach als überhaupt entscheidend

fallende Erbschaften und Vermächtnisse angeht, bis zu dem bezeichneten Zeitpunkt als lebend, so daß sein Leben nicht weiter bewiesen zu werden braucht².

[Nach § 683. (13—19) erfolgt die Todeserklärung durch Urtheil im Aufgebotsverfahren. Die genauere Regelung des Verfahrens soll in die C.P.D. aufgenommen werden. (Denkschr. z. Entw. d. R.V.R. Anl. II C.P.D. § 836 a fg.) Die Todeserklärung ist zulässig, wenn seit 10 Jahren keine Nachricht von dem Leben des Verschollenen eingegangen und dasjenige Kalenderjahr abgelaufen ist, in welchem er das 31. Lebensjahr vollendet haben würde. Die zehnjährige Frist beginnt mit dem Schlusse des letzten Kalenderjahres, in welchem der Verschollene den eingegangenen Nachrichten zufolge noch gelebt hat. An ihre Stelle tritt eine ebenso zu berechnende Frist von 5 Jahren, wenn der Verschollene z. B. des Erlasses des festgehaltenen) 100. Jahr zurück. Bruns S. 186, 187, 201, Stobbe²². [Dafür Regelsberger a. a. L.²³ m. Text. Dagegen Dernburg a. a. L.²⁴: es muß nur längere Zeit keine Nachricht eingegangen sein. Auch Bekker a. a. L. und Gierke a. a. L.²⁵ wollen richterliches Ermessen entscheiden lassen, letzterer auch bei Verschwinden kurz vor dem 70. Jahr.] Es können aber auch schon vor dem Ablauf des bezeichneten Termins die nächsten Erben des Verschollenen Auslieferung seines Vermögens zu vormundschaftlicher Verwaltung gegen Caution begehren. S. II § 447 a. E. [Das Verfahren ist ein Aufgebotsverfahren im Sinne von C.P.D. 823 fg. (Vgl. Senffert C.P.D. vor § 838 S. 1020 fg. Daf. S. 1021 Uebersicht über die Landesgesetze.) Die Todeserklärung ist processual ein Auschlussurtheil (vgl. Gierke a. a. L.²⁶.)]

² Bruns S. 123, 124, 140—142, 168—172, 193—196. Bruns S. 195. „Daß eine ganz absolute und allgemeine Präsuntion für die Fortdauer des Lebens grundlos und unzweckmäßig ist, soll nicht geleugnet werden. Damit ist aber die besondere Begründung und Zulassung derselben bei den activen und passiven Erbverhältnissen des Verschollenen ganz wohl vereinbar“. Doch ist auch die entgegengesetzte Ansicht (also: der Sinn der Präsuntion sei nur, nach dem 70. Jahre lebe der Verschollene nicht mehr, nicht auch, bis dahin lebe er) namentlich durch die Ausführung von Cropp (Heise und Cropp jur. Abhandl. II 4. 5 [1890]), welche „aber durch Vernachlässigung der historischen Entwicklung der vorigen Jahrhunderte entschieden auf einseitigen Grundlagen beruht“ (Brunns S. 193), in Theorie und Praxis zu mannigfacher Anerkennung gelangt. Bruns S. 195; Bl. f. R.Anw. zum. in Bayern XXVI Nr. 2—4 (1861), Köppen Erbr. S. 444 fg., Unger österr. Erbr. § 36⁹, Northoff Arch. f. prakt. R.W. N. N. II S. 1 fg., Stobbe²²,²³, Roth²⁴ fg. Sturm Gruchot's Beitr. XXIX S. 299 fg., Bekker I S. 163 fg., Fitting die Grundlagen der Beweislast (1888) S. 37 fg. [Hölzer S. 101, Regelsberger I § 61, III.] S. I. 160, III. 185, VII. 356, IX. 49, 254, XII. 1, XIV. 149, XV. 200, XXXI. 307, XXXIII. 190, XXXV. 177, XL. 92 (H.G.), XLIII. 2 (H.G.), XLIV. 163 (H.G.). An der Lebenspräsuntion halten fest die Erkenntnisse bei S. III 298, V. 31, IX. 310, XXII. 8, XXXII. 328, vgl. auch 327. Ich halte das Argument, welches die Vertheidiger der Lebenspräsuntion aus der successio ex nunc ziehen, für nicht widerlegt. [Für die Lebenspräsuntion auch Gierke I § 42 S. 369. — Dernburg I § 51, I: gegen die Lebenspräsuntion in Ansehung des Erwerbs des Verschollenen; was er aber während seines nachweisbaren Lebens erworben hat, wird ihm erhalten.]

Urtheils das 70. Lebensjahr vollendet haben würde (14). Das Urtheil soll den Zeitpunkt des Todes feststellen, und zwar nach dem Ergebniß der Ermittlungen. Sofern diese nichts anderes ergeben, soll es den Zeitpunkt als Todeszeit feststellen, in welchem die Todeserklärung zulässig geworden ist. Die Todeserklärung begründet die Vermuthung, daß der, über den sie ergeht, zu dem in Urtheil festgestellten Zeitpunkte verstorben ist; also auch, daß er bis dahin gelebt hat; ist nur der Tag festgestellt, so gilt dessen Ende als Todeszeit (18). Besondere Vorschriften bestehen für Kriegsfall, Seefahrt und sonstige Lebensgefahr (15—17). Eine unbeschränkte Präsumtion des Fortlebens ist anerkannt, solange nicht die Todeserklärung erfolgt ist; und zwar wird vermuthet, daß der Verschollene lebt bis zu dem Zeitpunkte, welcher bei der Todeserklärung in Ermangelung eines anderen Ergebnisses von Ermittlungen als Todeszeit festzustellen ist, d. h. im Allgemeinen bis zu dem Zeitpunkt, in welchem die Todeserklärung zulässig wird. In diesem Zeitpunkt hört also die Lebenspräsumtion von selbst auf; die Todespräsumtion dagegen begründet erst die Todeserklärung. Diese kann die bisherige Lebenspräsumtion abändern, indem sie eine andere Todeszeit feststellt.]

³ Wie den Tod eines Menschen beweisen muß, wer sich auf denselben beruft, so den Zeitpunkt des Todes, wer sich darauf beruft, daß Jemand zu einem bestimmten Zeitpunkt gestorben sei. Dieß gilt namentlich für den Fall, wo Rechte darauf gegründet werden, daß von zwei Menschen einer den anderen überlebt habe, einer zu Lebzeiten des anderen gestorben sei. Ist es nicht möglich, den Beweis dieser Thatsache zu erbringen, so können die betreffenden Rechte nicht in Anspruch genommen werden⁴. Nur wenn Eltern und Kinder zusammen umgekommen sind, hilft das römische Recht durch die Vermuthung, daß die geschlechtsreifen Kinder die Eltern überlebt haben, die nicht geschlechtsreifen vor ihnen gestorben seien⁵. Abgesehen von

³ Vgl. zum Folgenden: Mühlenbruch *ACPra.* IV S. 391 fg. (1821) Gaedke *de iure commorientium* (1830). [Wetter I § 46 Abs. 2, Hölder § 21, Dernburg I § 50⁴, Regelsberger I § 60, Gierke I § 42¹⁻⁴, Fadda-Bensa I p. 731 sg. (α).]

⁴ L. 16—18 l. 9 § 3 D. 34, 5, l. 8 eod., l. 32 § 14 D. 24, 1, l. 26 D. 39, 6, l. 35 [34] D. 36, 1 (eine andere Auffassung in Betreff des in dieser letzteren Stelle behandelten Falles in l. 9 pr. D. 34, 5, l. 34 pr. l. 42 pr. D. 28, 6).

⁵ L. 9 § 1. 4 l. 22. 23 D. 34, 5, l. 26 pr. D. 23, 4. *M. f. Annv.* zum in Bayern XXXVII S. 302 fg. Die Vermuthung gilt aber nicht unbedingt: l. 18 [17] § 7 D. 36, 1 (l. 9 § 2 D. 34, 5). [In beiden Fällen wird sie dem erwünschten praktischen Ergebniß zu Liebe verlassen.] Mühlenbruch a. a. O. will sie auch bei anderen Personen anwenden. Diese Ansicht ist zu vermeiden, da kein sicherer Anhaltspunkt für eine analogische Ausdehnung gegeben ist. [So auch die bei ³ Hinzugefügten (Fadda-Bensa p. 735 sg.)]. Aus demselben Grunde darf auch das Erforderniß des zusammen, d. h. durch dieselbe Thatsache, Umgekommenseins nicht nachgelassen werden. *M. M.* sind in dieser letzteren

diesem Falle nimmt das römische Recht für zusammen Ungekommene Gleichzeitigkeit des Todes an⁶.

[Nach §§. 20 wird immer, wenn mehrere in einer gemeinsamen Gefahr ungelommen sind, vermutet, daß sie gleichzeitig gestorben sind, also auch, wenn es Eltern und Kinder sind.]

III. Rechtlich in Betracht kommende Verschiedenheit der Menschen.

Geschlecht, Alter, Gesundheit.

§ 54.

Die Verschiedenheit des Geschlechts* begründet regelmäßig

Beziehung (namentlich auch mit Berufung auf l. 11 pr. D. 37, 11, welche Stelle aber von unserer Vermuthung nicht spricht) Mühlenbruch a. a. D. S. 397—399, Hierulff S. 92, Höding I § 32¹¹, Arndts § 27¹. Dagegen Savigny II S. 22, Vangerow I § 33² und Sf. II. 125. Sf. XL. 176: die Vermuthung gilt nicht für uneheliche Kinder eines Mannes. [Wie hier auch Vetter, Regelsberger, Dernburg, Gierke a. a. D., Fadda-Bensa p. 734 sg. Mit Recht sagt Hölder a. a. D., es genüge der Nachweis des Todes beider Personen zu einer Zeit, wo dieselbe Gefahr das Leben beider bedrohte, es könne nicht der Beweis verlangt werden, daß sie wirklich dieser Gefahr erlegen sind.]

⁶ S. die in den beiden vorigen Notizen citirten Stellen, und vgl. II § 42⁹ No. 2. Savigny II S. 20. [Nach einigen gelten überhaupt, abgesehen von dem Falle zu ⁵ zwei Personen dann als gleichzeitig gestorben, wenn sich das Zeitverhältniß nicht feststellen läßt. So Vetter a. a. D.¹, Hölder S. 104, Dernburg a. a. D. S. 116. Vetter nennt dieß eine Präsumtion, Dernburg und Hölder behandeln es als selbstverständliche logische Folgerung daraus, daß man die Todeszeiten nicht kennt; ähnlich auch Fadda-Bensa p. 733 sg. M. G. lassen es die Quellen, abgesehen von dem Falle der Eltern und Kinder, selbst wenn beide Personen in gleicher Gefahr ungelommen sind, dabei bewenden, daß man die Zeitfolge der Todesfälle nicht kennt. Die Annahme der Gleichzeitigkeit derselben würde gar nicht dazu dienen, Schwierigkeiten zu heben; denn Fälle wie Regeschäfte pflegen auf eben diesen Fall keine Rücksicht zu nehmen, sondern ihre Folgen davon abhängig zu machen, wer den andern überlebt. Der Form nach kann dieß dahin lauten, es komme darauf an, wer zuerst stirbt, oder darauf, wer zuletzt stirbt, es gelte das und das, wenn A vor B stirbt oder wenn B nach A stirbt. Kann nun nicht bewiesen werden, wer zuerst und wer zuletzt gestorben ist, so ist von Fall zu Fall zu erwägen, ob entscheidend ist der Mangel des Beweises, daß der eine vor dem andern, oder der Mangel des Beweises, daß der eine nach dem andern gestorben ist. Hierfür ist die Ausdrucksform des Regeschäftes oder Regeschäftes von geringerem Gewicht als die Bedeutung, welche nach ihren Intentionen der Reihenfolge der Todesfälle beizumessen ist und diese Behandlungsweise ist es auch, welche das mitgetheilte Quellenmaterial zeigt. Ähnlich Regelsberger I § 60.]

§ 54. [⁹] Vgl. Vetter I § 48, Dernburg I § 55, Regelsberger I § 62, Gierke I § 43, Fadda-Bensa I p. 740 sg. (31).

eine Verschiedenheit der privatrechtlichen Beurtheilung nicht¹. Doch sind Weiber auf der einen Seite zu bestimmten Rechtsverhältnissen unfähig, wie z. B. zur Vormundschaft; auf der andern Seite werden sie in einigen Fällen milder beurtheilt, als die Männer, wie z. B. bei dem Eintreten in eine fremde Schuld². Ein Zwittergeschlecht erkennt das römische Recht nicht an³.

[Das **§§.** behandelt Männer und Frauen durchaus gleich mit der einzigen Ausnahme, daß Frauen eine Vormundschaft ablehnen können (1786, 1). Haupt- und Nebenwirkungen der Ehe und des Verhältnisses zwischen Eltern und Kindern gehören natürlich nicht hierher. Ein Zwittergeschlecht kennt auch das **ABW.** nicht. Vgl. *Not. I* §. 26.]

Größere Bedeutung für die privatrechtliche Beurtheilung hat die Verschiedenheit des Alters^{2a}. Namentlich kommt in Betracht das jugendliche Alter, weniger das Greisenalter³, jenes hauptsächlich als Grund der Beschränkung der Handlungsfähigkeit (§ 71).^{3a} In dem

¹ Daher l. 195 pr. D. 50, 16. „Pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utramque sexum plerumque porrigitur“. L. 1 eod. „Verbum hoc si quis tam masculos quam feminas complectitur“. Vgl. l. 52 eod. Daß nicht auch umgekehrt, wenn in gesetzlichen Bestimmungen vom weiblichen Geschlecht die Rede ist, die Bestimmung auf das männliche Geschlecht erstreckt werden darf, ist deswegen nicht weniger sicher, weil l. 45 pr. D. 31 von gesetzlichen Bestimmungen nicht spricht.

² Ein allgemeines Princip versucht aufzustellen l. 2 pr. D. 50, 17; vgl. l. 9 D. 1, 5. — Das ältere r. R. beschränkte die Frauen auch in der Handlungsfähigkeit (Ulp. XI. 27. Gai. l. 189—193), ebenso das ältere deutsche R. Von Vesterem hat sich in Deutschland particulararlich noch Einiges erhalten. Kraut Vormundschaft II §. 391 fg., Stobbe I § 39. Für das neuere Reichsrecht: Mandry § 2. [Das Reichsr. hat für die Handelsfrau (**ABW.** 6), die Genossenschaftlerin einer eingetragenen Genossenschaft (Genoss.-Gef. 1/5. 89 § 23 Abs. 4), die Gewerbetreibende (Gew.-C. 11 Abs. 2) in Ansehung der Handels- und Gewerbs-Geschäfte, der genossenschaftlichen Verpflichtungen, die i. g. weiblichen Wohlthaten beseitigt. Die Schutzvorschriften für Arbeiterinnen Gew.-C. 137—139a sind zunächst öffentlicher Natur, gewinnen aber privatrechtliche Bedeutung durch den Satz, daß Verträge, durch welche Verbotenes bezweckt wird, nichtig sind.]

^{2a} L. 10 D. 1, 5.

[^{2a} Vgl. *Wekkers I* § 49, *Sölders* § 25, *Dernburg I* § 53. 54, *Regelsberger I* § 63, *Gierke I* § 44. *Fadda-Bonsa I* p. 753 ag. (γ)].

³ *Ehribaut* über die *Sonectus*, *ACPra.* VIII §. 74 fg. (1825). [Vgl. § 435, 13.]

[^{3a} *Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*: § 117; *Vesonderheiten bei Verjährung*: § 109⁶; *Erstigung*: § 182¹¹; § 183; *Rechtsirrtum* § 79⁶; *Verzug*: § 278, 3; *Beweislast bei condictio indebiti*: § 426²⁰; *Unfähigkeit zur Vormundschaft*: § 434, 1, b. E. ferner § 670, 2. § 671, 1.] Für das neuere Reichsr. vgl. *Mandry* § 1. [**ABW.** 210: *Veseitigung der processualen Wiedereinsetzung wegen Minderjährigkeit*; **ABW.** 149. 172, *Haftpflichtgef.* 7/6 71 § 8,

jugendlichen Alter wird unterschieden: 1) die Zeit der Kindheit⁴, d. h. bis zum vollendeten 7. Jahre⁵; 2) die Zeit der Geschlechtsunreife⁶, welche nach der Annahme des römischen Rechts beim männlichen Geschlecht mit dem vollendeten 14., beim weiblichen mit dem vollendeten 12. Jahre aufhört⁷; 3) die Zeit der Minderjährigkeit⁸, d. h. die Zeit bis zum vollendeten 21. Jahre⁹. Minderjährige können nach zurückgelegtem 20. bez. 18. Jahre durch den Regenten für volljährig erklärt werden, ohne jedoch dadurch in allen Beziehungen den Volljährigen gleichgestellt zu werden¹⁰.

(Genossen.-Ges. 1 5 88) § 117: (Gleichstellung mit Volljährigen in gewissen Verjährungsfällen. — Die Vorschriften der Gew.-O. betr. jugendliche Arbeiter (107 fg. 135 fg.) erhalten privatrechtliche Bedeutung in Verbindung mit dem Satz in Note 2 a. E. — Ehemündigkeit (welche nicht nur Sache der Handlungsfähigkeit ist): Ges. 6/2 75 § 28. Alter bis zu welchem Kinder zur Eheschließung der Einwilligung der Eltern bedürfen: das. § 29.]

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

⁵ L. 18 pr. C. 6, 30, l. 1 § 2 D. 26, 7. [vgl. Pernice *Pabeo* I S. 214 fg., *Puhl* *Salvius Julianus* I S. 151, *Gradenwitz* *Interpolationen* S. 99 fg., *Uenel Palingenia* Ulp. 992³.]

⁶ *Impubertas*—*pubertas*, *impubes*—*pubes*. Der *impubes* heißt insofern er unter Vormundschaft steht *pupillus* (Mündel). [*Pupillus* (das Püppchen) hat etymologisch mit der Tutel nichts zu thun, und wird auch, wiewohl seltener, für den *impubes* in väterlicher Gewalt gebraucht. L. 141 § 2 D. 45, 1.] Auch die *Ausbürde prima*, *secunda aetas* kommen vor, z. B. l. 30 C. 1, 4. In der deutschen Sprache wird die *pubertas* gewöhnlich als Mündigkeit bezeichnet: mit Unrecht, denn es ist dieß „weder mit der Sprache des gemeinen Lebens, noch mit der Terminologie unserer älteren Gesetze übereinstimmend“. Kraut *Vormundschaft*. I S. 155. *Stobbe* I § 40, I, *Hd.* IV § 264, 2. *Heusler* *Institut*. d. deutsch. *Privatr.* II S. 489 fg.

⁷ Pr. I. 1, 22, l. 3 C. 5, 60. Das zurückgelegte 18. Jahr [richtiger ein Altersunterschied von 18 Jahren zwischen zwei Personen] wird *plena pubertas* genannt in § 4 I. 1, 11, l. 40 § 1 D. 1, 7; vgl. l. 14 § 1 D. 34, 1. [S. § 661 ¹⁰]. Der Ausdruck *proximus pubertati* geht, wie der entsprechende *proximus infantiae*, auf eine bestimmte Altersstufe nicht.

⁸ *Minor*—*maior aetas*; *minores XXV annis*—*maiores XXV annis*, aber auch, und zwar gewöhnlich, schlechthin *minores*—*maiores*. Die *maior aetas* heißt auch *legitima aetas*, z. B. in l. 5 C. 6, 53, weil die Festsetzung dieser Altersgrenze auf einer *lex* (*Placitoria*) beruht. [Wommisen *Sav.* 3 S. XII S. 269 fg.] Im Deutschen wird der Gegensatz zur Minderjährigkeit durch die Ausdrücke: Großjährigkeit, Volljährigkeit bezeichnet. [Hef. 172 75 sagte: Großjährigkeit, *AGB.* wieder: Volljährigkeit.]

⁹ *RGes.* vom 17. Februar 1875. Nach r. R. dauert die Minderjährigkeit bis zum vollendeten 25. Jahre. L. 1. D 4, 4.

¹⁰ Der lateinische Ausdruck für Volljährigkeitserklärung ist *venia aetatis*. L. 2. 3 C. 2, 44 [45]. Kraut *Vormundschaft* II S. 168—171. *Stobbe* § 40

[Nach §§. sind Kinder bis zum vollendeten 7. Lebensjahr geschäftsunfähig (104 vgl. unt. § 71, 3) und delictsunfähig (828 Abs. 1. vgl. unt. § 101, 5). Der gemeinrechtliche Pubertätstermin ist bedeutungslos. Mit dem vollendeten 16. Lebensjahr tritt wie bisher die Ehemündigkeit des weiblichen Geschlechts ein (1303); ebenso die Testirfähigkeit (2229 Abs. 2). Vom vollendeten 7. bis zum vollendeten 18. Lebensjahre besteht bedingte Delictsfähigkeit (vgl. unt. § 101, 5). Der Termin der Volljährigkeit ist das vollendete 21. Jahr geblieben (2). Alle Minderjährigen vom vollendeten 7. Lebensjahre an sind in der Geschäftsfähigkeit beschränkt (106 fg. vgl. unt. § 71, 4). Mit der Volljährigkeit tritt für das männliche Geschlecht die Ehemündigkeit ein (1303); der Termin derselben ist also gegen das bisherige Recht um ein Jahr verschoben. Gleichzeitig tritt für beide Geschlechter die Befreiung von der Nothwendigkeit elterlicher Einwilligung zur Eheschließung ein; dieser Termin ist also herabgesetzt; vgl. noch 1318 Abs. 2. 1781, 1. 2237, 1. — Minderjährige ohne Unterschied des Geschlechts, welche das 18. Lebensjahr vollendet haben, können für volljährig erklärt werden durch Beschluß des Vormundschaftsgerichts (3). Sie werden dadurch vollständig den Volljährigen gleichgestellt (3). Der Beschluß soll nur ergehen, wenn er das Beste des Minderjährigen befördert (5). Er setzt keinerlei Antrag voraus, wohl aber die Einwilligung des Minderjährigen und, wenn er unter elterlicher Gewalt steht, diejenige des Gewalthabers, letzteres mit gewissen Ausnahmen (4). Die Gleichstellung mit den Volljährigen erstreckt sich nicht nothwendig auf Vorschriften, welche nicht Volljährigkeit, sondern Vollendung des 21. Lebensjahres fordern, wenn dieß aus einem selbständigen Grunde geschieht. In § 1305 B. G. B. liegt aber ein solcher selbständiger Grund nicht vor. Während in den Entwürfen ebenso wie nach den Beschlüssen der Reichstagscommission die Befreiung von der Nothwendigkeit elterlicher Einwilligung zur Eheschließung an die Vollendung des 25. Lebensjahres geknüpft war, ist in der zweiten und dritten Fassung im Reichstage dafür die Vollendung des 21. Lebensjahres eingesetzt, und der Hauptgrund dafür war, daß dieß die nothwendige Consequenz des Eintritts der Volljährigkeit mit diesem Termin sei. (Stenogr. Berichte über die 2. und 3. Verathung [Guttentag'scher Separat-Abdruck] S. 186 fg. [Rebel]. S. 187 [Gröber]. S. 361 [Rebel]. S. 365 [Gröber]). Die abweichende Ansicht von Fischer Handausgabe § 3² hat, soviel ich sehe, nur den Buchstaben für sich; das Recht der Eltern ist hinlänglich durch ihr Widerspruchsrecht gegenüber der Volljährigkeitserklärung selbst gewahrt. — 50. Lebensjahr: 1744. — 60. Lebensjahr: 1786, 2.]

Was den Zustand der Gesundheit^{10a} angeht, so ist von rechtlicher Bedeutung namentlich die Störung der geistigen Gesundheit, die Geisteskrankheit (Wahnsinn), hauptsächlich als Grund der Ausschließung der Handlungsfähigkeit. Die verschiedenen Formen der

Nr. III. Bgl. II § 442^o. Sf. XXXVIII. 96. [Das Reg. 17 2 75 hat dieses Institut nicht beseitigt.]

^{10a} [Bgl. Keller I § 50, Dernburg I § 56, Reg.-Isbergger I § 64, Gierke I § 45, Fadda-Bensa I. p. 755 sg. (2).]

Geisteskrankheit¹¹ begründen eine Verschiedenheit der rechtlichen Behandlung nicht¹². Dagegen ist von der Geisteskrankheit die bloße Unentwickeltheit der geistigen Kräfte, die Geisteschwachheit, zu unterscheiden¹³.

[Ueber Geschäftsunfähigkeit der Geisteskranken nach §§. und was damit zusammenhängt vgl. unt. § 71; Delicte: RGH. 827, vgl. unt. § 101, 5; Entscheidungsgrund: 1569.]

Religiöses Bekenntniß*; Staatsangehörigkeit**;
[Wohnsitz]; Hausunterthänigkeit***; [Stand]****.

§ 55.

Was die Verschiedenheit des religiösen Bekenntnisses angeht, so sind die Nachtheile, welche das römische Recht und übereinstimmend mit demselben die Gesetzgebung der deutschen Kaiser über Keger und Apostaten auch in Betreff ihrer bürgerlichen Rechtsstellung verhängte¹, durch den westphälischen Frieden, die Bundesacte, und zuletzt durch das Reichsgesetz vom 3. Juli 1869 beseitigt worden². Ebenso sind durch das letztgenannte Gesetz beseitigt worden die Beschränkungen, welchen die Juden nach der Gesetzgebung des früheren

¹¹ In den Quellen werden unterschieden der furiosus und der mente captus oder demens, l. 25 C. 5, 4, l. 8 § 1 D. 26, 5. l. 6 D. de cur. fur. 27, 10, l. 28 C. 1, 4, l. 28 § 1 C. 5, 37.

¹² Für einen einzelnen Fall ausdrücklich anerkannt in l. 25 C. 5, 4. Deßwegen werden wohl auch die verschiedenen Ausdrücke als gleichbedeutend gebraucht, z. B. l. 7 § 1 D. 27, 10, l. 2 C. 5, 70. Der den Quellen geläufigste Ausdruck ist furiosus.

¹³ Fatuus. L. 2 D. 3, 1, l. 21 D. 42, 5. In § 4 I. 1, 23 wird derjenige, welcher in diesen Stellen fatuus heißt, mente captus genannt. Cic. Tusc. III. 5 bezeichnet den Zustand desselben als insaniam. Cf. XL. 5.

[* Hegelsberger I § 68, Gierke I § 54, 55, Fadda-Bensa I p. 760 sg. (s).]

[** Hegelsberger I § 67, I, Gierke I § 56, Fadda-Bensa I p. 763 sg. (s).]

[*** Bekker I § 57, Hegelsberger I § 69, Dernburg I § 52.]

[**** Hegelsberger I § 67, II, Gierke I § 46—51.]

§ 55.

¹ Cod. 1, 5 1, 7. 1, 11. Auth. *Credentes* Frid. II C. de haeret. 1, 5.

² Der Westphälische Frieden (I. P. O. art. V § 35) und die deutsche Bundesacte (Art. 16) haben nur den Bekennern der drei christlichen Religionsparteien den Genuß aller bürgerlichen Rechte gewährleistet. Die Anwendung der römischen Bestimmungen auf die anderen religiösen Bekenntnisse konnte auch schon vor dem im Text genannten Ref. als durch die Praxis beseitigt angesehen werden. Dieses Gesetz bestimmt: „Alle noch bestehenden, aus der Verschiedenheit des religiösen Bekenntnisses hergeleiteten Beschränkungen der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte werden hierdurch aufgehoben“. Vgl. Maudry § 6.

deutschen Reichs in Betreff ihrer bürgerlichen Rechtsstellung bis dahin noch unterlagen³. Die Ungültigkeit der Ehe zwischen Juden und Christen, welche das römische Recht ausspricht^{3a}, und das frühere gemeine Recht festgehalten hat⁴, ist durch das Reichsgezet vom 6. Februar 1875 § 39 aufgehoben worden^{4a}.

Die Beschränkung der Rechtsfähigkeit der Fremden, welche sich im früheren römischen Rechte findet, hat bereits im Justinianischen fast alle Bedeutung verloren⁵. Das heutige gemeine Recht kennt eine ungünstigere Behandlung Fremder für das Privatrecht nur in ganz vereinzeltten Anwendungen⁶. [Ueber die Bedeutung der Staatsangehörigkeit im internationalen Privatrecht vgl. § 35² und S. 127; über den Wohnsitz und seine rechtliche Bedeutung vgl. § 36.]

Die weit gehende Beschränkung der Rechtsfähigkeit, welcher die Hauskinder nach dem älteren römischen Rechte unterlagen, ist bereits im Justinianischen bis zur Unkenntlichkeit zusammengeschrumpft⁷.

³ N. A. 1551 § 79 (Verschreibungen von Christen zu Gunsten von Juden sind nichtig ohne gerichtliche Aufnahme). N. A. 1551 § 78—80, N. P. D. 1577 Tit. 20 § 4 (Verbot der Gession der einem Juden gegen einen Christen zustehenden Forderung an einen Christen). N. P. L. 1577 Tit. 20 § 3 (Beschränkung der Beweiskraft der jüdischen Handelsbücher). Vgl. Stobbe I § 46 Nr. VI. VIII. IX und unten II § 312^o, II § 335²¹. Vgl. auch I § 232^{11 a. E.}

^{3a} L. 6. C. 1, 9.

⁴ Schulte Kirchenr. § 300, Richter-Dove Kirchenr. § 279, Friedberg Kirchenr. § 50. I.

^{4a} Anwendbarkeit des jüdischen N. auf Verhältnisse der Juden. Stobbe I § 46 Nr. II, Roth § I 69¹⁰⁻¹², Mandry S. 73, S. XXIV. 3 und Citate das.

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

⁶ v. Bar [Theorie u. Praxis des internat. Privatr. I § 95 fg.]. Stobbe I § 42. 43. — R. P. 3. R. G. 11/6 70 § 61. 62, 30/11 74 § 20, [14 5 94 §§ 22. 23], 9 1 76 § 21. R. D. 4. Vgl. C. P. D. 102. 106. 661. Mandry § 4. [S. auch BGB. 1315.]

⁷ Hauskinder konnten nichts Eigenes haben; was sie erwarben, erwarben sie nicht für sich, sondern für ihren Gewalthaber. Im Justinianischen Re ist davon übrig geblieben, daß sie nicht für sich erwerben, was aus dem Vermögen des Gewalthabers an sie gelangt; nun ist nicht mehr ihre Nfähigkeit beschränkt, sondern in einer einzelnen Beziehung ihre Erwerbsfähigkeit. Außerdem ist ihre Dispositionsfähigkeit insofern beschränkt, als sie über gewisse Erwerbe kein Testament machen können. Ueber die Ansicht derer, welche auch für das ältere N. eine Beschränkung der Nfähigkeit der Hauskinder nicht zugeben wollen, s. Böcking I Windscheid, Pandekten. 8. Aufl. I. Band.

Dagegen gilt noch im heutigen gemeinen Recht der auf dem römischen und canonischen Recht beruhende Satz, daß Klosterpersonen (die in einen vom Papst bestätigten Orden eingetreten sind) vermögensunfähig sind; was sie haben und erwerben, fällt an das Kloster².

[§§§. kennt keine Beschränkung der Fähigkeit der Klosterpersonen. Nur erhält CG. 87 die Vorschriften der Landesgesetze aufrecht, nach welchen Ehrentungen an Mitglieder von Orden oder ordensähnlichen Congregationen der staatlichen Genehmigung bedürfen, oder nach welchen solche Personen nur mit dieser Genehmigung von Todes wegen erwerben können.]

Die bürgerliche Ehre*.

§ 56.

Das römische Recht kennt eine doppelte Art der Ehrenminderung.

1. Ehrenminderung kraft der öffentlichen Meinung. Dieselbe hat Einfluß auch auf die privatrechtliche Behandlung des Menschen: jedoch ist dieser Einfluß nicht von umfassender Art¹. [Die hierauf

§ 45, v. Scheurl Beiträge I S. 234, Arndts § 28¹. [Karlowa r. Regsch. II S. 88 fg.]

* Nach römischer Anschauung wurde durch den Verlust der Civität, des Hauses (der familia), und drittens der Freiheit eine juristische Umgestaltung der Persönlichkeit hervorgebracht. Dieselbe heißt *capitis diminutio*, und hatte selbständige (von dem Inhalt der Thatfachen, durch welche sie hervorgebracht wurde, unabhängige) Wirkungen. Für uns hat die Lehre von der *capitis diminutio* keine Bedeutung mehr. [Vgl. hiezu 7. Aufl.]

¹ Nov. 5 c. 5. c. 2. 6 X. de statu monach. 3. 35, Conc. Trid. Sess. XXV de regul. c. 2. Vgl. Roth I § 70 Nr. 5. Hellmann das gemeine Erbr. der Religiosen (München 1874) S. 11 fg. Singer die Behebung der für Ordenspersonen bestehenden Beschränkungen für das *commercium mortis causa* des can. u. österr. R., Innsbruck 1881, S. 1—64. Sf. XLI. 116. [Sf. XLVIII. 167 (CG. Frankfurt 1892): Sie sind gänzlich vermögensrechtlich räumlich, daher auch civilprocessual parteiunfähig. — Die mancherlei Standesprivilegien der Soldaten, welche das r. R. kannte, sind meistens beseitigt. Ueber das Soldatentestament vgl. § 544, 1. S. noch: § 79a ¹⁰. § 174 ⁹. § 267 ². § 434 ⁹. § 476 ⁹. § 516 ². Im übrigen gehört die Ständelehre in das deutsche Privat.]

* Glück V S. 129—217. Warezoll über die bürgerliche Ehre, ihre gänzliche Entziehung und theilweise Schmälerung (1824). Savigny II § 76—83 u. Heilage VII. [Pernice Pabeo I S. 240 fg. Bekker I § 54, Heil. II, Hölder § 23 S. 107 fg., Dernburg I § 58, Wendt § 21, Regelsberger I § 66, Gierke I § 52. 53. Fadda-Bonsa I p. 768 sg. (7. 8).]

§ 58. ¹ Die hauptsächlichste hierher gehörige Bestimmung ist, daß für Geschwister durch Vorziehung einer bescholtenen Person ein R. zur Aufhebung des Testaments wegen Verletzung des Pflichttheils begründet wird. [§ 579 ⁴.] Außerdem kommt die Bescholtenheit namentlich auch da in Betracht, wo der Richter überhaupt auf eine freie Würdigung der Person angewiesen ist, z. B. bei der Bestellung eines Vormundes. [Vgl. Sf. L. 27.]

bezüglichen Sätze des römischen Rechts sind im heutigen Recht, auch nach Inkrafttreten des RStGB. in Geltung geblieben; es entscheidet aber über die Frage, wer für ehrlos zu halten ist, die heutige Meinung.]

2. Ehrenminderung kraft Rechtsfuges, unter dem technischen Namen *infamia*². Ihre Quelle ist das prätorische Edict, an welches sich ergänzende kaiserliche Verordnungen angeschlossen haben³. Auch von dem canonischen Recht und der [alten] Reichsgesetzgebung wird sie noch anerkannt⁴. Wenn aber nach ihrer heutigen Anwendbarkeit gefragt wird, so ist vor allen Dingen festzuhalten, daß jede juristische Ehrenminderung ihre hauptsächlichste Bedeutung in dem Einflusse auf die öffentliche Meinung hat, welchen der unmittelbare Ausspruch des Gesetzes über den moralischen Werth oder Unwerth eines Menschen bei regelmäßigen Verhältnissen auszuüben nie unterlassen wird. Diese Bedeutung kann der römischen Infamie heutzutage schon deswegen nicht zukommen, weil die sie verhängenden Bestimmungen nur wenigen Gelehrten bekannt sind, nicht aber dem Volke. Der Sinn der Frage nach der heutigen Anwendbarkeit der römischen Infamie kann also nicht der sein, ob auch heutzutage noch für ehrlos zu erachten sei, wer durch jene Bestimmungen für ehrlos erklärt wird, sondern nur der, ob der durch diese Bestimmungen für ehrlos Erklärte noch

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

³ L. 5 § 2 D. 50, 13. „*Minuitur existimatio, quotiens manente libertate circa statum dignitatis poena plectimur, sicuti cum relegatur quis, vel cum ordine movetur, vel cum prohibetur honoribus publicis fungi, vel cum plebeius fustibus caeditur vel in opus publicum datur, vel cum in eam causam quae incidit, quae edicto perpetuo infamiae causa enumeratur*“. Das prätorische Edict in l. 1 D. 3, 2. Vollständige Aufzählung der Gründe der Infamie bei Savigny § 77, Puchta § 120, Arndts § 31¹, Bangerow I § 47 Anm., Rudorff 3S. f. RGesch. IV S. 45—61. Vgl. Karlowa z. Gesch. d. Infamie, 3S. f. RGesch. IX S. 204—241, Venel Sav. 3S. II S. 54 fg. und Edict S. 62 fg. Die Neueren unterscheiden *infamia immediata*, d. h. die unmittelbar in Folge einer gewissen Thatsache oder Lebensweise, und *infamia mediata*, d. h. die erst in Folge einer richterlichen Verurtheilung eintretende Infamie.

⁴ c. 2 C. 6 qu. 1. „*Omnes vero infames esse dicimus, quos leges saeculi infames appellant*“. Die N. C. von 1512 Tit. 1 § 2 schließt vom Notariat aus die „ehrlöß infames genannt“. Andere Reichsges. führen die Ehrlosigkeit als Strafe gewisser Vergehen neu ein, so P. G. D. Art. 107. 122. R. A. 1551 § 80, R. S. 1668. 1670. 1731 (Samml. d. RAA. IV S. 56. 72. 379), vgl. auch Auth. Frid. I. *Habita C. ne filius pro patre* 4, 13 und Auth. *Agricultores* Frid. II. C. *quae res pignori* 8, 16 [17].

fortwährend den mit dieser Ehrloserklärung in Verbindung gebrachten Nachtheilen unterliege. Diese Frage aber ist für das, hier allein in Betracht kommende, Privatrecht müßig, da sich unter jenen Nachtheilen privatrechtliche bereits nach Justinianischem Rechte nicht mehr befinden⁵. Die Nachtheile, welche das deutsche Recht an die Ehrlosigkeit anknüpft, beziehen sich auf einen Begriff der Ehrlosigkeit, für welchen die römische Lehre von der Infamie, wenn sie auch auf seine Entwicklung mit eingewirkt hat, nicht mehr maßgebend ist. [Uebrigens ist jedenfalls die juristische Ehrenminderung ein durch das RStGB. unter Ausschluß der römischen Bestimmungen über die infamia erschöpfend geregeltes Institut.]⁶.

Ein neuer gemeinrechtlicher Begriff juristischer Ehrenminderung ist [nämlich] geschaffen durch die Bestimmungen des deutschen Strafgesetzbuchs über die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte⁷. [Während die Verurtheilung zu Zuchthausstrafe stets gewisse die Ehre berührende Folgen hat, die jedoch nicht privatrechtlicher Natur sind, ist die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte eine besonders im Urtheil auszusprechende Strafe, unter deren im RStGB. normirten

⁵ Die an die infamia im Justinianischen Re angeknüpften Nachtheile sind folgende. a) Der infamis wird zum *postulare pro aliis* nur in beschränktem Maße zugelassen, l. 1 § 7. 8 D. 3, 1, bestätigt durch das c. N.: c. 2 C. 3 qu. 7. Nach späterem r. R. bildet das *postulare pro aliis* den Inhalt eines Amtes, des Amtes des Advocaten. b) In gleicher Weise ist der infamis unfähig zur Proceßprocuratur. Auf diese Unfähigkeit konnte sich früher auch der Gegner berufen; Justinian hat das aufgehoben (§ 11 I. 4, 13), und wenn das c. N. jene Unfähigkeit wiederholt ausgesprochen hat (c. 2 C. 3 qu. 7), so ist kein Grund vorhanden, anzunehmen, daß es in dieser Beziehung das r. R. habe reformiren wollen, so daß sich auch aus ihm nur ein *Remotionsr.* des Richters herleiten läßt. c) Ausschluß von *dignitates* und *honores*, welcher jedoch nicht bloß für infames, sondern für übelbeleumdete Personen überhaupt gilt, l. un. C. 10, 59 [57], l. 8 C. 10, 32 [31], l. 2 C. 12, 1. Die N. C. Tit. I § 2 hat hinzugefügt, daß einem infamis das Notariat nicht übertragen werden soll. Ueber die behauptete Unfähigkeit der infames zum Zeugniß s. Savigny II S. 222. [Vgl. 7. Aufl.]

⁶ Ueber die verschiedenen Ansichten in Betreff der heutigen Anwendbarkeit der römischen Infamie vgl. Marejoll a. a. O. S. 343 fg. Savigny II § 83, Puchta § 120, Sintenis I S. 99, Arndts § 33, Höding Grundr. I § 24. 32, Zeuffert § 49 Anm. 3, Rierulf § 101 fg., Vangerow I § 52 Anm., Wächter I § 45; die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Eichhorn § 87, Mittermaier I § 101, Gerber § 39, Weseler § 61, Stobbe I § 48; Roth I § 68; Mandry S. 92. [Hölzer S. 109] Dernburg I § 58 ²⁴. ²⁵. Keller I S. 180.

⁷ StGB. 31—37.

Folgen von privatrechtlicher Bedeutung sind: die Unfähigkeit des Verurtheilten, während der im Urtheil bestimmten Zeit Zeuge bei Aufnahme von Urkunden zu sein⁸ (St.G.B. § 34, 5), Vormund, Nebenvormund, Kurator, gerichtlicher Beistand oder Mitglied eines Familienrathes zu sein, es sei denn, daß es sich um Verwandte absteigender Linie handele, und die obervormundschaftliche Behörde oder der Familienrath die Genehmigung erteile (St.G.B. 34, 6). Durch andere Reichsgeetze⁹ sind weitere Folgen der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte hinzugefügt, insbesondere in der Richtung auf Ausschluß der davon betroffenen Personen von reichsgezetlich geordneten Corporationen¹⁰ oder Beschränkung ihrer Rechtsstellung innerhalb derselben^{11 12}. Auch ist anzuerkennen, daß Derjenige, dem die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind, immer für ehrlos auch im Sinne der obigen Riff. 1 zu halten ist¹³.

Vgl. §§. 1318 Abf. 2. 1781, 4. 2237, 2. G. 34, 1.]

Verwandtschaft und Schwägerchaft*.

§ 56a.

Ein Verhältniß der Person, welches im Rechte mannigfach in Betracht kommt, ist die *Verwandtschaft*¹. Verwandt ist Jemand mit

[⁸ Ein schriftliches Geschäft, dessen Gültigkeit durch die Fähigkeit der zugezogenen Zeugen bedingt ist, ist demzufolge nichtig, wenn einem der Zeugen die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt waren. Das Gleiche ist auch für mündliche Testamente und Cobicille anzunehmen; vgl. unt. § 542¹². Dagegen ist eine privilegirte militärische letztwillige Verfügung nach Militärgef. § 44, 3 im gleichen Falle gültig.]

⁹ Mandry S. 84 fg.

[¹⁰ Gew. C. 83. 100 Abf. 6 (Genossenschaftsgef. 1/5 89) § 66.]

[¹¹ Gew. C. 86. 100a Abf. 2, (Ges. üb. d. eingeschr. Hülfskass. 7 4 76 § 21 Abf. 1, Krankenversicherungsgef. 15/6 83 (10 4 92) § 37, Unfallversicherungsgef. 6/7 84 § 34 Abf. 2, § 42, (Ges. betr. d. Unfall- und Krankenversicher. der in land- und forstwirtschaftl. Betrieben beschäft. Personen 5 5 86 § 44 Abf. 5, (Ges. betr. d. Unfallversich. d. bei Bauten beschäftigt. Pers. 11/7 87 § 35 Abf. 3, Alters- und Invaliditätsversicherungsgef. 22/6 89 § 50 Abf. 1.)

[¹² Anderes: Gew. C. 53. 106, C.P.D. 858 Abf. 3.]

[¹³ Hierke I § 53²⁰.]

* Glüd XXIII S. 153 fg., Böding I § 49—56, Pring I § 36—41, Sintonis III § 138. [Dekker I § 56—58, Hölder § 24, Wendt § 19, Dernburg III §§ 2—4, Hegelsberger I § 70—73.]

¹ Cognatio, näher cognatio naturalis, im Gegensatz der cognatio civilis § 56 a. oder legitima, von welcher letzteren unten in diesem § die Rede sein wird. [Die Bedeutung der Blutsverwandtschaft zeigt sich namentlich im Erbr., dann im R. der Ehehindernisse. (vgl. Regf. 6/2 75 § 33, 1. 2), im Vormundschafts., in der

denjenigen Personen, mit welchen er durch die Gemeinschaft des Blutes verbunden ist²; im Einzelnen: mit denjenigen, von welchen er abstammt, mit denjenigen, welche von ihm abstammen, endlich mit denjenigen, mit welchen er von derselben dritten Person abstammt. Diejenigen, von welchen er abstammt, sind seine Ascendenten, diejenigen, welche von ihm abstammen, seine Descendenten (Abkömmlinge), diejenigen, mit welchen er von derselben dritten Person abstammt, seine Seitenverwandten. Die Verwandtschaft der Ascendenten und der Descendenten bildet die Verwandtschaft in der geraden Linie³. Die Nähe der Verwandtschaft bestimmt sich nach Graden, d. h. durch die Anzahl der Zeugungen oder Geburten, welche zwischen den beiden betreffenden Personen liegen⁴. Die Verwandtschaft kann auch eine mehrfache sein, d. h. zwei Personen können in mehrfacher Weise durch Zeugung oder Geburt unter einander oder jede mit einer dritten Person verbunden sein⁵. Die Seitenverwandtschaft ist eine vollbürtige oder halbbürtige, je nachdem das Verbindende ein Paar, oder nur Mann bez. Frau ist⁶. — Eine Verwandtschaft kann auch in künstlicher Weise hervor-

Alimentationspflicht. Vgl. ferner StGB. 52. 54. 257; CPD. 41, 3. 49. 348, 3; StPB. 22, 3. 31. 32. 51, 3.]

² Vgl. I. 1 § 1 D. 38, 8.

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

⁴ I. 10 § 9. 10 D. 38, 10. — Das c. R. hat ein anderes Princip der Zählung; es zählt nach Generationen. Zu einem abweichenden Resultate führt dieses Princip bloß bei der Seitenverwandtschaft; hier zählt das c. R. nur die eine [im Falle der Ungleichheit die längere] Seite.

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

⁶ *Fratres, sorores ex utroque parente, ex uno parente coniuncti*. Die Ausdrücke *consanguinei* und *uterini* bezeichnen Geschwister, welche den Vater bez. die Mutter gemein haben, ohne daß damit gleichzeitige Gemeinschaft der Mutter bez. des Vaters gелеugnet würde. Germani sind leibliche Geschwister, gleichgültig ob sie durch Vater und Mutter, oder nur durch eine dieser Personen verbunden sind. Ueber das Verhältniß der Vollbürtigkeit zu der mehrfachen Verwandtschaft s. Friß 3E. f. CN. und Pr. XV. 2. (1841).

gebracht werden, durch Annahme an Kindesstatt (Adoption); das Nähere hierüber in der Lehre von der Adoption⁷.

Außer der hier dargestellten Verwandtschaft kennt das römische Recht noch eine ganz andere, unter dem Namen der Agnation. Dieselbe beruht nicht auf der Gemeinschaft des Blutes, sondern auf der Gemeinschaft des Hauses (der familia), näher der väterlichen Gewalt. Agnaten sind diejenigen, welche unter der väterlichen Gewalt derselben Person stehen, oder stehen würden, wenn der gemeinschaftliche Stammvater noch lebte. Die Agnation kann nur durch Zeugung begründet werden, nicht durch Geburt; in gleicher Weise aber wie durch Zeugung wird sie auch durch Adoption begründet; umgekehrt wird durch künstliche Beendigung der väterlichen Gewalt auch die durch Zeugung begründete Agnation aufgehoben⁸. Dieser Begriff der Agnation ist aber für das heutige römische Recht nur noch von verschwindender Bedeutung⁹. Der deutschrechtliche Begriff der Agnation ist ein ganz anderer; Agnation im deutschrechtlichen Sinne ist Blutsverwandtschaft durch Mannesstamm, und zwar mit Beschränkung auf die männlichen Verwandten. —

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

⁷ §. II § 524. Den adoptirten Kindern gegenüber heißen die leiblichen *liberi naturales*. — Als Ehehinderniß kam auch das durch die Taufpatenschaft begründete Verhältniß (i. g. *cognatio spiritualis*) in Betracht schon nach r. R. (l. 26 i. f. C. 5, 4), in noch umfassenderem Maße nach c. R. Aufgehoben durch HGeJ. 6/2 75 § 39.

⁸ Die Legaldefinition, daß *agnati* die *cognati* durch Mannesstamm seien (Gai. I. 156. III. 10, § 1 I. 1, 15, § 1 I. 3, 2), ist zu eng und zu weit. Den letzten Fehler vermeidet Ulp. XI. 4. XXVI. 1, indem er hinzusetzt „*eiusdem familiae*“.

⁹ Daß er im Justinianischen Rechte seine Bedeutung ganz verloren habe, darf nicht behauptet werden, s. II § 524⁹, III § 631¹⁴, und vgl. v. Buchholz's Abhandlungen S. 96—105.

¹⁰ L. 4 § 3 D. 38, 10. Die Sprache des Lebens bezeichnet die Schwägerschaft theilweise als Stiefverwandtschaft. — Auch die Ehegatten selbst werden *affines* genannt, ja selbst auf die Brautleute wird diese Bezeichnung ausgebeht. Vat. Fr. 218. 302, l. 8 D. 12, 4, l. 38 § 1 D. 22, 1, l. 15 C. 5, 3, l. 5 C. 6, 24. Vgl. W. Sell MPr. XXII S. 237 fg. (1839). [Die rliche Bedeutung der Schwägerschaft ist gering. Vgl. HGeJ. 6/2 75 § 33, 3. StGB. 52. 54. 257; CPZ. 41, 3. 49. 348, 3; StPr. 22, 3. 31. 32. 51, 3. Das r. R. sagt: *gradus affinitati nulli sunt* (l. 4 § 5 D. 38, 10). Die angezogenen rchsrlichen Vorschriften rechnen aber zum Theil mit Graden der Schwägerschaft

[§ 56b. 1589] unterscheidet gerade Linie und Seitenlinie der Verwandtschaft wie das bisherige R. und folgt demselben auch in der Gradzählung. Auch die Schwägerschaft ist wie im bisherigen R. bestimmt; Linie und Grad der Schwägerschaft bestimmen sich nach der vermittelnden Verwandtschaft (1590). Die Wirkungen der Verwandtschaft wie der Schwägerschaft zeigen sich auf denselben Gebieten wie bisher. Vgl. auch GG. 33.]

§ 56b.

Unter den Thatsachen, auf welchen die Verwandtschaft beruht, ist eine, deren Beweis nicht bloß schwierig, sondern nahezu unmöglich ist; dieß ist die Zeugung. Für Kinder aber, welche in einer Ehe concipirt sind, ersetzt das Recht diesen Beweis durch eine Präsumtion, die Präsumtion, daß das Kind von dem Ehemann der Mutter erzeugt sei¹, wobei jedoch der Beweis des Gegentheils nicht ausgeschlossen ist². Die Zeit der Conception wird durch Zurückrechnung von

(C.P.D. 41, 3. 348, 3. St.P.D. 22, 3. 51, 3). Die Grade müssen dann nach Analogie der Blutsverwandtschaft gezählt werden.]

§ 56b. ¹ — „pater . . . is est, quem nuptiae demonstrant“, l. 5 D. 2, 4. R. / Fuchs die Avernuthung der ehelichen Vaterschaft nach römischem und neuerem R., mit besonderer Berücksichtigung des österr. Rechts. Wien 1880. [Vgl. bei die vortreffliche Untersuchung von Engelmann N. f. R.Nov. zum. in Bayern S. LIX Nr. 1 fg.]

² Dieser Beweis muß darauf gerichtet werden, daß der Ehemann mit der Ehefrau keinen geschlechtlichen Umgang gepflogen habe; es genügt nicht der Beweis, daß die Ehefrau auch mit einem andern Manne geschlechtlichen Umgang gepflogen habe. L. 12 [11] § 9 D. 48, 5, l. 29 § 1 D. 22, 3, l. 6 D. 1, 6. Cf. I. 162 Nr. 1 u. 3, II. 254, X. 267, XIX. 9, XX. 198, XXIX. 4, XXXVIII. 205, XXXIX. 183, R.G. XII S. 165. Beweis der Unmöglichkeit der Beivohnung verlangen Cf. I. 162 Nr. 2, II. 186, V. 176, XXIV. 207, XXXIII. 189, 280, XXXV. 267, XL. 90 (R.G. XII S. 166), XLI. 3, XLIII. 255 (R.G.). [Zugegen ausführlich Engelmann S. 50 fg. 65 fg.] Ueber die Zulässigkeit des Gegenbeweises aus dem Grad der Reife des Kindes s. ³ in der Mitte. Vgl. Fuchs S. 51 fg. Peller I S. 187 fg. [Hölder S. 111 verlangt als Gegenbeweis den Beweis, daß das Kind nicht von dem Ehemann erzeugt sein kann. Regelsberger I § 71, II, 3: Beweis, daß der Ehemann den Peischlaf mit der Frau innerhalb des 182. bis 300. Tages vor der Geburt nicht vollzogen habe, oder, daß er zeugungsunfähig sei. Dernburg III § 28, 1 will jeden überzeugenden Beweisgrund zulassen, so auch den Beweis aus der Race des Kindes (die Ehegatten Weiße, das Kind Mulatte). Engelmann (⁴) läßt als Gegenbeweise zu: 1) daß der Ehemann in der Conceptionszeit mit der Frau den Peischlaf nicht vollzogen hat (S. 34 fg. 50 fg. 65 fg.); 2) daß der Peischlaf die Geburt nicht begründen konnte, weil der Ehemann nicht zeugungsunfähig war (S. 35 fg. 73), oder weil durch sichere mechanische Mittel die Conception verhindert wurde (S. 73 fg.), oder weil die Frau conceptionsunfähig, insbesondere schwanger war (S. 74. 82 fg.); 3) den Gegenbeweis aus der Race

der Zeit der Geburt gefunden, und zwar ist die juristische Regel die, daß wenigstens 182 Tage zurückgerechnet werden müssen, und höchstens 10 Monate zurückgerechnet werden dürfen⁹. — Für Kinder, welche

des Kindes (S. 83 fg.). Dagegen schließt E. aus: den Gegenbeweis aus Geschlechtsverkehr der Frau mit andern (S. 35. 69), aus der Reife des Kindes (S. 36 fg. 84 fg.), aus Ähnlichkeit mit einem Dritten (S. 83).]

⁹ L. 12 D. 1, 5, l. 3 § 11. 12 D. 38, 16. Die Frist von 182 Tagen beruht auf l. 3 § 12 cit., während l. 12 cit. sagt, daß ein im 7. Monate der Ehe, also am 181. Tage, geborenes Kind ein eheliches sei. Man ist darüber einverstanden, daß Letzteres nur ein ungenauer Ausdruck ist (vgl. Savigny IV § 181 ², Höding I § 121¹⁸). [Hölzer S. 111, Regelsberger I § 71⁷, Dernburg a. a. O.⁷ Engelmann S. 20*.] Auch die Praxis hält constant an der Frist von 182 Tagen fest. Vgl. Sf. I. 161, 163, II. 254, V. 175, VIII. 229, X. 170, XI. 10, 11, XII. 36, XIII. 123, XV. 98. — Ueber die Berechnung der Frist s. Pl. f. Anw. zum. in Bayern XXX. 17, 18, XXXVI. 24; Sf. V. 175, XII. 36. Fuchs S. 30. — Darf aus dem Grade der Reife des Kindes ein Gegengrund gegen die Anwendung der gesetzlichen Regel hergenommen werden? Nein: Sf. I. 161, VIII. 229, XIII. 123, XV. 98, XVII. 115, XVIII. 109, XXXIV. 86, Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Koftod V. 70 (Sf. XXI 199), Hierulff Entscheid. des OAG. zu Lübeck I. 77, AG. XII S. 166; ja: Sf. VI. 210 a. O., XI. 11, XII. 161, XX. 9, XXI. 8, 9, vgl. auch IX. 24, XXV. 250. E. über diese Frage auch Wächter de partu vivo non vitali (§ 52*) § 5—8, Müngner zur Theorie und Praxis der Alimentenklage S. 109 fg., Fuchs S. 31 fg. 37 fg. 66 fg. Stinzing Jahrb. f. Dogm. IX. 5 (1868) will unterscheiden: bei den nach Auflösung der Ehe geborenen Kindern soll Gegenbeweis aus dem Grad der Reife zulässig sein, nicht bei den während der Ehe nach dem 181. Tage geborenen. St. nimmt aber ferner an, daß ein während der Ehe vor dem 182. Tage geborenes lebensfähiges Kind nicht notwendiger Weise ein uneheliches sei, hier jedoch soll Gegenbeweis aus dem Grad der Reife zulässig sein. Die Grundlage der Argumentation St. bildet die Abweichung des Schlusses a contrario aus den gesetzlichen Bestimmungen; es heiße, daß ein nach dem 10. Monate nach Auflösung der Ehe geborenes Kind nicht vom Ehemann erzeugt sein könne, aber nicht, daß ein vorher geborenes von ihm erzeugt sei; es heiße, daß ein am 182. Tage nach Eingehung der Ehe geborenes vom Ehemann erzeugt sei, aber nicht, daß ein früher geborenes nicht von ihm erzeugt sein könne. Die erste Auslegung halte ich für bedenklich, die zweite für mehr als bedenklich. — Vgl. noch II § 475¹⁷. [Gegen die Zulassung des Gegenbeweises gegen die Ehelichkeit eines in richtiger Zeit geborenen Kindes aus dem Reifezustande erklären sich auch Vetter I S. 188, c, Regelsberger I § 71, II, 3, c, Engelmann (1) S. 36 fg. 84 fg. Das vor dem 182. Tage nach Beginn der Ehe geborene Kind läßt Dernburg a. a. O.¹⁰ als ehelich gelten, wenn der Ehemann es anerkennt; hat er dieß einmal gethan, so bedarf es des Gegenbeweises gegen die Ehelichkeit. D. spricht sich aber nicht darüber aus, ob, wenn der Ehemann das Kind nicht anerkennt, der Beweis der Ehelichkeit zulässig sein soll. Regelsberger a. a. O. II, 2 läßt diesen Beweis zu, auch aus dem Reifezustand des Kindes, m. E. mit Recht. Dagegen ist der von Vetter a. a. O. S. 185 fg. versuchte Beweis, daß auch ein vorzeitig geborenes, vom Ehemann nicht anerkanntes Kind nur dann als unehelich gelte, wenn der Mann beweist, daß er mit der Mutter in der Conceptionszeit nichts zu thun gehabt hat, m. E.

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

§ 561. bestimmt die Empfängnißzeit auf die Zeit vom 181. bis zum 302. Tage vor der Geburt, beide Tage eingeschlossen, läßt aber den Beweis zu, daß das Kind noch früher empfangen ist, und bestimmt, daß dann zu Gunsten der Ehelichkeit des Kindes der entsprechende Zeitraum als Empfängnißzeit gilt (1592). Ist das Kind nach Eingehung der Ehe geboren, so ist es ehelich, wenn der Mann innerhalb der Empfängnißzeit der Frau beigewohnt hat (gleichviel ob vor oder innerhalb der Ehe); jedoch wird nur für die Zeit innerhalb der Ehe die Beiwohnung vermuthet, für die Zeit vor der Ehe gilt diese Vermuthung nur, wenn der Mann starb, ohne die Ehelichkeit des Kindes anzufechten. Das Kind ist, wenn die Beiwohnung des Mannes in der hiernach maßgebenden Zeit durch Beweis

nistungen. Für das später als 300 Tage nach Ende der Ehe geborene Kind lassen Dernburg a. a. O.¹¹ und Hegelsberger a. a. O. II, 1 mit Recht den Beweis der Ehelichkeit zu. Engelmann a. a. O. S. 21 fg. sieht in der Anerkennung eines Kindes, welches die Präsumtion der Ehelichkeit nicht für sich hat, durch den Ehemann nur ein Beweismittel, m. E. zutreffend. Ueber sonstigen Beweis zu Gunsten solcher Kinder vgl. denselben S. 23 fg.]

⁴ § 12 I. 1, 10, 1. 23 D. 1, 5.

⁵ Man spricht in diesem Falle von einer putativen Ehe. C. 2. 8. 14. 15 X. 4, 17.

⁶ L. 4 § 3 l. 5 D. 2, 4, l. 4 D. 38, 8, l. 4 § 2 D. 38, 10.

⁷ Das Nähere über die Legitimation im Familienrechte (II § 522). — Der Legitimation steht die bloße Anerkennung nicht gleich (vgl. Vähr Anerkennung S. 186 fg.; a. M. ohne genügenden Beweis (Unger Jahrb. für Dogm. VIII S. 184, vgl. II § 522⁷), obgleich sie für das Verhältniß des Anerkennenden zu dem Kinde nicht ohne Bedeutung ist. Das spätere v. M. behandelt nämlich die von einem Manne im Concubinate erzeugten Kinder (liberi naturales in diesem Sinne, vgl. § 56a⁷) in einzelnen Beziehungen als seine Kinder; dieß hat die deutsche Praxis auf die unehelichen Kinder überhaupt, ihre Anerkennung vorausgesetzt, übertragen. — Uebrigens erfordert die Legitimation durch nachfolgende Ehe nicht, daß das uneheliche Kind zur Zeit der Eingehung der Ehe bereits geboren war. Daher ist jedes in der Ehe, gleichgültig binnen welcher Frist nach Eingehung derselben, geborene Kind ein (durch Legitimation) eheliches, wenn es nur vom Manne anerkannt ist. L. 11 C. 5, 27, Nov. 89 c. 8 § 1. Cf. I. 163, XI. 10, XXI. 200, XXII. 287, 288, XXIV. 242, XXXI. 39. — Vetter I S. 185 fg. glaubt, in den genannten Stellen sei anerkannt, daß das in der Ehe geborene Kind schlechthin ehelich, nicht durch Legitimation ehelich sei. Dagegen Nö. XII S. 167 (Sf. XI. 91).]

oder (nicht durch Gegenbeweis widerlegte) Vermuthung feststeht, nur dann nicht ehelich, wenn es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, daß die Frau das Kind von dem Manne empfangen hat (1591). Innerhalb dieser Schranke kann also der Richter jeden Gegenbeweis zulassen, der nach seinem Ermessen zur Anwendung des letzten Satzes ausreicht. Der Beweis des geschlechtlichen Umgangs der Frau mit andern wird zweifellos nicht ausreichen; auch die Zulassung des Beweises aus Aehnlichkeiten wird der Intention des Gesetzes nicht entsprechen; wohl dagegen kann der Beweis aus der Race des Kindes, auch aus dem Reifezustande desselben ausreichend sein, letzteres, wenn sicher ist, daß das Kind zu einer andern Zeit concipirt ist, als in welche der erwiesene oder vermuthete Beischlaf des Mannes mit der Frau fällt. Die Unehelichkeit eines in der Ehe (auch vor dem 181. Tage) oder innerhalb 302 Tagen nach der Auflösung der Ehe geborenen Kindes kann nur geltend gemacht werden, wenn der Mann die Ehelichkeit angefochten hat, oder, ohne das Anfechtungsrecht verloren zu haben, gestorben ist (1593). Die Anfechtung durch den Mann kann nur erfolgen binnen eines Jahres von dem Zeitpunkt an, in welchem der Mann von der Geburt des Kindes Kenntniß erhielt (1594). Sie wird ausgeschlossen durch Anerkennung des Kindes nach der Geburt (1598). Die Anfechtung erfolgt bei Lebzeiten des Kindes durch Klage gegen dasselbe (1596), nach seinem Tode durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht (1597). Wird die Anfechtungsklage erhoben, so kann bis zur Erledigung des Rechtsstreits die Unehelichkeit anderweitig nicht geltend gemacht werden (1596 Abs. 3). Sie wird aber auch bei rechtskräftiger Abweisung des Mannes von niemanden geltend gemacht werden können. Wird die Anfechtungsklage zurückgenommen, so gilt die Anfechtung als nicht erfolgt (1596 Abs. 2), also auch im Sinne des § 1593. Wird nach Erhebung der Klage das Kind von dem Manne anerkannt, so gilt die Anfechtung ebenfalls als nicht erfolgt (1596 Abs. 2). Während aber die zurückgenommene Klage erneuert werden kann, und trotz Zurücknahme der Klage nach dem Tode des Kindes erneute Anfechtung durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht möglich ist, ist beides nach Anerkennung nicht mehr zulässig. Daß uneheliche Kinder mit ihrem Vater nicht verwandt sind, spricht BGB. 1589 Abs. 2 aus; daß sie auch mit den Verwandten des Vaters nicht verwandt sind, ergibt sich daraus von selbst. Ueber Kinder aus nichtigen Ehen s. BGB. 1699 fg.]

IV. Die juristische Person*.

A. Begriff und Arten.

§ 57.

Eine juristische Person ist eine nicht wirklich existirende, nur

* Savigny II § 85—102. Puchta Rechtslexicon III S. 65 fg. (kleine Schriften Nr. 28) (1840). Pfeifer die Lehre von den juristischen Personen nach gem. und württemb. R. (1847). Prinz 1. Aufl. S. 979—1150 (1868). 2. Aufl. I § 59—63 (1873). III. § 432—454 (1888). W. Serment Associations et corporations. Genève 1877 (Inauguralchrift). Karlowa Grünh. 3E. XV S. 381—432 (1888). Pöding I § 62—66, Unger I

vorgestellte Person, welche als Subject von Rechten und Verbindlichkeiten behandelt wird (§ 49) ¹.

Nicht alle Rechtsverhältnisse können mit einer juristischen Person als ihrem Subjecte in Verbindung gebracht werden. Es ist das nicht möglich bei denjenigen, welche eine menschliche Existenz zur Grundlage haben, d. h. bei den Familienverhältnissen. So ist die Rechtsfähigkeit der juristischen Person auf das Vermögensrecht beschränkt ^{1a}.

Als juristische Personen kommen in unserem Rechte folgende vor ^{1b}:

1. Mehrheiten von physischen Personen ^{1c}, ^{1d}. Wie Sachen und Rechte

§ 42–44, Sintonis I § 15, Wächter I § 53–58, Dernburg I § 59 fg., Bekker I § 59 fg. E. auch die Lehrbücher des deutschen Privatr. von Beseler § 66–72, Pluntschli § 33–45, Gerber § 49–57, Stobbe I § 49–62, Roth I § 71–73. Roth bayerisches Civl. I § 34–48. Pöhlau Mecklenb. [✓] Vandr. II § 149–153. Gierke Das deutsche Genossenschaftsr. 1. Band: Abgesch. [✓] der deutschen Genossenschaft (1868). 2. Band: Geschichte des deutschen Körper- [✓] schaftsbegriffs (1873). 3. Band: die Staats- und Corporationslehre des Alter- [✓] thums und Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland (1881). Derf. die [✓] Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung (1887). Ueber die letzte [✓] Schrift f. Sohn Ep. f. RW. VII S. 1 fg., Behrend 3E. f. HN. XXXIV [✓] S. 273 fg. [[Kurtzhard Grünh. 3E. XVIII S. 1 fg.; vgl. § 49^o]]. [Gierke [✓] deutsch. Privatr. I § 58–78. Hölder § 26–29. Bekker I § 59–69. Dernburg [✓] I § 59–66. Wendt § 24–29. Regelsberger I § 75–93. Giorgi la dottrina [✓] delle persone giuridiche o corpi morali. 3 voll. 1889–92. Fadda-Bensa [✓] I p. 775 sg. E. auch die Angaben zu § 49.]

¹ Vgl. Bekker I S. 204. 205.

§ 57. ^{1a} T. h. die privatrechtliche Fähigkeit, welche hier allein in Betracht kommt. [✓] Hölder S. 131. Wendt § 27, 1. Juristische Personen können aber auch [✓] Träger von Gewalten und Befugnissen sein, welche dem öffentlichen R. angehören. [✓] Für das öffentliche R. ist der Begriff der juristischen Person nicht minder [✓] wichtig als für das Privatr. Bernays Arch. f. öff. R. V S. 169 fg. — [✓] Injurien gegen eine juristische Person? Vgl. S. f. XXIV. 33. Holze in (Holt- [✓] dammer's Arch. 1878 1. Heft. Gierke Genossenschaftstheorie zc. S. 147 fg. [✓] 493. [Am besten behandelt die Fähigkeit der juristischen Personen, auch unter [✓] Berücksichtigung des öffentlichen R. Gierke I § 66, § 77, IV, 3. § 78, VII. [✓] Vgl. auch Regelsberger I § 81. § 90, I. Dernburg I § 65, 1.]

^{1b} Die aufgestellten Classificationen sind verschieden: Vgl. Hölder § 26, [✓] Wendt § 24–26, Dernburg I § 59, 1, Regelsberger § 75. § 80, Gierke [✓] I § 60. § 62, II. § 76, II. § 77, I. III. § 78, I. IV.]

^{1c} R. R.: Pernice Vabeo I S. 263 fg. Cohn, z. röm. Vereinsr. (1873). [✓] Viebenam z. Geschichte u. Organisation d. röm. Vereinswesens. 1890 3. [✓] Merkel, Conrad's Handwörterb. d. Staatswiss. s. v. collegia. [[Karlowa [✓] RGesch. II. § 2.]]; auch das. § 1 das Staatsvermögensr. Gradewitz Grünh. [✓] 3E. XVIII S. 337 fg.]

^{1d} Reichsrechtlich sind folgende Arten von Personenvereinigungen geordnet, [✓] denen juristische Persönlichkeit zukommt: 1. Actiengesellschaften (§ 93. [Gef. 187 [✓] 84] Art. 207 fg. E. HN. 165 fg.). 2. Erwerbs- und Wirtschaftsgenossen- [✓] schaften (Gef. 47 68, jetzt Gef. 15 89). 3. Gesellschaften mit beschränkter

(§ 42 ²), so können auch Personen in der Weise zusammengefaßt werden, daß sie in ihrer Zusammenfassung als eine neue, von den einzelnen zusammengefaßten Personen verschiedene und ihnen gegenüber selbständige Existenz, als ein Personenganzes (Personengesamtheit, Personeneinheit) ², erscheinen. Regelmäßig ist die zusammengefaßte Mehrheit eine zugleich gleichzeitige und successive, so namentlich wenn Personen-Vereinigungen zu juristischen Personen zusammengefaßt werden, wobei dann die Vereinigung noch entweder ein mehr natürliches Dasein haben kann, oder mehr ein auf menschlicher Willkür beruhendes ^{2a}. Wesentlich ist jedoch weder das Eine noch das Andere; die Mehrheit kann auch eine bloß gleichzeitige ^{2b}

Haftung (Ges. 204 92). 4. Eingeschriebene Hilfsklassen (Ges. 74 76 u. 16 84). 5. Alte Innungen (Gew.-D. 81 fg.). 6. Neue Innungen (Gew.-D. 97 fg.). 7. Innungsverbände, denen der Bundesrath die juristische Person verliehen hat (Gew.-D. 104^a [Ges. 23 4 86]). 8. Gewerbliche Hilfsklassen (Gew.-D. 140). 9) Berufsgenossenschaften (Unfallversicherungsges. 67 84. Ges. 285 85. 55 86. 11 7 87. 13,7 87). 10. Ortskrankenkassen (Ges. [15,6 88] 10,4. 92 § 16 fg.). 11. Betriebs- (Fabrik-) Krankenkassen (daf. § 59 fg.). 12. Baukrankenkassen (daf. § 69 fg.). 13. Innungskrankenkassen (daf. § 73). 14. Versicherungsanstalten nach dem Alters- u. Invaliditätsversicherungsges. 22,6 89 § 41 fg. 15. Kolonialgesellschaften, denen der Bundesrath die juristische Persönlichkeit verliehen hat. (Ges. 193 88 § 8). Freilich ist die juristische Persönlichkeit der Actiengesellschaft bestritten; die der Kommanditgesellschaft auf Actien ist nicht anzuerkennen; ebenso ist die offene Handelsgesellschaft, die einfache Kommanditgesellschaft keine juristische Person; noch weniger die stille Gesellschaft. Die unter 4. 8. 10. 11. 12. 13. 14. aufgeführten Gebilde sind m. E. trotz des abweichenden Namens sämmtlich Corporationen; doch läßt sich dies namentlich bei Nr. 13 bestritten. Die umfangreiche Literatur kann hier nicht angegeben werden. Vgl. Stobbe I §§ 57. 58. 60 u. dort Citirte, Gareis, die Literatur des Privat- u. *HR.* 1884—1894 ✓ (Jurist. Literaturber. 1884—1894 Ergänzungsbd. 3. *UW.* f. *HR.* S. 4 1896) S. 31—34. v. Kirchenheim; d. Literatur d. Staatsr. u. Verwaltungsr. (daf. S. 8) S. 36—40. S. auch Gierke Jahrb. f. Dogm. XXXV S. 170 fg.]

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

^{2a} Beispiele: Gemeinden, Zünfte, Gesellschaften zu gemeinnützigen, wissenschaftlichen, künstlerischen, geselligen, Handels-, Industrie- u. Zwecken. Ueber die römische *societas publicanorum* vgl. Schmid *UCPr.* XXXVI S. 166—183, Noester *ZE.* f. *HR.* IV S. 274—300, Salkowski (§ 58²) S. 29—45, Künze fr. *ZE.* VI S. 60. 61, Prinz (1. Aufl. S. 1009) fg., 2. Aufl. III S. 495), Pernice *Vabeo* I S. 295 fg. *Parerga* II S. 105 fg., W. Cohn zum römischen Vereinsr. S. 155 fg. (1873), Gierke *Genossenschaftsr.* III S. 42. [Marquardt-Kommss. Handb. d. röm. Alterthümer V S. 300 fg.]

^{2b} Es ist nicht nothwendig, daß die Vereinigung auf die Dauer berechnet und der Eintritt neuer Mitglieder vorgesehen sei. Stobbe I § 51¹.

oder eine bloß successive³ sein. Die heutzutage gebräuchliche Bezeichnung für eine solche aus einer Mehrheit von physischen Personen bestehende juristische Person ist Corporation⁴; doch wird dieser Ausdruck nicht gern da gebraucht, wo die Mehrheit der zusammengefaßten Personen nur eine successive ist^{4a, 4b}.

³ Wenn Jemand ein Vermögensstück in der Weise aussetzt, daß der Genuß desselben den successiven Inhabern eines Amtes zu Gute kommen soll, so ist das Subject dieses Vermögensstückes nicht der jedesmalige einzelne Beamte, welcher es genießt, sondern die ideale Einheit aller Beamten, wenn man nicht, was allerdings auch möglich ist, den Gesichtspunkt der Stiftung will eintreten lassen (s. diesen § a. E.). Natürlich ist es nicht anders, wenn das Amt von einer gleichzeitigen Mehrheit von Personen verwaltet wird. Dieß darf man freilich nicht so ausdrücken: auch die Aemter seien zu den juristischen Personen zu rechnen. [Dagegen auch Hegelsberger I § 79, II, Gierke I § 62 a. E.] Man würde dadurch die Vorstellung erwecken, daß es möglich sei, Vermögen mit einem Amte als seinem Subjecte in der Weise in Verbindung zu bringen, daß es zu den Zwecken dieses Amtes verwendet werden müßte. Das Subject eines mit dieser letzteren Bestimmung ausgelegten Vermögensstückes würde nicht das Amt sein, sondern der Staat, welchem gegenüber das einzelne Amt keine selbständige Existenz hat. — Zum Beweise des eben Gesagten darf man sich allerdings nicht auf l. 25 D. 50, 1, und noch weniger auf l. 12 § 5 [l. 9 § 8] D. 50, 8 und l. 56 D. 31 berufen. Vgl. über diese Frage Heise Grundriß S. 25, Böcking I S. 233, 234, Seuff. § 54; und auf der andern Seite Hierulff S. 130, Savigny II S. 237, 376, 379, Puchta § 27 m, Sintenis I § 15⁷, Vangerow I S. 93, Unger I S. 325—327, Stobbe I § 49^{24, 25}. Cf. XXII. 211, 266, XXIV. 106. [Wetter I S. 211 fg., Gierke Genossenschaftstheorie x. S. 173 fg. S. 836¹. vgl. § 49².] [[Der bei^{1a} citirte Aufsatz von Bernatzki, welcher überschrieben ist „Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere“ faßt das Amt nur von seiner öffentlich rechtlichen Seite ins Auge.]]

⁴ Der Ausdruck corporatio findet sich in Nov. Severi tit. II (a. 465), von corporati ist die Rede in l. 5 C. 4, 63, rubr. und l. un. C. de priv. corporat. 11, 15 [14]. Der dem klassischen Sprachgebrauch angehörige Ausdruck corpus, welcher an und für sich ebenso allgemein ist, wie universitas, scheint nur auf die Corporationen, welche eine mehr willkürliche Existenz haben, also nicht auf die Gemeinden, bezogen zu werden. Ein entsprechender Ausdruck ist der Ausdruck collegium. Savigny II S. 260, 261. Abweichende Ansichten über den Sinn der römischen Bezeichnungen entwickelt M. Cohn zum römischen Vereinsr. S. 4 fg., s. auch Gierke Genossenschaftsr. III S. 66¹⁴. [Daß auch öffentlich-rechtliche Vereinigungen bis hinauf zum Staate corpus heißen können, hat Cohn a. a. O. nachgewiesen, vgl. auch Georges s. v. corpus II, 3, e, α.]

^{4a} Vgl. Brinz 1. Aufl. S. 1009 fg., aber auch 2. Aufl. I S. 136, Stobbe I § 51².

^{4b} Es giebt im deutschen Reben zahlreiche Personenvereinigungen, welche, ohne juristische Persönlichkeit zu besitzen, doch in vielen Beziehungen der Corporation, angenähert sind. Vgl. darüber Dernburg I § 61, 3, 6, Hegelsberger I § 79 III, Stobbe I § 61, Gierke I § 76, III, welsch letzterer freilich für das gemeine R. derartige Verhältnisse nicht anerkennt; Rümelin, Methodisches über juristische Personen (§ 49¹) S. 56 fg. Das PöB. (54) unterstellt alle Vereine, welche

2. Anstalten zur Verfolgung frommer oder sonst gemeinnütziger Zwecke, Armenhäuser, Hospitäler, Schulen u. s. w.⁵ Hierher gehört es auch, wenn von einer Kirche als Vermögenssubject gesprochen wird; unter Kirche wird hier eine zur Verfolgung eines religiösen Zweckes errichtete Anstalt verstanden. Andererseits freilich kann als Subject des Kirchenvermögens auch die Kirchengemeinde, also eine Corporation gedacht werden⁶.

3. Vermögensbegriffe. Als Subject von Rechten und Verbindlichkeiten wird das Vermögen selbst gedacht, zu welchem sie gehören. Dieß ist z. B. der Fall bei der ruhenden Erbschaft (§ 49 zu Note 2). Es ist aber ferner auch der Fall beim Fiscus; denn Fiscus bedeutet seiner Wortbedeutung nach die Staatskasse⁷. Indem also der Fiscus als juristische Person behandelt wird, wird personificirt nicht die Gesamtheit der zum Staate vereinigten Individuen, sondern das Staatsvermögen. Derselbe Gesichtspunkt liegt endlich auch zu Grunde, wenn von Stiftungen als juristischen Personen geredet wird. Denn unter Stiftung läßt sich nur verstehen das zu einem bestimmten Zweck gestiftete Vermögen. Wenn die Verfolgung des Stiftungszweckes sich in einer Anstalt verkörpert — was nicht nöthig ist⁸ — so concurrirt

nicht rfähig sind, dem Gesellschaftsr. Jedoch ist zufolge der dem Reichstage vorgelegten Denkschrift (Guttentag S. 315) für die C.P.C. als § 49^a Abf. 2 eine Bestimmung in Aussicht genommen, nach welcher Vereine, die nicht rfähig sind, verklagt werden können, wie wenn sie rfähig wären. Daß sie ebenio klagen können, ist nicht vorgesehen. Vgl. noch unt. § 58^a.]

⁵ In den Quellen des r. R. werden nur Anstalten zu frommen Zwecken genannt (vgl. l. 23 C. 1, 2, l. 34 [35], 45 [46] C. 1, 3); daher der Ausdruck der Neueren *pium corpus* (die ältere Doctrin identificirte die Begriffe der juristischen Person und der Corporation, Glück II S. 162, Höpfner Comment. zu den Instit. S. 82, vgl. Roth in Jahrb. f. Dogm. I S. 189), oder *pia causa*. — Es ist, auch für das heutige R., oder wenigstens für das römische und canonische, die juristische Persönlichkeit der *piae causae* ganz geleugnet und die Behauptung aufgestellt worden, das wahre Subject des ihnen zugewendeten Vermögens sei die betreffende Kirche oder weltliche Gemeinde. Rothhirt ACPr. X S. 321—325 (1827), Friß Erläuter. I S. 153, vgl. Roth Jahrb. f. Dogm. I S. 190—201. Diese Ansicht „beruht auf einer Verwechslung der Verwaltungs- mit der Existenzfrage“, Puchta § 27^k; vgl. außerdem Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück XL S. 79 fg., Hierulff S. 148—150, Savigny II S. 271, Wangerow I § 60 Anm. [Es gibt aber zahlreiche sog. unselbständige Stiftungen, entstanden durch Zuwendungen an eine andere juristische Person mit Zweckaufgabe. Vgl. Regelsberger I § 87, Dernburg I § 62^a.]

⁶ Savigny II S. 265—267, Prinz III § 438.

⁷ Savigny II S. 272—274. Vgl. Gierke Genossenschaftsr. III S. 60^{no}.

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

mit der Personificirung des Vermögens die Personificirung der Anstalt⁹.

Aus dem Gesagten ergibt sich der Satz, daß eine und dieselbe juristische Person unter verschiedenen Gestalten erscheinen kann. Ob man sagt der Staat oder der Fiscus, Kirche oder Kirchengemeinde, Anstalt oder Stiftung, Familienstiftung oder Familie, ist gleich; man meint dieselbe Person, obgleich man Verschiedenes personificirt^{9a}. Es kann daher das in der juristischen Person Personificirte, ihre Unterlage, ihr Substrat, für ihr Wesen nicht bestimmend sein. Vielmehr wird, wenn auf das Wesen gesehen wird, folgendermaßen zu unterscheiden sein. Es handelt sich

1) darum, daß ein Vermögen bestimmt ist, zur Erreichung eines gewissen, außerhalb des Vermögens liegenden, Zwecks verwendet zu werden. Dieser Zweck kann ein gemeinnütziger sein, wie bei dem Fiscus, den Gemeinden, gemeinnützigen Anstalten und Vereinigungen; er kann aber auch auf den Vortheil (Vermögens- oder sonstigen Vortheil) der die juristische Person bildenden Individuen gerichtet sein, so bei den Actiengesellschaften, Lejegesellschaften, Kunstvereinen, Vereinen zu geselligen Zwecken zc. zc. — Oder es handelt sich von einem Vermögen,

2) dessen Zweck ist, von gewissen Personen in gewisser Weise genossen zu werden¹⁰, so bei den Familienstiftungen¹¹, Stipendienstiftungen, der deutschen Realgemeinde; oder endlich

[[v. Scheurl, Familienstiftung ACPr. LXXVII S. 243 fg. (das Vermögen gehöre in gewissem Sinne [S. 245 fg.] der Familie, woraus geschlossen wird, daß es bei Aussterben der Familie freies Eigenthum des letzten Familiengliedes werde)]. — Anstalt ohne Stiftung? Vgl. Gierke Schmoller's Jahrb. XII S. 1246 fg. [[Derselbe Bekker's und Fischer's Beitr. 3. Erläuter. u. Beurtheil. d. G. PGR. N. 18 S. 51 fg., Dernburg I § 62, 1]]. [Mit Recht sondern diese Schriftsteller (s. auch Gierke Privat. I § 77) öffentliche Anstalten von den Stiftungen ab.]

⁹ Von Stiftungen handelt Pfeifer § 42—48, ferner Roth Jahrb. für Dogm. I S. 189 fg. (1857). Deutsch. Privat. I § 73. Kohler AN. III S. 228 fg. [Schloßmann Jahrb. f. Dogm. XXVII S. 1 fg.]

^{9a} Vgl. Stobbe I § 49 S. 429 fg.

¹⁰ Genossen zu werden. Dieß setzt voraus, daß nicht nur die Einzelnen, welche zum Genuße gelangen, nicht über die Substanz des Vermögens verfügen können, sondern das Vermögen auch im Uebrigen in seinem rlichen Bestande von den Ereignissen, welche den jeweiligen Inhaber betreffen, unabhängig ist. Ist dieß nicht der Fall, so ist kein Grund vorhanden, ein anderes Subject des Vermögens anzunehmen, als den jeweiligen Inhaber des Vermögens. — Der hier aufgestellte Gesichtspunkt ist auch entscheidend für die Streitfrage, ob als Subject der Grunddienstbarkeit der jedesmalige Eigenthümer des herrschenden Grundstücks, oder das Grundstück selbst anzusehen, letzteres also als juristische Person zu denken sei.

3) von einem Vermögen, welches in gewöhnlicher Weise für eine Person bestimmt, aber von dieser Person noch nicht erworben ist, wie bei der ruhenden Erbschaft¹².

[Das **§§** läßt die Regelung der durch andere Reichsgesetze geordneten juristischen Personen bestehen. Es unterscheidet bei seinen Bestimmungen Vereine (21 fg.), Stiftungen (80 fg.), juristische Personen des öffentlichen Rechts (89). Wo es aber von juristischen Personen im Allgemeinen spricht, sind auch diejenigen zu verstehen, welche das **VOB**. selbst nicht ordnet. (1061. 2101. 2105. 2109. 2163). Ferner ist der Grundsatz aufzustellen, daß die Satzungen des **VOB**. über Vereine auch auf diejenigen Corporationen, welche andere Reichsgesetze regeln, insoweit Anwendung finden, als nicht jene Gesetze, sachgemäß ausgelegt, entgegenstehen. Uebergangsvorschriften i. § 6b, II, 2. Eine ruhende Erbschaft gibt es im **VOB**. nicht.]

B. Rechtsverhältniß.

1. Die juristische Person als Rechtssubject.

§ 58.

Juristische Personen können Subjecte von (Vermögens-) Rechten und Verbindlichkeiten sein und werden¹, wie natürliche. Daraus folgt jedoch nicht, daß die juristischen Personen in allen Stücken den natürlichen Personen ganz gleich behandelt werden müßten. Wie sich bei ihnen vielfach Privilegien geltend machen, namentlich beim

Man muß sich für die erste Alternative entscheiden, weil jeder Eigenthümer des herrschenden Grundstücks die Dienstbarkeit ganz in derselben Weise hat, als wenn vor und nach ihm kein Anderer stünde, was sich namentlich auch im Falle der Confusion zeigt. Vgl. über diese Streitfrage Bangerow I § 53 Anm., Sinteris I § 15¹⁰, Arndts § 41⁵, Kunze Heid. fr. **RE**. I S. 548 fg., Elvers die römische Servitutentelehre S. 98 fg. Arndts macht gegenüber der Ausdrucksweise der Quellen: *praedio servitus debetur* und Ähnlichem darauf aufmerksam, daß es auch heißt: *„pecori debetur appulsus“* (l. 1 § 18 D. 43, 20) und: *„ager itineri servit“* (l. 13 § 1 D. 8, 3). Man kann auch den *servus poenae* hinzufügen. Vgl. auch noch § 201⁶ und Demelius Jahrb. f. Dogm. IV S. 180. — Stamm- und Fideicommissgüter? Bekker I S. 210: keine juristischen Personen, weil ohne organisirte Verwaltung.

¹¹ Bözl **RE**. f. deutsch. R. XVI Nr. 7 (1856). Gerber Jahrb. f. Dogm. II S. 351 fg. (1858). Prinz 1. Aufl. S. 1022 fg. [2. Aufl. III S. 551 fg.], Stobbe I § 49 S. 482 fg. [vgl. ⁹.]

¹² Bei der ruhenden Erbschaft paßt nicht die besondere Kategorie des Zweckes, sondern nur die allgemeinere der Bestimmung. Vgl. übrigens Prinz III § 364, Bekker Jahrb. f. Dogm. XII S. 95, Pand. I S. 141. 209. [Hölder S. 116, Dernburg I § 62, 3; vgl. unt. § 581.]

¹ Werden — daß die juristische Person Vermögen habe, ist begriffliche Voraussetzung ihrer Existenz nicht. Vgl. Stobbe I § 49⁶.

Fiscus^{1a}, so sind sie auf der anderen Seite auch wohl ungünstiger gestellt, als die natürlichen Personen².

Das Subject der Rechte und Verbindlichkeiten ist die juristische Person als solche^{2a}, nicht also bei der Stiftung etwa die Einzelnen, denen das Stiftungsvermögen schließlich zu Gute kommt^{2b}, und

^{1a} Eine Zusammenstellung von Privilegien juristischer Personen bei *Sintenis* I § 15^{4a}, *Prinz* III § 453, vgl. *Gierke Genossenschaftstheorie* zc. S. 143 fg. In Betreff des Fiscus speciell s. *Holzschuber* I § 32 Nr. 2, v. *Gosen* 3C. f. d. *ges. Staatswissenschaft* XXIII S. 547 fg. Die Privilegien der *piae causae* (*Prinz* III S. 578 fg., *Stobbe* I § 62¹⁵ fg.) dürfen auf bloß gemeinnützige Anstalten und Stiftungen nicht erstreckt werden s. aber auch *Prinz* III S. 507. Ueber den Umfang des Begriffs der *pia causa* s. *Prinz* III § 434 S. 478 fg.

² So können *collegia*, wenigstens nach r. R., nicht zu Erben eingekerkert werden, l. 8 C. 6, 24. [f. § 535¹⁵]. Persönliche Dienstbarkeiten, welche an und für sich ein physisch existirendes Subject voraussetzen, sind den übrigen juristischen Personen auf künstlichem Wege zugänglich gemacht worden, nicht so auch der ruhenden Erbschaft, l. 26 D. 45, 3. Ueber die ruhende Erbschaft s. ferner noch III § 531¹⁰. Die vielbesprochene l. 10 D. 49, 14 sagt: „*Non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit*“, was *Pöding* (I § 65⁹ u. § 96²¹) und *Wächter* (*Württ. Privatr.* § 16¹³) nur von der Auslegung der Privilegien des Fiscus verstanden wissen wollen. Vgl. *Prinz* III § 453²¹⁻²², [*Megelesberger* I § 81¹¹]. Cf. XXIV. 9. Beschränkungen der Zuwendung an die „tobte Hand“ durch s. g. Amortisationsgeetze: *Prinz* III S. 580, *Gierke Genossenschaftstheorie* zc. S. 144². S. 667. [*Privatr.* I § 78²⁰⁻²⁹. *Stobbe* I § 62⁹].

^{2a} [Vgl. *Rümelin Methodisches* (§ 49¹) S. 9 fg. 19 fg.]. In Betreff des Fiscus ist zu bemerken, daß nicht etwa die verschiedenen fiscalischen Klassen als selbständige juristische Personen aufgefaßt werden dürfen, l. 2 C. 8, 42 [43], l. 1 C. 10, 5. Die l. 1 C. 4, 31, welche die Compensation mit einer Forderung verbietet, welche dem fiscalischen Schuldner gegen eine andere fiscalische Klasse zusteht, beruht auf administrativen Rücksichten. Vgl. *Keller* S. 66—68. Cf. XXXI. 200. *Petter* I S. 148, 241, *Hölder* I S. 115, *Prinz* III S. 483. *MG.* II S. 392. [Vgl. *MG.* IV S. 3 fg. *Dernburg* I § 60², *Gierke* I § 61. Es gibt aber viele juristische Personen des öffentlichen R., welche dem Fiscus gegenüber selbständige Subjecte sind, nicht bloß Gemeinden und weitere Communalverbände, sondern auch manche staatliche Anstalten und unter staatlichem Einfluß stehende Corporationen. Desgleichen können einer Gemeinde oder sonstigen öffentlichrechtlichen juristischen Person gegenüber wiederum andere, die mit ihr zusammenhängen, doch rich selbständig sein. Vgl. *Hölder* S. 115, *Dernburg* I § 62, 1, *Gierke* I § 77.]

^{2b} Aber es ist nicht ausgeschlossen, daß gewissen Personen aus der Stiftung ein Privatanspruch gegen die Stiftungsverwaltung zusteht. Cf. XXXVIII. 259 und Citate das. *MG.* IX S. 206. *Kohler* *ABR.* III S. 268 fg. [*Hölder* S. 132. *Megelesberger* I § 90, V. *Gierke* I § 78⁰⁰ fg.] [(Stiftung oder Corporation? Cf. XLIV. 241)]. [Dieses Urtheil des Oberst. *VG.* München betrifft ein „Institut kranker Handwerksgehlen.“ Das Urtheil sieht den Unterschied zwischen Corporationen und Stiftungen darin, daß bei den letzteren die

namentlich bei der Corporation nicht die Mitglieder derselben^{3. 3a}. Von

rlische Persönlichkeit an das einem bestimmten Zweck gewidmete Vermögen selbst und unmittelbar angeknüpft ist, bei den Corporationen dagegen an die Gesamtheit der für einen bestimmten Zweck vereinigten physischen Personen.]

² L. 7 § 1 D. 3, 4. „Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas singuli debent“, Vgl. l. 6 § 1 D. 1, 8, l. 1 § 7 D. 48, 18, l. 10 § 4 D. 2, 4, l. 18 C. Th. 13, 5. [Dernburg I § 61, 1.] Wenn mehrere Personen als solche an einem Kverhältniß theilhaft sind, so spricht man von einer *communio*, und wo die Gemeinschaft durch Vertrag begründet ist, von einer *societas*. In nicht technischem Sinne wird jedoch der Ausdruck *societas*, ganz wie der entsprechende deutsche Ausdruck Gesellschaft, auch zur Bezeichnung eigentlicher juristischer Personen gebraucht, l. 1 pr. § 1 D. 3, 4, l. 3 § 4 D. 37, 1, l. 31 § 1 D. 47, 2, — *societas publicanorum*, Actiengesellschaft. — Salkowski Bemerkungen zur Lehre von den juristischen Personen (1863) sucht auszuführen, daß allerdings die einzelnen Corporationsglieder das Ksubject seien, aber nur in ihrer Eigenschaft als Corporationsglieder, so daß freilich für den äußeren praktischen Erfolg die Corporation, d. h. die gedachte Einheit der Corporationsglieder, als Ksubject erscheine. Aber ich kann in dem Satze: das Ksubject sind die Corporationsglieder in dieser ihrer Eigenschaft, nichts entdecken, als einen anderen Ausdruck des Satzes: das Ksubject sind die die Corporation bildenden Menschen, gedacht als etwas, was sie nicht sind, als ihre Einheit. Ähnlich wie Salkowski, Baron die Gesamtverhältnisse im r. R. (1863) § 1. S. dawider Laband 3S. f. 5R. VII S. 181—184, Witte das. VIII S. 10. 11, Pernice fr. V3S. VII S. 107. Neuestens Folge Begriff der juristischen Person (das Ksubject sind die Einzelnen „in ihrer Verbindung zur Corporation“). Vgl. auch Bruns Encycl. I S. 450 fg., Pernice Pabeo I S. 263. 277 fg. 289 fg., Runge Cursus des r. R. I S. 263 fg. II § 440 fg. Ueber und gegen alle Vorgenannten, was das r. R. angeht, Gierke Genossenschaftsr. III S. 131 fg. Dogmengeschichtliches: das. S. 203 fg. 277 fg. 362 fg. 425 fg. 726 fg. Ueber die Auffassung, welche Gierke für das deutsche und heutige R. vertritt, s. ⁵. — Einem anderen Gedankenzusammenhang gehört die Auffassung von Fhering Geist des r. R. III § 55 zu ²⁷⁰ fg. § 61 zu ⁴⁰⁰ fg. an. Fh. erklärt die Corporationsglieder deswegen für die „wahren“ Ksubjecte, weil für sie der Genuß der Corporationsre bestimmt sei; nur die Rücksicht auf die „Practicabilität der Klage“ bringe es mit sich, „daß nach außen hin nicht die einzelnen Mitglieder, sondern die zur künstlichen persönlichen Einheit erhobene Gesamtheit derselben die gemeinschaftlichen Interessen verfolgen darf“. [Dagegen Dernburg a. a. D. Hölder S. 131 meint, daß in Ermangelung anderweiter Bestimmungen die Mitglieder für die Corporationsschulden haften. Dem kann nicht zugestimmt werden. Wichtig ist nur, daß wenn Haftung der Mitglieder für die Schulden des Vereins durch Statut oder besondere gesetzliche Bestimmung festgesetzt ist, vgl. Genoss.-Ges. 15 89 § 2, dadurch die Subjuntion des Vereins unter den Corporationsbegriff nicht gestört wird. Kümelin Methodisches (§ 49¹) S. 64.] [Haenel Staatsr. I S. 81—107 (1892): Es gibt keine Corporation als ein hinter den Mitgliedern und den Organen der Corporation stehendes Wesen. Es gibt nur Rechte und Pflichten der Organe der Corporation. Es gibt aber einen Gemeinwillen; die Organe desselben sind Menschen. Was aber die rlichen Beziehungen der Corporation nach Außen, zu Dritten angeht, so ist es ein technisches Hülfsmittel, die Corporation als Wesen zu denken, zu fingiren;

der anderen Seite ist es mit dem Begriffe der juristischen Person wohl verträglich, daß den Mitgliedern einer Corporation an dem Corporationsvermögen Rechte zustehen, z. B. an den Sachen der Corporation Dienstbarkeiten oder andere Genußrechte; es ist das ganz in derselben Weise zulässig, wie es zulässig ist, daß ein Mensch an dem Vermögen eines anderen Menschen Rechte habe⁴. Auch das thut dem Begriffe der juristischen Person keinen Eintrag, daß das Vermögen der Corporation lediglich die Bestimmung hat, von den Mitgliedern der Corporation nach Maßgabe der ihnen an demselben zustehenden Rechte genossen zu werden, wie z. B. bei der deutschen Real- oder Nutzungsgemeinde^{4a}; selbst das nicht, daß das Vermögen der Corporation unter die einzelnen Mitglieder seinem Geldwerth nach vertheilt ist, wie bei der modernen Actiengesellschaft. Es liegen in diesem Falle besonders gezeichnete Corporationen vor, aber der Begriff der Corporation (juristischen Person) ist nicht alterirt⁵.

dadurch wird erreicht, die rlichen Grundsätze für die Re und Verbindlichkeiten der Corporation den rlichen Grundsätzen für die Re und Verbindlichkeiten der Einzelnen zu unterstellen.]]

^{3a} Höchst eigenthümlich jetzt Brinz I S. 206, III S. 474. 523. 526. 552 fg.: die Re sind für den Zweck da, aber die aus denselben „fließenden Befugnisse und Machtvollkommenheiten, weiterhin alle die Vermögensre, welche substantiell bloß in Dürfen und Können bestehen“, stehen den Vertretern selbst fiduciarisch zu: nicht gilt das Gleiche für die Verpflichtungen.

⁴ Vgl. R. Schmid ACBra. XXXVI S. 160 fg., Unger krit. Uebersch. VI S. 171—176. Von einer Obligation der Corporation gegen ihre Mitglieder spricht l. 1 § 15 D. 36, 1, von einem Proceffe zwischen beiden l. 9 D. 3, 4.

^{4a} Vgl. Stobbe I § 55; Brinz III S. 486⁷. Heusler Institution. d. deutsch. Privatr. I S. 262 fg., Sohm in der Festgabe für P. Windscheid (1888) S. 12 fg., Heusler Wött. gel. Anzeigen 1889 S. 320 fg. [Vgl. über die Mitglieder § 59^a.]

⁵ Es sind noch immer nicht die Einzelnen Vermögenssubjecte, sondern Vermögenssubject ist etwas Anderes, als sie sind, ihre gedachte Einheit — wenn man nicht sagen will, was auf dasselbe herauskommt, daß das Vermögen als subjectloses bestehe. Dieß ist selbst in dem Falle wahr, wo die Nutzkrast des Corporationsvermögens von den Nutzungsren der Mitglieder ganz erschöpft wird; man wird nie z. B. das Eigentumsr. durch Zusammenrechnung der einzelnen Befugnisse, welche es gewährt, darstellen können, eben weil es etwas Anderes ist, als die Summe, das Aggregat, dieser Befugnisse (§ 167). Vgl. Sf. XIII. 124. Bei der Actiengesellschaft haben die Actionäre gegen die Actiengesellschaft Forderungsre, durch welche der Geldwerth des Vermögens derselben absorbiert wird. (Für die obligatorische Natur des R. des Actionärs s. Witte 3S. f. 58. VIII S. 17 fg. und die das. Genannten, Anschütz Commentar zum 509. II S. 495, Stobbe I § 58 S. 535, Böhlau Subject und Personenrolle S. 65^{7a}, v. Sacher die Genossenschaftsgesetzgebung in Deutschland S. 119 fg., Hölder

[Das **§ 58**. legt den von ihm geregelten juristischen Personen Rechtsfähigkeit bei, ohne sie zu begrenzen oder den Satz genauer auszuführen. Juristische Personen sind also aller Rechte fähig, die nicht ihrer Natur nach, wie die Familienrechte, eine physische Person als ihr Subject voraussetzen. Auch die Erbfähigkeit aller juristischen Personen setzt das **BGB.** voraus (vgl. 2001. 2105. 2109. 2163). Der Streit, ob private Corporationen zur Erbfähigkeit eines besonderen Privilegiums bedürfen (?) ist also im Sinne der Verneinung erledigt. Privilegien juristischer Personen kennt das **BGB.** nicht, wenn man nicht die Bestimmungen **§ 28** **Abf. 2.** **§ 76** **Abf. 1.** **§ 81** **Abf. 1.** **§ 1936** dahin rechnen will. Die Kontursprivilegien in **RD 54, 2. 3.** (vgl. auch **41, 1**) bleiben bestehen wie auch an den sonstigen, die Rechtsstellung juristischer Personen betreffenden Sätzen der Reichsgesetze nichts geändert wird. Als Sitz eines Vereines, auch eines durch andere Gesetze geregelten, gilt, wenn nichts anderes bestimmt ist, der Ort der Verwaltung (**24**). Die andere Bestimmung kann durch Gesetz oder Satzung (**57** **Abf. 1**) erfolgen. Die Satzung kann aber nicht rein fictiv dem Vereine einen Sitz beilegen, der den thatsächlichen Verhältnissen nicht entspricht, ebensowenig wie ein Mensch seinen Wohnsitz durch bloße Willenserklärung irgendwo nehmen kann. Entsprechendes gilt von Stiftungen (**80**).

§. 132, während Kunze **§ 5**. f. **§ 8**. **VI** §. 28. 225. 235. fr. **§ 3**. **VI** §. 78 dem Actionär ein „ius in bonis“ zuschreibt.) Die Meinung, daß in diesen (wie in anderen) Fällen eine Vermittelung zwischen dem **R.** der universitas und dem **R.** der communio, eine Verbindung des Einheits- und Vielheitsr. vorliege, ist namentlich von Beseler vertreten worden (Erbverträge I §. 73—78 [1835], Volkstr. und Juristenr. **Rap. VI** [1843], deutsch. **Privatr.** § 68. 71. 83), und wird gegenwärtig energisch vertreten von Gierke, f. namentlich Genossenschaftsr. III §. 906 fg. 942 fg., Genossenschaftstheorie §. 141 fg. [**Privatr.** I § 68]; f. außerdem Bluntzli Staats- und R.Gesch. von Zürich I §. 82 und deutsch. **Privatr.** § 33. 38. 39, Weiske pract. Untersuchungen auf dem Gebiete des einheim. **R.** III §. 144 fg., Dernburg I § 61, 3, und dagegen Thöl Volkstr. zc. §. 18—62, **R.** Schmid **RGPr.** XXXVI §. 147 fg. (1853), Gerber **§ 5**. f. **§ 8**. u. **Pr. R.** **§. XII** §. 193 fg. (1855), Unger krit. Uebersch. VI §. 171 fg., Stobbe I § 51¹⁴ fg. und die von diesem Citirten, Roth zur Lehre v. d. Genossenschaft (München 1876) §. 60 fg., Schuster in Grünh. **§ 5**. **IV** §. 547 fg. 568 fg., Laband **§ 5**. f. **§ 8**. **XXX** §. 483 fg., Heußler Institut. d. deutsch. **Privatr.** I §. 252 fg., insbesondere §. 273, Sohm in der Festgabe für B. Windscheid (1888) §. 4 fg. [[§. auch Rümelin **Methodisches** (§ 49¹) §. 56 fg.]]. Entschiedener noch aber als dieser Ansicht ist derjenigen entgegenzutreten, welche den Actiengesellschaften, sowie den sonstigen heutzutage so häufigen Vereinigungen zu privaten und öffentlichen Zwecken, Piesegesellschaften, Kunstvereinen, Clubs, Wissensvereinen zc. mit dem, nur durch Vertrag (bloß in Betreff des Ausschusses der Theilungsfrage wird ein abänderndes Gewohnheitsr. angenommen) modificirten **R.** der societas glaubt gerecht werden zu können, über welche Ansicht zu vergleichen sind die bei Stobbe I § 58¹², § 61¹ Citirten, sowie Stobbe a. a. O. selbst. Cf. XXXIII. 1 und Citate das., XXXIV. 6. **RG.** **IV** §. 156, VIII §. 121. Jetzt wieder Brinz III §. 489 fg. Ueber den von Anderen aufgestellten Begriff von f. g. Gesellschaften mit collectiver (formeller) Personeneinheit (Gesellschaft nach innen, juristische Person

2. Handlungen der juristischen Person*.

§ 59.

Von Handlungen kann bei einer juristischen Person, da sie kein Mensch ist, an und für sich nicht die Rede sein¹. Sie gewinnt Handlungsfähigkeit nur dadurch, daß das Recht den Handlungen gewisser Menschen dieselbe Bedeutung beilegt, als wären sie Handlungen der juristischen Person^{1a}. Darüber, welche Personen befugt sind, mit

nach außen) s. Unger krit. Ueberschau VI S. 180, 181, Renaud N. der Actiengesellschaften S. 115 fg.; der Gedanke ist aufgenommen worden von Salkowski (§ 58²) und von Gerber deutsch. Privatr. § 198 seit der 8. Aufl., vgl. Kunze a. a. O. S. 66, 67; ähnlich auch Vetter ZS. f. H. IV S. 557 fg. (nur daß N. statt von „juristischer Person“ von „Zweckvernögen“ redet, vgl. jetzt den i. Jahrb. für Dogm. XII S. 89, 97, Pand. I § 213 fg. 249 fg. 268 fg., und f. auch Jhering (§ 58³). Dagegen neuestens Laband ZS. f. H. XXX S. 482. — Sohn in dem zuvor citirten Aufsatz nimmt für die Vereinigungen, denen nicht das N. der juristischen Persönlichkeit landesherrlich verliehen worden ist, ein Verhältniß an, kraft dessen zwar die einzelnen Mitglieder Subjecte der Re und Verbindlichkeiten sind, aber „verwaltungsfähig“ nur die Genossenschaft ist. Davider Heuzler (Gött. gel. Anzeigen 1889) S. 320) fg. ZS. f. Schweiz. R. N. F. VIII S. 374 fg.] [Vgl. auch 7. Aufl. und ob. § 57⁴.]

* Vgl. Prinz 1. Aufl. S. 1008—1127 2. Aufl. III S. 443, 447—449. Gierke Genossenschaftsr. III S. 152—171, Genossenschaftstheorie S. 603 fg. [S. auch^{1a}]

§ 59.

¹ Diesen Sinn hat es, wenn es in l. 1 § 21 D. 41, 2 heißt: „municipes per se nihil possidere possunt, quia universi (d. h. als Gesamtheit) consentire non possunt“. Vgl. Ulp. XXII. 5, l. un. § 1 D. 38, 3.

^{1a} [[Also fingirte Handlungs- (Willens-) Fähigkeit. Daher kein Widerspruch (wie Rümelin Methodisches [§ 49¹] S. 40 annimmt) gegen die Definition des Subjects in § 49. (Die juristische Person ist selbst fingirtes Subject.))] Pefeler deutsches Privatr. § 69, Bluntschli deutsches Privatr. § 34, Baron Gesamtverhältnisse § 1 schreiben in verschiedenen Wendungen der Corporation natürliche Willensfähigkeit zu; sie bedürfe nur eines Organs, um ihren Willen auszusprechen. Es ist dieß eine unrichtige Consequenz aus der richtigen Erwägung, daß die Corporation, d. h. die Zusammenfassung Einzelner zur Einheit, das Product der „natürlichen Kraft menschlicher Triebe“, und insofern etwas Natürliches, nichts willkürlich Gemachtes ist. Bei Baron mischt sich auch die § 58² bezeichnete Auffassung hinein. Ein neuerer, m. E. sehr verunglückter Versuch, den Corporationen natürliche Handlungsfähigkeit zu vindiciren, bei Curtius ACPr. LXIV S. 151 fg. Dogmengeschichtliches: Gierke Genossenschaftsr. III S. 218 fg. 308 fg. 390 fg. 461 fg. 676 fg. 732 fg. Für das heutige N. vertritt G. mit großer Vehementigkeit die natürliche Willens- und Handlungsfähigkeit der Corporation, f. namentlich Genossenschaftstheorie S. 603 fg. [Privatr. I § 65, 67, 77, IV, 4, § 78, VI, VIII, Jahrb. f. Dogm. XXXV S. 217 fg.] S. darüber und dawider Karlowa Grünh. ZS. XV S. 418 fg., der aber Gierke darin beistimmt, daß die Corporation und die juristische Person überhaupt, nicht Vertreter habe, sondern Organe. Davider auch Vetter I S. 222 fg., [Wendt § 27, 2. Mit

dieser Wirkung für die juristische Person zu handeln, läßt sich eine allgemeine Regel nicht aufstellen. Bei dem Fiskus entscheidet darüber die Verfassungs- und Verwaltungsorganisation des betreffenden Staates, bei den Stiftungen der Wille des Stifters und ergänzend der Staat als obervormundschaftliche Behörde². Bei den Corporationen ist zunächst auf ihre Verfassung zu sehen, welche auf Gesetz, Autonomie (Statut), Herkommen (Observanz) beruhen kann. Hat die Corporation eine genügend ausgebildete Verfassung nicht³, so wird der Wille der Corporation durch den Beschluß der Corporationsglieder hergestellt⁴, wobei die auf gehörige Ladung^{5b} nicht Erschienenen nicht mit gerechnet werden⁴. Bei Meinungsverschiedenheit entscheidet die Majorität; wollte man dieß nicht annehmen, so wäre in den meisten Fällen die Herstellung eines Corporationswillens unmöglich⁵. Einstimmigkeit ist

(Hierke im Wesentlichen Regelsberger I § 82. 88. 90, III. Hölder S. 126. 132 fg.: die Handlungen der Corporationsorgane sind stellvertretend, nur nicht der Beschluß der Vereinsversammlung (S. 120), Dernburg I § 66: „Repräsentation“.)

² Roth Jahrb. f. Dogm. I S. 215—218, vgl. aber auch Gerber das. II S. 353 fg. Brinz 1. Aufl. 1106 fg. 1125, 2. Aufl. III S. 570. [[Köhler *ABH.* III S. 253 fg.]] [Hölder S. 126 fg., Wendt § 27 zu 7, Dernburg I § 65, 2, Regelsberger I § 88, III, 4. § 90, II. IV, Gierke I § 78, VI.]

³ Daraus bezieht sich die (nicht quellenmäßige) Eintheilung in univrsitates ordinatae und inordinatae. [Vgl. Hölder S. 120, Dernburg I § 65, 2.]

^{4a} Salkowski (§ 58^b) behauptet, es sei eine „absolute logische Consequenz“, daß der Wille der Corporationsglieder als Wille der Corporation zu gelten habe. Das ist zu weit gegangen; aber es liegt in Salkowski's Auffassung ein richtiges Element. Wenn die Corporationsglieder die Corporation nicht sind (i. a. a. D.), so bilden sie doch dieselbe; die Corporation ist etwas Anderes als sie, aber sie ist nichts außer ihnen Existirendes. Zudem die Corporation gedacht wird, wird zwar Etwas gedacht, was die Corporationsglieder nicht sind; aber immerhin sind sie es, die als dieses Etwas gedacht werden. Sie sind die Erscheinung, gleichsam der Leib des gedachten Wesens, welches die Corporation ist. So ist es das Natürliche, daß aus ihnen der Wille der Corporation hervorgehe, und dieses Natürliche muß als vom R. gewollt angesehen werden, soweit keine abweichende Bestimmung getroffen ist. Vgl. außer Salkowski auch Sintenis § 15⁴⁰ und Bruns in v. Holtz. Encycl. § 17 S. 451. Gierke *Genossenschaftl.* III § 6^{87. 90. 100}. Hölder I S. 120. [Dernburg I § 65, 3.]

^{5b} Vgl. *RG.* XII S. 232.

⁴ Sie müssen angesehen werden, als hätten sie auf ihr Stimmr. verzichtet. — Wie viele erschienen sind, ist gleichgültig, so lange nicht eine besondere Vorschrift die Anwesenheit einer bestimmten Anzahl von Mitgliedern verlangt. In den Quellen des r. R. wird für die Gültigkeit eines Beschlusses des *ordo decurionum*, der aber nicht die Stadtgemeinde ist, sondern sie nur vertritt, Anwesenheit von ²/₃ seiner Mitglieder verlangt, 1. 2. 3 D. 50, 9, 1. 45 C. 10, 32 [31]. Cf. XIV. 200).

⁵ Vgl. 1. 19 D. 50, 1, 1. 160 § 1 D. 50, 17. Cf. XXI. 202. In einer wunderbaren Weise construirt das R. der Majorität *Volge* a. a. D. S. 110 fg.

nur erforderlich bei Beschlüssen, welche über den Corporationszweck hinausgehen; in Beschlüssen dieser Art handelt nicht die Corporation als solche, sondern es liegt in ihnen ein neuer constituirender Act der Corporationsmitglieder^{5a}. Und auch Einstimmigkeit reicht zu Beschlüssen dieser Art in dem Falle nicht hin, wo die Corporation nicht lediglich im Privatinteresse ihrer Mitglieder besteht; sobald das öffentliche Interesse bei derselben theilhaftig ist, ist die Gültigkeit auch des Einstimmigkeitsbeschlusses an die Staatsgenehmigung gebunden^{5b}. In gleicher Weise kann auch da, wo es sich um ein Vermögen handelt, welches zum Genuße von successiv nach einem gewissen Determinationsmodus eintretenden Personen bestimmt ist, den jeweilig vorhandenen Genossen nicht die Befugniß zugestanden werden, die nach ihnen Berufenen durch Dispositionen über das vorhandene Vermögen des an sie fallenden Genusses zu berauben; solche Dispositionen können nur durch einen Act der Gesetzgebung zu rechtsbeständigen gemacht werden⁶. Wenn gelehrt wird, daß durch Majoritätsbeschluß auch *iura singulorum* der Mitglieder nicht aufgehoben werden können, so versteht sich das von selbst für die den Mitgliedern aus besonderem Titel zustehenden Rechte, und hat im Uebrigen den Sinn, daß durch Majoritätsbeschluß die Verfassung der Corporation nicht geändert werden kann^{6a}.

^{5a} Vgl. *HGB.* Art. 215. [Anderß in der Fassung des *Ges.* 18.7. 84. Danach genügt, wenn nicht der Gesellschaftsvertrag mehr verlangt, Mehrheit von drei Vierteln des in der Generalversammlung vertretenen Grundcapitals. Entsprechend auch *Genoss.-Ges.* 1/5 89 § 16 Abs. 2. *Ges. betr. d. Gesellsch. m. beschr. Haftung* 20/4 92 § 54 (letzteres für jede Abänderung des Gesellschaftsvertrages.) *Stobbe* I § 53, II S. 424. Vgl. *Sf.* XXXI. 198. [*Hölder* S. 121, *Regelsberger* I § 82, II. *Dernburg* I § 65, 3. *Gierke* I § 65 S. 504. § 69; hier genaueres über wesentliche u. unwesentliche Veränderungen der Körperschaft u. ihre Voraussetzungen. Sicher ist, daß eine Aenderung des Zwecks der Corporation auch durch Majorität auf die in den Statuten vorgezeichnete Weise beschlossen werden kann.]

[^{5b} *Hölder* S. 121 verlangt Staatsgenehmigung für Aenderung des Vereinszwecks überhaupt, nach Analogie der Gründung.]

⁶ Vgl. über die verschiedenen Ansichten *Exhibit civil. Abhandl.* Nr. 18 (1804. 1814), *Gaudlitz s. Haubold de finibus inter ius singulorum et universitatis regundis* (1804, auch in *Hauboldi opusc.* vol. II p. 546—620, cf. p. LXXIII—LXXIX), *Kori in v. Langem u. Kori Erörter.* II. 1 (1830), *Savigny* II § 96—99, *Pfeifer* § 35. 36, *Beseler* § 69, *Stobbe* I § 56.

^{6a} Als ein wenn nicht ausdrücklich, so doch stillschweigend anerkannter Verfassungsgrundsatz muß aber auch die principielle Gleichheit der Corporationsglieder in der Tragung der Corporationslasten angesehen werden. Vgl. *Paband Annalen des deutschen Reichs* 1874 S. 1487 fg., wo auch die frühere Literatur

Erstreckt sich die der juristischen Person künstlich gewährte Handlungsfähigkeit auch auf Delicte, d. h. gilt auch ein von dem Vertreter einer juristischen Person in dieser seiner Eigenschaft und innerhalb seiner Vertretungsbefugniß begangenes Delict als Delict der juristischen Person, so daß die Folgen desselben die juristische Person treffen? Diese Frage⁷ ist unbedingt zu verneinen was die Strafe angeht. Es verstößt gegen das Wesen der Strafe, daß dieselbe einem Andern zugefügt werde, als dem Uebertreter⁸. Nicht das Gleiche gilt

angegeben ist. Stobbe I § 53¹⁰. Bekker I S. 256 fg., Gierke Genossenschaftstheorie S. 309 fg. [Die Frage, welche Mitglieder der Aenderung und Entziehung durch Majoritätsbeschluß unterliegen, kann durch den Satz, daß durch solchen Beschluß die Verfassung der Corporation nicht geändert werden könne, nicht erledigt werden. Denn in gewissen Grenzen ist das letztere als möglich anzuerkennen; es fragt sich nur, wo diese Grenzen sind. Darüber vgl. Stobbe I § 53, III, Dernburg I § 65, 4, Regelsberger I § 84. 85, 4, Gierke I § 65 S. 504 fg. § 68, Lehmann ABN. IX S. 297 fg. bes. S. 344 fg., Regelsberger Bl. f. ANw. zum. in Bayern LX S. 1 fg., Gierke, Jahrb. f. Dogm. XXXV S. 189 fg., Ripp das. S. 321 fg.]

⁷ Vgl. über die verschiedenen Ansichten Savigny II § 94. 95, Hierulff S. 135. 136, Bangerow I § 55 Anm., Sinteris I § 15 Anm. 53, Dernburg I § 66, Bekker Jahrb. f. Dogm. XII S. 120 fg. Pand. I § 62⁰, Folge Begriff der jur. Person S. 138 fg., Voening die Haftung des Staats aus den unwidrigen Handlungen seiner Beamten (1879) S. 7 fg. 52 fg., Gierke Genossenschaftsr. III S. 168 fg. Genossenschaftstheorie S. 743 fg., [Privatr. I § 67, V. Jahrb. f. Dogm. XXXV S. 234 fg.], Rocholl Fälle aus der Praxis des Reichsgerichts I Heft 3 (1883) S. 335 fg. (vorzugsweise Preuß. R.), Brüdner Bl. f. RPFlege in Thür. u. Anh. XXXI S. 289 fg. (1884), Karlowa Grünh. 3S. XV S. 427 fg. [[Ubbelohde Interdicte I S. 408 fg.: der [gesetzlich] Vertretene, also auch die jur. Person, haftet aus der Culpa, nicht dem Dolus, des Vertreters, aber nur aus Culpa beim Beschluß, nicht bei der Ausföhrung.] [Dies führt Ubbelohde für das außercontractliche Verhalten der Vertreter aus (S. 417 fg.); im Falle des Vertragsschlusses läßt er nach heutigem R., (anders nach r. R.) für vom Vertreter begangenen Dolus oder Culpa den Vertretenen haften (S. 412 fg.); ebenso (schon nach r. R.) für Dolus oder Culpa in Erfüllung oder Nichterfüllung einer Verbindlichkeit, ausgenommen die Fälle, in denen die Verpflichtung in der Rückgewähr einer anvertrauten Sache besteht; hier hafte der Vertretene wegen Dolus des Vertreters wie bei Delicten nur auf die Bereicherung. S. 414 fg. Ferner hafte der Vertretene auch für Dolus wie Culpa des Vertreters nach dem Proceßbeginn S. 415 fg., endlich bei jeder Mwidrigkeit, wenn nicht weitergehend, so auf die Bereicherung (S. 410). Auch Hölder S. 132 fg. hält zwar die juristischen Personen für delictsunfähig, nimmt aber an, daß, wenn nicht das römische so doch das gemeine R. ihnen das Verschulden ihrer Organe anrechnet, wofern es sich um eine durch Ageschäft begründete Verantwortung für dasselbe handelt. Regelsberger I § 83, I, 2. II erklärt sich entschieden für die Delictsfähigkeit, um so mehr also für die Haftung in Ver- tragsverhältnissen; genaueres das. S. 330.]

⁸ Doch zeigt die Geschichte Beispiele, wo Stadtgemeinden als solche wegen der Delicte ihrer Vertreter gestraft worden sind (an ihrem Vermögen oder ihren

von der durch das Delict begründeten Entschädigungspflicht, und wenn man erwägt, daß die juristische Person nur durch ihre Vertreter die Möglichkeit gewinnt, ihre Zwecke handelnd zu verfolgen, so wird man nicht anstehen dürfen, es gerecht zu finden, daß die juristische Person die nachtheiligen Folgen dieser Handlungen auf sich nehme, wie sie den Vortheil von denselben hat. Eine andere Frage ist es, ob diese Anforderung der Gerechtigkeit im gemeinen Recht anerkannt ist. Diese Frage darf, was das römische Recht angeht, nicht bejaht werden⁹; es hat sich aber für ihre Bejahung eine überwiegende Praxis ausgesprochen¹⁰.

[§ 68. — 1. Das BGB. hat seine Lehre von der Geschäftsfähigkeit (104 fg.) nur auf physische Personen gemünzt; auch ist fast überall, wo Geschäftsunfähigkeit vorkommt, sicher, daß nur an physische Personen gedacht ist (8. 130. 131. 153. 672. 682. 791. 794. 1325. 1336. 1337. 1340. 1595. 1676. 1780. 1865. 2201. 2282. 2347.) Dabei ist anzunehmen, daß auch die Vorschriften über die Hemmung der Verjährung und Erziehung gegen Geschäftsunfähige ohne gesetzlichen Vertreter (206. 939) den juristischen Personen nicht zu Gute kommen. Wenn aber auch danach das BGB. die juristischen Personen nicht als Geschäftsunfähige im Sinne

Privilegien). Ja es ist vorgekommen, daß wegen eines Delicts der Vertreter einer Corporation die Personen der Mitglieder derselben einer Strafe unterworfen worden sind. C. 4 in VI^o 3, 20 (anders c. 5 in VI^o 5, 11), Auth. Frid. II *Item nulla und Item quaecunque* C. de ep. et cler. 1, 3, Aurea bulla c. 15 § 4. Landfriede von 1548 Tit. 2. 14. 29 § 4, RGD. II. 10 § 1. S. andererseits Nov. Maiorani tit. VII § 11 (ed. Haenel p. 320). Im Mittelalter war die Ansicht vorherrschend, daß Corporationen delictsfähig seien, wie natürliche Personen, und daß sie daher auch der Strafe unterworfen seien. Vgl. Gierke Genossenschaftsrecht III S. 234 fg. 342 fg. 402 fg. 491 fg. 677. 738 fg. Genossenschaftstheorie S. 771 fg.

⁹ Ich habe in der 5. Auflage dieses Lehrbuchs den Versuch gemacht, nachzuweisen, daß die Quellen zwar keine Bejahung, aber auch keine Verneinung der aufgeworfenen Frage enthalten. Ich gebe diesen Versuch jetzt auf. Es kommen außer l. 15 § 1 D. 4, 3 und l. 4 D. 43, 16 auch l. 78 § 2 D. 31, und l. 17 § 2 D. 39, 2 in Betracht. Daß unter der in l. 9 § 1. 3 D. 4, 2 gegen eine Stadtgemeinde gewährten *actio quod metus causa* die *actio in rem [scripta]* gegen den Berechtigten (l. 9 § 8 eod.) zu verstehen sei, ist wohl allgemein anerkannt. Prinz 2. Aufl. III S. 531, Karlowa a. a. O. S. 428 fg.

¹⁰ S. Cf. I 166 (Dresden), II. 54, III. 326 (Cassel), IV. 119, V. 281, X. 164, XXIV. 208, XXXV. 181 (München, vgl. II. 159), V. 174, VI. 199 (Jena, vgl. XXXIV. 214), V. 281, XV. 26, XXXIV. 88, XXXV. 287 (Gelle, abweichend XIII. 140), VII. 150 (Darmstadt), VIII. 53 (Mannheim), X 165, XXI. 237, XXIII. 139, XXV. 119. 244 (Wolfenbüttel, abweichend XXX. 249) XVII. 145 (Spruchcollegium zu Heidelberg für Jena), XIX. 46 (Ebenburg), XXV. 128 (Vübeck). RLG. VIII S. 201 fg. (= Cf. XXVIII. 5), XII S. 78, XVIII S. 136, XXIV S. 311. [Cf. L. 87 (LVG. Frankfurt) Haftung der Gemeinde wegen Nichtreinfriedigung eines Wasserlaufs an der Ortsstraße.]

seiner Vorschriften ansieht, so hat es ihnen damit doch noch keine eigene Handlungsfähigkeit beigelegt, ein Punkt, über den auch die Ansicht des Gesetzgebers unmaßgeblich wäre. Das RGH. geht davon aus, daß juristische Personen durch

§. auch §f. XLII. 96 (LUG. Hamburg), wo die Verhaftung der juristischen Person nur deswegen gelehnet wird, weil ihr Vertreter nicht innerhalb seiner Competenz gehandelt habe. In den genannten Erkenntnissen wird zwar theilweise die juristische Person nur wegen culpa in eligendo für haftbar erklärt, aber doch jedenfalls wegen culpa ihrer Vertreter. Das Berliner Obergericht hat in dem Erf. 279 59 (§f. XIV. 36) ausgesprochen, „daß durch die jedenfalls mit Willensfähigkeit versehene ideelle Persönlichkeit des Fiscus . . die Haftbarkeit desselben für die Versehen der Vertreter nicht ausgeschlossen wird“; anders aber 210 77 (§f. XXXIII. 304). Das Reichsgericht hat in einer Entscheidung 13 7 81 (bei Jenner u. Wette Arch. II S. 334) anerkannt, daß „juristische Personen, insbesondere auch Actiengesellschaften“ aus den widerrechtlichen Handlungen ihrer Beamten haften, ebenso 8 12 85 (= §f. XLII. 277) und 6 4 88 (= §f. XLIV. 88), f. auch Entsch. VIII S. 236 [Jedenfalls für die Erfüllung kontraktlicher und auf besonderem Gesetz beruhender positiver Verpflichtungen haften jur. Personen gleich den Privatpersonen.] Die Haftung des Staates aus den widerrlichen Handlungen seiner Beamten hat das Reichsgericht 8 4 84, Entsch. XI S. 206 [mit Bezug auf Delicte bei Amtshandlungen (wie Unterschlagung durch einen Gerichtsvollzieher)] verneint, jedoch mit dem Hinzufügen, daß es unerörtert bleiben könne, ob der Staat nicht wegen culpa in eligendo hafte [und ebenso, ob der Staat bei Contracten und ähnlichen Verhältnissen hafte.] In einer anderen Entscheidung in einer preussischen Sache, 15/6 81, §f. XXXVII. 30, hat das Reichsgericht ausgesprochen, daß der Staat nicht für „Versehen seiner Beamten dieser Art“ [irrhümliche Ladung einer Zwischenstreitpartei als Zeuge] aufzukommen verpflichtet sei. In dem Erf. 21 12 86, Entsch. XVII S. 105 spricht das RGH. aus, daß durch die Entscheidung XI S. 206 fg. nur die Verhaftung des Staates aus Regierungsacten seiner Beamten verneint worden sei. [Dies ist auch richtig (vgl. XI S. 210). XVII S. 105 fg. bejaht, daß der Staat alsauherr für Verabstümung der denauherrn als solchen treffenden Verpflichtungen einsteht.] §. auch XXI S. 170 [ohne principielle Entscheidung]. XXXIII S. 206 fg. nennt es einen richtigen Satz, daß jurist. Personen auch außercontractlich in demselben Umfange haften, wie physische (§. 206), erkennt aber eine allgemeine Haftung des Staates für Delicte seiner Beamten nicht an (§. 206); vielmehr, daß der Staat durch Handlungen oder Unterlassungen seiner Willensorgane verpflichtet werde, setze stets voraus bei Unterlassungen, daß die gesetzlich oder vertragsmäßig dem Staate selbst obliegenden Pflichten vernachlässigt sind, und bei positiven Handlungen, daß die Organe innerhalb ihrer Zuständigkeit sich befanden (§. 205). XXXV S. 149 fg. sagt: ein Satz, daß der Staat für die schädlichen Folgen von Regierungshandlungen überhaupt nicht hafte, existire im gem. R. nicht. Es komme vielmehr nur darauf an, ob nach den allgemeinen privatlichen Normen gegebenen Falls die Haftung des Staates begründet sein würde; alsdann sei der Staat nicht ohne Weiteres von der Haftung frei, weil eine Regierungshandlung zur Frage stehe. Wenn das mit XI S. 206 fg., XVII S. 105 fg., §f. XXXVII. 30 überhaupt in Einklang zu bringen ist, so wäre doch zu sagen gewesen, wie. Vgl. noch RGH. XXXVI S. 183 fg. — Besprechung der reichsgerichtlichen Praxis: Viertel Jahrb. f. Dogm. XXXV S. 234 fg.] Vgl. auch Poening a. a. L. S. 77 fg. Kocholl a. a. L. S. 345 fg. Viertel Genossenschaftstheorie S. 784 fg.

Vertreter handeln (26 Abs. 2. 31. 86. 99), die freilich gelegentlich auch Organe heißen (32). Das Gesetz weist dem Vereinsvorstand die Stellung eines gesetzlichen Vertreters an (26 Abs. 2), ebenso dem Stiftungsverwalter (86) und dem Vorstand einer öffentlichen juristischen Person (89). Sie alle haben also kraft Gesetzes Vertretungsmacht im Sinne der §§ 164 fg., sind aber nicht gesetzliche Vertreter eines Geschäftsunfähigen im Sinne der §§ 104 fg. Es kann z. B. der Fall des § 131 Abs. 1 bei juristischen Personen nicht vorkommen. (Statt dessen gilt § 28 Abs. 2).

2. In der Lehre von den unerlaubten Handlungen berührt das BGB. (827) nur die Schuldfähigkeit physischer Personen. Es ist aber in der Lehre von den Vereinen selbst (31) ausgesprochen, daß der Verein verantwortlich ist für den Schaden, den der Vorstand, ein Mitglied desselben oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadenersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt. Daß das Gleiche von Unterlassungen gilt, und daß es gleichgültig ist, ob die Verpflichtung auf Vertrag oder auf anderen Gründen ruht, wird keinem Bedenken unterliegen. Die Bestimmung ist für anwendbar erklärt auf Stiftungen (86) und juristische Personen des öffentlichen Rechts (den Fiskus, die Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts; 89). Jedoch bleiben in Ansehung der Haftung des Staates, der Gemeinden und anderer Communalverbände für den von ihren Beamten in Ausübung der diesen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden die Landesgesetze in Kraft (EG. 77). Es bleibt also insoweit auch bei dem Pandektenrecht mit seinen Controversen, wo dasselbe bislang noch galt. Schädigungen durch Staats- und Communalbeamte dagegen, welche in einer andern Zuständigkeit als in Ausübung einer öffentlichen Gewalt angerichtet werden, unterstehen unter Ausschluß der Landesgesetze dem § 31 BGB. Daß die gleiche Vorschrift auf private Corporationen Anwendung findet, welche durch andere Reichsgesetze als das BGB. geregelt sind, ist zweifellos (Vgl. § 57 a. E.).

3. Die Verfassung des Vereins bestimmt die Satzung, „soweit sie nicht auf den nachfolgenden Vorschriften beruht“ (25). Die Vorschriften, welche folgen, sind aber nicht alle absolut. a. Der Verein muß einen Vorstand haben, der ihn nach obigem vertritt, derselbe kann aus mehreren Mitgliedern bestehen (26). Diese beschließen nach Analogie der für die Mitgliederversammlung geltenden Vorschriften der §§ 32. 34. (28), (vgl. unten c.) Die Satzung kann die Vertretungsmacht des Vorstandes beschränken, auch mit Wirkung gegen Dritte (36 Abs. 2); sie kann auch über die Beschlußfassung Abweichendes bestimmen (40). Satzungen beider Arten bedürfen bei eingetragenen Vereinen der Eintragung ins Vereinsregister; sind sie eingetragen, so wirken sie gegen jeden, der nicht (was er zu beweisen hat) sie ohne Fahrlässigkeit nicht kennt; sind sie nicht eingetragen, so wirken sie nur gegen denjenigen, der sie kennt, was ihm zu beweisen ist (70. 68). Willenserklärungen gegenüber dem Verein können einem Mitgliede des Vorstandes gegenüber abgegeben werden (28 Abs. 2). Dies kann die Satzung nicht ändern. Die Bestellung des Vorstandes erfolgt durch Beschluß der Mitgliederversammlung (27 Abs. 1), soweit nicht die Satzung ein anderes bestimmt (40). Beim Fehlen von Mitgliedern des Vorstandes hat das Amtsgericht, in dessen Bezirk der Verein

seinen Sitz hat, interimistisch die erforderlichen Mitglieder auf Antrag eines Beteiligten zu bestellen (29). Für beteiligt sind Mitglieder des Vereins sowie solche Personen zu halten, die mit dem Vereine rechtlich zu thun haben. Diese Bestimmung kann die Satzung natürlich nicht ausschließen. Die Bestellung des Vorstandes ist widerruflich, vorbehaltlich des Anspruchs auf die vertragsmäßige Vergütung. Dieß ist zwar nur im Zusammenhange der Bestellung durch den Verein gesagt (27 Abs. 2), muß aber auch für die Bestellung durch das Amtsgericht gelten. Es kann der Nothfall, der zum Mangel von Vorstandsmitgliedern geführt hat, nach der Bestellung durch das Amtsgericht fort dauern; hat nun das Amtsgericht eine Persönlichkeit bestellt, die sich als ungeeignet erweist, so kann das Bedürfniß vorliegen, sie durch eine andere schleunigst zu ersetzen. Die Widerruflichkeit kann durch die Satzung auf den Fall beschränkt werden, daß ein wichtiger Grund des Widerrufs vorliegt. Ein solcher Grund ist insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung (27 Abs. 2). Die Satzung kann also nicht den Widerruf trotz wichtiger Gründe ausschließen, auch nicht festsetzen, daß die vorgenannten keine wichtigen Gründe sein sollten. Bei eingetragenen Vereinen ist jede Aenderung im Vorstande und jede Erneuerung der Bestellung eines Vorstandsmitgliedes in das Vereinsregister einzutragen (67). Ist die Eintragung erfolgt, so kann die Aenderung einem Dritten, der mit ehemaligen Mitgliedern des Vorstandes rechtsgeschäftlich verhandelt, entgegengesetzt werden, wenn er nicht (was er zu beweisen hat) sie ohne Fahrlässigkeit nicht konnte; ist die Aenderung dagegen nicht eingetragen, so wirkt sie nur gegen denjenigen, der sie kennt, was ihm zu beweisen ist (68). Die Verantwortlichkeit des Vorstandes dem Verein gegenüber und seine Rechte aus Aufwendungen bemessen sich nach Auftragsgrundsätzen (27 Abs. 3. 664—670), soweit nicht die Satzung anderes bestimmt (40). Die Satzung kann bestimmen, daß neben dem Vorstande für gewisse Geschäfte besondere Vertreter zu bestellen sind, deren Vertretungsmacht dann im Zweifel sich auf alle Rechtsgeschäfte erstreckt, die der ihnen zugewiesene Geschäftskreis gewöhnlich mit sich bringt (30). e. Die Mitgliederversammlung ordnet die Angelegenheiten des Vereins, soweit sie nicht vom Vorstande oder anderen Organen zu besorgen sind (32 Abs. 1). Danach kann es auch Vereine geben, die alles anderen Organen übertragen. Die Versammlung muß berufen sein, unter Bezeichnung des Gegenstandes der Beschlußfassung (32 Abs. 1). Hier von kann die Satzung dispensiren (40). Wer die Versammlung berufen kann, und wie sie zu berufen ist, ist ganz der Satzung überlassen. Ist darüber nichts bestimmt, so liegt die Berufung offenbar dem Vorstande ob, und hat durch, den Umständen angemessene, Mittel der nicht öffentlichen oder öffentlichen Bekanntmachung zu geschehen. Die Satzung bestimmt im allgemeinen auch frei, wann die Versammlung zu berufen ist; sie ist aber immer zu berufen, wenn das Interesse des Vereins es erfordert (36). Legt die Satzung nicht einem bestimmten (größeren oder kleineren) Theile der Mitglieder das Recht bei, die Berufung zu verlangen, so hat dieß Recht der zehnte Theil der Mitglieder (37 Abs. 1, näheres Abs. 2). Die Beschlußfassung erfolgt im Allgemeinen mit einfacher Mehrheit der Stimmen der erschienenen Mitglieder (32 Abs. 1). Ohne Versammlung durch schriftliche Abstimmung kann nur ein einstimmiger Beschluß gefaßt werden (32 Abs. 2). Zu Aenderungen der Satzungen ist Mehrheit von drei Vierteln der Erschienenen erforderlich, zu Aenderungen des Zwecks des Vereins

Zustimmung Aller; nicht Erschienene müssen schriftlich zustimmen (33 Abs. 1); dagegen genügt zur Auflösung die Mehrheit von drei Vierteln der Erschienenen (41). Alle diese Sätze sind dispositiv (40, 41). Bei eingetragenen Vereinen ist die Gültigkeit der Satzungsänderung von der Eintragung in das Vereinsregister abhängig; dabei gilt in Ansehung des Einspruchsrechts der Verwaltungsbehörde dasselbe wie bei der Eintragung des Vereines selbst (71. 60—64) (unt. § 60 a. E.); bei Vereinen, deren Rechtsfähigkeit auf Verleihung beruht, bedarf die Aenderung der Satzungen staatlicher Genehmigung; falls die Verleihung vom Bundesrath ausging, durch diesen (33 Abs. 2) (unt. § 60 a. E.). Daß die Satzungen selbst ihre künftigen Veränderungen von diesem Erforderniß entbinden können (40), ist in der Ordnung; denn wenn dieß dem Staate nicht genehm ist, kann er die Verleihung der Rechtsfähigkeit von vornherein verweigern. Niemals ist ein Mitglied stimmberechtigt, wenn der Beschluß ein Rechtsgeschäft oder einen Rechtsstreit mit ihm betrifft (34); daran kann auch die Satzung nichts ändern. Sonderrechte eines Mitgliedes können nicht ohne seine Zustimmung beeinträchtigt werden (35). Leider ist nicht gesagt, was Sonderrechte sind, so daß der alte Streit fortbauern wird. Die Bestimmung ist als absolute gedacht, unterliegt aber dennoch indirect den Bestimmungen der Satzung; denn ein Recht, welches die Satzung der Beeinträchtigung durch Mehrheitsbeschluß unterstellt, ist eben kein Sonderrecht mehr. Natürlich kann aber nicht ein nach den geltenden Satzungen als Sonderrecht zu betrachtendes Recht dadurch indirect angetastet werden, daß man durch Aenderung der Satzung es der Beeinträchtigung durch Majoritätsbeschluß unterstellt.

4. Ueber Eintritt der Mitglieder ist nichts bestimmt. Die Mitgliedschaft ist nicht übertragbar (auch nicht der Ausübung nach), und nicht vererblich, beides, soweit nicht die Satzung anders bestimmt (38, 40). Die Mitglieder können austreten. Die Satzung kann das nicht ausschließen, sondern nur bestimmen, daß der Austritt nur am Schlusse des Geschäftsjahrs, oder nur nach Ablauf einer höchstens zweijährigen Kündigungsfrist stattfinden kann (39). Sie kann aber auch eine Form vorschreiben (125), nicht aber den Satz ausschließen, daß die Austrittserklärung (eine Willenserklärung gegenüber dem Verein) gültig einem Vorstandsmitgliede gegenüber abgegeben werden kann (28 Abs. 2).

5. Die Verfassung einer Stiftung wird durch das Stiftungsgeschäft bestimmt, soweit sie nicht auf Reichs- oder Landesgesetz beruht (85). Der Stiftungsverwalter hat die volle Vertretungsmacht für die Stiftung (86. 26). Da aber nach § 26 diese Macht beim Vereinsvorstande mit Wirkung gegen Dritte durch die Vereinsatzung beschränkt werden kann, und dieses auf die Stiftung entsprechend angewandt werden soll, so kann solche Beschränkung durch das Stiftungsgeschäft und durch Landesgesetz erfolgen, da auch dieses die Verfassung der Stiftung abweichend vom Reichsrecht regeln kann (85). Die Verantwortung der Stiftungsverwalter gegenüber der Stiftung und ihre Rechte aus Aufwendungen bemessen sich nach Auftragsgrundsätzen, soweit nicht aus der Verfassung der Stiftung, insbesondere daraus, daß die Stiftungsverwaltung eine öffentliche Behörde ist, sich ein anderes ergibt (86. 27 Abs. 3 664—670.). Besteht die Verwaltung aus mehreren Personen, so beschließt sie in einer unter Angabe des Beschlußgegenstandes berufenen Versammlung mit Mehrheit der erschienenen Mitglieder. Schriftliche Abstimmung ohne Versammlung kann nur einstimmig sein. Ein Mitglied ist nicht stimmberechtigt,

wenn der Beschluß ein Rechtsgeschäft oder einen Rechtsstreit mit ihm betrifft (86. 28 Abs. 1. 32. 34). Auch diese Sätze gelten aber nur, so weit nicht aus der Verfassung, insbesondere aus der Eigenschaft der Stiftungsverwaltung als öffentliche Behörde sich ein anderes ergibt. Der Ausschluß der Privatbetheiligten vom Stimmrecht ist aber bei öffentlichen Behörden wohl allgemeiner Grundsatz; daß die Verfassung ihn für private Stiftungsorgane ausschliesse, dürfte kaum vorkommen, und wäre nach § 138 Abs. 1 für nichtig zu halten. Eine der Stiftung gegenüber abzugebende Willenserklärung kann bei Mehrheit der Verwalter einem gegenüber abgegeben werden; dieß gilt aber nicht, wenn die Stiftungsverwaltung eine öffentliche Behörde ist. (86. 28 Abs. 2). Die Erklärung muß dann so abgegeben werden, wie überhaupt Erklärungen dieser Behörde gegenüber nach ihrer Organisation abgegeben werden können. Wie die Bestellung der Verwaltung erfolgt, ist Sache der Verfassung; soweit also das Stiftungsgeschäft nichts bestimmt, entscheiden die besonderen Reichsgesetze oder die Landesgesetze, die aber auch als absolutes Recht die Bestimmungen des Stiftungsgeschäftes einschränken können. Es bleibt also auch bei dem Satze des Pandektenrechts, daß einer Stiftung, die keine Verwaltung hat, der Staat eine solche zu bestellen hat (vgl. *). Daß im Nothfalle das Amtsgericht interimistische Verwalter bestellen kann, ist auch hier wie beim Vereinsvorstande angenommen, jedoch dann nicht, wenn die Verwaltung von einer öffentlichen Behörde geführt wird (86. 29). Besondere Vertreter können neben der Stiftungsverwaltung in derselben Weise stehen, wie neben dem Vereinsvorstande (86. 30).]

C. Entstehung*.

§ 60.

Nach der Entstehung des Staates hat die Theorie des Civilrechts nicht zu fragen. Was zur Entstehung einer ruhenden Erbschaft gehört, folgt aus ihrem Begriffe. Stiftungen entstehen durch Aussetzung, Widmung, Hingabe von Vermögensmitteln zu einem bestimmten Zweck¹. Personenvereinigungen sind juristische Personen (Corporationen), wenn sie es sein wollen, d. h. wenn sie wollen, daß das Subject des

* Pring 1. Aufl. S. 1063—1098, 2. Aufl. III S. 541—546. Gierke Genossenschaftsr. III S. 81 fg. 96. 143 fg. Genossenschaftstheorie S. 15 fg., [Privat. I § 63. 77, IV, 1. § 78, V, Hölder § 27 z. Anf. § 28 z. Anf., Vetter I § 64, Dernburg I § 63, Wendt § 28, Hegelsberger I § 77. 78. 88. 89.]

¹ „Gestifter“ kann werden durch Geschäft unter Lebenden oder auf Todesfall, durch eine einzelne Person oder durch Zusammenwirken Mehrerer (z. B. es wird für irgend einen Zweck gesammelt). Schloßmann Jahrb. f. Dogm. XXVII S. 13 fg. [[leber Sammlung für einen Stiftungszweck Vetter II § 112 Peil. II]]. [Hegelsberger I § 87, III, Krüdmann, Commissionen, Comittees, Ausschüsse WM. VIII S. 68 fg.] Liegt in der Errichtung einer Stiftung eine Schenkung? Ja: RG. V S. 238 fg.; nein: Vetter I S. 281, Hölder S. 126 *. [Schulze-Smidt, Ist Stiftung, Schenkung? Gött. Diff. 1893 (Verf. verneint die Frage.) Vgl. überhaupt Hölder S. 123. 125 fg., Hegelsberger I § 88, Dernburg I § 63 *, Gierke I § 78, V, 1. 3.] [[Mohler WM. III S. 228 fg.]]

von ihnen zusammengebrachten, zusammenzubringenden, zu erwerbenden Vermögens nicht die Einzelnen als solche sein sollen, sondern ihre gedachte Einheit.^{1a}

Vielfach wird aber behauptet, daß für die Entstehung der Corporationen, abgesehen von den Gemeinden, und der Stiftungen noch etwas Anderes erforderlich sei, nämlich Verleihung der Rechtsfähigkeit, der juristischen Persönlichkeit, durch einen besonderen Act der Staatsgewalt. Man geht dabei von dem richtigen Satze aus, daß die Rechtsfähigkeit eines jeden Subjectes Anerkennung durch die Rechtsordnung voraussetze. Diese Anerkennung, gibt man zu, könne möglicherweise auch in einer von der Rechtsordnung ein für alle Mal aufgestellten Regel enthalten sein, und so sei es bei der natürlichen Person (dem Menschen), bei dem Staate (dem Fiscus), den politischen und kirchlichen Gemeinden, der ruhenden Erbschaft. Dagegen wird nicht zugegeben, daß es sich nach gemeinem Rechte in derselben Weise auch bei Stiftungen und den willkürlichen Personenvereinigungen verhalte; für diese, wird behauptet, müsse die Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit in jedem einzelnen Fall von der Staatsgewalt eingeholt werden². Diese Ansicht ist jedoch nicht zu billigen. Allerdings findet

[^{1a} Vgl. Hölder S. 118, Dernburg I § 63¹, Hegelsberger I § 77, Gierke I § 63, Jahrb. f. Dogm. XXXV S. 181 fg. Der Gründungsact ist nicht bloß kein obligatorischer Vertrag (Hegelsberger a. a. O. VI, sondern mit Gierke a. a. O. (Privatr. S. 486) und Runge der Gesamtact (Leipzig. Festgabe f. D. Müller 1892) S. 29 fg. bes. S. 73 fg. vom Vertragsbegriff überhaupt auszuschließen. Die Gründer handeln nicht in Bezug auf einander, sondern gemeinschaftlich zu einem dritten Zweck. Es ist in der That ein Fortschritt in der Begriffsbildung, wenn man Acte dieser Art nicht Verträge nennt, sondern als Gesamtacte selbständig auffaßt. Unselbständige Stiftungen vgl. § 57².]

² Was die Stiftungen angeht, ist diese Frage namentlich bei Gelegenheit des Städtischen Erbsalles verhandelt worden. Vgl. darüber III § 549, 2 und die dort Citirten. S. ferner Stobbe I § 62² und Citate das., Roth I § 73¹⁵. Die Verleihung der Fähigkeit erklären bei den Stiftungen für überflüssig; Glucers Erörterungen aus der Lehre von der testam. Erbfähigkeit jur. Personen S. 159 fg. (1827), Northoff die Gültigkeit der Erbesetzung einer zu errichtenden milden Stiftung S. 93 fg. (1833), Buchta Pand. § 28 und krit. Jahrb. VIII S. 705—712, Arndts Pand. § 46 u. Mericon III S. 915, 916, Beseler deutsch. Privatr. § 67, 72, Kluntzschli deutsch. Privatr. § 45, Demelius Jahrb. f. Dogm. IV S. 139—146, Randa Arch. f. deutsch. Wechsell. XV S. 21 fg., Prinz 1. Aufl. S. 1069 fg. 2. Aufl. III § 141, Gutachten der Juristenfacultät in Tübingen vom 26 1869 im Württemb. Arch. f. R. u. Verwaltung. XIV S. 67 fg., Böhlau Subject und Personenrolle S. 26 fg., Dernburg I § 63, 3, Gierke Genossenschaftstheorie S. 84 fg., [Privatr. I § 78²⁷, Hegelsberger I § 89], vgl. auch Hierulff S. 150—152. Personenmehrheiten erkennen als juristische Personen auch ohne specielle

sich im römischen Rechte die Regel, daß den bezeichneten Klassen der juristischen Personen auch ohne besondere Verleihung Rechtsfähigkeit

Verleihung der Fähigkeit (Ertheilung von „Corporationsren“) folgende Schriftsteller an: Weseler deutsch. Privatr. § 67, Bluntschli deutsch. Privatr. § 84, Schüler in Jur. Abhandlungen u. Fälle von Ortloff zc. I Nr. 5 § 8, Unger krit. Ueberschau VI S. 148—156, Fitting fr. RZS. I S. 585. 586 und in der Schrift: die rlichen Verhältnisse am Stadtschießgraben (Halle 1866) S. 80 vgl. S. 83. 84, Demelius Jahrb. f. Dogm. IV S. 137 fg., Arndts § 44, Randa Arch. f. deutsch. Rechtskr. XV S. 17 fg., Pring 1. Aufl. S. 1063 fg., 2. Aufl. III S. 510 fg., Böhlau a. a. D., Schuster in Grünh. RZS. IV S. 558 fg., Dernburg I § 63, Gierke Genossenschaftstheorie S. 54 fg. [Privatr. I § 63, II, Regelsberger I § 78, Hellmann ACPr. LXXVIII S. 381 fg.] Ueber die entgegengesetzte Ansicht vgl. namentlich Mühlenbruch a. a. D., Savigny II § 89, Pfeifer § 13—15. 44, Roth Jahrb. f. Dogm. I S. 206 fg., Salkowski (§ 58³) S. 19 fg., Roth I § 72, Sintenis I S. 107—110, Bangerow I § 60 Num. a. G., Stobbe I § 52 (hier [bes.¹⁰] auch fernere Citate), Bekker I § 64, Hölder I S. 119 fg. 124 fg., Wendt § 28. Mittheilungen über die Praxis (welche der hier vertretenen Meinung nicht günstig ist) bei Sacherer (§ 58³ a. G.) S. 40 fg., und namentlich bei Gierke Genossenschaftstheorie S. 56 fg., f. ferner Cf. XLIV. 101. 178. Dogmengeschichtliches: Gierke Genossenschaftsr. III S. 206 fg. 237 fg. 368 fg. 436 fg. 724 fg. 757 fg. — Es lassen aber die Vertheidiger der hier zurückgewiesenen Meinung (wenigstens die meisten) auch stillschweigende Verleihung der juristischen Persönlichkeit zu, und finden dieselbe wohl gar in jeder staatlichen Genehmigung (f. den Text im Vorf.) — [Außerhalb der Controverse stehen im Allgemeinen die reichsgesetzlich geordneten Corporationen.] HGB. Art. 208 Abs. 1 [hatte bestimmt]: „Actiengesellschaften können nur mit staatlicher Genehmigung errichtet werden“. Diese Bestimmung ist aber aufgehoben worden durch das Reichsges. 11/6 70, [welches ebenso wie] das RGes. 18/7 84 [die Actiengesellschaft als juristische Person anerkennt kraft der Eintragung in das Handelsregister auf Grund der Erfüllung bestimmter gesetzlicher Bedingungen (f. g. System der Normativbestimmungen, vgl. bes. HGB. Fass. d. Ges. v. 18/7 84 Art. 210. 210c. 211.)]. Dasselbe System gilt für die eingetragenen Genossenschaften (Ges. 1/5 89 §§ 10—13) und für die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Ges. 20/4 92 §§ 7. 8. 10. 11. Die Veröffentlichung des wesentlichsten Inhalts der Eintragung ist aus dem bei ⁸ bezeichneten Gesichtspunkte vorgeschrieben, aber für die Entstehung der Corporation nicht bedingend. Für andere Corporationen verlangt das Reichsr. eine staatliche Genehmigung ihres Statuts oder eine Zulassung der Corporation, läßt aber dann die Qualität als Subject von selbst eintreten. Gew.-D. § 98b (Genehmigung des Statuts einer neuen Innung durch die höhere Verwaltungsbehörde), Ges. 7/4 76 § 4 (Zulassung eingeschriebener Hilfsklassen durch die höhere Verwaltungsbehörde). Verleihung der juristischen Persönlichkeit durch den Bundesrath ist vorgeschrieben für Innungsverbände (Gew.-D. 104 h. Die nach § 104 c erforderliche Genehmigung ihres Statuts gibt ihnen die juristische Persönlichkeit nicht), ferner für deutsche Colonialgesellschaften (auf Grund eines vom Reichskanzler genehmigten Statuts (Ges. 19/3 88 § 8). Die weitgehende obrigkeitliche Mitwirkung bei der Bildung der Organisationen des Reichsversicherungsrr. kann hier außer Betrachtung bleiben. Von der gemeinlichen Controverse berührt werden die gewerblichen Hilfsklassen (Gew.-D. 140 fg.). Neue Klassen dieser Art erhalten durch die Genehmigung der

zukomme, nicht ausdrücklich ausgesprochen: aber ausdrücklich ausgesprochen wird die Regel der Rechtsfähigkeit auch nicht für andere juristische und nicht für die natürlichen Personen; sie wird hier wie dort vorausgesetzt³. Zu unterscheiden ist übrigens von der Verleihung der Rechtsfähigkeit die polizeiliche Genehmigung, welche zur Bildung eines Vereines und zur selbständigen Verwendung eines gewissen Vermögens nach dem besonderen Recht des betreffenden Staates erforderlich sein kann⁴. Und ferner ist es eine andere Frage, ob es sich nicht für die Gesetzgebung empfehle, wenigstens bei Personenvereinen die

höheren Verwaltungsbehörden die Re juristischer Personen, soweit es zur Er-
 angung dieser Re der besonderen staatlichen Genehmigung bedarf,
 worüber Vandebr. entscheidet.]

³ Die Ansicht, die Persönlichkeit der Stiftungen und Personenvereinigungen sei etwas nicht Natürliches, und deswegen reiche bei ihnen eine andere als ausdrückliche Anerkennung ihrer Fähigkeit nicht aus, ist in keiner Weise haltbar. Die Persönlichkeit der Stiftungen und Personenvereinigungen beruht auf einer Vorstellung, welche dem Leben kaum weniger geläufig ist, als die Vorstellung von der Persönlichkeit des Menschen; und warum sollte das R. die erstere nicht eben so einfach und ohne Weiteres acceptiren können, wie es dieß mit der letzteren unzweifelhaft thut? Vgl. auch § 59^{1a}. Daß aber das r. R. es mit den Anstalten zu frommen Zwecken und den Personenvereinigungen wirklich in dieser Weise gehalten hat, wird man bei unbefangener Betrachtung der Quellen nicht leugnen können. Anstalten der genannten Art werden als Personen behandelt, kraft ihrer bloßen Existenz, ohne daß das Erforderniß der Verleihung der juristischen Persönlichkeit irgendwie erwähnt würde, s. z. B. l. 23 C. 1, 2, l. 34 [35] C. 1, 3; ebensowenig wird es erwähnt in l. 45 [46] C. 1, 3, wo gerade von der Begründung einer solchen Anstalt die Rede ist, und wenn letztere Stelle nicht glossirt ist, so wird man ihr wenigstens unterstützende Kraft nicht absprechen dürfen. Auch daran darf man keinen Anstoß nehmen, daß das r. R. nur von Anstalten zu frommen Zwecken spricht; es spricht von anderen nicht deswegen nicht, weil es sie als juristische Personen nicht hätte anerkennen wollen, sondern weil es andere nicht vorfand. Vgl. übrigens auch Brinz §. 1075 fg. [2. Aufl. III § 438—440. 441. z. Anf.] Was die Corporationen angeht, so waren bei den Römern nicht alle Personenvereinigungen erlaubt, aber daß die erlaubten, um als Personen anerkannt zu werden, noch einer besonderen Verleihung der Fähigkeit bedurft hätten, davon findet sich keine Spur. §. l. 1 § 1 D. 3, 4 (vgl. l. 1 pr. eod. u. l. 1—3 D. 47, 22), l. 20 D. 34, 5. Abweichend Hierke Genossenschaftsr. III §. 143 fg., Genossenschaftstheorie §. 79. Ueber die Geschichte der römischen Vereinsgesetzgebung vgl. Pernice Pabeo I §. 299 fg., Coßu zum römischen Vereinsr. §. 21 fg. 147 fg. (1873), Hierke Genossenschaftsr. III §. 80 fg. [Viebenam, zur Gesch. u. Organisation des röm. Vereinswesens (1890) Abschn. I.]

⁴ Auch in Ermangelung einer solchen Vorschrift muß der Richter jeder Personenvereinigung und jeder Stiftung seine Anerkennung versagen, welche einen unerlaubten Zweck verfolgt, und er wird seine Befugnisse nicht überschreiten, wenn er das Gleiche thut bei Frivolität des Zweckes. Vgl. II § 251³. § 314, 3. III § 634, 2. Vetter Jahrb. f. Dogm. XII §. 78 fg.

Anerkennung ihrer juristischen Persönlichkeit, wenn nicht an eine Verleihung, so doch an eine öffentliche Constatirung der Thatsache, daß eine juristische Person und nicht eine Gesellschaft zu Stande gekommen sei, zu knüpfen. Dafür läßt sich sagen, daß es in einem gegebenen Falle sehr zweifelhaft sein kann, ob die Absicht der zusammentretenden Personen auf das Eine oder das Andere gerichtet ist, und doch die mit ihnen in Verkehr Treten den ein äußerstes Interesse daran haben, über diesen Punkt im Klaren zu sein⁵.

Darüber, welche Zahl von Mitgliedern erforderlich sei, damit ein Personenverein als juristische Person in Betracht kommen könne, läßt sich aus der Natur der Sache eine allgemeine Regel nicht herleiten⁶.

[§ 60]. — 1. Bei Vereinen unterscheidet das BGB. solche, deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, und solche, deren Zwecke andere sind. Die ersteren erhalten, soweit nicht besondere reichsgesetzliche Bestimmungen bestehen, wie über die Actiengesellschaften, die eingetragenen Genossenschaften, die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (*) Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung seitens des Bundesstaats, in welchem der Verein seinen Sitz hat (22); die letzteren durch Eintragung in das Vereinsregister des zuständigen Amtsgerichts (21). Vereinen beider Arten, welche ihren Sitz nicht in einem Bundesstaate haben, kann in Ermangelung besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften Rechtsfähigkeit durch den Bundesrath verliehen werden. (Hiermit sind aber nicht Vereine gemeint, die fremden Staaten angehören; über diese vgl. GG. 10.) Die Eintragung der Vereine gemäß § 21 erfolgt bei dem Amtsgericht, in dessen Bezirk der Verein seinen Sitz hat. (55). Ueber die Voraussetzungen zulässiger Eintragung bestimmen §§ 56 bis 59: Mindestzahl von 7 Mitgliedern; bestimmter Inhalt der Satzung, die von mindestens 7 Mitgliedern unterzeichnet sein muß; Anmeldung in bestimmter Art. Ist diesen Voraussetzungen nicht genügt, so hat das Amtsgericht die Anmeldung mit Gründen zurückzuweisen, wogegen sofortige Beschwerde stattfindet (60). Findet das Amtsgericht die Anmeldung zulässig, so hat es dieselbe der zuständigen Verwaltungsbehörde mitzutheilen. Diese kann Einspruch erheben, wenn der Verein nach dem öffentlichen Vereinsrecht unerlaubt ist oder verboten werden kann, oder wenn er einen politischen, socialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgt (61). Ein erhobener Einspruch ist dem Vorstande mitzutheilen und anfechtbar gemäß § 62 Abs. 2. Die Eintragung erfolgt erst, wenn die Verwaltungsbehörde mitgetheilt hat, daß sie keinen Einspruch erhebe, oder wenn der erhobene Einspruch endgültig aufgehoben ist, oder wenn 6 Wochen nach der Mittheilung

⁵ [Vgl. * a. G.]

⁶ Nach l. 85 D. 50, 16 ist die Dreizahl erforderlich; aber diese Stelle will mehr einen Anhalt für die richterliche Beurtheilung, als eine absolute Vorschrift geben. Vgl. auch Arndts § 44². Stobbe I § 52² weist darauf hin, daß nach dem Preuß. Berggesetz vom 24. Juni 1865 § 94 zwei Personen eine Gewerkschaft bilden können, und eine Gewerkschaft im Sinne des Preussischen Gesetzes eine juristische Person sei.

an die Verwaltungsbehörde kein Einspruch erfolgt ist (63). Mit der Eintragung erhält der Vereinsname den Zusatz „eingetragener Verein“ (65). Inhalt der Eintragung: 64. Bekanntmachung: 65 Abs. 1. Weitere Eintragungen: 67 fg.

2. Stiftungen. Zur Entstehung einer rechtsfähigen Stiftung ist erforderlich: a) das Stiftungsgeschäft. Dieses kann letztwillig sein (83); erfolgt es unter Lebenden, so muß es schriftlich geschehen (81); b) die Genehmigung des Bundesstaats, in dessen Gebiet die Stiftung ihren Sitz haben soll, und wenn sie in keinem Bundesstaat ihren Sitz haben soll, die Genehmigung des Bundesraths (80). Bis zur Ertheilung der Genehmigung kann der Stifter die Stiftung widerrufen; hatte er aber die Genehmigung bei der zuständigen Behörde nachgesucht, so kann der Widerruf nur dieser gegenüber erklärt werden. Der Erbe des Stifters kann, wenn die Stiftung unter Lebenden erfolgt war, überhaupt nicht mehr widerrufen, wenn der Erblasser die Genehmigung bei der zuständigen Behörde nachgesucht oder im Falle gerichtlicher oder notarieller Beurkundung des Stiftungsgeschäfts den Notar oder das Gericht mit der Einreichung des Gesuchs um Genehmigung betraut hat (81 Abs. 2). Sollte sich der Stifter an eine unzuständige Behörde gewandt haben, so ist seinem eigenen Widerruf nicht dieselbe formelle Schranke zu ziehen, wie wenn er die Genehmigung der zuständigen Behörde nachgesucht hätte. Dem Erben aber, dem das Widerrufsrecht materiell abgeschnitten werden soll, wenn der Erblasser soweit gegangen war, die staatliche Genehmigung nachzusuchen, wird es schwerlich zu statten kommen dürfen, wenn der Erblasser die unzuständige Behörde anrief; er wird vielmehr auch in diesem Falle nicht widerrufen können. Bei der Stiftung von Todeswegen rechnet das Gesetz mit der Möglichkeit, daß der Erblasser selbst im Voraus ihre Genehmigung erwirkt, nicht; denn es verpflichtet das Nachlassgericht, die Genehmigung einzuholen, wenn sie nicht von den Erben oder dem Testamentsvollstrecker nachgesucht wird (83). Ich glaube aber dennoch, daß nichts im Wege steht, wenn der zuständige Staat sich darauf einläßt, die Genehmigung im Voraus eintreten zu lassen. Wird die unter Lebenden erfolgte Stiftung genehmigt, so ist der Stifter verpflichtet, das der Stiftung zugesicherte Vermögen auf sie zu übertragen; Rechte, welche durch bloßen Vertrag übertragen werden können, gehen mit der Genehmigung auf die Stiftung über, wenn nicht das Stiftungsgeschäft dieß ausschließt (82). Eine von Todeswegen errichtete Stiftung (die nicht etwa nach dem Vorbemerkten schon bei Lebzeiten des Erblassers genehmigt ist) entsteht mit der Genehmigung; denn Stiftungsgeschäft und Genehmigung müssen zusammenkommen, um die Stiftung ins Leben zu rufen (80). Sie gilt aber für die Zuwendungen des Stifters als schon vor dessen Tode entstanden (84). Diese Fiction ist auch aufgestellt für den Fall, daß die Stiftung unter Lebenden errichtet wurde, der Stifter aber vor der Ertheilung der Genehmigung starb. Da nicht gesagt ist, wann nun die Stiftung als entstanden gelten soll, insbesondere nicht etwa, daß sie mit Errichtung des Stiftungsgeschäfts als entstanden gelten soll, so kann die Fiction nur dahin verstanden werden: es sollen der Stiftung daraus, daß sie beim Tode des Erblassers noch nicht existirte, keine Schwierigkeiten erwachsen. Diese Schwierigkeiten hat man im gemeinen Recht sehr wohl gekannt (unt. § 549, 2). Sie entstehen daraus, daß es eine unmögliche Vorstellung ist, Jemanden zum Erben einzusetzen oder Jemanden etwas zu vermachen, der erst durch diese Acte ins Leben gerufen werden soll. Statt nun an-

zuerkennen, daß Stiftung von Todeswegen ein selbständiges Rechtsgeschäft ist, das weder mit der Erbeseinsetzung, noch mit dem Vermächtniß etwas zu schaffen hat, hat das BGB. die Möglichkeit statuirt, Stiftungen durch Erbeseinsetzung oder durch Vermächtniß zu schaffen, und sucht durch jene Fiction den daraus entstehenden Unzuträglichkeiten zu begegnen. Der praktische Werth der Fiction ist, daß diejenigen Vorschriften, welche von Zuwendungen an Personen handeln, die zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht existiren, auf die Stiftung von Todeswegen und auf die bis zum Tode des Stifters nicht genehmigte Stiftung unter Lebenden keine Anwendung finden, diesen Vorschriften gegenüber vielmehr die Stiftung zu den bereits existenten Personen zählt (2101 Abs. 2. 2105 Abs. 2. 2106 Abs. 2; vgl. noch 2043 Abs. 2). Ob jene Fiction sonst noch eine Bedeutung hat, ist wohl recht zweifelhaft.]

D. Ende*.

§ 61.

Die Frage nach dem Ende des Fiscus und der ruhenden Erbschaft erledigt sich durch sich selbst. Was dagegen

1) Corporationen angeht, so erreichen dieselben ihr Ende dadurch, daß die ihnen zu Grunde liegende Personenvereinigung wegfällt oder aufhört erlaubt zu sein. Das Letzte ist der Fall, wenn die nach dem Landesrecht erforderliche polizeiliche Genehmigung zurückgezogen wird¹.

* Bring 1. Aufl. S. 1137—1150, 2. Aufl. III § 454, Gierke Genossenschaftstheorie S. 830 fg., [Privatr. I § 70, 77, IV, 6. § 78, XI, Jahrb. f. Dogm. XXXV S. 249 fg., Hölder § 27 S. 121 fg. § 28 S. 127 fg., Bekker I § 65, Dernburg I § 64, Wendt § 29, Regelsberger I § 85. § 93.]

¹ Mit der polizeilichen Genehmigung ist auch hier nicht zu verwechseln die § 61. Verleihung der juristischen Persönlichkeit. Wie die letztere zur Entstehung der Corporation als juristischer Person nicht erforderlich ist, so darf man auch nicht sagen, daß die Corporation durch staatliche Entziehung der juristischen Persönlichkeit ihre Endschafft erreiche. Durch einen Act der Gesetzgebung kann freilich, wie Alles, so auch das zum N. gemacht werden, daß eine bestehende juristische Person nicht mehr Subject sei. Aber dieß meint man nicht, wenn man (z. B. Puchta § 28 a. E.) lehrt, daß die juristische Person auch durch Entziehung der Persönlichkeit von Seiten des Staates aufgehoben werde; man hat dabei einen Act derjenigen Behörde im Sinne, welcher der Staat die Befugniß, Privilegien zu erteilen, übertragen hat. [Sicher ist wohl heutzutage soviel, daß der Staat durch Verwaltungs- oder Richteract eine Corporation nur nach gesetzlichem Anhalt auflösen kann; (Hölder S. 121, Wendt § 29¹¹, Bekker I § 65^d, Regelsberger I 85, VI, Gierke I § 70, I, 3; unbestimmter Dernburg I § 64, A, 2. § 65, 5: der Staat kann durch Verwaltungsact aufheben, wenn die jur. Person nicht durch Gesetz begründet oder gewährleistet ist). Windscheids Satz ist insofern zu eng, als er nur von Zurückziehung der erforderlichen polizeilichen Genehmigung spricht; eine Auflösung der Corporation in den bemerkten Grenzen kann auch erfolgen, wenn die Gründung keiner Genehmigung bedarf. Soweit die Fähigkeit der Corporation auf staatlicher Verleihung beruht, ist diese ein Privilegium,

Wegfall der Personenvereinigung tritt ein: a) durch Ablauf der Zeit, für welche sie eingegangen worden ist^{1a}, und wenn sie eingegangen worden ist zur Erreichung eines bestimmt begrenzten Zweckes, durch Erreichung dieses Zweckes^{1b}; b) durch gültigen Auflösungsbeschluß²; c) durch Aussterben oder Austreten sämtlicher Mitglieder. Jedoch hört in den beiden letzten Fällen die Corporation dann nicht auf, wenn ihr Zweck fort dauert, und die Aussicht, daß die Verfolgung

dessen Zurücknahme wie die anderer Privilegien zu behandeln sein dürfte (unt. § 136 a), und es ist die Entziehung der Fähigkeit dann mit der Auflösung des Vereins nicht nothwendig verbunden. S. auch Dernburg a. a. D. a. E. Auflösung von Corporationen nach den Reichsgesetzen: Gew.-D. § 103. 104 g., Genoss.-Ges. 1/5 89 § 79, Ges. üb. d. eingeschr. Hülfsklassen 74 76 (16 84) § 29, Ges. betr. Gesellsch. m. beschr. Haft. 20/4 92 § 60, 3. § 61. 62.]

[^{1a} HGB. (Ges. 18 7 84) Art. 242, 1, Genoss.-Ges. 1/5 89 § 77, Ges. betr. d. Gesellsch. m. beschr. Haftg. 20/4 92 § 60, 2.]

[^{1b} So auch Dernburg I § 64 z. Anf.; Bekker I § 65 zu ^b. § 68 zu ^r bei überseharem Zweck, Gierke I § 70, I, 1, a bei vorübergehender Aufgabe der Corporation. Dagegen sehen Stobbe I § 54 ^{1a} und Regelsberger I § 85 zu ⁹ in der Zweckerreichung stets nur einen Grund zur Aufhebung oder Selbstausscheidung der Corporation, nicht eine Thatfache, durch welche die Corporation von selbst aufgelöst würde. Diese Ansicht verdient Beifall. Eine Corporation, die ihren bisherigen Zweck ganz erreicht hat, kann sich einem neuen Zwecke zuwenden, und wird dann als dieselbe Corporation anzusehen sein, wenn der neue Zweck hinlängliche Verwandtschaft mit dem alten hat, um diese Auffassung zu rechtfertigen. — Eine andere Frage ist, ob eine Corporation durch Eintritt der tatsächlichen oder rlichen Unmöglichkeit, ihren Zweck ferner zu erreichen, von selbst endet. Dafür Bekker I § 65 zu ¹. Dagegen mit Recht Regelsberger a. a. D., Gierke a. a. D. und Jahrb. f. Dogm. XXXV S. 250. Auch hier kann die Corporation bei neuer Zwecksetzung die alte bleiben. Vgl. ob. § 59 ^{2a}.]

² Der Inhalt eines solchen Beschlusses ist nicht, daß die Corporation aufhören wolle, Subject zu sein, sondern die Corporationsmitglieder beschließen, auseinanderzugehen. Dieß gegen Buchta § 28^r und Alexicon III S. 73, Sententis I § 15 ²¹, vgl. Unger krit. Ueberschau VI S. 176—178. ([Abweichend:] Bekker I S. 258.) Daß zu einem solchen Beschluß Stimmeneinheitlichkeit erforderlich ist, versteht sich von selbst. [Vorausgesetzt, daß nicht die Statuten ein anderes vorsehen. Bekker I S. 259, Hölder S. 121, Stobbe I § 54, 5. Regelsberger I § 85, V behandelt bei Privatcorporationen den Auflösungsbeschluß wie einfache Statutenänderungen; auch Gierke I § 70 zu ²¹ läßt im Zweifel einfachen Körperschaftsbeschluß genügen.] Ist Stimmeneinheitlichkeit nicht vorhanden, so setzen die Vereinenden die Corporation fort, während es den Auflösenswollenden unbenommen ist, auszuscheiden. [Hiergegen Regelsberger I § 85 zu ¹², Gierke I § 70 ²¹. Der Staatsgenehmigung bedarf der Auflösungsbeschluß nur unter besonderen Voraussetzungen; vgl. darüber Gierke a. a. D. S. 561 fg., auch Regelsberger a. a. D. zu ^{14—16}, Stobbe I § 54 zu ¹⁰. Selbstausscheidung reichslicher Corporationen: HGB. (Ges. v. 18/7 84) 242, 2, Gew.-D. 93. 98a, 10, Ges. üb. d. eingeschr. Hülfsklassen 74 76 (1/6 84) § 28, Genoss.-Ges. 1/5 89 § 76, Ges. betr. d. Gesellsch. m. beschr. Haftg. 20/4 92 § 60, 2.]

desselben neue Träger finden werde, nicht abgeschnitten oder in unberechenbare Ferne gerückt ist^{3a}.

2. Stiftungen hören auf a) dadurch, daß ihr Zweck unerlaubt oder seine Erreichung unmöglich wird^{3b} [oder daß der Zweck vollständig erreicht ist^{3c}], b) durch Ablauf der Zeit, für welche, und durch Eintritt der Bedingung, unter welcher sie gemacht worden sind; c) durch Wegfall ihres Vermögens, ausgenommen wenn die Aussicht

³ In l. 7 § 2 D 3, 4 heißt es: „Sed si universitas ad unum rediit, magis admittitur, posse eum convenire et conveniri, cum ius omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis“. Vgl. über diese Stelle [und die Sache selbst] Gierke Genossenschaftsfr. III § 6¹⁰⁹, [Dernburg I § 64², Regelsberger I § 85, I, Gierke Privatr. I § 70, I, 1, b, Jahrb. f. Dogm. XXXV S. 250 fg.] Aber Dasselbe ist auch zu sagen, „wenn z. B. in einer Stadt durch Seuchen alle Mitglieder einer Handwerkszunft kurz nach einander hinstorben“. Savigny II S. 280. Vgl. l. 85 § 1 D. 50, 17. „Non est novum, ut quae semel utiliter constituta sunt durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt“. Es ist, wie beim Verluste des Besitzes ein in contrarium agi erforderlich, l. 8 D. 41, 2. Uebereinstimmend Buchta § 28 t, Arndts § 45¹, Bekker I S. 238, [Wendt § 29 S. 64.] vgl. auch Höhlau Afs Subject und Personenrolle S. 40. A. M. Sintenis I § 15²⁹, Brinz l. Aufl. S. 1147, Stobbe I § 54, 3, Dernburg I § 64², [Hölber S. 121, Regelsberger I § 85, I, 1.] Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 433 fg. nimmt nicht Fortdauer der Corporation (des Afs Subjects), sondern Fortdauer dessen, was er die passiven Wirkungen der Ae nennt, ohne Afs Subject an. — Gierke Genossenschaftstheorie S. 833 fg., [Privatr. I § 70⁷ ist im allgem. gegen die Ansicht Windscheids; anders nur für Corporationen mit starker Beimischung anstaltlicher Elemente.]

[^{3a} Manche Corporationen enden nach Reichsr. durch Concurseröffnung. HGB. (Gef. 1878) Art. 242, 3. Gew.-D. 103 Abs. 5. 104 m. Gef. üb. eingeschr. Hilfsklassen 7/4 76 § 29 Abs. 2, Genoss.-Gef. 1/5 89 § 94, Gef. betr. d. Gesellsch. m. beschr. Haft. § 60, 4. — Die Concurseröffnung hat aber diese Wirkung nur, wo sie gesetzlich verordnet ist. Auch sonst ist Vermögensverlust, wo dieß nicht besonders bestimmt ist, kein Grund zur Beendigung der Corporation. Daß Corporationen, welche ein sachliches, für sie wesentliches Substrat haben (Gierke), sachlich bedingte Corporationen (Regelsberger) mit Verlust dieser Grundlage enden (Regelsberger I § 85, II, Gierke I § 70, I, 1, c) kann ebenfalls nur da richtig gefunden werden, wo es besonders bestimmt ist. An und für sich ist in dem Verlust etwa des Bergwerks einer Gewerkschaft oder des Gemeinlandes einer Agrar genossenschaft schlimmsten Falls eine Unmöglichkeit fernerer Zweckerreichung zu erblicken vgl. ^{1b}. Auch dieß nicht immer. Wenn z. B. einer Weidegenossenschaft die Gemeinweide als Exercirplatz enteignet wird, so wird sie doch dieselbe bleiben, wenn sie mit der Entschädigung eine andere Weide kauft.]

[^{3b} Hölber S. 128 fg., Gierke I § 78, XI. In diesem Falle will Regelsberger I § 83, I, 1 die Stiftung erst durch behördliche Aufhebung untergehen lassen, welche durch eine Aenderung des Stiftungszwecks vermieden werden kann; vgl. unt. ⁵.]

[^{3c} Regelsberger I § 93, I, 1, Gierke I § 78 zu ⁷⁷.]

auf Erneuerung desselben nicht abgebrochen oder in unberechenbare Ferne gerückt ist⁴. [Ueber Aufhebung von Stiftungen durch den Staat s. Note⁵.]

§ 61. I. Vereine. 1. Vereine können aufgelöst werden durch Beschluß der Mitgliederversammlung mit Dreiviertelmehrheit der Erschienenen, wenn nicht die Satzung ein anderes bestimmt (41). Diese kann eine andere Mehrheit oder

⁴ Eine „der Stiftung“ in diesem Augenblick gemachte Zuwendung ist nicht Begründung einer neuen Stiftung. Es gilt hier das Gleiche, was in Note ³ für die Corporation gesagt worden ist. Uebereinstimmend Beseler § 72¹⁵, Brinz 2. Aufl. III S. 588, Bekker I S. 281, Hölder S. 129 fg. [: Die Stiftung erlischt zwar immer durch gänzlichen Vermögensverlust, ist aber durch Beschaffung neuer Mittel in der Weise wiederherstellbar, daß die (streng genommen) neue Stiftung als die alte gilt]. Mit Unterscheidung Sintenis I § 15, II; a. M. Brinz 1. Aufl. S. 1187 fg., Stobbe I § 62²⁷. [Gierke I § 78 zu ⁷⁸, der die Stiftung bei Verlust ihres Vermögens nur dann fortbauern läßt, wenn dessen Erneuerung aus stiftungsmäßigen Quellen vorgesehen ist. Wegen der Unbestimmtheit des Moments der Vermögenszerrüttung sieht Regelsberger I § 93, I, 2 einen Auflösungsbeschluß der Aufsichtsbehörde als Bedürfnis an.]

⁵ Für die Aufhebung von Stiftungen durch Verwaltungsact verlangen Wendt § 29, 1, Hölder S. 129, Regelsberger I § 93, I, 3 gesetzlichen Anhalt, ebenso Bekker I § 65 zu ⁴. Dernburg hat die gleiche Ansicht wie für Corporationen (¹). Hölder S. 127 fg. läßt Aenderungen des Stiftungszwecks und Aufhebung der Stiftung bei Lebzeiten des Stifters und solange kein Dritter der Stiftung Zuwendungen gemacht hat, durch Staatsact auf Antrag des Stifters zu. Dem ist beizutreten. Es wird aber nach erfolgter Zuwendung von Dritten doch ausreichen müssen, wenn auch diese zustimmen. Abgesehen von den eben bemerkten Voraussetzungen gibt Hölder dem Staat das R., den Stiftungszweck zu ändern, nur wenn der ursprüngliche Zweck unerfüllbar geworden ist; das R., Verwaltungsbestimmungen zu ändern, nimmt H. für die Staatsaufsichtsorgane in Anspruch, nur mit der Schranke, daß der Stifter oder seine Nachkommen zustimmen müssen, wenn ihnen bei Errichtung der Stiftung eine Theilnahme an ihrer Verwaltung, oder eine Aufsicht über sie vorbehalten ist. Regelsberger I § 92 behandelt die Aenderung des Zwecks im allgemeinen nicht anders als die Aufhebung, jedoch sollen Erweiterungen oder Beschränkungen der Stiftungsbestimmungen (wie Erweiterungen des Zwecks, Abschwächung oder Verschärfung der Bedingungen für Erwerb des Genusses, Vergrößerung oder Kürzung der Bezüge) von der Stiftungsverwaltung mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde und unter Zustimmung der etwaigen Betheiligten (etwas unbestimmt), z. B. der Nachkommen des Stifters (soll deren Zustimmung stets nöthig sein?) getroffen werden können. Gierke I § 78 zu ⁷⁸⁻⁷⁹ gibt dem Staate das R., durch Verwaltungsact die Stiftung, wenn die unveränderte Durchführung des Stiftungswillens sich unter den Verhältnissen der Gegenwart als unmöglich, zwecklos, oder gemeinschädlich erweist, soweit nöthig, umzuwandeln, und wenn die Umwandlung unthunlich ist, aufzuheben. Das Erforderniß der Zustimmung der Stiftungsorgane oder Betheiligter sieht G. (zu ⁷⁹) nicht als gemeines R. an. Es läßt sich nicht leugnen, daß ein Eingreifen des Staates in den von den genannten Schriftstellern bezeichneten Richtungen (und zwar ohne den Gesetzgebungsapparat) oft eine praktische Nothwendigkeit sein wird. Die Bezeichnung der Grenzen für dieses staatliche Eingreifen kann aber im gen. R. wohl nur sehr subjectiv gegeben werden.]

Einstimmigkeit fordern, der Natur der Sache nach aber nicht die Auflösung durch einstimmigen Beschluß verhindern. — Daß durch Austritt sämtlicher Mitglieder der Verein aufgelöst wird, ist selbstverständlich. Würde ein Verein nur auf Zeit gegründet werden, so würde er auch mit Zeitablauf erlöschen (74 Abs. 2). Dagegen ist vollständige Erreichung des Zwecks oder Eintritt der Unmöglichkeit, ihn zu erreichen, auch nach BGB. für einen Grund des Erlöschens des Vereins nicht zu halten (s. 1^a). Die Möglichkeit, daß ein Verein kraft öffentlichen Rechts von der Staatsbehörde aufgelöst wird, setzt das BGB. voraus (61 Abs. 2. 74 Abs. 3), berührt diese Materie aber weiter nicht. Jede Auflösung eingetragener Vereine ist in das Vereinsregister einzutragen (74).

2. Von der Auflösung wohl zu unterscheiden ist der Verlust der Rechtsfähigkeit des Vereins. Diese tritt ein a) mit der Eröffnung des Concurfes (42), welche bei eingetragenen Vereinen von Amtswegen in das Vereinsregister einzutragen ist (75). Der Vorstand hat im Falle der Ueberschuldung die Eröffnung des Concurfes zu beantragen bei Meidung solidarischer Haftung den Gläubigern gegenüber im Falle schuldhaften Zögerns (42 Abs. 2). b) Entziehung der Rechtsfähigkeit von Staatswegen kann eintreten: α) wenn ein Verein durch einen gesetzwidrigen Beschluß der Mitgliederversammlung oder durch gesetzwidriges Verhalten des Vorstandes das Gemeinwohl gefährdet (43 Abs. 1), β) wenn er den Zweck eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs thatsächlich verfolgt, ohne daß die Satzungen diesen Zweck enthalten (43 Abs. 2), γ) wenn er einen politischen, socialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgt, ohne daß die Satzungen diesen Zweck enthalten (43 Abs. 3), δ) wenn ein Verein, dessen Rechtsfähigkeit auf Verleihung beruht, überhaupt einen andern als den satzungsgemäßen Zweck verfolgt (43 Abs. 4). Der Verein muß also in solchen Fällen, um der Gefahr der Entziehung der Rechtsfähigkeit zu entgehen, seine Satzungen durch entsprechende Aenderung mit dem thatsächlich verfolgten Zweck in Einklang bringen. Hierbei sind die öffentlichen Interessen, von denen § 43 BGB. ausgeht, bei eingetragenen Vereinen durch das Einspruchsrecht der Verwaltungsbehörde gegenüber der Eintragung der Satzungsänderung, bei denjenigen, deren Rechtsfähigkeit auf Verleihung beruht, durch das Erforderniß der staatlichen Genehmigung der Satzungsänderung gewahrt (vgl. ob. § 59 a. E. unter 3). Ein eingetragener Verein, der zu einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb übergehen will, muß, wenn er nicht eine der durch besondere Reichsgesetze geregelten Formen annimmt, die Verleihung der Rechtsfähigkeit nachsuchen. Ein Verein, der die Rechtsfähigkeit durch Verleihung genießt und zu einem Zweck übergehen will, der nicht mehr wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb ist, muß seine Eintragung in das Vereinsregister herbeiführen (vgl. § 60 a. E. unter 1). α) Wenn die Mitgliederzahl eines eingetragenen Vereins unter drei herabsinkt (zur Gründung sind 7 nöthig! s. oben § 60 a. E. unter 1), so hat ihm das Amtsgericht die Rechtsfähigkeit zu entziehen auf Antrag des Vorstandes, und wenn dieser nicht binnen drei Monaten (nach Eintritt jener Thatsache) gestellt wird, von Amtswegen. Gegen den Beschluß findet sofortige Beschwerde statt. Mit seiner Rechtskraft tritt der Verlust der Rechtsfähigkeit ein (73). Jeder Verlust der Rechtsfähigkeit eines eingetragenen Vereines ist in das Vereinsregister einzutragen, nur nicht im Falle der Concurseröffnung, weil hier die Concurseröffnung selbst eingetragen wird (74. 75.)

3. Ist der Verein aufgelöst, so hat er natürlich keine Rechtsfähigkeit mehr; hat er aber die Rechtsfähigkeit verloren, ohne sich aufzulösen oder aufgelöst zu werden, so besteht er fort als nicht rechtsfähiger Verein gemäß § 54 RGB. Der Verlust der Rechtsfähigkeit beendet aber den Verein als Rechtssubject ebenso wie die Auflösung, daher auch im ersteren Falle die Frage nach dem Schicksal seines Vermögens sich ergibt. (S. § 62 a. E.).

II. Stiftungen endigen mit Eintritt auflösender Bedingung oder Verfristung (158 Abs. 2. 163). Ob eine Stiftung endigt durch totalen Vermögensverlust, sagt das Gesetz nicht. Dasselbe läßt wohl erkennen, daß es ein Stiftungsgeschäft ohne den Inhalt einer Vermögenszuwendung oder -Zusicherung nicht gibt. Allein schon nach dem Wortlaut des Gesetzes kann eine Stiftung entstehen, wenn das Stiftungsgeschäft genehmigt ist, der Stifter aber absolut außer Stande ist, ihr das zugesicherte Vermögen zu übertragen. Sie besteht dann, ohne mehr zu haben als eine Forderung ohne Werth. Dementsprechend wird eine Stiftung auch trotz gänzlichen Vermögensverlustes fortbestehen können. Allerdings verliert die Stiftung die Rechtsfähigkeit durch Eröffnung des Concurfes (86. 42), und Stiftungen können nicht ohne Rechtsfähigkeit (wie Vereine ohne solche) fortbestehen; also erlischt die Stiftung durch die Concurseröffnung. Sie erlischt aber nicht durch Ueberschuldung an und für sich; man kann also aus dem Erlöschen durch Concurseröffnung nicht den Schluß ziehen, daß eine Stiftung nicht ohne Aktivvermögen bestehen könnte. Man wird vielmehr zu dem Ergebniß kommen müssen, daß eine Stiftung, die noch eine Verwaltung hat, auch bei gänzlichem Vermögensverlust nicht untergeht. Uebrigens wird dieser Fall sehr selten sein. Wo noch eine Verwaltung ist, werden auch Papiere oder sonstige Gegenstände noch sein, die zwar kein Vermögen bilden, mit dem man den Stiftungszweck wirksam verfolgen könnte, aber immerhin Vermögen genug, um der theoretischen Schwierigkeit zu entgehen, ob eine Stiftung ohne Vermögen noch besteht. Löst sich die Stiftungsverwaltung auf, weil nichts Nennenswerthes mehr zu verwalten ist, und keine Aussicht oder Neigung besteht, neue Mittel zu beschaffen, wird auch der Stiftung keine andere Verwaltung gegeben, so wird man sie nunmehr freilich als aus dem Rechtsleben verschwunden ansehen müssen. Ist die Erfüllung des Stiftungszwecks unmöglich geworden, welchem Falle es doch wohl gleichzustellen ist, wenn der Stiftungszweck gänzlich erreicht ist, oder gefährdet die Erfüllung des Stiftungszwecks das Gemeinwohl, so kann die zuständige Behörde der Stiftung eine andere Zweckbestimmung geben oder sie aufheben (87 Abs. 1). Erst im letzteren Falle erlischt sie, nicht schon durch Zweckerreichung oder Unmöglichkeitwerden der Zweckerfüllung selbst. Bei der Umwandlung des Zwecks hat die Behörde den Willen des Stifters thunsüchtig zu berücksichtigen; sie kann dabei, soweit nöthig, auch die Verfassung der Stiftung ändern (87 Abs. 2). Sie soll vor der Umwandlung des Zwecks und der Verfassungsänderung den Stiftungsvorstand hören (87 Abs. 3), braucht aber seinen Erklärungen keine Folge zu geben; für die Aufhebung ist nicht einmal die Anhörung des Vorstandes vorgeschrieben; da aber durch die Reihenfolge der Vorschriften des Gesetzes angedeutet ist, daß zuerst zu prüfen ist, ob nicht die Zweckänderung ausreicht, während die Aufhebung nur die äußerste Maßregel ist, so ergibt sich, daß diese die Stiftung nicht treffen soll, ohne daß vorher der Vorstand Gelegenheit zur Äußerung über die Sachlage erhalten hat.

Uebrigens kann, da die Verfassung der Stiftung dem Landesrecht untersteht, soweit nicht Reichsrecht Bestimmungen getroffen hat, das Landesrecht sich Verfassungsänderungen auch in anderen Fällen vorbehalten; Existenz und Zweck der Stiftung sind aber nicht Verfassungsfragen; daher können Aufhebungen und Zweckumwandlungen außerhalb der Voraussetzungen des § 87 nicht verfügt werden. (Von Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts ist hier nicht die Rede.)]

§ 62.*

Was das Schicksal des Vermögens der aufgehobenen juristischen Person betrifft, so steht zunächst fest, daß durch die Aufhebung einer juristischen Person die Rechte, welche Einzelne an ihrem Vermögen haben, nicht beseitigt werden, und so namentlich auch nicht die Rechte der Mitglieder einer Corporation an dem Corporationsvermögen. Ist daher das Corporationsvermögen unter die Corporationsmitglieder seinem Geldwerthe nach vertheilt (§ 58), so dauert dieses Verhältniß auch nach der Auflösung der Corporation fort, und der Unterschied ist nur der, daß die Forderungsrechte der Mitglieder auf einen entsprechenden Theil des Corporationsvermögens jetzt geltend gemacht werden können. Abgesehen von diesem Falle ist zunächst darauf zu sehen, ob nicht über das künftige Schicksal des Vermögens der aufgelösten juristischen Person durch ihre Verfassung oder durch die Stiftungsverfügung¹ eine Bestimmung getroffen worden ist, und bei Corporationen, ob nicht die Corporation vor ihrer Auflösung darüber einen gültigen Beschluß gefaßt hat. Ist keines von Beiden der Fall, so fällt das Vermögen der juristischen Person als herrenlos an den Staat². Ein gültiger Corporationsbeschluß der angegebenen Art jetzt,

[* Bekker I S. 237 fg. S. 259 fg. S. 281 fg., Dernburg I § 64, B, Hälder S. 121 fg. S. 129, Regelsberger I § 86, § 93 II, Stobbe I § 54, II, § 62 a. E., Gierke I § 70 S. 565 fg. § 77 a. E. § 78 a. E. Jahrb. f. Dogm. XXXV S. 252 fg.]

¹ Präsumtiver Stiftungswille: 1. 16 D. 33, 2, 1. 6 [4] D. 50, 8. Vgl. § 62. Brinz 1. Aufl. S. 1141; Stobbe I § 62 a. E. [[Kohler ABR. III S. 248 fg.]]

² Nach Analogie des für ein erbloses Vermögen gesetzlich anerkannten (III § 570^b). Brinz 1. Aufl. S. 1140. 2. Aufl. III S. 586, Stobbe I § 54 zu ¹⁴. § 62 a. E. [Dernburg I § 64, B,] Böhlau Subject und Personenrolle S. 51, vgl. Gierke Genossenschaftsr. III § 6¹⁰¹. Die Behauptung, daß das Vermögen der aufgelösten Corporation immer an ihre Mitglieder falle, ist ebenso irrig, wie die entgegengesetzte, daß dieß nie der Fall sei. Ersteres wird nicht bewiesen durch 1. 3 pr. D. 47, 22, welche Stelle von Vereinen handelt, die juristische Personen sein möchten, aber wegen Unerlaubtheit des Vereins nicht sind. Vgl. Unger krit. Ueberschau VI S. 178, 179, Arnolds § 45^o. Böhlau a. a. O. S. 41 fg. will die citirte Pandektenstelle von Vereinen verstehen, welche juristische

wenn nicht Gesetz oder Statut Abweichendes bestimmen, voraus: 1) unter allen Umständen Einstimmigkeit³; 2) wenn das Vermögen der Corporation nicht bloß dem Privatnutzen der Mitglieder zu dienen bestimmt ist, Staatsgenehmigung⁴; 3) wenn es sich um ein Vermögen handelt, zu dessen Genuß nach einem gewissen Determinationsmodus aufeinander folgende Personen berufen sind, Autorisation der Gesetzgebung (§ 59)⁴.

§ 62. I. Löst ein Verein sich auf oder wird er aufgelöst oder ihm die Rechtsfähigkeit entzogen, so fällt sein Vermögen an die in den Satzungen

Personen geworden sind, aber durch polizeiliche Auflösung aufgehört haben, es zu sein, und will für diesen Fall allerdings das Corporationsvermögen an die Mitglieder fallen lassen. Im Resultat übereinstimmend M. Cohn zum römischen Vereinsr. S. 94 fg. (1873). Dagegen Gierke Genossenschaftsr. III § 6¹⁰⁰. Für die Verteilung des Corporationsvermögens an die Mitglieder in Ermangelung von anderweitiger Bestimmung durch Gesetz oder Verfassung neuerdings Roth I § 72⁴². Bekker I S. 259 fg. 281 [spricht Stiftungsvermögen und Corporationsvermögen mit vorwiegend stiftungsmäßigem Charakter dem Staate zu, reines Corporationsvermögen (wenigstens in der Hauptmasse aus Beiträgen der Mitglieder erwachsend und in erster Linie ihrem Interesse dienend) soll unter die letzten Mitglieder vertheilt werden.] Gierke Genossenschaftstheorie S. 867 fg., [Privat. I § 70, II § 77 a. E. § 78 a. E., Jahrb. f. Dogm. XXXV S. 252 fg. vielfach unterscheidend. Hölder S. 129 überweist mangels anderer Bestimmung das Stiftungsvermögen dem Staate,, das Corporationsvermögen (S. 122 fg.) dann den letzten Mitgliedern, wenn dasselbe ausschließlich dem Nutzen der jeweiligen Mitglieder diene, anderen Falls nur, wenn noch kein Mitglied ausgeschieden, und keine Zuwendung dritter an den Verein erfolgt war, in den hierdurch ausgeschlossenen Fällen, wie es scheint, dem Staate. Regelsberger I § 86, D: mangels anderer Bestimmung fällt das Vermögen von Corporationen, die nur dem Privatinteresse der Mitglieder dienen, an die letzten Mitglieder; dasjenige von öffentlichen und solchen Privat-Corporationen, deren Zweck gemeinnützig war, im Falle localen Zwecks an die Gemeinde, im Falle allgemeineren Zwecks an den Staat, so auch bei kirchlichen Corporationen. Mit der gleichen Unterscheidung fällt das Stiftungsvermögen an Staat oder Gemeinde, ausgenommen bei der reinen Familienstiftung, deren Vermögen in der Hand des letzten Familiengliedes dessen freies Eigenthum wird (§ 91, II). — Wiederum bestritten ist, ob, wenn dem Staate das Vermögen einer jur. Person anheimfällt, derselbe rechtlich verpflichtet ist, es in einer seinem früheren Zweck nahestehenden Art zu verwenden. (Darüber Bekker S. 281. 285 fg. und Hölder S. 129, Regelsberger I § 86 zu¹³, § 93 zu⁹, Dernburg I § 64 zu⁹, Gierke I § 70⁶⁶, § 78 zu⁶². Sichere gemeinliche Resultate werden sich kaum gewinnen lassen.]

³ Nach dem § 59^{5a} Gesagten. A. M. Stobbe I § 54¹⁷. [Regelsberger I § 86 zu⁹. Gierke I § 70⁶⁶ nimmt an, daß die Corporation überhaupt nicht allgemein, sondern nur kraft gesetzlicher oder statutarischer Ermächtigung über ihren künftigen Nachlaß verfügen kann.]

[^{4a} Regelsberger I § 86 zu¹⁰ verlangt Genehmigung nur bei öffentlichen Corporationen, nicht bei gemeinnützigen Privatcorporationen. Anders unterscheidet Hölder S. 121 fg.]

[⁴ Bestimmungen der Reichsgesetze über geordnetes Liquidationsverfahren und über den Anfall des Reinvermögens: § 68. (Ges. 187 84) Art. 243. 245

bestimmten Personen (45 Abs. 1), physische oder juristische, mehrere oder eine. Die Satzungen können auch der Mitgliederversammlung oder einem andern Vereinsorgan die Bestimmung der Anfallberechtigten überweisen. Ist der Zweck des Vereins nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet, so kann die Mitgliederversammlung auch ohne solche Vorschrift der Satzungen das Vermögen einer öffentlichen Stiftung oder Anstalt zuweisen (45 Abs. 2). Dieß kann nur auf Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts im Sinne des § 89 BGB. bezogen werden, nicht auch auf private Stiftungen (Anstalten) mit gemeinnützigem Zweck. Ist eine Bestimmung durch die Satzungen oder eine nach dem Vorigen gültige Verfügung nicht getroffen, so fällt das Vermögen, wenn der Verein satzungsgemäß ausschließlich den Interessen seiner Mitglieder diene, an die letzten Mitglieder zu gleichen Theilen, anderen Falls an den Fiscus des Bundesstaats, in dessen Gebiet der Verein seinen Sitz hatte (45 Abs. 3; vgl. jedoch EG. 85). Hierbei finden die Vorschriften über die dem Fiscus gesetzlich anfallenden Erbschaften entsprechende Anwendung; demzufolge ist eine besondere Ordnung des Liquidationsverfahrens überflüssig; es gelten darüber die Grundsätze über die Abwicklung einer Erbschaft. Die gesetzliche Verpflichtung des Fiscus, das Vermögen thuntlichst in einer den Zwecken des Vereins entsprechenden Weise zu verwenden, ist außer Zweifel gestellt (46). Wenn das Vermögen nicht an den Fiscus fällt (47), so findet eine Liquidation nach Maßgabe der §§ 48—53. 76 BGB. statt. Die Anfallberechtigten erhalten hier das Vermögen erst durch Ausantwortung seitens der Liquidatoren (51). Von dem Verlust der Rechtsfähigkeit durch Eröffnung des Concurres gelten die mitgetheilten Bestimmungen nicht; das Gesetz hat auf die entfernte Möglichkeit, daß der Concurres mit einem Ueberschuß endet, keine Rücksicht genommen. Trifft die Concurresöffnung mit Unrecht einen in Wahrheit vermögenden Verein, so kann der Verlust der Rechtsfähigkeit durch sofortige Beschwerde gegen die Concurresöffnung abgewandt werden (R.D. 101).

II. Mit dem Erlöschen einer Stiftung fällt das Vermögen an die in der Verfassung bestimmten Personen. Es kommen also gemäß § 85 auch die landesrechtlichen Vorschriften zur Anwendung, je nach ihrem eigenen Willen vor oder hinter den Bestimmungen des Stiftungsgeschäfts (88). Die Vorschriften über die Stellung des Fiscus als Anfallberechtigten und über die Liquidation sind entsprechend anwendbar (88. 46—53.). Auch diese Bestimmungen sind nicht auf den Fall des Concurres berechnet; denn mit der Concurresöffnung verliert nach dem Inhalt des BGB. die Stiftung nur die Rechtsfähigkeit (86. 42); daß sie erlischt, ist hieraus zwar zu folgern (§ 61 a. E. unter II), es sind aber die Vorschriften des BGB. über das „Erlöschen“ der Stiftungen auf diesen Fall nicht ohne Weiteres anwendbar. Es gilt vielmehr über den Fall der Concurresöffnung das unter I a. E. Bemerkte; denn es ist nicht anzunehmen, daß das BGB. hier Entscheidungen treffen wollte, die es für Vereine im gleichen Falle zu treffen unterließ.]

GenD. 94. 108a. 104o, Gef. üb. d. eingeschr. Hülfskass. 7/4 76 § 3, 8. § 30. 31, Genoff.-Gef. 1/5 89 § 81—90, Gef. betr. d. Gesellsch. m. beschr. Haft. 20/4 92 § 66—75.]

Drittes Kapitel.

Entstehung, Untergang, Veränderung der Rechte.

I. Allgemeines.

Die Begriffe.

§ 63.

Ein Recht entsteht, geht unter, verändert sich — das will sagen: es ist derjenige Thatbestand zur concreten Verwirklichung gelangt, an welchen die Rechtsordnung das Sein, Nichtsein, Anderssein des Rechts anknüpft. Man sagt von diesem Thatbestande, daß er das Recht erzeuge, aufhebe, verändere; das eigentlich Wirkende ist der an diesen Thatbestand angeknüpfte Spruch der Rechtsordnung¹.

Näher ist von dem Begriff der Veränderung zu handeln.

[Das **§ 63**. operirt ebenfalls, wie dieß auch gar nicht anders möglich ist, mit der Vorstellung der Entstehung, Veränderung und des Untergangs der Rechte, Ansprüche, Rechtsverhältnisse. Es spricht von Entstehung (198), oder Begründung (Titelüberschrift vor 305 und §§ 305. 780. **CG.** 128. 189). Der regelmäßige Ausdruck für den Untergang ist Erlöschen (Abschnittüberschrift vor 362. §§ 362. 364. 389. 397. 889. 1016. 1028. 1061. 1104. 1178). Auch Beendigung kommt vor (1072. 856). Aufhebung ist vorzugsweise Aufhebung durch Willenserklärung (649. 875. 883); es wird aber zuweilen doch das Bedürfniß empfunden, ausdrücklich hinzuzusetzen, daß von Aufhebung durch Rechtsgeschäft die Rede sei (1064. 1071. 1183), und in Art. 128. 189 **CG.** ist Aufhebung doch wohl allgemein von jedem Erlöschen des Rechts zu verstehen. Aenderung des Rechts (1071 **Abf.** 2. 1276 **Abf.** 2) ist zunächst Aenderung des Inhalts (305. 767. 877. 883. **CG.** 189) oder des Rangverhältnisses (880. 883 **CG.** 189). Doch heißt auch Uebertragung und Belastung eines Rechts eine Rechtsänderung (873), wobei aber nicht sowohl an die Aenderung des betroffenen Rechts als an die Aenderung der Rechtslage des Grundstücks gedacht zu sein scheint. Der Wechsel der Personen erfolgt nach Auffassung des Gesetzes zweifellos unter Wahrung der Identität des Rechtes, indem dasselbe übertragen (Abschnittüberschrift vor 398. §§ 398. 873 **CG.** 189) oder abgetreten wird (398 **fg.**), oder übergeht (401. 774. 857. 1143), die Schuld übernommen wird (414 **fg.**). Die Anwendung des Ausdrucks gesetzlich auf diejenigen Rechtswirkungen, welche nicht auf Willenserklärungen dessen beruhen, den es angeht, ist dem **RWB.** vollkommen vertraut. (107 **fg.** 135. 679. 408 **Abf.** 2. 412.) — Ueberschrift I vor 1363. §§ 1924 **fg.**.]

§ 63. ¹ Dieß wird theilweise verkannt in dem Sprachgebrauch, nach welchem zwischen gesetzlicher Entstehung z. des R. und Entstehung z. durch Willenserklärung unterschieden wird. Vgl. § 68¹. [Vgl. auch Regelsberger I § 118, II. § 119 zu¹.] — Die Ausdrücke Entstehung, Untergang, Veränderung des R. sind bildliche Ausdrücke, da das R. nichts real Existirendes ist. Daß ich das, wie im Text geschehen, hervorgehoben habe, hat mir einst ein Recensent dieses Buches zum bitteren Vorwurf gemacht; jetzt wird es von Schloßmann der Vertrag

Veränderung der Rechte im Besonderen.

§ 64.

Ein Recht verändert sich: die Eigenschaften des Rechts sind andere geworden, seine Substanz ist dieselbe geblieben. Das will sagen: soweit die Veränderung nicht reicht, fährt Alles fort, von dem Rechte zu gelten, was bis dahin von ihm galt¹.

Eine Veränderung² kann mit den Rechten vorgehen sowohl in Betreff ihres Inhalts, als in Betreff ihres Subjects^{2a}.

1. Der Inhalt³ eines Rechts kann ein anderer werden entweder in quantitativer oder in qualitativer Beziehung. In quantitativer Beziehung: der jetzige Zustand des Rechts unterscheidet sich von dem früheren nur durch ein Mehr oder Winder, so z. B. wenn die Sache, an welcher Jemand Eigenthumsrecht hat, durch Anschwemmung einen Zuwachs erhält, wenn der Gläubiger zum Theil befriedigt wird. In qualitativer Beziehung: der in dem Recht enthaltene Rechtsbefehl erhält einen Inhalt anderer Art, so wird z. B. das Eigenthumsrecht durch seine Verletzung (§ 43), das Forderungsrecht auf Leistung einer individuellen Sache dadurch, daß dessen Erfüllung dem Schuldner durch seine Schuld unmöglich wird, in ein Forderungsrecht auf Geldentschädigung verwandelt^{2a}.

§. 270 fg. als neue Entdeckung gepriesen, und seine Nichtbeachtung den Juristen strafend vorgehalten. Neuerdings Zitelmann Irrthum und Rechtsgeschäft S. 200 fg., [gegen diesen Hölder § 36¹.] Schloßmann Grünh. 3S. VI S. 546 fg. Schuppe Begriff des subjectiven R. S. 149 fg. [Hölder S. 172 fg.]

¹ Hierin liegt das praktische Interesse der Unterscheidung zwischen der Veränderung eines R. und der Entstehung eines neuen R. an Stelle eines früheren. [Dernburg I § 88².]

² Vgl. „über Abwandlungen“ v. Schey Grünh. 3S. VII S. 746 fg. VIII S. 110 fg.

^{2a} [Man muß aber den Begriff des Inhalts des R. in sehr weitem Sinne nehmen, wenn (wie auch Regelsberger I § 118, III, 2. § 121, II annimmt) Veränderung des Inhalts und Veränderung des Subjects alle Veränderungen umfassen soll, welche das R. überhaupt erleiden kann. Insbesondere muß dann die Veränderung des Ranges des R. zur Veränderung des Inhalts gerechnet werden. Die Begründung eines R. an einem R. unterwirft jedenfalls das belastete R. einer Veränderung; welcher Natur diese ist, hängt davon ab, was man sich unter einem R. am R. denkt. Vgl. § 48^a. § 206. § 207. § 239.]

³ Vgl. Savigny III S. 4. [Regelsberger I § 121, II.]

^{2a} [In diesem Satz steckt ein Redactionsversehen. Es kann nicht Windscheid's Ansicht gewesen sein, daß das Eigenthumsr. sich durch seine Verletzung in ein Forderungsr. auf Geldentschädigung verwandelt; so aber wäre der Satz, wie er lautet, zu verstehen. Es ist hinter den Worten „durch seine Verletzung“

[Das **§§**. unterscheidet von der Aenderung des Inhalts des Rechts diejenige seines Ranges. Vgl. oben (§ 63 a. E.) und lennt daneben seine Belastung mit Rechten Dritter (873 Abs. 1. 876).]

2. Veränderung der Rechte in Betreff ihres Subjects.

a. Wechsel des Subjects⁴. An die Stelle des bisherigen Subjects tritt ein anderes Subject. Bei obligatorischen Rechten kann nicht bloß das berechnigte, sondern auch das mit der Verbindlichkeit behaftete Subject wechseln. Die technische Bezeichnung für dieses Eintreten eines Subjects an die Stelle eines anderen ist (Rechts-) Nachfolge (Succession); das neu eintretende Subject ist der (Rechts-) Nachfolger (Nachmann, Successor), das bisherige der (Rechts-) Vorgänger (Vormann). — Nicht alle Rechte können ihr Subject wechseln; ihre Hauptanwendung findet die Rechtsnachfolge auf dem Gebiete des Vermögensrechts. Die vermögensrechtliche Nachfolge ist entweder Nachfolge in ein Vermögen als Ganzes (§ 42), und damit in alle einzelnen Bestandtheile desselben — Gesamtnachfolge (Universalsuccession) oder eine Nachfolge in Vermögensstücke als einzelne — Sondernachfolge (Singularsuccession)⁵⁻⁶.

[Das **§§**. operirt mit den gleichen Begriffen (vgl. § 63 a. E.) vgl. auch **§§**. 221: Rechtsnachfolge, Rechtsvorgänger, Rechtsnachfolger; 1922 Abs. 1: Begriff der Gesamtnachfolge.]

etwas zu ergänzen, wahrscheinlich: „in einen Anspruch auf Wiederaufhebung der Verletzung“ (§ 43 a. E.). Freilich paßt auch so das Wort „verwandelt“ nicht recht. Denn das Eigenthumsr. bleibt ja mit seinem vollen alten Inhalt bestehen, trotzdem es jenen Anspruch aus sich erzeugt. — Hölder § 36 S. 174 fg. erkennt als wahre Veränderungen des Inhalts eines R. nur Erweiterungen und Beschränkungen an; ein Wechsel im Inhalt soll in Wahrheit das alte R. zum Erlöschen bringen und ein anderes an die Stelle setzen, das aber möglicher Weise als das alte gilt. In diesem Falle muß es aber nach **§**.s eigenen Ausführungen S. 185 dasselbe sein. (Vgl. ⁹.)]

⁴ Vgl. Savigny III § 105, Wächter I § 68. Württemb. Privatr. II § 79. 80, Unger II § 74.

⁵ **§**affe **ACPra.** V S. 15 fg. — Die römischen Ausdrücke sind: succedere (successio) in universum ius, in omne ius, in ius (iuris successor), per universitatem (universitatis successio), in universa bona — in rem, in rei dominium, in singularum rerum dominium. Es findet sich auch ein Sprachgebrauch, nach welchem die Ausdrücke succedere etc. bloß von der Gesamtnachfolge gebraucht werden. Vgl. I. 3 § 1 D. 21, 3, I. 37 D. 29, 2, I. 3 pr. D. 37, 1, I. 9 § 1 D. 2, 13, I. 1 § 13 D. 43, 3, I. 24 § 1 D. 39, 2; I. 170 D. 50, 16, I. 7 § 2 D. 13, 1, I. 9 § 1 D. 2, 13. **§**affe a. a. O. S. 40 fg., Savigny a. a. O. S. 17 fg. — Der Ausdruck succedere (successio) in locum ist nicht nothwendigerweise von der Knachfolge zu verstehen; er wird auch da gebraucht, wo Jemand mit einem neu entstandenen R. an die Stelle eines bisher Berechnigten tritt. Dernburg **ACPra.** XLI S. 3 fg. (Pfanbr. II S. 491 fg.). —

b. **Vielfältigung des Subjects.** Früher war nur ein Subject vorhanden, jetzt ist eine Mehrheit von Subjecten vorhanden. Mit der Vielfältigung des Subjects kann ein Abtreten des bisherigen Subjects verbunden sein, z. B. der Gläubiger oder der

Ueber den Begriff der Universalsuccession s. auch Heusler Instit. des deutsch. Privatr. II §. 532 fg. [Regelsberger I § 122, II. Hölder §. 176 fg. meint, eine Universalsuccession könne nur eintreten beim Untergang des bisherigen Vermögenssubjects. Wenn dieser Satz gegenüber manchen Universalsuccessionen des r. R. in das Vermögen Lebender durch den Hinweis auf die *capitis deminutio* zu retten ist, so scheitert er doch an der Universalsuccession des *honorum emptor* (Gai. II. 97. 98), bei welcher der Schuldner nicht als verstorben behandelt wird. Hölder steht nahe Dernburg I § 81, 3, b.]

* Der ausgehellte Begriff der Knachfolge ist in der neueren Zeit mehrfach angefochten worden, entweder für die Knachfolge überhaupt, oder doch für die Sondernachfolge, und zwar namentlich auf Grund der Auffassung, daß das Subject etwas zum Wesen des R. Gehöriges sei, und daher durch den Wechsel des Subjects das R. ein anderes werden müsse. Hierher gehören: Kuntze die Obligation z. § 15—20, Reuner Wesen und Arten der Privatverhältnisse z. §. 116 fg., v. Salpius Novation und Delegation §. 345 fg., Mansbach der Nießbrauch an Forderungen §. 14, Bierling zur Kritik der juristischen Grundbegriffe II §. 94. — Kuntze behauptet, bei der Sondernachfolge dauere nicht das bisherige R. fort, sondern es werde aus dem „Stoff“ des bisherigen R. ein anderes geschaffen; Mansbach: ein aus demselben Stoff gegossenes R.; ähnlich v. Salpius; auch nach der Ansicht von Reuner geht bei der Knachfolge nicht das R. über, sondern nur der „Stoff“. Daß aber der bezeichnete Ausgangspunkt ein irriger ist, ergibt sich schon daraus, daß ein R. möglicherweise ohne alles Subject existiren kann (§ 49²). Allerdings ist dieß ein Satz, der weit davon entfernt ist, unbestritten zu sein (a. a. D. ³), und fragt man nach den Merkmalen, welche wirklich maßgebend seien für die Identität des R., so steht man vor einer schwierigen und wohl noch nicht abschließend erörterten Frage. Vgl. über dieselbe außer den Bemerkungen in den früheren Ausgaben dieses Lehrbuchs Zitelmann Irrthum und Recht §. 473 fg., Vetter Besitz §. 302 fg., v. Schey Grünh. 35. VIII §. 153 fg., Weismann Hauptintervention §. 34 fg., Wittels die Individualisirung der Obligation (1887) §. 5. Ich bin in Betreff dieser Frage im Wesentlichen noch immer der früher geäußerten Ansicht [Identificirung des R. durch den Erzeugungsthatbestand], doch kann sie, wie ich glaube, dahin gestellt bleiben. Denn wenn man darüber einverstanden ist ([so auch Hölder §. 185 fg.]), daß für den Knachfolger Alles wahr ist, was für den Vorgänger wahr war, und daß eben nichts sich geändert hat, als das Subject, so wird man zugestehen, daß es jedenfalls ein bequemer Ausdruck ist, zu sagen: das R. sei dasselbe geblieben. (v. Schey a. a. D. §. 158: das Recht ist zwar ein anderes, wird aber von der Ordnung behandelt wie das frühere. [Auch Hölder §. 174 fg. 185 nimmt an, daß allerdings das R. des Knachfolgers ein neues ist, und nur für das alte gilt, giebt aber zu, daß die Identität sei in dem einzigen Sinne, in dem hier davon gesprochen werden könne. Für die Identität auch Regelsberger I § 120, I.] Gegen Kuntze haben sich erklärt: Windscheid die Actio z. §. 157—160, Vetter Heidelb. tr. 35. III §. 452—455, Arnolds § 56², Unger II § 74⁴, Gürgens Jahrb. f. Dogm. VIII §. 223 fg.; vgl. auch Hartmann die Obligation §. 153, v. Lieber der Besitz §. 114. 115. v. Salpius zieht aus seiner

Schuldner in einer theilbaren^{6a} Obligation wird von einer Mehrheit von Personen beerbt; aber nothwendig ist dieß nicht, z. B. eine Sache wird zu einem ideellen Theile veräußert. Ferner: entweder wird bei der Vervielfältigung des Subjects die Identität des Rechts aufrechterhalten, oder das Recht theilt sich in eine Mehrheit für sich bestehender Rechte. (Beispiel: untheilbare — theilbare Obligation bei einer Mehrheit der Erben des Gläubigers oder des Schuldners)⁷.

[Das **§§** kennt die Vervielfältigung des Subjects eines Rechtes ebenfalls, z. B. (ebenso wie das gemeine Recht), bei der Theilung des Grundstücks, zu dessen Gunsten eine Grunddienstbarkeit besteht (P. 1025 und unten § 209¹⁹). Ebenso tritt bei Vererbung des Schuldners durch mehrere Vervielfältigung des Schuldsubjects ein; hier aber läßt das **§§** auch bei theilbaren Obligationen grundsätzlich nicht Spaltung in mehrere Obligationen eintreten, sondern die Erben als Gesamtschuldner haften, freilich nicht ohne Modificationen (2068 fg.). Wird der Gläubiger von mehreren beerbt, so gehört die Forderung zum Nachlaß als gemeinschaftlichem Vermögen der Erben, und das Verhältniß ist wiederum, auch bei theilbarer Forderung, ganz anders als die Theilung der Forderung im gem. R. (2039). Ein Fall der Spaltung der Forderung in mehrere, die verschiedenen

Auffassung die Consequenz, daß auch in der Novation eine Succession liege. Hiergegen H. Witte fr. **§§** VIII S. 371 fg. Brinz (Jahrb. d. gem. R. III S. 31. 32) will zwar ebenfalls das Wesen der Anachfolge darein gesetzt wissen, daß das R. des Nachfolgers aus dem R. des Vorgängers geschaffen werde, ist dabei jedoch nicht der Ansicht, daß das R. des Nachfolgers nicht dasselbe R. sei, wie das des Vorgängers; aber diese Identität, meint er, finde nicht bloß bei der Anachfolge statt, sondern z. B. auch bei der Ersetzung. Vgl. auch Pand. I S. 244. 563. 595. Wie Brinz, abgesehen von dem über die Ersetzung Bemerkten, Esmarck *Vacuae possessionis traditio* (1873) S. 3 fg. Dafür, daß in der Ersetzung eine Anachfolge liege, neuerdings Bolze Begriff der juristischen Person S. 24, v. Schey Grünh. **§§** VIII S. 160 fg. [**§** 178 fg. mit Verufung darauf, daß die dem erlassenen Grundstück zustehenden Servituten fortbauern], [Dernburg I § 81, 1, a (unverbundene, originäre Succession)]; dawider Czypcharz Grünh. **§§** VI S. 626 fg. Fortsch. von Glück Buch 41 S. 24 fg. [S. auch Regelsberger I § 119⁶.] Vgl. hierüber § 175⁴. [Deller Pand. I S. 48. 106. Schuppe Begriff des subj. R. S. 149 fg. Eisele die *actio utilis des Cessionars* (1887) S. 26 fg. Danz *ACPra.* LXXIV S. 242 fg., Wendt § 14. — Wenn das § 48a⁶ Bemerkte richtig ist, so wird man zu sagen haben, daß nicht sowohl das R., als vielmehr der von der Anordnung auf Grund eines concreten Thatbestandes erlassene Befehl übergeht. [Succession im weiteren Sinne: Regelsberger I § 122, I.]

^{6a} [Weshalb theilbaren? Das Gesagte ist doch auch bei der untheilbaren Obligation zutreffend. Auch hier findet Vervielfältigung des Subjects durch Eintreten mehrerer Erben für Gläubiger oder Schuldner statt. Es wird auch im Folgenden sowohl der Fall der untheilbaren wie der der theilbaren Obligation hierher gerechnet.]

⁷ Vgl. zu dem Gesagten Steinlechner in der § 51 Note * citirten Schrift S. 43 fg. [S. unten § 608⁷. § 299.]

Gläubigern zustehen, ergibt sich dagegen, wenn der Bürge den Gläubiger zum Theil befriedigt. Die Forderung geht dann zu diesem Theil auf den Bürgen über, während sie zum andern Theil bei dem alten Gläubiger bleibt. (774; vgl. ferner 1164. 1168. 1176).]

Abschwächung der Rechte.

§ 65.

Zwischen der Entstehung und dem Untergang der Rechte liegt ihre Existenz. Diese Existenz braucht keine volle, sie kann eine abgeschwächte sein¹. Die Fälle, welche hierher gehören, sind von sehr verschiedener Art. Ein Hauptfall ist der des Bestehens eines Anspruchs mit anhaftender Einrede², welchem Fall sich der Fall der natürlichen Verbindlichkeit anschließt³. Ein anderer Fall ist der des Ruhens der Rechte⁴: das Recht ist in einer Lage, in welcher es seine Wirksamkeit nicht entfalten oder nicht voll entfalten kann; aber diese Lage kann sich ändern, und dann ist das Recht in voller Wirksamkeit vorhanden, ohne daß es neu erzeugt zu werden braucht⁵. Fernere Fälle sind: das Recht ist nur für eine bestimmte Person vorhanden, im Uebrigen nicht⁶; oder das Recht wirkt in sachlicher Beziehung

¹ In Folge unvollständiger Entstehung oder in Folge unvollständigen Untergangs. [Regelsberger I § 121, III.]

² S. § 47.

³ S. II § 287—289.

⁴ Der Ausdruck kommt vor bei Gai. IV. 78.

⁵ Beispiele: das Eigenthum an einer Sache, welche als Bestandtheil in eine andere Sache eingefügt worden ist (§ 188¹⁰⁻¹³, § 189⁴). Die actio noxalis, wenn der Gläubiger Eigentümer des Sklaven zc. wird, durch welchen sie begründet worden ist, nach der Ansicht der Proculianer (Gai. IV. 78, vgl. § 6 I. 4, 8). Väterliche Gewalt bei der ersten und zweiten Mancipation (Gai. I. 32. II. 141, Coll. XVI. 8 § 7; Gai. I. 135. Vgl. Bachmann Postliminium S. 20 fg.). Das Inhaberpapier oder der Wechsel (W.D. Art. 10, Kunze Wechsel. S. 84. 86) in der eigenen Hand des Schuldners. Die Grunddienstbarkeit, wenn der Grundeigentümer, nachdem in seiner Hand das Eigenthum des herrschenden und des dienenden Grundstücks zusammengelommen sind, die Dienstbarkeit im Grundbuche nicht löschen läßt. Der Fall der l. 31 D. 8, 3. Die Grunddienstbarkeit nach Dereliction des herrschenden Grundstücks (§ 215³). Die Vormundschaft über einen Geisteskranken im lichten Zwischenraum, l. 6 C. 5, 70. Theilweises Ruhen des R.: Pfandr. an der eigenen Sache (§ 248²⁸ fg.).

⁶ Hierher gehört der Fall der Confusion, wenn das confundirte R. (R. an fremder Sache oder Forderung) einem anderen R. unterworfen ist. Vgl. § 205⁴, § 206¹⁵ a. E. § 219⁸. § 248^{11, 12}. Thering Jahrb. f. Dogm. X S. 450 nimmt Fortdauer der Dienstbarkeit trotz der Confusion auch in dem Fall an, wo das herrschende Grundstück einem R. an fremder Sache unterworfen ist, wohl mit

nur nach einer bestimmten Seite⁷, oder nach einer bestimmten Seite nicht^{8, 9}.

[Ueber Einreden nach §§. Vgl. § 47 a. E. Ruhen kennt das BGB. bei der ertelichen Gewalt (1676 fg. 1685. 1686. 1696). Ein Recht, welches dem jeweiligen Eigenthümer eines Grundstücks zusteht, wird auch nach BGB. ruhen, wenn das Grundstück grundbuchmäßig delinquent wird, bis der Fiscus es sich aneignet (918). Die Hypothek und die Grundschuld entfalten, so lange sie dem Eigenthümer des belasteten Grundstücks zustehen, einen Theil ihrer Wirkungen nicht (1177. 1197). Nießbrauch und Pfandrecht an einer beweglichen Sache erlöschen, wenn sie mit dem Eigenthum einer Person zusammenkommen, gelten aber als nicht erloschen, insoweit der Eigenthümer ein rechtliches Interesse an ihrem Fortbestande hat; insoweit behalten sie also ihre Wirkungen (1063. 1256). Daß das R. nur für eine bestimmte Person vorhanden ist, im übrigen dagegen nicht, kommt nach BGB., so viel ich sehe, nicht vor. Der Fall der Note⁶ erlebte sich dadurch, daß bei Bereinigung von Eigenthum und Pfandrecht das Pfandrecht dann überhaupt nicht erlischt, wenn die Forderung, für die es haftet, mit dem Recht einer Dritten belastet ist (1256). Selbständige Belastung des Pfandrechts giebt es nicht (1254) Abs. 1. 1277 Abs. 2. 1069 Abs. 2). Nießbrauch an beweglichen Sachen und an Rechten erlischt zwar auch durch Confusion (1063. 1072); dieß kommt aber hier nicht in Frage, denn es giebt, (worauf es hier ankäme) kein Recht am Nießbrauch (1059. 1069. Abs. 2. 1274 Abs. 2). Sachlich beschränkte Wirkungen von Rechten kommen nach BGB. vielfach vor. Man kann dahin jede Beschränkung eines Rechts durch das Recht eines Dritten rechnen.]

Erwerb und Verlust der Rechte.

§ 66.

Erwerb eines Rechts ist Verknüpfung des Rechts mit einem

Recht; aber für seine Annahme, daß in diesem Falle wegen des R. des Dritten an dem herrschenden Grundstück die Dienstbarkeit auch für den Eigenthümer fortbauere, sehe ich keinen Grund.

⁷ Z. B. die Ehe zwischen dem Freilasser und der Freigelassenen, wenn die letztere sich scheidet; die Ehe ist zwar im Uebrigen aufgelöst, verhindert aber die Freigelassene an der Wiederverheirathung und der Rückforderung der Dos., I. 11 pr. D. 24, 2. C. auch I 6 eod.

⁸ Die Freilassung eines Slaven, welcher einem fremden Nießbrauch unterworfen ist, soll nach I. 1 § 1 C. 7, 15 den Slaven zwar frei machen, aber den Nießbrauch nicht beseitigen (vgl. Ulp. I. 19).

⁹ Jhering Jahrb. f. Dogm. X. 8 (1871) stellt statt der Kategorie: R. mit abgeschwächter Existenz die andere auf: R. ohne active, mit bloß passiver Wirkung, unter welcher passiver Wirkung Jh. den Zustand der Gebundenheit des Rechtsobject, Person oder Sache, versteht. Ich halte diese Kategorie für zu enge, und theilweise für nicht genügend selbst gegenüber den auch von Jh. genannten Merscheinungen, wie das in Betreff des Pfandr. an eigener Sache Jh. selbst nicht bestreitet. Jh. stellt übrigens unter seine Kategorie, wie nicht alle obenerwähnten Merscheinungen, so auch andere, und namentlich das bedingte und das befristete R. C. darüber § 89^{19a}. C. ferner III § 531^a. Jh.'s Auffassung hat sich angeeignet Prodomski vöm. Privatr. II S. 163.

bestimmten Subject; Verlust eines Rechts ist Lostrennung des Rechts von dem Subjecte, mit welchem es bisher verknüpft war.

Erwerb eines Rechts ist nicht nothwendigerweise Entstehung desselben. Er wäre es, wenn es keine Rechtsnachfolge gäbe; aber der Rechtsnachfolger erwirbt ein Recht, ohne daß es jetzt erst entstünde. In gleicher Weise ist der Verlust, welcher den Rechtsvorgänger betrifft, nicht Untergang des Rechts¹.

Der Rechtserwerb, welcher sich durch Rechtsnachfolge vollzieht, bildet eine Art des abgeleiteten Erwerbes. Unter abgeleitetem Erwerb versteht man jeden Erwerb, welcher sich auf ein bereits bestehendes Recht stützt, bei welchem das erworbene Recht von einem bestehenden abgeleitet wird. Außer dem Erwerbe durch Rechtsnachfolge gehört auch der Fall hierher, wo aus einem vorhandenen Recht ein Recht anderer Art erzeugt wird, z. B. aus dem Eigenthumsrecht eine Dienstbarkeit^{1a}. Derjenige, von dessen Recht das erworbene Recht abgeleitet wird, heißt der Rechtsurheber². Den Gegensatz gegen den abgeleiteten Erwerb bildet der selbständige Erwerb³.

[Das BGB. spricht von Erwerb und Verlust des Rechts in demselben Sinne wie das hier geschieht. Vgl. z. B. Titelüberschrift vor 925, desgleichen vor 929. §§ 854. 255. Die Eintheilung der Erwerbsgründe in abgeleitete und selbständige und die Scheidung zwischen Rechtsnachfolge und Erzeugung eines neuen Rechts aus einem bestehenden rechtfertigt sich selbstverständlich auch nach BGB. Es ist aber durch die Grundzüge über den Erwerb von Nichtberechtigten (vgl. bes. 932 fg.) der Kreis der selbständigen Erwerbungen erheblich erweitert.]

¹ Ein anderer Grund, warum Erwerb und Entstehung, Verlust und Unter- § 66.
gang des R. nicht nothwendigerweise zusammenfallen, liegt in der Möglichkeit des subjectlosen Bestehens der R. [Vgl. § 49.]

^{1a} Exner Tradition S. 1—4. Kritik des Pfandbegriffes S. 53 fg. stellt auch diesen Fall unter den Begriff der Anachfolge. Zustimmung Beller iv. VZS. XV S. 525. 541, Pand. I § 34 [Regelsberger I § 120, II.]. Man gebraucht für diesen Vorgang den Ausdruck constitutive Anachfolge [so auch Regelsberger a. a. O.] und spricht von Mutter- und Tochter-. [Vgl. auch Hölder S. 179 fg. 186 fg., Dernburg I § 81, 2.]

² Auctor. L. 175 § 1 D. 50, 17 (vgl. l. 54 l. 177 pr. ood.). Der Ausdruck wird vorzugsweise bei der Sondernachfolge gebraucht; vgl. jedoch l. un. C. Hermog. de success. 12. [= Consultatio VI, 18.]

³ Die hergebrachten Ausdrücke sind: derivativer — originärer Erwerb. Der letztere Ausdruck ist hier durch den Ausdruck: selbständiger Erwerb in dem Sinne wiedergegeben worden, daß der Erwerb ein Erwerb ist, der seine origo in sich trägt. [Vgl. Regelsberger I § 119, III. Manche nennen auch den originären Erwerb unter Verdrängung des bisherigen Berechtigten Anachfolge. S. darüber § 64^a. § 175^a.]

Die juristischen Thatfachen.

§ 67.

Die einzelnen Momente der Thatbestände, auf Grund deren sich die Entstehung, der Untergang und die Veränderung der Rechte vollzieht, sind die juristischen Thatfachen. Ein Thatbestand* kann aus einer einzelnen Thatfache bestehen, er kann aber auch durch ein Zusammensein mehrerer Thatfachen gebildet werden. In dem letzteren Falle können die den Thatbestand bildenden Thatfachen auch der Zeit nach auseinanderfallen, entweder möglicherweise (z. B. die beiden einen Vertrag ausmachenden Willenserklärungen), oder nothwendigerweise (so setzt z. B. die Erfindung voraus einmal eine gewisse Art der Besizerlangung, sodann eine gewisse Dauer des so erlangten Besitzes)¹.

Die juristischen Thatfachen können nicht bloß positiver, sondern auch negativer Art sein. Eine Unterlassung z. B. kann sowohl rechtliche Folgen haben, wie ein Thun.

Ob einer Thatfache rechtliche Wirkung zukomme oder nicht, und welche ihr zukomme, braucht nicht nothwendigerweise sogleich mit ihrem Wirklichwerden entschieden zu sein; möglicherweise kann dafür erst eine spätere Gestaltung der Verhältnisse entscheidend sein. In diesem letzteren Falle ist einstweilen ein Zustand der Ungewißheit oder der Schwebe vorhanden².

§ 67. [* Regelsberger I § 118, I.]

¹ Vgl. Jhering Geist des r. R. III (§ 53, II S. 151 fg.), und namentlich Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 139 fg. (1871). Ueber den Inhalt dieses Aufsatzes, soweit er hier einschlägt, hat R. selbst berichtet in seiner Schrift über den Fruchterwerb des bonae fidei possessor S. 17 fg. (deren Citate sich aber auf einen anders paginirten Separatabdruck jenes Aufsatzes beziehen). [Bekker II § 80, 81, Dernburg § 79, Regelsberger I § 118, IV.]

² Die Quellen fagen in einem solchen Falle: pendet, in pendenti, in suspensio est, entweder von dem Verhältniß (z. B. dominium l. 12 § 5. l. 25 § 1 D. 7, 1, causa obligationis l. 20 D. 24, 1, servi status l. 86 § 2 D. 30), oder von der Thatfache selbst (z. B. traditio, stipulatio l. 14 § 1 D. 49, 17, alienatio l. 3 § 5 D. 40, 7, mutui datio l. 8 D. 12, 1, actus l. ult. D. 8, 4). [Regelsberger I § 118, V. VII.] In einem solchen Falle ist aber die Thatfache nicht nothwendigerweise aller sofortigen Wirkung bar; sie kann möglicherweise schon jetzt, wenn auch nicht die ihr an und für sich zukommende, doch eine andere Wirkung äußern. So wird in Folge der bedingten Willenserklärung das übertragene R. nicht eher erworben, bis die Bedingung erfüllt ist; aber jedenfalls ist der Uebertragende sofort gebunden, er kann den Erwerb des R. für den Fall der Erfüllung der Bedingung nicht mehr verkümmern (§ 89). Nur wo dieses Verhältniß stattfindet, hat der Begriff des zukünftigen R. rliche Bedeutung, während

Die juristischen Thatsachen äußern die ihnen zukommende rechtliche Wirkung regelmäßig nur für die Zeit, welche nach ihnen kommt, für die Zukunft. Es kommt jedoch auch vor, daß das Recht einer Thatsache Wirkung beilegt auch für die hinter ihr liegende Zeit, für die Vergangenheit, d. h. daß es vorschreibt, es solle alles so gehalten werden, als sei die erst jetzt eingetretene rechtliche Wirkung bereits früher eingetreten oder vorhanden gewesen³. In einem solchen Falle sagt man, daß die Thatsache rückwirkende Kraft habe, oder auch, daß sie zurückbezogen werde⁴.

im Uebrigen das zukünftige R. einfach ein Nichtr. ist (vgl. Unger II §. 7. 8). Dieses Verhältniß ist es auch, auf welches sich der von Fitting über den Begriff der Rückziehung (1856) aufgestellte Begriff der „Vorwirkung“ bezieht. Vgl. zu der genannten Schrift die Anzeigen von Windscheid in der Heidelb. fr. Zs. IV §. 35 fg. und v. Scheurl in der krit. Ueberschau V §. 24 fg., ferner Arndts § 57², Bangerow I § 301 Anm., I, 2, und über das Verhältniß selbst namentlich auch Fhering Jahrb. f. Dogm. X §. 458 fg. und Köppen Jahrb. (1) §. 163 fg. 334 fg. Fruchtwerb (1) §. 25 fg. 51 fg. In dem Aufsatz R.'s wird für Rgeschäfte auch der entgegengesetzte Fall, wo das Rgeschäft einwirken noch gar keine Wirkung erzeugt hat, in nähere Betrachtung gezogen: R. spricht in diesem Falle von einem unfertigen Rgeschäft, im Gegensatz zum unfertigen Rverhältniß. Die Ansicht R.'s darüber, wann der eine und wann der andere Fall eintrete, ist complicirt; vgl. darüber seine eigene Mittheilung in der Schrift über den Fruchtwerb des b. f. possessor §. 20, und aus dem ersten Aufsatz §. 155 fg. 219 fg. 238 (159). 256. 262. Neuerdings: Karlowa das Rgeschäft §. 12 fg. Bekker I § 35. Ryl R. der Schulverhältnisse §. 132 fg. (1887). Enneccerus Rgeschäft, Bedingung und Anfangstermin §. 232 fg. 337 fg. (1888). [Regelsberger I § 118, IV.]

³ L. 193 D. 50, 17. „Omnia fere iura heredum porinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes extitissent“. L. 138 pr. eod., l. 54 D. 29, 2. — L. 44 § 1 D. 30: — „ubi legatarius non repudiavit, retro ipsius fuisse videtur (sc. res legata), ex quo hereditas adita est; si vero repudiaverit, retro videtur res repudiata fuisse heredis“. L. 86 § 2 eod. L. 35 D. 9, 2: „retro accrevisse dominium ei videtur“. — L. 25 § 1 D. 7, 1: „retro fructuarii fuisse“. L. 43 § 2 D. 41, 1. — L. 19 § 3 l. 20 D. 49, 17. — Vgl. l. 3 § 5 D. 40, 7: pendeat praecedentis summae alienatio, sic tamen ut non retro fiant nummi accipientis“. L. ult. D. 8, 4: „cum . . . postremus cedat, non retro acquiri servitus videtur“. L. 17 § 2 D. 47, 2 (II § 394²).

⁴ L. 7 pr. C. 4, 28: — „cum nostra novella lege generaliter omnis rathabitio prorsus retrotrahatur, et confirmet ea quae ab initio subsequuta sunt“. L. 25 C. 5, 16: — „confirmatio ad illud tempus referatur, quo donatio conscripta sit, sicut et alias rathabitiones negotiorum gestorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt“. In l. 11 § 2. 9 D. 24, 1 und l. 40 D. 39, 6 wird von dem bestätigten nichtigen Rgeschäft selbst gesagt: retro agitur, reducitur (insofern nämlich die Bestätigung eines nichtigen Rgeschäfts eigentlich neuer Abschluß desselben ist). In l. 15 D. 34, 5 heißt es im Allgemeinen: res retro ducitur. — Vgl. über dieses Verhältniß die

[Alles dieses bleibt auch für das **GG.** richtig. Ueber Schwebezustände vgl. **RGZ.** 160 fg. 108 **Abf.** 1. 182. 2043; über Rückwirkungen 110. 142. 184. 84. 389.]

Es kommt vor, daß das Recht die Wirkung einer Thatfache nicht direct, sondern mit Hinweisung auf eine andere der Wirklichkeit nicht entsprechende Thatfache bestimmt. Es schreibt vor, eine Thatfache solle diejenige Wirkung haben, welche vorhanden sein würde, wenn Etwas wäre, was nicht ist, oder Etwas nicht wäre, was ist. In Fällen dieser Art spricht man von einer Fiction⁵.

[Auch das **GG.** hat nicht selten Fiktionen z. B. 3. 84. 110. 142. 162. 212. 213. 214 **Abf.** 2. 215 **Abf.** 2. 216. 370. 389. 1063 **Abf.** 2. 1256 **Abf.** 2. 1341 **Abf.** 2. 1343 **Abf.** 1. 1422. 1479. 1699 **Abf.** 1. 1719. 1723. 1757. 2024.]

in Note ³ citirte verdienstliche Schrift von Fitting und die daselbst genannten Anzeigen derselben. Ferner Köppen an den in Note ¹ genannten Orten (Jahrb. S. 154 fg. 163 fg.), Zimmermann stellvertretende Negotiorum Gestio S. 192 fg., v. Scheurl Beiträge II S. 194 (vgl. unten § 91¹ Nr. 3). Keller II S. 307 fg. 319 [[betont mit Energie, daß die Rückwirkung nicht die Bedeutung habe, die Vergangenheit rüch umzugehalten, sondern nur die Bedeutung, daß es von nun an so gehalten werden solle, als sei die Vergangenheit rüch eine andere gewesen. Das ist gewiß richtig, aber selbstverständlich.] [Regelsberger I § 118, VI.]

⁵ Das römische Recht liebt den Gebrauch der Fiktionen besonders. So heißt es in der Formel der Arrogation (Gell. Noct. Att. V. 19. 9), der Arrogirte solle in dieselbe rliche Lage kommen, als wäre er vom Arrogirenden erzeugt. Statt zu sagen, daß der römische Bürger durch feindliche Gefangenschaft, obgleich er Sklave werde, seine *Re* nicht verliere, sagt das römische R.: er sei, möge er aus der Gefangenschaft heimkehren oder in derselben sterben, anzusehen, als sei er nie in der Gefangenschaft gewesen, l. 12 § 6. l. 16. 18. 22 pr. D. 49, 15. Vgl. Demelius die Fiction in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung (1858) und dazu die Rec. von Arndts fr. **WZS.** I S. 93 fg. Thering Geist des r. R. III § 58⁴¹⁸ fg. Jahrb. f. Dogm. X S. 9¹². Unger österr. Erbrecht § 7¹⁰. Bülow **ACPr.** LXII S. 1 fg. 50 fg. (1879). Leonhard In wie weit gibt es nach den Vorschriften der deutschen Civilproceßordnung Fiktionen? Berlin 1880. Kohler fr. **WZS.** XXII S. 355 fg. 369 fg. (1880). Bülow **ACPr.** LXIV S. 29 fg. (1881). Leonhard der Fictum bei wichtigen Vertretern S. 209 fg. (1882). Bierling zur Kritik der juristischen Grundbegriffe II S. 85 fg. (1883). [Derselbe **ZE.** f. **EtWiss.** X S. 259 fg. Juristische Principienlehre I S. 101 fg. Ueber den von Leonhard aufgestellten Unterschied zwischen echten Fiktionen und vergleichenden Vorschriften, zugleich über das Maß, in welchem der Gesetzgeber von Fiktionen Gebrauch zu machen gezwungen ist, vgl. Ripp die Beurtheilung z. Abgabe von Willenserklärungen und zu Handlungen 1892 S. 31 fg. (Viele Festsätze f. Thering S. 71 fg.) Fingirt werden übrigens nicht immer Thatfachen, sondern oft auch Wirkungen und Verhältnisse. Schon die Fiction: Si anno possedisset (Gai. IV. 36), ist nicht rein thatsächlich; si capite deminutus non esset (Gai. IV. 38), fingirt den Nichttritt einer Wirkung, si heres esset, si civis Romanus esset (Gai. IV. 34. 35. 37) fingiren Verhältnisse.]

§ 68.

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

1) die darauf gerichteten Privatwillenserklärungen; man nennt sie Rechtsgeschäfte. Ihnen stehen gegenüber

2) die Willenserklärungen des Richters und anderer Organe der staatlichen Thätigkeit* und

3) alle anderen Thatfachen*. In diesem letzteren Falle spricht man von einer gesetzlichen Entstehung zc. der Rechte¹.

Nicht alle juristischen Thatfachen erheischen und gestatten eine

* Vgl. Wendt § 74—77.

[*] Unter diesen anderen Thatfachen spielen eine hervorragende Rolle menschliche Handlungen, welche nicht unter den Begriff der Willenserklärung fallen, sowie Unterlassungen. Und zwar gehört dahin nicht bloß das im Folgenden genannte unerlaubte Verhalten, sondern auch erlaubte und mit Folgen ausgestattete Handlungen. Solche Handlungen kann man mit den Rechtsgeschäften als Handlungen zusammenfassen. Vgl. Hölder S. 210 fg. 216, Bekker II § 82. 83. Dernburg I § 79, Regelsberger I § 118, IV, 1 und vorzüglich § 129. Schwierig ist die Abgrenzung des Kreises der Rechtsgeschäfte innerhalb des weiteren der Handlungen. R. E. sollte man von Rechtsgeschäften nur da sprechen, wo die Handlung nur als Erklärung des Willens in Frage kommt, wogegen man die Fälle, in denen die Erklärung eines Willens nicht genügt, sondern die Herstellung eines realen Erfolgs für die Folge wesentlich ist, nicht Rechtsgeschäfte nennen sollte. So ist die Occupation (anders Dernburg I § 91 vor ¹), die Begründung eines Wohnsitzes kein Rechtsgeschäft. Freilich wird es Vorgänge geben, denen man am besten gerecht wird, wenn man in ihnen zwei Elemente unterscheidet, ein rechtsgeschäftliches und ein jenseits des Gebiets der Rechtsgeschäfte liegendes. So bei der Tradition. Das Geben und Nehmen sind reale Handlungen, die Abrede des Eigentumsüberganges und seiner causa, etwa der Schuldtilgung (bei der Zahlung), ist Rechtsgeschäft.]

¹ Die Vorstellung, welche dieser durchaus gebräuchlichen Bezeichnung zu Grunde liegt, ist: die Re entstehen 1) durch menschlichen Willen, 2) durch den Willen des Gesetzes. Es ist bereits bemerkt worden (§ 63) und liegt auf der Hand, daß auch in dem ersten Falle das Entscheidende nicht der menschliche Wille ist, sondern der Wille des Gesetzes, welcher jenen mit rlicher Wirksamkeit begabt hat. Daraus, daß es eben der menschliche Wille ist, welchen das Gesetz mit rlicher Wirksamkeit begabt, folgt nicht, daß, wie Karlowa das Rechtsgeschäft S. 4 fg. will, der menschliche Wille nicht lediglich die Voraussetzung oder Bedingung, sondern die causa efficiens der Wirkung sei. Vgl. Zitelmann Irrthum und Rechtsgeschäft S. 278 fg., Pernice Grünh. JS. VII S. 472 fg., Bülow ACPr. LXIV S. 29. R. kämpft gegen die Auffassung, daß der subjective Wille aus eigener Machtvollkommenheit rliche Wirkungen hervorbringe, mit Empfase und Entrüstung. Vgl. Stinzing fr. JS. XXIII S. 510. Die Idee Karlowa's lehrt wieder bei Ryl in dem Aufsatz über den Irrthum „Juristische Abhandlungen, Festgabe für G. Bessler“. [S. noch Hölder S. 211 fg.]

allgemeine Betrachtung, wie sie hier allein angestellt werden kann und darf. Einer solchen allgemeinen Betrachtung sind nur folgende juristische Thatfachen zu unterwerfen:

1) die Rechtsgeschäfte (§ 69—100);

2) das unerlaubte Verhalten (§ 101);

3) der Ablauf der Zeit. Die Zeit kann aber nicht bloß selbst juristische Thatfache sein, sondern es kann auch eine andere Thatfache erst durch ihre zeitliche Beziehung zu einer juristischen werden. Insofern ist von der rechtlichen Bedeutung der Zeit überhaupt zu handeln (§ 102—113)².

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

[Für das Recht des PGG. rechtfertigt sich die gleiche Abgrenzung des Stoffs der allgemeinen Betrachtung juristischer Thatfachen; nur die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist dem BGB. unbekannt.]

II. Die Rechtsgeschäfte.

A. Begriff und Arten.

§ 69.

Rechtsgeschäft ist eine auf die Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtete Privatwillenserklärung¹.

² Als Thatfache allgemeiner Bedeutung wird in den Lehrbüchern noch der Tod hervorgehoben, insofern nämlich als die Klagen aufgezählt werden, welche durch den Tod des Berechtigten oder Verpflichteten untergehen (f. z. B. Savigny V § 230, Puchta § 88, Arndts § 104). In dieser Beziehung ist zu bemerken: 1) wenn es im r. R. heißt, daß es actiones gebe, welche durch den Tod des Berechtigten oder Verpflichteten untergehen (vgl. z. B. § 1 I. 4, 12), so sind diese actiones für uns Ansprüche (§ 44); 2) wenn man die Ansprüche aufzählen will, welche den Tod des Subjects nicht überdauern, so hat es keinen Sinn, dieß nicht für die Re überhaupt zu thun; 3) von einer Aufzählung der Re oder Ansprüche, welche den Tod des Subjects nicht überdauern, läßt sich ein Vortheil nicht absehen; es genügt die Bemerkung, daß es solche Re gibt, und was das Nähere angeht, die Verweisung auf die besonderen Lehren. Vgl. Windscheid die Actio x. § 5. — Ueber den f. g. concursus actionum f. § 121^o.

§ 69. ¹ Ueber die Definition des Rgeschäfts herrscht kein Einverständnis unter den Schriftstellern. Der Begriff des Rgeschäfts ist in der neueren Zeit ein Lieblings-thema der wissenschaftlichen Verhandlung geworden; die Literatur wächst immer mehr. Allein aus den Jahren 1875—1884 sind zu verzeichnen: Potmar über die causa im Re S. 10 fg. (1875), Zimmermann stellvertretende Negotiorum Gestio S. 139 (1876), Eisele Compensation S. 256 fg. (1876), Schloßmann Vertrag S. 129 fg. (1876), Karlowa Rgeschäft S. 1 fg. (1877), Kohler

1. Das Rechtsgeschäft ist Willenserklärung. Es wird der Wille erklärt, daß eine rechtliche Wirkung eintreten solle, und die Rechtsordnung läßt diese rechtliche Wirkung deswegen eintreten, weil sie von dem Urheber des Rechtsgeschäfts gewollt ist^{1a}.

Patent. §. 58 (1878), ders. Jahrb. f. Dogm. XVI §. 381 fg. (1878), Eisele v. tr. BZS. XX §. 6 fg. (1878), Thon Norm und subjectives R. §. 350 fg. (1879), Zitelmann Irrthum und Rechtsgeschäft §. 229 fg. (1879), Pernice Grünh. BZS. VII §. 465 fg. (1880), Schloßmann das. VII §. 543 fg. (1880), Bekker tr. BZS. XXII §. 44 fg. (1880), Kohler Jahrb. f. Dogm. XVIII §. 129 fg. (1880), Problowski r. Privat. II §. 60 (1880), Penel Jahrb. v. f. Dogm. XIX §. 154 fg. (1881), Wach AGPra. LXIV §. 289 fg. (1881), Leonhard Irrthum §. 235 fg. (1883), Wechmann der Kauf II §. 1 fg. (1884). v. S. auch Bruns nachgelassene Pandektenfragmente, II. Schriften II §. 452 fg., Dernburg I §. 91. Aus der Zeit vorher sind zu erwähnen: v. Buchholz juristische Abhandl. Nr. 9, Savigny III §. 5. 6, Sintenis I §. 19¹, Wächter Württ. Privat. II §. 634. 635, Unger II §. 40, Brinz 1. Aufl. §. 1388 fg. 1558 fg., Köppen Jahrb. f. Dogm. XI §. 144 fg., Bekker das. XII §. 31 fg. Die Hauptdifferenzpunkte sind im Folgenden bezeichnet. Man wird aber bei dem Streit über den Begriff des Rechtsgeschäfts nicht vergessen dürfen, daß dieser Begriff ein wissenschaftlicher Begriff ist, d. h. ein Begriff, den die RW. zu ihren Zwecken aufstellt, und daß daher Jeder, welcher an der wissenschaftlichen Arbeit Theil nimmt, befugt ist, diesen Begriff zu gestalten, wie er es für zweckmäßig hält, vorausgesetzt daß er in der Bezeichnung der zusammengefaßten Denkelemente mit dem Ausdruck Rechtsgeschäft nicht sprachwidrig wird. Genau genommen sollte man daher nicht sagen: Rechtsgeschäft ist das und das, sondern: unter Rechtsgeschäft verstehe ich das und das. S. auch Lotmar tr. BZS. XXV §. 424 fg., Kohler Grünh. BZS. XIII §. 287 fg. (1886). Enneccerus Rechtsgeschäft, Verbindung und Anfangstermin §. 1—56 (1888). Graf Pininski der Thatbestand des Sachebsterwerbes II §. 281 fg. (1888). [Wendt § 37.] [[Bekker II § 89: Rechtsgeschäft: diejenige juristische Thatfache, zu deren Bestand eine Willenserklärung als wesentliches Stück gehört; Willenserklärung: ein sinnlich wahrnehmbarer Vorgang, den das R. mit Folgen bekleidet, weil derselbe auf ein rüch anerkanntes Wollen des Erklärenden schließen läßt. Vgl. ^{1a} a. E. Hölder § 40]], [Regelsberger I § 135, Brinz-Lotmar IV § 522, Gierke I § 33, I].

^{1a} Man darf nicht sagen, daß das Rechtsgeschäft eine Handlung sei, welche in der Absicht vorgenommen werde, eine bestimmte rüche Wirkung hervorzurufen. Stehen in der Absicht, bestraft zu werden, Körperverletzung in der Absicht, eine Buße schuldig zu werden, Töbten, um Erbe zu werden, ist kein Rechtsgeschäft. Das Rechtsgeschäft ist die Bethätigung der dem Privatwillen auf dem Rechte zustehenden schöpferischen Kraft. Die Person gebietet, und das R. eignet sich ihr Gebot (vorbehaltlich der causae cognitio) an. — In der neueren Zeit sucht sich eine Ansicht geltend zu machen, welche leugnet, daß die Wirkung des Rechtsgeschäfts die Folge des in demselben ausgebrüchten Willens sei, diese Folge trete kraft der That des R., nicht kraft des Willens des Urhebers des Rechtsgeschäfts ein (Lotmar, Schloßmann, Kohler, Penel, Wechmann). Man meint damit nicht etwa bloß, daß die eigentlich erzeugende Kraft der Wille des R. sei, nicht der Wille der Person (§ 68¹), sondern man meint, daß der Grund, weshalb das R. die rüche Folge eintreten lasse, nicht der sei, daß die Person sie wolle. Ich kann den Gründen,

welche man hierfür geltend gemacht hat, keine überzeugende Kraft zugestehen.

a) Man hat sich darauf berufen, daß häufig im Rgeschäfte nur der dem Lebensbedürfnisse entsprechende Erfolg, nicht aber die diesem Erfolg entsprechende rliche Gestaltung vorgestellt und gewollt werde, diese rliche Gestaltung sei die Schöpfung des R. (so namentlich Penel, Wechmann, welcher Vettere den Ausdruck gebraucht, die rgeschäftliche Absicht sei eine „empirische“). Aber dieser so bezeichnete Erfolg wird doch eben für das R., als einer, der nach dem R. bestehen soll, gewollt; die zu diesem Zweck zu verwendenden Mittel werden dem R. überlassen und sind insofern mit gewollt. Macht man aber geltend (so namentlich Wechmann), daß nach der Entscheidung unserer Quellen bei Vorhandensein der „empirischen“ Absicht der ihr entsprechende rliche Erfolg auch dann eintrete, wenn der Urheber des Rgeschäfts irrtümlich annehme, derselbe könne nicht eintreten, so z. B. wenn Jemand sich vom Eigentümer, den er für den Nichteigentümer halte, Eigentum übertragen lasse (I. 9 § 4 D. 22, 6), so ist zu erwidern, daß es bedenklich ist, auf pathologische Fälle dieser Art eine Begriffsbestimmung zu gründen. Auch scheint mir von Wechmann nicht gehörig gewürdigt, daß in solchen Fällen die Absicht des Urhebers des Rgeschäfts jedenfalls darauf gerichtet ist, daß eine Ordnung, nicht bloß ein thatsächlicher Zustand eintreten solle, und daß die Absicht auf das Eintreten einer rlichen Ordnung würde gerichtet worden sein, wenn dieses Eintreten für möglich erachtet worden wäre. Dieser eventuellen Absicht kommt das R. zur Hülfe. Ist der Wille positiv darauf gerichtet, daß eine rliche Folge nicht eintreten solle, so läßt das R. (abgesehen von dem Fall der Mentalreservation) sie auch nicht eintreten. Vgl. Wechmann S. 34. Enneccerus S. 39 fg. b) Man hat sich sodann darauf berufen, daß häufig das Rgeschäft außer der gewollten rlichen Wirkung noch eine andere, nicht gewollte, erzeuge. Aber beßwegen ist es nicht weniger wahr, daß die gewollte rliche Wirkung eintritt, weil sie gewollt ist. c) Endlich hat man geltend gemacht, daß es vorkommen könne, daß die im Rgeschäft als gewollt erklärte rliche Wirkung eintrete, obgleich ein Wille gar nicht (auch nicht ein Wille der zu a bezeichneten Art) vorhanden sei. Die Thatsache darf nicht bestritten werden (vgl. § 75). Enneccerus S. 145 fg. Aber daraus, daß in solchen Ausnahmefällen das R. aus bewegenden Gründen den Schein des Willens der Willenswirklichkeit gleichstellt, folgt nicht, daß es bei Wirklichkeit des Willens die gewollte rliche Wirkung aus einem andern Grunde eintreten läßt, als weil sie gewollt ist. Gegen die vorstehenden Ausführungen Kohler Jahrb. f. Dogm. XXVIII S. 189 fg. [Für die Annahme, daß der rgeschäftliche Wille nur auf wirtschaftliche, nicht auf Rfolgen gerichtet ist, entscheidet sich auch Ehrlich, die stillschweigende Willenserklärung S. 2 fg.; gegen ihn vgl. Hellmann fr. RZS. XXXVII S. 171 fg. — Dernburg I § 91, 2: die Begründung (Veränderung, Aufhebung) des Rverhältnisses ist Product des Parteiwillens, darüber aber, welche Wirkungen das einmal begründete Rverhältnis hat, entscheidet der Parteiwille nicht ausschließlich. Vierke I § 33, I: Die Rgeschäfte sind nicht bloß auf rliche, sondern auf wirtschaftliche, sociale, sittliche Wirkungen gerichtet, erreichen aber ihren Lebenszweck nicht oder nicht vollständig, wenn sie nicht ihren Rechtszweck erreichen. Dagegen ist gleichgültig, wie sich Wille und Bewußtsein im Einzelfalle zu dem Rserfolg stellen.] Ist beßwegen, weil das Rgeschäft Willenserklärung ist, jede Willenserklärung ein Rgeschäft? Gewiß nicht. Der meinem Diener gegebene Befehl, meine Kleider zu reinigen, ist Willenserklärung, aber kein Rgeschäft. Doch wird vielfach der Ausdruck Willenserklärung als gleichgeltend mit dem Ausdruck Rgeschäft gebraucht und dagegen ist auch, wo kein Mißverständniß zu fürchten ist, nichts einzuwenden. [Vgl. Bekker II S. 11. 45.] [(S.

2. Das Rechtsgeschäft ist Privatwillenserklärung. Der Urheber des Rechtsgeschäfts handelt nicht kraft staatlicher Autorität^{1b}.

3. Das Rechtsgeschäft ist gerichtet auf die Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung. Das letzte Ziel der Rechtsgeschäfte ist immer die Entstehung, der Untergang, die Veränderung eines Rechts (oder eines Complexes von Rechten). Aber das Rechtsgeschäft braucht auf die Entstehung zc. eines Rechts nicht unmittelbar gerichtet zu sein^{1c}.

4. Das Rechtsgeschäft ist auf die Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtet. Daß die gewollte rechtliche Wirkung durch das Rechtsgeschäft wirklich hervorgebracht werde, und sofort hervorgebracht werde, gehört zum Begriffe des Rechtsgeschäfts nicht^{1d}. —

[Die hier aufgestellte Definition des Rechtsgeschäfts ist auch für das *ÖÖG.* wichtig. Es behandelt die Rechtsgeschäfte unter diesem Namen in Buch I Abschnitt III § 104 fg. Auch das *ÖÖB.* sondert die Rechtsgeschäfte als Willenserklärungen (z. B. 105. 116—133. 164—166) der Parteien oder ihrer Vertreter von den richterlichen oder sonst behördlichen Willenserklärungen, welche auf Privatverhältnisse Einfluß haben. (Vgl. z. B. 137 mit 135. 196.) Die Vorschriften des *ÖÖB.* über Rechtsgeschäfte finden also auf derartige Staatsacte keine

11: Willenserklärung: eine einzelne Willenserklärung; Kgeschäft bezeichnet bald eine einzelne, bald eine Mehrzahl mit einander in einem bestimmten Zusammenhange stehender Willenserklärungen.]] [Dies ist zweifellos zu billigen; der Vertrag ist ein Kgeschäft, besteht aber aus zwei oder mehr Willenserklärungen (vgl. 2); es ist aber auch zulässig, die Offerte und die Acceptation je für sich als ein Kgeschäft ins Auge zu fassen. Vgl. noch Gierke I § 33². — Berechtigt ist die Unterscheidung zwischen dem Geschäftswillen und dem Erklärungswillen, welche Wendt § 44 a. E., Dernburg I § 96 Abs. 2 betonen, und mit der auch Windscheid § 76² operirt.]

^{1b} Deshalb ist namentlich das richterliche Urtheil, auch soweit es eine Verfügung enthält, kein Kgeschäft. Vgl. Arndts § 63¹, Eisele Compensation S. 256, Pernice Grünh. ZS. VII S. 470, Enneccerus S. 55¹. [Dernburg I § 91⁶, Gierke I § 32¹¹, § 33².] Andererseits sind auch die völkerrlichen Verträge Kgeschäfte, da die Contrahenten in ihnen ein privates Interesse vertreten.

^{1c} So ist z. B. die Ertheilung einer Vollmacht ein Kgeschäft, obgleich durch sie eine Veränderung in der Welt nicht unmittelbar hervorgebracht, sondern nur eine Thatsache mit einer rechterzeugenden Kraft begabt wird, deren sie an und für sich entbehrt. [Liegt nicht schon hierin eine „Veränderung in der Welt“?] Vgl. übrigens auch Zitelmann S. 296 fg., Wechmann S. 43. Die gewollte rliche Wirkung wird regelmäßig die Verhältnisse der das Kgeschäft Abschließenden betreffen; aber nothwendig ist dieß nicht. Z. B. Vermächtniß einer dem Erblasser nicht gehörigen Sache. Wächter Würtemb. Privatr. S. 636⁴.

^{1d} A. N. Köppen und Potmar a. a. O., Thon S. 358, Zrodlowski II § 60⁴. Ich sehe von dieser Einengung des Sprachgebrauchs keinen Vortheil, sondern nur Nachtheil. Wer möchte darauf verzichten, von einem nichtigen Kgeschäft zu reden, oder das Testament vor dem Tode des Erblassers ein Kgeschäft zu nennen? Vgl. auch Eisele fr. WZS. XX S. 6 fg., Kohler Grünh. ZS.

Anwendung, ein Satz, der dadurch, daß manchmal gewisse Staatsacte (Zwangsvollstreckung, Arrestvollziehung) gewissen Rechtsgeschäften in bestimmter Beziehung gleichgestellt werden, nur bestätigt wird. (135 Abs. 1. 161 Abs. 1. 184 Abs. 2. 883 Abs. 2.) Die Frage, ob man bei den Rechtsgeschäften den Parteien wirklich das Wollen der Rechtsfolgen zuschreiben darf, steht nach dem BGB. nicht anders als bisher. Rechtsgeschäfte, welche nur mittelbar auf Entziehung oder Aenderung, Endigung von Rechten gerichtet sind, giebt es auch nach BGB.; aber auf irgend eine rechtliche Wirkung sind sie stets unmittelbar gerichtet (vgl. ^{1c}). Daß Rechtsgeschäfte, welche die gewollte Wirkung nur mangelhaft oder gar nicht hervorbringen, doch unter den Begriff des Rechtsgeschäfts fallen, kann nach BGB. nicht bezweifelt werden. Ueberall, wo ein Rechtsgeschäft als nichtig oder als anfechtbar bezeichnet wird, wird es zugleich dem Begriff des Rechtsgeschäfts unterstellt (z. B. 125. 134. 138—142. 144). Für die Frage, in welchem Sinne die einzelne Vorschrift den Begriff des Rechtsgeschäfts nimmt, sind zunächst auszuscheiden diejenigen Vorschriften, welche sich mit der Abgrenzung der gültigen, anfechtbaren, nichtigen Rechtsgeschäfte befassen. Diese nehmen den Begriff Rechtsgeschäft im allgemeinsten Sinne; denn es würde in ganz unnütze Schwierigkeiten stürzen, wenn man bestreiten wollte, daß eine Nichtigkeits- oder Anfechtbarkeitsvorschrift sich auch auf die aus andern Gründen nichtigen oder anfechtbaren Rechtsgeschäfte bezieht. Vorschriften, welche sich mit näheren Bestimmungen der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit beschäftigen, betreffen natürlich nur die nichtigen oder anfechtbaren Rechtsgeschäfte. Vorschriften, welche Rechtsfolgen an Rechtsgeschäfte knüpfen, gelten, falls es sich um die gewollten Geschäftsfolgen handelt, von den nichtigen Rechtsgeschäften nicht. Denn Nichtigkeit ist eben die Verneinung dieser Folgen; dagegen sind in Vorschriften dieser Art die anfechtbaren Rechtsgeschäfte mitzuverstehen, nur mit der Maßgabe, daß, sobald die Anfechtung erfolgt, die Folgen des Rechtsgeschäfts mit rückwirkender Kraft wieder fortfallen; denn das anfechtbare und angefochtene Geschäft gilt als von Anfang an nichtig (142). Knüpft eine Vorschrift an Rechtsgeschäfte Folgen, welche nicht die gewollten und von dem Eintritt der letzteren auch nicht abhängig sind, so ist es Auslegungsfrage, welche der vorbesprochenen Arten von Geschäften die Vorschrift im Sinne hat. Z. B. die Vorschriften des § 122 treffen nur das nichtige und anfechtbare Geschäft, die des § 179 kommen nicht zu Anwendung, wenn das Geschäft aus andern Gründen als wegen Mangels der Vertretungsmacht nichtig ist; auch kann der Vertreter, wenn das Geschäft anfechtbar ist, sich durch Anfechtung der im § 179 statuirten Haftung entziehen. Aehnliches gilt für §§ 307. 309.]

Unter den Einteilungen der Rechtsgeschäfte ist die wichtigste die in einseitige und zweiseitige. Entweder kommt das Rechts-

VII S. 786, Leonhard Trithem S. 296 fg., Enneccerus S. 145. Gradenwitz die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte S. 295 fg. [[Hölber S. 305]]. — Zitelmann S. 285 fg. will sich helfen mit der Unterscheidung zwischen wirklichem und nicht wirklichem Rechtsgeschäft. — Umgekehrt soll nach Karlowa a. a. O. das Rechtsgeschäft mit der Hervorbringung der gewollten rechtlichen Wirkung seine „Existenz“ oder seinen „Bestand“ verlieren. Dagegen Zitelmann S. 302 fg. — Karlowa Grünh. J. S. XV S. 421¹⁹.

geschäft zu Stande durch die Willenserklärung Eines; oder es bedarf zu dem Rechtsgeschäft der Willenseinigung Mehrerer^{1°}; näher: der von dem Einen erklärte Wille muß durch die Willenserklärung des Andern ergriffen und festgehalten werden. Das zweiseitige Rechtsgeschäft heißt mit einem geläufigeren Ausdruck Vertrag². Der Vertrag findet seine Anwendung auf dem gesammten Rechtsgebiet³, nicht bloß im Obligationenrecht⁴.

[Die Eintheilung der Rechtsgeschäfte in ein- und zweiseitige entspricht auch dem § 68. Ebenso ist auch nach BGB. der Vertragsbegriff nicht auf das Obligationenrecht beschränkt (vgl. 1432 fg. 1491 Abs. 2. 1492 Abs. 2. 1741. 2274 fg. 2346 fg.). Das BGB. hat freilich einen Begriff des Vertrages nicht aufgestellt. Man sieht aber soviel, daß der Vertrag sich zusammensetzt aus Antrag und Annahme, also wie bisher die erklärte Einigung von zwei Personen über einen beabsichtigten Rechtserfolg ist (145 fg.). In manchen Fällen aber, wo dieß gegeben ist, wendet das BGB. den Ausdruck Vertrag nicht an, und hat dieß insbesondere bei den auf dingliche Rechtswirkungen gerichteten Abreden in Betreff von Grundstücken absichtlich (Reag I S. 424 fg.) vermieden und dafür den Ausdruck Einigung gewählt (373. 877. vgl. auch 1032: zur Bestellung des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß diesem der Nießbrauch zustehen soll). Es sollte der Wissenschaft überlassen werden, inwieweit solche Einigung Vertragsgrundsätzen unterstehe. Die Wissenschaft wird sie für nichts anderes als Verträge halten können, vorbehaltlich der Prüfung der Frage, ob alles, was das BGB. von Verträgen im Allgemeinen sagt, auf sie Anwendung findet. Und es hat wohl keine Bedenken, die Bestimmungen der §§ 145 fg. auch auf Einigungen der fraglichen Art anzuwenden. Wenn § 873 Abs. 2 sagt, vor der Eintragung sind die Betheiligten an die Einigung nur gebunden, wenn die Erklärungen die und die Form haben, so spricht doch § 878 davon, daß für den einzelnen Betheiligten seine Erklärung bindend geworden sein kann, und es ist daher wohl nicht anzunehmen, daß durch die Fassung des § 873 die verbindende Kraft der Offerte (145) bei den grundbuchmäßigen Einigungen ferngehalten werden sollte. Dagegen ist die Anwendung des § 153 in den Fällen ausgeschlossen, wo das

[^{1°} Vgl. oben ^{1 a} a. E.]

² Pactio, conventio. L. 1 § 2. 3 D. 2, 14; vgl. l. 3 pr. D. 50, 12. Der Vertrag ist nicht bloße Willensübereinstimmung, er ist Willensvereinigung. Vgl. § 305². [Wendt § 38, 1. Dernburg I § 92, 2. Regelsberger I § 148, I. Ueber Gesamttacte, welche nicht Verträge sind, vgl. § 60^{1a}.]

³ Savigny III § 140. 141, Unger II § 98. [Dernburg I § 92^o.]

⁴ Vesteres war die in früherer Zeit herrschende Ansicht. Sie hing damit zusammen, daß man nicht zwischen den verschiedenen Arten der Verbindlichkeiten unterschied, den Begriff der Verbindlichkeit mit dem der obligatio identificirte. Noch jetzt ist dieser Ansicht Wangerow (I § 311 Anm. 4. § 350 Anm. 1 Nr. 1, übrigens in der 7. Aufl. mit Beschränkung auf die „Verträge im eigentlichen Sinn“). Dawidow Arndts § 63². [Gierke I § 33 zu ^o.]

Grundbuchrecht Erklärungen bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Parteien vor dem Grundbuchamte verlangt (z. B. 925); denn dann müssen sie natürlich bis zum Schluß lebendig und geschäftsfähig anwesend sein. Unter den familienrechtlichen Geschäften nennt das BGB. einen Vertrag die Annahine an Kindesstatt (1741), dagegen das Verlöbniß und die Ehe nicht. Auch damit ist aber nicht entschieden, daß auf sie Vertragsgrundsätze gar keine Anwendung finden. Wenn eine Ehe zu Stande kommt, weiß man (1317); wann aber ein Verlöbniß zu Stande kommt, so daß davon im Sinne des Gesetzes „zurückgetreten“ und der Rücktritt „veranlaßt“ werden kann mit der Folge der Schadenersatzverbindlichkeiten nach §§ 1298. 1299 sagt das BGB. nicht, und die Frage wird kaum anders als in entsprechender Anwendung der Vertragsgrundsätze sich beantworten lassen. Begrifflich wird die Rechtswissenschaft auch unter der Herrschaft des BGB. daran festhalten müssen, jedes zweiseitige Rechtsgeschäft einen Vertrag zu nennen, wofür die Parteien darin etwas in Beziehung auf einander vereinbaren, während man ein gemeinsames rechtsgeschäftliches Handeln mehrerer nicht in Bezug auf einander, sondern auf einen dritten Zweck, insbesondere die Vereinsgründung, über deren Natur das BGB. nichts sagt, und über die es fast nichts bestimmt, besser, wie bisher schon von manchen geschah, von dem Vertragsbegriff ausschließen wird (§ 60^{1a}).]

Außerdem werden die Rechtsgeschäfte unterschieden in entgeltliche und unentgeltliche⁵, jenachdem sie für den Vortheil, auf dessen Gewährung sie gerichtet sind, eine Aufopferung auferlegen, oder nicht. Ferner in Rechtsgeschäfte unter Lebenden und von Todeswegen⁶; letztere sind diejenigen, welche bestimmt sind, die Rechtsverhältnisse des Erklärenden für die Zeit nach seinem Tode zu ordnen^{6a}. Die Rechtsgeschäfte von Todeswegen pflegt man auch letztwillige Rechtsgeschäfte zu nennen, welche Bezeichnung aber genau nur für den Fall ist, daß das Rechtsgeschäft von Todeswegen frei widerrufen werden kann^{6b}.

[Der Gegensatz zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Rechtsgeschäften ist auch dem § 68. wohlbekannt (z. B. 330. 516 fg. 598. 662. 816. 822. 2287. 2288 Abs. 2. 2325. 2327. 2375 Abs. 1. 2385 Abs. 2). Ebenso der Gegensatz der Rechtsgeschäfte unter Lebenden und von Todeswegen. (z. B. 81 Abs. 1. 83. 1937.

⁵ Ein anderer Ausdruck für den bezeichneten Unterschied ist: lästige und wohlthätige Rechtsgeschäfte. In den Quellen ist die Rede von einem Ererbe ex causa lucrativa (z. B. l. 13 § 15 D. 19, 1) freilich nicht auch von einem Ererbe ex causa onerosa. [Dernburg I § 92, 3, Regelsberger I § 148, III. Gierke I § 33, II, 3.]

⁶ Inter vivos — mortis causa, welche Ausdrücke quellenmäßig sind, s. z. B. l. 25 pr. D. 5, 2. Vgl. Haffke Rhein. Mus. II S. 211—218. [Dernburg I § 92, 1, Regelsberger I § 148, II.]

^{6a} Diese eigenthümliche Natur der Rechtsgeschäfte von Todeswegen wird besser durch den Ausdruck „von Todeswegen“ oder „Todeshalber“ als durch den sonst gebrauchten Ausdruck „auf Todesfall“ bezeichnet. Vgl. übrigens III § 675¹. S. f. XXVII. 41.

^{6b} Vgl. III § 538², übrigens auch Hartmann über Begriff und Natur der Vermächtnisse S. 9.

2286). Den Ausdruck letztwillige Verfügung beschränkt das Gesetzbuch auf die einseitigen Verfügungen von Todeswegen (1937.)

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

Von Veräußerung⁸ wird in verschiedenem Sinne gesprochen. Im engeren und eigentlichen Sinne versteht man unter Veräußerung ein Rechtsgeschäft, durch welches Jemand ein ihm zustehendes Recht auf einen Andern überträgt⁹. Im weiteren Sinne spricht man von Veräußerung auch da, wo ein Recht schlechthin aufgegeben wird, ohne daß mit dieser Aufgabe die Uebertragung auf einen Andern verbunden ist¹⁰. Die Veräußerung wird endlich auch in einem weitesten Sinne gefaßt, in welchem sie aus dem Kreise der Rechtsgeschäfte ganz ausschließt; man versteht nämlich unter Veräußerung auch jede willentliche Herbeiführung des Verlustes eines Rechts, wenngleich das den Verlust Begründende etwas Anderes ist, als die Willenserklärung des Verlierenden¹¹. In welchem Sinne der Ausdruck wirklich zu verstehen sei, bleibt für jede einzelne Rechtsregel, in welcher er vorkommt, zu untersuchen¹².

[Von Veräußerung spricht das **BGB.** nur in dem Sinne der Rechtsübertragung; die Ableitung eines das Recht des Urhebers belastenden neuen Rechts aus dem vorhandenen nennt das **BGB.** Belastung (z. B. 353. **EG.** 61. 120 **Abf.** 1). Die Aufgabe eines Rechts, so daß es untergeht, hat verschiedene Namen: Erlaß der Forderung (397), Aufgeben des Besitzes (356), des Eigenthums (928), des Rechts an einem Grundstück (875), des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache (1064), des Pfandrechts (1255 **Abf.** 1.); es kommt aber auch Verzicht auf das Eigenthum vor (928. 959). Der allgemeine Ausdruck für alle oben genannten Acte ist

⁷ Alienatio; renuntiatio.

⁸ Savigny IV § 145—148, Wächter I §. 332—335. Württemb. Privatr. II §. 633—643, Unger II §. 173—179. [Hölzer §. 182 fg. Dernburg I § 83, b. Regelsberger I § 123, III. IV. V.]

⁹ Der Uebertragung steht der Fall gleich, wo Jemand durch ein einem Andern bestelltes **R.** sein **R.** nur beschränkt, l. 7 C. 4, 51.

¹⁰ L. 5 § 8 D. 27, 9. „Fundum autem legatum repudiare pupillus sine praetoris auctoritate non potest; esse enim et hanc alienationem, cum res sit pupilli, nemo dubitat“. Vgl. l. 28 pr. i. f. D. 50, 16. [Ist auch die Ablehnung eines angetragenen Erwerbs (Erbchaftsausschlagung) dem Veräußerungsbegriff zu unterstellen? Dies anzuerkennen ist geneigt Regelsberger I § 123 zu ⁹.]

¹¹ L. 28 pr. D. 50, 16. „Alienationis verbum etiam usucapionem continet: vix enim est, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. Eum quoque alienare dicitur, qui non utondo amisit servitutum“. Dem ersten Theil der Stelle gibt eine engere Erklärung Savigny IV §. 567—570 (vgl. unten § 182¹⁴). **U.** ferner l. 5 § 6. 7 D. 24, 1, l. 3 § 1 l. 4 D. 42, 8.

Windscheid, Pandekten. 8. Aufl. I. Band.

Verfügen, Verfügung über eine Sache oder ein Recht (z. B. 135. 137. 883 Abs. 2. 1376, 1. 1377. 1395. 1396 Abs. 1. 1398. 1442. 1444. 1445. 1449. 1820. 1821, 1. 2. 1822, 1.)]

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

[Verzicht ist auch im § 69 kein einheitlicher Begriff. Neben dem Verzicht auf ein vorhandenes Recht (928. 959 [vgl. oben]. 914 Abs. 2. 1165. 1662) steht der Verzicht auf ein angefallenes, noch nicht endgültig erworbenes Recht (517), der Verzicht im Sinne der Verhinderung des Erwerbs eines Rechts in dem Augenblick wo es sonst erworben werden würde, wie der Verzicht in § 376, 1, welcher bei der Hinterlegung erfolgen kann, der Verzicht auf ein Recht zum Rechtsenerwerb (976 Abs. 1), auf gesetzliches Erbrecht oder Pflichttheil bei Lebzeiten des Erblassers (2346 fg.), auf Einreden (768 Abs. 2. 773, 1. 239 Abs. 2) auf ein Widerrufsrecht (658 Abs. 2), ein Kündigungrecht (1671 Abs. 3).]

[5. Ein Unterschied von allgemeiner Bedeutung im Kreise der Willenserklärungen ist noch der, daß sie zum (größten) Theil einer

¹² So ist das Ausschlagen eines Vermächtnisses eine alienatio im Sinne der Regel, daß der Pupill ohne auctoritas tutoris nichts veräußern könne (I. 5 § 8 D. 27, 9, vgl. II § 441 *), keine alienatio im Sinne der Regel, daß der Gläubiger nichts in fraudem creditorum veräußern dürfe (I. 6 § 4 D. 42, 8, vgl. II § 463 *). Das Nichtunterbrechen einer bei Beginn der Ehe bereits laufenden Verjährung ist keine alienatio gegenüber dem Verbot der Veräußerung von Totalgrundstücken (I. 16 D. 23, 5), aber es ist eine alienatio für das Verbot der Schenkung zwischen Ehegatten, insofern wenigstens der Werth der Bereicherung zurückgefordert werden darf (I. 5 § 6 D. 24, 1). S. auch I 1 pr. in Verbindung mit I. 16 D. 23, 5, und vgl. überhaupt Savigny IV Weil. IX, Wachter ACPr. XLVI S. 182 fg.

¹³ Frey im ACPr. VIII S. 389 fg. (1825). Gräbe die Lehre des Verzichts (1843); f. darüber Krit. Jahrb. f. d. RW. 1845 S. 831—833. Wachter Jahrb. f. Dogm. V S. 222 fg. (1861). Savigny IV S. 544—547. Wachter Pand. I S. 335—340. Württemb. Privatr. II S. 643—650. Sintonis I S. 220—223. Unger II S. 179—188. Holzschuber I § 12 Nr. 7—18. Peltzer II § 108 Weil. I. [Hölder S. 184 fg. Dernburg I § 83, a. Hegelsberger I § 123 IV. V. Gierke I § 33 zu * fg.]

¹⁴ Doch läßt sich so viel sagen, daß regelmäßig zu einem bindenden Verzicht die bloße Willenserklärung des Verzichtenden nicht genügt. So ist beim Eigenthum körperliche Aufgabe (Dedication) erforderlich (§ 191), in anderen Fällen Acceptation von der Gegenseite. Vgl. Brinz 1. Aufl. S. 1548 fg. [Brinz, Potmar IV S. 522 fg.] Dernburg I § 83. [Weissels Grünh. 3 S. XVIII S. 665 fg. XIX S. 1 fg.] [Zais Ueber den Verzicht beim Nießbrauch. Erl. Diss. 1895. Hegelsberger I § 123, V.] S. XXXII. 301.

bestimmten Person gegenüber abzugeben sind, zum Theil dagegen nicht¹⁵. So brauchen einseitige letztwillige Verfügungen mit Ausnahme des Dralfideicommisses, ebenso die Antretung und Ausschlagung einer Erbschaft nicht bestimmten Personen gegenüber erklärt zu werden, während Vertragserklärungen¹⁶ und zahlreiche einseitige Willenserklärungen, z. B. Mahnung, Kündigung, Rücktritt vom Vertrage bestimmten Personen gegenüber erfolgen müssen.

Das **§ 69**. hat überall den Willenserklärungen, welche einem Andern gegenüber abzugeben sind, die gebührende Aufmerksamkeit gewidmet. S. unten § 71, 8. § 72. a. E. Häufig kommen im BGB. Willenserklärungen vor, welche einer Behörde gegenüber abzugeben sind (180 Abs. 3. 143 Abs. 3. 976. 928 Abs. 1. 1188. 1196 Abs. 2. 1342. 1597 Abs. 1. 1662. 1945 Abs. 1. 2081 Abs. 1. 2198 Abs. 1), oder an sie statt an den Betheiligten abgegeben werden können (875 Abs. 1. 876. 877. 880 Abs. 2. 1168 Abs. 2. 1183. 1491 Abs. 1. 2. 1492 Abs. 1. 2. 1748 Abs. 1). Dieß ist von Formvorschriften zu unterscheiden, wie sich darin zeigt, daß oft noch eine Formvorschrift für solche Erklärungen der Behörde gegenüber aufgestellt ist (1342. 1491 Abs. 1. 1492. Abs. 1. 1597 Abs. 1. 1662. 1748 Abs. 1. 3. 2198 Abs. 1). Desgleichen ist eine in sich privatrechtlich erhebliche Erklärung einer Behörde gegenüber, auch wenn sie, was regelmäßig der Fall ist, eine Thätigkeit der Behörde hervorruft, wohl zu unterscheiden von einer Erklärung, die weiteren Werth als das Inanspruchnehmen der Thätigkeit der Behörde überhaupt nicht hat. Ein solcher Antrag an eine Behörde ist kein Rechtsgeschäft. (59 fg. 1560 fg.) — Die hierhergehörigen Bestimmungen des BGB. werden durch die Grundbuchordnung und das Gesetz betr. die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit manche Ergänzungen erfahren müssen.]

B. Erfordernisse der Gültigkeit.

Einleitung.

§ 70.

Damit ein Rechtsgeschäft im Stande sei, die von ihm beabsichtigte Gestaltung der Verhältnisse herbeizuführen, muß es gewisse Erfordernisse an sich tragen. Trägt es diese Erfordernisse an sich, so ist es ein gültiges, fehlt ihm eines derselben, so ist es ein ungültiges Rechtsgeschäft. Von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte ist unten näher zu handeln (§ 82); jedoch ist schon gleich hier zum Verständniß des Folgenden zu bemerken, daß die Ungültigkeit entweder Nichtigkeit

[¹⁵ Vgl. Wendt § 44, 2, Dernburg I § 96 a. E., Hölder S. 219, 2, Gierke I § 88 zu 4. Zitelmann in Bekker u. Fischer Beitr. z. Erl. u. Beur. d. E. BGB. S. 78 S. 22 fg.; unt. § 75¹⁵.]

[¹⁶ Dagegen freilich Windscheid unten § 309, 3. Grundsätzlich kann dem aber nicht beigetreten werden; gewisse Modificationen freilich sind zuzugeben. Vgl. § 306. 309.]

oder Anfechtbarkeit ist. Nichtigkeit: das Rechtsgeschäft begründet gar nicht die von ihm beabsichtigte rechtliche Wirkung, so wenig als wenn es gar nicht abgeschlossen worden wäre; Anfechtbarkeit: das Rechtsgeschäft begründet zwar die von ihm beabsichtigte Wirkung, dieselbe wird existent, aber es kann ihr entgegengetreten werden.

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

Wenn eine rechtliche Bestimmung ein Rechtsgeschäft verbietet oder für dasselbe Etwas verlangt, so ist davon auszugehen, daß die Verletzung der Bestimmung Ungültigkeit zur Folge hat, wenngleich die Ungültigkeit nicht ausdrücklich angedroht ist¹; es ist aber eine gegentheilige Auslegung nicht ausgeschlossen^{1a}.

[Auch nach § 69. 184 ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, im Zweifel nichtig.]

§ 70. [* Hierzu vgl. § 69¹⁰.]

¹ L. 5 C. 1, 14; c. 64 in VI^o 5, 12. Cf. II. 162. III. 258. XXXIII. 24. RG. V. C. 124 fg.

^{1a} Namentlich ist es eine sehr nahe liegende Frage, ob nicht, wenn ein Gesetz auf die Vornahme eines Geschäfts eine Strafe setzt, im Sinn des Gesetzes diese Strafe als einzige Folge der Uebertretung des Gesetzes angesehen werden muß. Allgemein darf diese Frage nicht bejaht werden. Vgl. z. B. Gew.-D. 115—118. 146. Reichsges. 8 6 71 § 1. 2. 6 (Mandry S. 194). RGes. 14/3 75 § 1. 16. 42. 49 (Mandry S. 188). Vgl. noch RGes. 24/5 80. (19. 6 93) Art. 3, StrGB. § 284. 285. 360 Nr. 14; § 301. 302; § 331—335. RG. VI. C. 109 fg. Cf. XXXVII. 92. Fr. Endemann über die civilrechtlichen Folgen der Verbotsgesetze (1887) S. 107—120. — Man kann zweifeln, ob nicht die

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

1. Handlungsfähigkeit.

§ 71.

Unter (juristischer) Handlungsfähigkeit versteht man die vom Rechte gewährte Fähigkeit zum Handeln mit rechtlicher Wirkung; auf Rechtsgeschäfte angewandt¹ ist sie die Fähigkeit, durch Willenserklärung diejenige rechtliche Wirkung zu erzeugen, auf deren Hervorbringung die Willenserklärung gerichtet ist. Diese Fähigkeit erkennt das Recht nicht in allen Personen an; anderen gesteht es sie nur in beschränktem Maße zu².

1. Vollständig spricht das Recht diese Fähigkeit ab den Geisteskranken (§ 54)³. Dieselben können durch ihre Willenserklärungen

cit. I. 5 C. 1, 14 römischen und Landesgesetzen gegenüber die Auslegung verbietet. Ich halte diesen Zweifel nicht für berechtigt; jedenfalls ist er Reichsgesetzen gegenüber ausgeschlossen. Fr. Endemann a. a. O. S. 25—68; die I. 5 cit. habe nicht absolut bestimmen wollen, und sie sei nur mit dieser Beschränkung recipirt.

² L. 29. 30. D. 1, 3, I. 5 C. 1, 14. [Reist, Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien (1889) S. 87 fg. Barthelmes, Handeln in fraudem legis Gött. Diss. 1889. Ivo Pfaff, zur Lehre vom f. g. in fraudem legis agero 1892. Dazu H. Krüger Grünh. 3S. XXII S. 543 fg. Endemann 3S. f. 59. XLII S. 335 fg.]

¹ Die Lehre von der Handlungsfähigkeit findet bei den Rechtsgeschäften nicht ihre § 71. einzige, aber doch eine vorzugsweise wichtige Anwendung; zugleich hat sie gerade bei diesen eine besondere Ausbildung erfahren. Deswegen erscheint es zweckmäßig, von der herrschenden Sitte abzuweichen, und sie zunächst für die Rechtsgeschäfte im Besonderen, nicht im Allgemeinen für Handlungen überhaupt darzustellen. Vgl. über den Begriff der Handlungsfähigkeit noch Binding Normen II S. 46 fg.

² Vgl. im Allgemeinen Savigny III § 106—112. [Hölzer I § 39.]

³ Reyscher über die Unfähigkeit der Geisteskranken zur Vornahme von Rechtsgeschäften, 3S. f. deutsch. R. XIII Nr. 9 (1852). Ueber den Begriff der Geisteskrankheit vgl. Zitelmann Irrthum und Rechtsgeschäft S. 360 fg.: Mangelhaftigkeit des Allgemeinbewußtseins, wobei entweder die Willens- und die Vorstellungsthätigkeit in gleicher Weise mangelhaft sind, oder eine von beiden in erster Linie. Der Geisteskrankheit stellt weitgehende Geisteschwachheit gleich S. XL 177 (München). — [Nicht alles, was die medicinische Wissenschaft Geisteskrankheit nennt, schließt die Handlungsfähigkeit aus; sondern es kommt darauf an, ob der Handelnde fähig oder unfähig ist, sich bei seinen Handlungen von normalen Erwägungen leiten zu lassen, wozu es nicht erforderlich ist, daß er die Folgen der Handlung in allen auch entferntesten Consequenzen übersehen, sondern ausreicht, daß er ihre nächste und wesentliche Bedeutung würdigen kann. RG. 28/5 84 S. XL. 5. Wie daher die Handlungsfähigkeit des Kranken im lichten Zwischenraum

sich nicht nur nicht in eine ungünstigere, sondern auch nicht in eine günstigere Lage versetzen⁴.

2. Dem Wahnsinn stehen gleich die Zustände vorübergehender Geistesabwesenheit, wie sie durch Krankheit, Trunkenheit u. c. herbeigeführt werden können⁵.

[Nach §§. 104, 2 ist geschäftsunfähig (auch wenn er nicht entmündigt ist), wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistesthätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist (Trunkenheit, Fieber). Ist das letztere der Fall, oder ist der Erklärende bewusstlos, so ist er zwar nicht geschäftsunfähig (daher können ihm Erklärungen Anderer gültig zugehen [s. unten 8]); seine eigene Erklärung aber ist nichtig (105 Abs. 2). Wer wegen Geisteskrankheit entmündigt ist (§§. 6, 1), ist geschäftsunfähig (104, 3), ohne Rücksicht darauf, ob er wirklich krank ist, und

unbeschränkt ist⁴), so ist es auch möglich, daß er zu einer und derselben Zeit die einen Handlungen gültig vornehmen kann, die andern nicht. Es kommt darauf an, ob anzunehmen ist, daß die Handlung im Zusammenhange mit der geistigen Störung steht. Darüber in zutreffender Ausführung (mit Dernburg I § 56⁶) das OLG. Stuttgartart 25/10 89 bei [[Sf. XLVII. 93.]] Es liegt nahe, daß für die Constatirung der Geisteskrankheit der Staat Sorge trägt. Vgl. v. Arnold das gerichtliche Verfahren gegen Geistesranke und Verschwender (1861). [Dieses Verfahren, das Entmündigungsverfahren ordnet in Betreff der Geisteskranken] CPD. § 593—620. [Vgl. Seuffert, Commentar dazu, dort auch weitere Literatur.] Civilistische Bedeutung haben die Vorschriften der CPD. nur insofern, als nach der Entmündigung wegen Geisteskrankheit nicht nur die Geisteskrankheit nicht bewiesen zu werden braucht, sondern auch der Gegenbeweis ausgeschlossen ist (nicht der Beweis einer Aenderung). Dagegen ist der Satz des gem. R., daß die Geisteskrankheit als solche, nicht die Entmündigung, Grund der Handlungsunfähigkeit ist, nicht geändert worden. Vgl. Mandry S. 34 fg. [Sf. XLV. 106. Wendt § 22, 2. Dernburg I § 56, 3. Regelsberger I § 133, I Abs. 2. M. E. überhebt die erfolgte Entmündigung den Proceßrichter der selbständigen Prüfung der Frage nicht, ob der Entmündigte zur Zeit einer Handlung zu dieser Handlung rlich fähig war; nur wird die Entmündigung in sehr vielen Fällen ausreichenden Anhalt zur Verneinung dieser Frage geben. Ausschluß des Gegenbeweises ist Folge der Entmündigung m. E. sicher nicht.]

⁴ § 8 I. 3, 19, l. 5 D. 50, 17, l. 1 § 3 l. 18 § 1 D. 41, 2, l. 1 § 12 D. 44, 7: „Furiosum sive stipuletur sive promittat nihil agere natura manifestum est“. Vgl. Sf. III. 139. In etwaigen lichten Zwischenräumen (v. Berg juristische Beobachtungen und Rechtsfälle III S. 243 fg.) findet jedoch vollständige Handlungsfähigkeit statt, l. 6 C. 5, 70, l. 9 C. 6, 22, l. 2 C. 4, 38. [So auch Wendt § 22, 2. Dernburg I § 56, 4.] Nach neueren Gesetzgebungen (nicht nach der CPD.) fällt dieß weg, sobald eine gerichtliche Wahnsinnigkeitserklärung vorliegt. Arnold a. a. D. S. 50.

⁵ Zitelmann a. a. D.: Mangeln des Allgemeinbewußtseins. L. 17 D. 28, 1. Ueber Trunkenheit vgl. Sf. III. 4. 140, XIII. 140, XXVIII. 198. 194, Rittermaier neues Arch. für Criminalr. XII S. 17 fg. 25 fg. 46 fg., Dreher 3S. f. Reichs- und Landesr. I S. 420 fg. (Dieser Schriftsteller behauptet, daß auch diejenige Trunkenheit, welche nicht die Zurechnungsfähigkeit, sondern nur die

ohne Rücksicht auf lichte Zwischenräume. Wird die Entmündigung wegen Wegfalls ihres Grundes wieder aufgehoben (BGB. 6 Abs. 2), so hört ihre Wirkung für die Zukunft auf; wird sie auf Grund einer Anfechtungslage (als von vornherein unbegründet) aufgehoben, so können einerseits die Handlungen des Entmündigten nicht auf Grund der Entmündigung in Frage gestellt werden, (sondern nur auf Grund des Beweises der Voraussetzungen der §§ 104, 2. 105 Abs. 2) andererseits aber bleiben die Handlungen des gesetzlichen Vertreters gültig (115.)

3. Auch die Kinder im ersten Lebensalter ermangeln der Handlungsfähigkeit vollständig⁶. Diesen Zustand läßt das römische Recht bis zum vollendeten 7. Jahre dauern (§ 54).

[Ebenso BGB. 104, 1.]

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

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

richtige Einsicht und vernünftige Erwägung ausschließt, Grund zwar nicht der Nichtigkeit, aber doch der Anfechtbarkeit sei, und beruft sich dafür auf die Behandlung des impubes und des prodigus.) Auch der höchste Grad des Zornes bringt Vernunftlosigkeit mit sich; der Zorn aber an und für sich ist kein Ungültigkeitsgrund. Die zu allgemein redende l. 48 D. 50, 17 erhält ihr richtiges Verständnis durch l. 3 D. 24, 2, wo die Rede des Paulus vollständiger wiedergegeben ist. — Das DAB. zu Berlin hat in zwei Erkenntnissen aus den Jahren 1868 und 1870 auch die bloße Geisteschwäche für einen Grund der Handlungsunfähigkeit erklärt. Cf. XXV. 117. [[Hypnose: v. Bentivegni die Hypnose und ihre civilrechtliche Bedeutung 1890]].

⁶ L. 1 § 12. 13 D. 44, 7, § 10 I. 3, 19. Das R. erkennt bei ihnen, wie bei den Geisteskranken, einen Willen überhaupt nicht an; deswegen kann auch durch Mitwirkung des Vormundes eine Willenserklärung der Kinder nicht hervorgebracht werden, l. 1 § 2 D. 26. 7. Singuläre Ausnahme in l. 32 § 2 D. 41, 2. Vgl. § 155¹³. [Regelsberger I § 131, I.]

⁷ Pr. § 1 I. 1, 21, l. 9 pr. — § 4 D. 26, 8, l. 11 D. 41, 1. Mitwirkung des Vormundes: auctoritas tutoris. Ueber die Erfordernisse derselben im Gegensatz des bloßen Consensus s. § 2 I. 1, 21, l. 9 § 5. 6 l. 8 D. 26, 8. Rudorff H. der Vormundschaft II § 126. Jhering Geist d. r. R. III S. 153 sieht den Grund, weswegen der tutor unmittelbar bei dem Geschäft mitwirken muß, lediglich in einer, später weggefallenen, Besonderheit des älteren R. Vgl. übrigens auch II § 442³. Testamente werden auch durch Mitwirkung des Vormundes nicht gültig. (Ueber Erbverträge vgl. III § 539¹.) — Nach früherem gem. (r. und c.) R. genügte das Alter der Geschlechtsreife auch zur Eheschließung; nach heutigem R. ist dazu das Alter von 20 bez. 16 Jahren erforderlich. Reichsges. 62 75 § 28. [— Vgl. Regelsberger I § 131, II, B. — Hölder S. 203

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

c. Veräußerungen Minderjähriger, geschlechtsreifer oder geschlechtsunreifer, sind in gewissem Umfange auch dann nichtig, wenn

zieht daraus, daß die auctoritas tutoris in unser Leben nicht übergegangen ist, den Schluß, daß bei uns Handlungen des Impubes unter Mitwirkung seines Vormundes gar nicht vorkommen, vielmehr nur Handlungen des Vormundes an Stelle des Mündels. Dieß ist zweifellos unrichtig; nur die Form der Mitwirkung des Vormundes ist nicht mehr die der auctoritas tutoris; daß aber ein Impubes mit Genehmigung seines Vormundes selbst handelt, kommt tagtäglich vor.]

⁸ L. 3 C. 2, 21 [22]. Es ist in dieser Stelle nur von Verkäufen die Rede, die Ausdehnung ihrer Vorschrift aber auf alle eine Veräußerung enthaltenden Rechtsgeschäfte (§ 69) unbedenklich. Die Ausnahme, welche die Stelle für den minor sine curatore constitutus macht, ist heutzutage, wo Minderjährige nothwendig einen Vormund haben, unpraktisch. — Die früher herrschende, auch jetzt noch von Vielen festgehaltene Ansicht ging dahin, daß das r. R. auch die Verpflichtungen, welche der Minderjährige ohne Zustimmung des Vormundes eingiehe, für nichtig erkläre, gegen l. 101 D. 45, 1: „Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari“, welche Stelle „offenbar nicht interpretirt, sondern nur angenommen sein will“ (Brinz 1. Aufl. S. 43 [vgl. 2. Aufl. I § 28⁹, § 55⁹]). Vgl. über diese Streitfrage Marczoll 3 C. f. M. u. Pr. II S. 374 fg. (1829), Vangerow I § 291⁹, Fuschke 3 C. f. M. XIII S. 318, Wächter I S. 221 fg., und auf der anderen Seite Buchta § 51^a und dazu Vorles. I S. 118—115, Pfeiffer praktische Ausführungen VII. 6, Fhering Jahrb. f. Dogm. XII S. 347 fg. (welcher in l. 101 cit. betont „possunt“, nämlich im Fall einer Novation, durch welche das Interesse des Minderjährigen nicht geschädigt wird), Ubbelohde in Grünh. 3 C. IV S. 696 fg. (welcher die genannte Stelle vom Civilt. versteht, während der Prätor eine Einrede gegeben habe, vgl. ¹⁰), [Hölzer S. 207 fg., Wendt § 22 S. 44 fg., Regelsberger I § 131, III (für das heutige R., zweifelnd für das r. R.), Heizerling A. f. Pr. RW. R. F. XVII S. 86 fg., 117 fg. (für das heutige R., anders für das r. R.), von Conta Berpflichtungsfähigkeit Minderjähriger gegenüber Schuldverträgen Gött. Diss. 1891 (ebenso).] Weitere Citate bei Vangerow a. a. O., S. f. II. 270 a. E.; XXIV. 112. Nur in Ausnahmefällen hat der Mangel des Consensus des Curators nach r. R. Nichtigkeit der Verpflichtung des Minderjährigen allerdings zur Folge, l. 60. 61 pr. D. 23, 3, l. 26 C. 5, 37. Vgl. dazu aber Rudorff zu Buchta Vorl. I S. 115⁹ und S. 114⁹, Brinz 1. Aufl. S. 44, Wechmann das r. Dotat. II S. 22—27, Czjchlarz das r. Dotat. S. 166—170, Fuschke a. a. O. S. 331 fg. [Ueber Handlungsfähigkeit des Minderjährigen überhaupt vgl. noch G. Heizerling A. f. Pr. RW. R. F. XVII S. 49 fg., 111 fg., 333 fg., über die Stellung dessen, dem der gesetzliche Vertreter die allgemeine Ermächtigung zum Betriebe eines Geschäfts ertheilt hat, denselben daselbst XVI S. 111 fg.; über den gleichen Fall und andere Fälle allgemeiner Einwilligung zu Handlungen eines bestimmten Kreises Regelsberger I § 132 zu ¹⁰ fg., Heizerling Handlungsfähigkeit der Minderjährigen nach gem. R. (1895) ist eine Uebersetzung der vorgenannten Aufsätze.]

sie ohne Zustimmung der obervormundschaftlichen Behörde abgeschlossen worden sind. Das Nähere darüber in der Lehre von der Vormundschaft (II § 441. 442 a. E.)⁸².

§§ 106 fg. kennt keinen Unterschied in der Geschäftsfähigkeit der Puberes und der Impuberes. Alle über sieben Jahre alten Minderjährigen sind gleichmäßig „in der Geschäftsfähigkeit beschränkt“. Sie bedürfen zu allen Willenserklärungen, durch die sie nicht lediglich einen rechtlichen Vortheil erlangen, also zweifellos auch zu Verpflichtungserklärungen (vgl. ⁸¹) der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters (107). Damit spricht das Gesetz aus, daß es die Ertheilung der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vor der Vornahme des Rechtsgeschäfts als das Normale und Erwünschte ansieht; denn nur die vorherige Zustimmung heißt Einwilligung (183). Sie kann bei Verträgen und bei einseitigen Rechtsgeschäften, die einem Dritten gegenüber vorzunehmen sind, sowohl dem Minderjährigen wie dem anderen Theile gegenüber erklärt werden (182 Abs. 1). Sie ist formlos (182 Abs. 2). Wenn jedoch der Minderjährige ein einseitiges Rechtsgeschäft einem Andern gegenüber vornimmt, so kann dieser, falls nicht der Minderjährige die Einwilligung schriftlich vorlegt, oder der gesetzliche Vertreter den Andern von ihr in Kenntniß gesetzt hatte, das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde (d. h. mit Hinweis darauf) unverzüglich (d. h. ohne schuldhaftes Zögern) zurückweisen. Ist dieß geschehen, so ist das Rechtsgeschäft unwirksam, trotzdem der gesetzliche Vertreter dem Minderjährigen die Einwilligung erteilt hatte (111). Die erteilte Einwilligung kann bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts zurückgenommen werden (183). Bei Verträgen ist aber schon die Offerte ein verbindliches Rechtsgeschäft (145), nach dessen Vornahme durch den Minderjährigen der Widerruf der Einwilligung zu spät kommt. Die Folgen des Mangels der Einwilligung gestalten sich verschieden bei Verträgen und einseitigen Rechtsgeschäften. Die Wirksamkeit eines der erforderlichen Einwilligung entbehrenden Vertrages hängt von der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters ab (108 Abs. 1). Diese kann an und für sich dem Minderjährigen wie dessen Mitcontrahenten gegenüber erklärt oder verweigert werden; (182 Abs. 1) und die Erklärung ist frist- und formlos (182 Abs. 2). Fordert aber der Gegner den gesetzlichen Vertreter zur Erklärung über die Genehmigung auf, so kann dieselbe nur dem Gegner gegenüber abgegeben werden, und wenn nicht binnen zwei Wochen nach Empfang der Aufforderung die Genehmigung erteilt ist, so gilt sie als verweigert. Diese Sätze gelten auch dann, wenn bereits vorher eine Genehmigung oder Verweigerung derselben an den Minderjährigen erklärt war; denn diese Erklärungen werden durch die Aufforderung unwirksam (108 Abs. 2). Sobald der Minderjährige volljährig geworden ist, tritt seine Genehmigung an die Stelle derjenigen des gesetzlichen Vertreters (108 Abs. 3). Bis zur Genehmigung ist der Mitcontrahent zum Widerruf berechtigt, falls er nicht die Minderjährigkeit kannte. Der Widerruf kann sogar erfolgen, nachdem der Mitcontrahent den gesetzlichen Vertreter zur Erklärung über die Genehmigung aufgefordert hat, und diese Aufforderung eröffnet die Möglichkeit des Widerrufs nach dem

⁸² Zustimmung der obervormundschaftlichen Behörde ohne Zustimmung des Vormundes genügt nicht: S. II. 198.

oben Gesagten selbst dann, wenn schon eine Genehmigung an den Minderjährigen erfolgt war. Ist aber die Aufforderung „zur Genehmigung“ erfolgt, so kann darin wenigstens eine Lücke zur Wiederholung des Vertrages liegen, und es sind dann die Sätze über die verbindliche Kraft der Lücke zu beachten. Kannte der Mitcontrahent die Minderjährigkeit, so kann er nur dann widerrufen, wenn der Minderjährige (objectiv) wahrheitswidrig das Vorliegen der Einwilligung behauptet hatte, es sei denn, daß dem Mitcontrahenten die Unwahrheit dieser Behauptung bekannt war; nicht genügt, daß er sie hätte kennen müssen (109 Abs. 2); gleichgültig ist, ob der Minderjährige die Einwilligung selbst als vorhanden annahm. Die erteilte Genehmigung wirkt nach der allgemeinen Vorschrift des § 184 Abs. 1 auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurück, „soweit nicht ein anderes bestimmt ist“. Eine andere Bestimmung durch Rechtsatz liegt hier nicht vor. Die hervorgehobenen Worte lassen aber auch eine andere Bestimmung durch die Genehmigungs-erklärung selbst zu. Eine solche beschränkte Genehmigung ist aber keine vollwirksame Genehmigung im Sinne des § 109. Es kann also trotz ihrer der Mitcontrahent sein Widerrufsrecht ausüben. Ebenso ist, wenn in der Frist des § 108 Abs. 2 nur eine beschränkte Genehmigung erfolgt, die Genehmigung als verweigert anzusehen. Mit der Verpflichtung, die beschränkte Genehmigung ausdrücklich zurückzuweisen, widrigenfalls er als zustimmend angesehen werde, belastet das Gesetz den Mitcontrahenten nicht. Auch die Analogie des § 150 Abs. 2 (wenn man sie für passend halten will) führt dazu, in der beschränkten Genehmigung die Verweigerung der Genehmigung zu erblicken. Das Gesagte gilt eben sowohl von der Genehmigung des großjährig Gewordenen wie von der des gesetzlichen Vertreters; denn beide sind einander gleichgestellt (108 Abs. 3). Der Vertrag gilt auch dann als von Anfang an wirksam, wenn der Minderjährige die ihm obliegende Leistung mit Mitteln bewirkt, die ihm zu diesem Zwecke oder zu freier Verfügung von dem gesetzlichen Vertreter (vgl. aber 1644. 1824), oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen worden sind (110). Ist aber das eine oder das andere speciell „zu diesem Zwecke“ geschehen, so hat doch wohl der gesetzliche Vertreter dem Vertrage selbst zugestimmt, um dessen Erfüllung es sich handelt. Ein einseitiges Rechtsgeschäft, welches der Minderjährige ohne die erforderliche Einwilligung vornimmt, ist unwirksam (111) und kann also auch durch nachträgliche Genehmigung nicht mit rückwirkender Kraft gültig gemacht werden. Genehmigt es der gesetzliche Vertreter, so ist das eine Bestätigung gemäß § 141 Abs. 1, und diese ist als erneute Vornahme des Rechtsgeschäfts zu beurtheilen. Der gesetzliche Vertreter kann Ermächtigungen zu Rechtsgeschäften nicht bloß speciell, sondern auch allgemein für einen Kreis von Rechtsgeschäften erteilen. Dieß ist selbstverständlich, da das Gesetz es nicht ausschließt und für die Einwilligung keine Formvorschriften hat. Mit zwei Fällen dieser Art hat sich aber das Gesetz besonders beschäftigt: Ermächtigung zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes und zum Eintritt in Dienst oder in Arbeit. Die erstere Ermächtigung kann nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erteilt oder zurückgenommen werden. Sie macht den Minderjährigen unbeschränkt geschäftsfähig für alle Rechtsgeschäfte, welche der Betrieb mit sich bringt, ausgenommen diejenigen, zu denen der gesetzliche Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf (112). Die Ermächtigung reicht also weiter, wenn sie der Vater, als wenn sie der Vormund erteilt; denn

der Vater bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts seltener als der Vormund (1648. 1821. 1822), Die Ermächtigung der zweiten Art kann der gesetzliche Vertreter allein erteilen und zurücknehmen oder einschränken. Ist aber der gesetzliche Vertreter Vormund, so kann das Vormundschaftsgericht die von ihm verweigerte Genehmigung auf Antrag des Minderjährigen ersetzen, also auch die zurückgenommene wiedergeben, die eingeschränkte erweitern. Das Vormundschaftsgericht soll dies thun, wenn es im Interesse des Mündels liegt, eine Bestimmung, die als selbstverständlich hätte fehlen dürfen. Die Ermächtigung macht den Minderjährigen unbeschränkt geschäftsfähig für alle Rechtsgeschäfte, welche die Eingehung oder Aufhebung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses der gestatteten Art oder die Erfüllung der sich daraus ergebenden Verpflichtungen betreffen, ausgenommen Verträge, zu denen der gesetzliche Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf. Es macht also auch hier einen Unterschied, ob die Ermächtigung vom Vater oder vom Vormund erteilt ist. Ist sie für einen Fall erteilt, so gilt sie gleichwohl in Zweifel als allgemeine Ermächtigung zur Eingehung von Verhältnissen derselben Art (113). Die Ermächtigung durch das Vormundschaftsgericht wirkt wie die durch den Vormund.]

d. Gegen jedes an und für sich zu Recht bestehende Rechtsgeschäft, welches in der Minderjährigkeit, gleichviel ob vor oder nach der Geschlechtsreife, abgeschlossen worden ist, kann der Minderjährige Wiedereinsetzung in den vorigen Stand begehren (§ 117)⁹.^{9a}.

[Dem § 68. ist dieß unbekannt.]

⁹ Dieß sind die römischen Grundsätze. Die heutige Anwendbarkeit derselben ist aber sehr bestritten. Von vielen wird behauptet, daß es im heutigen R. einen Unterschied zwischen der Handlungsfähigkeit der impuberes und der der minores (abgesehen von Ehe und Testament) nicht mehr gebe, daß die minores in gleicher Weise wie die impuberes zwar nicht an die Mitwirkung, aber doch an die Zustimmung ihrer Vormünder gebunden seien. In früherer Zeit war dieß sogar die herrschende Meinung (Glück XXX S. 54), und auch heutzutage wird sie noch von sehr achtungswerthen Stimmen vertreten, s. namentlich Kraut Vormundschaft II S. 97 fg., außerdem Savigny 3S. f. gesch. RW. X S. 295—297, Seuffert Pand. § 257. 502, Sintonis I § 17⁹² und III § 145¹, Arnolds § 452¹, Wächter I S. 224, Dernburg I § 54, Gerber § 244, Beseler § 146, Stobbe § 40, Bruns Pandektenfragmente, II. Schriften II S. 466 fg. Aber ebenso wenig fehlt es und hat es von jeher gefehlt an Dissidenten, s. Glück XXX S. 55 fg. 69 fg. 476 fg., Rudorff R. der Vormundschaft. I S. 114 fg. und II S. 291, Götschen Vorl. II. 2 § 429, Puchta § 334, Bangerow I § 291 Anm. 2 a. G., Prinz 1. Aufl. S. 45 [2. Aufl. I § 55³], Huschke (*) S. 358, Eichhorn Einleit. in das deutsche Privatr. § 319, Mittermaier deutsches Privatr. § 428. Vgl. auch Ubbelohde (*) S. 714 fg. Ihr Hauptargument nimmt die erste Meinung aus der Bestimmung der RPD. (1548 Tit. 31 § 1, 1577 Tit. 32 § 1) über die Nothwendigkeit der Vormundschaft für minores; aber mehr enthält dieselbe doch auch, wenigstens ihrem Wortlaut nach, nicht. Für diese erste Meinung S. f. Arch. II. 270, III 311, XI. 25, XIII 241, XXVIII. 135. XXXIV. 110; was speciell Erbverträge angeht:

5. Interdicirte Verschwender^{9b} stehen den Geschlechtsunreifen gleich; die Willenserklärungen, welche auf eine Verschlechterung ihrer rechtlichen Lage gerichtet sind, sind ohne Zustimmung ihres Vormundes nichtig¹⁰, und auch die Zustimmung der Obervormundschaft zu ihren Veräußerungen ist in demselben Maße erforderlich, wie bei Geschlechtsunreifen^{10a}.

[Das § 68. stellt den wegen Verschwendung Entmündigten dem Minderjährigen gleich, welcher das siebte Lebensjahr vollendet hat (114). Vgl. 6, 2: Entmündigt kann werden, wer durch Verschwendung sich oder seine Familie der Gefahr des Nothstandes aussetzt. Ueber die Wirkungen der Wiederaufhebung und der Aufhebung der Entmündigung gilt hier das gleiche wie bei der Entmündigung wegen Geisteskrankheit (115 Abs. 1 vgl. ob. 2).]

6. Für Personen, welche aus anderen Gründen, als den bisher genannten, unter Vormundschaft gestellt sind, gilt in Betreff ihrer Veräußerungen das Gleiche, wie für Unerwachsene; im Uebrigen ist ihre Handlungsfähigkeit nicht beschränkt (II § 446³. 5. 6. 7)^{10b}.

[Das § 68. kennt Entmündigung auch wegen einer Geisteschwäche (zum Unterschied von der Geisteskrankheit), in Folge deren die Person ihre Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag (6, 1), ferner wegen Trunksucht, in Folge deren der Trinker seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag, oder sich oder seine

I. 243, V. 202. Ein Verlöbniß erkennen als nicht nichtig an: XVI. 172, XXV. 133. S. noch XX. 25.

^{9a} Unerwachsene unter väterlicher Gewalt: Kraut II § 108, Wächter I S. 222 fg.; Cf. III. 334, VII 197, XIII. 241, XV. 113.

^{9b} Vgl. II § 446⁴. C.P.D. § 621—627, Mandry S. 115 fg. [Regelsberger I § 134.] Früher tritt man, ob die Wirkung der Interdiction schon mit der Zustellung des Interdictionsdecrets an den Interdicirten, oder erst mit der öffentlichen Bekanntmachung beginne. Für das Erstere: Cf. XVII. 147. 206, XVIII. 206, XIX. 10, XXV. 118; für das Letztere: das. XIX. 115, Sintonis III S. 288¹⁰. Jetzt ist die Controverse durch C.P.D. § 623 im Sinne der ersten Alternative entschieden. — Unzulässigkeit freiwilliger Entmündigung: Cf. XIII. 9, XV. 136, XVIII. 125, XLIII. 92, vgl. XXX. 38. RG. IV S. 164 fg. Cf. XXXVII. 4.

¹⁰ L. 6 D. 45, 1, l. 10 pr. D. 27, 10, l. 9 § 7 D. 12, 1, l. 25 D. 46, 1. Cf. XXXIV. 311. Von den Testamenten der Verschwender gilt dasselbe, wie von den Testamenten Geschlechtsunreifer, s. III § 539, 2. Cf. II. 309. [Sachlich mit Windscheid übereinstimmend Wendt § 22, 3, Regelsberger I § 134, II. Anders Hölder S. 203.] Ubbelohde (*) S. 671 fg. hat auszuführen gesucht, daß die prätorische Interdiction nur nach ius honorarium gewirkt, also die Geschäfte des Interdicirten nicht nichtig gemacht habe. Ich glaube nicht, daß diese neue Ansicht Beifall finden wird. [Steiniger Voraussetzungen und Wirkungen der Entmündigung des Verschwenders nach RR. (Verl. Diff. 1889), Peltzer Begriff und Stellung des Verschwenders (Erl. Diff. 1896).]

^{10a} S. § 446⁷. Vgl. übrigens Prinz I § 54¹⁵, Ubbelohde a. a. D. S. 634.

^{10b} Vgl. RG. XXIII S. 140.

Familie der Gefahr des Nothstandes aussetzt, oder die Sicherheit Anderer gefährdet (6, 8). Ferner kann ein Volljähriger, dessen Entmündigung beantragt ist, unter vorläufige Vormundschaft gestellt werden, wenn es zur Abwendung einer erheblichen Gefährdung seiner Person oder seines Vermögens vom Vormundschaftsgericht für erforderlich erachtet wird (1906). In allen diesen Fällen steht der Entmündigte oder unter vorläufige Vormundschaft Gestellte in der Geschäftsfähigkeit ebenfalls dem (mindestens siebenjährigen) Minderjährigen gleich (114). Selbstverständlich aber bleibt es dabei, daß, wenn der Entmündigte oder unter vorläufige Vormundschaft Gestellte in Wahrheit geisteskrank ist, er nach Maßgabe des § 104, 2 geschäftsunfähig ist. Ueber die Wirkung der Wiederaufhebung und der Aufhebung der Entmündigung gilt auch hier dasselbe wie bei der Entmündigung wegen Geisteskrankheit (115, Abs. 1, vgl. oben 2). Die Stellung unter vorläufige Vormundschaft kann nicht selbständig angefochten werden, sie verliert aber den Boden, wenn der Antrag auf Entmündigung zurückgenommen oder rechtskräftig abgewiesen ist; ebenso stellt die Aufhebung der erfolgten Entmündigung auf Anfechtungsklage auch die vorangegangene vorläufige Vormundschaft nachträglich als unmotivirt dar. In diesen Fällen gilt über Handlungen während der Zeit der vorläufigen Vormundschaft dasselbe, wie über Handlungen während des Bestehens einer später auf Anfechtung aufgehobenen Entmündigung (115 Abs. 2).]

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

[8. Bei der Lehre von der Handlungsfähigkeit ist auch die Frage zu beantworten, wer fähig ist, die Willenserklärungen Anderer gültig zu empfangen, z. B. eine Mahnung, eine Kündigung, eine Offerte entgegenzunehmen¹¹. Es handelt sich hier um die Frage, wer fähig ist, das rein passive persönliche Object fremder Willenserklärungen zu sein. Gemeinrechtlich ist es wohl unzweifelhaft, daß diese Fähigkeit der zu eigenen Rechtshandlungen parallel ist. Einem Kinde kann gültig nichts erklärt werden, einem Minderjährigen gegenüber können Erklärungen, die seine Rechtslage verschlechtern, nur mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters abgegeben werden. So bestimmt schon das römische Recht, daß ein Pupill nur tutore auctore gemahnt werden kann¹². Ebenso wird eine Kündigung, eine Widerrufserklärung, die Auflage eines Draufbeicommisses¹³ gültig nur an jemand erfolgen

[¹¹ Sieht man hier eine wahre Handlung des Empfangenden als vorliegend an, so ist die Frage durch die Lehre von der Handlungsfähigkeit unmittelbar beantwortet. Allein da z. B. eine Mahnung, die mündlich dem Schuldner zugerufen wird, zweifellos gültig ist, wenn er sie gehört hat, mochte er wollen oder nicht, so ist jener Standpunkt doch wohl nicht der richtige.]

[¹² L. 24 D. 45, 1; vgl. unt. § 279^a.]

[¹³ Unten § 629.]

können, der fähig ist, sich durch seine Handlungen, schlechter zu stellen. Diese ganze Lehre war aber gemeinrechtlich wenig ausgebildet¹⁴.

Das **§§.** hat dieselbe eingehend behandelt: Eine Willenserklärung, welche einem Andern gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie einem Geschäftsunfähigen gegenüber abgegeben wird, nicht eher wirksam, als bis sie dessen gesetzlichem Vertreter zugegangen ist (131 Abs. 1). Der Geschäftsunfähige kann also den Uebermittler der Erklärung an seinen gesetzlichen Vertreter machen, aber die Erklärung kann rechtlich ihm gegenüber nicht abgegeben werden. Hier wird bedeutsam, daß Diejenigen, welche sich in einem vorübergehenden Zustande geistiger Störung befinden oder bewußtlos sind, nicht geschäftsunfähig sind (ob. S. 278). Ihnen gegenüber können also Willenserklärungen Dritter abgegeben werden. (Auch einem Bewußtlosen kann eine schriftliche Erklärung zugehen (130 Abs. 1), oder zugestellt werden) (132 Abs. 1). Wird die Willenserklärung einer in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person gegenüber abgegeben, so gilt das Gleiche wie bei Geschäftsunfähigen, jedoch ist die Erklärung, wenn sie dem Empfänger lediglich einen rechtlichen Vortheil bringt, oder wenn der gesetzliche Vertreter im Voraus seine Einwilligung (183) zur Abgabe der Erklärung an den Vertretenen erteilt hat, sofort wirksam, ohne dem gesetzlichen Vertreter zugehen zu müssen (131 Abs. 2). Nachträgliche Genehmigung als Ersatz der Einwilligung ist ausgeschlossen; sobald der gesetzliche Vertreter von der Erklärung Kenntniß erhält, wirkt sie ohne seine Genehmigung, und sie genehmigen in dem Sinne, daß sie schon mit der Abgabe an den Vertretenen als in Wirksamkeit getreten angesehen werden sollte, (184) kann er nicht. Denn dieß ist nur möglich bei Erklärungen, von denen verordnet ist, daß sie von seiner Zustimmung abhängen (182 Abs. 1), was hier nicht der Fall ist. Was oben über die in der Zeit einer Entmündigung oder einer vorläufigen Vormundschaft abgegebenen Willenserklärungen für den Fall der Aufhebung der Entmündigung und die analogen Fälle bemerkt ist, gilt auch für die gegenüber dem Entmündigten (vorläufig Bevormundeten) einerseits und die gegenüber dem gesetzlichen Vertreter andererseits abgegebenen Erklärungen (115).]

2. Form der Willenserklärung.

§ 72.

Zur Gültigkeit der Willenserklärung gehört ferner, daß sie die gehörige äußere Beschaffenheit habe. Ist für die Erklärung des Willens* eine bestimmte Form vorgeschrieben¹, und diese Form ist

[¹⁴ Vgl. Dernburg I § 56 nach ⁵, Regelsberger I § 130, I. § 131, II, B.]

§ 72. * Ueber Erklärung des Willens im Allgemeinen vgl. Graf Pininski der Thatbestand des Sachbesitzerverbes (1888) II S. 333 fg. [Hölber § 41, Bekker II § 93, Wendt § 44, Regelsberger I § 136—138, Dernburg I § 96—98. Erklärungswille: vgl. § 69^{1a}.]

¹ Ueber die Bedeutung der Form im Allgemeinen und im r. R. im Besonderen, und über den Werth derselben, s. außer Savigny III § 130 vor Allem die treffliche Abhandlung von Jhering Geist d. r. R. II § 45—47, welche

nicht beobachtet, so ist die Willenserklärung nichtig². Die hauptsächlichsten Formen, welche im gemeinen Recht für die Gültigkeit der Willenserklärungen erfordert werden, sind: Zuziehung von Zeugen³, schriftliche Aufzeichnung, Beurkundung durch Gericht⁴.

[Auch **BGB.** erklärt Rechtsgeschäfte, welche der durch Rechtsatz vorgeschriebenen Form ermangeln, für nichtig. Ist die Form durch Rechtsgeschäft bestimmt, so soll das ihrer ermangelnde Geschäft im Zweifel nichtig sein (125). Aber auch die Vorschrift in Ansehung der durch Rechtsatz bestimmten Form kann nur im Zweifel gelten; denn wenn erkennbar das die Form bestimmende Gesetz etwas anderes will, so wird es dabei sein Bewenden haben. So hat nach **BGB.** selbst im Falle des § 566 der Mangel der Form eine andere Folge als die der Nichtigkeit; nach § 2120 kann der Vorerbe die Einwilligung des Nacherben zu nothwendigen Verfügungen in öffentlich beglaubigter Form verlangen; die Einwilligung ist aber ohne diese Form gültig. Das **BGB.** schreibt in manchen Fällen Schriftform vor (566. 780. 781; dazu 126. 127), in manchen gerichtliche oder notarielle Beurkundung (311. 312. 313. 518. 1491 Abs. 2. 1492 Abs. 2. 1501 Abs. 2. 1516 Abs. 2. 1517. 1748 Abs. 3. 2033 Abs. 1. 2296 Abs. 2. 2348. 2351. 2371; dazu 128), in anderen öffentlich beglaubigte Form (1342 Abs. 1. 1491 Abs. 1. 1492 Abs. 1. 1597 Abs. 1. 1662. 1945. 2198 Abs. 1; dazu 129), in noch anderen Abschluß eines Vertrages vor Gericht oder vor Notar bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Theile (1434. 2276 Abs. 1). Für Uebertragung des Eigenthums an beweglichen Sachen, Bestellung von Nießbrauch und Pfandrecht an solchen verlangt das **BGB.** Tradition (929. 1032. 1205); diese ist zwar mehr als Form, nämlich zugleich Herstellung des von dem zu begründenden Rechte geforderten tatsächlichen Zustandes, sie trägt aber doch auch den Charakter der Form an sich. Ueber Testamentsform vgl. 2231 fg., Form der Eheschließung 1317. Im Gebiet des Immobiliarsachenrechts ist die Eintragung als selbständiges Erforderniß der beabsichtigten Rechtsänderung von der Form der Parteivillenserklärung

übrigens nicht bloß auf Rechtsgeschäfte Rücksicht nimmt. Vgl. auch v. Böldern-
dorff die Form der Rechtsgeschäfte nach allgemeinen Grundsätzen und positiven Ren
(1857). [Bekker II § 93 S. 70 fg., Dernburg I § 97, Regelsberger I
§ 137, Gierke I § 33, IV, Reining, welches ist die Bedeutung der Form in
den vermögensrechtlichen Geschäften nach gem. R.? Erl. Diff. 1896.]

² Es ist aber von der Vorschrift, daß ein Rechtsgeschäft in bestimmter Form
errichtet werden müsse, zu unterscheiden die Vorschrift, daß ein Rechtsgeschäft nur durch
gewisse Beweismittel, z. B. Urkunden, solle bewiesen werden können. Im Zweifel
ist nicht das Letztere als der Sinn einer Formvorschrift anzusehen. Vgl. II §
312 zu ¹⁰. [Auch sonst kann allgemein nur gesagt werden, daß das Rechtsgeschäft
mangels der gesetzlichen Form im Zweifel nichtig ist. Bekker II § 93 ^{bb}.]

³ Ueber den Unterschied zwischen Solemnitäts- und Beweiszeugen s. Thering
Jahrb. f. Dogm. I S. 293—295, Unger II § 90 ¹⁵.

⁴ Dafür haben die Quellen den Ausdruck: actis, gestis insinuato (acta,
gesta = das Gerichtsprotokoll [oder Protokoll einer sonstigen zur Aufnahme
von Verhandlungen befugten Behörde. Bethmann-Hollweg r. Civilproc. III
S. 280.] Auch heutzutage spricht man noch von gerichtlicher Insinuation oder
Insinuation schlechthin.

zu unterscheiden; auch ist mit dieser Form die Vorschrift nicht zu verwechseln, daß eine Erklärung dem Grundbuchamt gegenüber abzugeben ist oder abgegeben werden kann (vgl. oben § 69 a. E.). Ferner ist in der Formfrage zu unterscheiden, welche Erfordernisse erfüllt sein müssen, damit eine Erklärung materiellrechtlich verbindlich sei, und wie sie beschaffen sein muß, um die Thätigkeit des Grundbuchamts in Bewegung zu setzen. (Vgl. BGB. 873. 875. 876. 877. 880. 885. 899. 925. 928. 1015. 1116. 1117. 1154. 1168. 1180. 1188 Abs. 1. 1192. 1196. 1200 Abs. 1.) Ergänzungen müssen alle diese Bestimmungen in der künftigen Grundbuchordnung und in dem Gesetz betr. die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit finden.]

Es kommt auch vor, daß Bestätigung des Gerichts⁵ oder gar des Landesherrn verlangt wird.

[Das BGB. verlangt Genehmigung des Staates in den Fällen der §§ 80. 795 Abs. 1. 3. Ueber die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vgl. Vormundschaftsrecht und Recht der elterlichen Gewalt. Bestätigung: 1741 vgl. 1754 Abs. 2. Der Ausspruch des Standesbeamten nach § 1318 ist nicht mehr constitutiv; vgl. § 1317. Die Eintragung eines Vereins in das Vereinsregister wirkt constitutiv (BGB. 21), ohne Bestätigung der Vereinsgründung zu sein. Entsprechendes gilt von der Eintragung einer Aenderung der Satzungen (71), von den Eintragungen in das Grundbuch und von der Eintragung des Pfandrechts in das Schiffsregister (1260); vgl. das Sachenrecht. Nur beurkundend sind die Eintragungen in das Vereinsregister gemäß BGB. 67—70. 74—76. Die Eintragung der Aenderung des Vorstandes, der Beschränkung seiner Vertretungsmacht und der von der gesetzlichen Norm abweichenden Vorschrift über seine Beschlußfassung (67. 70), ebenso wohl auch die Eintragung einer Aenderung der Liquidatoren und einer von der gesetzlichen Norm abweichenden Art ihrer Beschlußfassung (76 vgl. 43 Abs. 2) gewinnen allerdings ein constitutives Element durch § 68; denn die Eintragung bewirkt hier nicht bloß eine Verschiebung der Beweislast, sondern auch eine materielle Verschiebung der Rechtslage des Dritten.

⁵ In diesem Falle muß das zuständige Gericht thätig werden, während die bloße Beurkundung durch jedes Gericht geschehen kann. Vgl. auch Thering Jahrb. f. Dogm. I S. 299—302. [Muß das Geschäft durch gerichtlichen oder sonstigen Staatsact bestätigt werden, so ist das mehr als Formsache. Ein derartiges Geschäft genießt nicht, wie die andern, rliche Geltung kraft Allgemeinen Rechts, sondern kraft causa cognita erfolgter Anerkennung durch den Bestätigungsact. Vgl. unten § 414¹¹. Auch die obervormundschaftliche Genehmigung zu Handlungen des Vormunds gehört hierher. Vgl. unten § 441. Bestätigung des Zwangsvergleichs durch das Concursgericht: R.D. 170 fg. Es kommt auch vor, daß nicht im Sinne der Genehmigung, Bestätigung des Geschäfts, sondern in anderer Art zum Zwecke der Hervorrufung des beabsichtigten Erfolges dem Geschäft ein Staatsact hinzutreten muß. So der Ausspruch des Standesbeamten gemäß § 52 Gef. v. 6.2 75, durch welchen erst die Eheschließung vollendet wird. Dahin gehören auch die Eintragungen in Grundbücher und öffentliche Register, soweit sie constitutiv wirken, d. h. einen Erfolg herbeiführen, der vor der Eintragung nicht da ist. J. B. BGB. 178. 211, Genoss.-Gef. 1/5 89 § 13, Gef. betr. d. Gesellsch. m. beschr. Haftung 20/4 92 § 11 Abs. 1].

Sind jene Dinge nicht eingetragen, so wirken sie gegen den Dritten nur, wenn er sie kennt, sind sie eingetragen, so wirken sie gegen ihn auch dann, wenn er sie unentschuldigbar nicht kennt. Noch stärker ist die Wirkung der Eintragung gemäß § 1435.]

Ist eine bestimmte Form für die Willenserklärung nicht vorgeschrieben⁶, so kann die Willenserklärung in jeder beliebigen Weise gemacht werden. Es ist in diesem Falle sogar nicht nothwendig, daß die Willenserklärung ausdrücklich gemacht werde, d. h. durch Äußerungen, [[welche die Bestimmung haben, den Willen zu erklären, und welche diese Bestimmung]] nach der Verkehrsſitte oder kraft besonderer Festsetzung [[erfüllen]]⁷. Sondern es genügt auch eine stillschweigende Willenserklärung⁸, d. h. der Wille wird als gehörig an den Tag

⁶ Man nennt die Willenserklärung, für welche eine bestimmte Form nicht vorgeschrieben ist, eine formlose — dem Sprachgebrauche gemäß, und deswegen nicht weniger mit Recht, weil auch sie, wie jede Handlung, eine äußere Erscheinung (Form in diesem Sinne) hat. [Formen durch Aegeschäft vorgeschrieben: Bekker II § 78 S. 70 fg. S. 82 fg. Dernburg I § 97 a. E. Regelsberger I § 137, II, C, 2.]

⁷ Eine ausdrückliche Willenserklärung kann nicht bloß durch Worte gemacht werden. Geberden: I. 52 § 10 D. 44, 7, I. 21 pr. D. 32. Ausstreichung einer Vermächtnißverfügung: III § 640³ 4. Signalzeichen: Reichsges. 14/8 76. Ausdrückliche Willenserklärung durch Schweigen? Bekker II § 83⁵. Telegraph, Telephon: Naas, der Vertragsschluß auf elektrischem Wege, Berlin 1889. [J. E. Jacobson, de Telefonie van privatrechtelijk standpunt bezien (1893) p. 166 fg. Philippi Vertragsschluß durch Telephon. Erl. Diff. 1896.]

⁸ Besondere Abhandlungen über diesen Gegenstand sind: Pori Abhandlung über stillschweigende Willenserklärung in römischen Geschäften (1817). Heyne de voluntatis tacite patofactae et praesumptae vi atque indole eiusque in iure effectibus (1840). Burdhard die civilistischen Präsumtionen S. 270—311 (1886). [Ehrlich, die stillschweigende Willenserklärung (1893), dazu Hellmann fr. BZS. XXXVII S. 170 fg.] S. außerdem Savigny III § 131. 132, Unger II § 85, Holzschuher I § 36 Nr. 2, Schliemann Lehre vom Zwange § 12 (1861), Bekker fr. BZS. III S. 205. 206, Pand. II § 93 Weil. I. III. IV., Zitelmann Irrthum und Aegeschäft S. 259 fg. (1879), Leonhard der Irrthum bei wichtigen Verträgen S. 190 fg. (1882). Leonhard beschränkt den Begriff der ausdrücklichen Willenserklärung auf den Fall des Ausdrucks durch Worte oder durch Zeichen, welche Worte vertreten. Vgl. Lotmar fr. BZS. XXV S. 416. Schloßmann Vertrag S. 55. 60 leugnet, daß bei dem, was man stillschweigende Willenserklärung nennt, eine Erklärung des Willens vorliege. S. darüber Eisele fr. BZS. XX S. 17. Vgl. auch Hasenöhrl österr. Privatv. I S. 621¹⁶. Hartmann Werk und Wille bei dem s. g. stillschweigenden Consens, AGPra. LXXII S. 161 fg. (1888): nur bei streng einseitigen Abhandlungen komme es auf Erkennbarkeit des Willens überhaupt an, bei Verträgen sei ein solches Benehmen entscheidend, aus welchem der andere Vertragsschließende die Annahme des Vertragswillens schöpfen mußte; eine scharfe Unterscheidung zwischen ausdrücklicher und stillschweiger Willenserklärung sei ein unrichtiges und vergebliches

gelegt angesehen, wenn ein Benehmen (Thun oder Unterlassen) vorliegt, welches auf das Vorhandensein des Willens einen sicheren Schluß gewährt⁹. Wann dieß der Fall sei, darüber lassen sich nähere Regeln nicht angeben; es ist auf die Umstände des einzelnen Falles zu sehen. Auch Schweigen kann unter Umständen als genügender Willensausdruck anzusehen sein¹⁰. — Eine ausdrückliche

Beginnen. Im Wesentlichen übereinstimmend (in unabhängiger Darstellung) Graf Pininski (*) II S. 439 fg. [Dernburg I § 98, Wendt § 44 S. 106, Hölder S. 216 fg., Regelsberger I § 138, Gierke I § 33 vor²⁰]

⁹ L. 57 pr. D. 2, 14. „Qui in futurum usuras a debitore acceperat, tacite pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat“. L. 95 D. 29, 2. „Recusari hereditas non tantum verbis sed etiam re potest et alio quovis indicio voluntatis“. L. 5 D. 46, 8. „Non tantum verbis ratum haberi posse, sed etiam actu; donque si eam litem, quam procurator inchoasset, dominus comprobans persequeretur, non esse commissam stipulationem“. Andere Beispiele in: § 7 I. 2, 19, l. 20 D. 29, 2 — l. 2 § 1 D. 2, 14, l. 7 C. 8, 25 [26], l. 14 C. 8, 42 [43] — l. 13 § 11 D. 19, 2 — l. 26 § 1 D. 20, 1, l. 5 § 2 D. 20, 2 — l. 38 [37] pr. D. 36, 1. S. f. IV. 8. Eine stillschweigende Willenserklärung kann auch in einer ausdrücklichen Willenserklärung liegen. So liegt z. B. in der Entlastung eines Erbschaftsschuldners die Erklärung des Antritts der Erbschaft. — Von stillschweigender Willenserklärung spricht man aber auch in einem ganz anderen Sinn, indem man darunter eine ausdrückliche Willenserklärung versteht, welche in eine andere eingekleidet ist. So liegt in der *translatio legati* eine „*tacita ademptio*“, l. 5 D. 34, 4. Vgl. auch § 625¹⁷. § 635, 2. Die Grenze zwischen diesem Fall und dem Fall der eigentlichen stillschweigenden Willenserklärung kann im gegebenen Fall zweifelhaft erscheinen. Vgl. Zitelmann a. a. O. S. 264 fg.

¹⁰ Das c. 43 de R. I. in VI^o, welches zu allgemein sagt: „qui tacet consentire videtur“, wird durch die unmittelbar folgende Stelle (c. 44 eod.) corrigirt: „is qui tacet non fatetur, sed nec utique negare videtur“. Letztere Stelle wiederholt dem Inhalt nach die l. 142 D. 50, 17. Fälle, in welchen die Quellen in dem Schweigen eine stillschweigende Willenserklärung finden, s. in l. 7 § 1. l. 12 pr. D. 23, 1, l. 5 C. 5, 4, l. 5 D. 1, 7, l. 12. 16 D. 14, 6, l. 19 D. 39, 3, l. 6 C. 8, 25 [26]. Vgl. S. f. I. 40, IV. 211, V. 117, X. 252, XI. 80, XXV. 123, XXIX. 107, XXXII. 205, XXXVI. 60, XLII. 95. 121 (S. 176). Kierulff Samml. d. Entscheid. des OAG. zu Pübed I. 22. Hallwachs *PraktW. N. F.* X S. 225 fg., „das Stillschweigen als Willenserklärung in den Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts“. — Dernburg *Preuß. Privatr.* I § 94, 2: „Schweigen ist in dem Fall Zustimmung, wenn nach der öffentlichen Meinung, insbesondere aber nach der Auffassung der Berufs- und Standesgenossen, ein vernünftiger und ehrlicher Mann eine Ablehnung ausgesprochen hätte, falls er nicht einverstanden gewesen wäre“. Vgl. Pandekten I § 98, 2. Ebenso Regelsberger in Endemann's Handb. d. *Pr.* II S. 448 fg. [Pand. I § 138, IV.] Hartmann (a. E.) S. 220 fg. Leonhard a. a. O. S. 199³: „Schweigen unter Umständen, unter denen die Annahme, daß man aus andern Gründen, als in Folge eines Zustimmungswillens schweige, ausgeschlossen ist“. Vgl. auch Schott der obligat. Vertrag unter Abwesenden S. 90 fg. Bekker II S. 19 fg. [Wendt § 44 S. 106 fg. Hölder S. 214. 217.]

Erklärung, durch welche sich Jemand dagegen verwahrt, daß in seinem Benehmen eine stillschweigende Willenserklärung gefunden werde, nennt man eine Protestation, speciell eine Reservation, wenn sie den Zweck hat, den Schluß auf einen Verzicht abzuweisen¹¹⁻¹².

[Das **§§.** hat allgemeine Bestimmungen über stillschweigende Willenserklärungen nicht aufgestellt. Es unterliegt aber keinem Zweifel, daß dieselben auch nach **BGB.** zulässig sind, soweit nicht Formvorschriften entgegenstehen, vorbehaltlich der unten zu beantwortenden Frage, in wie weit für Willenserklärungen, welche einem Andern gegenüber abzugeben sind, s. g. concludente Handlungen ein brauchbares Mittel bilden. Die Begriffsbestimmung der stillschweigenden Erklärungen kann keine andere sein als bisher. In manchen Fällen hat auch das **BGB.** verordnet, daß etwas als stillschweigend vereinbart gilt (612. 632. 653. 689), oder ein Vertrag als stillschweigend verlängert gilt (568. 625). In allen diesen Fällen liegt aber eine gesetzliche Rechtswirkung vor. Allerdings finden die angezogenen Bestimmungen im Falle erklärten abweichenden Willens keine Anwendung; diese Erklärung muß zur Abwendung der Vertragsverlängerung gemäß § 568 binnen zwei Wochen, gemäß § 625 ohne schuldhaftes Zögern abgegeben werden, in den zuerst angeführten Fällen (der stillschweigenden Vereinbarung einer Vergütung) kann sie nur in dem entsprechenden Vertrage selbst enthalten sein oder ihm vorausgehen; denn auch letzteren Falls kann man zu dem Ergebnis kommen, daß den Umständen nach eine Vergütung nicht zu erwarten war. Dieß alles läßt aber

¹¹ Beispiele: I. 20 § 1 D. 29, 2, I. 14 § 7. 8 D. 11, 7, I. 4 § 1 D. 20, 6, I. 7 C. 5, 11; I. 16 D. 14, 6, I. 12 D. 21, 2. — Die Protestation ist aber nur dann wirksam, wenn die betreffende Handlung eine andere Auslegung als die abgelehnte möglicherweise zuläßt, nicht die s. g. protestatio facta contraria. So würde z. B. eine Protestation in den Fällen der I. 57 pr. D. 2, 14 (vgl. I. 2 § 6 D. 44, 4) und I. 5 D. 46, 8 unwirksam sein. Vgl. *Sf.* III. 315, XXVI. 142. *Bekker* II § 111. [Protestation wie Reservation werden auch in weiterem Sinne genommen: *Dernburg* I § 98¹²⁻¹³.]

¹² Es kommt im r. R. auch vor, daß rliche Folgen, welche ohne alle Willenserklärung eintreten, vorgestellt werden als auf einer Willenserklärung beruhend. In dieser Weise werden z. B. die gesetzlichen Pfandre (vgl. namentlich *Dig.* 20, 2 in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur) behandelt. So wird ferner der Satz, daß, wenn die Tochter wahnsinnig sei, der Vater die an sie gefallene Dos auch ohne ihre Einwilligung einziehen könne, in I. 2 § 2 D. 24, 3 so ausgedrückt: da die Tochter nicht widerspreche, sei sie als einwilligend anzusehen. Man spricht in einem solchen Falle von einer fingirten Willenserklärung; vgl. *Savigny* III § 133 (der aber auch Fälle hierher zählt, welche nicht hierher gehören, bei welchen entweder die Quellen den bezeichneten Gesichtspunkt nicht anlegen [I. 1. 35 pr. D. 3, 3, I. 21 C. 2, 12 (13)], oder in denen eine stillschweigende Willenserklärung vorliegt [I. 4 § 1. I. 7 pr. D. 20, 6]. *Bekker* gibt man die ganze Vorstellung auf, da weder ein Nutzen von derselben abzusehen ist, noch in den Quellen selbst irgendwelches Gewicht auf sie gelegt wird. Vgl. *Böding* I § 118 *Anm.*, *Unger* § 85¹⁷, *Burchard* a. a. C. S. 305-311, *Hütow* *ACPra.* LXII S. 82 fg., *Leonhard* a. a. C. S. 213 fg. [*Bekker* II § 93 S. 69. S. 80, *Dernburg* I § 98¹⁰.]

die angezogenen Bestimmungen nur als dispositiv erscheinen und ändert nichts daran, daß ihre Wirkungen ohne den Partein Willen eintreten. Daß das Gesetz sagt, es solle eine stillschweigende Willenserklärung als vorhanden gelten, hat einmal die Bedeutung, seine Bestimmung begrifflich zu machen, sodann die praktische, daß das Rechtsverhältniß den Bestimmungen über vertragsmäßige Verpflichtungen untersteht, speciell daß es im Falle der stillschweigenden Vertragsverlängerung als eine Fortsetzung des ursprünglichen Vertragsverhältnisses zu behandeln ist. Einen Fall, in welchem das Gesetz auf eine nahe liegende Fiction stillschweigender Willenserklärung verzichtet, zugleich die Abwendung der gesetzlichen Rechtswirkung durch Vorbehalt ausschließend, zeigt B. 1253 Abs. 1.]

[Mit der Frage der Form der Willenserklärung hängt zusammen diejenige ihres Inkrafttretens. Bei Willenserklärungen, die nicht einem Dritten gegenüber abzugeben sind, kann nur gesagt werden, sie treten, wenn sie sich nicht selbst durch Bedingung oder Befristung (unten §§ 86 fg.) suspendiren oder das Recht sie aus besonderen Gründen suspendirt, in Kraft, sobald der Erklärende die Erklärung abgegeben hat, d. h. sobald er gesprochen hat, sobald der Akt der Errichtung einer letztwilligen Verfügung vollendet ist, sobald diejenigen Handlungen vollzogen sind, in denen eine stillschweigende Willenserklärung zu finden ist. Bei Willenserklärungen aber, die einem Andern gegenüber abzugeben sind, taucht die Frage auf, welches des genaueren die Beziehungen sind, in welche die Willenserklärung zu diesem Andern gesetzt sein muß, um wirken zu können. Diese Frage, verhandelt meistens in Bezug auf den Vertragschluß, (allgemein Hölde S. 214 fg. 219. 222 fg.) ist in der gemeinrechtlichen Lehre immer streitig geblieben. Vertreten wurde das Inkrafttreten des Vertrages mit der Abgabe der Annahmeerklärung, (Declaration[s]-[Aeußerungs]-)theorie), mit dem Empfang der Annahmeerklärung durch den Offerenten (Empfangstheorie), mit dessen Kenntnisaufnahme von der Annahmeerklärung (Vernehmungstheorie). Dazu traten vermittelnde Ansichten. Mehr und mehr neigte sich die Wage zu Gunsten der Empfangstheorie. Vgl. § 306.

Das BGB. bestimmt über alle Willenserklärungen, welche einem Andern gegenüber abzugeben sind, daß sie, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben werden, wirksam werden in dem Zeitpunkt, in welchem sie ihm zugehen (180 Abs. 1); hiervon sind auch bedingte und befristete Rechtsgeschäfte nicht ausgenommen. Die Wirkung, welche sie hervorbringen wollen, ist zwar noch nicht da (158 Abs. 1, 163); aber sie sind insofern wirksam, als sie auf eine nicht mehr zu verhindernde Weise die gewollte Wirkung mit Eintritt der Bedingung oder Befristung herbeiführen. Die Lage ist dieselbe wie bei dem Gesetz, welches formelle, aber noch nicht materielle Gesetzeskraft hat. Die Willenserklärung wird aber nicht wirksam, wenn

ihrem Empfänger spätestens gleichzeitig ein Widerruf zugeht (130 Abs. 1). Gleichgültig ist es, wenn der Erklärende nach der Abgabe der Erklärung, bevor sie dem Empfänger zugegangen ist, stirbt oder geschäftsunfähig wird (130 Abs. 2). Alles dieses gilt auch, wenn die Erklärung einer Behörde gegenüber abzugeben ist (130 Abs. 3). Als zugegangen gilt die Willenserklärung auch dann, wenn sie nach den Vorschriften der C.P.O. zugestellt ist (132 Abs. 1). Dieser Weg kann auch bei Willenserklärungen gegenüber Behörden betreten werden, da die C.P.O. Zustellung an Behörden kennt (C.P.O. 157. 169). (Öffentliche Zustellung vgl. WGB. 132 Abs. 1). Im Uebrigen spricht sich das Gesetz nicht darüber aus, was das Zugehen einer Willenserklärung bedeutet. Es ist aber nicht zweifelhaft, daß seine Vorschrift der gemeinrechtlichen Empfangstheorie entspricht, welche sowohl für ausdrückliche wie stillschweigende Willenserklärungen zu Grunde gelegt werden sollte (Rea § I S. 57^a). Eine mündliche Erklärung, auch die telephonische, kann nur dadurch zugehen, daß sie gehört, und zwar auch verstanden wird; zwischen Empfang und Vernehmung ist in diesem Falle kein Unterschied berechtigt. Eine schriftliche oder telegraphische Erklärung geht zu durch Empfangnahme des Schriftstücks (Telegrammes). Soviel stillschweigende Erklärungen angeht, sind solche Handlungen als Ausdruck einer einem Abwesenden gegenüber abzugebenden Erklärung nicht brauchbar, welche ungeeignet sind, das Moment des Zugehens herzustellen. Geeignet dazu ist z. B. die Zusendung von Sachen unter Umständen, welche auf eine Verkaufsofferte schließen lassen, wie das Zusenden von Büchern zur Ansicht. Erklärungen dieser Art gehen zu durch Zugang der übersandten Gegenstände. Verkörpert sich aber die stillschweigende Willenserklärung nicht in der Zusendung von Gegenständen, so kann man ein Zugehen der Erklärung wohl in nichts anderm als darin finden, daß der Adressat der Erklärung von den concludenten Handlungen Kenntniß erhält, ein Ergebnis, das mit dem der Vernehmungstheorie identisch ist. Es können aber Handlungen, bei denen es dem Zufall überlassen bleibt, ob der Andere von ihnen Kenntniß erhält, überhaupt nicht als ihm gegenüber abgegebene Willenserklärungen angesehen werden; sie werden also nicht bei zufällig erlangter Kenntniß des Andern wirksam als nunmehr zugegangen, sondern sie sind und bleiben unwirksam, wenn das Gesetz die Abgabe der Willenserklärung gegenüber einem Andern vorschreibt. Wohl dagegen kann in Handlungen, welche auf die Kenntnißnahme des Andern berechnet sind, eine ihm gegenüber abgegebene stillschweigende Willenserklärung gefunden werden, welche mit seiner Kenntniß wirksam wird, weil sie dann als zugegangen anzusehen ist. Bei der Annahme eines Vertrages hat das Gesetz die Thatsache, daß zahllose Verträge ohne eine dem Offerenten zugehende Annahme sich abwickeln, dadurch anerkannt, daß es den Vertrag durch die Annahme des Antrags, ohne daß sie dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, dann zu Stande kommen läßt, wenn eine Erklärung an den Antragenden nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist, oder der Antragende darauf verzichtet hat (151). Die Ausnahme lautet also nicht dahin, daß hier eine Willenserklärung, die einem Andern gegenüber abzugeben ist, nicht des Zugehens bedürfe, sondern dahin, daß die Annahme einem Andern gegenüber überhaupt nicht erklärt zu werden braucht. Wird ein Vertrag gerichtlich oder notariell beurkundet, gleichviel ob dieß vorgeschrieben ist, oder von den Parteien gewählt wird, und sind nicht beide Parteien zugleich anwesend, so kommt der Vertrag mit der Beurkundung der

Annahmeerklärung zu Stande, wenn nicht ein anderes — gesetzlich oder durch Parteiwillen — bestimmt ist (152). Es bedarf also dann des Zugangs einer Ausfertigung der Beurkundung an den Antragenden nicht. Es fragt sich nun, wie sich die Willenserklärungen unter Abwesenden von denen unter Anwesenden abgrenzen, und wie es sich mit dem Inkrafttreten von Willenserklärungen unter Anwesenden verhält, beides Fragen, über welche das BGB. absichtlich nicht entschieden hat (Mot. I S. 156. 159 fg., Recy I S. 57¹). Wie mir scheint, kann nun aber die zweite Frage anders als für Erklärungen unter Abwesenden gar nicht beantwortet werden. In dem zweifellosesten Falle der Anwesenheit, wenn der Erklärende und der Adressat der Erklärung einander gegenüberstehen, wird doch die mündliche Erklärung auch nicht anders in Wirksamkeit treten können als dadurch, daß der Adressat sie hört; gibt der Erklärende dem Andern die Erklärung schriftlich, vielleicht weil dieser taub ist, so ist kein Grund abzusehen, warum die Erklärung hier nicht ebenso mit dem Empfang des Schriftstücks in Kraft treten sollte, wie wenn dasselbe vom Brieftoten überbracht wird. Das gleiche wird bei Uebergabe sonstiger Gegenstände zu sagen sein, und sonstige concludente Handlungen treten, wenn sie unter den Augen des Adressaten der Erklärung vor sich gehen, ebenso mit seiner Kenntniß davon in Kraft, wie bei der Erklärung unter Abwesenden; es ist auch hier wie dort als stillschweigende Erklärung des Willens dem Andern gegenüber nur ein Verhalten brauchbar, welches zu seiner Kenntnißnahme bestimmt ist. Ist dieß richtig, so ist es für die hier behandelte Frage nicht nöthig, die Abgrenzung der Willenserklärungen an Anwesende von denen an Abwesende durchzuführen, man hat vielmehr schlechtweg zu sagen: Willenserklärungen, welche einem Andern gegenüber abzugeben sind, treten in Wirksamkeit, sobald sie ihm zugehen. Festzuhalten ist dabei, daß eine Willenserklärung gültig nicht bloß dem Adressaten selbst, sondern auch an seiner Statt einem Vertreter zugehen kann, dessen Vertretungsmacht die Empfangnahme derartiger Erklärungen umschließt (BGB. 164 Abs. 3. Abs. 1.) Es bedarf also der Weitergabe der Erklärung an den Adressaten selbst (oder einen Vertreter der bezeichneten Art) nur, wenn dieselbe einer zur Empfangnahme nicht legitimirten Person gegenüber abgegeben ist. Dagegen bedarf die Frage, wann eine Erklärung an einen Anwesenden, wann an einen Abwesenden erfolgt, allerdings der Beantwortung für den Fall des Vertragsantrages. Denn hier handelt es sich nicht nur darum, wann der Antrag in Wirksamkeit tritt (vgl. BGB. 145), sondern auch wann er beantwortet werden muß. Der einem Anwesenden gemachte Antrag, welchem gleichsteht der durch Fernsprecher von Person zu Person gemachte, kann nur sofort angenommen werden (147 Abs. 1). Der einem Abwesenden gemachte Antrag kann angenommen werden bis zu dem Zeitpunkte, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf (147 Abs. 2). Man hat für den Vertragsantrag unter Gegenwärtigem im Sinne des Art. 317 HGB. angenommen, daß gegenwärtig im Verhältniß zu einander Personen sind, welche unmittelbar mündlich miteinander verkehren können, wenn sie es auch thatächlich nicht thun. Dieß trifft auch für die Anwesenheit im Sinne des § 147 BGB. zu. Durch die Gleichstellung des von Person zu Person mittels Fernsprechers gemachten Antrages mit demjenigen unter Anwesenden wird dieß lediglich bestätigt. Gleichgültig ist, ob die Sitte den mündlichen Verkehr erlaubt. Muß mir jemand an unpassendem Orte einen Vertragsantrag zu, so ist es meine Sache

ob ich ihn sofort beantworten will; thue ich es aber nicht, so ist der Antragende an seinen Antrag nicht gebunden. Gleichgültig ist, ob der Antrag thatsächlich mündlich erfolgt. Auch bei persönlicher Uebergabe eines Schriftstücks z. B. geschieht der Antrag unter Anwesenden. Es können aber die Umstände darauf hinweisen, daß dieser Weg gewählt wurde zum Zeichen, daß sofortige Kenntnißnahme von dem Antrag und Beantwortung desselben nicht gewünscht werde. In diesem Falle ist eine Frist für die Antwort im Sinne des § 148 und zwar eine angemessene ertheilt. Auch daß die Verhandlung in Gegenwart der Parteien durch Mittelspersonen geführt wird, nimmt ihr nicht den Charakter der Verhandlung unter Anwesenden. Da es eine Vertretung sowohl in der Abgabe wie in der Empfangnahme der Erklärung gibt (164 Abs. 1. Abs. 3.) so ist ein Vertragsantrag unter Anwesenden auch dann als vorliegend anzusehen, wenn statt einer oder beider Parteien ein Vertreter anwesend oder am Fernsprecher ist, welcher nicht nur ermächtigt ist, die Erklärung seiner Partei abzugeben, sondern auch, dieselbe der Gegenpartei entgegenzunehmen. Weibes muß zusammentreffen; denn die Verpflichtung zu sofortiger Antwort kann nur dann eintreten, wenn der Vertreter des Antragenden auch legitimirt ist, die Antwort entgegenzunehmen, der Vertreter des andern Theils auch legitimirt, die Antwort zu ertheilen.]

3. Willenserklärung durch Andere*.

§ 73.

Die Erklärung des Willens kann, insofern die für das Rechtsgeschäft vorgeschriebene Form kein Hinderniß in den Weg legt, auch

* Rühlensbruch Cession § 5. 9—14 (3. Aufl. 1836). Savigny III § 113 (1840). Ruchstrat Arch. für die Praxis des Obdenb. R. I §. 10 fg. (1843). Derf. ACPr. XXX §. 340 fg. (1847). Wächter Württemb. Privat. II § 88 (1851). Buchka die Lehre von der Stellvertretung bei der Eingehung von Verträgen (1852); dazu Brinz krit. Blätter Nr. 2 (1852) und Dernburg Heidelb. krit. ZS. I §. 1 fg. (1853). Savigny Obligationenr. II § 54—56 (1853). v. Scheurl krit. Ueberschau I §. 315 fg. (1853). Ruchstrat über Savigny's Lehre von der Stellvertretung (1854). Vangerow III § 608 Ann. (1856). Kunze die Obligation z. §. 264—301 (1856). Jhering Jahrb. für Dogm. I §. 273 fg. (1857). Unger II § 90 (1857). v. Scheurl Jahrb. f. Dogm. II §. 1 fg. (1858). Jhering das. II §. 67 fg. (1858). Senteniz I §. 145—147. II § 102 (1860. 1861). Paband ZS. f. HR. X §. 183 fg. (1866). Brinz 1. Aufl. §. 366—373 (1871). 2. Aufl. IV (bes. v. Lotmar 1892) §§ 576 fg. v. Canstein Busch's Arch. f. HR. XXI §. 226 fg. (1871). Curtius ACPr. LVIII §. 69 fg. (1875). E. Zimmermann die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum Gestio (1876); darüber Ed. Gen. Viteraturzeit. 1877 §. 68 fg., Hellmann kr. WZS. XIX §. 349 fg., v. Canstein Grünh. ZS. III §. 670 fg. (1876), Karlowa das Geschäft und seine Wirkung §. 53 fg. (1877), Wächter Pand. I §. 407—420 (1880), Hellmann die Stellvertretung in Geschäften (1882), dazu Czypflarz Grünh. ZS. IX §. 776 fg., Baron krit. WZS. XXIV §. 40 fg., Mandry ACPr. LXVI §. 477 fg., Dernburg Pand. I 117—119 (1884 [5. Aufl. 1896]), Ritteis die Lehre von der Stellvertretung nach v. R. mit Berücksichtigung des österr. R. (1885), darüber Joll Grünh. ZS. XIV §. 231 fg. (1887), [Wendt

durch einen Andern erfolgen¹. Wenigstens ist dieß die Regel; eine Ausnahme findet namentlich beim Testamente statt.

Mit dem Gesagten ist gemeint, daß Jemand den Willen, welchen er hat, durch einen Andern erklären kann, daß ein Rechtsgeschäft nicht deswegen ungültig ist, weil Wille und Erklärung auf verschiedene Personen auseinandergehen. Es entsteht aber die Frage, ob ein Rechtsgeschäft durch die Mitwirkung eines Dritten gültig auch in der Weise zu Stande kommen kann, daß die in dem Rechtsgeschäft abgegebene Erklärung den eigenen Willen des Erklärenden zum Ausdruck bringt, mit der hinzugefügten Bestimmung, daß das Rechtsgeschäft nicht als von dem Erklärenden, sondern als von einem Andern abgeschlossen rechtlich in Betracht kommen solle². Diese Frage hat das römische

- ✓ § 47—49 (1888), F. Frese die gemeinsliche Lehre von der beauftragten Vermögensverwaltung und Willensvertretung (1889) S. 1—129, [[Tartufari della rappresentanza nella conclusione dei contratti. Arch. giur. [XLIII p. 61 sg.] XLIV p. 67 sg. [XLV p. 421 sg.] XLVII p. 106 sg. (1890. 91)]] [in erweiterter Gestalt als Buch unter gleichem Titel (1892) (hiernach ist im Folgenden citirt), dazu Schap's ZS. f. H.R. XLIII S. 422 fg.; Hölder § 57 (1891),
- ✓ Dolinski Haftung des Contrahenten für seine Gehülfen bei der Abschließung von obligatorischen Verträgen nach österr. u. gem. R. 1893, Regelsberger I §§ 159—164 (1893), Gierke I § 33, V (1895), Penel Stellvertretung und Vollmacht Jahrb. f. Dogm. XXXVI S. 1 fg. (1896)]. Vgl. auch Gareis Verträge zu Gunsten Dritter S. 1 fg. (1879).
- § 73. ¹ L. 2 § 2 D. 44, 7, l. 14 § 3. l. 15 D. 13, 5. Ueber den Unterschied zwischen dem „Boten (nuntius)“ und dem „Stellvertreter“ (²) f. Föhring I S. 274 fg., Bähr Jahrb. f. Dogm. VI S. 295, 299, Paband a. a. D. S. 189—193, Buchta und Budde Entscheidungen des OAG. zu Postod V Nr. 39, Platner ACPr. L. S. 299 fg., Schliemann ZS. f. H.R. XVI S. 1 fg., (dazu Schott der obligatorische Vertrag unter Abwesenden S. 70 fg.), Curtius a. a. D. S. 72 fg., Zimmermann a. a. D. S. 16 fg., Karlowa a. a. D. S. 53², Hellmann S. 5 fg., Leonhard Frithum S. 161 fg., [Anfechtbar. der Verträge f. d. Vermögen c. Dritten S. 10 fg.], Regelsberger in Endemann's Handb. des Handelsr. II S. 396 fg. [Pand. I § 159, II § 160], Mitteis S. 128 fg., Zoll a. a. D. S. 225 fg., [[Hölder S. [296] 298]]. [Dernburg I § 117 zu ³ fg., Wendt § 47 S. 118, Brinz-Votmar IV § 578¹⁰ fa, Tartufari p. 17 vgl. p. 14 sg., Dolinski S. 14 fg. Beizutreten ist m. E. der Ansicht, welche, wenn auch in verschiedenen Wendungen, von Dernburg, Wendt, Hölder, Tartufari vertreten wird, daß der echte Stellvertreter in irgend einer rechtlich erheblichen Beziehung den Entschluß zu dem Geschäfte selbst faßt; wer die Willenserklärung mit genau demselben Inhalt wiedergibt, wie der Vertretene sie auftrug, ist nur Bote, anders nur (Hölder) wenn er eine rlich erhebliche Form hinzuzuhut.] S. auch ¹⁶ z. A.

² Man drückt diese Frage gewöhnlich so aus: ist bei Rechtsgeschäften Stellvertretung zulässig? Dieser Ausdruck der Frage beruht auf der Auffassung, daß es keine Stellvertretung sei, wenn Jemand als Organ der Äußerung eines fremden Willens auftritt. Wir scheint diese Auffassung dem Sprachgebrauch nicht zu

Recht im Principe verneint³, indem es den Ausweg eröffnet, daß der Vertreter die Handlung in eigenem Namen und zunächst mit Wirkung für sich selbst vornehme, hinterher aber die für ihn entstandenen Rechte und Verbindlichkeiten auf den Principal übertrage⁴, wobei es unter

entsprechen, und ich unterscheide daher zwischen Stellvertretung im Willen und Stellvertretung in der Erklärung. [[Dagegen Hölder S. 298.]] Andere nehmen Stellvertretung auch in dem Fall an, wo Jemand, welcher die Geschäfte eines Andern führt, in Folge und auf Grund dieser Geschäftsführung ein Rechtsgeschäft abschließt, ohne im Geschäfte selbst als Stellvertreter hervorzutreten, also auf eigenen Namen und für sich, sich vorbehaltend, die dadurch erzeugten Wirkungen später auf den Principal zu übertragen (s. das im Text sogleich Folgende), s. g. indirecte, mittelbare oder unvollkommene Stellvertretung. [Dernburg I § 117, 2. Wendt § 47 S. 118 fg. — Für die Ausschließung der sog. indirecten Stellvertretung aus dem Begriff der Stellvertretung: Regelsberger I § 161, Brinz-Potmar IV § 578, 2. Tartufari p. 6 sg. 59 sg. Zu beachten ist, daß der s. g. indirecte Stellvertreter nicht nothwendig verschweigen muß, daß er fremde Interessen vertritt. Er kann dieß ausdecken ohne damit nothwendig zum Handeln in fremdem Namen zu gelangen, vgl. ¹²]. Auch den Erwerb und die Verpflichtung der Gewalthaber durch die ihrer Gewalt Unterworfenen hat man in den Begriff der Stellvertretung hineingezogen, obgleich hier der Handelnde nicht, oder nicht nothwendig, die Absicht hat, eine Wirkung für einen Andern hervorzubringen. Die früher in der Lehre von der Stellvertretung herrschende Verwirrung ist dadurch nur gesteigert worden. Vgl. ⁶⁻⁹, übrigens auch Mandry das gem. Familiengüter. I S. 132 fg. [Brinz-Potmar IV § 577 ⁸⁻¹⁰; gegen jene Einbeziehung auch Dernburg I § 118 Abf. 2.] — Um die Reinigung des Begriffs der Stellvertretung haben sich namentlich verdient gemacht Brinz; Scheurl, Fhering, Zimmermann an den oben genannten Orten. Vgl. auch Problowski röm. Privatr. II S. 292—299, Mitteis S. 1 fg.

³ L. 6 C. 4, 50. „Si . . . ab initio negotium uxoris gerens comparasti nomine ipsius, cum actionem nec illi nec tibi adquisisti, dum tibi non vis nec illi potes“. [Dernburg I § 118 S. 280, Wendt § 47 S. 119. 120 fg., Hölder § 57 Anm. 2, Regelsberger I § 162, I, Brinz-Potmar IV § 579. 580.] Gegen den im Text aufgestellten Satz haben sich neuerdings ausgesprochen Schloßmann der Besitzerwerb durch Dritte S. 78 und Hellmann a. a. O., jener ohne näherer Ausführung, dieser (s. namentlich S. 39 fg.) mit einer Beweisführung, die, obgleich sie Beachtung verdient, doch nicht geeignet erscheint, die Ueberzeugung von der Unrichtigkeit der herrschenden Meinung zu begründen. I. 6 cit. erklärt Hellmann aus dem Mangel einer Vollmacht. Vgl. auch die bei * genannten Anzeigen der Hellmann'schen Schrift von Czylharz, Baron und Mandry, Mitteis S. 32 fg. [[Gegen Hellmann: Hölder S. 300.]] — Ueber Versuche den römischen Satz zu erklären s. Mitteis S. 9 fg. Ueber die Schrift von M. Rümelin, Zur Geschichte der Stellvertretung im röm. Civilproceß, Freiburg 1886 vgl. Eisele fr. ZJS. XXVIII S. 529 fg. [Vgl. noch Tartufari p. 10 sg.]

⁴ Es ist klar, daß ein anderer Ausweg noch näher gelegen haben würde, der, daß der Vertreter zwar in eigenem Namen handelte, aber mit der Bestimmung, daß seine Handlung nicht für ihn, sondern für den Andern, den er vertreten wollte, Wirkung haben solle. Aber diesem Auswege stellte sich ein anderes Princip des r. R. entgegen, wonach nur diejenige Willenserklärung (unter Lebenden) anerkannt

Umständen in der Weise zur Hülfe kommt, daß es den Uebertragungsact für überflüssig erklärt und auch ohne denselben die Rechte und Verbindlichkeiten als übergegangen annimmt⁵. Das römische Recht ist aber nicht im Stande gewesen, das aufgestellte Princip ohne Ausnahmen durchzuführen. Eine solche Ausnahme liegt zwar nicht in dem Erwerbe der Gewalthaber durch die Rechtsgeschäfte der Gewaltunterworfenen⁶; hier wird das bezeichnete Princip durch ein anderes Princip durchbrochen, kraft dessen die Erwerbshandlungen der Gewaltunterworfenen nach rechtlicher Nothwendigkeit, also auch wenn die Gewaltunterworfenen es nicht wollen, als Handlungen der Gewalthaber gelten⁷. Eine solche Ausnahme liegt auch nicht in der unter Umständen eintretenden Verpflichtung der Gewalthaber durch die Rechtsgeschäfte der Gewaltunterworfenen⁸; auch hier handelt es sich nicht um Handlungen, welche als Handlungen eines Andern gelten wollen, sondern um Handlungen, welche Jemand in eigenem Namen vornimmt, denen aber das Recht außer für ihn auch Wirkungen für einen Andern beilegt⁹. Eine solche Ausnahme liegt aber namentlich¹⁰ in der zugelassenen Möglichkeit des Erwerbes des Besitzes, und dadurch des Eigenthums für einen Andern¹¹, so wie darin, daß für einen Andern

wird, welche auf die Erzeugung von römischen Wirkungen für die eigene Person des Erklärenden gerichtet ist. L. 1 C. 4, 27. „*Excepta possessionis causa per liberam personam, quae alterius iuri non est subdita, nihil acquiri posse, indubitati iuris est. Si igitur procurator non sibi, sed ei, cuius negotia administrabat, redintegratae rei vindicationem pactus est, idque pactum otiam stipulatio insecuta est, nulla domino obligatio acquisita est*“. L. 11 D. 44, 7, § 5 I. 2, 9. Freilich ist auch dieses Princip so wenig wie das andere ausnahmslos durchgeführt worden. §. II § 316, 2. Zu l. 1 cit. vgl. Schloßmann Jahrb. f. Dogm. XXV S. 382 fg.

⁵ Vgl. II § 313², II § 442², II § 482.

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

⁷ § 4 i. f. § 13 I. 3, 19; vgl. l. 79 D. 29, 2. Doch ist dem Gewaltunterworfenen, welcher dem Re Mehrerer unterworfen ist, nach gewissen Grundsätzen gestattet, durch seinen Willen den Erwerb auf eine Person zu lenken, welcher er nach der Regel nicht oder nicht allein zufallen würde. Vgl. l. 5. 22. 32. 39 D. 45, 3 und Bekker Jahrb. f. Dogm. XII S. 34².

⁸ Gai. IV. 69—74. tit. I. 4, 7.

⁹ §. II § 482—484.

¹⁰ Ueber einen andern wichtigen hierher gehörigen Fall s. II § 313². [Vgl. ferner Dernburg I § 118 zu ⁸⁻¹¹.]

¹¹ Auch diese Möglichkeit ist erst allmählig anerkannt worden, vgl. l. 41 D. 41, 3 mit l. 1 C. 7, 32. Was den Eigenthumserwerb angeht, s. § 5 I. 2, 9, l. 20 § 2 D. 41, 1. — Zunächst lag doch in der Zulassung des Besitzerwerbes durch einen freien Vertreter keine Ausnahme von dem aufgestellten Princip. Denn

unter Umständen ein Pfandrecht erworben¹² und eine Erbschaft angetreten werden kann¹³. Trotz dieser Ausnahmen^{13a} hat das Princip selbst im Justinianischen Rechte noch seine volle Geltung behalten¹⁴.

derjenige, welcher für einen Andern mit dem Willen desselben Besitz ergreift, vertritt denselben nicht in einer Willenserklärung, sondern in dem factischen Haben der Sache; er ist Organ nicht des Willens des Andern, sondern seiner factischen Beherrschung der Sache. (Allerdings bringt der Vertreter in der Besitzergreifung auch einen eigenen Willen zum Ausdruck; aber dieser Wille ist nur Moment der thatsächlichen Herrschaft des Vertretenen, dieser hat die thatsächliche Herrschaft über die Sache bewirkt, weil der Vertreter die Sache zu seiner Verfügung haben will, nicht aber wird der Besitzwille des Vertreters dem Vertretenen als sein Wille angerechnet. Mißverständlich Häuser Stellvertretung im Besitze S. 15⁹ und die daselbst Citirten. Vgl. auch Brinz 1. Aufl. S. 1596 fg. 1605 fg.). Ebenso läßt sich sagen, daß auch bei dem an den Besitz angeknüpften Eigentumserwerb der Vertreter, welcher zu dem, was er thut, speciell beauftragt worden ist, nicht seinen eigenen Willen im Namen des Andern erklärt, sondern nur Träger und Ueberbringer des fremden Willens ist. Aber weder die eine noch die andere Auffassung ist da möglich, wo der Auftrag des Vertretenen so allgemein ist, daß der Vertreter in der Besitzergreifung und dem Eigentumserwerb seinen eigenen Entschluß ausführt, oder wo der Vertretene willenlos, Kind, wahnsinnig, juristische Person u. dgl. In diesen Fällen wird in der That eine Erklärung des Willens des Vertreters als Willenserklärung des Vertretenen rüch angesehen. Vgl. § 155¹⁰. Und auch abgesehen von diesen Fällen ist dem r. R. die Auffassung nicht fremd, daß der entscheidende Besitzwille der des Vertreters, und nicht der des Vertretenen sei. S. § 157¹. [Hiegegen] [[Karlowa r. Rgesch. II. S. 338¹]]

¹² Nach Justinian's Bestimmung in l. 3 [2] C. 4, 27. Nach dieser Stelle ist l. 11 § 6 D. 13, 7 interpolirt („plerumque“, „semper“). Auch l. 21 pr. D. 20, 1 hält man für interpolirt; vgl. aber auch Rudorff JS. f. gesch. RW. XIII S. 214, Dernburg Pfandr. I S. 204, v. Scheurl Kr. BS. II S. 444, Schmid Erffion I S. 426 fg., Unger Jahrb. f. Dogm. X S. 6², Zimmermann a. a. D. S. 312 fg., Hellmann S. 58, Mitteis S. 75.

¹³ Namentlich bei der *honorum possessio*. Man versteckte sich hier hinter den Namen, um dem Bedürfnis des Lebens gerecht werden zu können. Das Nähere im Erbr. (III § 596¹¹). — S. auch l. 22 D. 41, 2.

^{13a} Mitteis S. 71 fg. macht noch auf l. 5 § 18 D. 14, 3 und l. 1 § 9 D. 15, 4 aufmerksam, und sieht in den Entscheidungen dieser Stelle einen Zug des prätorischen R. Ich bin eher geneigt, sie darauf zurückzuführen, daß die verpflichtende Handlung als eine Handlung mehr factischer Natur aufgefaßt wurde. L. 5 § 9 D. 13, 5 handelt von einer Willenserklärung zu Gunsten eines Dritten.

¹⁴ Nach einer namentlich von Savigny (s. besonders *Obligationenr.* II S. 42 fg.) vertretenen Ansicht steht die Sache im Justinianischen R. so, daß bei allem naturalen Erwerb (welchen Savigny mit dem formlosen identificirt) Stellvertretung (in dem hier in Betracht kommenden Sinne) zugelassen sei, nicht aber bei dem civilen. Diese Ansicht wird gestützt auf l. 53 D. 41, 1. „*Ea quae civiliter adquiruntur per eos qui in potestate nostra sunt adquirimus, veluti stipulationem, quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere acquiritur*“. Nach meiner Meinung ist aber in dieser Stelle nicht von dem Gegensatz zwischen *ius civile* und *ius naturale*, sondern von dem Gegensatz zwischen R. und Thatsache die Rede; der Erwerb des

Dagegen gilt es im heutigen Recht nicht mehr; es ist durch Gewohnheitsrecht beseitigt. Für das heutige Recht bildet es umgekehrt die Regel ^{14a}, daß Rechtsgeschäfte durch einen Andern auch in der Weise abgeschlossen werden können, daß dieser Andere seinen eigenen Willen erklärt.

[Das **§§**. spricht von Vertretung (164 fg.) in dem Falle, daß Jemand eine Willenserklärung im Namen eines Andern abgibt (164). Der Fall der Uebermittlung der Willenserklärung des Andern ist auch nach **BGB**. davon zu trennen (vgl. 120. 127). Wie diese Trennung vorzunehmen ist, hat das **BGB**. nicht gesagt; es wird ebenso wie im bisherigen Recht (!) geschehen müssen. Die f. g. indirecte Stellvertretung ist im **BGB**. zur Vertretung nicht gerechnet (vgl. ?). Die Vertretung ist nach dem **BGB**. regelmäßig zulässig; für einzelne besonders wichtige Erklärungen dagegen ausgeschlossen (1907. 1886 Abs. 1. 1858 Abs. 3. 1516 Abs. 2. 1595 Abs. 1. 2064. 2274). Damit ist nicht gesagt, daß in den gleichen Fällen auch die Uebermittlung der Erklärung durch Dritte ausgeschlossen wäre. Vielmehr kann z. B. die elterliche Einwilligung zur Eheschließung (1907) anstandslos durch Brief, Telegramm, mündliche Botschaft ausgerichtet werden. Das Dazwischentreten eines Uebermittlers ist aber von selbst ausgeschlossen, wenn wie bei dem Testament, die Construction des Rechtsacts eine Uebermittlung nicht kennt (2231), oder die Form im Wege steht (2276).]

Sobald Jemand seinen Willen erklärt mit der hinzugefügten (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Erklärung, daß er im Namen eines Andern handele ¹⁵, hat seine Willenserklärung, vorausgesetzt,

Bestandes für einen Andern ist Begründung einer Thatsache für denselben, nicht Begründung eines R. Vgl. ¹¹ und § 148 ¹². Diese Erklärung ist auch schon von Andern aufgestellt worden, s. Mühlenbruch Cession S. 44 ¹¹, Ruffstrat a. a. O. (1854) S. 36, Wächter Württemb. Privatr. II S. 677. [Dernburg I § 117 ¹².] Puchta (Inst. II § 203. n. Vorles. zu Pand. § 52), welcher sich ebenfalls gegen Savigny erklärt hat, beseitigt die Stelle auf eine sehr willkürliche und doch nicht genügende Weise. [Gegen Savigny auch Regelsberger I § 162 ², Brinz-Potmar IV § 579 ²⁰.]

[^{14a} Ausnahmen vgl. Regelsberger I § 162, II. Brinz-Potmar IV § 581 ².]

¹⁵ Ob er aber dann sagt, z. B. ich kaufe im Namen meines Principals, oder ich kaufe für meinen Principal, oder einfach ich kaufe, ist gleichgültig. Indem er sich bei dem Abschluß des Geschäfts als Vertreter zu erkennen gibt, hat er hinlänglich an den Tag gelegt, daß er seine Willenserklärung rich nicht als die seinige, sondern als die des Principals angesehen wissen will. Ruffstrat a. a. O. (1854) S. 45—50, Laband a. a. O. S. 214—217, Brinz 1. Aufl. S. 1613. 1625—1626, Thöl Handelsr. 6. Aufl. I S. 210, Mitteis S. 145 fg. Cf. XXVI. 8. 63, XXVII. 125, XXXII. 10, XXXIII. 284, XLIII. 260 (RG.). Unterzeichnung des Vertrags mit dem Namen des Principals: Cf. XXVII. 26. [Dernburg I § 117 zu ⁷, § 119 zu ⁴, Wendt § 48, 2, Hölder § 57 S. 296, Brinz-Potmar IV § 581, 4. Tartufari p. 356 sg. Es wird in verschiedener Fassung gelenuet, daß Handeln im Namen des Vertretenen allgemeines Erforderniß

daß er die Grenzen seiner Vertretungsbefugniß (§ 74) nicht überschritten hat, für ihn gar keine Wirkung^{15a}, für denjenigen aber, für welchen er handelt, die gleiche, als hätte dieser selbst gehandelt¹⁶. Das

der directen Stellvertretung sei. Wendt a. a. O., Hölder a. a. O., Lenel Jahrb. f. Dogm. XXXVI S. 1 fg. Wendt läßt dieses Erforderniß im Wesentlichen nur bei obligatorischen Geschäften gelten, Hölder nur bei Willenserklärungen (im Gegensatz zu Willensäußerungen anderer Art, und auch bei jenen dann nicht, wenn es für den Empfänger der Erklärung gleichgültig ist, daß sie in fremdem Namen erfolgt. Dem tritt Lenel bei mit der gewiß zutreffenden Bemerkung, daß es nicht auf das Interesse des Erklärungsempfängers im Einzelfalle, sondern auf das bei Erklärungen der fraglichen Art typische Interesse ankomme. V. sieht aber ein derartiges Interesse an Aufklärung der Frage, ob im eigenen oder fremden Namen gehandelt werde, bei allen Willenserklärungen als gegeben an, nur nicht in dem Falle, wo über fremde Sachen oder Immaterialgüter Veräußerungsverfügungen als über eigene getroffen werden. V. nimmt nämlich an, daß, wenn Jemand fremde Güter als fremde veräußert, dieß mit Veräußerung in fremdem Namen identisch sei, während, wenn er sie als eigene veräußere, dabei Vertretungsabsicht obwalten könne, ohne daß doch in fremdem Namen gehandelt werde. Es gehe z. B. Eigenthum über, wenn der Veräußerer nur mit Ermächtigung des Eigenthümers gehandelt habe, ohne daß dieß Verhältniß irgendwie verlautbart werde. Es ist aber m. E. die Veräußerung einer Sache, die man als fremde zu erkennen gibt, keineswegs nothwendig Veräußerung im fremden Namen. Oder sollte es richtig sein, daß der Pfandgläubiger stets in fremdem Namen veräußert? W. E. handelt der Veräußerer einer fremden Sache, die er als solche declarirt, nur dann in fremdem Namen, wenn er den Willen erklärt, daß auch die obligatorischen Wirkungen der Veräußerung in der Person des Dritten eintreten sollen; dagegen in eigenem Namen, wenn er die obligatorischen Wirkungen auf sich nimmt. Umgekehrt kann man eine Sache, die man als eigene declarirt, doch in fremdem Namen veräußern. W. E. trifft Wendt das Richtige; das erklärte Handeln in eigenem oder fremdem Namen berührt nur die obligatorischen Wirkungen des Geschäfts, während die Veräußerung eines dinglichen Rechts, wie der Erwerb eines solchen für einen Andern möglich ist, ohne daß derselbe bei dem Geschäfte genannt wird.]

^{15a} Vgl. jedoch S. XIX. 231. Dazu Mitteis S. 176 fg.

¹⁶ Das Gewohnheitsr., auf welches dieser Satz im Texte gegründet worden ist, wird bewiesen durch die Ausführungen bei Buchka S. 121 fg. 158 fg. und einen Blick auf das heutige Verkehrsleben. S. auch S. V. 13, VI. 33, VIII. 255, XI. 149, XIII. 93. 313, XV. 111, XVII. 240, XXIII. 126. Vgl. c. 68. 72 in VI^o 5, 13, c. 24 X. 3, 5, c. 2 in VI^o 5, 15. Es hat gesetzlichen Ausdruck gefunden in § 52 (II § 313⁴). 298. 230. 241. [Dernburg I § 119², Regelsberger I § 162 S. 592.] Nicht beizutreten ist der Art und Weise, wie Savigny (Obligationenr. II § 56. 57) den bezeichneten Satz aus dem r. R. selbst herzuleiten versucht hat. Savigny beruft sich auf l. 53 D. 41, 1, nach welcher im Justinianischen R. die Stellvertretung nur noch bei der heutzutage unpraktischen Stipulation ausgeschlossen sei — s. darüber¹⁴ —, sowie auf die bereits im r. R. zugelassene Abschließung eines Geschäfts durch Boten (nuntii), indem er den Begriff des Boten auf alle Fälle des Handelns im Namen eines Dritten ausdehnt; gegen das Letztere ist, (abgesehen von Anderem, vgl. Thöl Handelsr. 6. Aufl. I S. 238—240) die Bemerkung genügend, daß der Principal auch

Verhältniß ist näher so zu denken^{16a}, daß die Willenserklärung des Vertreters diejenigen rechtlichen Wirkungen erzeugt, welche eingetreten sein würden, wenn eine Willenserklärung gleicher Art von dem Vertretenen wäre abgegeben worden. Von der anderen Seite ist das, was thatsächlich vorliegt, und woraus das Recht Wirkungen hervorgehen läßt, immerhin eine Willenserklärung des Vertreters^{16b}. Daher

willensunfähig sein kann. — Es wird aber der im Texte aufgestellte Satz nicht von allen Schriftstellern anerkannt, und namentlich für obligatorische Geschäfte von Vielen behauptet, [i. dagegen auch Regelsberger I § 159, V, 3] daß durch dieselben auch heutzutage noch zunächst und unmittelbar der Vertreter berechtigt und verpflichtet werde, s. Puchta § 52. 273 und dazu Borles., Bangerow III S. 314—316 (7. Aufl. S. 293—295), Kunze a. a. O., v. Scheurl Jahrb. f. Dogm. II S. 27, Bähr Jahrb. f. Dogm. VI S. 288 [ACPr. LXVII S. 189. 190], Baun *PractRW. N. F.* I S. 32—50, *Jhöl Handelsr.* I § 70. 75 (abgesehen von dem Gebiete des Handelsr.). Vgl. II § 313⁴. Auch Mitteis S. 84 fg. Frese a. a. O. (Note * a. O.). — Ueber die Stellvertretung im Prozeß s. *PRD* § 81. 85 Abf. 2. 86 Abf. 2 und vgl. *Wach Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts* I S. 559 fg.

^{16a} Vgl. hierzu und zum Folgenden Buchka a. a. O. S. 237 fg., Dernburg a. a. O. S. 17 fg. und *Preuß. Privatr.* I S. 214. *Pand.* I S. 268, Hermann *SE. f. GR. und Pr. N. F.* VII S. 269—275, Kunze a. a. O. S. 285, Sintonis I S. 147. II S. 363. 370, *Unger Jahrb. f. Dogm.* X S. 4 fg., *Paband a. a. O.* S. 224—229, *Brinz Lehrb.* 1. Aufl. S. 1611 fg. [Brinz-Potmar IV § 577⁷], v. Canstein a. a. O. in *Busch's Arch.*, *Jhöl Handelsr.* 6. Aufl. I § 69. 70, Curtius a. a. O. S. 86 fg., Zimmermann a. a. O. S. 37 fg., *Karlowa a. a. O.* S. 54 fg., *Hasenöhrl österr. Obligationen.* I S. 383 fg., Hellmann S. 1 fg. 145 fg., Leonhard der *Irthum bei wichtigen Verträgen* S. 493 fg., Mitteis S. 78 fg. *Wach a. a. O.* (10 a. O.) S. 563—566. [*Hölder* § 57 Num. 1, *Regelsberger* I § 159, V, *Tartufari cap. XI.*]

^{16b} Die Aufgabe, welche das Institut der Stellvertretung (im Willen) verfolgt, ist die, einer Person möglich zu machen, durch eine fremde Handlung eine eigene Handlung vornehmen, durch eine fremde Willenserklärung eine eigene Willenserklärung abgeben zu können. In welcher Weise ist diese Aufgabe zu lösen? nicht in der Weise, daß gesagt wird: die Willenserklärung des Vertreters sei die Willenserklärung des Vertretenen, die Willenserklärung des A ist eben die Willenserklärung des A, und nicht die des B. Aber auch nicht in der Weise, daß man sagt, wie ich das in früheren Aufträgen gethan habe (dagegen mit Recht *Karlowa*), die Willenserklärung des Vertreters werde für die rliche Behandlung als die Willenserklärung des Vertretenen gedacht. Die Handlung des A kann so wenig als die Handlung des B gedacht werden, wie sie die Handlung des B ist; indem ich die Willenserklärung des A denke, denke ich eben die Willenserklärung des A, und die keines Andern. Man muß also sagen, daß als Willenserklärung des Vertretenen gedacht (singt, § 67 a. O.) werde nicht die Willenserklärung des Vertreters, sondern eine Willenserklärung wie die des Vertreters, nur nicht bloß eine Willenserklärung gleichen Inhalts, sondern eine Willenserklärung mit allen den Besonderheiten, welche dieselbe aus dem Zustande des Innern des Vertreters empfängt, ein Stück Seelenleben von gleicher Beschaffenheit, wie dasjenige,

kommt für den Vertretenen ein Rechtsgeschäft nicht zu Stande, wenn

welches sich in dem Vertreter vollzog, als er die Willenserklärung abgab. — Die Ansichten sind sehr verschieden. Andere Auffassungen sind folgende. 1) Es wird bei der Stellvertretung eine Willenserklärung des Vertretenen nicht gedacht, sondern sie ist thatsächlich vorhanden. Der Vollmachtgeber erklärt kraft der von ihm dem Bevollmächtigten erteilten Vollmacht durch den Bevollmächtigten seinen Willen. Es bedarf keiner Bemerkung, daß diese Auffassung, von Anderem abgesehen, den Fällen, wo die Vertretungsbefugniß nicht auf einer von dem Vertretenen erteilten Vollmacht beruht, nicht gerecht wird. Im Besonderen tritt diese Auffassung noch in verschiedener Gestalt auf. a) Es ist nichts vorhanden, als eine Willenserklärung des Vollmachtgebers (Savigny, Kuhlstrat, Scheurl, Dernburg [vgl. unten], Hellmann, v. Canstein). Der Bevollmächtigte ist das „Organ“ des Vollmachtgebers, „wie der römische Nuntius“. b) Es ist vorhanden eine Willenserklärung des Vollmachtgebers, aber auch eine Willenserklärung des Bevollmächtigten (Thöl). Und zwar ist die Willenserklärung des Bevollmächtigten das Princi und die Grundlage der Willenserklärung des Vollmachtgebers, diese entsteht aus jener (§. 222), der Bevollmächtigte erzeugt dem Vollmachtgeber seinen Willen (§. 231). 2) Nach einer andern Ansicht wird bei der Stellvertretung eine Willenserklärung des Vertretenen so wenig gedacht, wie sie thatsächlich vorhanden ist. Sondern das Verhältniß ist das, daß die Willenserklärung des Vertreters Wirkung nicht für ihn, sondern für den Vertretenen hat. So Jhering Geist des r. R. III § 53 nach ²²⁴: „Trennung der Ursache und Wirkung beim Rechtsgeschäft“. Ebenso Wendt in Endemann's Handb. des Handelsr. I S. 277, Pandekten § 47 [§ 48 S. 123]. Diese Auffassung wird der Intention der Parteien nicht gerecht, und geräth in unlösliche Schwierigkeiten bei der Bestimmung der Grenze zwischen dem durch einen Stellvertreter abgeschlossenen Vertrag und dem Vertrag zu Gunsten eines Dritten. 3) Im Wesentlichen die gleiche Ansicht bei Karlowa. Denn wenn dieser Schriftsteller das Wesen der Stellvertretung darin sieht, daß der von dem Vertreter vorgenommene Errichtungsact das Rechtsgeschäft in der Person des Vertretenen zur „Existenz“ bringe, so versteht er unter Existenz des Rechtsgeschäfts zwar nicht die von dem Rechtsgeschäft beabsichtigten rlichen Wirkungen, aber doch eine von dem Rechtsgeschäft ausgehende Wirkung, die Grundlage und Ursache jener Wirkungen. Vgl. § 82². 4) Gegen die Zuhilfenahme einer Fiction erklärt sich auch Zimmermann. Er stellt die Formel auf, der Stellvertreter handele in der erkennbaren Absicht, das Selbsthandeln eines Andern zu ersetzen. [So auch Hegelsberger I § 159, II. VI. § 160.] Aber was heißt das anders, als daß der Stellvertreter will, daß sein Handeln als das Handeln des Vertretenen rlich in Betracht kommen, also für die rliche Behandlung als das Handeln des Vertretenen gedacht werden solle? 5) Wenn jetzt Mittels §. 109 fg. lehrt, das Rechtsgeschäft komme zu Stande auch durch den Willen des Vertretenen und nicht allein durch den Willen des Vertreters, so ist das gewiß nicht richtig für den Fall der gesetzlichen Stellvertretung, unzweifelhaft richtig für den Fall der auf dem Willen des Vertretenen beruhenden, aber doch auch für diesen Fall nur in dem Sinne, daß der Grund, weshalb dem Vertretenen ein fremder Wille von der Rordnung als sein Wille angerechnet wird, eben sein Wille ist. Gut ist die Bemerkung Mittels', daß die Erklärung des Vertreters möglicherweise einen Willensinhalt zum Ausdruck bringen kann, welcher mit dem Inhalt des Willens des Vertretenen ganz oder theilweise zusammenfällt (Specialvollmacht). [Dernburg hat verschiedene Formulierungen gegeben und betont jetzt (§ 117 zu ⁹⁻¹¹) mit Mittels, daß das Geschäft durch das Zusammenwirken des Vertreters und des Vertretenen erzeugt wird.]

der Vertreter das als gewollt Erklärte nicht gewollt hat¹⁷, und ebenso ist bei der ferneren Beurtheilung der Gültigkeit und Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts, so weit dabei Regeln in Betracht kommen, die einen gewissen Zustand des Inneren des Urhebers des Rechtsgeschäfts zur Voraussetzung haben, zu fragen, ob dieser Zustand bei dem Vertreter vorhanden war oder nicht¹⁸. In allen anderen Beziehungen kommt es für die Gültigkeit und Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts auf die Person des Vertreters nicht an. Im Besonderen ist das Rechtsgeschäft nicht deswegen für den Vertretenen ungültig, weil der Vertreter handlungsunfähig war¹⁹. Ist für den Vertreter eine Form vorgeschrieben, nicht für den Vertretenen, so bedarf das Rechtsgeschäft einer Form nicht²⁰. — Beruht die Vertretungsbefugniß des Ver-

¹⁷ S. aber auch ²¹. [Vgl. Regelsberger I § 159, IV, 4, Brinz-Potmar IV § 581, 2.]

¹⁸ Die üblichen Ansprüche sind nicht begründet, wenn der Vertreter den Fehler der gekauften Sache gekannt hat. Der Vertretene wird nicht nach Art. 306 des HGB. Eigenthümer, wenn der Vertreter gewußt hat, daß der Veräußerer nicht Eigenthümer ist. Der Vertretene haftet, wenn der Vertreter beim Verkauf eine Fehler der verkauften Sache arglistigertweise verschwiegen hat. Der Vertretene haftet nicht, wenn der Vertreter zu der Willenserklärung durch Zwang oder Betrug bestimmt worden ist. Vgl. I. 51 D. 21, 1, I. 16 § 3 D. 40, 12, I. 30 § 7 D. 29, 2, I. 4 § 17 D. 44, 4. Budde Entsch. des OAG. zu Kofstod VII Nr. 12. Cf. XXV. 93. 119, XXVII. 126, XXX. 25, XXXII. 227. [Dernburg I § 119¹⁰, Wendt § 48 zu¹, Hölder S. 297 fg., Regelsberger I § 159, IV, 5, Brinz-Potmar IV § 581²⁰, Dunthase ACPr. LXXVII S. 109 fg. bef. S. 117. Die Ansicht Windscheids, wonach es auf das Wissen oder Nichtwissen des Vertreters ankommt, modifizirt sich durch das unten ²¹ unter b Gesagte dahin, daß die Unkenntniß des Vertreters dem Vertretenen nicht zu statten kommt, wenn in einem Punkte, in welchem der Bevollmächtigte conform der Instruction des Vertretenen handelte, dieser die Sachlage kannte. In dieser Form ist der Ansicht Windscheids beizutreten, wie auch das BGB. ihr beigetreten ist.]

✓ Alienatio in fraudem creditorum an einen Vertreter: Otto die Anfechtung von Abhandlungen, welche ein Schuldner . . . zum Nachtheil seiner Gläubiger vornimmt, Leipzig 1881, S. 109 fg. [Ueber die Kenntniß des Gerichtsvollziehers von der Zahlungseinstellung des Schuldners oder von dem Eröffnungsantrage in ihrem Einfluß auf die Anfechtbarkeit nach § 23 der RRG. handelt Dunthase a. a. D. S. 100 fg.]

¹⁹ Vgl. I. 7 § 2 D. de inst. act. 14, 3. Anders wenn der Vertreter wahnsinnig oder ein Kind war, weil das Recht die Erklärungen dieser Personen als die Erklärungen eines Willens nicht ansieht. Was jedoch nicht ausschließt, daß der Vertretene sich auch eine solche Erklärung als die Erklärung seines Willens durch Vollmacht oder durch Genehmigung aneignen kann. Die Ansichten sind verschieden. Hellmann S. 145 fg., Mitteis S. 266 fg., [Dernburg I § 119⁴, Wendt § 48 z. A., Hölder S. 297. 298 fg., Regelsberger I § 159, IV, 1, Brinz-Potmar IV § 581, 1.]

²⁰ [Brinz-Potmar IV § 581²⁴.] Mitteis S. 268 macht wohl mit Recht

reters auf einer Willenserklärung des Vertretenen (§ 74), so muß, damit ein Rechtsgeschäft für den Vertretenen zu Stande komme, auch diese Willenserklärung die Erfordernisse einer gültigen Willenserklärung an sich tragen. Besondere Regeln ergeben sich, wenn diese Willenserklärung auf den speciellen Inhalt der von dem Vertreter abzugehenden oder abgegebenen Erklärung gerichtet ist²¹. [Die Frage, ob Jemand mit sich selbst als Vertreter eines Andern einen Vertrag schließen oder sonst verhandeln kann, ist § 388¹⁴ behandelt.]

[Das **§ 73** erklärt es hinsichtlich der Handlung des Vertreters mit dem gemeinen Recht für gleichgültig, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt, oder ob die Umstände ergeben, daß sie in dessen Namen erfolgen soll (164 Abs. 1). In beiden Fällen tritt die Wirkung unmittelbar für und gegen den Vertretenen ein. Es ist aber Lenel Jahrb. f. Dogm. XXXVI S. 1 fg. darin beizutreten, daß hieraus keineswegs folgt, es könne ein Rechtsgeschäft unmittelbar für und gegen den Vertretenen nur dann wirken, wenn der Vertreter erklärtermaßen im Namen des Vertretenen gehandelt habe; vielmehr sagt das Gesetz nur, daß, wenn der Vertreter die Absicht hatte, das Geschäft unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirken zu lassen, dieß aber nicht erkennbar hervortrat, der Mangel des Willens in eigenem Namen zu handeln, nicht

eine Ausnahme für diejenigen Formen, welche darauf gerichtet sind, die mangelnde Ausdrucksfähigkeit einer Person zu unterstützen und eine Garantie für die Richtigkeit der Erklärung zu geben.

²¹ a) Wenn in diesem Fall die Erklärung des Vertreters zwar seinen Willen, aber nicht den Willen des Vertretenen wiedergibt (z. B. der Vertreter hat den ihm erteilten Auftrag nicht verstanden), so kommt ein Rechtsgeschäft für den Vertretenen nicht zu Stande. Die I. 34 § 1 D. 41, 2 in ihrer ersten Entscheidung muß von einem Generalmandat verstanden werden (vgl. § 155¹⁰). Wie aber ist es in dem umgekehrten Fall, wenn die Erklärung des Vertreters zwar nicht seinem Willen entspricht, wohl aber dem des Vertretenen? (Der Vertreter hat den Auftrag des Vertretenen mißverstanden, erklärt aber durch ein neues Mißverständnis den von dem Vertretenen wirklich ausgesprochenen Willen). Streng genommen muß man sagen, daß für den Vertretenen ein Rechtsgeschäft nicht zu Stande komme. Denn es ist zwar sein Wille erklärt worden, aber nicht als der seinige, sondern als der des Vertreters. Von der anderen Seite würde das Rechtsgeschäft doch gültig sein, wenn der Vertreter als Bote aufgetreten wäre. Ob es wohl auf dieser Betrachtung beruht, wenn I. 34 § 1 D. 41, 2 in ihrer zweiten Entscheidung die Willenserklärung für gültig erklärt? Aber nach dem soeben Gesagten kann jedenfalls ihre erste Entscheidung von einem Specialauftrag nicht verstanden werden. Die Stelle bleibt unter allen Umständen eine Cruz. Exner Tradition S. 131²² hält die genannte (zweite) Entscheidung für eine „kaum zu rechtfertigende Singularität“. Mitteis S. 105. 272 fg. stellt auf Grund derselben den allgemeinen Satz auf, daß der Irrthum des Vertreters nicht schade, wenn seine Erklärung dem Willen des Vertretenen entspreche — ohne auf das soeben bezeichnete Bedenken Rücksicht zu nehmen. Bei Mitteis auch weitere Literaturangaben. v. Scheurl zur Lehre vom römischen Besitz. (Weitere Beiträge zc. Heft 2) S. 129 fg.

in Betracht kommt (164 Abs. 2), d. h. doch wohl, daß der Gegeninteressent den Vertreter festhalten kann, wie wenn er das Geschäft in eigenem Namen geschlossen hätte, nicht aber, daß er dieß thun muß; es steht vielmehr in der Wahl des andern Theils, ob er das Geschäft als von dem Vertreter in fremdem oder in eigenem Namen geschlossen behandeln will. Dabei wird aber zu beachten sein, daß die Gründe mangelnden Willens, welche einer im eigenen Namen abgegebenen Willenserklärung gegenüber geltend gemacht werden können (116 fg.) auch hier nicht abgeschlossen sind. Wer glaubte, deutlich zu erklären, daß er in fremdem Namen handele, oder unter Umständen zu handeln, die dieß deutlich machten, irrt, wenn diese Annahme nicht zutrifft, über den Inhalt seiner Erklärung (119); ebenso ist möglich, daß die Absicht in fremdem Namen zu handeln, erst durch die vom Vertreter gewählte Uebermittlungsperson oder -Anstalt verdunkelt ist (120). Von der Botschaft handelt das Gesetz hier nicht; allein es ist nach allgemeinen Grundsätzen dennoch zu sagen, daß, wenn Jemand, statt die Willenserklärung, mit deren Uebermittlung er betraut ist, als eine fremde auszurichten, sie wie eine eigene abgibt, er ein Rechtsgeschäft in eigenem Namen errichtet, und auch für dieses Ergebnis genügt es, wenn der Handelnde nicht erkennbar macht, daß er nur Vote eines Dritten ist; es können aber auch hier wie im Falle der Vertretung der Willenserklärung gegenüber die Gründe geltend gemacht werden, welche gegen jede in eigenem Namen abgegebene Erklärung geltend gemacht werden können. Von der Wirkung des in Vertretung errichteten Rechtsgeschäfts sagt das BGB. nur: die Wirkung der Willenserklärung tritt unmittelbar für und gegen den Vertretenen ein, ohne sich auf die verschiedenen Constructionen der Stellvertretung einzulassen (164 Abs. 1). Uebereinstimmend mit dem bisherigen Recht ist bestimmt, daß die Wirkung des Geschäfts nicht dadurch beeinträchtigt wird, daß der Vertreter in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist (165); andererseits ist, wiederum in Uebereinstimmung mit dem bisherigen Recht¹⁹⁾, die Willenserklärung des Geschäftsunfähigen und dessen, der sich in einem Zustande der § 105 Abs. 2 bezeichneten Art befindet, auch dann nichtig (105), wenn sie in fremdem Namen abgegeben wird. Die bloße

[Regelsberger I § 159, IV, 4.] b) Wer einen Specialauftrag zum Ankauf einer bestimmten Sache erteilt, hat die ädilicischen Ansprüche nicht, wenn er den Fehler der Sache gekannt hat, obgleich er dem Vertreter unbekannt war. [Regelsberger a. a. D. 5.] Er wird nicht Eigenthümer nach § 306, wenn er das Nichteigenthum des Verkäufers gekannt hat, obgleich der Vertreter ihn für den Eigenthümer hielt etc. Vgl. I. 16 § 3 l. 17 D. 40, 12, l. 51 pr. D. 21, 1, l. 13 D., 18, 1. Bei l. 51 § 1 D. 21, 1 ist zu beachten, daß der römische procurator den Vertrag in eigenem Namen schloß. Muß man nicht auch umgekehrt sagen, daß bei Specialauftrag die scientia des Vertreters durch die ignorantia des Vertretenen unschädlich gemacht werde? So Mitteis S. 278 fg. mit Ausnahme jedoch des Falles, wo durch eine Vertragsschließung für den Vertretenen dem anderen Vertragsschließenden gegenüber eine vortheilhafte Stellung begründet werden soll. Die Quellen gewähren kein reines Resultat; s. auf der einen Seite l. 51 pr. D. 21, 1, l. 16 § 3 l. 22 § 5 D. 40, 12, auf der anderen Seite l. 17 eod., l. 2 D. 44, 6, und vgl. über diese letzteren Stellen Mühlensbruch Cession S. 125 fg., Buchka S. 15 fg., Schmid Cession S. 399, Mandry das gem. Familiengüter. I S. 121, Hellmann S. 160 fg., Mitteis S. 281. 285. c) S. 19.

Uebermittlung einer Willenserklärung dagegen kann auch durch einen Geschäftsunfähigen erfolgen. In Bezug auf die Frage des Einflusses von Willensmängeln, von Kenntniß und Kennenmüssen^{18. 21)} folgt das BGB. der Auffassung, daß es principiell auf die Person des Vertreters ankommt, daß jedoch, soweit der (durch Rechtsgeschäft) bevollmächtigte Vertreter nach bestimmten Weisungen des Vertretenen handelte, der Vertretene sich auf die Unkenntniß des Vertreters nicht berufen kann in Bezug auf Umstände, die der Vertretene kannte oder, falls Kennenmüssen dem Kennen gleich steht, seinerseits kennen mußte. Dagegen kann niemals umgekehrt der Vertretene im Falle des Kennens oder des Kennenmüssens des Vertreters sich auf das eigene Nichtkennen und Nichtkennenmüssen berufen. Bei der bloßen Uebermittlung einer Willenserklärung wird, wie bisher, der Zustand des Uebermittlers ganz gleichgültig sein und es ausschließlich auf den Willen, das Kennen, Kennenmüssen des Urhebers der Erklärung ankommen.]

§ 74.

Das Recht, ein Rechtsgeschäft im Namen eines Anderen abzuschließen, kann begründet sein¹: 1) in einem öffentlichen Amte, z. B. der Vormundschaft^{1a}; 2) in der Verfassung einer juristischen Person; 3) in einer von dem Geschäftsherrn erteilten Vollmacht^{1a}. Der

¹ Von dem überaus eigenthümlichen Fall der Pupillarsubstitution wird hier § 74. abgesehen. S. darüber III § 558 fg.

^{1a} Der Gerichtsvollzieher ist Stellvertreter des Vollstreckungsgläubigers kraft seiner Amtsgewalt, wenn auch die Inanspruchnahme dieser Amtsgewalt auf dem Auftrage des Gläubigers beruht. Vgl. Seuffert CPD. zu § 674 Anm. 1 und dort Citirte; ferner Dunkhase ACPr. LXXVII S. 100 fg.]

^{1a} Die Römer verwenden zur Bezeichnung der Vollmacht den nämlichen Ausdruck, mit welchem sie den Auftrag bezeichnen (mandatum), so z. B. in der geläufigen Redewendung *mandato actionem*. Unsere Sprache ist reicher; Auftrag bezeichnet, daß Einer für einen Andern etwas thun soll, Vollmacht, daß Einer für einen Andern etwas zu thun die rliche Macht hat. Der Auftrag erzeugt ein Verpflichtungsverhältniß zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten, die Vollmacht gibt dem Bevollmächtigten eine gewisse rliche Stellung nach Außen. Allerdings kann in dem Auftrage zum Vollzuge eines Rechtsgeschäftes auch eine Vollmacht liegen; aber es ist dieß nicht nothwendig der Fall; der Auftrag kann auch darauf gerichtet sein, daß der Beauftragte für sich handeln solle. Ebenso kann es eine Vollmacht geben ohne Auftrag. Vgl. hierzu Laband (§ 73*) S. 208 fg., Labenburg ZS. f. HR. XI S. 72 fg., v. Canstein Grünh. ZS. III S. 670 fg., Drechsler *actio quod iussu* S. 22 fg., Cf. XLIV. 174, [Dernburg I § 119, B, a, Regelsberger I § 163, III, 2, Brinz-Potmar IV § 582 S. 376 fg.] Die Vollmacht braucht übrigens nicht auf ein Handeln im Namen des Vollmachtgebers zu gehen. Ich kann z. B. Jemanden auch bevollmächtigen, meine Sache in eigenem Namen zu veräußern. [Ermächtigungen dieser Art zum Handeln in eigenem Namen sind besser von der Vollmacht zu sondern. Regelsberger I § 163, I, Brinz-Potmar IV § 582¹⁷, Venel Jahrb. f. Dogm. XXXVI S. 8 fg.]. — Endlich ist zu bemerken, daß es nicht sprachwidrig ist, auch die auf gesetzliche Anordnung beruhende Befugniß, mit rlicher Wirkung für einen Andern zu handeln, Vollmacht zu nennen. [Wendt § 48,

Umfang der Vollmacht muß, wo er zweifelhaft ist, durch Auslegung bestimmt werden². Die Vollmachtsertheilung kann nicht bloß durch eine an den Bevollmächtigten gerichtete Erklärung erfolgen^{2a}; sie kann auch dem Dritten gegenüber, mit welchem das Rechtsgeschäft abgeschlossen werden soll^{2b}, oder öffentlich dem Publicum gegenüber erklärt werden. Die Vollmacht bindet den Vollmachtgeber nicht, sie kann frei zurückgenommen werden; ebenso verliert sie ihre Kraft durch den Tod oder eintretende Handlungsunfähigkeit des Vollmachtgebers^{2c}.

Hölder § 57, Regelsberger I § 163, II, Brinz-Potmar IV § 582 zu ¹⁹.] Die O.P. thut es nicht. Wach Handb. d. deutsch. Civilproceßr. I S. 568². — Ueber die Behauptung Mann's (über den Begriff des procurator und mandatarius nach r. R., Heidelberg 1879), in den Quellen bezeichnete mandatarius immer den Beauftragten, der auf eigenen Namen handele, während der Ausdruck procurator auf den Beauftragten gehe, der auf den Namen des Auftraggebers handele, vgl. Bekker Besitz S. 206 fg., Brinz ACPr. LXIII S. 327 fg., Burdhard fr. ZS. XXIII S. 52 fg., Schloßmann Besizerwerb durch Dritte S. 16 fg. — Vgl. auch Wach a. a. O. I § 50. — [Tartufari cap. VI. VII.]

² Die Unterscheidung der Vollmacht in eine generelle und specielle hilft dabei nicht; es sind dieß rein relative Begriffe: eine Vollmacht ist generell oder speciell, je nachdem sie genereller oder specieller ist, als eine andere. Ueber die Auslegung einer Vollmacht zur Verwaltung des ganzen Vermögens s. l. 58. 60. 63 D. 3. 3, l. 11 § 7. l. 12 D. 13, 7, l. 7 pr. D. 39, 5, l. 9 § 4 D. 41, 1, c. 4 in VI^o 1, 19. Vgl. Sintenis II S. 570—575, Mitteis S. 188 fg. [Dernburg I § 119 zu ¹²⁻¹⁶, Regelsberger I § 163, IV.]

^{2a} Man darf nicht von einem mit dem Bevollmächtigten abgeschlossenen Vertrag reden. Vgl. Hellmann S. 109 fg., Mitteis S. 185 fg., und die daselbst Citirten. Wach a. a. O. ⁴ ⁷. [Dernburg I § 119 zu ³, Regelsberger I § 163, III, 1, Brinz-Potmar IV § 582 S. 377. Mit besonderer Schärfe, und, wie mir scheint, im Wesentlichen zutreffend, führt Penel (1^a) S. 13 fg. die Auffassung durch, daß die Vollmacht (zum Handeln in fremdem Namen) eine einseitige Willenserklärung des Vollmachtgebers demjenigen gegenüber sein muß, welchem gegenüber die Vertretung stattfinden soll; nur mit der Maßgabe, daß der Vertreter (als Vote) diese Erklärung überbringen kann (S. 17 fg.), und daß bei öffentlich bekannt gemachter Vollmacht der Vollmachtgeber gegen sich die Fiction gelten lassen muß, daß dieselbe Jedermann bekannt geworden ist (S. 21 fg.).]

^{2b} Eine Erklärung der Vollmachtertheilung an den Dritten muß auch darin gefunden werden, daß der Bevollmächtigte mit einer zur Vorlage an den Dritten bestimmten Vollmachtsurkunde (Legitimationsurkunde) ausgerüstet wird. Der Fall der brieflichen Bevollmächtigung gehört hierher nicht.

^{2c} L. 48 D. 29, 2; l. 33 D. 41, 2, l. 2, § 6 D. 39, 5, l. 41 D. 12, 1; l. 4 pr. D. 40, 2; l. 12 § 16. l. 26 pr. D. 17, 1; l. 25 § 14. l. 47. 50 D. 29, 2. — Abweichend in Betreff des Todes des Vollmachtgebers HGB. Art. 54 Abs. 2. — Kann auf den Widerruf verzichtet werden? Darwider S. XXXIV. 204 (ACStG.) und XXXVI. 193 (RG., Entscheidungen III S. 186). Mitteis S. 201 fg. [Vgl. Dernburg I § 119 zu ⁶⁻⁷, Wendt § 48 S. 124, Regelsberger I § 163, III, 3, Brinz-Potmar IV § 582 a. O. Regelsberger

Ist aber die Bevollmächtigung dem Dritten gegenüber oder öffentlich erklärt worden, so kann das Erlöschen der Vollmacht dem Dritten, welcher in unverschuldeter Unkenntniß das Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, nicht zu seinem Schaden entgegengesetzt werden²⁴.

[Das BGB. kennt die gleichen Gründe der „Vertretungsmacht“ wie das gemeine Recht (164. 26 Abs. 2. 86. 1630. 1793). Den Ausdruck Vollmacht beschränkt das BGB. (166 Abs. 2) auf den Fall der durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht (vgl. ¹⁴). Die Ertheilung der Vollmacht ist nach BGB. 167 zweifellos (vgl. ²⁴) eine einseitige Erklärung. Sie ist formlos (167 Abs. 2) und kann

nimmt an, daß auf den Widerruf dann verzichtet werden kann, wenn die Vollmacht (allein oder zugleich) im Interesse des Bevollmächtigten erteilt wurde, und dieses Interesse nur durch Handeln im Namen des Machtgebers gewahrt werden kann. Penel a. a. O. S. 29 fg. führt folgerichtig (vgl. ²⁰) aus, daß principiell der Widerruf der Vollmacht nur Demjenigen gegenüber erklärt werden kann, dem gegenüber die Vertretung stattfinden sollte; dieß modificirt U. aber dadurch, daß nach einem dem Bevollmächtigten erklärten Widerruf dieser nicht mehr die Vollmachtsklärung einem Dritten überbringen kann (§. 30), daß der Dritte, welcher den dem Bevollmächtigten erklärten Widerruf zufällig erfährt, sich auf den Fortbestand der Vollmacht nicht berufen kann, ihn aber gegen sich gelten lassen muß (§. 31), daß die nur öffentlich bekannt gemachte Vollmacht ebenso mit Wirkung gegen jeden Dritten widerrufen werden kann (§. 33), daß gegen Denjenigen, welcher die Kenntniß von der Vollmacht nur einer Mittheilung des Bevollmächtigten verdankt, auch der nur dem Bevollmächtigten erklärte Widerruf wirkt (§. 33). Danach kommt man aber doch zu dem Ergebnis, daß ein dem Gegner gegenüber erklärter Widerruf nur dann unerlässlich ist, wenn demselben die Vollmacht vom Vertretenen besonders mitgetheilt war; dieß Ergebnis halte ich für richtig. Für die Frage, ob auf den Widerruf verzichtet werden kann, unterscheidet U. die dahingehende Vereinbarung zwischen dem Vollmachtgeber und Dritten, und dieselbe zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigten. Die erstere Vereinbarung hat keine andere Gültigkeitsbedingungen als jeder andere Vertrag (§. 34 fg.); für die Gültigkeit der letzteren ist das Rechtsverhältniß zwischen dem Vollmachtgeber und dem Bevollmächtigten maßgebend (§. 36 fg.); ist der Verzicht danach gültig, so hat er nur die Wirkung, daß die Vollmacht nicht zurückgenommen werden darf, nicht, daß sie nicht zurückgenommen werden kann (§. 38 fg.). Hiergegen wird nichts einzuwenden sein; wenn jedoch U. (§. 40 fg.) sagt, daß, falls wegen wridriger Zurücknahme der Vollmacht auf Klage des Bevollmächtigten der Vollmachtgeber zur Erneuerung der Vollmacht verurtheilt wird, dieß nicht nach § 779, sondern nach § 774 C.P.C. zu vollstrecken ist, so wäre dieß richtige Ergebnis gerade vom Standpunkte U.'s dadurch zu motiviren gewesen, daß die Vollmacht eine Willenserklärung nicht dem Kläger, sondern dem Dritten gegenüber ist. Vgl. u. i. p., Verurtheilung zu Willenserklärungen §. 41 fg.]

²⁴ Bei öffentlicher Bekanntmachung finden die Grundsätze von der praepositio inductoris analoge Anwendung, I. 11 § 2—5 D. 14, 3. Aus einer dem Dritten erklärten Bevollmächtigung haftet der Vollmachtgeber nach den Grundsätzen des Mandats (II § 411² 7). Cf. XXVIII. 29, XXIX. 28. Weiter geht Mitteis §. 199 fg. [Dernburg I § 119 zu⁷, Regelsberger I § 163 zu¹⁰ ¹² ohne Beschränkung auf den Fall der öffentlich oder dem Dritten erklärten Vollmacht, jedoch Regelsberger mit Beschränkung auf Verkehrsgeschäfte.] Vgl.

dem Vertreter oder Demjenigen gegenüber abgegeben werden, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll (167 Abs. 1). Von der Erklärung der Vollmacht gegenüber einem Dritten unterscheidet das Gesetz die Mittheilung an ihn, daß die Bevollmächtigung erteilt sei. Diese Mittheilung wirkt aber ebenso, wie die Erklärung der Vollmacht selbst dem Dritten gegenüber; denn der Vertreter ist auf Grund der Mittheilung zur Vertretung gegenüber dem Dritten befugt, auch wenn eine Vollmachtserteilung an ihn selbst in Wahrheit nicht stattgefunden hat (171 Abs. 1). Die Ertheilung der Vollmacht durch öffentliche Bekanntmachung kennt das Gesetz nicht; wohl aber bestimmt es, daß wenn Jemand öffentlich bekannt macht, daß er einen Andern bevollmächtigt habe, dieser jedem Dritten gegenüber zur Vertretung befugt ist. Auch hier hat die Bekanntmachung als solche diese Wirkung, selbst wenn eine Vollmachtserklärung an den in der Bekanntmachung Bezeichneten nicht erfolgt ist. Die Bekanntmachung der angeblich erteilten Vollmacht wirkt also wie eine Vollmachtserteilung, und angesichts dessen würde es m. E. unberechtigter Formalismus sein, wenn man nicht annehmen wollte, daß auch eine Bekanntmachung, welche nicht dahin lautet, der andere sei bevollmächtigt, sondern dahin, er werde hierdurch bevollmächtigt, die gleiche Wirkung habe.

Ueber den Umfang der Vollmacht bestimmt das BGB. nicht; er ist also nach den allgemeinen Grundsätzen über die Auslegung der Rechtsgeschäfte zu bestimmen.

Das Erlöschen der Vollmacht richtet sich nach dem ihrer Ertheilung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse (168). Es erlischt also die Auftragsvollmacht mit dem Auftrage (671 fg.), die Vollmacht des geschäftsführenden Gesellschafters (169) nach Maßgabe der §§ 715. 729. 730. Die Vollmacht ist aber auch bei Fortbestehen des grundlegenden Rechtsverhältnisses widerruflich, sofern sich nicht aus diesem ein anderes ergibt (168), vgl. z. B. § 715. Danach ist zweifellos, daß auf den Widerruf auch verzichtet werden kann (vgl. ²⁰). Die Erklärung des Widerrufs kann erfolgen an den Bevollmächtigten wie an den Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll (168 S. 3). Es sind aber eine Reihe von Bestimmungen getroffen mit Rücksicht auf Kenntniß und Nichtkenntniß Dritter von dem Erlöschen der Vollmacht. Wenn ein Auftrag in anderer Weise als durch Widerruf, eine Gesellschaft in anderer Weise als durch Kündigung erlischt, so gilt der Auftrag und die Auftragsvollmacht zu Gunsten des Beauftragten, die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugniß des geschäftsführenden Gesellschafters zu seinen Gunsten als nicht erloschen, bis er von dem Erlöschen, der Auflösung, Kenntniß erlangt oder diese Thatsachen kennen muß. Dieß wirkt aber nicht zu Gunsten desjenigen Dritten, der seinerseits jene Kenntniß hat oder haben muß (169. 674. 729.) War die Vollmacht durch Erklärung gegenüber einem Dritten erteilt, so

§GB. Art. 45. 46. — Das Gleiche gilt von der Beschränkung der Vollmacht durch eine dem Bevollmächtigten erteilte Instruction. Insofern ungenügend Windscheid Wille und Willenserklärung S. 23 (ACPr. LXIII S. 94). Vgl. Rohler Jahrb. f. Dogm. XVI S. 342 fg., Mommsen Erörterungen II S. 120, Pernice ZS. f. RM. XXV S. 124, Hasenöhrl österr. Privat. I S. 528 ¹⁹, Bähr Urtheile des Reichsgerichts S. 3 fg., Leonhard Irrthum S. 354 fg. [RG. XXXV S. 189 fg. Penel S. 24 nimmt an, daß, wenn dem Dritten die einschränkende Instruction bekannt war, er sie gegen sich gelten lassen muß, sich aber nicht darauf berufen kann.]

bleibt sie ihm gegenüber in Kraft, bis der Vollmachtgeber ihm das Erlöschen angezeigt, oder er anderweitig davon Kenntniß erhält oder es kennen muß (170. 173) Dem entsprechend bleibt die durch Mittheilung an einen Dritten oder durch öffentliche Bekanntmachung begründete Vertretungsmacht (s. ob.) bestehen bis die Kundgebung in derselben Weise wie sie geschehen war, widerrufen ist; auch dieß gilt aber nicht, im Verhältnis zu einem Dritten, der das Erlöschen der Vertretungsmacht anderweitig kennt oder kennen muß (171. 173). Schon hieraus folgt, daß die durch öffentliche Bekanntmachung begründete Vertretungsmacht, auch wenn die Bekanntmachung nicht öffentlich widerrufen wurde, Denjenigen gegenüber erlischt, welchen der Vollmachtgeber durch besondere Mittheilung das Erlöschen der Vollmacht angezeigt hat. Andererseits erlischt die durch öffentliche Bekanntmachung begründete Vertretungsmacht durch entsprechende öffentliche Bekanntmachung auch im Verhältnis zu solchen Dritten, die davon ohne ihr Verschulden keine Kenntniß erhalten. Statt der Mittheilung von dem Erlöschen der Vollmacht oder statt des Widerrufs der Kundmachung der Vollmacht genügt natürlich (bei widerruflicher Vollmacht) die Erklärung des Widerrufs selbst an den Dritten. Hat der Vollmachtgeber dem Vertreter eine Vollmachtsurkunde ausgehändigt, und dieser sie einem Dritten vorgelegt, so steht das der besonderen Mittheilung von der erteilten Vollmacht an diesen Dritten gleich (172 Abs. 1). Ihm kann also das Erlöschen der Vollmacht nur entgegengesetzt werden, wenn es ihm durch besondere Mittheilung angezeigt ist, oder er es anderweitig kennt oder kennen muß. Indessen wird dieß Ergebnis modificirt durch § 172 Abs. 2. Danach bleibt in dem Falle des Abs. 1 die Vertretungsmacht bestehen, bis die Vollmachtsurkunde dem Vollmachtgeber zurückgegeben ist, wozu der Bevollmächtigte nach Erlöschen der Vollmacht verpflichtet ist, (175), oder bis die widerrufliche Vollmacht durch öffentliche Bekanntmachung gemäß § 176 für kraftlos erklärt wird. Durch jede dieser Thatfachen endet also die Vertretungsmacht auch denjenigen gegenüber, welchen die Urkunde früher vorgelegt war, selbst wenn sie entschuldbar nichts davon wissen (Prot. der II. Komm. S. 305 fg.). Andererseits endet sie denen gegenüber, die das Erlöschen der Vollmacht kennen oder kennen müssen, auch ohne Rückgabe und Kraftloserklärung. (173.)

Hat Jemand ein Rechtsgeschäft im Namen eines Andern abgeschlossen, ohne dazu berechtigt zu sein², so kommt es darauf an, ob der Andere das Rechtsgeschäft genehmigt³, oder nicht. Wie sich

[² Irrige Annahme der Berechtigung durch den andern Vertragsschließenden ersetzt den Mangel der Berechtigung nicht: Cf. XL. 391 (RG).]

³ *Ratum habere, ratihabitio.* Von Genehmigung und *ratihabitio* wird übrigens nicht bloß bei Rechtsgeschäften, welche ein Anderer in unserem Namen abgeschlossen hat, gesprochen (s. § 81^o, § 83^{4. 5}), ferner nicht bloß bei Rechtsgeschäften (vgl. z. B. I. 1 § 14 D. 43, 16, I. 13 § 6 D. 43, 24); genehmigen heißt im Allgemeinen: eine (fremde) Handlung billigen, gutheißen. Von der Genehmigung überhaupt handeln außer den Inauguraldissertationen von Busse (1834), Agricola (1848), Gregory (1864) (vgl. fr. WJchr. VI S. 414—416) und der Habilitationsschrift von Vortanner (1848): Hufeland Abhandlung aus dem Civill. I Nr. 4 (1814), Beckhaus über die *Ratihabitio* der Rechtsgeschäfte (1859), L. Seuffert die Lehre von der *Ratihabitio* der Rechtsgeschäfte (1868, darüber Regels-

dieß entscheidet, befindet sich das Rechtsgeschäft in dem Zustand der Schwebung; seine rechtliche Wirkung ist nicht negiert, sondern suspendiert^{4a}. Dieß zeigt sich namentlich darin, daß der andere Vertragsschließende schon vor erfolgter Genehmigung gebunden ist^{4a}. Es kann auch der Stellvertreter, welcher selbst kein Recht erlangt hat, den anderen Vertragsschließenden aus der Gebundenheit nicht entlassen; ebenso wenig kann er eine einseitige im Namen eines Anderen abgegebene Willenserklärung zurücknehmen^{4b}. Noch weniger schadet Tod oder ein-

- ✓ berger fr. BZS. XI S. 361 fg.), G. Polignani la dottrina della rati-
 habitio (1869, darüber Windscheid fr. BZS. XII S. 152 fg.), E. Zimmer-
 mann (§ 73 *) S. 138 fg. Vgl. über diese schwierige und bestrittene Lehre
 außerdem: Wächter I S. 428 fg. Würt. Privatr. II § 100, Böcking I § 116.
 o sqq., Bangerow I § 88 Anm., Sintenis I S. 156 fg., Unger II § 92,
 Jhering Jahrb. f. Dogm. I S. 295–302, Dernburg Pandr. I S. 207–209.
 ✓ 229–231, C. Bertolini la ratifica degli atti giuridici nel diritto pri-
 vato romano. Roma 1889. [Dazu v. Tuhr Sav. ZS. X S. 404 fg. XIII
 S. 376 fg., Gradenwig fr. BZS. XXXII S. 413 fg.; Dernburg Pand. I
 § 84, 2. § 119, 3, b. § 122, 3, Hölder S. 308, Regelsberger I § 147, I.
 § 164. § 176, II, Brinz-Votmar IV § 583. 589 zu ¹³ fg., Tartufari p. 445 sq.]

⁴ Das Rechtsgeschäft ist nicht ungültig, es befindet sich in ähnlicher Lage, wie das bedingte Rechtsgeschäft (§ 89). Aber man darf nicht sagen, daß es ein bedingtes Rechtsgeschäft ist; dasjenige, was noch fehlt, ist nicht ein Aeußerliches, sondern der Wille desjenigen, für welchen das Verhältniß begründet werden soll. Dieß hebt hervor Mitteis S. 205 fg., der aber schließlich ebenfalls darauf hinauskommt, daß der Genehmigende durch seine Genehmigung „ein für ihn bereits begründetes, aber bis dahin noch schwebendes Verhältniß“ schafft. [Vgl. Dernburg I § 11¹, zu ¹⁰ fg., Hölder § 57 S. 295. Regelsberger I § 164, II, 2. Brinz-Votmar IV § 582, 5. 583 z. Anf.]

- ^{4a} Dieser wichtige Satz wird bewiesen durch I. 23 [24] D. 3, 5. Vgl. auch I. 65 § 8 D. 17, 2. Cf. XV. 223, XXX. 227, XXXIII. 221, XLV. 15 RG. A. M. Wächter Würtemb. Privatr. II S. 682 zu ²⁰, Regelsberger Vorverhandlungen S. 89, Ruhstrat Jahrb. f. Dogm. X S. 211 fg., welche beide Letzteren eine Gebundenheit des anderen Vertragsschließenden nur kraft eines mit dem Vertreter ausdrücklich oder stillschweigend abgeschlossenen Vertrages eintreten lassen wollen, Hellmann S. 119 fg.; theilweise a. M. (für den Fall einer Geschäftsführung nicht im Interesse des Vertretenen), Dgonowski die Geschäftsführung nach österr. R. (Lemberg 1876) S. 86 fg.; übereinstimmend Regelsberger fr. BZS. XI S. 370. 371 [vgl. unten], Brinz I. Aufl. S. 1614 [2. Aufl. IV § 581 zu ³⁹ ⁴⁰ ⁴²], Ruhstrat Jahrb. f. Dogm. XIX S. 297 unt. 298, Zimmermann S. 138 fg. 276 fg., Mitteis S. 218. [Hölder S. 295 gibt beim Vertrage dem Mitcontrahenten, der den Mangel der Vollmacht nicht kannte, bis zur Genehmigung ein Rücktritts-; ähnlich Regelsberger Pand. I § 164 ⁹ ¹⁰, welcher annimmt, daß der Mitcontrahent in diesem Falle die Genehmigung zurückweisen kann, ein einseitiges Rechtsgeschäft aber überhaupt unwirksam ist, wenn der, welchem gegenüber es vorgenommen wurde, die Vertretungsmacht voraussetzte.]

^{4b} L. 24 § 1 D. 46, 8. Brinz krit. Blätter II S. 40, Seuffert S.

tretende Willensunfähigkeit des Stellvertreters vor der Genehmigung^{4c}. Erfolgt die Genehmigung, so wird dadurch der Mangel der ursprünglichen Berechtigung des Vertreters ersetzt, und das Rechtsgeschäft wird für den Genehmigenden wirksam, wie wenn es mit seiner Vollmacht abgeschlossen worden wäre⁵. Dieß gilt nicht bloß für den Inhalt des Rechtsgeschäftes, sondern auch für die Zeit, mit welcher seine Wirksamkeit beginnt, mit anderen Worten, die Genehmigung hat

150 fg., Regelsberger fr. WZS. XI S. 371 [vgl. unt.], Zimmermann S. 276 fg., Karlowa (§ 73 Note *) S. 60, Cf. XIV. 210. 211. A. M. Buchta S. 211, Bangerow 7. Aufl. III S. 295, Bähr Jahrb. f. Dogm. VI S. 288, v. Monroy die vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensre S. 44 fg., und mit Unterscheidungen: zwischen generellem und speciellem Geschäftsführer Ruhstrat Jahrb. f. Dogm. X S. 220 fg., zwischen Geschäftsführung im Interesse und nicht im Interesse des Vertretenen ders. Jahrb. f. Dogm. XIX S. 290 fg., zwischen obligatorischen und anderen Geschäften Kohler Grünh. JS. VII S. 742 fg. Mitteis S. 219 fg. erklärt die vertragsmäßige Wiederaufhebung des abgeschlossenen Geschäfts nur in dem Fall für ungültig, wo der dritte Vertragsschließende weiß, daß die Wiederaufhebung erfolge, um dem Vertretenen zu schaden. [So auch Regelsberger Pand. I § 164 zu ¹¹.] Cf. VII 273, XLV. 15 (RG.) [: im Allgemeinen können Vertreter und Mitcontrahenten das Geschäft nicht ändern, anders nur, wenn die einmal unternommene Geschäftsführung eine solche Abänderung in einer auch dem Mitcontrahenten erkennbaren Weise fordert.]

^{4c} L. 24 § 1 D. 46, 8. A. M. früher Regelsberger Vorverhandlungen S. 89 fg. [f. jetzt denselben Pand. I § 164 zu ¹², Brinz-Votmar IV § 583¹²], vgl. auch Ruhstrat a. a. O. X S. 240. — Zweifelhafter ist, ob auch der Tod des Vertretenen nicht schadet, ob das R. der Genehmigung auf seine Erben übergeht? Für die Bejahung, für welche die Analogie der bedingten Willenserklärung (§ 89⁶) und ein arg. a contrario aus l. 7 D. 46, 8, so wie l. 58 § 1 D. 46, 3 spricht, Seuffert S. 26 fg., Regelsberger fr. WZS. XI S. 371, Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 233¹⁰⁰, Zimmermann S. 233 fg., [Regelsberger I § 164 zu ¹³, abgesehen von besonderen Gründen der Unvererblichkeit]; dawider Buchta S. 211, Brinz krit. Blätter II S. 210 (welcher aber Lehrb. 1. Aufl. S. 1622 [2. Aufl. IV § 583 zu ¹⁴] das Gegentheil lehrt), Bangerow III S. 295, Hellmann S. 128 fg. Eine Unterscheidung macht Mitteis S. 228 fg.

⁵ „Ratihabitio mandato comparatur“. L. 12 § 4 D. 46, 3, l. 60 D. 50, 17, c. 10 in VI^o 5, 13. Hierüber und über l. 9 D. 3, 5 vgl. Bangerow III § 664 Anm. Num. III, Seuffert S. 49 fg., Pernice Labeo I S. 515 fg., Schott der obligatorische Vertrag unter Abwesenden S. 62. 63¹⁰⁰, Zimmermann S. 270 fg. Durch die Genehmigung gelangt zur Wirklichkeit das damals abgeschlossene Geschäft, nicht ein in der Genehmigung liegendes neues. (A. M. Wächter Würtemb. Privatr. II S. 682, welcher der Genehmigung als solcher nur insofern Wirkung zugestehen will, als durch das genehmigte Geschäft ein noch jetzt fortbestehendes „factisches Verhältniß“ erzeugt worden sei.) Daher braucht bei der Genehmigung die für das Geschäft vorgeschriebene Form nicht wiederholt zu werden, wenn sie von dem Vertreter gewahrt worden ist (l. 24 pr. D. 46, 8). [Regelsberger I § 164 zu ².]

rückwirkende Kraft. Aus allgemeinen Gründen läßt sich das zwar in dieser Unbedingtheit nicht rechtfertigen; aber es ist im römischen Recht ausdrücklich bestimmt⁶. Jedoch kann der Genehmigende erworbene

⁶ Man bemerke: 1) es ist keinem Zweifel unterworfen, daß der Genehmigende sich das Rechtsgeschäft aneignen will, wie es abgeschlossen worden ist, also auch seinem Zeitverhältniß nach. 2) Daraus folgt aber an und für sich nur, daß er demjenigen, welchem gegenüber er die Genehmigung ausgesprochen hat, verpflichtet ist, sich so behandeln zu lassen, als wäre die Wirkung des Rechtsgeschäfts schon damals eingetreten; aber es folgt daraus nicht, daß diese Wirkung als damals wirklich eingetreten auch vom Re anerkannt wird; denn damals entsprach nun einmal das Rechtsgeschäft den Anforderungen des R. nicht. 3) Für entscheidend muß jedoch gehalten werden die allgemeine Verfügung Justinian's in l. 25 i. f. C. 5, 16: „Sicut et alias ratihabitiones negotiorum gestororum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt“ (vgl. l. 7 pr. C. 4, 28, c. 10 in VI^o 5, 13). S. darüber § 83¹⁰, auch Köppen in dem das. citirten Aufsatz S. 159. 160, Zimmermann S. 211 fg., Hellmann S. 114. [Regelsberger I § 164, II, 3.] Andere Stellen, welche für die rückwirkende Kraft der Genehmigung sprechen, beziehen sich auf unseren Fall der Genehmigung nicht (l. 56 D. 5, 1, l. 16 § 1 D. 20, 1) oder wahrscheinlich nicht (l. 58 § 2. l. 71 § 1. 2 D. 46, 3). 4) Welches ist aber näher die Bedeutung der rückwirkenden Kraft der Genehmigung: ist ihre Bedeutung die, daß das Rechtsverhältniß, auf dessen Erzeugung das genehmigte Rechtsgeschäft gerichtet ist, als von diesem erzeugt angesehen wird, oder wird es als ein erst mit der Genehmigung entstandenes in die frühere Zeit zurückübertragen? Die Unterscheidung hat nicht bloß theoretische Bedeutung; namentlich hat im ersten Fall die Genehmigung Wirkung, auch wenn zu ihrer Zeit die Bedingungen des Zustandekommens des gewollten Rechtsverhältnisses nicht mehr vorhanden sind, im zweiten Fall ist sie unter dieser Voraussetzung wirkungslos. Für die zuletzt gedachte Alternative spricht l. 24 pr. D. 46, 8, und was einen anderen Fall der Genehmigung angeht, l. 5 pr. D. 38, 15 und l. 25 D. 46, 8, für die erste Alternative in Betreff des gleichen Falls mit der größten Entschiedenheit l. 71 § 1. 2 D. 46, 3, ebenso l. 58 § 2 eod. Um die Ausgleichung des Widerspruchs zwischen l. 25 § 1 und l. 71 § 1 citt. hat man sich zwar viele Mühe gegeben (vgl. Fein *UCPr.* XXVI S. 179—181 und die das. citirten Aelteren, ferner Seuffert S. 35, Brinz l. Aufl. S. 1622, *Ruchstrat Jahrb. f. Dogm.* X S. 229 fg., Köppen das. XI S. 234²⁰⁷, Hellmann S. 143 fg., *Mitteis* S. 160 fg.), aber m. E. ohne annehmbares Resultat. Wir haben es also hier mit einer Controverse der römischen Juristen zu thun, auf welche auch Justinian in l. 25 C. 5, 16 hinweist, und bedenkt man nun, daß Justinian diese Controverse offenbar zu Gunsten der Rückwirkung schlechtthin hat entscheiden wollen, so wird man geneigt sein, in seinem Sinne der ersten der oben aufgestellten Alternativen den Vorzug zu geben. So auch Fein a. a. O., Zimmermann S. 256 fg., *Karlowa* S. 61 fg. [*N. M. Regelsberger* I § 164 zu ⁷, der m. E. mit Recht verlangt, daß, wenn die für den Berechtigten vorgenommene Handlung an eine Frist geknüpft ist, die Genehmigung innerhalb dieser Frist erfolgen muß. Entsprechend *Brinz-Lotmar* IV § 583¹².] [*RO.* XXVI S. 189 fg.: keine rückwirkende Kraft der Genehmigung einer Kündigung.] Im Allgemeinen: Seuffert § 13, Zimmermann S. 191 fg., *Mitteis* S. 260 fg. [*Regelsberger* I § 164, II, 3, *Brinz-Lotmar* IV § 583 S. 381.]

Rechte Dritter, wie er über dieselben überhaupt keine Macht hat, auch durch seine Genehmigung nicht verkürzen; ihnen gegenüber scheidet also die rückwirkende Kraft der Genehmigung⁷. — Erfolgt die Genehmigung nicht, so hat das Rechtsgeschäft für den Vertretenen gar keine Wirkung; aber auch keine für den Vertreter, welcher für sich keine Wirkung hat erzeugen wollen. Nur ist derselbe bei Verträgen, insofern er für die Ertheilung der Genehmigung oder das Dasein der Vollmacht ausdrücklich oder stillschweigend die Garantie übernommen hat⁸, verpflichtet, dem andern Vertragsschließenden sein Interesse zu vergüten⁸. Auf Ersatz des durch die Vertragsschließung ihm

⁷ [Regelsberger a. a. O., Dernburg I § 119 zu *.] Doch wird für einen andern Fall der Genehmigung selbst diese Grenze nicht anerkannt in l. 71 § 2 D. 46, 8. Vgl. Zimmermann S. 247 fg. (Der letztgenannte Schriftsteller nimmt, entgegen dem Note 6 unter Nr. 2 Gesagten, auch für die begriffsmäßige Auffassung eine wirkliche und eigentliche Rückwirkung an, aber nur was die Existenz des Verhältnisses selbst, nicht was die Existenz der aus demselben sich ergebenden Ansprüche und Einreden angeht, und macht die letztgedachte Unterscheidung auch für das Justinianische R. Dawider Mitteis S. 240 fg.)

⁸ Eine stillschweigende Garantieübernahme dieser Art liegt in jedem Contrahiren in fremdem Namen durch einen Nichtbevollmächtigten, welches ohne Angabe des Mangels der Vollmacht erfolgt, vorausgesetzt daß der Contrahent nicht annehmen durfte, dieser Mangel sei dem Gegner bekannt. Wie ist es in dem Fall, wo die Parteien den Vertrag in der Unterstellung des Vorhandenseins einer Vollmacht abgeschlossen haben, also ein Garantievertrag nicht angenommen werden kann? Zimmermann will in diesem Fall den Vertreter auf Erfüllung haften lassen. Wenn er sich dabei auf l. 1 § 9 D. 15, 4 beruft, so ist zuzugestehen, daß diese Stelle nicht ohne Bedeutung ist; im Uebrigen ist seine Beweisführung bebenklich.

⁸ Und also, insofern das Interesse des andern Contrahenten hierauf geht, den Vertrag selbst zu erfüllen. Aber der Grund dieser Verpflichtung ist eben die übernommene Garantie, nicht der in fremdem Namen abgeschlossene Vertrag. A. M. Bähr Jahrb. f. Dogm. VI S. 285 fg., auf Grund der in § 73¹⁶ bezeichneten Auffassung. Die Ansichten sind überhaupt verschieden. Vgl. Buchka S. 288, Brinz fr. Blätter a. a. O. S. 89, Ehöl Handelsr. I § 71, I. § 76, Seuffert S. 76, Laband 3S. f. §R. X S. 229, Mommsen Erörter. II S. 43 fg., Mitteis S. 164 fg. Cf. VI. 33, VIII. 255, XII. 156, XXIII. 20, XXX. 117. RG. VI S. 214 fg. Beweis: Cf. XXXIII. 20. 252, XLI. 268 (RG.). — Das § 55. Art. 55 (vgl. 298) läßt den Stellvertreter nach Wahl des andern Vertragsschließenden „auf Schadenersatz oder Erfüllung“ haften. Cf. XXXI. 52. Vgl. WD. Art. 95. — Laband und Mitteis a. a. O. verwenden zur Construction den von Fhering aufgestellten Begriff der culpa in contrahendo, von dem aus aber nur zur Prästation des f. g. negativen Vertragsinteresse zu gelangen ist. Vgl. II § 307⁵, II § 308⁷, II § 315⁷. Es ergibt sich ihnen daraus die Beschränkung, daß der Vertreter nicht hafte, wenn er sich über den Inhalt seiner Vertretungsbefugniß in einem entschuldbaren Irrthum befunden habe. Dawider Bähr a. a. O. S. 293 und Dernburg Preuß. Privatr. in der 1. Aufl.

zugefügten Schadens hat er^{8a} Anspruch nur nach den allgemeinen Grundsätzen über die Schadensersatzverpflichtung⁹.

[Nach § 69, ist bei Handeln in fremdem Namen ohne Vertretungsmacht zu unterscheiden zwischen dem Vertragschluß und der Vornahme eines einseitigen Rechtsgeschäfts. 1) Ist in der bezeichneten Weise ein Vertrag geschlossen, so hängt dessen Wirksamkeit von der Genehmigung des Vertretenen ab (177 Abf. 1). Diese ist formlos (182 Abf. 2), und es kann an und für sich sowohl dem Vertreter wie dem Mitcontrahenten gegenüber die Genehmigung wie deren Verweigerung erklärt werden (182 Abf. 1). Fordert aber der Mitcontrahent den Vertretenen zur Erklärung über die Genehmigung auf, so kann nicht nur dem Vertreter gegenüber die Erklärung nicht mehr erfolgen, sondern es wird auch die ihm bereits erklärte Genehmigung wie Verweigerung derselben unwirksam, und der Vertretene muß nunmehr binnen zwei Wochen nach Empfang der Aufforderung dem Mitcontrahenten gegenüber die Genehmigung erklären, widrigenfalls sie als verweigert gilt (177 Abf. 2). Bis zur Genehmigung ist der Mitcontrahent zum Widerruf berechtigt, es sei denn, daß er (erweislich) den Mangel der Vertretungsmacht bei Abschluß des Vertrages kannte (vgl. ^{4a}). Der Widerruf kann dem Vertretenen oder dem Vertreter erklärt werden (178). Hieran ändert selbst eine von dem Mitcontrahenten erlassene Aufforderung zur Erklärung über die Genehmigung nichts, und da durch diese Aufforderung die dem Vertreter bereits erklärte Genehmigung unwirksam wird, so kann der Mitcontrahent sogar nach solcher Genehmigung jene

I § 113¹⁴ (anders in der 3. II S. 98). [Auch Pand. I § 119, 4. II § 10 a. E. läßt D. nur den schuldhaft Handelnden (auf das negative Vertragsinteresse) haften]. Nach dem hier vertretenen Standpunkt kommt es für diese Frage auf die Auslegung des Garantievertrages an (unbedingte Garantie oder Garantie quantum scire potuerim). — Bähr und Mitteis a. a. D. stellen dem Stellvertreter im Willen den Boten gleich, wenn er das Geschäft mit Bewußtsein von dessen Bedeutung vermittele. [Nicht entscheidend Wendt § 49. Hölder § 57 S. 295 legt dem Vertreter bei Dolus den Ersatz des positiven, bei Irrthum den des negativen Vertragsinteresses auf. Regelsberger I § 164, II, 4 läßt den Vertreter stets haften, wenn nur der Gegner den Mangel der Vollmacht entschuldbar nicht kannte und zwar jeden Falls für das negative Vertragsinteresse; ob für das positive, entscheidet Reg. nicht. Das RG. läßt in dem oben angeführten Urtheile und ebenso XXXV S. 145 fg. (vgl. auch Sf. XLVI. 93) den unbedovollmächtigten Vertreter schlechweg auf Erfüllung des Vertrages haften, wenn der Mitcontrahent den Mangel der Vollmacht nicht kennt, und zwar unabhängig von Dolus oder Culpa des Vertreters; in dem Contrahiren des Stellvertreters liege stets die stillschweigende Uebernahme der Garantie für die Vollmacht. Ebenso DVG. Hamburg Sf. L. 88, wo mit Recht hinzugefügt wird, daß nicht der Mitcontrahent den Mangel der Vollmacht, sondern der Vertreter deren Existenz beweisen muß.]

[^{8a} Der Mitcontrahent!]

⁹ Actio doli und actio legis Aquiliae. A. M. Mitteis S. 156 fg.; der Vertreter (einschließlich des Boten in dem in der vorigen Note bezeichneten Fall) hafte mit der Vertragsklage, weil er eine eigene Handlung vornehme. Aber er ist doch nicht Vertragsschließender. Die Berechtigung zur Uebertragung dessen, was für den Vertragsschließenden wahr ist, auf Jeden, der bei einer Vertragsschließung thätig wird, hat Mitteis nicht nachgewiesen.

Aufforderung erlassen und nun den Vertrag widerrufen vor Ertheilung der Genehmigung an ihn selbst. Hat aber der Mitcontrahent nicht zur Erklärung über die Genehmigung, sondern zur Genehmigung aufgefordert, so kann darin wenigstens ein Antrag zur Wiederholung des Vertrages zwischen ihm und dem Vertretenen liegen, und es sind dann die Grundsätze von der verbindlichen Kraft der Offerte maßgebend (145 fg.). Sofern dem Mitcontrahenten das Widerrufsrecht zusteht, kann natürlich der Vertrag auch durch Vereinbarung zwischen ihm und dem Vertreter aufgehoben werden; wo aber jenes Widerrufsrecht fehlt, hängt der Vertrag ausschließlich von der Genehmigung des Vertretenen ab, und eine Vereinbarung zwischen dem Vertreter und dem Mitcontrahenten, die ihn ändern oder beseitigen wollte, wäre ein zweiter Vertrag ohne Vertretungsmacht, der wiederum von derselben Genehmigung abhängen würde. Daß die Genehmigung auch nach dem Tode des Vertreters, oder nachdem er in Geschäftsunfähigkeit verfallen ist, ertheilt werden kann, wird unzweifelhaft sein; es kommt auf die Person des Vertreters nach dem Geschäftschlus nicht mehr an. Ebenso unzweifelhaft aber wird es sein, daß die Genehmigung nach dem Tode des Vertretenen von seinen Erben, und nachdem er geschäftsunfähig geworden ist, von seinem gesetzlichen Vertreter ertheilt werden kann, ersteres natürlich dann nicht, wenn die durch den Vertrag dem Vertretenen bedungene Rechtsstellung ihrerseits unvererblich ist. Die ertheilte Genehmigung hat rückwirkende Kraft (184 Abs. 1); daß jedoch hiervon die Rechte Dritter nicht beeinträchtigt werden, bestimmt auch das BGB.: Es werden durch die Rückwirkung Verfügungen nicht unwirksam, welche vor der Genehmigung über den Gegenstand des Rechtsgeschäftes von dem Genehmigenden getroffen worden oder im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Concursverwalter erfolgt sind (184 Abs. 2). Der Genehmigende kann die rückwirkende Kraft der Genehmigung ausschließen; denn sie tritt nur ein, wenn nichts anderes bestimmt ist, und diese Bestimmung wird auch die Genehmigung selbst treffen können (184 Abs. 1). Eine so beschränkte Genehmigung reicht aber nicht aus, um das Widerrufsrecht des Mitcontrahenten nach § 178 zu beseitigen, oder die Frist des § 177 Abs. 2 zu wahren, oder der Haftung des Vertreters aus § 179 vorzubeugen. Die in Note ^o unter 4 behandelte Frage ist wohl dahin zu beantworten: da das Gesetz die Frist zur Genehmigung regelt (177 Abs. 2), so kann zweifellos nicht davon die Rede sein, daß etwa die Genehmigung an die Fristen gebunden wäre, innerhalb deren eine Offerte acceptirt werden kann; enthält der Vertrag eine auflösende Bedingung oder Befristung, so kann nach deren Eintritt nur noch genehmigt werden, was trotz desselben etwa von Rechtswirkungen übrig geblieben ist. Zu unterscheiden von einem ohne Vertretungsmacht im Namen eines Dritten geschlossenen Vertrage ist eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter in eigenem Namen über einen Gegenstand trifft, mag er auch ihn als einen fremden declariren (vgl. § 73¹⁵). Eine solche Verfügung wird jedoch ebenfalls durch die Genehmigung des Berechtigten wirksam (185 Abs. 2; vgl. unt. § 83, 1.). Die Haftung des nicht legitimirten Vertreters dem Mitcontrahenten gegenüber bestimmt das BGB. wie folgt: Der Vertreter, welcher seine Vertretungsmacht nicht nachweist, haftet dem Mitcontrahenten nach dessen Wahl auf Erfüllung oder Erfüllungsinteresse, wenn der Vertretene die Genehmigung verweigert (179 Abs. 1), oder wenn sie als verweigert gilt. Es wird der Mitcontrahent, wenn eine Erklärung des Vertretenen fehlt, den Weg der Aufforderung

nach § 177 Abs. 2 beschreiten müssen; ist aber dem Vertreter gegenüber bereits die Verweigerung erklärt, so braucht der Mitcontrahent nicht erst den Versuch zu machen, durch Aufforderung zur Erklärung diese Verweigerung zu beseitigen und eine andere Erklärung des Vertretenen zu erzielen. Die Beweislast in Bezug auf die Vertretungsmacht ist dem Vertreter aufgelegt. Eine Verpflichtung zur Vorausklage des Vertretenen hat der Mitcontrahent nicht. Er kann sofort den Vertreter in Anspruch nehmen und dessen Beweis der Vertretungsmacht gewärtigen. Sieht aber der Richter diesen Beweis als geführt an und weist deshalb den Mitcontrahenten dem Vertreter gegenüber ab, so hat der Mitcontrahent keinen Schutz, wenn in dem Prozesse gegen den Vertretenen der Beweis der Vertretungsmacht misslingt. Der sicherere Weg ist es also in zweifelhaften Fällen, zuerst den Vertretenen zu belangen und dem Vertreter den Streit zu verkünden, weil dann, wenn die Vertretungsmacht für nicht vorliegend erkannt wird, der Vertreter dem Mitcontrahenten gegenüber mit der Behauptung der dennoch vorliegenden Vertretungsmacht nach Maßgabe der §§ 65, 71 CPD. nicht gehört wird. — Hat der Vertreter (erweislich) den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt, so haftet er nur auf das negative Vertragsinteresse, dieß aber auch, wenn der Irrthum entschuldbar ist (179 Abs. 2). Wenn der Mitcontrahent (erweislich) den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen mußte, so haftet der Vertreter nicht. Das gleiche gilt, wenn der Vertreter in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war, vorausgesetzt, daß er nicht mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters gehandelt hat (179 Abs. 3). Diese Zustimmung muß aber natürlich das Geschäft in dem Punkte treffen, der zu dem Negreß Anlaß giebt; hat der gesetzliche Vertreter seine Zustimmung zur Uebernahme einer Vollmacht gegeben, so hat er damit nicht der Ueberschreitung derselben zugestimmt. Wer als Vote auftretend eine unrichtige Bestellung macht, wird von § 179 nicht betroffen, kann aber aus unerlaubter Handlung haften.

2) Soviel einseitige Rechtsgeschäfte angeht, ist zunächst die Bestimmung des § 174 hervorzuheben, wonach, wenn ein Bevollmächtigter ein solches Geschäft einem Andern gegenüber vornimmt, er eine schriftliche Vollmacht vorlegen muß, widrigenfalls das Geschäft nichtig ist, wenn der Empfänger es unter Angabe dieses Mangels als des Grundes ohne schuldhaftes Zögern zurückweist; es wäre denn, daß der Vollmachtgeber den Erklärungsempfänger von der Vollmacht (wenn auch nur mündlich) in Kenntniß gesetzt hatte. Vertretung ohne Vertretungsmacht ist bei einseitigen Rechtsgeschäften grundsätzlich unzulässig, die Handlung ist also nichtig (180 §. 1). Bei empfangsbedürftigten Willenserklärungen sollen aber die Vorschriften über Verträge entsprechende Anwendung finden, wenn derjenige, welchem gegenüber die Erklärung abzugeben war, entweder die vom Vertreter behauptete Vertretungsmacht nicht beanstandet hat, (mag er die Behauptung geglaubt oder sein besseres Wissen oder seine Zweifel für sich behalten haben) oder damit einverstanden gewesen ist, daß der Vertreter (zugestandenemaßen) ohne Vertretungsmacht handle; Nichtwiderspruch wird genügen. Hatte aber der Erklärungsempfänger die Vertretungsmacht beanstandet, und sich nur bei den über dieselbe von dem Vertreter gegebenen Aufklärungen beruhigt, so hat es bei der Regel sein Bewenden, daß die Erklärung nichtig ist. In den hervorgehobenen Ausnahmefällen hängt die Wirkung des Geschäfts von der Genehmigung des Vertretenen ab (177). Wenn das Geschäft, z. B. eine Kündigung, binnen bestimmter Frist vorzunehmen ist und von einem Vertreter innerhalb derselben

vorgenommen wird, so steht es dem Empfänger der Erklärung frei, durch Beanstandung der Vertretungsmacht, eventuell, wenn deren Mangel zugegeben wird, durch Widerspruch gegen die Vornahme des Geschäfts die Möglichkeit der Genehmigung auszuschließen; beanstandet er aber die Vertretungsmacht nicht, oder ist er mit dem Handeln ohne Vertretungsmacht einverstanden, so kann er für die Genehmigung die Beobachtung keiner andern Frist verlangen als der durch seine Aufforderung in Lauf zu setzenden Zweiwochenfrist des § 177 Abs. 2. Der Widerruf, welcher dem Erklärungsempfänger in den Grenzen des § 178 freisteht, wird hier in der nachträglichen Zurückweisung der Erklärung bestehen müssen; wenn der Empfänger der Erklärung, der den Mangel der Vertretungsmacht nicht beanstandete, diesen Mangel entschuldbar nicht kannte, findet auch die gleiche Haftung des Vertreters wie bei Verträgen statt (179).]

[§ 74 a.

Willenserklärung an Vertreter.

In den §§ 73. 74 ist nur davon gehandelt, daß jemand für einen Andern eine Willenserklärung abgibt. Es ist aber bei den empfangsbedürftigen Willenserklärungen auch der Fall zu berücksichtigen, daß eine Erklärung an einen Vertreter dessen, den sie angeht, abgegeben wird. Hierbei findet rechtlich ein Handeln des Vertreters im Namen des Vertretenen nicht statt; er ist nur das persönliche Object der fremden Handlung; wie z. B. deutlich ist, wenn dem Vertreter des Hauswirths eine Kündigung mündlich erklärt wird, die er hört, mag er wollen oder nicht. Es kann also auch nicht auf seine Vertretungsabsicht, sondern muß darauf ankommen, daß derjenige, welcher die Erklärung abgibt, die Absicht hat, und ausdrücklich oder stillschweigend erkennbar macht, die Erklärung solle ebenso wirken, wie wenn sie an den Vertretenen selbst abgegeben wäre. Wird eine Erklärung, die für einen Dritten bestimmt ist, an einen Andern abgegeben, damit er sie dem Dritten nur ausrichte, so liegt Vertretung im Empfang der Erklärung nicht vor. Die rechtliche Möglichkeit, eine Erklärung an einen Vertreter wirksam abzugeben¹, kann auf denselben Gründen beruhen, wie die Macht zur handelnden Stellvertretung. Sie kann in einer Vertretungsmacht der letzteren Art beschlossen liegen, (z. B. ist die Vollmacht zu einem Vertragsschluß stets auch Vollmacht zum Empfang der Erklärung des Mitcontrahenten), aber auch selbständig sein. Wird eine Erklärung an einen zum Empfang nicht Legitimirten abgegeben, so wird, wenn dabei die Absicht war, ihn als Uebermittler

[¹ Vgl. z. B. unt. § 279 °.]

in Anspruch zu nehmen, die Erklärung wirksam, sobald sie an den Vertretenen ausgerichtet ist. Diese Absicht, daß der Empfänger die Erklärung an den Vertretenen weitergeben sollte, kann auch obwalten, wenn in erster Linie der Erklärende glaubt, die Erklärung könne von dem Empfänger als Vertreter wirksam empfangen werden. Wird aber die Erklärung nur in dem Sinne abgegeben, daß der Empfänger sie als Vertreter entgegennehmen soll, so wird sie durch die nicht auf dem Willen des Erklärenden beruhende, in diesem Sinne zufällige Benachrichtigung des Vertretenen nicht wirksam, (zu beachten ist, daß hier von Willenserklärungen die Rede ist, nicht von Erklärungen, bei denen es nur darauf ankommt, jemanden von etwas in Kenntniß zu setzen); es hängt vielmehr ihre Wirksamkeit von seiner Genehmigung *) ab.

Durch die Vornahme eines Geschäfts gegenüber einem nicht legitimierten Vertreter kann der Urheber des Geschäfts nicht leicht in Schaden kommen, abgesehen von den nutzlos aufgewandten Kosten des Geschäfts; wohl dagegen kann durch das Vertrauen auf die Wirksamkeit des dem Vertreter gegenüber vorgenommenen Geschäftes der Urheber desselben verleitet werden, die Vornahme des Geschäfts dem Vertretenen gegenüber zu versäumen. Eine Haftung auf Schadensersatz zu Lasten des Vertreters wird sich hier gemeinrechtlich nur annehmen lassen, wenn der Vertreter den Glauben an seine Vertretungsmacht dolos hervorgerufen oder unterhalten hat, oder wenn zwischen ihm und dem Erklärenden ein Rechtsverhältnis besteht, das ihn zur Sorgfalt verpflichtete, und er diese Verpflichtung verletzt hat; denn von Uebernahme vertragsmäßiger Garantie für die Existenz der Vertretungsmacht kann bei der bloß passiven Entgegennahme einer Erklärung des anderen Theils an und für sich nicht gesprochen werden. Aus besonderen Umständen kann freilich auf das Vorliegen eines solchen Garantieverprechens geschlossen werden.

Das **BGB.** erkennt die Möglichkeit, eine Willenserklärung, die einem Andern gegenüber abzugeben ist, an dessen Vertreter abzugeben, ausdrücklich an und bestimmt (164 Abs. 3), daß darauf die Vorschriften des § 164 Abs. 1 entsprechende Anwendung finden. Es ist also gleichgültig, ob der Erklärende ausdrücklich sagt, oder ob nur die Umstände ergeben, daß er die Erklärung an den Vertreter in dieser seiner Eigenschaft abgeben will; die Wirkung der Erklärung tritt unmittelbar für und gegen den Vertretenen ein. Auf Begründung, Umfang und Ende der

[* L. 65 § 8 D. 17, 2, unt. § 408^o. Weiteres über v. H. vgl. Ripp Vitissdenuntiation S. 96 fg.]

Vertretungsmacht finden dieselben Sätze Anwendung wie bei der Abgabe von Erklärungen durch Vertreter. Daß der Vertreter in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, ist auch hier unschädlich (165), während die Abgabe der Erklärung an einen geschäftsunfähigen Vertreter nichtig ist. Dagegen steht nichts im Wege, einen Geschäftsunfähigen zur Uebermittlung der Erklärung in Anspruch zu nehmen. Die Abgabe einer einseitigen Erklärung an einen Vertreter ohne Vertretungsmacht ist im Allgemeinen nichtig (180 S. 1). Wenn jedoch ein derartiges Geschäft gegenüber einem Vertreter ohne Vertretungsmacht mit dessen Einverständnis vorgenommen wird, so sollen die Vorschriften über Verträge entsprechende Anwendung finden (180 S. 3). Die Vergleichung des § 180 Satz 2 lehrt, daß hiermit nicht jeder Fall gemeint ist, in welchem der Vertreter mit der Vornahme des Geschäfts ihm gegenüber einverstanden ist, sondern nur der Fall, daß der Erklärende wie der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht kennen und trotzdem der Vertreter mit der Vornahme des Geschäfts ihm gegenüber einverstanden ist. (So auch Fischer Handausg. § 180^b.) In diesem Falle hängt die Wirksamkeit des Geschäfts von der Genehmigung des Vertretenen ab; widerrufen kann der Erklärende, da er den Mangel der Vertretungsmacht kannte, nach § 178 nicht. Aus dem gleichen Grunde findet eine Haftung des Vertreters wegen Ausbleibens der Genehmigung gemäß § 179 Abs. 3 nicht statt. Ebensovienig aber statuiert im Zusammenhange der Vertretungslehre das BGB. eine Haftung des Vertreters für den Fall, daß Jemand, der den Mangel der Vertretungsmacht nicht kennt, an ihn als Vertreter eines Dritten eine (nichtige) einseitige Erklärung abgibt. Eine solche Haftung kann also nur auf ein besonderes Rechtsverhältnis oder darauf gestützt werden, daß der Vertreter sich einer unerlaubten Handlung schuldig gemacht hat, was an und für sich in seinem passiven Verhalten gegenüber der Erklärung des Andern keineswegs liegt.]

4. Wirklichkeit des erklärten Willens.

§ 75*.

Das in der Erklärung als gewollt Bezeichnete kann möglicherweise nicht gewollt sein. Die Erklärung geht dahin, daß eine gewisse rechtliche Wirkung eintreten solle; aber gewollt ist dieses Eintreten nicht. Wer ein solches Auseinandergehen von Wille und Erklärung behauptet, muß es beweisen¹; steht es fest, so erzeugt die Erklärung

* Savigny III § 134.

¹ Wenn Jemand sagt: ich will, so wird so lange angenommen, daß er wirk- § 75.
lich wolle, bis aus Objectiv erkennbaren Thatsachen sein Nichtwollen dargethan ist. Nur dieß will Savigny a. a. O. S. 269 sagen, den Leonhard in der in der folgenden Note citirten Schrift S. 4 fg. zum Vertreter der daselbst bezeichneten neuen Ansicht macht. Savigny sagt nicht: „erkennbar ist“, sondern „erkennbar ist oder wird“ und spricht sogleich darauf von „erweislich“. So auch Potmar fr. 23 S. XXV S. 370. XXVI S. 273 fg. Leonhard ACPr. LXXII S. 45, Graf Pininski der Thatbestand des Sachbesitzerwerbes II § 457^a.

die als gewollt bezeichnete rechtliche Wirkung nicht. So das Princip^{1a}.

- ^{1a} In der neueren Zeit ist dieses Princip von verschiedenen Seiten bestritten worden, und es ist an die Stelle desselben das andere Princip gesetzt worden, daß für die rliche Wirkung der Willenserklärungen entscheidend sei nicht der wirkliche Wille des Urhebers der Willenserklärung, sondern dasjenige, was dem oder den der Willenserklärung Gegenüberstehenden als sein wirklicher Wille in berechtigter Weise erscheine. Hierher gehören folgende Schriftsteller: Röber über die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen (1874). Bähr über Irrungen im Contrahiren, Jahrb. f. Dogm. XIV S. 393 fg. (1876). Potmar über *causa* im r. R. S. 15—17 (1876). Schloßmann der Vertrag S. 85—140 (1876). Hölder fr. RZS. XVIII S. 176 fg. (1876). Institutionen § 18 Nr. II (1877), [2. Aufl. (1888) § 27.] Schall der Parteiville im Rgeschäfte (1877). Köhler Jahrb. f. Dogm. XVI S. 91 fg. 325 fg. XVIII S. 136 fg. (1878. 1880). Patentr. S. 727. 728 (1878), fr. RZS. XXI S. 494. XXIII S. 94 (1879. 1881). Jahrb. f. Dogm. XXVIII S. 166 fg. (1889). Thon Rnorm und subjectives R. S. 356 fg. (1878). Bekker fr. RZS. XXII S. 51 fg. 54 fg. (1880). Hafendbrl österr. Obligationenr. I S. 523 fg. (1881). Leonhard RZS. f. R. XXVI S. 296 fg. (1881). Hartmann Wort und Wille im Rverkehr, Jahrb. für Dogm. XX S. 1 fg. Leonhard der Irrthum bei nichtigen Verträgen S. 1 fg. 322 fg. (1882. 1883). Bähr Urtheile des Reichsgerichts S. 6 fg. (1882). Derselbe fr. RZS. XXX S. 334 fg. (1888, abgeschwächt). Hartmann RPrä. LXXII S. 161 fg. (1888, stillschweigende Willenserklärungen). [[Pfersche die Irrthumslehre des österr. Privatr. mit Berücksichtigung des C. BGB. 1891.]] [Dazu Arasnopolski RZS. f. R. XL S. 610 fg., Dfner Grünh. RZS. XIX S. 441 fg.] Vgl. auch Sf. XXXV. 269 und die Citate § 76^a, Sf. XL. 274. Gegen diese Ansicht haben sich erklärt: Windscheid Wille und Willenserklärung, akadem. Programm 1878 (auch abgedruckt RPrä. LXIII S. 72 fg.). Zitelmann Jahrb. f. Dogm. XVI S. 357 fg. (1878). (Vgl. dens. Irrthum und Rgeschäfte S. 229. 235 fg. 255 fg. 396 fg.). Schreiff die Divergenz zwischen Wille und Erklärung, Bonn. Differt. 1879. Mommsen Erörterungen II S. 93 fg. (1879). Pernice RZS. f. R. XXV S. 77 fg. (1880). Thomsen die rliche Willensbestimmung (Kiel. Diff. 1882). Eisele Jahrb. f. Dogm. XXV S. 414 fg. (1887). Cunecerus Rgeschäfte, Bedingung und Anfangstermin S. 67 fg. (1888). Unger Grünh. RZS. XV S. 673 fg. (1888). S. auch Bruns in den nachgelassenen Pandektenfragm., II. Schriften II S. 473 fg. Aus der ausländischen Literatur ist zu bemerken: Moddermann *will of vertrouwen*, Groningen 1880, welcher Schriftsteller sich sehr entschieden für die neue Ansicht erklärt und eine Reihe von Stimmen aus der Niederländischen Jurisprudenz nennt, die sich in gleicher Weise ausgesprochen haben, — während die herrschende Ansicht in Schutz genommen wird von Opzomer in seinem Commentar zum Niederländischen bürgerl. Gesetzbuch V S. 28 fg. und von Goudsmit in seinem Pandektensystem II S. 84 fg. — Ich muß mich hier auf folgende Bemerkungen beschränken. 1) Nicht von allen, ja nur von den wenigsten der oben genannten Schriftsteller wird die neue Ansicht in vollem Umfange vorgetragen. Einerseits wird sie beschränkt auf Willenserklärungen unter Lebenden, oder auf Willenserklärungen in Verträgen, oder auf Willenserklärungen in obligatorischen Verträgen, oder gar auf Willenserklärungen in gegenseitigen Verträgen. Andererseits wird ein Unterschied gemacht zwischen den verschiedenen Graden des Willensmangels. Hier findet sich folgende Abstufung. a) Damit die nicht gewollte rliche Wirkung eintrete, ist nothwendig eine Handlung, welche in der Absicht vorgenommen worden ist, um in dem

Gegenüberstehenden den geistigen Eindruck hervorzurufen, daß der Handelnde einen bestimmten Willen habe. b) Diese Absicht ist nicht erforderlich; es genügt eine Handlung, aus welcher der Gegenüberstehende in berechtigter Weise den Eindruck empfangen hat, daß der Handelnde wolle. c) Die rliche Wirkung tritt selbst dann ein, wenn auch die körperliche Bewegung, aus welcher der Gegenüberstehende diesen Eindruck empfangen hat, nicht gewollt ist. 2) Man hat sich für die neue Ansicht auf die Natur der Willenserklärung berufen. Ich halte diese Beweisführung nicht für gelungen, was hier nicht erschöpfend verfolgt werden kann. Das Scheinbarste ist Folgendes: der Wille kann direct nicht erkannt werden, er kann nur erschlossen werden aus sinnlich wahrnehmbaren Zeichen, welche zu dem Ende gesetzt werden, damit aus denselben auf das Vorhandensein des Willens geschlossen werde; also ist Willenserklärung = Setzen von Zeichen in dieser Absicht. Das wäre die Rechtfertigung für die unter 1 bei a bezeichnete Meinung. So in der That, wenn auch nicht den Worten, doch der Sache nach, Kohler a. a. O. Aber daraus, daß der Wille nur offenbart werden kann durch Setzen von Zeichen in der Absicht, daß aus denselben auf das Vorhandensein eines Willens geschlossen werden soll, folgt nicht, daß das Setzen von Zeichen in dieser Absicht nothwendig Offenbarung eines wirklich vorhandenen Willens sei. Diese Argumentation setzt also voraus, was zu beweisen war, daß es auf diesen Willen nicht ankomme. 3) Sehr beliebt ist bei den Vertheidigern der neuen Ansicht die Berufung auf die Bedürfnisse des Verkehrs. Es wird hier verworther ein Zug, von dem anzuerkennen ist, daß er in dem modernen Abewußtsein sich mit Energie geltend macht, der Zug nach Gleichstellung des bona fide als Wirklichkeit angenommenen Scheins mit der Wirklichkeit. Aber von allem Anderen abgesehen ist dieß ein Argument de lege ferenda, nicht de lege lata. Vgl. § 22^a. 4) In den Quellen des gem. R. findet die neue Ansicht keine Unterstützung, sondern Widerlegung. Vgl. das oben genannte Programm S. 14 fg. (Arch. S. 83 fg.) und Zitelmann Jahrb. f. Dogm. XVI S. 422 fg., Pernice ZS. f. H.R. XXV S. 106. Der Beweis, den neuerdings Leonhard a. a. O. dafür angetreten hat, daß der Ausdruck consensus in unseren Quellen nur die Uebereinstimmung der Erklärungen, nicht die Uebereinstimmung der Willen bezeichne, kann nicht als gelungen anerkannt werden. Davider auch Regelsberger ZS. f. H.R. XXIX S. 313 fg., Potmar fr. VJ.S. XXV S. 369 fg. XXVI S. 224 fg. 228 fg., Mandry ACPr. LXVI S. 488, Enneccerus a. a. O. S. 107 fg., Fritzsche Untersuchung über die Bedeutung von consensus und consentire in den Digesten. Göt. Diff. 1888. Nachtrag von Leonhard ACPr. LXXII S. 42 fg. Ueber l. 110 § 1 D. 45, 1 f. § 84¹¹. [[Mit Entschiedenheit für das Willensdogma: H.G. XXVIII S. 18 (1. Sen. 29.6. 91). — Bekker II § 92: Aus der Natur der Willenserklärung darf nicht argumentirt werden; das ist natürliche Speculation. „Die Quellen ergeben dem gewöhnlichen Auge nichts als ein Chaos weist halb harmonischer, zum Theil einander direct widersprechender Entscheidungen“ (S. 57, dazu S. 64). Resultat für das gem. R.: der Richter hat nach der „bona fides“ zu entscheiden, ob er dem Willen oder der abgegebenen Erklärung das größere Gewicht beizulegen hat, nach dem, was gute Sitte und sicherer Verkehr erfordern (S. 63). S. 66: Höhe des Schadens, Fähigkeit der Partei, ihn zu tragen.]] [Dernburg I § 99: Bei liberalen Zuwendungen und leytwilligen Verfügungen ist der Nachweis mangelnden Willens schlechthin gestattet; die Verleugnung eines Verkehrsgeschäftes wegen mangelnden Willens steht dagegen nicht frei, wenn sie dem Anstand und tüchtiger Gesinnung widerspricht, vor allem wenn der Erklärende selbst schuld daran ist, daß der andere Theil durch die falsche

Dieses Princip erleidet aber bei Willenserklärungen, die einem Andern gegenüber abgegeben werden^{1b}, eine Ausnahme in dem Fall, wo dem Urheber der Willenserklärung Arglist dem anderen Contrahenten gegenüber zur Last fällt. Aus diesem Grunde findet die Mentalreservation im Rechte keine Beachtung^{1c}. Der Arglist steht die grobe Nachlässigkeit gleich^{1d}.

Erklärung getäuscht wurde. Regelsberger I § 140: Nichtverkehrsgeschäfte sind wegen mangelnden Willens nichtig; bei Verkehrsgeschäften ist die Verufung auf mangelnden Willen unzulässig, wenn der andere Theil entschuldbar getäuscht wurde durch Schuld des Erklärenden; bei schriftlichen auf eine unbestimmte Zahl von Personen berechneten Willenserklärungen (Vollmachten, Wechseln, Inhaberpapieren) gilt das Gleiche, auch wenn der Erklärende nicht in Schuld ist; in anderen Fällen haftet er wegen schuldlos verursachter Täuschung auf das negative Vertragsinteresse: immer wird der Willensmangel berücksichtigt, wenn der Erklärungsempfänger über die Täuschung aufgeklärt wird, bevor ein Schade eingetreten ist, oder wenn die Aufrechterhaltung der Erklärung ihn auf Kosten des Erklärenden ungerechtfertigt bereichern würde. Vgl. auch (ähnlich) Gerke I § 33, III a. E. — S. ferner § 76*.]

^{1b} Dahin gehören namentlich die Vertragserklärungen, aber auch z. B. die Kündigung, die Widerrufserklärung zc. Anders begrenzt Regelsberger in Endemann's Handb. des Handelsr. II S. 400². [Vgl. ob. § 69, 5.]

^{1c} Mentalreservation: es wird etwas, was nicht gewollt ist, als gewollt erklärt, um denjenigen, an den die Willenserklärung gerichtet ist, zu täuschen. [Vgl. RG. XXX S. 32.] Man darf nicht sagen, daß die Mentalreservation deswegen unwirksam sei, weil sie nicht bewiesen werden könne. Ihr Beweis ist schwierig, aber nicht unmöglich. Sondern die Mentalreservation ist deswegen unwirksam, weil das R. nicht zugestehen kann, daß Jemand sich auf seine Lüge berufe. Vgl. das oben genannte Programm S. 27 fg. (Arch. S. 96 fg.). Fernere Literatur: Savigny III S. 259, Regelsberger civilr. Erörter. S. 18 [Band. I § 141, II.], Höver a. a. D. S. 49 fg., Köhler Jahrb. f. Dogm. XVI S. 94. 325 fg. (vgl. detsf. Patentr. S. 727. 728, fr. RZS. XXI S. 494. XXIII S. 34), Bittelmann Jahrb. f. Dogm. XVI S. 400 fg., Scheiff a. a. D. S. 30 fg., Pernice ZS. für H. XXV S. 90 fg., v. Scheurl das gem. deutsche Eher. S. 124 fg. (eigenthümlich, aber m. E. nicht richtig). [[v. Scheurl ACPr. LXXVIII S. 342 fg.: Mentalreservation liege nur vor, wenn der Erklärende absichtlich zweideutige Worte wähle. Sei das nicht der Fall, so liege Erklärung des wirklichen Willens vor.]] Enneccerus a. a. D. S. 95 fg., Graf Pininski (1) II S. 395 fg., Köhler Jahrb. f. Dogm. XXVIII S. 169 fg. 194 fg. [Dernburg I § 99 zu². Brinz-Lotmar IV § 524 zu⁵ fg. bef. Lotmar in Note⁵.] In c. 26 X. 4, 1 wird der Mentalreservation in einem besonderen Falle „seltsamer Weise Wirkung zugeschrieben, woraus aber gewiß Niemand geneigt sein wird, ein Princip zu bilden“ (Savigny a. a. D. Note a). Vgl. übrigens auch Scheiff a. a. D. S. 28 fg., v. Scheurl Eher. S. 128, [ACPr. S. 346 fg.] Sehling ZS. f. Kirchengr. XX S. 95 fg., Köhler Jahrb. f. Dogm. XXVIII S. 185 fg., [Pinschius ACPr. LXXXIII S. 321 fg.: c. 26 cit. erklärt sich aus der Sacramentsnatur der Ehe und ist für das Civilr. (die Rechtsgeschäfte) nicht maßgebend]. — Der Mentalreservation braucht nicht nothwendigerweise eine gewinnstüchtige Absicht zu Grunde zu liegen. S. ².

^{1d} Die grobe Nachlässigkeit (culpa lata) der Arglist gleichzustellen (vgl. §

Daß in der Erklärung etwas als gewollt bezeichnet ist, was nicht gewollt ist, kann entweder dem Erklärenden bewußt sein, oder es kann ihm nicht bewußt sein.

Unter den Fällen der ersten Art ist der praktisch wichtigste² der der Simulation. Man bezeichnet mit diesem Ausdruck die Erklärung eines nicht gewollten Willensinhaltes, welche Jemand zu dem Ende vornimmt, um nach Außen den Schein eines Rechtsgeschäfts hervorzurufen^{2a}. Möglicherweise kann er dabei ein anderes Rechtsgeschäft wirklich gewollt haben; dann entsteht die Frage, ob nicht wenigstens dieses letztere zu Stande gekommen sei. Die Beantwortung dieser Frage hängt [von den über das verdeckte Geschäft auch abgesehen

101¹⁰) berechtigten Stellen wie l. 8 pr. D. 2, 13, l. 9 § 4 D. 10, 4, l. 1 § 1 D. 11, 6, l. 2 § 5 D. 18, 4, l. 7 § 1 D. 26, 10, l. 1 § 2 D. 47, 4. S. das cit. Programm S. 32 fg. (Arch. S. 99 fg.). Uebereinstimmend Regelsberger civilr. Erörterungen S. 17 fg. und in Endemann's Handb. d. Handelsr. II S. 400 fg. Dagegen S. f. XXXVII. 288. Dagegen auch Burdhardt Sinn und Umfang der Gleichstellung von dolus und lata culpa im r. R. S. 77 fg. — Liegt culpa lata nicht vor, so kann dem anderen Theil nur auf dem Wege des f. g. negativen Vertragsinteresse geholfen werden. S. § 311¹. [Vgl. § 76^a a. E.]

² Ueber den Fall der Mentalreservation s. ¹⁰. Andere Fälle: l. 24 D. 29, 1, l. 3 § 2 D. 44, 7 (Scherz, Lehrzweck). Pernice 3S. f. 5R. XXV S. 116 fg. ist der Meinung, daß die zuletzt genannten Fälle der Mentalreservation gleichzustellen seien, und daß im Besonderen im Fall des Scherzes eine wirkliche Mentalreservation vorliege. Ich glaube, man muß unterscheiden zwischen Willenserklärung aus Scherz und im Scherz; dort will der Erklärende täuschen, er thut es aber nicht in eigennütziger Absicht, sondern um sich über den Anderen lustig zu machen (¹⁰ a. E.), hier glaubt er, daß sein Scherz werde verstanden werden. Im letzten Fall kann der Erklärende, wenn nicht culpa lata vorliegt, nur auf das negative Vertragsinteresse (¹⁴) in Anspruch genommen werden. Vgl. RG. VIII S. 248 fg. (Preuß. Recht). Vetter II S. 136—138, [Hölber S. 215, 219, Dernburg I § 99 zu ⁹, ¹⁰, Regelsberger I § 141, I, Brinz-Potmar IV § 534³ m. Text, Brehmer rliche Bedeutung der Willenserklärung im Scherz. Erl. Diff. 1897.]

^{2a} Nach Außen: derjenige, dem gegenüber die Willenserklärung vorgenommen wird, kennt die Nichtwirklichkeit des Willens. — Auch die Mentalreservation bezeichnet man wohl als (einseitige) Simulation. Vgl. übrigens auch Schloßmann Vertrag S. 105 fg., Scheiff a. a. D. S. 26 fg., Brodowski r. Privat. II S. 317. Kohler Jahrb. f. Dogm. XXVIII S. 169 fg. [Hölber S. 215 fg., Dernburg I § 100, 1, Regelsberger I § 141, III, Brinz-Potmar a. a. D. (*), Tarducci, l'eccezione di simulazione o l'azione revocatoria (Pauliana). Arch giur. XLIV p. 184 sg.; vgl. RG. XXXII S. 232. Simulation im Gegensatz zu fiduciarischen Geschäften: Dernburg I § 100, 3. G. A. Leift die Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien S. 80 fg., RG. XXXVII S. 106 fg. — Scheingeschäfte im Vergleich zu „stillen Verhältnissen“ Ljner Grünh. 3S. XX S. 242 fg.]

von der Dissimulation geltenden Vorschriften, insbesondere] davon ab, ob 1) die abgegebene Erklärung, als ein gehöriger Ausdruck des vorhandenen Willens angesehen werden kann, und 2) ob nicht, was häufig der Fall sein wird, das Recht diesen Willen wegen seines Inhalts mißbilligt³.

[§ 75. 1. Nach BGB. 116 ist eine Willenserklärung nicht deshalb nichtig, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen. Der Thatbestand der f. g. Mentalreservation ist damit gemäß den bisher herrschenden Anschauungen wiedergegeben. Auch die Willenserklärung im Scherz gehört dann hierher, wenn der Scherzende die Absicht hat, den scherzhaften Charakter seiner Erklärung verdeckt zu halten (vgl. ³). Die Ansicht von Windscheid, wonach bei Mentalreservation nur die einem Andern gegenüber abgegebene Willenserklärung gültig ist, ist in dem BGB. nicht anerkannt; der angeführte Satz gilt vielmehr bei jeder Willenserklärung, auch bei letztwilligen (arg. 2078). Die empfangsbedürftige, unter Mentalreservation abgegebene Willenserklärung nimmt nur darin eine Sonderstellung ein, daß sie nichtig ist, wenn der Empfänger die Sache durchschaut hat, (nicht aber auch, wenn er sie hätte durchschauen müssen). Wer sich auf diese Nichtigkeit beruft, muß den Mangel des wahren Willens und die Kenntniß des Erklärungsempfängers beweisen. Bei der empfangsbedürftigen Erklärung unterliegt es keinem Zweifel, daß die Absicht der Verheimlichung eben dem Empfänger der Erklärung gegenüber obwalten muß; bei der nichtempfangsbedürftigen Erklärung dagegen, z. B. beim Testament, kann zweifelhaft sein, was unter dem geheimen Vorbehalt überhaupt zu verstehen ist; es ist m. E. an Verheimlichung gegenüber den Personen zu denken, im Verhältniß zu welchen die Willenserklärung ihrem Inhalt zufolge wirken soll; liegt dieses vor, so hebt es den Thatbestand der Mentalreservation nicht auf, wenn Dritte, etwa Zeugen, in das Vertrauen gezogen sind.

2. Wenn eine Willenserklärung nicht ernstlich, aber in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, so ist sie nichtig (118). Auch dieß gilt für empfangsbedürftige wie nicht empfangsbedürftige

³ Cod. IV, 22 plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur; l. 54 D. 44, 7, l. 55 D. 18, 1, l. 4 § 5 D. 18, 2, l. 30 D. 23, 2, l. 3 C. 5, 17; l. 36. 38 D. 18, 1, l. 46 D. 19, 2, l. 5 § 5. l. 7 § 6 D. 24, 1, l. 3 C. 4, 38, l. 20 C. 5, 16, l. 14 pr. D. 18, 2, l. 5 § 6 C. 4, 50. I. 16 C. 5, 16. Vgl. Kohler Jahrb. f. Dogm. XVI S. 113 fg. Cf. V. 146, XVIII. 132, XXII. 12, XXXI. 201; VI. 82, XIV. 75, XVII. 180, XX. 26, XXI. 98, XXVI. 21, XLII. 280. [Hölzer a. a. D. (*), Dernburg I § 100, 2, Regelsberger a. a. D. (*), Prinz-Potmar IV § 524 zu 7.] — Kann die Nichtigkeit des simulirten Geschäfts auch gegen den Dritten geltend gemacht werden, der im Vertrauen auf die Gültigkeit des Geschäfts einen Erwerbssact vorgenommen hat? Vgl. Dernburg Preuß. Privatr. I § 104^o und Pand. I § 100 zu ^o 7, Kohler Jahrb. f. Dogm. XVI S. 127 fg., Hartmann das. XX S. 3 fg., Leonhard Irrthum S. 131 fg., Regelsberger in Endemann's Handb. des Handelsr. III S. 408 [Pand. I § 144 zu ¹²], Enneccerus a. a. D. S. 99 fg., Kohler Jahrb. f. Dogm. XXVIII S. 170. 183. [[Bekker II S. 140]]. [Prinz-Potmar IV § 524⁷.] [[RG. XX S. 340.]] [XXVIII S. 171 fg.]

Willenserklärungen. Der Unterschied gegenüber der Mentalreservation liegt darin, daß in diesem zweiten Falle der Erklärende keine Verheimlichungsabsicht hat, vielmehr glaubt, daß der Empfänger der Erklärung, und bei nichtempfangsbedürftiger Erklärung derjenige, im Verhältniß zu welchem dieselbe ihrem Inhalt zufolge wirken müßte, den Mangel des Willens des Erklärenden bemerken werde. Gleichgültig ist, ob der Erklärende sich dieser Erwartung hingeben durfte oder nicht; gleichgültig auch, welchen Zweck er verfolgte, ob er zu scherzen beabsichtigte, oder etwas anderes im Auge hatte. Die Beweislastfrage wird sich dahin stellen: Wer den Mangel der Willenserntlichkeit behauptet, muß ihn beweisen; dann ist das Geschäft so lange für nichtig nach § 118 zu halten, bis bewiesen ist, daß der Erklärende die Absicht hatte, den Mangel zu verheimlichen, und demgemäß § 116 anwendbar ist. Der Erklärende haftet aber in dem hier besprochenen Falle, auch wenn er schuldlos ist, auf das negative Interesse, jedoch, wie immer, nicht über den Betrag des positiven Interesses hinaus und zwar bei empfangsbedürftigen Erklärungen dem Empfänger gegenüber, bei nicht empfangsbedürftigen Jedem gegenüber, der ein solches Interesse hat, es wäre denn, daß der Beschädigte den Mangel der Willenserntlichkeit erweislich kannte oder kennen mußte (122). Bei letztwilligen Erklärungen tritt diese Haftung nicht ein (2078 Abs. 3.).

3. Eine Willenserklärung, die nicht einem andern gegenüber abzugeben ist, fällt, wenn sie nicht ernstlich abgegeben wird, immer entweder unter die obige Nummer 1 oder 2. Dagegen ist bei einer Willenserklärung, die einem Andern gegenüber abzugeben ist, noch als dritter Fall der möglich, daß sie mit dessen Einverständnis zum Schein abgegeben wird. Dann ist sie nichtig (117 Abs. 1). Das unter dem Scheingeschäft etwa verdeckte Ernstgeschäft beurtheilt sich nach seinen gewöhnlichen Grundfällen, ohne durch die Art der Einleitung beeinträchtigt zu werden (117 Abs. 2.). Es ist nicht der allgemeine Grundsatz aufgestellt, daß der gutgläubige Dritte das simulirte Geschäft als Ernstgeschäft in Anspruch nehmen könne (vgl. ³ a. E.); eine solche Vorschrift war wegen der sonstigen Bestimmungen des BGB. über den gutgläubigen Erwerb von Nichtberechtigten (932 fg. 1032. 1207. 892 fg. 405) und mancher ähnlicher Vorschriften entbehrlich. (So kann die Simulation einer Vollmacht Dritten gegenüber nicht geltend gemacht werden, wenn die Voraussetzungen der §§ 171 oder 172 vorliegen. Selbst wenn ohne Vollmachtsurkunde der Scheinbevollmächtigte mit Willen des Scheinvollmachtgebers einem Dritten mittheilt, er sei bevollmächtigt, kommt man zu dem gleichen Ergebnis; denn die Mittheilung im Sinne des § 171 kann auch durch den Bevollmächtigten selbst überbracht werden.) Eine Erklärung, welche gegenüber einer Behörde abgegeben ist, ist gültig, auch wenn sie im Einverständnis eines andern Privatbetheiligten zum Schein abgegeben wird; nichtig gemäß § 117 könnte sie nur allenfalls dann sein, wenn die Behörde mit der Scheinhandlung als solcher einverstanden wäre. Ich glaube aber, daß ein Staatsbeamter amtlich nicht simuliren und in die fremde Simulation auch nicht willigen kann. Insofern Staatsacte eine selbständige Rechtswirkksamkeit haben, werden sie auch durch die Simulation der Parteierklärungen, auf denen sie beruhen, nicht beeinträchtigt. 3. B. wird ein richterliches Urtheil nicht durch die Thatsache beeinträchtigt, daß die Parteien nur zum Schein processiren wollten. So sind auch die constitutiven obrigkeitlichen Acte des Privatrechts darum nicht weniger in sich gültig, weil die Parteien eine Willenserklärung, auf deren Grund der

Staatsact erfolgt, simulirt haben. Es kann sich nur fragen, ob der Staatsact selbständige Wirkungen hat, oder nur im Zusammenwirken mit gültigem Parteiact einen Erfolg herbeiführt. Die simulirte Eheschließung ist nichtig, gemäß § 1317; denn der Ausspruch des Standesbeamten (1318) schafft nicht die Ehe. Aber auch die grundbuchmäßigen Rechtsänderungen sind nichtig (vorbehaltlich natürlich der §§ 892 fg.), wenn die Einigung simulirt ist, weil nicht durch die Eintragung selbständig, sondern durch sie und die Einigung die Rechtsänderung herbeigeführt wird (873). Dagegen hat eine Vormerkung im Grundbuche die ihr eigenthümliche Wirkung auch dann, wenn sie auf simulirter Bewilligung beruht; denn sie wirkt durch sich selbst und nicht in Verbindung mit der Bewilligung (883 fg.).]

§ 76*.

Wenn der Erklärende kein Bewußtsein davon hat, daß in der abgegebenen Erklärung etwas als gewollt bezeichnet ist, was er nicht will, so befindet er sich in einem Irrthume. Gewöhnlich sagt man,

- * Richelmann der Einfluß des Irrthums auf Verträge (1837). Savigny III § 135—139 (1840); diese Darstellung ist epochemachend geworden). Ferner die Lehre vom Aserwerb durch Tradition S. 262—287 (1867). Hölder fr. WZS. XIV S. 561—583 (1872). Rittner österr. Eher. S. 162 fg. (1876). Zitelmann Irrthum und Ageschäft, eine psychologisch-juristische Untersuchung, Leipzig 1879. (Vgl. über dieses bedeutende Werk Bekker fr. WZS. XXII S. 33 fg., Schloßmann Grünh. JS. VII S. 543, Pernice JS. f. HR. XXV S. 128 fg.) Bruns Pandektenfragmente, II. Schriften II S. 478 fg. Leonhard der Irrthum bei nichtigen Verträgen nach r. R. Berlin 1882. 1883. (Vgl. über [und gegen] diese Schrift, deren Grundgedanke am Schluß der folgenden Note angegeben ist, Regelsberger JS. f. HR. XXIX S. 308 fg., Potmar fr. WZS. XXV S. 368 fg. XXVI S. 220 fg., Mandry ACPra. LXVI S. 48) fg. Vertheidigung durch Leonhard in den Verhandl. des 20. d. Juristentags III S. 23 fg.) [vgl. unt.] Ryl der Irrthum bei Ageschäften, in „Juristische Abhandlungen, Festgabe für G. Pefeler“ (1885). Werthauer über den Einfluß des Irrthums auf Verträge, 1887. (Darüber Endemann JS. f. HR. XXXIV S. 617 fg., Potmar fr. WZS. XXXII S. 304 fg.) Graf Pininski der Thatbestand des Sachbesitzerwerbes II S. 402 fg. (1888). S. auch Houwing dwaling by overeenkomsten naar nederlandsch recht, Leiden. Diss. 1888, angezeigt von Drukker in Rechtsgeleerd Magazyn 1888 p. 615 fg. — Wächter I § 72. II § 186. Württ. Privatr. II § 102. Pangerow III § 604 Anm. Sinteris I S. 193 fg. II S. 298 fg. Prinz I. Aufl. S. 1393 fg. [Prinz-Potmar IV § 525 fg.] Unger II § 89. Goldschmidt Handelsr. I § 62. Hasenöhr österr. Obligationenr. I S. 544—579. Dernburg I § 101. 102. [§ 102: bei entschuldbarem erheblichen Irrthum in Betreff des Geschäfts selbst (z. Unterschied von den Beweggründen) ist das Geschäft nichtig, bei unentschuldbarem gültig; Haftung auf das negative Vertragsinteresse findet im ersteren Falle nicht statt.] Wendi S. 113 fg. [principiell Willenstheorie, aber mit Ausnahmen, die nach bona fides zu bestimmen sind.] — Die Aufsätze von Boigt ACPra. LIII S. 404—432. LIV S. 23—80. 194—241 (1870, 1871) und von Hesse ACPra. LVII S. 182—253 (1874) und Jahrb. f. Dogm. XV S. 62—135. 206—250 (1877) enthalten eine Bearbeitung der juristischen Lehre vom Irrthum

daß in diesem Falle die Willenserklärung nichtig sei wegen des Irrthums, in welchem der Erklärende sich befinde. Das ist ein bequemer, aber ungenauer Ausdruck. Nicht der Irrthum ist der Grund der Nichtigkeit der Willenserklärung, sondern eben, daß der Erklärung kein wirklicher Wille entspricht; der Irrthum ist nur der Grund, weshalb ein nicht wirklich Gewolltes als gewollt erklärt worden ist¹.

überhaupt. Vgl. darüber Zitelmann a. a. O. S. 11 fg. Auch die Darstellung Zitelmann's ist so angelegt, daß in ihr die Grundlage zur Lehre vom Irrthum überhaupt enthalten ist, während sie sich näherer Ausführungen über andere Irrthumsfälle, als die in diesem § bezeichneten enthält. [[Hölder S. 232 fg.]]: [Bei entschuldbarem wesentlichen Irrthum ist die Willenserklärung zu Gunsten des Irrenden ungültig, er haftet aber auf das negative Vertragsinteresse.] [[20. deutscher Juristentag: Gutachten von Heinsheimer III S. 3 fg., von Leonhard III S. 23 fg., Verhandlungen IV S. 83 fg. 416 fg. Pfizer Physiologie des Irrthums Jahrb. f. Dogm. XXIX S. 107 fg. (1890) Resultat: S. 155. 160, Affolter Irrthum beim Kauf ABH. VI S. 280 fg. (ohne Förderung)]. [Pfersche (§ 75^{1a}). Polze ACPr. LXXVI S. 233 fg. (vgl. auch LXXXII S. 1 fg.). v. Tuhr über die Mängel des Vertragsabschlusses nach schweizerischem Obligationenr. (ZS. f. Schweiz. R. N. 7. XV S. 278 fg. XVI S. 1 fg., auch für das gem. R. werthvoll.) Zitelmann in Bekker und Fischer Beiträge z. Erläut. u. Beurtheil. des G. BGB. 5. 9/10 S. 4 fg. Hölder ACPr. LXIII S. 92 fg. LXXX S. 33 fg. Zum Theil gehören auch hierher: Litten der Diffens über die Person des Empfängers beim Traditionserwerb Hall. Diff. 1895. Halben über den Schadensersatz aus nichtigen Verträgen Erl. Diff. 1895. Regelsberger I § 142: Nichtverkehrsgeschäfte sind im Falle des wesentlichen Irrthums ungültig (I, 1), Verkehrsgeschäfte sind im gleichen Falle gültig, wenn der Irrthum dem Empfänger der Erklärung nicht erkennbar und für den Erklärenden unentschuldbar ist, ist er entschuldbar, so ist das Geschäft ungültig, der Irrende haftet aber auf das negative Vertragsinteresse; bei schriftlichen Erklärungen, die für eine unbestimmte Zahl von Personen bestimmt sind, ist der entschuldbare Irrthum nicht anders als der unentschuldbare zu behandeln (I, 2). Die Ungültigkeit in Folge Irrthums ist relative Nichtigkeit (IV).]

¹ Savigny (III Beil. VIII Nr. XXXIV) nennt deswegen diesen Irrthum § 76. „unächt“ Irrthum, offenbar unpassend; ein unächt Irrthum ist ein Irrthum, welcher nur scheinbar ein Irrthum ist, nicht aber ein Irrthum, welcher nur scheinbar eine gewisse rechte Wirkung ausübt. Die Unterscheidung selbst zwischen diesem s. g. unächt Irrthum und dem Irrthum im Beweggrund (§ 78) halte ich nach wie vor für die allein richtige Grundlage einer befriedigenden Theorie vom Irrthum und ihre Feststellung für eines der schönsten Verdienste Savigny's. Sie ist aber nicht ohne Anfechtung geblieben. S. im Besonderen Bekker (tr. ZS. III S. 187—201, vgl. V S. 395. 396. Bekker Pand. II § 84 Beil. I, § 92.), und neuestens Leonhard a. a. O., welcher sogar entdeckt zu haben glaubt, daß Savigny die Unterscheidung gar nicht mache. Vgl. § 75¹. Prinz und Hölder bestreiten nicht die Unterscheidung an sich, ziehen aber die Grenze in anderer Weise. Festgehalten ist die Savigny'sche Unterscheidung bei Zitelmann. (Der Grundgedanke des Leonhard'schen Buches ist, daß nur derjenige, andererseits aber auch jeder Irrthum die Vertragserklärung nichtig mache, dessen Abwesenheit dem anderen Vertragsschließenden als Geschäftsbedingung erkennbar

Die bei dem Irrthum stattfindende Willensunwirklichkeit kann von verschiedener Art sein.

1. Entweder ist nur der in der Erklärungshandlung bezeichnete Willensinhalt nicht gewollt, während die Erklärungshandlung selbst gewollt ist², oder es ist auch die Erklärungshandlung nicht gewollt².

2. Entweder liegt nichts vor, als daß das als gewollt Erklärte nicht gewollt ist, oder es ist zugleich statt des als gewollt Erklärten etwas Anderes gewollt. In diesem letzteren Fall ist der wirkliche

entgegengesetzten sei. Leonhard macht jedoch von diesem Satze weitgehende Ausnahmen, welche u. A. bei Mandry ACPr. LXVI S. 484 ausgeführt sind. Für einen einzelnen Fall, den Fall des s. g. error in substantia, verwendet den Begriff der Bedingung auch Wechmann Kauf II S. 446 fg.)

² Jemand unterschreibt eine Urkunde, von deren Inhalt er sich eine falsche Vorstellung macht, er bejaht eine Frage, die er falsch verstanden hat, er verwechelt eine sich vor ihm befindende Person oder eine Sache mit einer anderen (§ 76a⁴). S. auch II § 308⁶. Zitelmann S. 392 fg. Was den Fall der Urkundenunterzeichnung angeht, s. I. 5 C. 4, 22, I. 10 C. 8, 53 [54] und Sf. XIX. 14, XXXI. 109, XXXVII. 288; andererseits das. VIII. 26, XIV. 16, XXIV. 290, XXIX. 215, 229, XXXII. 87, XXXIV. 189, XXXVIII. 207, XL. 79, XLI. 4, XLIII. 259, XLIV. 2. Die zuletzt genannten Urtheile erklären den Unterzeichner für gebunden, theilweise auf Grund der in § 75^{1a} bezeichneten Auffassung. Vgl. das das. citirte Programm S. 17 fg. 24 fg., Mommsen's Erörterungen II S. 306 fg., Pernice ZS. f. d. R. S. 129 fg., Leonhard S. 151 fg. [[Sf. XLV. 75 läßt die Entscheidung der Frage dahingestellt, jedenfalls aber müßten in schlüssiger Weise bestimmte Thatsachen behauptet werden, durch welche der angebliche Irrthum über den Inhalt der Urkunde entstanden sei. Ebenso XLVII. 182.]] — Zitelmann (a. a. D. S. 115 fg., Jahrb. f. Dogm. XVI S. 362 fg.) bezeichnet den auf die Folge gerichteten Willen als mittelbaren Willen, und gebraucht dafür den Ausdruck Absicht.

³ Jemand verspricht sich, verschreibt sich, vergreift sich. Er handelt in Zerstreuung. Zitelmann S. 363 fg. Brinz und Hölder a. a. D. wollen in diesem Fall von Irrthum nicht geredet wissen, in demselben liege nicht sowohl ein Irrthum vor, als ein „Irrren“, eine „Irrung“, eine „Verirrung“. Doch leugnen sie nicht, daß der lateinische Ausdruck error weiter gehe (Brinz: „error der Bewußtlosigkeit“ im Gegensatz zum „error in der Vorstellung“). Dieselben Schriftsteller sind der Ansicht, daß nur in diesem Falle eine Nichtübereinstimmung zwischen Wille und Erklärung statffinde, und sie ziehen daraus die Konsequenz, daß in dem Fall der Note² nur relative Nichtigkeit eintrete (Brinz), oder daß nur die Nothwendigkeit für den Erklärenden wegfalle, seine Erklärung „anzuerkennen“ (Hölder). Für den Fall des s. g. error in substantia vertheidigt auch Hanaukel (§ 76a⁷) die relative Nichtigkeit; dawider Regelsberger Grünh. ZS. XI S. 431 fg. Umgekehrt bestreitet Pernice a. a. D. S. 133 fg. [[so jetzt auch Hölder Pand. S. 238 fg.]], daß in diesem Fall die Erklärungshandlung nicht gewollt sei. Vgl. Leonhard S. 140 fg. Dawider Enneccerus S. 94. Pininski (*) II S. 381 fg. 529 fg. [Dem hier behandelten Falle steht nahe der Fall der unrichtigen Uebermittlung einer richtig abgegebenen Willenserklärung. Siezu II § 309 zu⁶ fg.].

Wille ebenso ohne rechtliche Wirkung, wie die abgegebene Erklärung⁴. Bezieht sich die Willenserklärung auf eine Quantität, so hat die Willenserklärung für die mindere Quantität⁵ rechtlichen Bestand.

3. Die Willensunwirksamkeit kann vorhanden sein für den ganzen Umfang der abgegebenen Erklärung⁶, oder^{6a} nur für einen einzelnen Punkt derselben, im Besonderen für den Inhalt der als gewollt bezeichneten Rechtsfolge⁷, oder die Person oder die Sache, für welche nach der Erklärung die Rechtsfolge eintreten soll⁸. Ob die Willensunwirksamkeit in Betreff eines einzelnen Punktes die ganze Willenserklärung nichtig macht, hängt davon ab, ob die übrigbleibenden Punkte auch ohne den ausfallenden Punkt gewollt sind oder nicht⁹. —

⁴ Die Erklärung ist ohne Willen, der Wille ohne Erklärung. L. 3 D. 34, 5: — „qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur“. L. 9 pr. § 1 D. 28, 5. Vgl. Zitelmann S. 402 fg.

⁵ L. 9 § 3. 4 D. 28, 5, l. 15 § 1 D. 30, l. 52 D. 19, 2. Ob damit aber das ganze Geschäft bestehen kann, von dem die Willenserklärung einen Theil bildet, ist eine andere Frage. L. 52 cit. Cf. XXVIII. 209, vgl. XXX. 126. Ausnahmsweise kann es auch vorkommen, daß entweder die größere Quantität oder gar Nichts gewollt ist. L. 9 § 2 D. 28, 5 erklärt sich in ihrem ersten Theil allenfalls aus den Worten „quasi plus nuncupatum est“, jedenfalls für den letzten Theil muß der favor testamenti zur Hülfe genommen werden. Vgl. überhaupt Zitelmann S. 593 fg.

⁶ Z. B. Jemand unterschreibt eine auf seinen Namen ausgefertigte Geschäfts-urkunde, die er für einen gleichgültigen Brief hält.

^{6a} Vgl. zum Folgenden Zitelmann S. 465 fg., Ryl S. 22 fg.

⁷ Entstehung, Veränderung, Untergang eines R.; Veränderung dieses bestimmten Inhalts; Entstehung eines R. dieser bestimmten Art oder dieses bestimmten näheren Inhalts. Beispiele: Jemand will eine Forderung stunden, und erklärt, er erlasse sie; er will sie für einen Monat stunden, und erklärt: für ein Jahr; er will ein obligatorisches R. auf Fruchtbezug gewähren, und erklärt: Nießbrauch; er will eine Wasserleitungsgerechtigkeit bestellen, und erklärt: Wasser-schöpfungsgerechtigkeit; er will vermieten, und erklärt: er verkaufe, oder umgekehrt. Von dem letzten Fall handelt l. 5 C. 4, 22.

⁸ L. 9 pr. § 1 D. 28, 5, l. 4 pr. D. 30; l. 10 C. 8, 53 [54]; l. 9 pr. D. 18, 1, § 23 l. 3, 19, l. 83 § 1 l. 137 § 1 D. 45, 1; l. 34 pr. D. 41, 2.

⁹ Man kann dieß so ausdrücken: nur der Irrthum über einen wesentlichen Punkt macht die ganze Willenserklärung nichtig, und es liegt nahe, den Irrthum, je nachdem er sich auf einen wesentlichen oder unwesentlichen Punkt bezieht, einen wesentlichen oder unwesentlichen Irrthum zu nennen, wobei jedoch zu bemerken ist, daß der herrschende Sprachgebrauch jeden nicht vernichtenden Irrthum, also auch den Irrthum im Beweggrund, als unwesentlichen Irrthum bezeichnet. Vgl. auch Leonhard S. 589 fg., Ryl S. 28. — In den früheren Ausgaben waren in Uebereinstimmung mit der herrschenden Lehre als wesentliche Punkte bezeichnet: die Natur des zu begründenden Rechtsverhältnisses, die Person und die Sache, in Beziehung auf welche der Wille erklärt wird. Dieß ist zu enge. Wer ein Pferd zum Spazieren-

Hängt die Richtigkeit der Willenserklärung davon ab, ob der Irrthum entschuldbar ist oder nicht? An und für sich nicht. Eine Ausnahme gilt aber für Willenserklärungen, die einer andern Person gegenüber abgegeben werden; hier kann der Irrthum sich auf seinen Irrthum nur dann berufen, wenn der Irrthum entschuldbar ist¹⁰.

[§ 68. Vgl. § 77 a. E.]

§ 76a.

Für den Fall, wo die Richtigkeit der Willenserklärung wegen Irrthums über die Person oder über die Sache, für welche nach der Willenserklärung die in derselben bezeichnete Rechtsfolge eintreten soll, behauptet wird, entsteht die Frage, wann man sagen könne, daß die als gewollt bezeichnete Person oder Sache nicht die gewollte sei (s. g. Irrthum über die Identität). Die Beantwortung dieser Frage ist theilweise streitig¹; man wird wohl thun, die einzelnen Fälle abge-

reiten vermieten will und erklärt, es zum Vastenziehen vermieten zu wollen, hat sich weder über die Natur des zu begründenden Verhältnisses, noch über die Person, noch über die Sache geirrt, und doch unzweifelhaft eine ungültige Willenserklärung abgegeben. Ebenso kann Ort und Zeit der Leistung, über welche ein Vertrag abgeschlossen wird, außerordentlich wesentlich sein, so daß für einen andern Ort oder eine andere Zeit der Vertrag überhaupt nicht gewollt ist. Piniński (*) II S. 467 fg. [Ist die Frage, ob der Irrthum wesentlich ist oder nicht, nach allgemeinen Regeln oder nach den Umständen des Einzelfalles zu beantworten? Für erstere Hölzer § 45² und in der Hauptsache auch Dernburg I § 102, 4. Regelsberger I § 142, II: Wesentlich ist jeder Punkt in der Erklärung, der (für den Richter) erkennbarermassen mit dem Interesse des Erklärenden so eng verknüpft ist, daß angenommen werden muß, die getroffene Verfügung, die gegebene Zusage solle mit dem Punkt, wie ihn sich die Partei vorstellte, stehen und fallen. Ob dieß der Fall, soll aber nach allgemeinen Anschauungen, nach objectivem Befunde (das. III S. 525) beurtheilt werden.]

¹⁰ S. § 75^{1a} in Verbindung mit § 79a⁴. [Piniński a. a. O. II S. 302 fg.] [[Entschuldbarkeit des Irrthums schlechthin verlangt Hölzer Pand. S. 232 fg.]] [vgl. auch *].

§ 76 a.

¹ Vgl. zum Folgenden namentlich Zitelmann S. 435 fg. 549 fg. Außerdem: Bekker fr. WZS. V S. 395. 396, Erner Tradition S. 279⁸⁸, Brinz I. Aufl. S. 1400. 1404 fg., Hölzer S. 571 fg., v. Wiebe Besiz S. 122, Rittner österr. Eher. S. 181—183, Pernice ZS. f. HR. XXV S. 137 fg., Thomsen die rliche Willensbestimmung (Wiel. Diss. 1882), Leonhard a. a. O. S. 398 fg. Enneccerus (§ 75^{1a}) S. 137¹. Was ich selbst in den früheren Auflagen dieses Lehrbuchs geäußert habe, war ungenügend, weil es nur auf die Person, nicht auf die Sache Rücksicht nahm; auch inhaltlich halte ich es nicht mehr vollständig aufrecht (*). — Im Folgenden ist nur von dem Fall die Rede, wo der Wille auf eine individuelle Person oder Sache gerichtet ist. Der Fall, wo die gewollte Person oder Sache genericisch bestimmt ist, ist sehr viel einfacher: hier kann es sich nur darum handeln, ob nicht irrigerweise andere Merkmale, als die gewollten, erklärt sind. Was unkörperliche Sachen (Rechte) angeht, vgl. Zitelmann S. 470 fg.

sondert in's Auge zu fassen. Da als Individualisierungsmittel entweder ein Individualisierungsmerkmal, d. h. ein Merkmal, welches nur für Eine Person oder Sache wahr sein kann², oder die sinnliche Wahrnehmung benutzt werden kann, und diese doppelte Möglichkeit sowohl für den Willen, als für die Erklärung vorhanden ist, so sind folgende Combinationen denkbar.

a. Individualisierungsmerkmal auf der Willens- wie auf der Erklärungsseite. Wenn das von der Erklärung angewendete Individualisierungsmerkmal auf eine Person oder Sache trifft, für welche das von dem Willen angewendete Individualisierungsmerkmal nicht wahr ist, so ist es unzweifelhaft, daß die als gewollt bezeichnete Person oder Sache nicht die gewollte ist³.

b. Sinnliche Wahrnehmung auf der Willens- wie auf der Erklärungsseite. Wenn der Wille auf eine auf Grund früherer sinnlicher Wahrnehmung vorgestellte Person oder Sache, die Erklärung auf eine andere gegenwärtig wahrgenommene Person oder Sache, welche für jene erste gehalten wird, geht, so ist ebenfalls die als gewollt bezeichnete Person oder Sache nicht die gewollte⁴.

² Ein hauptsächliches Individualisierungsmerkmal ist der Name, aber es ist nicht das einzige. Vgl. ⁵.

³ Z. B. ein Schauspieldirektor will einen Schauspieler engagiren, der sich auf einer bestimmten Bühne in bestimmten Rollen einen Namen gemacht hat, glaubt, er heiße Müller, während er Möller heißt, und schreibt an Herrn Müller. Oder er weiß, daß er Möller heißt, schreibt aber in der Zertreutheit Müller.

⁴ Dieß bestreitet Zitelmann a. a. O. Zitelmann sagt, daß, wenn die Erklärung auf ein sinnlich wahrgenommenes Object hinweise, es deswegen nicht weniger wahr sei, daß dieses Object gewollt sei, weil dasselbe für ein anderes, früher sinnlich wahrgenommenes gehalten werde; es werde damit dem Object nur eine Eigenschaft beigelegt, die es nicht habe (§. 443). Aber: 1) ist es denn wahr, daß der irdgeschäftliche Wille auf den sinnlich wahrgenommenen, beseelten oder unbeseelten, Körper als solchen geht, und nicht vielmehr auf das bestimmte Bild, welches in der Seele durch einen Körper empfangen worden ist? Doch will ich mich nicht auf „den bedenklichen Pfad der Metaphysik“ begeben. Aber die Zitelmann'sche Ansicht führt 2) zu Consequenzen, die mir unerträglich scheinen. [[Vgl. Pfersche Irthumslehre S. 52]], [welcher verlangt, daß man bei Constatirung dieser Unerträglichkeit nicht stehen bleibt, sondern die theoretische Grundlage der Ansicht Zitelmann's verläßt, die er als psychologisch falsch bekämpft.] Man halte nur den Gedanken fern, daß im gegebenen Fall möglicherweise wegen Betrugs oder auf Grund einer ausdrücklich oder stillschweigend übernommenen Vertragspflicht oder einer Voraussetzung geholfen werden kann: soll, wo diese Hilfe wegfällt, der Irrende schlechthin an seine Willenserklärung gebunden sein? Also z. B. Jemand hat mich lange um eine Sache gebeten, ich habe sie ihm nicht geben wollen, endlich entschlief ich mich dazu, ich glaube ihn auf der Straße zu erkennen, obgleich ich ihn nur von hinten sehe, und stecke dem vor mir Wandelnden die

c. Sinnliche Wahrnehmung auf der Willens-, Individualisierungsmerkmal auf der Erklärungsseite. Eine für den Willen durch frühere sinnliche Wahrnehmung individualisirte Person oder Sache wird durch ein Individualisierungsmerkmal bezeichnet, welches nicht für die sinnlich wahrgenommene Person oder Sache, sondern für eine andere Person oder Sache wahr ist. Dieser Fall ist natürlich nicht anders zu beurtheilen, als der Fall bei b.

d. Wie ist es aber, wenn einer auf Grund sinnlicher Wahrnehmung vorgestellten und als solche richtig bezeichneten Person oder Sache ein Individualisierungsmerkmal zugeschrieben wird, welches nicht für diese Person oder Sache, sondern für eine andere Person oder Sache wahr ist: darf man auch dann sagen, daß die als gewollt bezeichnete Person oder Sache nicht die gewollte sei? Die Frage ist zu verneinen, so daß also die denkbare Combination: Individualisierungsmerkmal auf der Willens-, sinnliche Wahrnehmung auf der Erklärungsseite sich als der Wirklichkeit nicht entsprechend ausweist⁵.

Sache in die Hand: da hast du sie; der Empfänger wendet sich um und sagt: ich danke bestens; es ist eine fremde Person. Entscheidend aber für mich ist 3) I. 34 pr. D. 41, 2. „Si me in vacuum possessionem fundi Corneliani miseris, ego putarem me in fundum Sempronianum missum et in Cornelianum iero, non adquiram possessionem“ — eine Stelle, die in der Lehre vom Irrthum zu wenig beachtet ist. Vgl. über dieselbe Savigny III S. 273. 305, Zitelmann S. 563, Brinz Jahrb. d. gem. R. III S. 21 fg., Esmarch *vacuae possessionis traditio* S. 50 fg., Sohn JS. f. HR. XVII S. 22 fg., Leonhard S. 490 fg., Potmar fr. WJS. XXVI S. 256 fg., Scheurl zur Lehre vom r. Besitz. S. 90 fg., Strohal *Succession in den Besitz* S. 177 fg., Kohler *ACPra.* LXIX S. 185 fg. Grünh. JS. XIV S. 168, Enneccerus (§ 75^{1a}) S. 133, Pininski (§ 76¹) S. 43 fg. 594 fg. [[Wechmann *ACPra.* LXXVII S. 15⁴]], [Dernburg I § 182¹².] Daß in dieser Stelle von Besitzergreifung die Rede ist, kann nichts verschlagen, auch in der Besitzergreifung liegt eine Willenserklärung. Ebenso wenig verschlägt es, daß die Stelle den Gesichtspunkt des Dissenses einmischt; wäre die auf den Erwerb des Besitzes am fundus Cornelianus gerichtete Erklärung der Ausdruck eines wirklichen Willens, so läge eben kein Dissens vor. Der Meinung von Brinz und Esmarch aber, daß der Besitzergreifer den fundus Cornelianus gar nicht für den fundus Sempronianus gehalten habe, steht, wie mir scheint, in entscheidender Weise entgegen, daß nicht einleuchtet, wie Jemand auf den Gedanken kommen könne, auf Grund der Einweisung in den Besitz der Sache A die Sache B in Besitz zu nehmen. Gegen Zitelmann auch Thomßen a. a. O. S. 11 fg., Potmar fr. WJS. XXVI S. 225 fg.

⁵ Jemand will die Feder erwerben, mit welcher König Ludwig I von Bayern die Urkunde seiner Thronentsagung unterschrieben hat (Nationalmuseum in München). Oder die Geige, auf welcher Joachim gestern in diesem Concert gespielt hat. Oder er will den Menschen beschenken, der gestern dieses Kind aus dem Wasser gezogen

e. Um so weniger darf daher an und für sich gesagt werden, daß die als gewollte bezeichnete Person oder Sache nicht die gewollte Person oder Sache sei, wenn der auf Grund sinnlicher Wahrnehmung vorgestellten und als solche richtig bezeichneten Person oder Sache eine andere Eigenschaft, welche nicht Individualisierungsmerkmal ist, irrthümlicherweise zugeschrieben wird. An und für sich; das römische Recht hat aber diesen Satz, was Sachen angeht, nicht unbedingt durchgeführt: es nimmt an, daß gewisse Eigenschaften so sehr das Wesen der Sache bestimmen⁶, daß eine Sache mit einer dieser Eigenschaften oder ohne eine solche in der That eine andere Sache sei, und daß daher der Irrthum über eine dieser Eigenschaften die Willenserklärung nichtig mache⁷. Die Frage, welche Eigenschaften von dieser Art

hat. Er nimmt irrig an, daß für die vor seinen Augen sich befindende oder früher wahrgenommene und als solche richtig bezeichnete Person oder Sache die bezeichneten Thatsachen wahr seien. Oder er will eine Uhr von dem ihm besonders empfohlenen C. Döring kaufen, und geräth, weil er die Firma nicht genau liest, in das Magazin von C. Höring. Oder er will dem ältesten Sohn seines Freundes M., Namens Franz, den er aus der Taufe gehoben hat, schenken; er hat den Franz nie gesehen, und schenkt dem vor ihm stehenden Fritz M., den er für den Franz hält. In solchen Fällen ist nicht Wichtigkeit der Willenserklärung anzunehmen, sondern es kann dem Irrenden nur in anderer Weise (vgl. ⁴) geholfen werden. Ich verkenne nicht, daß die Fälle dieser Art nahe an den in der vorigen Note behandelten Fall herangehen. Ich verkenne auch nicht, daß an und für sich nichts entgegensteht, die l. 34 pr. D. 41, 2 auch auf den Fall zu erstrecken, wo der fundus Cornelianus früher nicht sinnlich wahrgenommen, sondern in anderer Weise für den Willen individualisirt worden war. Aber die beschränkende Erklärung ist doch auch nicht ausgeschlossen, und ich glaube, daß die Theorie der Sicherheit römischer Willenserklärung jede Concession machen sollte, die ihr möglich ist. Aus l. 67 [66] § 4 D. 47, 2 (vgl. l. 52 § 21 eod.) läßt sich eine Entscheidung nicht entnehmen; sie berührt die Frage, ob Eigenthum übergegangen ist, nicht, die actio in factum hat Sinn in dem einen und dem anderen Fall.

⁶ L. 9 § 2 D. 18, 1: — „quia eadem prope obvia est“.

⁷ Allerdings war in der römischen Jurisprudenz auch die Ansicht vertreten, daß der Irrthum über eine Eigenschaft der Sache die Willenserklärung nie nichtig mache, weil doch über den Körper der Sache nicht geirrt sei, l. 9 § 2 D. 18, 1 (vgl. auch l. 45 i. f. eod., dazu II § 395²); aber diese Ansicht ist nicht recipirt worden. Zwar behauptet Zitelmann S. 560 fg., daß umgekehrt die Ansicht, welche für gewisse Fälle Wichtigkeit annehme, eine vereinzelte Ansicht des Ulpian geblieben sei; aber ich glaube nicht, daß ihm der Beweis gelungen ist. Vgl. auch Scheiff (§ 75^{1a}) S. 63 fg., Leonhard S. 436 fg. — E. Pfersche, zur Lehre vom f. g. error in substantia, Graz 1880, S. 15 fg., gelangt auf einem andern Wege zu dem gleichen Resultat wie Zitelmann. Er nimmt an, die in den Quellen anerkannte Wichtigkeit habe nur historische, keine dogmatische und praktische Bedeutung; sie gehöre der Zeit an, wo die actio emti noch nicht so ausgebildet gewesen sei, um dem Käufer einer Sache zu ermöglichen, mit ihr das Kaufgeld in

seien, hat das römische Recht im Princip nicht entschieden, es enthält nur Einzelentscheidungen⁸; aus denselben hat die jetzt herrschende Ansicht die Regel entwickelt, daß es auf die Begriffe und Anschauungen ankomme, welche für den Verkehr bestimmend sind⁹. Unter allen

dem Fall zurückzuverlangen, wo er eine bestimmte Eigenschaft der Sache vorausgesetzt und der Verkäufer dieß gerußt habe; nachdem die actio emti diese weitere Ausbildung erfahren habe, sei die Nichtigkeit überflüssig geworden. Dieser Ansicht steht mehr als Ein Bedenken entgegen, und namentlich muß die Berechtigung, die Nichtigkeit und die actio emti nach Voraussetzungen und reichem Gehalt zu identificiren, bestritten werden. Vgl. über diese Schrift auch Furdhard fr. R. E. XXIII S. 56 fg., Teweß in Grünh. 3S. VIII S. 335 fg. Gegen Jitzelmann und Pfersche Hanaußel die Verhaftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare, 1. Abth. S. 2 fg.

⁸ L. 9 § 2. l. 10. 11. 14. l. 41 § 1. l. 58 D. 18, 1; l. 45 D. eod., l. 21 § 2 D. 19, 1 (vgl. über diese letzten Stellen die Citate II § 395⁹). In den citirten Stellen wird entschieden, daß der Kauf nichtig sei bei Irrthum über das Geschlecht des gekauften Slaven, ferner wenn angenommen worden sei, das gekaufte Gefäß von unedlem Metall sei von edlem Metall oder der gekaufte Essig sei Wein, wogegen Nichtigkeit nicht eintreten soll bei Irrthum über die Jungfräuschkeit der gekauften Slavin, bei Irrthum über die Qualität des Goldes oder die Art des Holzes, aus dem die Kaufsache bestehe, bei Irrthum über die Qualität des gekauften Weines, auch wenn der Wein zu Essig geworden sei (vgl. ACPr. XLVIII S. 22), bei Irrthum über die Qualität der gekauften Kleidungsstücke (aufgeputzte statt neuer). Vgl. noch l. 4 pr. D. 30, l. 28 D. 34, 5, l. 7 § 1 C. 6, 37, l. 9 § 1. l. 10 D. 18, 1, l. 32 D. 45, 1, l. 34 pr. D. 18, 1 (Wächter I S. 405. Württemb. Privatrecht II § 102⁴, Erner Tradition S. 271⁶⁶, Windscheid ACPr. LXIII S. 107, Hartmann Jahrb. f. Dogm. XX S. 53, Leonhard S. 186 [Hölzer S. 241 fg.]). Was den Fall angeht, wo die Sache, auf welche sich die Willenserklärung bezieht, beschädigt ist, so wird in l. 57 D. 18, 1 entschieden, daß, wenn ein theilweise abgebranntes Haus verkauft worden sei, es darauf ankomme, ob mehr oder weniger als die Hälfte abgebrannt sei, daß aber bei Arglist des Gegners der Irrende das Geschäft aufrecht erhalten könne, wenn auch nur der geringste Theil des Hauses übrig sei. [Hölzer S. 242 fg.] — Irrthum über den Ort, wo der Gegenstand der Willenserklärung sich befindet: Reay's Lehre vom Erfüllungsort § 24 und dazu Jitzelmann S. 493.

⁹ Diese Ansicht ist von Savigny III § 137. 138 begründet worden, und obgleich ich die Bedenken nicht verkenne, welche ihr entgegenstehen (es paßt zu ihr nicht die „ὁβία“ der l. 9 § 2 D. 18, 1 und Kummer macht doch unter allen Umständen das „si auri aliquid habuit“ und „si inauratum aliquid sit“ der l. 14 D. eod.), auch nicht verkenne, daß das aufgestellte Kennzeichen nicht immer eine sichere Handhabe der Entscheidung darbieten wird, so halte ich es doch für vorsichtiger, bei der herrschenden Ansicht stehen zu bleiben; ich wüßte nichts Besseres an ihre Stelle zu setzen. Ohne Anfechtungen ist sie nicht geblieben, und namentlich hat es nicht an Versuchen gefehlt, an die Stelle der Auffassung des Verkehrs die (geäußerte oder nicht geäußerte) Auffassung des Urhebers der Willenserklärung zu setzen. Hierher gehören Kritz Fälle IV S. 345 fg., Wächter II S. 747. 748, Renaud ACPr. XXVIII S. 247 fg., Hesse Jahrb. f. Dogm. XVIII S. 100 fg., Scheiff (§ 75^{1*}) S. 56 fg., Teweß Grünh. 3S. VIII S. 335

Umständen aber hat der Irrthum über Eigenschaften der Sache vernichtende Kraft nur dann, wenn der Wille hinter der Erklärung zurückbleibt, nicht dann, wenn er weiter geht¹⁰. Was Personen betrifft, so findet sich in den Quellen kein Anhalt, um zwischen wesentlichen und unwesentlichen Eigenschaften der Person zu unterscheiden und dem Irrthum über die ersteren vernichtende Kraft zuzuschreiben¹¹.

[§§. Vgl. 77 a. E.]

§ 77*.

Bei Verträgen kann der Irrthum nicht bloß die Erklärung eines nicht wirklichen Willens hervorrufen, sondern auch die Abgabe einer

fg. (i. namentlich S. 339), Leonhard S. 436 fg., Ryl S. 31 fg. S. dagegen E. A. Seuffert in Seuffert's Pand. II § 264⁷, Brinz 1. Aufl. S. 1409, Hölder S. 579, bei dem sich aber starke Ansätze der anderen Auffassung finden. Ebenfalls vermittelnd Bechmann Kauf II S. 446 fg.: es komme zwar darauf an, ob der Käufer im gegebenen Fall bei Kenntniß der Beschaffenheit der Sache gekauft haben würde, aber der Beweis, daß er nicht gekauft haben würde, könne durch den Hinweis „auf die durchschnittliche Erfahrung des Lebens“ ersetzt werden. Vgl. § 76¹ a. E. Für die herrschende Ansicht neuestens Kohler Jahrb. f. Dogm. XXVIII S. 256 fg. mit besonderer Rücksicht auf den Gemäldehandel x. [Dernburg I § 102 zu¹⁰ fg., Regelsberger I § 142, III: eine Eigenschaft ist wesentlich, wenn sie die Gattungs- oder Artzugehörigkeit, nicht bloß die Güte der Sache bestimmt.] Eine andere Opposition bewegt sich in der Richtung, daß sie in keinem Fall in Folge des Irrthums über Eigenschaften der Sache Nichtigkeit will eintreten lassen, so namentlich Zitelmann S. 435 fg. 549 fg. (i. ¹⁷), Pfersche (?), auch Bekker h. VZS. III S. 188. XXII S. 47 fg., bei welchem sich aber der Gedanke der Verbindlichkeit der Willenserklärung auch bei Willensunwirklichkeit (§ 75^{1a}) einmischet. Brinz bestreitet nicht die Nichtigkeit, sondern die absolute Nichtigkeit; Hölder will statt Nichtigkeit Anfechtbarkeit. [Vgl. denselben Pand. S. 239 und oben § 76*.] Ebenso Wendt S. 102 fg. Für die relative Nichtigkeit beim wesentlichen Irrthum überhaupt de lege ferenda Unger Grönh. ZS. XV S. 635 fg. Aus der Praxis: Sf. XVI. 36, XXXVIII. 101, XLIV. 172 (RG.). RG. XIX S. 264.

¹⁰ Es ist in den Quellen entschieden: wenn Jemand ein Pfandr. erwerben zu wollen erklärt an einer Sache von Bronze, die er für eine Sache von Gold hält, so daß also seine Willenserklärung auf den Erwerb eines Pfandr. an einer Sache von Gold gerichtet ist, so ist der Erwerb gültig, l. 1 § 2 D. 13, 7 (vgl. Dernburg Pfandr. I S. 196); ebenso wenn er sich eine solche Sache versprechen läßt, l. 22 D. 45, 1. In gleicher Weise muß es gehalten werden, wenn Jemand in Beziehung auf eine solche Sache ein H. weggibt oder ein Versprechen leistet. Ebenso muß die Willenserklärung aufrecht erhalten werden, durch welche Jemand sich bereit erklärt, eine Aufopferung für eine Sache zu machen, die werthvoller ist, als er glaubt, z. B. von Gold, während er sie für Bronze hält, nicht aber im umgekehrten Fall, l. 50 D. 46, 3. Savigny III S. 298—302.

¹¹ Der Irrthum über Eigenschaften der Person hat also immer nur die Bedeutung eines Irrthums im Beweggrunde. Vgl. § 78.

* Vgl. Zitelmann S. 419 fg., Leonhard S. 166 fg. 338 fg., Kohler Jahrb. f. Dogm. XXVIII S. 205 fg.

mit der Willenserklärung der Gegenseite nicht übereinstimmenden Willenserklärung, indem nämlich der Erklärende annimmt, daß von der Gegenseite ein anderer Wille erklärt worden sei, als wirklich der Fall ist, und er so einen Consens zu erklären glaubt, welcher kein Consens ist (Irrthum als Mißverständniß). Auch in diesem Falle sagt man, daß der Irrthum es sei, welcher den Vertrag nichtig mache: aber auch hier wieder ist nicht sowohl der Irrthum das Vernichtende, als vielmehr der durch ihn verdeckte Mangel des Consenses zwischen den Parteien¹. Die Punkte, auf welche sich der durch den Irrthum verdeckte Mangel des Consenses beziehen kann, sind die gleichen, wie bei Differenz zwischen Wille und Erklärung², und die Frage, ob der Dissens über einen einzelnen Punkt den ganzen Vertrag nichtig macht, ist in gleicher Weise zu beantworten wie dort. Bildet den Gegenstand des Vertrages eine Quantität, so ist für die geringere der von den Parteien genannten Quantitäten immerhin Consens vorhanden; ob dieß aber zur Gültigkeit des ganzen Geschäfts genügt, ist eine andere Frage³. Daß es bei Dissens auf Entschuldigbarkeit oder Unentschuldigbarkeit des Irrthums nicht ankomme, ist selbstverständlich.

[§ 77. (Zu § 76. 76 a. 77.) 1. Das BGB. bestimmt in § 119: (Abf. 1.)

„Wer bei Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrthume war, oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, kann die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, daß er sie bei Kenntniß der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde. (Abf. 2:) Als Irrthum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrthum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich

§ 77. ¹ Vgl. Cf. XVI. 34. — Die Quellen sprechen auch in dem Fall von Nichtigkeit des Vertrages wegen Mangels des Consenses, wo die beiden Erklärungen übereinstimmen, aber die eine derselben auf etwas Anderes geht, als gewollt ist, l. 9 pr. § 2. l. 11 pr. D. 18, 1, § 23 I. 3, 19, l. 83 § 1. l. 137 § 1 D. 45, 1, l. 34 pr. D. 41, 2. In der That fehlt es in diesem Fall an der Uebereinstimmung der beiden Willen. Daß aber diese Nichtübereinstimmung nicht der Grund der Nichtigkeit ist, geht schon daraus hervor, daß die Nichtigkeit nicht weniger stattfindet, wenn beide Parteien in gleicher Weise irren, l. 14 D. 18, 1. [Nicht beigetreten ist der Ansicht von Hölder S. 239, wonach in Fällen der hier fraglichen Art immer entweder der Antragende über die Bedeutung seines Antrages oder der Annehmende über die seiner Annahme irrt, der s. g. verdeckte Dissens also gar keine selbständige Bedeutung hat. Vgl. das unten zum BGB. unter 7 Gesagte.]

² Inhalt der zu bewirkenden Folge: l. 18 D. 12, 1; Person des Contractanten: l. 32 D. 12, 1 (vgl. Cf. V. 271, III. 165. 169, XI. 220). Vgl. Zitelmann S. 528 fg. 559.

³ L. 1 § 4 D. 45, 1, f. außerdem die in § 76^b citirte l. 52 D. 19, 2, welche auch hierher gezogen werden kann. Cf. II. 279.

angesehen werden“. Die Fassung der Eingangsworte des Abs. 1 ist von der zweiten Commission freilich keineswegs aus einheitlichen Motiven beschloffen. Der Antragsteller empfahl sie, weil einerseits feststehe, daß beim Irrthum in der Erklärungshandlung der Irrthum die Willenswirklichkeit ausschließen könne, während beim Irrthum über den Inhalt der Erklärung die gewählte Fassung der streitigen Frage aus dem Wege gehe, ob hierbei von einer Differenz zwischen Wille und Erklärung gesprochen werden könne und nicht vielmehr immer ein Irrthum im Beweggrunde vorliege; von anderer Seite fand man dagegen in derselben Fassung einen schärferen und klareren Ausdruck des Gedankens des ersten Entwurfs, welcher zweifellos (§ 98) nur an Differenz zwischen Wille und Erklärung dachte, von dritter Seite wiederum wurde die Auffassung des Antragstellers in anderer Wendung vertheidigt. (Prot. S. 225 fg.). Jedenfalls ist aber dasjenige, was das Gesetz im Dunkeln läßt, nur die psychologisch richtige Analyse des Vorgangs, während darüber kein Zweifel sein kann, daß der erste Fall des Gesetzes, „wer bei Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrthume war“, nur gegeben ist, wenn der Erklärende eine Erklärung abgibt, der er einen andern Sinn beimißt als den sie ausdrückt. Das Gesetz geht also von der Ansicht aus, daß eine Willenserklärung einen objectiv feststellbaren Inhalt unabhängig von der Ansicht des Urhebers der Erklärung haben kann. Da es nun aber keine Worte und keine sonstige Erklärungshandlungen gibt, die in jedem Zusammenhange und unter allen Umständen einen und denselben festen Sinn haben, so kann man unter dem Inhalt der Willenserklärung nur den Sinn verstehen, den in einer gegebenen Erklärung in dem gegebenen Zusammenhange unter den gegebenen Umständen ein verständig und billig denkender Mensch finden mußte. Führt die so gestellte Frage nach dem objectiven Sinn der Erklärung zu einem festen Ergebnis, so ist der Erklärende, der mit der Erklärung einen andern Sinn verbindet, im Irrthum über den Inhalt der Erklärung; stellt sich dagegen nach der gleichen Betrachtungsweise die Erklärung als objectiv zweideutig oder undeutlich heraus, so ist ein Erklärungsinhalt, über den der Erklärende irren konnte, nicht vorhanden. Das Gebiet der Fälle, in welchen man streiten kann, ob Irrthum über den objectiven Inhalt der Erklärung vorliegt, oder ob der Erklärende nur aus unrichtigen Erwägungen eine Erklärung abgibt, deren Sinn er richtig erkennt, ist durch die Vorschrift des zweiten Absatzes des § 119 eingeengt. Danach gilt der Irrthum über Eigenschaften einer Person oder einer Sache, auf welche sich die Willenserklärung bezieht, dann als Irrthum über den Inhalt der Erklärung, wenn die Eigenschaft im Verkehr als wesentlich angesehen wird, wobei aber zu beachten ist, daß der Verkehr je nach den obwaltenden Umständen, insbesondere je nach den Zwecken des in Frage stehenden Geschäfts bald diese bald jene Eigenschaften als wesentlich ansieht. Die zweite Commission hatte bei der Annahme des Abs. 2 die Absicht, der von ihr als nicht ausgeschlossen hingestellten Auslegung des Abs. 1 gegenüber, daß ein Irrthum über Eigenschaften der Person oder Sache kein Irrthum über den Inhalt der Erklärung sei, für die in Abs. 2 genannten Fälle die Anfechtbarkeit der Erklärung klar zu stellen. (Prot. S. 228 fg.). Sie hatte dagegen nicht die Absicht, festzulegen, daß Irrthum über andere als die in Abs. 2 genannten Eigenschaften kein Irrthum über den Inhalt der Erklärung sei, und in der That zwingt Abs. 2 zu diesem argumentum e contrario nicht. Die durch das Gesetz

geschaffene Lage ist vielmehr die, daß der Irrthum über Eigenschaften, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden, als ein Irrthum über den Inhalt der Erklärung gilt, unter Abschneidung der Frage, ob er es ist; während bei dem Irrthum über andere Eigenschaften das Gesetz die Beantwortung dieser Frage freiläßt.

2. Der zweite Fall des Gesetzes: „Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung . . . eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte“, setzt voraus, daß Jemand die Willenserklärung abgibt, ohne es zu wollen. Der Zusammenhang der Irrthumslehre, in welchem die Bestimmung steht, hält die Möglichkeit fern, dabei an den Act eines Bewußtlosen oder Unzurechnungsfähigen, oder an den scheinbaren Act des unter absolutem Zwange Handelnden zu denken. Es ist vielmehr nur derjenige gemeint, welcher in bewußter und zurechenbarer Weise die Erklärungshandlung vornimmt, aber über deren Bedeutung als einer den und den Sinn ausdrückenden Willenserklärung irrt. Die Grenze gegenüber dem ersten Fall ist m. E. schwankend; praktisch ist dieß aber gleichgültig.

8. Gleichgestellt ist durch § 120 beiden vorigen Fällen der der unrichtigen Uebermittlung einer richtig abgegebenen Erklärung durch die zur Uebermittlung verwendete Person oder Anstalt.

4. In den vorgenannten Fällen kann der Urheber der Erklärung sie anfechten, wenn anzunehmen ist, daß er sie bei Kenntniß der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde. Im Falle der unrichtigen Uebermittlung kommt es darauf an, ob anzunehmen ist, daß der Erklärende die Erklärung in der entstellten Gestalt bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde. Die zweite Commission wünschte durch diese Fassung eine gerechte Vermittelung zwischen der Beurtheilung der Wesentlichkeit des Irrthums lediglich nach dem subjectiven Standpunkte des Irrenden und der anderen lediglich nach dem objectiven Standpunkte der Verkehrssitte herbeizuführen (Prot. S. 230 fg.). Eine solche Vermittelung ist auch in der That erzielt. Die Antwort auf die Frage, ob anzunehmen sei, daß der Erklärende die Erklärung nicht abgegeben haben würde, wird auf das, was vernünftige Menschen unter gleichen Umständen thun würden, freilich nur insoweit gegründet werden können, als nicht individuelle Umstände ihre Entscheidung ergeben. Kommt man aber auch aus Gründen der letzteren Art zu dem Ergebnis, daß dieser Erklärende die Erklärung nicht abgegeben haben würde, so hat der Richter zu kritisiren, ob der Erklärende bei verständiger Würdigung des Falles zu diesem Ergebnisse hätte kommen dürfen, und hat, falls er diese Frage verneint, auch die Anfechtbarkeit der Erklärung zu verneinen. Umgekehrt, wenn anzunehmen ist, daß ein vernünftiger Mensch in verständiger Würdigung des Falles die Erklärung nicht abgegeben haben würde, während zugleich der Richter zu der Ueberzeugung kommt, daß dieser Erklärende sie dennoch abgegeben haben würde, so ist die Anfechtbarkeit wiederum zu verneinen. Die Vorschrift des § 119 Abs. 2 geht nur dahin, daß ein Irrthum über Eigenschaften, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden, als ein Irrthum über den Inhalt der Erklärung gelten soll, nicht aber dahin, daß dann auch die weiteren Bedingungen des § 119 Abs. 1 als vorliegend angesehen werden sollen. Wenn aber der Verkehr eine Eigenschaft als wesentlich ansieht, so ist wohl immer thatsächlich zugleich die Annahme begründet, daß vernünftige Menschen, welche über diese Eigenschaften irrend eine Willenserklärung abgaben, dieselbe nicht abgegeben haben würden, wenn

sie in diesem Irrthum nicht befangen gewesen wären. Somit kann nach dem Vorigen nur der Beweis offen bleiben, daß dieser Erklärende diese Willenserklärung trotzdem abgegeben haben würde. Entschuldbarkeit des Irrthums ist Voraussetzung der Anfechtbarkeit nicht.

5. Die Anfechtung der Erklärung untersteht den allgemeinen Grundsätzen der Anfechtung überhaupt (142 fg.), aber auch folgenden besonderen Vorschriften: Sie muß erfolgen ohne schuldhaftes Zögern, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntniß erhalten hat, d. h. nachdem er über seinen Irrthum aufgeklärt ist, und im Falle der unrichtigen Uebermittlung, nachdem er die Entstellung der Erklärung erfahren hat (121 S. 1). Die einem Abwesenden gegenüber erfolgte Anfechtung gilt als rechtzeitig erfolgt, wenn die Anfechtungserklärung unverzüglich abgefordert worden ist. Dieß bedeutet aber nicht, daß sie schon mit der Abfindung in Kraft tritt; sie tritt vielmehr nach allgemeinem Grundsatz erst in Kraft, wenn sie dem Anfechtungsgegner zugeht (180). Ihre rechtzeitige Abfindung schützt nur gegen den Einwand der Verspätung nach § 121 Abs. 1. Nach Ablauf von dreißig Jahren seit Abgabe der anfechtbaren Erklärung ist die Anfechtung schlechthin ausgeschlossen (121 Abs. 2).

6. Ist die Anfechtung erfolgt, so begründet sie zugleich die Verpflichtung des Anfechtenden, bei empfangsbedürftigen Erklärungen dem Empfänger das negative Interesse zu ersetzen, jedoch nicht über den Betrag des positiven hinaus. Bei nicht empfangsbedürftigen Erklärungen hat gleichen Anspruch jeder Dritte, der einen Schaden durch das Vertrauen auf die Gültigkeit der Erklärung erlitten hat. Entschuldbarkeit des Irrthums hilft dem Urheber der Erklärung nichts, dagegen ist der Anspruch ausgeschlossen, wenn der Beschädigte den Irrthum (die Entstellung der Erklärung) kannte oder kennen mußte (122).

7. Der Fall des verdeckten Dissenses beim Vertrage ist im § 155 berührt: „Haben sich die Parteien bei einem Vertrage, den sie als geschlossen ansehen, über einen Punkt, über den eine Vereinbarung getroffen werden sollte, in Wirklichkeit nicht geeinigt, so gilt das Vereinbarte, sofern anzunehmen ist, daß der Vertrag auch ohne eine Bestimmung über diesen Punkt geschlossen sein würde“. Ist dieß nicht anzunehmen, so ist demgemäß der Vertrag nichtig, und folgerweise ist er auch dann nichtig, wenn die Parteien sich über den Vertrag im Ganzen geeinigt zu haben glaubten, während dieß nicht der Fall war. Auf Entschuldbarkeit des Irrthums kommt es aber nicht an, und eine Haftung für das negative Vertragsinteresse trifft keinen der beiden Contrahenten. Diese Regelung gilt aber auch nur für den Fall, daß keine Partei über den Inhalt der eigenen Erklärung irrte, der Irrthum vielmehr nur darin bestand, daß man fälschlich annahm, die Erklärungen beider Parteien deckten sich, indem die eine Partei den Inhalt der Erklärung der anderen Partei verkannte. Dieß kann zunächst eintreten, wenn beide Parteien ihre Erklärungen abgeben, ohne auf die Erklärung der anderen Partei Bezug zu nehmen; aber auch, wenn der Annehmende auf die Erklärung des Antragenden nur bejahend Bezug nimmt, ist das gleiche Ergebnis möglich; es tritt ein, wenn der Antrag objectiv zweideutigen Inhalts war, und der Annehmende in einem Sinne bejahte, was der Antragende in anderem Sinne beantragt hatte. Die Bejahung des Zweideutigen ist ihrerseits zweideutig, und keine Partei kann gegenüber der anderen behaupten, diese andere habe eine Erklärung bestimmten Inhalts abgegeben,

über deren Inhalt sie nur im Irrthum gewesen sei. Hat dagegen eine Partei über den Inhalt der eigenen Erklärung geirrt, während die andere Partei eine dem richtig erkannten Inhalt der gegnerischen Erklärung congruente Willenserklärung abgab und abgeben wollte, so ist der Vertrag nicht nichtig, sondern nur nach Maßgabe des § 119 für die irrende Partei anfechtbar. Auch dieser Fall ist ebensowohl möglich, wenn beide Parteien ihre Willenserklärungen abgeben, ohne auf die Erklärung der anderen Partei Bezug zu nehmen, wie dann, wenn der Annehmende auf die Erklärung des Antragenden bejahend Bezug nimmt. Hat nämlich der Antrag objectiv einen unzweideutigen Sinn, so ist einerseits möglich, daß der Antragende über diesen Sinn irrt; wird dann der Antrag angenommen, so geschieht dieß in dem Sinne, den er objectiv hat, der Annehmende gibt eine mit seinem Willen übereinstimmende Erklärung ab; der Antragende kann anfechten, der Annehmende dem gegenüber das negative Vertragsinteresse fordern. Hat dagegen der Antragende den objectiven Inhalt des Antrags richtig erkannt, der Annehmende einen unrichtigen Sinn hineingelegt und so bejaht, so kehrt sich das Verhältniß um; denn nun irrt der Annehmende über den Inhalt seiner Annahme.

8. Vektwillige Verfügungen (einseitige; vgl. 1937) ebenso aber auch Erbverträge stehen unter besonderer Regelung (2078. 2281). Sie können angefochten werden, soweit der Erblasser über den Inhalt seiner Erklärung im Irrthume war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, und anzunehmen ist, daß er die Erklärung bei Kenntniß der Sachlage nicht abgegeben haben würde. Was ein vernünftiger Mensch bei verständiger Würdigung des Falles gethan haben würde, kann hier dem Richter zu der Ueberzeugung verhelfen, daß auch der Erblasser so gehandelt haben würde. Steht aber aus andern Gründen fest, was dieser gethan haben würde, so ist das — anders als bei anderen Willenserklärungen — maßgebend auch wenn es unverständig erscheint. Eine Haftung für das negative Interesse findet nicht statt (2078 Abs. 2).

9. Unter besonderen Grundsätzen steht auch die Ehe. Sie ist anfechtbar zu Gunsten des Irrenden, wenn der eine Ehegatte über die Person des andern irrte, ohne daß danach gefragt wird, ob dieser Irrthum für den Irrenden wesentlich war; ferner, wenn der eine Ehegatte sich über solche persönliche Eigenschaften (weder Standes-, noch Vermögens- oder Familienverhältnisse gehören dazu) des anderen Ehegatten geirrt hat, die ihn bei Kenntniß der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Eingehung der Ehe abgehalten haben würden (1333). Es muß also zusammentreffen, daß dieser Mensch davon abgehalten sein würde und daß dieß verständiger Würdigung des Wesens der Ehe entspricht. Ferner ist die Ehe anfechtbar zu Gunsten des Ehegatten, der bei der Eheschließung nicht gewußt hat, daß es sich um eine Eheschließung handle, oder dieß zwar gewußt hat, aber eine Eheschließungserklärung nicht abgeben wollte. (1332). In allen diesen Fällen kann aber der andere Gatte verlangen, daß bei der Anfechtung das vermögensrechtliche Verhältniß, insbesondere die Unterhaltspflicht, so geregelt wird, wie wenn die Ehe geschieden und der Irrende für den allein schuldigen Theil erklärt worden wäre, es sei denn, daß der andere Gatte den Irrthum bei Eingehung der Ehe kannte oder kennen mußte (1346.)

Motive des Willens.

a) Irrthum. Betrug*.

§ 78.

Unter den Motiven des in einem Rechtsgeschäft erklärten Willens ist hier zunächst in Betracht zu ziehen der Irrthum, d. h. der Mangel der wahren Vorstellung von dem Zustand der Dinge¹; f. g. Irrthum im Beweggrunde. Der durch eine solche irrige Vorstellung hervorgerufene Wille ist deswegen, weil er durch sie hervorgerufen ist, nicht weniger ein wirklich vorhandener Wille^{1a}; aber er ist allerdings nicht der eigentliche, der wahre Wille des Erklärenden, d. h. er würde ohne jenen Irrthum nicht gefaßt worden sein. Daraus ergibt sich: die Willenserklärung ist keinesfalls nichtig, sie ist höchstens indirect unwirksam, so daß sie nicht geltend gemacht werden darf, und das durch sie bereits Verlorene zurückgefordert werden kann. Diese indirecte Unwirksamkeit tritt wirklich ein bei Willenserklärungen von Todeswegen, sobald nur feststeht, daß ohne den Irrthum nicht gewollt worden sein würde; bei Willenserklärungen unter Lebenden hingegen

* Vgl. zu diesem und dem folgenden § vor Allem die auch hier grundlegend: Bearbeitung von Savigny III § 115 und Beil. VIII. Aus dem § 76* genannten Werke Zitelmann's gehört hierher der erste Abschnitt des vierten Capitels, S. 319 fg. Vgl. außerdem: Glüd XXII S. 361—451, Mühlbruch ACPr. II S. 361 fg. (1821), Michelmann (§ 76*) § 11. 12, Wächter I S. 349—360. Württemb. Privatr. II § 21. 104. 105, Sangerow I § 83 Anm. 1—4, Sintenis I S. 195 fg. 188 fg., Unger II § 77. 81. Endlich gehören hierher auch die § 76* citirten Aufsätze von Voigt und Hesse.

¹ Mag diese Vorstellung durch eine unwahre verdrängt sein (Irrthum im § 78. engeren Sinn), oder mag alle Vorstellung von dem Zustande der Dinge fehlen (Irrthum als Unwissenheit). Vgl. Zitelmann S. 319 fg.

^{1a} Wenn es in den Quellen mehrfach heißt, daß der Irrthum den Willen ausschließe (l. 15 D. 2, 1, l. 2 pr. D. 5, 1, l. 20 D. 39, 3, l. 116 § 2 D. 50, 17, l. 8. 9 C. 1, 18), so ist das einer von den in ihrer Allgemeinheit falschen Ausprüchen, welche in der römischen Jurisprudenz nicht selten sind, ohne daß dieselbe sich dadurch zu falschen Entscheidungen im Einzelnen verleiten ließe. Wahr ist der aufgestellte Satz, wenn kraft des Irrthums etwas Anderes erklärt wird als der Erklärende will (§ 76); wahr ist er auch insofern, als bei stillschweigenden Willenserklärungen der Schluß aus einem gewissen Benehmen auf einen gewissen Willen voraussetzt, daß die betreffende Person sich über einen gewissen Punkt nicht im Irrthum befunden habe. Gerade hiervon handeln die meisten der genannten Stellen, während in den beiden letzten jener allgemeine Ausspruch auf eine Erklärung angewendet wird, welche auch abgesehen vom Irrthum unverbindlich ist. Vgl. Aug. Herrmann (ZS. f. CR. u. Pr. N. F. III, 3. 6 (vgl. VIII, 4) vgl. Hübel Monatschr. f. d. Justiz-Pflege in Württemberg XX S. 187 fg.

nur dann, wenn dieß zugleich in einer demjenigen, dem gegenüber die Willenserklärung abgegeben worden ist, erkennbaren Weise hervorgetreten ist². Ist dieß nicht der Fall, so reicht der Irrthum als solcher nicht hin, um den Irrenden von den nachtheiligen Folgen seiner Willenserklärung zu entbinden³. Anders ist es aber dann, wenn der Irrthum von dem Gegner in betrügerischer Absicht hervorgeufen worden ist⁴. Zwar ist auch in diesem Fall der ausgesprochene Wille immer noch der wirklich vorhandene Wille, und insofern erklärt das Recht die abgegebene Erklärung auch jetzt noch nicht für nichtig⁵. Aber auf der anderen Seite darf es doch nicht gestatten, daß die Willenserklärung dem Betrüger Vortheil bringe, während sie dem Betrogenen zum Schaden gereicht. Demgemäß gewährt das Recht diesem Letzteren: 1) eine Einrede gegen den durch das Rechtsgeschäft für den Betrüger an und für sich entstandenen Anspruch⁶; 2) einen

² Näher wird von dem Einem und Andern besser in einem anderen Zusammenhang gehandelt; s. § 98^o.

³ L. 52. l. 65 § 2 D. 12, 6. Cf. IV. 233, VII. 52, [XLIX. 233. L. 4. 154. RG. XIX. S. 260. fg. Dernburg I § 102 zu ². Regelsberger I § 143 zu ². Brinz-Votmar IV § 528, 1.] Nur eine einzelne Spur von einer wegen Irrthums im Beweggrund erteilten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand findet sich in unseren Quellen (l. 1 § 17 D. 42, 6, vgl. auch § 6 I. 2, 19). Die Behauptung Savigny's (III S. 115), daß auch die ädilischen Klagen und die auf irrige causa gegründeten Conditionen Ausnahmen bilden, ist irrig; bei jenen ist der Grund des Anspruchs des Käufers der (gesetzlich ausgelegte) Kaufvertrag, bei diesen die ermangelnde Voraussetzung (§ 97).

⁴ Betrug — dolus. Ueber den Begriff desselben, und namentlich darüber, daß er auch durch Verschweigen begangen werden kann, s. l. 1 § 2 D. 4, 3, l. 7 § 9 D. 2, 14, l. 43 § 2 D. 18, 1. Beweis des Causalzusammenhanges zwischen dem Betrüge und der Willenserklärung: Fhering Prakt. RW. N. F. IV S. 300 fg.; dawider v. Ziegler über den Betrug beim Vertragsabschlusse (München 1870) S. 10 fg. [Vgl. Dernburg I § 104, Hölder § 46, Regelsberger I § 146, Cf. XLVIII. 83 (RG.), XLIX. 149, L. 4, LI. 4 (RG.), LI. 90.]

⁵ Das Gegentheil behauptete früher die herrschende Meinung bei bonae fidei negotia, entweder für den Betrug überhaupt, oder doch für denjenigen Betrug, durch welchen der Abschluß des Rechtsgeschäfts selbst, nicht bloß eine einzelne Bestimmung desselben veranlaßt worden sei (s. g. dolus causam dans im Gegensatz des dolus incidens). S. über diese Frage und namentlich über die für die bezeichnete Meinung hauptsächlich angeführte l. 7 pr. D. 4, 3 Bangerow III § 605 Anm. 1, auch die folgende Note. Vgl. auch Sintenis I § 22¹².

⁶ Exceptio doli. Im bonae fidei iudicium war die exceptio doli (wie überhaupt eine exceptio) nicht nöthig, sowie der dolus in demselben auch klageweise geltend gemacht werden konnte, vgl. z. B. l. 11 § 5 D. 19, 1, l. 5 C. 4, 44; denn contrarius est dolus bonae fidei (l. 5 D. cit.). Mit Rücksicht auf jene Entbehrlichkeit der exceptio doli heißt es in den Quellen von einem

Anspruch gegen den Betrüger darauf, daß derselbe den früheren Zustand wieder herstelle⁷. Entschuldbarkeit des Irrthums ist nicht erforderlich⁸.

[§§§. 1. Auch nach BGB. gibt der Irrthum im Motive für sich allein einen Grund zur Anfechtung einer Willenserklärung im Allgemeinen nicht ab, ausgenommen in einigen erbrechtlichen Fällen. Letztwillige Verfügungen sind nämlich anfechtbar (2080—2082), soweit der Erblasser zu der Verfügung durch die irrige Annahme (des Vorliegens oder Nichtvorliegens) oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstandes bestimmt worden ist (2078 Abs. 2). Es muß also der Beweis geführt werden, daß die irrige Annahme oder Erwartung für den Erblasser bestimmend war. Wenn dagegen der Erblasser einen zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Pflichttheilsberechtigten übergangen hat, dessen Vorhandensein ihm bei der Errichtung der Verfügung (erweislich) nicht bekannt war, — oder, was freilich in den Zusammenhang der Irrthumslehre nicht gehört, einen solchen, der erst später geboren oder pflichttheilsberechtiget wurde — so ist die Verfügung anfechtbar, wenn nicht umgekehrt bewiesen wird, daß der Erblasser auch bei Kenntniß der Sachlage die Verfügung getroffen haben würde (2079). Aus gleichen Gründen

Gesellschaftsvertrag, er sei „ipso iure nullius momenti“ (l. 3 § 3 D. 17, 2, vgl. l. 16 § 1 D. 4, 4), welcher Ausspruch für die frühere Theorie einer der Gründe war, weswegen sie Nichtigkeit des Geschäfts in Folge des Betrugs behauptete. — Die Einrede geht natürlich auf die Erben des Betrügers über, aber auch auf denjenigen, welcher in den durch Betrug erworbenen Anspruch als Sondernachfolger eintritt (f. II § 332⁵). Hat aber die durch den Betrug hervorgerufene Willenserklärung ein dingliches R. begründet, so haftet der fernere Erwerber dieses R. der Einrede nur dann, wenn er das R. unentgeltlich erworben hat, welchem Fall der andere gleichgestellt wird, wo ihm die Sache verpfändet worden ist, l. 4 § 27—31 D. 44, 4. Auf Grund dieser Stelle, sowie der Bestimmung in l. 6 § 11. 13 D. 42, 8, will Mommsen Erörterungen II S. 101 die Einrede gegen den Erwerber auch dann geben, wenn er (in Folge des Betrugs eines Dritten) unentgeltlich direct vom Betrogenen erworben hat. Es möchte dagegen kaum etwas einzuwenden sein.

⁷ Actio doli (de dolo) oder die betreffende actio bonae fidei. Der Wiederherstellungsanspruch kann auf Wiederaufhebung der ganzen Wirkung des Geschäfts gehen, oder nur auf Aufhebung einer einzelnen Seite der Wirkung desselben; hier hat die Unterscheidung zwischen dolo causam dans und incidens ihre gute Berechtigung. Beachtenswerthe Bemerkungen hierüber, sowie über den weiteren Inhalt des Anspruchs aus dem Betruge (im Allgemeinen Leistung des Interesse), bei v. Ziegler a. a. O. S. 39 fg. 57 fg. Vgl. Cf. II. 167, XI. 221 Nr. II, XXVII. 111, [XLVI. 87. (RG.)] [[XLVI. 180]] [XVII. 15 (RG.), XLVIII. 8. 82. 173, L. 238.] Payr. Bl. f. Anw. XXXIII S. 309 fg. XXXIV S. 92 fg. Ergänz.-Bd. zu Jahrg. XXX. XXXI S. 404 fg. [RG. XXVI S. 186 fg.] — Kann auch in integrum restitutio begehrt werden? Darüber § 118⁶.

⁸ Denn der Grund der dem Betrogenen gewährten Re ist eben nicht der Irrthum als solcher, sondern der Betrug. Jhering APraktWV. N. F. X S. 278 fg. VI. 51 a. S. 52. 293, XIII. 86, XIX. 26. Payr. Bl. f. Anw. Ergänz.-Bd. zu Jahrg. XXX. XXXI S. 404 fg. Jahrg. XXXV S. 281 fg. XXXVI S. 42 fg. [RG. XVIII S. 224.]

sind Erbverträge anfechtbar (2281—2283). Wenn ein Pflichttheilsberechtigter als Erbe oder Vermächtnisnehmer auf näher bezeichnete Weise (2306) beschränkt oder beschwert ist, so kann er durch Ausschlagung des Erbtheils oder des Vermächtnisses den Pflichttheil wählen (2306, 2307); war jedoch zur Zeit der Ausschlagung die Beschränkung oder Beschränkung fortgefallen und dieß dem Ausschlagenden nicht bekannt, so kann er die Ausschlagung anfechten (2308). Bemerkt ist bereits oben § 77 S. 338 fg., daß nach § 119 Abs. 2 der Irrthum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden, als Irrthum über den Inhalt der Erklärung gilt, auch wo man ihn für einen Irrthum in Motive halten könnte, ebenso ist S. 342 angeführt, in wie weit gemäß § 1333 der Irrthum über persönliche Eigenschaften eines Ehegatten die Ehe anfechtbar macht. Eine Nichtigkeit wegen Irrthums im Beweggrunde: § 1949 Abs. 1.

2. Eine Willenserklärung kann von ihrem Urheber angefochten werden, wenn er durch arglistige Täuschung zu ihr bestimmt worden ist (123 Abs. 1). Was arglistige Täuschung ist, bestimmt das BGB. nicht; es ist in dieser Beziehung bei der bisherigen Lehre stehen zu bleiben und insbesondere, wie bisher, nach den Grundfögen von Treu und Glauben zu entscheiden, in wie weit durch Verschweigen eines Umstandes eine arglistige Täuschung begangen wird. Ob der Irrthum des Getöuschten entschuldbar ist, ist gleichgültig. Daß er bestimmend wirkte, muß bewiesen werden, wird aber als bewiesen anzusehen sein, wenn feststeht, daß (wie § 119 formulirt) der Erklärende die Erklärung bei Kenntniß der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde. Wird der bestimmende Einfluß der Täuschung auf anderem Wege bewiesen, so ist es gleichgültig, ob man diesen Einfluß vernünftig findet. Die Anfechtung nicht empfangsbedürftiger Erklärungen setzt nur voraus, daß der Erklärende von irgend Jemand durch arglistige Täuschung bestimmt wurde. Die empfangsbedürftige Erklärung ist anfechtbar, wenn die Täuschung von ihrem Empfänger verübt wurde; ist der Betrüger ein Dritter, so ist die Erklärung nur anfechtbar, wenn der Empfänger die Täuschung kannte oder kennen mußte. Da die anfechtbare und angefochtene Erklärung als von Anfang an nichtig gilt, so ist es unzweifelhaft, daß, sobald nach dem Vorigen die empfangsbedürftige Erklärung überhaupt anfechtbar ist, ihre Anfechtung auch die für dritte aus der Erklärung unmittelbar entsprungenen Rechte rückwirkend tilgt. Es fällt also insbesondere beim Vertrage zu Gunsten Dritter das Recht des Dritten fort, wenn die Anfechtung wegen Betruges des Promissars oder wegen eines diesem bekannten oder schuldhaft unbekanntem Betruges eines Andern erfolgt, selbst wenn der Dritte schuldlos ist. Dem dient zur Bestätigung, daß beim Vertrage zu Gunsten eines Dritten diesem die Einwendungen aus dem Vertrage unbeschränkt entgegengesetzt werden können (334). Hiermit sind zwar Einwendungen aus dem Inhalt des Vertrages gemeint; es ist jedoch nur folgerichtig, daß dann auch die Mängel des Vertrages gegen den Dritten unbeschränkt wirken. Wird nun aber eine empfangsbedürftige Erklärung durch den Betrug eines Andern als des Empfängers hervorgerufen und weiß der Erklärungsempfänger ohne seine Schuld davon nichts, so ist sie nach dem Vorigen unanfechtbar; gewährt sie jedoch in diesem Falle unmittelbar einem Dritten Rechte, der seinerseits den Betrug kannte oder kennen mußte (oder gar selbst der Betrüger war), so müssen diese Rechte der Anfechtung unterliegen. Dieß bestimmt § 123 Abs. 2. S. 2: „Soweit ein Anderer als derjenige

welchem gegenüber die Erklärung abzugeben war, aus der Erklärung unmittelbar ein Recht erworben hat, ist die Erklärung ihm gegenüber anfechtbar, wenn er die Täuschung kannte oder kennen mußte“, welches natürlich auch dann gegeben ist, wenn er sie selbst verübt hat. Es kann also insbesondere beim Vertrage zu Gunsten Dritter das Recht des Dritten durch Anfechtung ihm gegenüber auch beseitigt werden, wenn der Vertrag unter den Parteien unanfechtbar ist, der Dritte aber der Betrüger war oder den Betrug eines Andern kannte oder kennen mußte.

3. Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung steht unter den allgemeinen Grundsätzen der Anfechtung (142 fg.). Sie ist nur zulässig binnen eines Jahres, nachdem der Anfechtungsberechtigte die Täuschung entdeckt hat und nicht länger als 30 Jahre nach Abgabe der Willenserklärung. Auf die Jahresfrist finden die Bestimmungen des § 203 Abs. 2. 206. 207 entsprechende Anwendung (124.). Da die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung somit länger möglich sein kann, als diejenige wegen Irrthums über den Inhalt der Erklärung (121), und da sie den Regreß aus § 122 nicht nach sich zieht, so ist es wichtig, festzustellen, ob die Anfechtung gemäß § 123 ausschließlich zulässig ist, wenn der erregte Irrthum ein Irrthum im Motive ist, oder auch dann, wenn derselbe den Inhalt der Erklärung betrifft. Da das Gesetz in keiner Weise die Einschränkung auf den letzteren Fall ausspricht, und da man zweifellos „zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung bestimmt worden“ ist, wenn etwa die Täuschung in falscher Angabe über den Inhalt der zur Unterzeichnung vorgelegten Urkunde besteht oder Eigenschaften der Sache betrifft, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden (119 Abs. 2), so ergreift § 123 zweifellos auch den dolos erregten Irrthum über den Inhalt der Erklärung.

4. Besonderen Grundsätzen folgt die Anfechtung einer Ehe wegen arglistiger Täuschung (1334). Die Täuschung muß Umstände betreffen, die den Getäuschten bei Kenntniß der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Eheschließung abgehalten haben würden. Außerdem sagt das Gesetz noch, er muß durch die Täuschung zur Eingehung der Ehe bestimmt worden sein; aber dieß ist identisch damit, daß er in Kenntniß der Sachlage die Ehe nicht geschlossen haben würde. Der Thatbestand ist insoweit der gleiche wie im Falle des § 1333 (vgl. ob. S. 342). Es braucht sich aber nicht wie dort um persönliche Eigenschaften des andern Gatten zu handeln; eine Täuschung über Vermögensverhältnisse begründet jedoch die Anfechtbarkeit nicht. Die Täuschung muß von dem andern Gatten ausgegangen oder ihm bei Abschluß der Ehe bekannt gewesen sein; daß er sie kennen mußte, reicht nicht aus.]

§ 79*.

Der Irrthum kommt im Recht nicht bloß als Grund des Ausschlusses des rechtsgeschäftlichen Willens und als Motiv desselben, sondern noch in zahlreichen anderen Fällen in Betracht¹. Es wiederholt

* Zitelmann S. 343 fg. [Bekker II § 84, Dernburg I § 87, Regelsberger I § 128.]

¹ Es empfiehlt sich, das über die richte Bedeutung des Irrthums zu Sagende § 79. nicht zu weit auseinanderzureißen. Deswegen wird dieser §, dessen Inhalt weit

sich in diesen Fällen zunächst der Gegensatz² zwischen dem Irrthum, welcher das Dasein einer rechtlich relevanten Thatfache ausschließt, also negativ wirkt³, und dem Irrthum, welcher selbst Bestandtheil eines rechtlich relevanten Thatbestandes ist, also positiv wirkt⁴. Nur ergeben sich hier die ferneren Möglichkeiten:

1) daß der Irrthum negativ nicht bloß in der Weise wirken kann, daß er das Dasein einer rechtlich relevanten Thatfache ausschließt, sondern auch in der Weise, daß er einer Thatfache die ihr an und für sich zukommende Wirkung entzieht⁵;

2) daß nicht bloß das Dasein, sondern auch das Nichtvorhandensein eines Irrthums (also das Wissen) negativ wie positiv wirken kann, also das Dasein einer rechtlich relevanten Thatfache ausschließen⁶ oder einer Thatfache die ihr an und für sich zukommende rechtliche Wirkung entziehen⁷, oder den Bestandtheil eines rechtlich relevanten Thatbestandes bilden kann⁸.

[§§. vgl. § 79a a. G.]

über den Kreis der Geschäfte hinausgeht, hier eingeschaltet. Vgl. Zitelmann S. 4 fg.

² Dieß hervorgehoben zu haben, ist das Verdienst Zitelmann's.

³ Die Abwesenheit des Irrthums wird durch den Begriff der Thatfache erfordert. Wenn z. B. eine Frist a die scientiae gerechnet wird, so liegt bei Nichtwissen eine Verschümmnißthatfache, wie sie das R. verlangt, nicht vor.

⁴ So z. B. bei der Ersetzung, bei dem Fruchterwerb des redlichen Besitzers.

⁵ Die Abwesenheit des Irrthums wird durch besondere Abbestimmung erfordert, damit eine Thatfache die ihr an und für sich zukommende rliche Wirkung entfalten könne. So sind z. B. die Antretung und die Ausschlagung einer Erbschaft ungültig, wenn der Antretende oder Ausschlagende über Dasein oder Art der Berufung im Irrthum ist, l. 22. 32—34 D. 29, 2. Weibliches Geschlecht gewährt gegen die Intercessionsobligation, Hauskindschaft gegen die Darlehnsobligation eine Einrede, aber dann nicht, wenn der Gläubiger im Irrthum ist, l. 11. 12 D. 16, 1. l. 3 pr. D. 14, 6. Man kann in diesem Fall sagen, daß der Irrthum zwar nicht das Dasein einer rlich relevanten Thatfache, aber doch das Dasein eines rlich relevanten Thatbestandes ausschließt.

⁶ Durch den Begriff der Thatfache wird das Dasein des Irrthums erfordert. So ist z. B. die *condictio indebiti* begründet, wenn ein Unverschuldeter in der Voraussetzung des Schuldigseins geleistet worden ist; diese Voraussetzung ist ausgeschlossen, wenn Jemand geleistet hat wissend, daß er nicht schuldig sei.

⁷ Das Dasein des Irrthums wird durch besondere Abbestimmung erfordert, damit eine Thatfache die ihr an und für sich zukommende rliche Wirkung entfalten könne. So gibt die Fehlerhaftigkeit der gekauften Sache dem Käufer einen Anspruch, aber nur dann, wenn er die Fehlerhaftigkeit nicht gekannt. — Kann man in diesem Fall nicht auch sagen, daß der Irrthum Bestandtheil des Thatbestandes sei? An und für sich gewiß. Nur tritt, indem man nicht den Irrthum als positiv, sondern das Wissen als negativ wirkend bezeichnet, deutlicher hervor, daß einer Thatfache die ihr an und für sich zustehende rliche Wirksamkeit durch das Wissen entzogen wird. Doch ist anzuerkennen, daß die Grenze hier eine flüchtige ist.

⁸ So erzeugt z. B. die Vorenthaltung einer Sache gewisse rliche Folgen,

§ 79 a.

In allen Fällen, in welchen Jemand in der Lage ist, sich, zum Zweck des Angriffs oder der Vertheidigung, auf einen Irrthum zu berufen, erhebt sich die Frage, ob jeder Irrthum ausreicht, oder ob ein Unterschied zwischen dem entschuldbaren (verzeihlichen) und dem unentschuldbaren (unverzeihlichen) Irrthum gemacht werden muß, so daß, wenn es ein eigener Irrthum ist, nur der entschuldbare hilft, wenn es ein Irrthum des Gegners ist, nur der unentschuldbare schadet. Diese Frage ist für einzelne Fälle bereits beantwortet worden¹; auf die Aufstellung einer allgemeinen Regel muß verzichtet werden². Für

wenn hinzukommt das Wissen des Besitzers, daß die Sache eine fremde ist. — Man wird Veranlassung haben, von einer positiven Wirkung des Wissens und nicht von einer negativen Wirkung des Irrthums da zu reden, wo das Wissen mit den anderen Bestandtheilen des Thatbestandes auf gleicher Linie steht, so daß jenen ohne das Wissen auch an und für sich die betreffende rliche Wirkung nicht zukommt. Doch ist auch hier die Grenze eine flüssige.

¹ E. § 76¹⁰, § 77 a. E., § 78⁸.

§ 79 a.

² Es liegt nahe, die Regel aufzustellen, daß es da, oder auch: nur da auf Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit des Irrthums nicht ankomme, wo von dem Nichtdasein oder Dasein des Irrthums die Existenz einer rlich relevanten Thatfache abhängt, das Wissen oder der Irrthum zum Begriff der Thatfache gehört. Aber diese Regel erweist sich nicht als zuverlässig. So ist die Berufung auf den die Existenz des Willens ausschließenden Irrthum bei Willenserklärungen, die einem Andern gegenüber abgegeben worden sind, nur zulässig, wenn der Irrthum entschuldbar ist (§ 76¹⁰), und ebenso fällt bei Unentschuldbarkeit des Irrthums die *condictio indebiti* weg (II § 426¹⁴). Andererseits hilft allerdings dem Gläubiger der intercedirenden Frau und des darlehnehmenden Hauskinds nur entschuldbarer Irrthum (I. 3. pr. D. 14, 6, I. 17 pr. D. 16, 1), aber die Quellen wissen nichts davon, daß die Gültigkeit oder Ungültigkeit des Antritts oder der Ausschlagung der Erbschaft durch die Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit des zu Grunde liegenden Irrthums bedingt wäre. — Vgl. auch III § 633²² a. E. — Auch wo Jemand in der Lage ist, sich auf ein Wissen zu berufen, kommt der Gegensatz zwischen Entschuldbarkeit und Unentschuldbarkeit des Irrthums insofern in Betracht, als sich fragen läßt, ob nicht dem Wissen des Gegners die Unentschuldbarkeit seines Irrthums und dem eigenen Wissen die Entschuldbarkeit des Irrthums gleichzustellen sei. Diese Frage ist natürlich an sich zu verneinen; Ausnahmen von der Verneinung müssen besonders begründet werden. So hat der Käufer keinen Anspruch wegen der Fehlerhaftigkeit der gekauften Sache, wenn er dieselbe kannte oder kennen mußte, und das *interd. quod vi aut clam* ist begründet, wenn der Handelnde wußte oder wissen mußte, daß er gegen den Willen des Gegners handele (I. 14 § 10 D. 21, 1, I. 3 § 7. 8. I. 4 D. 43, 24). [Allgemein verlangen Entschuldbarkeit zur Berücksichtigung des Irrthums: Hölder § 45 zu ¹, Dernburg I § 87 geg. E.] Ueber die besondere Frage, ob bei

den Fall, daß Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit des Irrthums erforderlich ist, entsteht die fernere Frage nach dem Begriff der Entschuldbarkeit. In den Quellen wird als entschuldbar der Irrthum über Thatfachen (s. g. factischer Irrthum), als nicht entschuldbar der Irrthum über Rechtsätze (Rechtsirrtum²) bezeichnet³. Jedoch ist diese Unterscheidung eine sehr äußerliche; in der Wirklichkeit kann sowohl ein Rechtsirrtum entschuldbar sein, als ein factischer Irrthum unentschuldbar, welches Beides freilich von demjenigen, der es behauptet, bewiesen werden muß. Der factische Irrthum ist unentschuldbar, wenn er auf grober Nachlässigkeit beruht⁴; der Rechtsirrtum ist entschuldbar, wenn es an der Möglichkeit fehlte, die nöthige Rechts-

Delicten die Verurteilung auf die Unkenntniß des Strafgesetzes gestattet ist, s. einerseits Savigny III Weil. VIII Nr. XX—XXII, andererseits Binding Normen II S. 310 fg., neuestens Pernice Pabst II S. 51 fg. [2. Aufl. S. 119 fg.]

² Eine seltsame Ansicht über die Begriffe Rechtsirrtum und factischer Irrthum hat Weil (ZS. f. G. u. Pr. N. F. XII S. 377 fg. 1855) aufgestellt. Auch nach ihm bezieht sich zwar der Rechtsirrtum auf Regeln, der factische Irrthum auf Thatfachen, aber der eine und der andere zunächst auf Befugnisse: der Rechtsirrtum soll sein der Irrthum über eine Befugniß hervorgegangen aus einem Irrthum über das objective R., der factische Irrthum der Irrthum über eine Befugniß hervorgegangen aus einem Irrthum über eine Thatfache. [Vgl. über Rechtsirrtum Hölder § 45 S. 233 fg., Dernburg I § 87, 3, Regelsberger I § 128, IV., Pabst Staatsr. I § 57 S. 559, Pernice Pabst 2. Aufl. II S. 119 fg. 498 fg., Adler Jahrb. f. Dogm. XXXIII S. 149 fg. Adler will den Satz: Rechtsirrtum ist (der Regel nach) unentschuldbar und deswegen irrelevant, durch den anderen ersetzt wissen: der Irrthum über einen Thatbestand kann dessen Anwendung nicht abwenden (S. 153 fg.). Dieser letztere Satz leide bei rein positiven Thatbeständen, welche die Folgen menschlicher Handlungen bestimmen, Ausnahmen zu Gunsten von Minderjährigen, Weibern, Soldaten und Personen von allgemeiner Welt- und Unersahrenheit (rustici). Als das geeignetste Mittel, in solchen Fällen die Anwendung des verkannten Satzes abzuwenden, erscheine in der Regel die Restitution (S. 211 fg.) Der principielle Satz A.'s. ist gewiß richtig, nur wie mir scheint, nicht so verkannt, wie A. glaubt; seine Lehre von den Ausnahmen zu diesem Satze bezeichnet A. selbst als nicht abgeschlossen. Die weite Ausdehnung, welche A. der Restitution wegen Irrthums, auch Rechtsirthums geben will (S. 166 fg.) ist m. E. nicht gerechtfertigt. Im übrigen müßte man wissen, für welche Fälle etwa behauptet werden soll, daß gegen eine der bevorzugten Personen ein Thatbestand sie nicht erkannt hat, seine Wirkungen überhaupt nicht (d. h. ohne Wiedereinsetzung in den vorigen Stand) entfaltet, um zu A.'s. Ansicht Stellung nehmen zu können.]

³ Dig. 22, 6. Cod. 1, 18 de iuris et facti ignorantia. Vgl. namentlich I. 2. 9 pr. § 5 D. 22, 6. Auch c. 13 in VI^o. 5, 13.

⁴ L. 3 § 1. l. 6. 9 § 2 D. 22, 6, l. 3 pr. D. 14, 6; l. 3 pr. D. 22, 6, l. 5 D. 41, 10. Cf. IX. 261. Vgl. übrigens Romfens Beiträge I S. 417—419.

Belehrung einzuziehen⁵, oder die eingezogene unrichtig ist⁶. Außerdem wird gewissen Personen der Rechtsirrtum überhaupt nachgesehen⁷, entweder ohne Ausnahme, wie den Minderjährigen⁸, oder doch in gewissen Fällen, so namentlich Frauen (diesen, wenn sie keinen Gewinn machen, sondern sich gegen Schaden schützen wollen, jedoch auch dann nicht unbedingt⁹), ferner Soldaten¹⁰ und Ungebildeten¹¹⁻¹².

[Im §§ ergeben sich für die Bedeutung des Wissens und des Irrthums dieselben Möglichkeiten, welche ob. § 79 für das gemeine Recht aufgestellt sind.

1. Wo das Gesetz Folgen an eine Thatfache knüpft, ist an und für sich anzunehmen, daß diese Folgen ohne Rücksicht darauf eintreten, ob den Beteiligten die Thatfache bekannt ist oder nicht, und andererseits, daß der irrige Glaube an das Vorliegen der Thatfache sie nicht zu ersetzen vermag. Beides ist selbstverständlich, obwohl es das Gesetz in einzelnen besonderen Zusammenhängen noch besonders

⁵ L. 9 § 3 D. 22, 6, l. 10 D. 37, 1, l. 2 § 5 D. 38, 15. Wächter I S. 355. Würtemb. Privatr. II § 21²¹, hält die Einziehung von Abkehrung für unndthig, „wenn der betreffende Kfall so zweifelhaft und bestritten ist, daß eine ganz sichere Abkehrung nicht hätte gegeben werden können“, s. auch Savigny III S. 236 fg. Aber ist nicht gerade in diesem Fall für den Vaian das Sichverlassen auf sein eigenes Urtheil ein Verstoß gegen die Anforderungen gewöhnlichster Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit?

⁶ Die entgegengesetzte Ansicht von Bruns in der in § 176 * citirten Schrift S. 53 fg. 120 fg. kommt schließlich darauf hinaus, daß der Ksirtum des unrichtig Belehren nicht sowohl unentschuldig sei, als vielmehr, wie jeder Ksirtum, ungeeignet, eine für die Erskigung ausreichende bona fides zu begründen. Vgl. § 178². Gegen Bruns Wächter in der am gleichen Orte genannten Schrift S. 118 fg. — Vgl. über die Frage nach der Entschuldigbarkeit des Ksirtums noch Kühne Jahrb. f. Dogm. XVII S. 10 fg.

⁷ Savigny III S. 429 fg., Wächter I S. 355 fg.

⁸ L. 9 pr. D. 22, 6. l. 11 C. 1, 18. (l. 3 C. Th. 3, 5).

⁹ L. 9 pr. D. 22, 6, l. 8 eod., l. 3. 11. 13. C. 1, 18. Savigny a. a. D. S. 432—486. Vgl. § 88. 6, Genoff.-Gef. 12 Abs. 4; Gew.-D. 11. [ob. § 54²].

¹⁰ L. 9 § 1 D. 22, 6. l. 1 C. 2, 50 [51], l. 22 pr. § 15 C. 6, 30; l. 5 C. 9, 23. Savigny S. 437. Fitting das castrenso peculium S. 7—9.

¹¹ L. 8 C. 6, 9, l. 1 § 5 D. 2, 13; l. 2 § 1 D. 2, 5 und Savigny a. a. D. S. 436, Wächter S. 356. Die heutige Anwendbarkeit des Begriffs der „rusticitas“ überhaupt und speciell in der hier fraglichen Beziehung leugnet Sf. XIX. 91. Vgl. dagegen das. VIII. 140, 141, IX. 292, X. 268, XV. 173, XXII. 149.

¹² Falsche Verallgemeinerungen enthalten l. 7. 8 D. 22, 6. L. 7. cit. „Iuris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet“. L. 8 cit. „Error facti ne maribus quidem in damno vel compendiis obest, iuris autem error nec feminis in compendiis prodest; ceterum omnibus iuris error in damnis amittendae rei suae non nocet“. Ueber die verschiedenen Ansichten s. Wächter Würtemb. Privatr. II § 21¹⁷, Savigny III S. 344—353, Bangerow I § 88 Anm. 1 Nr. V und die bei Vesterem Citirten. Neuestens: Wächter (⁶) S. 22 fg. 104 fg., Bruns (⁶) S. 22 fg. 104 fg. 120 fg., Wächter Pand. I S. 355 fg.

sagt. Die freiwillige Geschäftsführung hat ihre Folgen für und gegen den wahren Geschäftsherrn, auch wenn ihn der Geschäftsführer nicht kennt, und sie hat keine Folgen für und gegen den, den der Geschäftsführer irrig dafür hält (686). Die Voraussetzungen der Selbsthilfe gemäß § 229 werden durch den Glauben des Handelnden an ihre Existenz nicht ersetzt; dieß sagt das Gesetz, um daran die Vorschrift zu knüpfen, daß auch, wenn der Irrthum entschuldbar ist, der Handelnde auf Schadenersatz haftet, während er nach den sonstigen Grundsätzen nur für Fahrlässigkeit haften würde (231).

2. Es gibt aber zahlreiche Vorschriften, welche das Kennen von Etwas zum Element des juristischen Thatbestandes erheben und zwar a) entweder so, daß daselbe mit anderen Thatfachen sich zu einer Wirkung verbindet, wie im Falle vorsätzlicher Handlungen (vgl. 823. 826, ferner 68. 121 Abf. 1. 123 a. E. 124 Abf. 2. 142 Abf. 2. 307 Abf. 1. §. 1. 674. 729. 815. 1344 Abf. 1. 1345. 1424 Abf. 1. §. 1. 1435 Abf. 1. 1682 Abf. 1. §. 1). Es kann in diesem Falle unter Umständen sich empfehlen, oder wenigstens zulässig sein, das Kennen mit seinem Gegenstande zu begrifflicher Einheit zusammenzufassen; in solchem Falle kann man dann auch sagen, daß ohne das Kennen eine juristische Thatfache nicht vorliegt; so mag man sagen, daß ohne Kenntniß von den zu erwartenden schädlichen Folgen eine vorsätzliche Handlung nicht vorliegt. b) Andererseits kann das Wissen von etwas die Folgen anderer Thatfachen ausschließen (109 Abf. 2. 122 Abf. 2. 169. 173. 178. 179 Abf. 3. 307 Abf. 1. §. 2. 370. 814. 892. 1058. 1424 Abf. 1. §. 2. 1682 Abf. 1. §. 2. 1699 Abf. 1. 2366.). Auch hier mag es unter Umständen ein zulässiger Ausdruck sein, wenn man sagt, die Kenntniß schließt das Vorhandensein einer juristischen Thatfache aus, obwohl die Thatfache in Wahrheit hierdurch nicht ausgeschlossen wird, sondern nur ihr Rechtserfolg, ihre Qualität als juristische Thatfache.

Wo das Gesetz Kennen fordert, gleichviel ob zur Unterstützung von Thatfachen, oder als Grund des Ausschlusses ihrer sonstigen Wirkungen, ist das Kennenmüssen dem Kennen keineswegs ohne Weiteres gleichzustellen; es bedarf hierzu einer besonderen Vorschrift, wie sie das BGB. freilich in zahlreichen Fällen gibt. (68. 122 Abf. 2. 123 a. E. 142 Abf. 2. 169. 173. 179 Abf. 3. 307. 674. 729. 824 Abf. 1. 1424 Abf. 1. 1682 Abf. 1.) Kennenmüssen ist im Sinne des Gesetzes gleichbedeutend mit fahrlässigem Nichtkennen (122 Abf. 2).

Guter Glaube ist im BGB. nicht positive Voraussetzung von Rechtswirkungen, sondern das Fehlen des guten Glaubens hindert theilweise die sonst eintretenden Wirkungen anderer Thatfachen (932 Abf. 1. 933. 934. 936 Abf. 2. 937 Abf. 2. 945. 955 Abf. 1. 957), theilweise bringt es im Verein mit anderen Thatfachen Rechtswirkungen hervor (990. 2024.). Das Fehlen des guten Glaubens definiert § 932 im Zusammenhange der Lehre vom Eigenthumsertwerb trotz mangelnden Eigenthums des Uebertragenden dahin: der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört. Diese Definition wird auch auf die anderen Fälle, in denen von gutem Glauben die Rede ist, entsprechend angewandt werden müssen. In manchen Fällen stellt das Gesetz dem bei einem Erwerbe fehlenden guten Glauben den Fall zur Seite, daß der Erwerber den Rechtsmangel später erfährt (937 Abf. 2. 945. 955 Abf. 1. 957. 990 Abf. 1. 2024.). Diesem

Erfahren steht es aber nicht gleich, wenn der Erwerber in Folge von (selbst grober) Fahrlässigkeit den Rechtsmangel nicht erfährt. Bei dem Erwerb hat er eine gewisse Aufmerksamkeit aufzuwenden; nachher legt ihm das Gesetz eine solche Verpflichtung überhaupt nicht mehr auf.

B. Die Vorschriften des BGB. haben in den allermeisten Fällen keinen Zweifel darüber gelassen, daß sie nicht Folgen an den Irrthum, sondern umgekehrt an das Kennen, und zum Theil an das Kennen oder Kennenmüssen anknüpfen. In allen diesen Fällen ist der Beweis des Irrthums und bei der zweiten Gruppe der des entschuldbaren Irrthums nur bedeutsam als Gegenbeweis gegen die Existenz der Thatfache, auf die es rechtlich ankommt. Die Fälle, in denen der Irrthum selbständige juristische Bedeutung hat, sind nach BGB. ziemlich selten. Der Irrthum als Grund der Anfechtung von Rechtsgeschäften ist bereits besprochen (ob. § 77 u. 78); bei ihm ist Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit gleichgültig. Die Unentschuldbarkeit schließt die Anfechtbarkeit nicht aus; die Entschuldbarkeit hindert nicht die Haftung auf das negative Interesse gemäß § 122. Auch die Richtigkeit des § 1949 hängt von der Entschuldbarkeit des Irrthums nicht ab. Ebenso ist im Sinne des § 824 Abs. 2 die Verantwortung für eine Mittheilung, an welcher der Mittheilende oder der Empfänger ein berechtigtes Interesse hat, ausgeschlossen, wenn die Unwahrheit der Mittheilung dem Mittheilenden unbekannt ist, gleichviel, ob dieß entschuldbar ist oder nicht. Daß dieß die Meinung des Gesetzes ist, geht aus dem Gegensatz zu Abs. 1 desselben § deutlich hervor. Es gibt aber auch Fälle, in denen das Gesetz eine nicht auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntniß zur Voraussetzung nimmt (182 Abs. 2. 371). Wo die Voraussetzung des Gesetzes objectiv dahin lautet, daß etwas unbekannt ist, reicht fahrlässige Unkenntniß eines Betheiligten um so weniger aus, als die subjective Unkenntniß eines Betheiligten hier für sich allein überhaupt nicht genügt (182 Abs. 2 [unbekannter Aufenthalt]. 887. 1104 Abs. 1. 1112. 1170. 1171. 1269. 1911. 1913. 1960 Abs. 1).

4. Insoweit nach dem Vorigen das Kennenmüssen (die fahrlässige Unkenntniß), oder umgekehrt das entschuldbare Nichtwissen (die nicht auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntniß) von rechtlicher Bedeutung ist, hat das Gesetz nähere Vorschriften hierüber nicht gegeben; es finden vielmehr die allgemeinen Grundsätze von der Fahrlässigkeit Anwendung, und es reicht auch leichte Fahrlässigkeit aus, wo nicht das Gesetz, wie bei dem Mangel des guten Glaubens, grobe Fahrlässigkeit besonders fordert. Nach den gleichen allgemeinen Sätzen ist auch zu bemessen, ob die Unkenntniß eines Rechtsfactes im einzelnen Falle fahrlässig ist oder nicht. Das Gesetz enthält weder die Vorschrift, daß Rechtsirrtum immer unentschuldbar sei, noch gibt es irgend Jemandem ein Privilegium, das Recht nicht kennen zu dürfen.]

b. Furcht. Zwang*. § 80.

Daß der in einem Rechtsgeschäfte erklärte Wille durch Furcht hervorgerufen worden ist, hat auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts

* Dig. 4, 2 quod metus causa gestum erit. Cod. 2, 19 [20] de his quae vi metusve causa gesta sunt. — Schliemann die Lehre vom Zwange
Windscheid, Pandekten. 8. Aufl. I. Band. 23

an und für sich keinen Einfluß¹, und zwar wird hier auch kein Unterschied zwischen Willenserklärungen unter Lebenden und Willenserklärungen von Todeswegen gemacht. Anders ist es aber auch hier, wenn die Furcht von einem Anderen durch Drohungen zu dem Ende erregt worden ist, um die Willenserklärung hervorzurufen, in welchem Fall man gewöhnlich vom Zwang spricht². Zwar ist auch das erzwungene Rechtsgeschäft, wie das durch Betrug veranlaßte nicht nichtig, weil immerhin der wirkliche Wille erklärt worden ist²; aber das Recht

- ✓ (1861). J. A. Kramer de leer van den psychischen dwang (1864; vgl. fr. BZS. VI S. 416—418). Schloßmann die Lehre vom Zwange (1874). Savigny III § 114, Wächter Württemb. Privatr. II § 106. Pand. II § 187, Sitenis I S. 186—188, Unger II § 80, Brinz 1. Aufl. S. 1420 fg., ✓ Gradenwitz die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte S. 9—69 (1886). Dazu Ed. fr. BZS. XXX S. 78 fg. [Dernburg I § 103, Wendt § 42, Hölder § 44, Regelsberger I, § 144 fg., Brinz-Potmar IV § 530 fg.]
§ 80. ¹ Kohler Jahrb. f. Dogm. XXV S. 15—42.

² Der Ausdruck Zwang ist eigentlich zu weit, da er auch die körperliche Ueberwältigung umfaßt, bei welcher von Einwirkung auf den Willen keine Rede sein kann, z. B. wenn Jemand dem Anderen mit Gewalt die Hand zur Unterschrift einer Urkunde führt. Die den Römern geläufige Bezeichnung ist noch weiter; sie sprechen von metus, während das Edict früher vis metusve nannte. L. 1 D. 4, 2.

² L. 21 § 5 D. 4, 2. „Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui“. L. 21 § 4 eod., l. 22 D. 23, 2. Auch hier, wie beim Betrüge wurde früher vielfach für bonae fidei negotia Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts behauptet (ausführliche Dogmengeschichte bei Schliemann S. 179 fg.) Man berief sich namentlich auf l. 116 pr. D. 50, 17, l. 21 § 3 D. 4, 2 und l. 6 § 7 D. 29, 2. Vgl. darüber Bangerow III § 605 Anm. 2 und zu l. 6 § 7 cit. im Besonderen Schloßmann S. 46 fg., Kohler Jahrb. f. Dogm. XVI S. 121 fg. 341 fg., Pernice BZS. f. HR. XXV S. 95, Dernburg I § 103²². Jetzt ist die im Texte aufgestellte Ansicht die herrschende, namentlich in Folge der Ausführungen Savigny's a. a. O. Die dagegen von Kriz (Rfälle V S. 38 fg.) gerichtete Kritik hat schon Wächter nur noch zu milde „zum Theil unbegreiflich“ genannt. Viel mehr Beachtung verdient die Vertheidigung der Nichtigkeit, welche Schliemann in der oben angeführten gründlichen und gebiengen Schrift unternommen hat. Derselbe argumentirt so: 1) in den Quellen sind beide Auffassungen vertreten, Nichtigkeit und indirecte Ungültigkeit; 2) bei diesem Widerspruch müssen wir uns aus inneren Gründen entscheiden, und diese führen zur Annahme der Nichtigkeit. Aber weder das Eine noch das Andere kann gegeben werden. Die Stellen, in welchen Schliemann eine Nichtigkeit anerkannt findet, gestatten nämlich eine andere Auslegung, und wenn nicht zu leugnen ist, daß theilweise diese andere Auslegung nicht die nächstliegende ist, so muß beachtet werden, daß nach allgemeinen Auslegungsregeln ein Widerspruch, gar ein Widerspruch zwischen Stellen desselben Schriftstellers, nicht ohne zwingende Nothwendigkeit angenommen werden darf. Zugegeben werden muß nur, daß das r. R. die erzwungene Freilassung als nichtig behandelte (l. 9 pr. l. 17 pr. D. 40, 9, Dosith. § 7); aber das erklärt sich vollkommen daraus,

gewährt gegen die nachtheiligen³ Folgen^{3a} des Rechtsgeschäfts Schutz wie beim Betrüge, nur weiter gehenden. Es gewährt Einrede und Wiederherstellungsanspruch, außerdem auch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand⁴ — und dieses Alles nicht bloß gegen den Zwingenden,

daß Wiederaufhebung einer einmal eingetretenen Freiheit den Römern als etwas ganz Außerordentliches erschien, was nur unter den besondern Umständen durch kaiserliche Machtvollkommenheit verfügt werden konnte, 1. 9 § 6. l. 10 D. 4, 4, l. 24 D. 4, 3. (Trotz dem findet sich selbst hier die entgegengesetzte Ansicht vertreten, 1. 9 § 2 D. 4, 2 — welche Stelle aber Kramer p. 112 sq. nicht übel von dem durch die Freilassung entstandenen factischen Schaden versteht, so auch Brinz 1. Aufl. S. 1425. Vgl. Schloßmann S. 78.) Die gleiche Betrachtung macht sich heutzutage für die katholische Auffassung der Ehe geltend. Was sodann die inneren Gründe angeht, so führen dieselben zur Annahme der Nichtigkeit nicht. Schliemann argumentirt: bei dem Zwange ist es jedenfalls zweifelhaft, ob der Erklärung der wirkliche Wille entspricht, ob auch der Inhalt der Erklärung, und nicht vielmehr bloß die Erklärung gewollt sei; folglich ist der Schluß von der Erklärung auf den Willen kein sicherer, also der Wille durch die Erklärung nicht dargethan. Aber die Erklärung ist mehr als Beweismittel für den Willen; sie ist nicht dasjenige, woraus auf den Willen geschlossen wird, sondern die Erscheinung des Willens, sie ist der Wille in seiner Erscheinung. Wer behauptet, daß diese Erscheinung lüge, muß die Nichtexistenz des Willens beweisen, es genügt nicht, seine Existenz zweifelhaft zu machen. Aehnlich Schönemann JS. f. CN. u. Pr. N. F. XX Anh. S. 5, Bangerow 7. Aufl. III S. 281. 282. Theilweise wie Schliemann (in Betreff der Tradition) Schloßmann S. 76 fg. — Auch Brinz a. a. O. [Brinz-Votmar § 534], Czylharz Jahrb. f. Dogm. XIII S. 1 fg. (1873) und Schloßmann a. a. O. nehmen einen Widerspruch in den Quellen an, und suchen denselben auf den Gegensatz, der Erste zwischen „Formal- und Causalgeschäften“ (Vgl. II § 319), der Zweite zwischen civilen und prätorischen Geschäften, der Dritte zwischen Geschäften mit bestimmter solenner Form und formlosen Geschäften zurückzuführen. Für das heutige R. nimmt Brinz Fortbauer der römischen Unterscheidung, Czylharz Anfechtbarkeit, Schloßmann, welcher die Unterscheidung zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit für eine historische Zufälligkeit hält (vgl. § 82), Unwirksamkeit schlechthin (nach dem herrschenden Sprachgebrauch ausgedrückt Nichtigkeit) an. Für die Anfechtbarkeit schlechthin wieder Schulin über einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio (Marburg 1873) S. 19 ff. S. auch Besmann Kauf II S. 307 fg. Für die Nichtigkeit nach heutigem R. Leonhard Irrthum S. 397. [§ 301 S. 231 (einseitige Nichtigkeit). Für Anfechtbarkeit Dernburg I § 103, 2 ausgenommen bei der Ehe (diese relativ nichtig ibid. 4), Wendi § 42, 2, Regelsberger I § 145, II. III ausgenommen bei lechtwilligen Verfügungen, für welche auch Reg. die Nichtigkeit vertheilt. Für Nichtigkeit des Testaments: Venel Sav.-JS. X S. 71 fg.]

³ L. 12 § 2. l. 14 pr. D. 4, 2. Schliemann S. 29—31.

^{3a} Von diesen Folgen sind zu unterscheiden weitere Handlungen, die im Gefolge des erzwungenen Geschäfts auftreten. Ist eine Verpflichtung unter Zwang übernommen und dann freiwillig erfüllt, so kann das Geleistete mit actio quod metus causa nicht zurückgefordert werden, möglicher Weise freilich mit andern Klagen aus anderen Gründen (condictio ob iniustam causam). RG. XXXVI S. 202 fg.]

⁴ Exceptio quod metus causa, actio quod metus causa. Das Nähere

sondern gegen Jeden, welcher das in Folge des Zwanges Verlorene hat⁵. Jedoch ist, damit der Zwang diese weitgehende Wirkung habe, erforderlich, sowohl daß das gedrohte Uebel ein bedeutenderes, als daß die Furcht vor demselben eine begründete gewesen sei⁶. Ist das Eine

über diese *exceptio* und *actio*, sowie über die in *integrum restitutio* wegen *metus*, s. unten (II § 462, I § 118). Auch im *bonae fidei iudicium* konnte der Zwang geltend gemacht werden, wenngleich der Fuder nicht ausdrücklich darauf verwiesen war. L. 8 C. 4, 44. — Ueber die Behandlung der letztwilligen Verfügungen s. III § 548, 1. § 638, 7.

⁵ Mag er es unmittelbar durch das erzwungene Geschäft erhalten haben, oder mag es später an ihn gelangt sein. Die *exceptio* wie die *actio quod metus causa* sind in *rem scriptae*, l. 4 § 33 D. 44, 4, l. 9 § 1. 8. l. 10 pr. l. 14 § 3. 5 D. 4, 2. Ueber die Erstreckung der Wiedereinsetzung auf Dritte s. § 120⁴. — Erner Tradition S. 255⁵ will Schutz gewähren nicht bloß wenn das Geschäft durch den Dritten erzwungen, sondern schon wenn es unter dem Einfluß einer von einem Dritten erregten Furcht abgeschlossen worden ist, wenngleich die Furchterregung nicht die Absicht hatte, das Geschäft hervorzurufen. Diese Meinung beruht auf einer Auslegung von l. 9 § 1 D. 4, 2 und Paul. *sentent* l. 7 § 5, welche keine zwingende Kraft hat. S. andererseits Wächter *Württemb. Privatr.* II S. 767¹⁵, Bangerow III § 605 *Anm.* 2 a. E. ⁶ L. 3 § 1 — l. 9 pr. l. 22. 23 § 1. 2 D. 4, 2, l. 13 C. 2, 4, l. 4. 7.

⁶ L. C. 2, 19 [20]. Die Quellen verlangen „*timorem maioris malitatis*“, und nennen speciell als genügend Bedrohung des Lebens, des Leibes und der Freiheit, während sie umgekehrt Bedrohung des guten Rufes und Bedrohung mit Processen (Sf. VIII. 27, XVIII. 112, XX. 219, XXII. 215, XXXIII. 213, XXXVII. 190, XLIV. 22, v. Glafenapp *ACPra.* LXV S. 258 fg.) als nicht zureichend bezeichnen. Bei den in den Quellen genannten Fällen stehen zu bleiben, wie Savigny III S. 105—107 will, oder auch nur, wie Schliemann S. 15—22 thut, daraus das Princip zu bilden, daß unter allen Umständen eine Bedrohung der Person erforderlich sei, erscheint bei der unbestimmten Ausdrucksweise der Quellen bedenklich. Zustimmung Arndts § 61⁴; ebenso Kramer p. 167 sq., der als positives Erforderniß aufstellt: Unwiederherstellbarkeit des Uebels. S. auch Dernburg I § 103. [Regelsberger I § 144, II.] Vgl. Sf. VIII. 27. Bedrohung von Angehörigen: l. 8 § 3 D. 4, 2, Schliemann S. 20, Kramer p. 187 sq., Sf. XXXIII. 283, XLII. 12 (RG.), RG. X S. 191. [XXXI S. 156 fg.; dazu (zustimmend) *Est* Jahrb. f. Dogm. XXXV S. 305 fg. Sf. XLVIII. 168: auch Bedrohung mit der Herbeiführung einer Criminalstrafe kann im heutigen R. ausreichend sein.] [Sf. XLVI. 168: Auch Bedrohung mit erheblichen Vermögensnachtheilen oder mit Verinchtigung des Credits (Einleitung einer Zwangsvollstreckung)]. [*Est* a. a. O. S. 306: auch Androhung eines den guten Ruf beschädigenden Civilprocesses.] Die Quellen verlangen ferner „*metum non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat* (l. 6 D. 4, 2), wobei man nur den Superlativ nicht urgiren darf. Schliemann S. 26—28. — Nicht erforderlich ist Unberechtigtkeit der Drohung an und für sich. Wer mit einem Uebel droht, welches er zufügen darf, versetzt den Bedrohten nicht minder in einen Zustand der Unfreiheit, als derjenige, welcher mit einem Uebel droht, zu dessen Zufügung er nicht berechtigt ist. L. 3 § 1. l. 7 § 1 und arg. l. 21 pr. D. 4, 2. Schliemann S. 24—26, Kramer p. 177—179. [Anerkannt ist

oder das Andere nicht der Fall, so fällt der Schutz gegen Dritte weg, nicht aber nothwendig auch die Einrede und der Wiederherstellungsanspruch gegen den Zwingenden⁷.

[Nach §§. kann der Urheber einer Willenserklärung, wenn er zu derselben widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, dieselbe anfechten. (123 Abs. 1). Es ist bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen gleichgültig, ob die Drohung von dem Empfänger oder einem Dritten ausgeht; denn die einschränkenden Vorschriften des § 123 Abs. 2 gelten nur für den Betrug. Erforderlich ist, daß die Drohung bestimmend gewirkt hat, und daß diese Bestimmung widerrechtlich ist. Das ist sic, entsprechend den bisherigen Anschauungen^(*) nur dann nicht, wenn jemand einen andern zu einer Willenserklärung, auf die er ein Recht hat, mit Mitteln zwingt, die ihm gerade zu diesem Zweck rechtmäßig zur Verfügung stehen. Ist das Verfahren danach widerrechtlich, so stellt das Gesetz an die Art der Drohung scheinbar weitere Anforderungen nicht. Die Einschränkung der Anfechtbarkeit auf den Fall erheblicher Drohungen ist aber praktisch ganz unentbehrlich und auch indirect als dem Sinne des BGB. entsprechend nachweisbar. Die Frist für die Anfechtung soll beginnen mit dem Zeitpunkte, in welchem die Zwangslage aufhört (124 Abs. 2). Eine solche muß also vorhanden sein, um die Anfechtbarkeit zu begründen. Von einer Zwangslage kann man aber nur dann sprechen, wenn der Bedrohte begründeten Anlaß hat, mit der Gefahr der Verwirklichung des angedrohten Uebels zu rechnen, und zugleich dieses Uebel groß genug ist, um die Abgabe der verlangten Willenserklärung als Wahl des kleineren Uebels begreiflich erscheinen zu lassen. Man wird von diesem Standpunkt aus im Wesentlichen auf die gemeinrechtlichen Anschauungen zurückkommen müssen^(*). Die Anfechtung muß

aber, daß die Anfechtbarkeit nicht eintritt, wenn der Drohende ein R. hat, den Bedrohten zu gerade dieser Willenserklärung und gerade mit dem gewählten Mittel zu nöthigen. RG. XXXI S. 161. Regelsberger I § 144 II, 5. So auch schon Schliemann a. a. O. S. 25 fg. Unger II § 80²⁴. Indessen bedarf auch der Satz, daß die Anfechtbarkeit eintritt, wenn jemand ein Uebel, das er zufügen darf, androht, um damit etwas zu erreichen, worauf er ein Recht nicht hat, der Einschränkung. Zwar läßt sich l. 21 pr. D. 4, 2 hier nicht mit Dernburg § 103¹⁵ verwerthen; denn die Pointe dieser Stelle liegt darin, daß der Patron nicht seinerseits droht (Schliemann S. 25¹⁴). Dennoch aber ist richtig, daß Geschäfte, welche auf die hier fragliche Weise zu Stande kommen, wie es Dernburg ausdrückt, den Charakter eines erlaubten Vergleiches haben können. Dieß kann aber nur dann gesagt werden, wenn der Drohende gegen Erlangung des erstrebten Vorteils auf die Zufügung des Uebels verbindlich verzichtet. Wenn jemand den Abschluß eines Kaufvertrages dadurch erzielt, daß er dem anderen Theil die Ründigung eines Kapitals androht, die diesen ruiniren würde, so ist der Kaufvertrag anfechtbar; hat er aber auf die angedrohte Ründigung für eine bestimmte Zeit gegen Abschluß des Kaufvertrages verzichtet, so ist der Vertrag aus dem Grunde des Zwanges nicht anfechtbar.]

⁷ Jedenfalls ist begründet *actio* und *exceptio doli*, ferner kann begründet sein die *condictio* ob iniustam oder ob turpem causam (II § 423⁴ ⁵), bei Bedrohung mit Processen auch das *edictum de calumniatoribus* (II § 471). Vgl. übrigens auch Dernburg I § 103¹². Cf. XLII. 12 (RG.).

erfolgen binnen eines Jahres, welches, wie bemerkt, mit dem Aufhören der Zwangslage beginnt, § 203 Abs. 2. §§ 206. 207. finden entsprechende Anwendung. Außerdem kann die Anfechtung nur binnen 30 Jahren nach der Willenserklärung erfolgen (124). Für die Ehe (1835) und für letztwillige Verfügungen (2078 Abs. 2) und Erbverträge (2281) ist die Anfechtbarkeit wegen rechtswidriger Bestimmung durch Drohung noch besonders ausgesprochen, um die notwendigen Sondervorschriften zur Regelung der Anfechtung daran zu knüpfen.

6. Inhalt des Rechtsgeschäfts*.

§ 81.

Die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts hängt endlich auch von seinem Inhalt ab; der Grund, weshalb einem Rechtsgeschäft die rechtliche Anerkennung versagt wird, kann auch der Inhalt des in ihm erklärten Willens sein. Die hierher gehörigen Bestimmungen sind aber zum großen Theil ganz specieller Natur und entziehen sich daher der hier anzustellenden Betrachtung¹; von allgemeiner Bedeutung sind folgende:

1. Nichtig sind die Willenserklärungen, welche auf etwas Unmögliches gerichtet sind². [Vgl. aber unt. § 315.]

[Ebenso §§. 306 fg.]

2. Nichtig sind auch diejenigen, die sich durch ihren Inhalt in Widerspruch setzen mit den Vorschriften des Sittengesetzes³.

[Ebenso §§. 138 (Rechtsgeschäfte, welche gegen die guten Sitten verstoßen, mit besonderer Hervorhebung der wucherischen Geschäfte.)]

3. Nichtig sind ferner diejenigen, durch welche über Etwas verfügt wird, worüber der Verfügende nicht verfügen kann. Es kann aber erstens Niemand verfügen über die Rechtssphäre eines Andern⁴, es müßte denn dieser Andere seine Einwilligung dazu gegeben haben⁵,

* Wächter Württemb. Privatr. II § 90. [Hölzer S. 271. Regelsberger I § 147, II.]

§ 81. ¹ So z. B. die Bestimmung, daß sich Ehegatten nicht schenken können, daß nicht nach Belieben Zinsen versprochen werden können zc. Vgl. § 70^{1a}

² L. 1 § 9—11 D. 44, 7, l. 35 pr. l. 97 pr. D. 45, 1, l. 31. 185 D. 50, 17.

³ § 36 i. f. I. 2, 20, l. 112 § 3 D. 30, l. 26. 27 pr. l. 35 § 1 D. 45, l. 4 C. 8, 38 [39]. Vgl. aus Cf. die II § 314⁴ citirten Erkenntnisse. [Lotmar der unumoralische Vertrag 1896.]

⁴ Es kann Niemand die Sache eines Andern veräußern, es kann Niemand durch sein Versprechen einen Andern zum Schuldner machen, es kann Niemand die Forderung eines Andern cediren, der Schuldner kann dem Gläubiger durch Leistung an einen Andern seine Forderung nicht nehmen zc.

⁵ L. 20 pr. D. 13, 7, l. 38 § 1 D. 24, 1, l. 9 § 2 D. 39, 5, l. 9 § 4 D. 41, 1, l. 2. 5 C. 4, 51, l. 4 C. 7, 26. Vgl. l. 165 D. 50, 17. Durch

oder das Recht dazu in irgend einer sonstigen Weise gesetzlich begründet sein⁶. Jene Einwilligung kann auch nachträglich gegeben werden⁷, in welchem Falle man wieder, wie bei der Anerkennung einer in unserem Namen abgegebenen Willenserklärung (§ 74), von Genehmigung spricht⁸; näher über dieselbe § 83. Zweitens kann es auch vorkommen, daß Jemand in der Verfügung über seine eigene Rechtssphäre beschränkt ist. Sätze von allgemeinerer Bedeutung, welche hierher gehören, sind, daß unter Vormundschaft gestellte Personen⁹

die Ertheilung seiner Einwilligung begabt derjenige, über dessen Sphäre verfügt wird, die fremde Willenserklärung mit einer Wirkungskraft, welche ihr an und für sich nicht zukommt, er gibt ihr die gleiche Wirkungskraft, welche seine eigene Willenserklärung gehabt haben würde. Aber weder ist die fremde Willenserklärung seine eigene, noch will er, wie bei der Stellvertretung, so angesehen werden, als hätte er selbst eine Willenserklärung wie die fremde abgegeben. A. M. Jhering (Jahrb. f. Dogm. I S. 307, vgl. II S. 125—128), welcher behauptet, daß hier lediglich ein Rechtsgeschäft des Einwilligenden vorliege, daß der Verfügende „am Rechtsgeschäft als solchem nicht den mindesten Antheil (habe)“. Nach meiner Auffassung ist die Beziehung des Rechtsgeschäfts zu dem Einwilligenden lediglich die, daß durch dasselbe sein Vermögen (seine Sphäre) mit seinem Willen gemindert wird, welcher Umstand dann allerdings möglicherweise auf den Bestand wie auf die rlichen Folgen des Rechtsgeschäfts von Einfluß sein kann. Vgl. I. 38 § 1 D. 24, 1, I. 9 § 2 D. 39, 5, I. 8 C. 3, 29; I. 16 D. 40, 1, I. 30 § 1 D. 40, 9 (vgl. auch I. 22 D. 40, 2). Etwas abweichend Karlowa Rechtsgeschäft S. 64 fg. — Kann die einmal ertheilte Einwilligung zurückgenommen werden? es kommt zunächst darauf an, ob der Einwilligende sich hat binden wollen. Aber auch wenn er dieß gewollt hat, ist die Regel die, daß er die ertheilte Macht nur nicht zurücknehmen darf, während sein Können, vorbehaltlich zu leistenden Schadenersatzes, nicht ausgeschlossen ist. Jedoch kommt es auch vor, daß die ertheilte Machtbefugniß sich zu einem selbständigen Re gestaltet, so bei der Verpfändung, der (römischen) Cession. Das in diesen Fällen Anerkannte will für das heutige R. zur Regel erheben Jhering Jahrb. f. Dogm. II S. 131. 132. 133. Vgl. Kohler ABR. III S. 254 fg.

⁶ Hierher gehört im Besonderen der Fall des Pfand., nicht bloß des gesetzlichen und gerichtlichen, sondern auch des vertragsmäßigen, da bei dem letzteren auf die Fortdauer der Einwilligung des Berechtigten nichts ankommt. Veräußerungs- beim Nießbrauch: Kohler der Dispositionsnießbrauch, Jahrb. f. Dogm. XXV S. 187—328.

⁷ L. 20 pr. D. 13, 7, I. 16 § 1 D. 20, 1, I. 38 § 1 D. 24, 1, I. 3 C. 3, 32, I. 4 C. 4, 51.

⁸ Der Ausdruck *ratihabitio* wird in den Quellen zwar vorzugsweise von dem Falle der nachträglichen Einwilligung gebraucht, aber nicht mit Strenge auf ihn beschränkt, vgl. z. B. I. 44 § 1 D. 41, 3, I. 4 C. 7, 26. Ebenso wird auch der Ausdruck *consentire* nicht bloß von vorgängiger Einwilligung gebraucht, vgl. z. B. I. 3 C. 3, 32.

⁹ Hiervon ist bereits oben in der Lehre von der Handlungsfähigkeit (§ 71) gehandelt worden.

und Personen, welche sich im Concurs befinden¹⁰, von ihrem Vermögen nichts veräußern können.

[Zu dem ersten Falle vgl. §§. 185 (unt. § 83). Zu beachten ist für das BGB. der weite Umfang der Sätze über den Rechtswerb von Nichtberechtigten (932 fg. 1082. 1207. 892).

4. Nichtig sind im Zweifel Rechtsgeschäfte die durch ihren Inhalt gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen. Vgl. § 70 zu 1^a.

5. Nichtig sind Rechtsgeschäfte, die ein Rechtsverhältniß schaffen wollen, welches die Rechtsordnung nicht anerkennt, z. B. ein Bruderschaftsvertrag¹¹, die Bestellung eines dinglichen Rechts außerhalb des anerkannten Kreises dinglicher Rechte¹².

Dies ist auch für das Recht des §§. zu behaupten.]

C. Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*.

1. Begriff und Arten.

§ 82.

Der Begriff der Ungültigkeit ist im allgemeinen bereits angegeben worden. Ungültig ist dasjenige Rechtsgeschäft, welches, weil es nicht allen rechtlichen Anforderungen entspricht, für das Recht nicht gilt, d. h. welchem das Recht die Kraft nicht zugesteht, die von ihm beabsichtigte Gestaltung der Verhältnisse herbeizuführen. Der Begriff der Ungültigkeit ist daher enger, als der der Unwirksamkeit; ein Rechtsgeschäft kann unwirksam sein, auch ohne daß durch seine Mangelhaftigkeit sein Können gelähmt ist¹.

¹⁰ R. D. § 5. 6. Die dennoch erfolgende Veräußerung ist übrigens nicht sowohl nichtig, als anfechtbar. S. § 82^a.

[¹¹ L. 7. C. 6, 24.]

[¹² Zu No. 5 vgl. Dernburg I § 91, 3.]

* Savigny IV § 202. 203, Wächter II § 86, Sintonis I § 24, Unger II § 91. 92, Karlowa das Rechtsgeschäft und seine Wirkung S. 116 fg., Leonhard der Irrthum bei wichtigen Verträgen S. 294 fg., Gradenwitz die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte, im Besonderen S. 300 fg., 1887. (Darüber C. Fr. B. J. C. XXX S. 77 fg., Fr. Endemann 3 S. f. 58. XXXIV S. 613 fg., Mittels Grünh. 3 S. XVI S. 641 fg.), Fr. Endemann über die civilliche Wirkung der Verbotsgesetze S. 69—101 (1887), Mittels Jahrb. f. Dogm. XXVIII S. 85—165 (1889). [[L. Ferrarini l'invalidità degli atti giuridici vol. I Modena 1892.]] [Dernburg I § 120 fg., Hölder § 58, Regelsberger I § 174 fg., Brinz-Potmar IV § 586 fg., s. auch Bekker Sav.-3 S. XV. S. 204 fg.]

§ 82. ¹ So wenn die ihm hinzugefügte Bedingung ausgefallen ist. Das Rechtsgeschäft entspricht hier allen rechtlichen Anforderungen; daß es nicht wirkt, hat seinen Grund nicht in seinem Nichtkönnen, sondern in seinem Nichtwollen. Ebenso, wenn die

In dem Begriff der Ungültigkeit gibt es Gegensätze.

1. Der bei Weitem wichtigste dieser Gegensätze ist der ebenfalls im Allgemeinen bereits oben erörterte Gegensatz zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit. Entweder nämlich ist ein Rechtsgeschäft ungültig in der Weise, daß es die von ihm beabsichtigte rechtliche Wirkung gar nicht erzeugt, ebenso wenig, als wäre es nie abgeschlossen worden; ein solches Rechtsgeschäft nennt man ein nichtiges Rechtsgeschäft².

Genehmigung nicht erfolgt, auf welche hin Jemand ein Geschäft im Namen eines Andern abgeschlossen hat (§ 74). — Es soll zwar nicht gelehrt werden, daß nach dem Wortsinne an und für sich ungültig auch diejenige Willenserklärung genannt werden kann, welche nicht wirkt, weil sie nicht wirken will; man kann auch von ihr sagen, daß sie für das A. nicht gilt. Aber eine Unterscheidung in der Bezeichnung ist Bedürfnis, und Niemand wird bestreiten, daß der Sprachgebrauch ungültig vorzugsweise dasjenige nennt, was nicht anerkannt wird, obgleich es anerkannt sein möchte. — Jedenfalls dürfen diejenigen Fälle nicht unter den Begriff Ungültigkeit gestellt werden, in welchen die Unwirksamkeit des Geschäfts nicht in ihm selbst ihren Grund hat, sondern in einer Thatfache, welche die Wirkung (das Gewirke) trifft, ohne das Geschäft (die wirkende Kraft) zu berühren, z. B. in einer eingetretenen Verjährung. Savigny (IV S. 542) geht so weit, sogar den Fall der Erfüllung einer Obligation unter den Begriff der Ungültigkeit zu ziehen. — Uebrigens kann der Begriff der Unwirksamkeit im weiteren Sinne in den der Ungültigkeit übergehen; dieß ist der Fall bei der Voraussetzung (§ 97³). — In den Quellen wird ein Unterschied gemacht zwischen einem „non datum“ und einem „inutiliter datum“. L. 1 § 1 D. 34, 7, l. 60 [59] § 6 D. 28, 5, l. 14 pr. D. 29, 7. Diese Unterscheidung deutet sich aber mit der hier entwickelten Unterscheidung zwischen Unwirksamkeit und Ungültigkeit nicht vollständig. Vgl. Kretschmar Prälegat. S. 211 fg., Karlowa a. a. O. S. 117 fg. Vgl. noch ²a. C. und Leonhard a. a. O. S. 294 fg. — Einen engeren Begriff von Ungültigkeit stellt auf Gradenwitz S. 301; dawider Mitteis S. 97.

³ Einen engeren Begriff von Nichtigkeit stellt auf Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 219. 388 fg. Er nennt nichtig nur dasjenige Geschäft, welches in keiner Beziehung rüch in Betracht kommt, auch nicht mit einer andern als der beabsichtigten rüchigen Wirkung, und unter keiner möglichen künftigen Gestaltung der Verhältnisse. Hiernach nimmt er Nichtigkeit nur an bei Formmangel, Handlungsunfähigkeit und Geisteswirrigkeit des Inhalts, nicht aber z. B. bei wesentlichen Irrthum, wegen der dabei möglicherweise stattfindenden Verhaftung auf das f. g. negative Vertragsinteresse (II § 311), und nicht bei Veräußerung durch den Nichteigentümer, wegen der möglichen Genehmigung des Eigentümers. Vgl. auch Hartmann Obligation S. 176, Beckmann Kauf I S. 688 fg., Köhler J. C. f. franz. Civilt. VIII S. 502 fg., Mitteis S. 99 fg., im Besonderen S. 113; nichtig sei nur dasjenige Geschäft, welches „in keiner Richtung Lebensäußerungen von sich zu geben vermag“. — Das nichtige Geschäft existirt für das Recht nicht; thatsächlich ist es vorhanden. Es ist ein Körper ohne Seele; aber deswegen nicht weniger ein Körper. Hierdurch erledigen sich die Bemerkungen von Schloßmann zur Lehre vom Zwange S. 7 fg. Vgl. übrigens jetzt auch denselben Schriftsteller in seiner Schrift über den Vertrag S. 139. — In einem ganz besonderen

Oder ein Rechtsgeschäft ist ungültig in der Weise, daß es die von ihm beabsichtigte rechtliche Wirkung zwar erzeugt, dieselbe sich aber als unfähig erweist, den ihr entsprechenden tatsächlichen Zustand herbeizuführen oder zu erhalten. Dieß letztere ist noch in doppelter Weise denkbar. Entweder so, daß die aus dem Rechtsgeschäfte erwachsende rechtliche Wirkung in sich selbst kraftlos ist, oder so, daß ihre Wiederaufhebung verlangt werden kann. Das Erste ist der Fall, wenn der von dem Rechtsgeschäft erzeugte Anspruch mit einer Einrede behaftet ist, so daß er wider Wille desjenigen, gegen den er begründet ist, nicht durchgesetzt werden kann². Bei dem Zweiten findet

Sinne spricht Karlowa in der in Note * bezeichneten Schrift (S. 5 fg.) von „Existenz“ oder „Bestand“ des Rechtsgeschäfts. Er versteht darunter denjenigen Zustand, welcher durch das von der Rechtsordnung anerkannte Rechtsgeschäft hervorgerufen werde, bevor die von ihm beabsichtigte rechtliche Wirkung eingetreten sei, und welcher die Grundlage und Ursache dieser Wirkung bilde; trete die von dem Rechtsgeschäft beabsichtigte Wirkung sogleich ein, so sei seine Existenz nur eine momentane. Jenen Zustand bezeichnet Karlowa als „Gebundenheit der Geschäftssubjecte“, durch welche Gebundenheit aber die Widerrechtlichkeit des Rechtsgeschäfts nicht ausgeschlossen werde; auch der Errichter eines Testaments sei „gebunden“. Ich bezweifle, daß dieser neue Begriff sich einbürgern wird. — Die dem deutschen Ausdruck Nichtigkeit entsprechenden römischen Ausdrücke: *negotium nullum*, *negotium nullius momenti* werden in den Quellen nicht mit derjenigen Strenge, mit welcher wir den Ausdruck Nichtigkeit handhaben, von dem ansehbaren Rechtsgeschäft ferngehalten, vgl. z. B. l. 16 § 1 D. 4, 4, l. 3 § 3 D. 17, 2, l. 22 D. 42, 8, sowie umgekehrt der Ausdruck *rescindere* auch von dem nichtigen Rechtsgeschäft gebraucht wird, z. B. l. 7 § 16 D. 2, 14, l. 64 § 1 D. 35, 1, Ulp. § 1. 2. In l. 8 pr. D. 18, 6 und l. 31 D. 44, 7 werden die Ausdrücke *nullus* und *nullius momenti* auch von dem bedingten Rechtsgeschäft bei Ausfall oder Unmöglichkeit der Bedingung gebraucht. [Vgl. Regelsberger I § 174, II, 1. Ueber den Gegensatz von absoluter und relativer Nichtigkeit vgl. ³.]

² Beispiele: *exceptio quod metus causa*, *doli*, *SC¹ Macedoniani*, *SC¹ Velleiani*. Der durch Einrede geschützte Verpflichtete ist für das wirtschaftliche Ergebnis gleich einem Nichtverpflichteten. „*Obligatum accipere debemus, si exceptione se tueri non potest; ceterum si potest, dicendum non esse obligatum*“, l. 20 § 3 D. 40, 12. S. noch l. 42 § 1 D. 44, 7, l. 25 D. 45, 1, l. 66 D. 50, 17. Aber auch nur für das wirtschaftliche Ergebnis; die juristische Gestaltung des Rechtsverhältnisses ist eine andere, als bei der Nichtverpflichtung. Diejenigen Schriftsteller, welche für das heutige R. die Berechtigung des Begriffs der *exceptio* bestreiten, zählen natürlich diesen Fall der Ansechbarkeit zur Nichtigkeit. Vgl. § 47¹ und im Besonderen Brinz 1. Aufl. S. 1631 [Brinz-Votmar IV § 586 z. Anf.] und E. Zimmermann in seinen kritischen Bemerkungen zu Cifefe's Schrift über die materielle Grundlage der *Exceptio* S. 30 fg. Ich halte das Aufgeben der Unterscheidung zwischen derjenigen Ungültigkeit, welche in dem Fehlen eines begründenden Elementes des Rechtsgeschäfts, und derjenigen, welche in anderen mehr äußerlichen Mängeln ihren Grund hat, für keinen Fortschritt, wenn auch nicht geleugnet werden soll, daß bei der Ausbildung dieses Gegensatzes in

noch der Unterschied statt, daß die Wiederaufhebung entweder durch den Richter zu geschehen hat⁴, oder aber durch die Thätigkeit desjenigen, zu Gunsten dessen die rechtliche Wirkung eingetreten ist oder gegenwärtig besteht⁵; denkbar ist es auch, daß sie durch eine einfache Erklärung desjenigen, welcher sich durch die eingetretene rechtliche Wirkung beschwert findet, beschafft werden kann⁶. Jedenfalls ist also, wenn das Rechtsgeschäft nicht nichtig ist, eine Reaction gegen dasselbe erforderlich, um seine Wirksamkeit auszuschließen, während eine solche Reaction bei dem nichtigen Rechtsgeschäfte nicht nur nicht nötig, sondern nicht einmal denkbar ist⁶. Und diese Reaction muß von bestimmten Personen ausgehen, während auf die Nichtigkeit sich Jedermann berufen kann. Aus dem letzteren Grunde nennt man die Ungültigkeit, welche nicht Nichtigkeit ist, auch relative Ungültigkeit (die Nichtigkeit selbst absolute). Gebräuchlicher ist heutzutage die bereits angegebene Bezeichnung Anfechtbarkeit⁷.

einem gegebenen R. historische Zufälligkeiten mitwirken können, und speciell im r. R. mitgewirkt haben. Was die praktische Bedeutung des Unterschieds zwischen obligatio nulla und opo exceptionis inanis angeht, so ist eine solche Bedeutung jedenfalls für die processualische Behandlung (in Betreff der Ausführungspflicht) vorhanden; für das materielle R. kommt allerdings dem § 47¹ Gesagten gegenüber in Betracht, daß auch das nichtige Rechtsgeschäft bestätigt werden kann (§ 83, 2). Vgl. jetzt noch Leonhard a. a. O. S. 301 fg.

⁴ Beispiele: in integrum restitutio, bonorum possessio contra tabulas, querela inofficiosi testamenti.

⁵ Beispiele: actio doli. actio quod metus causa. — Man bemerke, daß es heißt: die Wiederaufhebung der eingetretenen rlichen Wirkung, nicht: die Anfechtung, habe durch denjenigen zu geschehen, zu Gunsten dessen die Wirkung eingetreten ist.

⁶ Vgl. III § 591¹³.

⁷ Daher hat namentlich eine Nichtigkeitsklage Sinn nur als Präjudicialklage, d. h. als Klage auf Feststellung der Nichtigkeit. Im Widerspruch hiermit wollte eine früher sehr verbreitete Ansicht in wichtigen Fällen (vgl. Unger § 91²⁰⁻²⁰) das Dasein der Nichtigkeit von der Durchführung der f. g. querela nullitatis abhängig machen, und stellte demgemäß den Satz auf, daß durch die Verjährung dieser Klage die Nichtigkeit geheilt werde. Zur unbestrittenen Herrschaft ist diese Ansicht im Proceß und im Eher. gelangt. Die früher sehr angefochtene Zulässigkeit einer Klage auf Feststellung der Nichtigkeit (vgl. Cf. VI. 319. 320, XV. 144, XVII. 208, Regelsberger APraktR. N. F. IX S. 416 fg.) ist jetzt durch CPD. 231 außer Zweifel gestellt. Vgl. dazu noch Cf. XXXVIII. 104. Dem bei Cf. VI S. 455—458 bezeichneten Bedürfnis (Wiedererlangung des durch das nichtige Rechtsgeschäft factisch Verlorenen) hilft die römische condictio possessionis ab. Das Erkenntniß XVIII. 113 gibt actio in factum, womit in der That nichts erklärt ist. S. noch Cf. III. 177. [Pflüger ACPr. LXXIX S. 434⁷⁰]

⁷ Dieser Ausdruck ist durch Savigny zu einer fast allgemeinen Anerkennung

2. Ein fernerer Gegensatz in der Ungültigkeit ist, daß sie entweder entschieden oder unentschieden ist. Entweder — und dieß bildet den regelmäßigen Fall — versagt das Recht von vorn herein dem Rechtsgeschäft seine Anerkennung, oder das Recht läßt es einstweilen dahingestellt, ob das Rechtsgeschäft seine Anerkennung verdient oder nicht, und macht seine Entscheidung von dem Eintreten oder Nicht-eintreten eines künftigen ungewissen Umstandes abhängig. Dieser Umstand kann namentlich auch die Willenserklärung einer der beim Rechtsgeschäft beteiligten Personen sein; je nachdem diese Person will, ist das Rechtsgeschäft, und zwar von Anfang an, gültig oder ungültig. Die in Folge einer solchen Erklärung eintretende Ungültigkeit kann an und für sich sowohl Anfechtbarkeit als Nichtigkeit sein;

gelangt, obgleich er nicht ganz paßt, da er den Fall, wo gegen den von dem Rechtsgeschäft erzeugten Anspruch nur eine Einrede begründet ist, schlecht bezeichnet, weßwegen auch Andere in diesem Fall von Anfechtbarkeit nicht geredet wissen wollen. So auch Gradenwitz S. 310 fg., Mitteis S. 131 fg. — Man begegnet wohl der Ansicht, die Anfechtbarkeit sei nicht selbst Ungültigkeit, sondern eröffne nur die Möglichkeit, das Rechtsgeschäft ungültig zu machen; dasselbe sei nicht eher ungültig, bis die Anfechtbarkeit durchgeführt worden sei. Am bestimmtesten ist diese Ansicht von Wächter I S. 422 fg. Württemb. Privatr. II S. 653 (?). 656. 657 und von Brinz 1. Aufl. S. 1633. 1634 ausgesprochen worden; vgl. auch Sintenis I S. 211. 218, Leonhard a. a. D. S. 312, und unten * a. E. Mit dem oben aufgestellten Begriff der Ungültigkeit ist diese Ansicht unverträglich. Das anfechtbare Rechtsgeschäft ist dadurch eben, daß es anfechtbar ist, nicht minder in seiner Kraft gehemmt, als das nichtige; es findet hier ein Unterschied in der Art und Weise, und, wenn man will, im Grade der Hemmung statt; aber das thut dem Wesen des Begriffs keinen Eintrag. Offenbar unter dem Einflusse dieser Auffassung steht die Behauptung Wächter's (I S. 423. Württemb. Privatr. II S. 656, vgl. Unger II S. 161), daß, wenn in Folge der Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts seine Wirkung wieder aufgehoben werde, dieß nur für die Zukunft, nicht auch für die Vergangenheit, geschehe. Geht man dagegen davon aus, daß die Anfechtbarkeit selbst schon Ungültigkeit sei, die Wiederaufhebung Folge und Ausdruck der Ungültigkeit, nicht ihr Grund, so gelangt man umgekehrt zu dem Satze, daß die Wiederaufhebung auch für die Vergangenheit wirke, und man wird in den Fällen, wo das positive R. der Wiederaufhebung ausgesprochenermaßen eine solche Wirkung nicht beilegt, nur eine Abweichung von dem Princip erblicken. Vgl. noch Karlowa a. a. D. S. 158. — Schloßmann der Vertrag S. 20 fg. ist der Ansicht, daß, so wenig wie die Nichtigkeit (s. ²), ebensowenig die Anfechtbarkeit als eine Qualität des Rechtsgeschäfts bezeichnet werden dürfe; bei der f. g. Anfechtbarkeit werde einfach die auf Grund eines Thatbestandes eingetretene rliche Wirkung auf Grund eines andern Thatbestandes wieder aufgehoben. Hiernach wäre kein Unterschied zwischen dem Verlust des Eigenthums durch Wiederveräußerung und dem Verlust des Eigenthums in Folge der *actio quod metus causa*. [Vgl. über Anfechtbarkeit überhaupt Dernburg I § 120, 2. Hilder S. 303 fg. 306 fg. Regelsberger I § 174, II, 2. Brinz-Votmar IV § 586 S. 405 fg. § 587, II.]

gewöhnlich denkt man nur an den letzteren Fall⁸. Derselbe unterscheidet sich von der (entschiedenen) Anfechtbarkeit dadurch, daß es in ihm von dem Willen der betreffenden Person abhängt, ob von einer irgend welchen rechtlichen Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts überhaupt soll geredet werden können, während das anfechtbare Rechtsgeschäft eine rechtliche Wirkung zweifellos hervorgebracht hat⁹.

⁸ Insofern in demselben die Nichtigkeit von dem Willen einer bestimmten Person abhängt, kann man sie auch eine relative Nichtigkeit nennen, wo denn die entschiedene Nichtigkeit als absolute erscheint. — Es ist gegen die f. g. relative Nichtigkeit eine lebhaftere Opposition erhoben worden in einem gründlich geschriebenen Aufsatz von Brandis (3 E. f. C. u. Pr. VII S. 121 fg. [1884]), und diese Opposition hat vielfachen Anklang gefunden, vgl. z. B. Vangerow I S. 397. 518. 630 (7. Aufl.) II § 485 Anm. 3. C., Sintenis I § 24¹⁷, Böcking I § 119. d. e. [Brinz-Potmar IV § 586 zu²¹ § 587, I, 2, b.]. Versteht man, wie das freilich geschehen ist, unter relativer Nichtigkeit eine Nichtigkeit, welche für den Einen vorhanden ist, für den Andern nicht, so ist das allerdings ein in sich verkehrter Begriff; versteht man unter ihr das im Text Angegebene, so macht ihr Begriff keinerlei Schwierigkeit. Jedenfalls ist derselbe unentbehrlich für das heutige katholische Eher. (vgl. übrigens auch Brinz 1. Aufl. S. 1644), und war aus gleichem Grunde, wie für dieses, unentbehrlich für das r. R. in Betreff der Freilassung, vgl. I. 5 C. 7, 8, l. 1 § 1 D. 40, 7. Schmidt Pflichttheilr. des Patronus S. 123²². Ob aber alle die Fälle, welche man gewöhnlich zur relativen Nichtigkeit zählt, wirklich unter dieselbe gehören, ist eine andere Frage; was namentlich die f. g. relative Nichtigkeit zweiseitiger Verträge angeht, s. II § 321²²⁻²⁴. Ebenjowenig gehört die „Nichtigkeit“ des § 6 der R.D. und des § 326 der Str.P.D. hierher; sie ist in der That Anfechtbarkeit (vgl. übrigens auch Mandry 3. Aufl. S. 100 fg., Wendt S. 159. 160, Mitteis S. 102 fg. 128 fg.) Wächter (I S. 488. Württemb. Privatr. II S. 669) faßt die unentschiedene Nichtigkeit als Gültigkeit auf, welche durch die Erklärung einer Partei zur Nichtigkeit, d. h. zur Unwirksamkeit von Anfang an, wird. Für uns ist das Anfechtbarkeit, da wir nicht zugeben, was Wächter behauptet, daß es im Begriffe der Anfechtbarkeit liege, daß das angefochtene Geschäft nur für die Zukunft unwirksam werde (¹). In anderen Fällen, welche gewöhnlich als Fälle der relativen Nichtigkeit bezeichnet werden, nimmt Wächter (I S. 492 fg. Württemb. Privatr. S. 667) eine Nichtigkeit an, welche durch die Erklärung einer Partei zur Gültigkeit wird, so namentlich in dem Fall, wo ein Geschlechtsreifer einen zweiseitigen Vertrag ohne Mitwirkung des Vormunds abgeschlossen hat. Wächter's Auffassung theilt Unger II S. 149, während Schliemann Lehre vom Zwange S. 137. 138 richtig betont, daß bei der relativen Nichtigkeit vor der Entscheidung weder Gültigkeit noch Nichtigkeit vorhanden ist. [Dernburg I § 170, 1, b.: relativ ist die Nichtigkeit, wenn sie nicht von Jedem Interessenten und nicht in allen Fällen geltend gemacht werden kann (sicheres Beispiel R.D. 6). So auch Hölder S. 302 fg. 306. Regelsberger I § 174, II, 3 hält den Begriff der relativen Nichtigkeit für entbehrlich, stellt aber § 142, IV im Falle des wesentlichen Irrthums doch „relative Nichtigkeit“ als die Folge hin.]

⁹ Welcher Unterschied freilich praktisch in dem Falle keiner ist, wo die Anfechtung nur Erklärung der betreffenden Person voraussetzt. — Savigny (IV

3. Die Ungültigkeit kann eine ursprüngliche oder eine nachfolgende sein; derjenige Umstand, welcher die Willenserklärung ihrer Kraft beraubt, kann sogleich mit der Willenserklärung vorhanden sein, oder erst nach ihr eintreten¹⁰. Ueber die Frage, ob jeder Umstand, welcher, wenn er sogleich vorhanden gewesen wäre, die Willenserklärung ungültig gemacht haben würde, auch durch sein späteres Eintreten die Ungültigkeit der Willenserklärung herbeiführe, s. die Note¹¹.

4. Die Ungültigkeit bezieht sich entweder auf den gesammten Umfang des in einem Rechtsgeschäft Gewollten, oder nur auf einen Theil desselben¹².

§. 539) zählt die Anfechtbarkeit selbst zur unentschiedenen Ungültigkeit. Es liegt dem die in Note⁷ bezeichnete Verwechslung zu Grunde (vgl. IV §. 560).

¹⁰ An einer nachfolgenden Ungültigkeit leidet z. B. das Testament nach der Geburt eines nicht berücksichtigten Notherben, die bedingte Veräußerung einer Sache nach dem Untergang der Sache. Aber nicht wird eine nachfolgende Ungültigkeit durch die Geltendmachung der Anfechtbarkeit begründet (?). Ebenso wenig ist eine nachfolgende Ungültigkeit vorhanden, wenn eine bisher unentschiedene Ungültigkeit sich in eine entschiedene verwandelt; dadurch wird nicht eine Mangelhaftigkeit des Rechtsgeschäfts nachträglich begründet, sondern festgestellt, daß eine Mangelhaftigkeit von Anfang an vorhanden gewesen ist. S. auch die folgende Note. [Regelsberger I § 175, I, Brinz-Votmar IV § 587, I, 2, II, 1.]

¹¹ 1) Von Ungültigwerden einer Willenserklärung darf nur da geredet werden, wo dieselbe in die Lage kommt, die von ihr beabsichtigte rliche Wirkung nicht mehr erzeugen zu können, nicht aber da, wo die von ihr erzeugte rliche Wirkung hinterher wieder aufgehoben wird. Die Quellen ziehen jedoch in die Fragestellung auch dieses letztere Verhältniß mit hinein. Vgl. l. 85 § 1 D. 50, 1., l. 140 § 2 D. 45, 1, und andererseits l. 3 § 2 D. 34, 8, l. 98 pr. l. 136 § 1 D. 45, 1, l. 11 D. 8, 1, l. 16 D. 9, 2, § 6 I. 4, 8. 2) Die im Text aufgeworfene Frage setzt also solche Willenserklärungen voraus, welche nicht sofort die rliche Wirkung, auf welche sie gerichtet sind, zu erzeugen beabsichtigen; sie greift namentlich Platz bei legwilligen, bei bedingten (im weiteren Sinn) und bei befristeten Willenserklärungen. Zur Beantwortung der Frage wird man aber zwischen den verschiedenen Erfordernissen der Gültigkeit der Willenserklärungen zu unterscheiden haben. a) Die Fähigkeit des Subjects muß bis zu dem Zeitpunkte dauern, zu welchem die Willenserklärung Wirksamkeit gewinnen soll. S. III § 563, 1. § 639, 1 und l. 14 § 1 D. 46, 2. b) Ebenso muß der Inhalt des erklärten Willens noch zu dieser Zeit den gesetzlichen Anforderungen entsprechen. S. III § 549, 1. § 563, 3. § 639, 2. 3, l. 14 pr. l. 31 pr. D. 46, 2, l. 8 pr. D. 18, 6, l. 98 pr. D. 45, 1. c) Dagegen schadet Wegfall der Handlungsfähigkeit des Subjects regelmäßig nicht. L. 20 § 4 D. 28, 1, l. 1 § 9 D. 37, 11, l. 2 § 5 D. 39, 5. S. andererseits § 74^{2a}. Literatur: Savigny IV §. 552 fg., Wächter I §. 488 fg. Würtemb. Privat. II §. 669, Böding § 119 h. i., Unger II §. 144, Brinz l. Aufst. §. 1627 fg., [Brinz-Votmar IV § 587, I, 2a], Karlowa a. a. D. §. 122 fg. [Regelsberger I § 175, I].

¹² So ist die nicht insinuirte große Schenkung gültig bis zur Insinuationssumme, ungültig soweit sie diese Summe überschreitet. -- Die Ungültigkeit, welche

5. Die Ungültigkeit ist vorhanden entweder für das Recht überhaupt, oder nur für denjenigen Rechtssatz, welchen der das Rechtsgeschäft Abschließende zunächst in's Auge gefaßt hat. Den Anforderungen, welche dieser Rechtssatz an ein gültiges Rechtsgeschäft stellt, genügt das Rechtsgeschäft nicht; dagegen entspricht es den Anforderungen eines anderen Rechtssatzes, aus welchem die gleiche rechtliche Wirkung hervorgeht¹³. Indem das Rechtsgeschäft nach diesem letzteren Rechtssatz aufrecht erhalten wird, befolgt man den vermuthlichen Willen seines Urhebers¹⁴. Gewöhnlich spricht man in diesem

sich auf einen Theil des Gewollten bezieht, hat die Ungültigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts dann zur Folge, wenn ohne den ungültigen Theil auch der andere Theil nicht bestehen kann oder nach der Absicht des Urhebers nicht bestehen soll. So ist das Zinsversprechen ungültig, wenn das Kapitalversprechen es ist. „Cum principalis causa non consistit, ne ea quidem quas sequuntur locum habent“, l. 129 § 1 D. 50, 17, vgl. l. 178 eod. Sonst heißt es: „utile non debet per inutile vitari“, c. 37 in VI^o 5, 13, l. 1 § 5 D. 45, 1. Cf. XXXIV. 269. [Regelsberger I § 175, II. Brinz-Votmar IV § 587, I, 3, II, 2.]

¹³ Beispiele. Ein Soldat will nach gemeinem Re testiren, und erfüllt nicht die Anforderung desselben; sein Testament ist immerhin gültig nach dem besonderen R. des Soldatenstandes (l. 3 D. 29, 1). Ein nach dem Recht der acceptilatio ungültig abgeschlossener Erlaßvertrag kann gültig sein nach dem R. des pactum de non petendo (l. 5 pr. D. 18, 5, l. 8 pr. l. 19 pr. l. 23 D. 46, 4). Ein ungültiges Wechselversprechen kann gültig sein nach dem R. des Schuldscheins (vgl. übrigens Römer Abhandlungen I S. 75 fg.), ein ungültiger Erbvertrag nach dem R. des Testaments (III § 529³⁹). [(Formungültiges schriftliches Testament als mündliches Cf. XLVI. 201.)]

¹⁴ „Neque enim, qui voluit iure communi testari, statim beneficio militari renuntiavit, nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda sua iudicia“, l. 3 D. 29, 1 *cit.* Selbst da nehmen unsere Quellen keinen Anstand, es für das Wahrscheinlichste zu halten, daß der Urheber des Rechtsgeschäfts Wirkung desselben nicht bloß nach dem zunächst ins Auge gefaßten Satz gewollt habe, wo die Wirkung, welche es nach diesem gehabt haben würde, bloß im Wesen mit derjenigen übereinkommt, welche sich aus dem wirklich zutreffenden Satz ergibt, nicht aber in allen Eigenschaften, so namentlich bei acceptilatio und pactum de non petendo. Wenn dagegen der wirklich zutreffende Satz eine Wirkung ganz anderer Art erzeugt, als der ins Auge gefaßte, wenn gleich eine Wirkung, welche im Allgemeinen dieselbe Richtung verfolgt, so ist ohne ausdrückliche Erklärung des Urhebers des Rechtsgeschäfts nicht anzunehmen, daß auch diese Wirkung anderer Art gewollt sei. Daraus erklärten sich die Entscheidungen in l. 1 § 4 D. 13, 5, l. 9 D. 23, 1, l. 1 D. 29, 7. Daß übrigens hier die Grenze keine scharf gezeichnete ist, und daher im einzelnen Fall der Auslegung viel überlassen werden muß, liegt auf der Hand. Unger (Inhaberpapiere S. 92. 93) geht wohl zu weit, wenn er auf Grund von l. 47 D. 44, 7 bei allen Obligationenacten die Präsumtion für die Nichterstreckung sprechen läßt. L. 1 § 2 D. 45, 1 gehört nur unter der Voraussetzung hierher, daß durch ein nudum pactum nach r. R. eine naturalis obligatio erzeugt wurde, worüber zu vergleichen ist II § 289¹. Cf. noch III § 631, 4.

Falle von einer „Conversion“ des Rechtsgeschäfts¹⁵.

§ 82. 1. Den Ausdruck Nichtigkeit wendet das BGB. offenbar in dem Sinne an, daß das nichtige Geschäft die beabsichtigten Folgen überhaupt nicht hervorbringt (vgl. 105. 116. 117. 118. 125. 134. 138.) In manchen Fällen steht der Ausdruck unwirksam m. E. gleichbedeutend mit nichtig (111. 174. 1831. 2077.) Die Nichtigkeit kann von Jedermann und in jeder Situation geltend gemacht werden. Eine Ausnahmestellung nimmt hier nur die Nichtigkeit der Ehe ein; diese kann unbeschränkt geltend gemacht werden, wenn die Nichtigkeit auf Formmangel beruht und die Ehe nicht ins Heirathsregister eingetragen ist; in allen anderen Fällen der Nichtigkeit tritt die unbeschränkte Möglichkeit der Geltendmachung erst ein, wenn die Ehe aufgelöst ist, oder wenn sie für nichtig erklärt ist; daß letzteres geschehe, ist im Wege der Nichtigkeitsklage zu betreiben (1329); wem diese zustehen soll, soll in der EPC. geordnet werden (vgl. die in Aussicht genommene Fassung des § 586 EPC., auch den in Aussicht genommenen § 141a EPC. Anl. II der Denkschr. z. BGB.). Eine andere Nichtigkeitsklage als dieselbe bei der Ehe kennt das BGB. nicht.

Die Nichtigkeit kann einen Theil eines Rechtsgeschäfts treffen. Dann aber ist das ganze Geschäft nichtig, wenn nicht positiv anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Theil vorgenommen sein würde (139). Unter einem Theil eines Rechtsgeschäfts ist sowohl eine einzelne Bestimmung wie ein quantitativer Theil des Geschäfts zu verstehen. Auch auf Grund des § 161 kann ein Geschäft theilweise (sachlich beschränkt) nichtig sein (s. unt.). Vgl. auch 2270. 2298 Abs. 1. Relative Nichtigkeit ist dem BGB. nicht dem Ausdruck, aber der Sache nach bekannt. Sie liegt vor, wenn ein Rechtsgeschäft nur bestimmten Personen gegenüber unwirksam ist (135. 136).

Ein Rechtsgeschäft kann nachträglich unwirksam werden und zwar entweder so, daß es angesehen wird, als sei es nie gültig gewesen; (dies ist anzunehmen in den Fällen der §§ 108 Abs. 2. 177 Abs. 2 und ferner in den Fällen gültigen Widerrufs des Geschäfts), oder so, daß die Wirkungen des Geschäfts nur für die Zukunft fortfallen. 3. V. wenn Jemand über einen Gegenstand unter einer aufschiebenden Bedingung verfügt hat, so ist nach § 161 Abs. 1 jede weitere Verfügung, die er während der Schwebezeit über den Gegenstand trifft, im Falle des Eintritts der Bedingung insoweit unwirksam, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde. Da nun aber die erfüllte Bedingung selbst nie dinglich rückwirkende Kraft hat (158. 159), so wäre es zwecklos, eine Vernichtung der Zwischenverfügung mit rückwirkender Kraft anzunehmen. Nachträgliche Vernichtung mit rückwirkender Kraft ist die Folge der Aufrechnung des anfechtbaren Geschäfts (142 Abs. 1). Von einem Schwebezustande

¹⁵ Der Ausdruck ist nicht glücklich gewählt. Das Geschäft wird nicht dadurch aufrechterhalten, daß es zu einem andern gemacht wird, sondern es wird aufrechterhalten als das was es ist, es wird nur eine nicht offen liegende Seite desselben herausgelehrt. S. aber auch Brinz 2. Aufl. II § 283⁴. — Eine besondere Behandlung dieser Lehre hat Römer (MCPra. XXXVI S. 66 fg. [1853]) gegeben; vgl. Unger Inhaberpapier S. 90—94. S. f. XXVIII. 240. [§ 314er S. 304 fg. 307. Hegelsberger I § 175, III.]

wird man zu reden haben, insofern (wie in den obigen Fällen) Anlaß besteht, mit dem Eintritt der nachträglichen Vernichtung des Geschäfts als einer nicht fern liegenden Möglichkeit zu rechnen. Es gibt aber Fälle, wo dieß nicht zutrifft. Die Ehescheidung entzieht einer letztwilligen Verfügung, die ein Ehegatte zu Gunsten des Anderen errichtet hat, die Gültigkeit (2077); deßhalb wird man aber nicht sagen, die Verfügung sei in der Schwebel.

Ein Rechtsgeschäft kann nachträglich wirksam werden. Nicht hierher gehören die normalen Bestimmungen über den Geltungsbeginn der Willenserklärungen, wohl aber die Bestimmung, daß eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, wirksam wird mit dessen Genehmigung (185 Abs. 2), oder die Leistung an einen Dritten mit der Genehmigung des Gläubigers (362 Abs. 2). Von einem Schwebezustand wird man auch hier nur sprechen dürfen, sofern es berechtigt ist, die Genehmigung als eine naheliegende Möglichkeit in's Auge zu fassen. Wenn der Dieb die gestohlene Sache verkauft, so wird man nicht sagen wollen, die Eigentumsübertragung sei in der Schwebel, bis der Eigentümer sie genehmigt. Denn daß dieß geschieht, ist nur eine sehr entfernte Möglichkeit. Die Genehmigung des § 185 hat, wie jede, von der nicht das Gegentheil bestimmt ist (184), rückwirkende Kraft. Das Gleiche gilt von den Genehmigungen der §§ 108, 177, 415. In diesen letzteren Fällen wird man regelmäßig von einem Schwebezustand sprechen dürfen. Einen anderen Fall rückwirkender Convalescenz des nichtigen Geschäfts zeigt 1328 Abs. 2. Bestätigung des nichtigen Rechtsgeschäfts durch seinen Urheber gehört im Sinne des BGB. im Allgemeinen nicht hierher; denn sie ist als erneute Bornahme des Geschäfts zu beurtheilen (141); anders im Falle des § 1325 Abs. 2.

Die Conversion ordnet das BGB. durch die Bestimmung: „Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, daß dessen Geltung bei Kenntniß der Nichtigkeit gewollt sein würde“ (140). Es muß also nicht bewiesen werden, daß die Parteien diese Geltung eventuell in's Auge gefaßt haben, sondern man muß nur annehmen können, daß sie als vernünftig und billig denkende Leute sie ihren Zwecken entsprechend gefunden haben würden, wenn sie gewußt hätten, daß auf dem von ihnen betretenen Wege diese Zwecke nicht erreicht werden konnten. Das entspricht auch der bisherigen Auffassung von der Conversion.

2. Ein anfechtbares Geschäft im Sinne des BGB. ist ein solches, dem durch Anfechtung die Wirkungen, die es herbeigeführt hat, mit rückwirkender Kraft entzogen werden können, so daß das Geschäft als „von Anfang an nichtig anzusehen“ ist (142 Abs. 1. 1343 Abs. 1). Alle Vorschriften über nichtige Geschäfte gelten also auch für das angefochtene anfechtbare Geschäft. Dabei ist bestimmt, daß, wer die Anfechtbarkeit kannte oder kennen mußte, so behandelt wird, als habe er die Nichtigkeit gekannt oder kennen müssen. (142 Abs. 2. 1343 Abs. 1). Wer die Anfechtbarkeit kennt oder kennen muß, weiß oder muß wissen, daß die gegenwärtig bestehenden Folgen des Geschäfts der Gefahr der rückwirkenden Vernichtung ausgesetzt sind, und wird mit Recht nicht als gutgläubig angesehen, wenn er auf den Fortbestand dieser Folgen baut. Nimmt also z. B. der Gläubiger in Kenntniß der Anfechtbarkeit seiner Forderung die Leistung entgegen, so haftet er nach erfolgter Anfechtung auf Rückleistung nach §§ 812 fg. mit der Steigerung des

§ 819 geradeso, wie wenn er in Kenntniß der Nichtigkeit auf nichtige Schuld Leistung empfangen hätte. Wer eine Sache erwirbt wissend oder grob fahrlässig nicht wissend, daß das Eigenthum seines Rechtsurhebers anfechtbar ist, ist ebenjowenig in gutem Glauben (892), wie wenn sein Rechtsurheber nicht Eigentümer gewesen und er dieß gewußt oder in grober Fahrlässigkeit nicht gewußt hätte. Entsprechendes gilt für § 892. Auch für die Anwendung der §§ 1344. 1345 in Kenntniß der Anfechtbarkeit der Kenntniß der Nichtigkeit gleichwerthig.

Die Anfechtung erfolgt im Allgemeinen durch eine einseitige Erklärung des Anfechtungsberechtigten gegenüber dem Anfechtungsgegner. Wer anfechtungsberechtigt ist, ist von Fall zu Fall bestimmt. Im Allgemeinen ist es der Urheber der mangelhaften Erklärung (119. 123. 1331—1335. 1350 Abs. 1.). Daß das Anfechtungsrecht auf die Erben übergeht, ist nicht zweifelhaft (bei der Ehe erlischt jedoch das Anfechtungsrecht sowohl durch Scheidung wie wenn die Ehe durch Tod des Anfechtungsberechtigten Gatten gelöst wird [1338]). Immer ist das Anfechtungsrecht insofern höchst persönlich, als es nicht etwa von Bürgen oder anderen Nebeninteressenten ausgeübt werden kann. Eben darum ist dem Bürgen und dem Hypothekeneigentümer, so lange das Anfechtungsrecht des Schuldners besteht, eine dilatorische Einrede gewährt (770. 1137 Abs. 1.). Einen Fall, in welchem nicht der Urheber der Erklärung, sondern Andere, in deren Rechtsverhältnisse sie eingreift, das Anfechtungsrecht haben, zeigt § 318; über letztwillige Verfügungen vgl. § 2080, über Erbverträge 2279. 2281 Abs. 1. 2285.

Anfechtungsgegner (143) ist bei einem Vertrage der Mitcontrahent (oder sein Erbe) (nicht anders auch im Falle des § 318); in dem Falle, in welchem ein betrügerisches Geschäft selbständig einem Dritten gegenüber anfechtbar ist (ob. § 78 a. E. unter 2), ist dieser (oder sein Erbe) der Anfechtungsgegner. Bei einer einseitigen empfangsbedürftigen Erklärung ist der Anfechtungsgegner derjenige, welchem gegenüber das Geschäft vorzunehmen war, oder dessen Erbe. Auch wenn die Erklärung statt dem Betheiligten einer Behörde gegenüber abgegeben werden kann, (wie z. B. in §§ 875. 876) und der letztere Weg gewählt ist, ist die Anfechtung dem Betheiligten zu erklären. Bei einem einseitigen nicht empfangsbedürftigen Rechtsgeschäft ist Anfechtungsgegner jeder, der auf Grund des Rechtsgeschäfts unmittelbar einen rechtlichen Vortheil erlangt hat; ebenso der Erbe eines solchen. Sind mehrere solche Personen vorhanden, so folgt daraus, daß das Gesetz mehrmalige Anfechtung nicht verlangt, vielmehr das einmal angefochtene Geschäft rückwirkend unbeschränkt nichtig wird, daß die dem einen erklärte Anfechtung auch dem anderen Betheiligten gegenüber gilt. War die Willenserklärung einer Behörde gegenüber abzugeben (ausschließlich, nicht [wie oben] ihr oder einem Betheiligten gegenüber, so kann die Anfechtung der Behörde gegenüber erklärt werden, welche sie dem durch das Rechtsgeschäft unmittelbar Betroffenen mittheilen soll. Ob dieß geschieht, ist aber für die Wirkung der Anfechtung gleichgültig. Der Anfechtende kann aber auch in diesem Falle die Anfechtung an denjenigen erklären, welcher durch das Geschäft unmittelbar einen rechtlichen Vortheil erlangt hat. Ausschließlich an das Nachlassgericht zu erklären ist die Anfechtung der Ehe, wenn sie durch den Tod des zur Anfechtung nicht berechtigten Ehegatten aufgelöst ist (1342), die Anfechtung der Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft (1955 vgl. 1957) und diejenige gewisser letztwilliger Verfügungen (2081) und gewisser Bestimmungen in Erbverträgen

(2281 Abf. 2). In einzelnen Fällen gelten für die Anfechtungserklärung noch besondere Vorschriften (1836. 1599. 1731. 1755. 1955 in Verbindung mit 1945. 2282).

Die Anfechtung einer Ehe, bevor sie aufgelöst ist, erfolgt überhaupt nicht durch einseitige Erklärung, sondern durch Erhebung der Anfechtungsklage (1841). Die Ehe wird also gemäß § 1343 Abf. 1 in Uebereinstimmung mit § 142 Abf. 1 durch die Klageerhebung, nicht erst durch das Urtheil (rückwirkend) vernichtet, das Urtheil spricht nur aus, daß die Ehe anfechtbar war und deshalb durch die Klageerhebung (rückwirkend) nichtig geworden ist. Bevor die Ehe anfechtbar ist, kann aber die Nichtigkeit der Ehe nicht anderweitig geltend gemacht werden, es wäre denn, daß sie inzwischen aufgelöst würde (1842 Abf. 2); denn die Nichtigkeit der aufgelösten Ehe kann überhaupt unbeschränkt geltend gemacht werden (1829).

Daß ein Rechtsgeschäft theilweise anfechtbar sein kann, ist zweifellos, z. B. im Falle des Irrthums, Betruges, wenn der Anfechtungsgrund nur einzelne Bestimmungen des Geschäfts trifft. Es vernichtet dann aber gleichwohl die Anfechtung gemäß § 139 im Zweifel das ganze Geschäft.

Daß ein Rechtsgeschäft nachträglich anfechtbar wird, ist nicht ausgeschlossen. Bei nachträglichem Eintritt eines Pflichttheilsberechtigten werden Testament und Erbvertrag anfechtbar (2079. 2281 Abf. 1).

Ein anfechtbares Geschäft wird unanfechtbar, wenn der Anfechtungsberechtigte es bestätigt (144. 1337 Abf. 1. 2. 1350 Abf. 2). Daneben kommt für die anfechtbare Ehe Genehmigung des gesetzlichen Vertreters in Betracht (1737 Abf. 1). Die Bestätigung ist im Allgemeinen formlos. In einzelnen Fällen gelten jedoch für sie besondere Vorschriften (1337 Abf. 3. 1731. 1755. 2284). Ferner wird das Geschäft unanfechtbar durch Veräumniß der Anfechtung nach Maßgabe der für die einzelnen Fälle getroffenen Bestimmungen (121. 124. 318. 1339. 1340. 1350 Abf. 1. 1954. 2082. 2283.). Jedoch bleibt nach Verlust des Anfechtungsrechts durch Veräumniß bei lehtwilligen Verfügungen, durch welche eine Leistungspflicht begründet wird, immer noch eine Einrede gegen die Verpflichtung übrig (2083). Dieß ist auch auf Erbverträge entsprechend anwendbar (2279 Abf. 1). In einzelnen Fällen kommen noch andere Gründe für den Wegfall des Anfechtungsrechtes vor, so bei der Ehe deren Auflösung nach Maßgabe der §§ 1338. 1350 a. E., beim Erbvertrage der Fortfall des Pflichttheilsberechtigten nach Maßgabe des § 2281 Abf. 1.

Die Anfechtung eines Rechtsgeschäfts ist dem Vorigen nach eine Anfechtung seiner Rechtsfolgen, und es kann daher nicht überraschen, wenn das Gesetz dem nachgebend nicht von Anfechtung der Eheschließung, sondern von Anfechtung der Ehe spricht, ohne Unterschied, ob sich die Anfechtung gegen die mangelhafte Eheschließung, oder eine mangelhafte Bestätigung derselben richtet (1331). Es ist auch begreiflich, wenn das Gesetz eine Anfechtung nach Art der Anfechtung von Rechtsgeschäften auch zur Beseitigung von Rechtsfolgen verwendet, die auf Rechtsgeschäft nicht ruhen. Die Anfechtung der Veräumnung der Ausschlagungsfrist des Erben erfolgt wie die Anfechtung der Annahme der Erbschaft (1956); mit dem Ablauf jener Frist gilt zwar die Erbschaft als angenommen (1943); das ändert aber daran nichts, daß die Anfechtung sich hier thatsächlich nicht gegen ein Rechtsgeschäft richtet.]

2. Heilung der Ungültigkeit.

§ 83.

Kann ein ungültiges Rechtsgeschäft hinterher gültig werden? Kann die Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts geheilt werden? Die Umstände, welche hier in Betracht kommen, sind folgende:

1. Wegfallen des Ungültigkeitsgrundes, also Aufhebung der Thatsache, deren Vorhandensein, Entstehen der Thatsache, deren Nichtvorhandensein die Ungültigkeit zu Wege gebracht hat. Auszugehen ist davon, daß hierdurch die Ungültigkeit nicht geheilt wird; es kann jetzt eine Willenserklärung, welcher die rechtliche Anerkennung zu Theil wird, neuerdings abgegeben werden, aber deswegen ist es nicht weniger wahr, daß der abgegebenen die rechtliche Anerkennung nicht zu Theil geworden ist². Nur in Ausnahmefällen begnügt sich das Recht auch mit einem späteren Eintreten des zur Gültigkeit des Rechtsgeschäfts Erforderlichen. So namentlich, wenigstens regelmäßig³, da, wo zur Gültigkeit des Rechtsgeschäfts der Consens einer dritten Person erforderlich ist; die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts wird hier durch die nachträgliche Ertheilung dieses Consenses, durch die Genehmigung⁴ dieser dritten Person, geheilt⁵. Diese Genehmigung hat

§ 83. ¹ Gewöhnlich spricht man von Convalescenz der Rgeschäfte, obgleich der Ausdruck *convalescere* weder an und für sich auf den Fall beschränkt ist, wo ein Rgeschäft durch Gültigwerden Wirksamkeit gewinnt, noch in den Quellen darauf beschränkt wird. In l. 9 § 3 D. 20, 4 wird er sogar von einem nachstehenden Pfandr. gebraucht, welches durch Wegfallen des vorhergehenden zur vollen Wirksamkeit gelangt.

² L. 29 D. 50, 17. „*Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*“. Literatur: Savigny IV S. 554 fg., Bächter Württemb. Privatr. II S. 661 fg., Unger II S. 154 fg., Brinz 1. Aufl. S. 1662 fg., [Brinz-Votmar IV § 589], Karlowa a. a. O. S. 122 fg., Kohler 3 S. f. franz. CX. VIII S. 559 fg. (Ges. Abhandlungen I S. 284 fg.), [Dernburg I § 122, Hölder S. 304. 307. 308, Regelsberger I § 176, Enneccerus Rgeschäft, Bedingung u. f. w. S. 219 fg. (1888), Lüttelein Erörterungen über den Satz *quod initio vitios. est cet.* Hall. Diff. 1890.]

³ Eine Ausnahme findet z. B. statt bei der *auctoritas tutoris* (§ 71⁷). S. ferner l. 67 [65] pr. D. 36, 1, pr. I. 1, 10 (freilich auch l. 12 D. 3, 2).

⁴ Es ist dieß eine der ferneren Anwendungen des Begriffs der Genehmigung (*ratihabitio*), auf welche in § 74³ hingewiesen worden ist. Die Literaturangaben s. daselbst. Die das. citirte Schrift von P. Seuffert über die *Ratihabitio* der Rgeschäfte handelt von diesem Fall der Genehmigung S. 95—116.

⁵ Der wichtigste unter den hierher gehörigen Fällen ist der, wo Jemand die Verfügung, welche ein Anderer über seine Sphäre getroffen hat, genehmigt (§ 81⁷).

auch rückwirkende Kraft, so jedoch, daß in der Zwischenzeit entstandene Rechte Dritter dadurch nicht beeinträchtigt werden⁶. Ferner gehört hierher, wenigstens in einem gewissen Sinne, der Fall, wo der Veräußerer das zur Veräußerung berechtigende Eigenthums- oder Verfügungswort nicht hat, aber hinterher erwirbt⁷. Endlich wird die Gültigkeit eines bedingten Rechtsgeschäfts, was den Inhalt des erklärten Willens angeht, lediglich nach dem Zustande zur Zeit der Erfüllung der Bedingung bemessen^{7a}.

[In Betreff des § 83. ist bereits § 82 a. E. die Möglichkeit der Heilung von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit zur Sprache gekommen, über die hier besonders hervorgehobenen Fälle ist zu bemerken: Die Genehmigung Dritter zu einem Rechtsgeschäft behandelt das BGB. 182 fg. Vgl. darüber, soviel die Genehmigung des

Anderer Fälle sind: der Curator genehmigt die vom Minderjährigen gemachte Veräußerung, der Vater das dem Haussohne gegebene Darlehn (l. 7 pr. C. 4, 28). vgl. auch S. XLII. 97 (RG.). — Nicht ganz auf gleicher Linie mit der Genehmigung steht der Fall, wo zu einem Rechtsgeschäfte in dem Sinne die Mitwirkung Mehrerer erforderlich ist, daß Jeder als selbständig Handelnder aufzutreten hat, wie bei der Bestellung einer Dienstbarkeit an einem im Miteigenthum stehenden Grundstück oder für ein solches Grundstück. Aber auch in diesem Falle ist anerkannt, daß die Willenserklärungen der mehreren Miteigenthümer nicht gleichzeitig zu erfolgen brauchen, allerdings nur mit einer Beschränkung, und ohne daß der letzten Willenserklärung rückwirkende Kraft beigelegt wird. S. l. ult. D. 8, 4 und § 212²⁻³. Vgl. auch l. 8 § 2 D. 33, 5. Ihering Jahrb. f. Dogm. IV. S. 91²⁴. X S. 465 fg., Regelsberger civilistische Erörterungen S. 36 fg., Köppen Jahrb. für Dogm. XI S. 155. 236 fg., Schott der obligatorische Vertrag unter Abwesenden S. 179 fg., Zimmermann stellvertretende Negotiorum Gestio S. 140, Marsson die Natur der Vertragsofferte S. 66 fg.

⁶ Es gilt hier dasselbe, was oben (§ 74⁶) in Betreff der Genehmigung der von einem Dritten in unserem Namen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte gesagt wurde, nämlich, daß zwar an und für sich der Genehmigung rückwirkende Kraft nur in dem Sinne beigelegt werden kann, daß der Genehmigende verpflichtet ist, sich so behandeln zu lassen, als wäre die rliche Wirkung des Rechtsgeschäfts schon damals eingetreten, daß aber l. 25 C. 5, 16 nöthigt, weiterzugehen, und der Genehmigung rückwirkende Kraft schlechthin zuzuschreiben (s. ¹⁰), wobei jedoch die im Texte hinzugefügte Beschränkung sich von selbst versteht. Vgl. in dieser Beziehung noch S. XXV. 298. Für die Rückwirkung sprechen auch l. 56 D. 5, 1 und l. 16 § 1 D. 20, 1, obgleich diese Stellen allerdings keinen unumstößlichen Beweis enthalten, ferner l. 71 § 1. 2 D. 46, 3, mit welcher Stelle freilich l. 25 § 1 D. 46, 8 in directem Widerspruch steht; widersprechend auch l. 5 pr. D. 38, 15. Aber auf Meinungsverschiedenheiten der römischen Juristen in Betreff der Wirkung der Genehmigung deutet auch Justinian in der citirten Codexstelle hin. Vgl. § 74⁶ Ziff. 4.

⁷ Davon näher unten § 182⁵⁻⁸, § 172a³. Vgl. einstw. l. 58 [66] D. 36, 1, l. 42 D. 41, 3.

^{7a} Nicht aber was die Fähigkeit der handelnden Person und was die Erfordernisse des Willensactes angeht. S. l. 31. l. 98 pr. D. 45, 1 (freilich auch l. 26 D. 45, 3) und III § 638⁶. Unbedingte letztwillige Verfügungen stehen unter der Regel, f. III § 638.

gesetzlichen Vertreters angeht, oben § 71 S. 281 fg. und soviel diejenige des Vertretenen betrifft, in dessen Namen ohne Vertretungsmacht gehandelt wurde, oben § 74 S. 316 fg. Die Genehmigung eines Geschäfts, welches in die Rechtsphäre eines Andern eingreift, ohne in dessen Namen geschlossen zu werden, faßt § 185 BGB. (vgl. auch 362 Abs. 2) gemeinschaftlich mit gewissen anderen Fällen der Convalescenz eines solchen Geschäfts ins Auge. Eine Verfügung nämlich, welche ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand ohne Einwilligung des Berechtigten trifft, wird wirksam, wenn der Berechtigte sie genehmigt, oder wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt, oder wenn er von dem Berechtigten beerbt wird und dieser für die Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkt haftet. Diese Vorschrift hat die II. Commission an Stelle einiger speciellerer des I. Entwurfs (310. 330. 376) eingefügt, indem sie der Redactionscommission anheimgab, zu beachten, daß nur bei der Genehmigung, nicht in den beiden anderen Fällen rückwirkende Kraft der Convalescenz eintrete. (Prot. S. 361). Die Redaction hat nun freilich keinerlei Unterschied zwischen den drei Fällen hervortreten lassen, und man konnte betonen, daß die Nachstellung des § 185 hinter § 184 den Eindruck verstärkt, daß die Genehmigung des § 185 keine rückwirkende Kraft hat; allein man kann auch sagen, daß durch den Gebrauch des Wortes Genehmigung im Zusammenhalt mit § 184 Abs. 1 die der Absicht der II. Commission entsprechende, rückwirkende Kraft hinlänglich zum Ausdruck gebracht ist. Die Convalescenz der Verfügung dadurch, daß der Verfügende die Sache nachträglich erwirbt, ist im BGB. ohne jede Clausel anerkannt; die im gemeinen Recht aus dem römischen fortgerbten Schwierigkeiten sind beseitigt. Daß in dem umgekehrten Falle, wenn der Berechtigte durch Erbgang in die Rolle des Verfügenden einrückt, die Convalescenz beschränkt ist auf den Fall, daß der Berechtigte für die Nachlassschulden unbeschränkt haftet, ist durchaus sachgemäß (vgl. unt. § 172⁶). Die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts, wosfern die Ausführung seines Inhalts nur zu der Zeit möglich ist, zu welcher sie nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts erfolgen soll, ist im BGB. noch weitergehend anerkannt, als im gemeinen Recht, nämlich nicht bloß bei bedingten, sondern auch bei befristeten Rechtsgeschäften; und außerdem kommt es auch bei unbedingten und unbefristeten Vermächtnissen wie Auflagen anders als im gemeinen Recht (unt. § 634) frühestens auf die Sachlage zur Zeit des Erbfalles an (308. 2171. 2192. 2279 Abs. 1).]

2. Bestätigung. Unter Bestätigung wird verstanden die Erklärung des Urhebers des Rechtsgeschäfts, daß dasselbe gültig sein solle⁸. Es versteht sich von selbst, daß die Bestätigung, um wirksam zu sein, nicht ihrerseits an einem Ungültigkeitsgrunde, und namentlich nicht an demselben Fehler leiden darf, welcher der bestätigten Willenserklärung anklebt. Was aber die Wirkung der Bestätigung näher angeht,

⁸ Gewöhnlich wird die Bestätigung als Genehmigung bezeichnet, und so auch die Quellen, welche regelmäßig von ratihabitio und nicht von confirmatio sprechen. So ergibt sich also wieder ein neuer Sinn (vgl. ⁴ und § 74⁵) des Ausdrucks Genehmigung (ratihabitio). Bei der ohnehin hinreichend großen Vieldeutigkeit desselben ist es gewiß gerechtfertigt, ihn von der Bestätigung fernzuhalten. Von diesem Fall der Genehmigung handelt V. Zeuffert (⁴) S. 117—159.

so ist zu unterscheiden zwischen dem anfechtbaren und dem nichtigen Rechtsgeschäft. Bei dem anfechtbaren Rechtsgeschäft wirkt die Bestätigung als Verzicht auf das Anfechtungsrecht, und gewährt so der von Anfang an vorhanden gewesenen Wirkung des Rechtsgeschäfts die Möglichkeit freier Entfaltung⁹. Was die Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäfts angeht, so wäre an und für sich zu sagen, daß dieselbe als Bestätigung überhaupt keine Wirkung auszuüben vermöge, da das gar nicht Vorhandene auch nicht kräftig gemacht werden könne, sondern nur als neuer Abschluß eines Rechtsgeschäfts gleichen Inhalts. Das römische Recht hat sich jedoch hierüber hinweggesetzt und die Bestätigung auch des nichtigen Rechtsgeschäfts als Bestätigung allerdings anerkannt¹⁰. Ja es legt derselben sogar rückwirkende Kraft bei. Dieser letztere Satz erleidet jedoch wesentliche Einschränkungen: er gilt nicht, wenn das früher abgeschlossene Rechtsgeschäft nichtig war wegen Formmangels, oder aus einem Grunde öffentlichen Interesses, und er gilt nicht gegenüber Rechten Dritter, welche in der Zwischenzeit erworben sind¹⁰.

[188. Vgl. ob. § 82. S. 369. 371.]

⁹ Beispiele in l. 3 § 1 D. 4, 4, l. 4 C. 2, 19 [20].

¹⁰ Vgl. Cf. XXIX. 108, XXXIX. 288.

¹⁰ Nach der jetzt herrschenden Meinung (Literaturangaben § 74³) soll die Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäfts nur als Abschluß eines neuen Rechtsgeschäfts wirken, und daher auch der rückwirkenden Kraft ermangeln. Ich wiederhole, daß die Konsequenz dieß allerdings verlangt; nur müßte hinzugefügt werden, daß der Genehmigende immerhin obligatorisch gebunden sei, sich so behandeln zu lassen, als sei die Wirkung des jetzt abgeschlossenen Rechtsgeschäfts bereits früher eingetreten (§ 74⁶). Aber die Konsequenz wird meiner Ansicht nach überwunden durch die ausdrückliche Vorschrift der l. 25 C. 5, 16, wiederholt in l. 7 pr. C. 4, 28 (c. 10 in VI^o 5, 13), vgl. auch l. 3 C. 5, 74, Nov. 162 c. 1 (nicht glossirt). Die herrschende Meinung geht zu leicht über diese Stellen hinweg, und auch L. Seuffert a. a. O. 122 fg. ist es nicht gelungen, die Beweiskraft namentlich der l. 25 C. cit. zu brechen. In dieser Stelle schreibt Justinian vor, daß die letztwillige Bestätigung einer Schenkung zwischen Ehegatten oder einer sonstigen wegen Unfähigkeit des Beschenkten nichtigen Schenkung die Schenkung von Anfang an gültig machen solle, wenn beim Abschlusse derselben die Form gewahrt sei, sonst nur von der Zeit der Bestätigung an. Dann fügt er hinzu: „sicut et alias ratihabitiones negotiorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt“. Das Wenigste, was aus diesen Worten entnommen werden muß, ist, daß Justinian eine jede Bestätigung überhaupt als Bestätigung, und nicht als Abschluß eines neuen Rechtsgeschäfts angesehen wissen will, so daß also z. B., wenn bei dem nichtigen Rechtsgeschäft die Form gewahrt worden ist, dieselbe bei der Bestätigung nicht wiederholt zu werden braucht. Es liegt nahe, den Versuch zu machen, ob sich nicht die genannten Worte so auslegen lassen, daß sie nur dieses sagen wollen, so daß also die rückwirkende Kraft der Bestätigung immer noch ausgeschlossen bliebe. Dafür läßt sich

3) Ablauf der Zeit. Durch Ablauf der Zeit kann ein ungültiges Rechtsgeschäft insofern gültig werden, als die Verufung auf seine Ungültigkeit durch Rechtsvorschrift auf eine gewisse Zeit beschränkt sein kann. Eine solche Beschränkung tritt immer ein, wenn die Ungültigkeit durch einen gegen das Rechtsgeschäft gerichteten Angriff geltend gemacht werden muß; sie kommt vor auch bei nichtigen Rechtsgeschäften¹¹.
[§§. Vgl. ob. § 82 S. 371.]

3. Einfluß eidlicher Bestärkung auf die Ungültigkeit*.

§ 83a.

Es ist noch die Frage zu beantworten, ob eine an und für sich

anführen, daß Justinian in l. 7 pr. C. 4, 28 offenbar selbst seinen Ausdruck nur in diesem Sinne anwendet: die Genehmigung ist fähig, der früher vorgenommenen Handlung Wirkung zu verleihen, man darf nicht sagen, daß die Genehmigung unwirksam sei, weil sie ein juristisches Nichts vorfinde. Aber auch diese Auslegung scheitert, wie ich glaube, vollkommen an dem übrigen Inhalt der l. 25 C. cit. Denn der fraglichen allgemeinen Verfügung derselben geht unmittelbar vorher eine Bestimmung, welche der Bestätigung nicht Wirkung überhaupt, sondern Wirkung von der Zeit des abgeschlossenen Geschäfts an beilegt, und diese Bestimmung eben ist es, welche sie verallgemeinert. So unbefriedigend das Resultat ist, welches sich hieraus ergibt, so wenig kann es, wie ich glaube, beseitigt werden. Unbefriedigend ist das Resultat namentlich auch deswegen, weil der Satz von der rückwirkenden Kraft der Bestätigung nun doch wieder nicht ohne Ausnahmen anerkannt werden kann. Denn auch abgesehen davon, daß durch die rückwirkende Kraft der Bestätigung Re, welche für Dritte in der Zwischenzeit entstanden sind, nicht beseitigt werden können, was sich von selbst versteht, geht aus der Stelle selbst hervor, daß die rückwirkende Kraft durch einen Formmangel des ursprünglichen Geschäfts ausgeschlossen wird. Und ebensowenig läßt sich annehmen, Justinian habe bestimmen wollen, daß auch in denjenigen Fällen das Verhältniß rückwärts existent werden solle, wo das R. demselben im Interesse der öffentlichen Ordnung seine Anerkennung versagt hatte, wie z. B. in den Fällen der l. 4 § 6 D. 1. 16, l. 65 § 1 D. 23, 2, l. 6. 8 C. 5, 4. Vgl. aus dem früheren Re noch l. 10 D. 36, 1, l. 4 D. 41, 6. Gegen die herrschende Meinung hat sich neuerdings Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 156 fg. ausgesprochen, aber mit Berufung weniger auf die positive Bestimmung des r. R., als auf die Natur der Sache (nach dem Re der Bedingung), was ich nicht für richtig halte. Für die herrschende Meinung Zimmermann stellvertretende Negotiorum Gestio S. 215, indem er geltend macht, daß Justinian nur bestimmen wolle, daß jede wirksame Genehmigung rückwärts wirke, nicht aber, daß jede Genehmigung als Genehmigung wirke. Mir scheint diese Auslegung, die übrigens auch Wächter vertritt, nahezu unmöglich. — Zu den Dritten, deren inzwischen erworbene Re durch die Bestätigung nicht beeinträchtigt werden können, muß bei Verträgen auch der andere Contractant gerechnet werden, wenn er inzwischen zurückgetreten ist. Vgl. S. XXV. 298.

¹¹ So z. B. l. 3 C. 5, 74. Im Uebrigen s. die in Note * abgedruckte l. 29 D. 17.

* Glück IV § 341. Thibaut logische Auslegung § 61. Weber natürliche Verbindlichkeit § 118—123. Pfeiffer prakt. Ausführungen III. 9. Mühlentrock

ungültige Willenserklärung durch eidliche Bestärkung¹ gültig wird. Im Princip ist diese Frage zu verneinen². Davon gibt es zwei sichere Ausnahmen³: der Eid macht gültig die Willenserklärungen geschlechtsreifer Minderjähriger⁴ und die Zustimmung einer Ehefrau zur Veräußerung ihres unbeweglichen Totalvermögens⁵. Viel weiter geht eine in der Doctrin und Praxis weit verbreitete Ansicht; dieselbe läßt durch den Eid alle Willenserklärungen gültig werden, welche nicht durch die Gesetze geradezu verboten sind.⁶

[Das **§ 83** kennt einen Einfluß des Eides auf die Gültigkeit von Rechtsgeschäften überhaupt nicht.]

Fortf. von Glüd XXXVIII S. 191 fg. Warnkönig ACPr. XXV S. 227—255. Bächter Pand. II S. 384 fg., Würtemb. Privatr. II S. 773, Sintenis II S. 306 und dazu Anm. 1, Bangerow I § 170, Buchta § 253, Arndts § 240 Nr. 1, Keller § 226, Savigny System VII S. 49—53, Stobbe III § 174 Nr. II, [Dernburg I § 121, Bekker II § 108 Weil. II, Hölder § 58 Anm. 3, Regelsberger I § 176, III].

¹ Erklärt sofort bei Abgabe der Willenserklärung oder nach derselben bei § 83 a.

Fortdauer des Ungültigkeitsgrundes.

² L. 7 § 16 D. 2, 14, l. 5 § 1 C. 1, 14.

³ Das r. R. machte noch eine fernere Ausnahme bei Verträgen, durch welche ein Freigelassener seinem Patron Dienste versprach, l. 7 pr. § 1 D. 38, 1, ep. Gaii II. 9 § 5. Vgl. darüber Pernice in den Sitzungsber. der Berliner Akad. d. Wissensch. 1886 S. 1175 fg. Die Ausnahme der l. 4 C. 2, 55 [56] ist durch Nov. 82 c. 11 wieder aufgehoben worden. Vgl. noch Mommsen r. Staatsr. I S. 235 fg.

⁴ L. 1 C. 2, 27 [28]. Die Glossatoren stritten darüber, ob dieses Gesetz sich nur auf ansehbare (der Wiedereinsetzung unterworfen), oder auch auf nichtige Willenserklärungen beziehe. Durch ein Gesetz Friedrichs I., welches im Coder als Auth. *Sacramenta puberum* hinter der angeführten Stelle steht, wurde der Streit zu Gunsten der letzteren Meinung entschieden. Vgl. Savigny Gesch. des r. R. im Mittelalter IV S. 162 fg. Dernburg I § 121^b behauptet ohne Grund, daß diese Ausnahme durch StGB. § 302 aufgehoben sei. [Gegen D. auch Regelsberger a. a. L.]

⁵ C. 28 X. 2, 24, c. 2 in VI^o 2, 11. [Dernburg a. a. D. nimmt an, daß die Einwilligung der Frau im heutigen R. auch als nicht eidliche genügt.] Wenn das canonische R. außerdem noch den Erbverzicht durch eidliche Bestärkung gültig werden läßt (c. 2 in VI^o 1, 18), so ist derselbe nach heutigem R. schon an und für sich gültig.

⁶ Man sieht in den genannten Entscheidungen des c. R. den Ausdruck eines allgemeinen Principis, und beruft sich dafür auf die Motivirung derselben (c. 28 cit.: „cum in alterius praeiudicium non redundent, nec observata vergant in dispendium salutis aeternae“, ähnlich c. 2 in VI^o 2, 18; vgl. auch c. 8 X. 2, 24 c. 58 in VI^o 5, 13). Aber bei der großen Gefährlichkeit eines solchen allgemeinen Principis ist es höchst bedenklich, dasselbe ohne Anhalt in einer directen gesetzlichen Sanction als verbindliche Norm aufzustellen; auch hat man sich über die demselben zuzufügenden Beschränkungen im Einzelnen nie vereinigen können, vgl. namentlich Weber S. 537 fg. Gegen die Ausdehnung der Vorschriften sind von den angeführten Schriftstellern mit größerer oder geringerer Entschiedenheit:

D. Wirkung der Rechtsgeschäfte.

1. Im Allgemeinen.

§ 84*.

Die Wirkung der Rechtsgeschäfte bestimmt sich durch den Inhalt des in ihnen erklärten Willens. Es ist die Aufgabe der Auslegung, diesen Willen festzustellen.

Die Auslegung hat auch hier, wie da, wo der Sinn von Rechtsbestimmungen festgestellt werden soll, auszugehen von dem Wortsinne,

Weber, Pfeiffer, Mühlenbruch, Wächter, Puchta, Sintenis, Keller, [Beller, Hegelsberger]. Auch die neuere Praxis ist nicht mehr constant (s. Pfeiffer a. a. O., S. II. 261 — gegen III. 58), so daß man die Frage auch nicht als durch ein Gewohnheitsr. erledigt ansehen darf. Nur für den Fall der Intercession einer Frau, für welchen c. 9 X. 2, 24 einen besonderen Anhalt gewährte, ist ein solches Gewohnheitsr. wohl nicht zu bezweifeln (II § 486^b). [Dernburg sieht in dem ganzen Bestätigungsde wohl mit Recht ein Institut, welches nur auf dem Papier steht.]

* Wächter I § 81. Württemb. Privatr. II § 108, Böcking I § 117, Prinz 1. Aufl. § 358, [Prinz-Votmar IV § 568], Savigny Obligationen. II S. 189—195, Burdhard die civilistischen Präsumtionen S. 249—269, Leonhard Irrthum S. 172 fg., Hegelsberger in Endemann's Handb. des Handelsr. II S. 386 fg. [Ders. Vand. I § 177, Dernburg I § 123, Hölder I § 56, Ehrlich die stillschweigende Willenserklärung 1893 S. 1 fg., Stein das private Wissen des Richters (1893) S. 127 fg., E. Danz die Auslegung der Rechtsgeschäfte 1897. Ehrlich und Danz stehen beide auf dem Standpunkte, daß der Parteiwille die wirtschaftlichen, nicht die Folgen zum Gegenstande hat. Ehrlich S. 2 fg., Danz S. 31 fg. (vgl. ob. § 69^a). Während aber Ehrlich der Auslegung der Willenserklärung die Ermittlung des Willens der Parteien zur Aufgabe stellt, erklärt Danz den inneren Willen in Bezug auf die Auslegung der Rechtsgeschäfte für bedeutungslos und zwar aus gleichen Gründen, aus welchen auch bei der Auslegung von Anormen nicht nach dem Willen des Gesetzgebers gefragt werden dürfte (S. 22 fg. vgl. oben § 21 ^a); denn das Rechtsgeschäft sei selbst eine Anorm (S. 4 fg.). Danz hat m. E. darin Recht, daß die Auslegung des Rechtsgeschäfts dessen objectiven Sinn (vgl. ob. §§ 77 S. 339) zu suchen hat und daß, wenn dieser feststeht, die Frage, ob der Wille des Urhebers der Erklärung davon abweicht, zur Frage nach den Mängeln des Rechtsgeschäfts gehört. Allein zunächst ist die Ermittlung des Willens des Urhebers der Erklärung von der Ermittlung ihres objectiven Sinnes doch wohl nicht so ganz abtrennbar, wie Danz glaubt. Der objective Sinn einer Willenserklärung ist dasjenige, was vernünftiger und billiger denkende Leute als den durch diese unter diesen Umständen abgegebene Erklärung ausgedrückten Willen ihres Urhebers ansehen müssen, und dabei kann es doch wohl nicht gezeugnet werden, daß zur Ermittlung dieses Sinnes Feststellungen darüber, was der Urheber der Erklärung wirklich gewollt hat, von dem größten Werthe sind. Eine Willenserklärung, die man der Auslegung unterwirft, ist ihrem objectiven Sinne nach zunächst immer problematisch, scheint mehrere Auslegungen zuzulassen; aber die Aufklärung dessen, was der Urheber der Erklärung mit ihr

d. h. von demjenigen Sinne, welcher den gebrauchten Worten nach den Sprachregeln zukommt. Dabei ist aber Rücksicht zu nehmen nicht bloß auf den besonderen Sprachgebrauch des Ortes, an welchem die Willenserklärung abgegeben worden ist, sondern auch auf die individuelle Redeweise des Erklärenden¹.

Ist der Wortsinne kein unzweifelhafter, so muß der wirkliche Sinn der abgegebenen Erklärung gefunden werden mit Rücksicht theils auf ihren übrigen unzweifelhaften Inhalt², theils auf den Werth des Resultates³, vorzugsweise aber mit Berücksichtigung der Gesamtheit der Umstände, unter welchen das Rechtsgeschäft abgeschlossen worden ist. Führen auch diese Mittel nicht zum Ziele, so ist zu entscheiden für die mildere Auslegung⁴ und zu Gunsten gewisser Rechtsverhältnisse,

sagen wollte, wird dem Ausleger oft auch über ihren objectiven Sinn die Augen öffnen, und die Auslegungsthätigkeit wird mit dem Auerkenntniß schließen, daß dasjenige, was der Urheber der Erklärung wollte, auch als ihr objectiver Sinn anzusehen ist; es gibt aber auch zahllose Fälle, in denen die Auslegung mit dem Ergebnisse schließen muß, daß die Erklärung objectiv zweideutig ist, und hier ist die Erklärung in dem Sinne auszulegen, in welchem sie ihr Urheber verstanden wissen wollte: In ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id dumtaxat quod volumus (l. 3 D. 34, 5). Welches dann die Folge ist, wenn der Gegner die Erklärung in anderem Sinne verstand, und insbesondere beim Vertrage, wenn er sie in anderem Sinne acceptirte, ist eine Frage für sich (vgl. ob. § 77 S. 341 fg. unter 7); aber soviel ist doch unzweifelhaft, daß eine objectiv zweideutige Erklärung, welche beide Theile in einem Sinne verstanden wissen wollten, in diesem Sinne Geltung hat, weil dieß dem inneren Willen entspricht. Zu einseitig ist Danz m. E. in der Auffassung der Auslegung als der Aufgabe des Richters. Der Betheiligte hat das Recht auch auszulegen, damit er wisse, welches seine Rechte und Pflichten aus demselben sind, und die gesetzlichen Auslegungsregeln sind nicht bloß Gebote an den Richter, sondern Normirungen über die Folgen des Geschäfts. Uebrigens läßt sich m. E. die Grundansicht von Danz, das Rechtsgeschäft sei ein Gesetz, mit der gleichzeitig von ihm vertretenen, dasselbe wolle gar keine Folgen hervorbringen, sondern nur wirtschaftliche, doch wohl nicht vereinigen; denn von dieser letzteren Ansicht aus muß es doch um so fester stehen, daß die Folgen des Geschäfts nur vom bestehenden objectiven R. angeordnet werden.]

¹ L. 21 § 1 D. 28, 1, l. 50 § 3 D. 30, l. 65 § 7. l. 69 § 1 D. 32, § 84. l. 18 § 3 D. 33, 7, l. 34 D. 50, 17.

² L. 50 § 3 D. 30.

³ L. 80 D. 45, 1. „Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res qua de agitur in tuto sit“. L. 67 D. 50, 17. „Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipiatur, quae rei gerendae aptior est“. L. 31 D. 21, 2. Cf. III 301.

⁴ L. 56 D. 50, 17. „Semper in dubiis benigniora praeferranda sunt“. L. 168 pr. l. 192 § 1 eod., l. 32 § 4 D. 24, 1. Hierher gehört auch die Regel: „semper in obscuris quod minimum est sequimur“, l. 9. 34 D. 50, 17. Vgl. auch l. 47 D. 44, 7.

wohin außer der *Dos*⁵ namentlich die letztwilligen Zuwendungen⁶ gehören, sodann gegen denjenigen, dessen Pflicht es gewesen wäre, deutlicher zu reden, also bei Verträgen gegen denjenigen, von dem die Fassung des Vertrags oder der Vertragsbestimmung ausgegangen ist⁷, endlich gegen denjenigen, welcher aus einem bestimmten Sinn der Willenserklärung Rechte herleitet^{7a}.

Von den zuvor erwähnten Mitteln darf aber nicht bloß zu dem Zwecke Gebrauch gemacht werden, um die Zweifel, welche der Wortsinne übrig läßt, zu beseitigen; sie berechtigen auch, bei unzweifelhaftem Wortsinne im Gegensatz zu demselben den wahren Willen des Erklärenden zur Geltung zu bringen⁸. Natürlich genügt aber nicht eine bloße Wahrscheinlichkeit, daß der Erklärende etwas Anderes gemeint als gesagt habe⁹; und auch wenn dieß vollständig feststeht, ist doch immer noch erforderlich, daß seine Erklärung als ein irgend welcher Ausdruck seines wahren Willens angesehen werden könne¹⁰.

Wenn gelehrt wird, daß die aufgestellten Grundsätze bei Verträgen eine Modification erleiden, und zwar dahin, daß es bei denselben nicht auf den wirklichen Sinn der Rede des Contrahenten, sondern darauf ankomme, wie sie der andere Contrahent nach den ihm

⁵ L. 70 D. 23, 3, l. 85 pr. D. 50, 17; l. 2 D. 23, 3. S. außerdem l. 176 D. 50, 17.

⁶ L. 12 D. 50, 17. „In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur“. L. 12 [13] D. 34, 5, l. 12 § 2 i. f. D. 7, 8.

⁷ L. 38 § 18. l. 99 pr. l. 106 D. 45, 1, l. 26 [27] D. 34, 5. S. f. l. 347, III. 324, XXV. 127. Wenn es in den Quellen heißt, daß Kauf- und Mietverträge gegen den Verkäufer und Vermiether ausgelegt werden sollen (l. 39 D. 2, 14, l. 21. 33 D. 18, 1. l. 172 pr. D. 50, 17), so ist das mit Maßgabe des im Texte Gesagten zu verstehen, vgl. auch l. 25 pr. l. 34 pr. D. 18, 1. S. f. XXVII. 90, XXXIX. 4. 88.

^{7a} Es fehlt ihm die „probatio“. Vgl. l. 30 D. 26, 2.

⁸ L. 219 D. 50, 16. „In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit. Cum igitur ea lege fundum vectigalem municipes locaverint, ut ad ‚heredem‘ eius qui suscepit pertineret, ius heredum ad legatarium quoque transferri placuit“. L. 3 C. 6, 28: — „cum . . . manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valeat, ut melior sensu existat“. S. f. VI. 324. § 38. 278.

⁹ L. 25 § 1 D. 32. „Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio“. L. 69 pr. eod. „Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est, aliud sensisse testatorem“.

¹⁰ L. 7 § 2 D. 33, 10. L. 3 D. 34, 5: — „qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id, quod vult, quia id non loquitur“.

vorliegenden Umständen auffassen mußte, und daß jeder Contrahent auf die Erklärung des anderen Contrahenten in dem Sinne, in welchem er sie auffassen mußte, ein Recht habe, so geht dieser Satz zu weit. Nur soviel ist richtig, daß, wenn gefragt wird, worauf ein Contrahent durch seinen Consens gebunden worden sei, hierbei von seiner Auffassung des Sinns der Erklärung des anderen Contrahenten ausgegangen werden muß; er hat sich nur auf denjenigen Willensinhalt binden wollen, welchen er in der Erklärung des anderen Contrahenten gefunden hat¹¹.

Die eigene Auslegung des Erklärenden findet ihre Haupt-, wenn nicht ihre einzige Anwendung bei letztwilligen Verfügungen¹².

[In Betreff des *§ 84* ist bereits zu § 77 S. 339 ausgeführt, daß dasselbe auf dem Boden der Anschauung steht, eine Willenserklärung sei eines objectiven Sinnes fähig, über welchen derjenige, der die Willenserklärung abgibt, selbst im Irrthum sein kann. Als dieser objective Sinn ist a. a. O. bezeichnet derjenige, welchen ein vernünftig und billig denkender Mensch in der gegebenen Erklärung unter den gegebenen Umständen finden muß. Bei empfangsbedürftigen Erklärungen ist dabei nicht ohne Weiteres maßgebend, was der Empfänger der Erklärung nach seinen Erkenntnißmitteln in der Erklärung finden mußte; es ist vielmehr möglich, daß Jemand eine objectiv unzweideutige Erklärung mißversteht, und selbst ohne seine Schuld, weil er sie von seinem Standpunkt aus nicht besser verstehen

¹¹ Den hier verworfenen Satz habe ich selbst in den früheren Ausgaben aufgestellt, in Anschluß an *Fhering Jahrb. f. Dogm. IV S. 72*; ich habe ihn aber ausdrücklich zurückgenommen in dem § 75^{1a} citirten Programm S. 37 fg. (*ACPra. LXIII S. 107*). Zu dem Satz bekennen sich natürlich auch alle diejenigen, welche die in § 75 bezeichnete Auffassung theilen, daß nämlich die Willensunwirklichkeit den Vertrag nur dann ungültig mache, wenn sie dem andern Vertragsschließenden erkennbar geworden sei. Man hat sich im Besonderen auf l. 110 § 1 D. 45, 1 in Verbindung mit l. 6 D. 34, 2 berufen. Mit Unrecht. In dem Falle der l. 110 § 1 cit. geht das Vertragsanbieten von demjenigen aus, welcher Gläubiger werden will, und der Gegner hat keinen Grund, anzunehmen, daß der Anbietende die von ihm gebrauchten Worte in anderem Sinn verstanden habe, als in ihrem gewöhnlichen Sprachsinne. In diesem Sinne acceptirt er das Vertragsanbieten; will er ihm einen andern Sinn beilegen, so muß er dieß sagen. L. 99 pr. D. 45, 1: — „*non rursus promissor ferendus est, si eius intererit, de certis potius vasis forte aut hominibus actum*“. S. auch l. 12 D. 2, 15. Vgl. *Wommsen Erörter. II S. 96, 104*; andererseits namentlich *Hartmann Jahrb. f. Dogm. XX S. 50*, *Leonhard Irrthum S. 183, 374*. S. übrigens auch *Potmar tr. VJSE. XXV S. 409*.

¹² Vgl. l. 21 § 1 D. 28, 1, l. 96 D. 50, 17; l. 12 D. 2, 15. — Außerdem darf nach dem zu ¹⁰ Bemerkten die eigene Auslegung in die Worte nichts hineinragen, welches dieselben auszudrücken entschieden unfähig sind. Man sieht also, wie sehr sich die eigene Auslegung der Rechtsgeschäfte von der authentischen Auslegung der Gesetze unterscheidet; die letztere ist schlechthin bindend.

konnte. Wenn nun das BGB. in § 133 bestimmt, bei der Auslegung einer Willenserklärung sei der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, so ist doch dabei zu beachten, daß der zu erforschende Wille, um zur Geltung zu kommen, auch in der Erklärung zu finden sein muß. Dieß ist der Fall, wenn der objektive Sinn der Erklärung ihm entspricht, wobei, wie im gemeinen Recht, zu beachten ist, daß die Berücksichtigung des wirklichen Willens oft zur Aufhellung des anfänglich zweifelhaften Sinnes der Erklärung führen kann. Gelangt man zu dem Ergebnis, daß die Erklärung objectiv zweideutig ist, so ist sie, wie bisher, in dem Sinne zu nehmen, der dem wirklichen Willen des Erklärenden entspricht. Bei empfangsbedürftigen Erklärungen ist die Erklärung in diesem Sinne zweifellos gültig, wenn der Empfänger sie ebenso verstand. Nahm dagegen der Empfänger die zweideutige Erklärung in einem andern Sinne, als der Erklärende sie abgab, so kommt ein Vertrag wegen Dissensus nicht zu Stande, und auch eine einseitige Erklärung wird dann ungültig sein. Wenn Jemand mahnt, kündigt, Rücktritt vom Vertrage erklärt, so reicht auch eine zweideutige Erklärung aus, sofern der Empfänger sie, was ihn zu beweisen ist, in dem gewollten Sinne verstand; verstand er sie nicht so, so ist die Erklärung ungültig. Wenn dagegen die Erklärung objectiv unzweideutig den Sinn der Mahnung u. s. w. hat, so ist sie gültig, auch wenn der Empfänger diesen Sinn verkennt. Derselben gilt eine objectiv unzweideutige Vertragserklärung in ihrem objectiven Sinne, vorbehaltlich des Aufsehtungsrechts ihres Urhebers, der über ihren Sinn irrte, oder seines Mitcontrahenten, der aus Mißverständnis dieser Erklärung der eigenen einen andern Sinn, beilegte als den sie hatte. (§ 77 S. 341 fg. unter 7). In Bezug auf Verträge gibt das BGB. noch in § 157 (vgl. Danz Auslegung [*] S. 139 fg.) die fernere Vorschrift: Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Dieß bedeutet, daß man bei Feststellung sowohl dessen, was die Parteien sagen wollten, wie dessen, was sie gesagt haben, dasjenige zu Grunde zu legen hat, was billig und vernünftig denkende Leute unter gleichen Umständen zu wollen und zu sagen pflegen. Jedoch selbstverständlich nur so weit, als nicht die individuellen Umstände des Falles zu der Annahme zwingen, daß hier offenbar anderes gewollt oder gesagt ist. Dieses Princip dürfte aber auf Vertragserklärungen nicht zu beschränken sein.

In Bezug auf letztwillige Verfügungen und Erbverträge gibt das Gesetz (2084. 2279) die Vorschrift, daß unter mehreren möglichen Auslegungen im Zweifel diejenige vorzuziehen ist, bei welcher der Verfügung Erfolg haben kann. Als Auslegungsvorschriften bezeichnen sich ausdrücklich die Bestimmungen über Fristen und Termine §§ 186 fg. Die gleiche Bezeichnung läßt sich aber für manche andere Vorschriften des BGB. in Anspruch nehmen. Auslegungsregeln sind dispositiv Vorschriften über die Wirkungen eines Rechtsgeschäfts; ihre Wirkungen treten nur ein, wenn das Rechtsgeschäft selbst nicht deutlich Abweichendes verfügt. (Vgl. ob. § 30^o). Jedoch ist eine solche Vorschrift nur dann als Auslegungsregel anzusehen, wenn sie will, daß die Wirkungen, die sie anordnet, angesehen werden sollen, als ruhten sie auf dem Parteiwillen. Der legislative Grund solcher Bestimmungen ist entweder, daß das von ihnen Angeordnete nach Ansicht des Gesetzgebers durchschnittlich wirklich dem Parteiwillen entspricht, oder daß der Parteiwillen

durchschnittlich in dem fraglichen Punkte so unklar ist, daß es zum Ersatz seiner Aufklärung einer gesetzlichen Regel bedarf. Praktisch ist m. E. zwischen der Auslegungsregel und dem sonstigen die Wirkungen eines Geschäfts dispositiv ordnenden Rechtsatz kein Unterschied, und es ist demgemäß auch kein Schade, daß es in manchen Fällen zweifelhaft bleibt, ob ein Rechtsatz den Namen einer Auslegungsregel verdient. Mehr oder weniger klar liegen Auslegungsregeln vor z. B. im *WGH*. 125 S. 2. 127. 154. 262. 270. 271 *Abf.* 2. 315 *Abf.* 1. 316. 317. 329. 331. 335. 336. 337. 338. 361. 2060—2076.]

§ 85.

Der in einem Rechtsgeschäft erklärte Wille hat zum Inhalt entweder solche Punkte, welche die Wesenheit gerade dieses Rechtsgeschäfts ausmachen, so daß, wenn sie nicht gewollt wären, ein Rechtsgeschäft dieser Art nicht vorliegen würde; oder er hat zum Inhalt solche Punkte, welche das Rechtsgeschäft, wenn auch verträgt, doch nicht fordert -- die Bestimmungen eines Rechtsgeschäfts sind entweder wesentliche Bestimmungen, oder sie sind unwesentliche oder Nebenbestimmungen¹.

Die dem erklärten Willen nach seinem Inhalt an und für sich zukommende Wirkung kann von dem vollenden Subject selbst beschränkt werden² durch Hinzufügung einer Bedingung, Befristung, Voraussetzung. Davon muß im Folgenden näher gehandelt werden.

¹ Dem Kaufvertrage z. B. ist wesentlich die Bestimmung, daß der Käufer § 85. eine Sache für sich haben solle gegen Zahlung eines Kaufpreises, unwesentlich die Bestimmung, daß das Kaufgeld vom Abschluß des Kaufvertrages an verzinst werden solle. Die einem Rechtsgeschäft wesentlichen Bestimmungen pflegt man *essentialia negotii* zu nennen, die unwesentlichen *accidentalia*. Wenn man als drittes Glied der Eintheilung die *naturalia negotii* hinzufügt, worunter man diejenigen Wirkungen des Rechtsgeschäfts versteht, welche das R. an dasselbe anknüpft, auch ohne daß sie besonders ausgemacht sind (vgl. I. 11 § 1 D. 19, 1: — „quodsi nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate“), so liegt der Vorwurf gegen diese althergebrachte Eintheilung nahe, daß sie Gewolltes und Nichtgewolltes zusammenstelle. Diesem Vorwurf läßt sich nur in der Weise begegnen, daß man sagt, das R. bringe in der Ordnung jener *naturalia negotii* wenn auch nicht den wirklichen (bewußten), doch den eigentlichen Willen der Parteien zur Geltung, spreche nur aus, was die Parteien selbst ausgesprochen haben würden, wenn sie gerade diesen Fall in den Bereich ihrer Festsetzung gezogen hätten. Vgl. oben § 22, [30¹⁻²], *Arndts* § 65¹, *Brinz* 1. Aufl. S. 1505 fg., [Brinz-Potmar IV §§ 546—548], *Wächter* I S. 95, *Bülow ACPr.* LXIV S. 84⁵⁰, *Leonhard Irthum* S. 221 fg., *Potmar Ir.* B3 S. XXV S. 419, *Rechmann Kauf* II S. 57 fg., *Stammler ACPr.* LXIX S. 19 fg., [Bekker II § 97 *Weil.* III. § 113], [Dernburg I § 98, *Wendt* § 37 a. E., *Hölder* S. 271 fg., *Regelsberger* I § 165].

² Vgl. in Betreff dieser Kategorie (Selbstbeschränkung der Wirkung des Willens) *Savigny* III S. 99. 130. 220, *Fitting ACPr.* XXXIX S. 307, *Voigt conditiones ob causam* S. 518. 709, v. *Scheurl* (§ 86*) S. 3, *Eisele*

[Im § 86. sind ebenfalls unter den Bestandtheilen des Inhalts eines Rechtsgeschäfts diejenigen zu unterscheiden, von denen die Subsumtion des Rechtsgeschäfts unter eine bestimmte Kategorie abhängt, wesentliche Bestandtheile, und solche, welche gleichen Einfluß nicht haben, Nebenbestimmungen. An den Inhalt des Rechtsgeschäfts knüpft auch das BGB. zahlreiche Folgen, ohne daß diese von den Parteien gewollt sind, und zwar größtentheils dispositiv, so daß ein abweichender erklärter Parteilille sie ausschließt, zum Theil aber auch absolut, so daß sie trotz abweichenden Parteilillens gelten (z. B. 276 Abs. 2). Im letzteren Falle ist die in Note ¹ angegebene Möglichkeit, die s. g. Naturalien auf den eigentlichen Parteilillen zurückzuführen, ausgeschlossen. Bei den dispositiven Naturalien ist es möglich, daß das Gesetz den Durchschnittswillen der Parteien (bei Geschäften der fraglichen Art) zur legislativen Grundlage hat; es ist aber auch möglich, daß das nicht der Fall ist, und des Beweises, daß in irgend einem Sinne ein Wille der Parteien für die Anwendung des dispositiven Satzes vorhanden war, bedarf es in keinem Falle; vgl. ob. § 30. § 84 a. E.]

2. Selbstbeschränkungen der Wirkungen der Rechtsgeschäfte.*

a. Bedingung**.

α. Begriff und Arten.

§ 86.

Bedingung in dem hierher gehörigen Sinn¹ ist die bei einer

ACPra. L. S. 262 fg., Brinz 1. Aufl. S. 1515 [Brinz-Votmar IV § 550 ad a.], Wendt (§ 86**) S. 1 und Reur. und Gebundenheit (1878) S. 25 fg., Wächter I S. 366, Dernburg I § 116¹, Enneccerus (§ 86*) S. 185, [[Bekker II S. 325, Hölder S. 251 fg.]]

* v. Scheurl zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Geschäften (der Beitr. z. Bearb. des r. R. 2. Bd. 2. H.). Erlangen 1871. Karlowa das Geschäft und seine Wirkung S. 76—115. Enneccerus Geschäft, Bedingung und Anfangstermin. Marburg 1888. 1889. [[Dazu Merkel fr. BZS. XXXIII S. 581 fg.; andere Anzeigen sind das. S. 582¹ genannt.]]

** Dig. 35, 1 de condicionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur. 28, 7 de condicionibus institutionum. Cod. 6, 25 de institutionibus vel substitutionibus seu restitutionibus sub condicione factis. 6, 46 de condicionibus insertis tam legatis quam fideicommissis et libertatibus. 8, 54 [55] de donationibus quae sub modo vel ex certo tempore faciuntur. — Für die Schreiberart *condicio* spricht die Autorität der Handschriften und der ältesten Handschriften. S. Fleckstein Fünfzig Artikel aus einem Hüßbüchlein für lateinische Rechtschreibung (1861) S. 14. — Savigny III § 116—124, Mühlendruck Fortsetz. v. Glück XLI S. 45—276, Wächter II § 92—96, Sintenis I § 20, Unger II § 82. D. H. Wendt die Lehre vom bedingten Geschäft. 1872. Fr. Adies zur Lehre von den Bedingungen 1876. [Dernburg I §§ 105—112, Wendt §§ 50—56, Bekker II §§ 115—117, Hölder §§ 47—51, Regelsberger I §§ 151—156, Brinz-Votmar IV §§ 536—545.]

§ 86. ¹ Im weiteren Sinne bezeichnet der Ausdruck jede bei einem Geschäft getroffene Bestimmung. So auch das römische Wort *condicio*, vgl. z. B. I. 10 § 1 D. 14, 2, 1. 1 D. 18, 2.

Willenserklärung gemachte Hinzufügung des Inhalts, daß die als gewollt bezeichnete rechtliche Wirkung nur bei Vorhandensein eines gewissen Umstandes eintreten solle, und zwar wird sowohl diese Bestimmung selbst, als der Umstand, auf welchen sie gestellt ist, Bedingung genannt². Wenn aber hier von einer bei der Willenserklärung gemachten Hinzufügung die Rede ist, so darf das nicht so gedacht werden, als hätte dieselbe der Willenserklärung gegenüber ein Dasein für sich; sie bildet vielmehr mit derselben ein ununterschiedenes Ganze³. Die bedingte Willenserklärung ist eine einzige, sie ist nicht die Erklärung eines ersten und dann eines zweiten Willens, sondern die Erklärung eines so und so geeigenschafteten, eines bedingten Willens^{3a}.

² Auch in dieser Beziehung gilt das Gleiche von dem römischen Ausdruck *condicio*.

³ Huschke *BS. f. CN. u. Pr. XV* S. 248, Windscheid die Wirkung der erfüllten Bedingung (Basel 1851) S. 24, Fitting *ACPra. XXXIX* S. 308. 309, Unger II § 82^a. Es ist nicht leicht, dieses Verhältniß in der Definition der Bedingung auf unzweideutige Weise zu bezeichnen, und so ist es am Sichersten, vor dem Mißverständnis ausdrücklich zu warnen. Uebrigens scheinen Huschke, Fitting und Unger zu weit zu gehen, wenn sie sich mit Lebhaftigkeit dagegen erklären, daß die Bedingung eine Nebenbestimmung der Willenserklärung genannt werde; muß unter Nebenbestimmung einer Willenserklärung nothwendigerweise ein für sich bestehender Theil derselben verstanden werden? S. jetzt auch Arndts § 65², Unger *Desterr. Erbr.* § 16³, Scheurl S. 2. 84, Brinz I. Aufl. S. 1515 [[Hölder S. 251 fg.]], [Brinz-Votmar IV § 550 ad a. bef. *Votmar* das. *]; andererseits *Adides* S. 21. Gegen die Kategorie der Nebenbestimmung mit Lebhaftigkeit *Enneccerus* S. 175 fg. [ihm zustimmend *Regelsberger I* § 152, III, 1. § 165, II, *Merkel* S. 588]; [[*Wetter* II § 113 Beil. I: Bedingung und Befristung sind Nebenbestimmungen nur bei denjenigen *Affgeschäften*, wo den *Naturalien* eine unbetagte und unbedingte Dauer der *Folgen* entspricht]].

^{3a} Die bedingte Willenserklärung ist die Erklärung eines besonders geeigenschafteten Willens. Seine besondere Eigenschaft besteht in der Abschwächung seiner *Intensität*, seiner *Kraft*. Er schafft nicht als solcher, sondern nur in Verbindung mit einem gewissen Umstande. Aber deswegen ist die bedingte Willenserklärung nicht weniger die Erklärung eines wirklichen und gegenwärtigen Willens. Das von der Bedingung Abhängige ist nicht die *Existenz* des Willens, sondern die *Existenz* der durch denselben zu erzielenden Wirkung, nicht das *Wollen*, sondern das *Gewollte*. Doch gehen die Ansichten über das Wesen der bedingten Willenserklärung sehr auseinander. 1) Eine sehr verbreitete Ansicht nimmt an, daß es allerdings die *Existenz* des Willens sei, welche durch die Bedingung in Frage gestellt werde. *Arndts* § 66, *Huschke BS. für CN. u. Pr. XV* S. 248. 249, *Fitting ACPra. XXXIX* S. 337. 349, *Unger II* S. 56. 57 und *VI* § 16³, *Rudorff* zu *Puchta* § 59 a, *Brunns* in *v. Holtz. Encycl. I* S. 458 fg., ich selbst früher: *Voraussetzung* S. 2. 44. 143. Gegen diese Auffassung habe ich mich seit der 1. Aufl. erklärt; ich bin auch jetzt noch der gleichen Ansicht. Die Frage ist die: was wird durch die Bewegung des Willensvermögens, welche bei der bedingten Willenserklärung vor sich geht, geschaffen? Ich sage: ein *Wille*, *Windscheid, Pandekten. 8. Aufl. I. Band.*

Deswegen trifft auch, wenn darüber gestritten wird, ob der Willens-

nur ein in seiner Wirksamkeit einstweilen gehemmter Wille — die Erzeugungskraft für die in der Willenserklärung bezeichnete rliche Wirkung, nur in einem einstweilen gebundenen Zustand. Meine Gegner sagen: jene Bewegung des Willensvermögens schafft einen Willen, eine Erzeugungskraft, nicht sofort, sondern erst in Zusammenvirkung mit einem gewissen Umstand. Nun liegt es aber auf der Hand, daß sie doch Etwas schaffen muß, weil sonst der später eintretende Umstand nichts vorfände, was er zur erzeugenden Kraft erheben könnte — da ja die Bewegung des Willensvermögens nicht fortbauert —: und was ist es denn, was sie schafft? Ich wüßte nicht, wie man es anders nennen wollte, als eben Wille. Und so auch Arndts: „der in einem Geschäft sich bethätigende Wille kann das Wollen des Aserfolges, auf welchen er gerichtet ist, . . von irgend einer Thatsache abhängig machen“. Ein Wille, welcher das Wollen abhängig macht! Nach Unger ist in der bedingten Willenserklärung zwar ein Sichsetzen des Willens enthalten, aber ohne das Resultat sofortigen Gesehtseins; das Gesehtsein hängt ab von dem Eintritt der Bedingung. 2) Andere gestehen zwar zu, daß in der bedingten Willenserklärung wirklich und gegenwärtig gewollt sei, halten aber andererseits daran fest, daß für den Fall des Ausfalls der Bedingung nicht gewollt sei. Dieses Verhältniß suchen sie sich in verschiedener Weise zurechtzulegen. a) Es wird ein doppelter Wille angenommen, ein auf Sein für den Fall des Eintritts, und ein auf Nichtsein für den Fall des Nichteintritts der Bedingung gerichteter. So Adices a. a. O. S. 17 fg. (vgl. Karlowa S. 80 in der Note, übrigens auch unten § 89^{12a}). (Für diese Auffassung war in den früheren Auflagen [bis zur 5.] auch Fr. Hofmann die Lehre vom *titulus* und *modus acquirendi* etc. S. 102⁹⁰ citirt; daselbst ist aber nicht von einem doppelten Willen, sondern von einem doppelten Willensinhalt die Rede.) b) Brinz 1. Aufl. S. 1443 fg. [Brinz-Rotmar IV § 596] lehrt: ob (gegenwärtig) ein Wille vorhanden ist, oder nicht, entscheidet die Zukunft; tritt die Bedingung ein, so ist (zur Zeit der Abgabe der Willenserklärung) ein Wille vorhanden, tritt sie nicht ein, so ist ein Wille nicht vorhanden: der Wille ist nicht ohne den Eintritt der Bedingung, aber, wenn sie eintritt, vor ihr. Ebenso Schulin über Resolutivbedingungen und Endtermine S. 1 fg. 3) Nach der Ansicht von Hölder fr. PZS. XVIII S. 175 kommt in der bedingten Willenserklärung zwar ein gegenwärtiger Wille zum Ausdruck, dieser Wille soll aber nicht gerichtet sein auf das Eintreten einer rechtlichen Wirkung, sondern lediglich auf die Erklärung; der durch die Erklärung zum Ausdruck gebrachte Wille dagegen sei ein zukünftiger Wille, es werde durch die Erklärung das „Urtheil“ abgegeben, daß bei Eintritt der Bedingung ein auf die Erzeugung einer rechtlichen Wirkung gerichteter Wille vorhanden sein werde; ob derselbe vorhanden sein werde, stehe nun zwar dahin, dieß sei aber auch gleichgültig, da der Erklärende verbunden sei wegen der durch seine Erklärung bei einem Andern erregten Erwartung. Vgl. 75^{1a} und Karlowa S. 79 in der Note. [[Jetzt sagt Hölder (Band. § 47), die Vollziehung des bedingten Asects ist die Aeußerung eines gegenwärtigen Willens; Object dieses Willens ist aber nicht die Existenz, sondern die bedingte Nothwendigkeit eines bestimmten Erfolges. Dieser Wille schließt aber für den Fall des Eintritts der Bedingung den Willen der Existenz des Erfolges in sich.]] 4) Die Ansicht, daß das Wesen der bedingten Willenserklärung in dem Abhängigmachen der gewollten rlichen Wirkung bestehe, wird, im Einzelnen noch in verschiedenen Wendungen, namentlich von folgenden Schriftstellern vertreten: Savigny III § 116,

erklärung eine Bedingung hinzugefügt worden sei oder nicht, die Beweislast den sich auf die Willenserklärung Berufenden⁴.

Böding I § 111, Schönemann *J.S. f. C.R. u. Pr. N. F.* XIX S. 1 fg., Eisele *ACPra. L* S. 260 fg., Admer bedingte Novation S. 82 fg., Köppen *Jahrb. f. Dogm.* XI S. 168 fg., Wendt S. 3 fg. (vgl. in Betreff der beiden zuletzt Genannten § 89^{1a}), v. Liebe der Besitz als Recht in *thesi* S. 124 fg., Hofmann a. a. D., Pfaff u. Hofmann *Commentar zum österr. Gesetzbuch II* S. 543 fg., Nyl die Lehre von den Schulverhältnissen S. 155 fg., Enneccerus S. 175 fg. [Dernburg I § 105, 3, Regelsberger I § 151, II, 1.] Das dieses Abhängigmachen als eine Schwächung der Intenfität des Willens zu denken sei, nimmt mit mir Eisele a. a. D. an. 5) Im Wesentlichen die gleiche, wie die unter Nr. 4 bezeichnete, ist die Ansicht von Karlowa S. 76 fg. Der Unterschied ist nur der, daß dieser Schriftsteller die Wirkung des Geschäfts von dem Eintritt der Bedingung nicht „principaliter“, sondern erst „per consequentiam“ abhängig sein läßt, principaliter vielmehr die Grundlage und Ursache dieser Wirkung, die „Existenz“ oder den „Bestand“ des Geschäfts (vgl. § 73^{1a} und § 82²), und daß er annimmt, die Bedeutung des Eintritts der Bedingung für diese „Existenz“ sei nicht, sie erst zu erzeugen, sondern zu entscheiden, daß sie von Anfang an vorhanden gewesen sei, wobei er ausdrücklich hervorhebt, daß dieses Letztere eben nur für die „Existenz“ des Geschäfts, nicht aber für das Wollen des Urhebers des Geschäfts gelte, nicht für die Thatfache des Wollens, sondern für die rliche Qualifikation des Wollens. Es leuchtet nicht ein, was durch diese künstliche Construction für unsere Frage gewonnen wird. 6) Nicht zu billigen ist auch die Formulirung derjenigen, welche als das durch die Bedingung abhängige Gemachte die Existenz des Geschäfts (im gewöhnlichen Sinne des Wortes) bezeichnen (sie findet sich z. B., jedoch neben Anderem, bei Puchta § 59, Wächter I S. 365. *Württemberg. Privatr.* II S. 689. 690). Wenngleich diese Formulirung nicht ohne Anhalt in den Quellen ist (f. z. B. § 1 I. 3, 23, l. 19 D. 18, 4, l. 1 § 2 D. 41, 4, l. 5 C. 4, 48), so ist es doch unleugbar wahr: a) daß das bedingte Geschäft jedenfalls factisch existirt; b) daß ihm auch rliche Anerkennung und rliche Wirksamkeit nicht fehlt, wenngleich es die gewollte rliche Wirksamkeit noch nicht erzeugt hat (§ 89). Enneccerus S. 189. 7) Neuestens Pietzer *ACPra. LXXIV* S. 462 fg.: der f. g. bedingte Wille ist gar kein bedingter Wille, er ist der unbedingte Wille, daß ein gewisses Ereigniß rechtsetzende Kraft haben solle. Aber, wenn das Ereigniß eintritt, sind die rlichen Folgen nicht wegen des Ereignisses allein da, sondern wegen des Ereignisses und des Willens — also des bedingten Willens.

⁴ Eine viel verhandelnde Controverse. Die Beweislast trifft den sich auf die Willenserklärung Berufenden nicht bestwegen, wie man gesagt hat, weil in der Behauptung der Bedingtheit ein Leugnen der Existenz der Willenserklärung liegt, was eben nicht wahr ist (f. ^{2a}), sondern weil, wer die Willenserklärung zugibt, aber ihre Bedingtheit behauptet, in der Wirklichkeit nicht die eine Thatfache zugibt und eine andere behauptet, sondern Eine Thatfache zugibt bez. behauptet die Erklärung eines bedingten Willens, welche Thatfache, eben weil sie nur Eine ist, der Gegner nicht auseinanderreißen darf. In diesem Sinne ist die Frage entschieden in einem Erkenntniß der Juristenfacultät zu Greifswald, welches in den *Bl. für Npfl.* in *Lhr.* V S. 3—13 (mit zahlreichen Druckfehlern!) abgedruckt ist (f. auch *Sf.* XIX. 173 a. E.). Dasselbst ist auch die weitschichtige Litteratur angegeben; andere Nachweisungen bei Unger § 129²⁰, Seuffert *Pand.* 4. Aufl. § 87², Bangerow I § 163, Wegell *Civilpr.* § 19¹³. Aus der neueren Zeit: D. Schönemann *J.S. f. C.R. u. Pr. N. F.* XIX S. 243 fg. (1862), Pöschmann über die

Die Willenserklärung, welcher die Bedingung hinzugefügt wird, kann den verschiedensten Inhalt haben. Sie kann auf Begründung, Aufhebung, Veränderung eines Rechtsverhältnisses gerichtet sein. Sie kann namentlich auch gerichtet sein auf Wiederaufhebung des durch eine andere gleichzeitige Willenserklärung erzeugten Rechtsverhältnisses. In diesem letzteren Falle spricht man von einer auflösenden (Resolutiv-) Bedingung, während man in jedem anderen Falle die Bedingung eine aufschiebende (Suspensiv-) Bedingung nennt⁵. In der That ist es aber in dem genannten Falle nicht die Bedingung, welche auflöst, sondern die Willenserklärung, welcher die Bedingung hinzugefügt ist; die f. g. auflösende Bedingung ist genauer betrachtet eine auf Wiederaufhebung der Wirkungen der Hauptwillenserklärung gerichtete aufschiebend bedingte Nebenwillenserklärung⁶.

[Mehr als in anderen Partieen bedarf in der Lehre von den Bedingungen das **§§.** der Stütze durch die bisherige Rechtslehre; denn es hat diese Materie sehr kurz behandelt (158 fg.). Das **BGB.** setzt den Begriff der Bedingung als bekannt voraus. Es schließt sich der Unterscheidung der Bedingungen in aufschiebende und auflösende an (158), gibt aber über die richtige Auffassung der letzteren ebensowenig wie über die Beweislastfrage (* * a. E.) eine Entscheidung. Die **Not.** zum I. E. (I S. 251) wollen in der Resolutivbedingung „einen wesentlichen und untrennbaren Bestandtheil des Gesamtinhalts der Willenserklärung“ erblickt wissen; sie finden einen geeigneten äußeren Ausdruck hierfür in **E. I § 139** (vgl. unt. § 93 a. E.)

Natur des f. g. qualificirten Geständnisses und dessen Einfluß auf die Beweislast (1863), **Arndts fr. VZS. V S. 13 fg.** (1865), **Bolgiano ZS. f. CR. u. Pr. N. F. XXII S. 329 fg.** (1865), **Scheurl S. 329 fg.**, **Röppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 170** (1871), **Wendt a. a. D. S. 49**, **Römer ACPr. LXII S. 164** (1879). [Für Beweislast des Klägers auch **Enneccerus S. 186 fg.** unterscheidend **Werkel S. 589 fg.**], [[**Wetter II § 116** Beil. III]], [für Beweislast dessen, der die Bedingung behauptet: **Fitting Grundlagen der Beweislast (ZS. f. CPr. XIII) S. 55 fg.**, ebenso, Ausnahmen vorbehaltend: **Regelsberger I § 152***]. **Aus der Praxis: Cf. II. 330, IV. 32, VIII. 311, X. 300, XII. 203, XIII. 189, XIV. 173. 252, XVII. 108. 294, XVIII. 236, XXV. 81, XXVI. 7. 186, XXVIII. 256, XXX. 283, XXXII. 83. 361, XXXIV. 76, vgl. III. 222, V. 239, XV. 249; I. 370, II. 330, VIII. 311, XIV. 173 §. A., XVIII. 57, XXV. 280, XXXI. 287. [L. 5. RG. XVIII S. 158: für Beweislast des Klägers.]**

⁵ Die quellenmäßige Ausdrucksweise, auf welche die gewöhnlich gebrauchten Bezeichnungen Suspensiv- und Resolutivbedingung zurückweisen, sind: *negotium condicione suspenditur* (z. B. I. 5 C. 4, 48, I. 25 C. 8, 53 [54]) — *negotium sub condicione resolvitur* (s. die folgende Note).

⁶ Dieß ist die Auffassung der auflösenden Bedingung, welche nach dem Vorgang von **Thibaut** in civilistische Abhandlungen S. 359 fg., im Einzelnen mit Abweichungen, vertreten wird von **Arndts § 67***, **Scheurl S. 110 fg.**, **Czjharz** zur Lehre von der Resolutivbedingung S. 23 fg., **Jhering Jahrb. f. Dogm. X**

und in der Beweislastregulirung des E. I § 196. Beide hier in Bezug genommene Bestimmungen hat aber die II. Commission gestrichen und gelegentlich durch Verweisung auf E. I § 114 (BGB. 139) angedeutet, daß die Bedingung doch unter Umständen auch ein trennbarer Bestandtheil des Rechtsgeschäfts sein kann (unt. § 93 a. E.). M. E. kann nun auch im Recht des BGB. die aufschiebend bedingte Willenserklärung nicht in zwei Bestandtheile zerlegt werden, sie ist etwas einheitliches anderes als die unbedingte Willenserklärung. Kommt man in einem einzelnen Falle zu dem Ergebnis, daß das bedingte Geschäft um der Bedingung willen ungültig ist, die Parteien aber für diesen Fall es als unbedingt aufrecht erhalten wollten, so ist dem stattzugeben. Es ist dann aber nicht ein Theil des Rechtsgeschäfts ungültig und die übrigen bleiben dem Willen der Parteien gemäß gültig

§. 544 fg., Köppen das. §. 190 fg., Schulin über Resolutivbedingungen und Endtermine §. 37 fg., Adices §. 35 fg., Karlowa §. 94 fg., Pfaff u. Hofmann Commentar zum österr. Gesetzbuch II §. 548 fg., wohl auch von Bachmann Kauf II §. 487 fg., nur daß dieser Schriftsteller nicht von Resolutivbedingung, sondern nur von einem resolutiven Vorbehalt geredet wissen will. Dieser Auffassung steht eine andere gegenüber, nach welcher auch die auflösende Bedingung der Willenserklärung, welcher sie hinzugefügt ist, inhärrt, wie die aufschiebende, und mit ihr eine Einheit bildet; was dann näher entweder so gedacht wird, daß die auflösende bedingte Willenserklärung die rliche Wirkung, welche sie schaffe, als eine nicht vollkräftige schaffe, so daß dieselbe einem gewissen Ereigniß gegenüber keine Widerstandskraft habe, — oder so, daß die Willenserklärung, indem sie das Wollen ausspreche, zu gleicher Zeit das Gewollthaben wieder in Frage stelle, welche letztere Auffassung in consequenter Entwicklung dazu führt, den Unterschied zwischen der auflösenden und aufschiebenden Bedingung ganz zu leugnen, wie das wirklich thun Salkowski Novation §. 442 fg. und theilweise Wendt Feuerträge §. 45 fg. (vgl. § 89 ¹). Im Uebrigen vgl. Windscheid Wirkung der erfüllten Bedingung §. 24, Unger II § 82²⁰⁻³⁰, Prinz I. Aufl. §. 1469 fg. 2. Aufl. II §. 716 ², [Prinz-Votmar IV § 540], Wendt (***) §. 2. 3 u. Pand. § 52, Römer ACPr. LXII §. 164 fg. [[Hölder §. 255 fg., Beller II §. 313 fg.: in der Resolutivbedingung kann auch eine Grenzbestimmung liegen; dann ist ihre Hinzufügung kein besonderer Willensact.]] [Dernburg I § 106, 2, c. Regelsberger I § 152, III, 2.] Welches die Auffassung der Quellen sei, kann doch kaum zweifelhaft sein. Den Quellen ist das Rechtsgeschäft, welchem eine auflösende Bedingung hinzugefügt ist, gar kein bedingtes, unter einer Bedingung abgeschlossenes Rechtsgeschäft; es ist ihnen ein unbedingt Rechtsgeschäft, welches „sub condicione resolvitur“. Stellen wie l. 2. 4 pr. D. 18, 2, l. 1 D. 18, 3, l. 2 § 3. 4 D. 41, 4 lassen nicht den mindesten Zweifel; in l. 2 § 3 cit. heißt es ausdrücklich: — sed videamus, *utrum condicio sit hoc an conventio*“? Vgl. auch l. 44 § 2 D. 44, 7, wo die auflösende Bedingung eine Bedingung genannt wird, „*quae post perfectam obligationem ponitur*“. Wer übrigens diese Auffassung bestritt, muß nach dem in Note ⁴ Gesagten auch behaupten, daß die Berufung auf eine auflösende Bedingung nicht zum Beweise verpflichte. So wirklich H. Seuffert fr. RZ §. V §. 355—358, Beller Aktionen II §. 290 [[Pand. II §. 349]], Römer a. a. L., Pland Lehrbuch des Civilproceßrechts I §. 326. Auch Pöschmann (*) ist im Princip der gleichen Ansicht und legt dem Beklagten die Beweislast nur aus processualischen Gründen auf. Dagegen [Regelsberger I § 152¹⁶, Fitting (*) §. 56 fg.], Cf. XXVI. 7 (R.D.S.G.) [[XLV. 77, XLVI. 254. RG. XXVIII §. 145 fg.]]

nach § 139, sondern es tritt hinter dem ungültigen Geschäft ein eventuell gewolltes anderes hervor, für dessen Gültigkeit man nur, sofern dieß nöthig sein sollte, die Analogie des § 139 anrufen kann. Ebenso war es in den gemeinrechtlichen Fällen, in denen eine Bedingung, wie man sagte, „gestrichen“ wurde. Dagegen scheint mir auch für das BGB. an der Auffassung festgehalten werden zu müssen, daß die Resolutivbedingung eine logisch selbständige bedingte Auflösungsclausel neben dem Hauptgeschäft ist; hiermit ist aber über den Einfluß ihrer Schicksale auf diejenige des Hauptgeschäftes nichts entschieden; die Resolutivbedingung muß vielmehr im Zweifel allerdings im Sinne der Parteien als ein so wesentlicher Bestandteil des ganzen Geschäftes angesehen werden, daß bei Ungültigkeit der Resolutivbedingung das Hauptgeschäft ebenfalls ungültig ist. Denn es ist im Allgemeinen nicht anzunehmen, daß die Parteien die Folgen des Hauptgeschäftes ohne die Möglichkeit ihrer Wiederauflösung mit Eintritt der Resolutivbedingung gewollt haben. Diese Ergebnisse sind unmittelbar auf BGB. 139 zu stützen, nicht bloß auf die Analogie desselben; denn die Resolutivbedingung ist, anders als die Suspensivbedingung, als ein Theil des Rechtsgeschäfts im Sinne des § 139 aufzufassen.]

§ 87*.

Der Umstand, auf welchen die Bedingung gestellt ist, kann ein thatsächlicher, er kann auch ein rechtlicher sein, z. B. wenn ich Eigenthümer einer bestimmten Sache werden sollte.

Er kann ein positiver oder negativer sein, nicht nur ein Sein oder Geschehen, sondern auch ein Nichtsein oder Nichtgeschehen¹. Danach theilt man die Bedingungen selbst ein in positive oder affirmative und in negative.

Der Umstand, auf welchen die Bedingung gestellt ist, kann entweder in der Vergangenheit liegen, oder in der Gegenwart, oder in der Zukunft. Liegt er in der Vergangenheit oder Gegenwart, so ist sein Sein oder Nichtsein, und damit das Sein oder Nichtsein der gewollten rechtlichen Wirkung, objectiv sogleich völlig sicher, sollte auch bei Abgabe der Willenserklärung darüber subjectiv noch eine Ungewißheit bestehen². Liegt er in der Zukunft, so ist eine objective

[* Dernburg § 106, 2, a. b, Wendt § 52, 1, Hölder § 49, Regelsberger I § 151, I. II.]

§ 87. ¹ L. 7 pr. l. 67 D. 35, 1. [[Hölder S. 259.]]

² § 6 I. 3, 15, l. 37—39 D. 12, 1, l. 100. 120 D. 45, 1. § 6 I cit. „Condiciones, quae ad praeteritum vel ad praesens tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt, veluti ‘si Titius consul fuit’, vel ‘si Maevius vivit’, dare spondes? Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio; sin autem ita se habent, statim valet. Quae enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint“. Man darf nicht sagen, daß auch das Sein oder Nichtsein eines zukünftigen Umstandes objectiv sogleich sicher sei, weil, wie auch

Ungewißheit möglich, freilich nicht nothwendig. Sie ist auch in diesem Falle dann nicht vorhanden, wenn der Umstand, auf welchen die Bedingung gestellt ist, nothwendigerweise eintreten muß³, oder unmöglicherweise eintreten kann⁴ (s. g. nothwendige und unmögliche Bedingungen⁵). Nur diejenige Bedingung, in Folge deren ein Zustand

die Zukunft sich gestalte, sie eben so sich habe gestalten müssen; es kommt darauf an, ob „quantum in natura hominum sit, possit sciri“, l. 38 D. 12, 1. Doch ist dieser letztere Ausdruck in anderer Beziehung nicht genau. Denn möglicherweise kann auch das Wissen von einem gegenwärtigen Umstand durch „hominum natura“ ausgeschlossen sein (z. B. ob ein im Mutterleib befindliches Kind männlichen oder weiblichen Geschlechts ist); deswegen ist das Sein oder Nichtsein dieses Umstandes und damit das Sein oder Nichtsein der von ihm abhängig gemachten Wirkung nicht weniger objectiv sogleich völlig sicher. Es tritt jetzt für das gewollte Verhältniß ein factischer Schwebezustand ein, aber kein rechtlicher, und deswegen geht z. B. das unter einer solchen Bedingung hinterlassene Vermächtniß auf die Erben über, wenn sich auch erst nach dem Tode des Vermächtnißnehmers die Erfüllung der Bedingung herausstellt (vgl. § 89⁶). Vgl. über die verschiedenen Auffassungen Fitting *UCPra.* XXXIX S. 326 fg., Scheurl S. 108 fg., Enneccerus über Begriff und Wirkung der Suspensivbedingung (Wöttingen 1871) S. 99 fg. (Man hat für die Auffassung, daß in dem bezeichneten Fall das gewollte Verhältniß sich in einem rechtlichen Schwebezustand befinde, l. 28 § 5 D. 5, 1 und l. 36 D. 46, 3 analogisch verwerthen wollen; aber dieß ist bedenklich, da in dem Fall dieser Stellen die Entscheidung erst durch die Zukunft gebracht wird [es ist möglich Fehl- oder Todgeburt], und der jetzt vorhandene Zustand es nur sicher macht, daß in einer gewissen Weise die Entscheidung nicht fallen wird. S. andererseits auch l. 30 § 6 D. 29, 2, und vgl. über diese Stellen Köppen *Jahrb. f. Dogm.* XI S. 171 fg., Krieg *Delation einer Erbschaft im Falle einer Todgeburt* S. 35 fg.), Enneccerus *Rechtsgesch.* zc. S. 172 fg. [Für den Schwebezustand in allen Fällen der zur Zeit vorliegenden Unerforschlichkeit für menschliches Wissen. Gegen ihn:] [Delfer II § 115⁷].

³ L. 79 pr. D. 35, 1. „Heres meus, cum morietur Titius, centum ei dato“. *Purum legatum est, quia non condicione, sed mora suspenditur; non potest enim condicio non existere*“. L. 9 § 1 D. 46, 2. „Qui sub condicione stipulatur, quae omnimodo exstatura est, pure videtur stipulari“. Nothwendig ist auch das Nichtgeschehen des Unmöglichen, l. 7. 8 D. 45, 1, § 11 i. f. I. 3, 19. l. 20 pr. D. 28, 7. Die Nothwendigkeit kann auch eine juristische sein, l. 20 pr. cit.

⁴ § 11 I. 3, 19. „Si impossibilis condicio obligationibus adiciatur, nihil valet stipulatio. Impossibilis autem condicio habetur, cui natura impedimento est, quo minus existat, veluti si quis dixerit 'si digito coelum attingero, dare spondes'“. Auch die Unmöglichkeit kann nicht bloß auf einem Naturgesetz, sondern auch auf einer Vorschrift beruhen, l. 137 § 6 D. 45, 1. Unmöglich ist auch das Nichtgeschehen des Nothwendigen.

⁵ Die Quellen nennen *incorrect impossibilis condicio* auch die auf das Nichtgeschehen des Unmöglichen gestellte Bedingung, obgleich dieses Nichtgeschehen nothwendig ist. L. 51 [50] § 1 D. 28, 5, l. 20 pr. D. 28, 7, l. 7 D. 45, 1. Neuere Schriftsteller gebrauchen dafür den Ausdruck *negativ unmögliche Bedingungen*. Vgl. Arndts *Beitr.* I S. 163—169. Wächter I S. 369.

objectiver Ungewißheit vorhanden ist, erzeugt eine ihr eigenthümliche rechtliche Wirkung; das Verhältniß, welches bei einer sogleich entschiedenen Bedingung stattfindet, kann auch ohne Bedingung vorhanden sein. Dieser Umstand erscheint als so wichtig, daß es von den Bedingungen, welche einen Zustand objectiver Ungewißheit nicht hervorrufen, heißt, sie seien eigentlich keine Bedingungen⁶.

In einem andern Sinn ist diejenige Bedingung keine eigentliche, welche auf einen Umstand gestellt ist, der zum Dasein der gewollten rechtlichen Wirkung erforderlich ist, auch ohne daß er zur Bedingung erhoben wird⁷. Wenngleich in diesem Fall ein Zustand objectiver

⁶ L. 39 D. 12, 1. „Itaque tunc potestatem condicionis obtinet, cum in futurum confertur“. L. 10 § 1 D. 28, 7: — „cum nulla sit condicio, quae in praeteritum confertur vel in praesens“. L. 79 pr. D. 35, 1, l. 100. 120 D. 45, 1, l. 9 § 1 D. 46, 2 (die erste und die vierte Stelle abgedruckt in Note ⁵). Damit soll aber nicht gesagt sein, daß die Willenserklärung unter einer uneigentlichen Bedingung in aller und jeder Beziehung einer unbedingten gleichstehe, s. § 95². — Fitting (ACPra. XXXIX S. 350 fg.) will den Begriff der eigentlichen und uneigentlichen Bedingung anders gefaßt wissen; eigentliche Bedingung sei jede auf die Zukunft gestellte Bedingung, ohne Ausnahme der nothwendigen und unmöglichen (und der s. g. *condicio iuris*, s. die folgende Note). Er hat die Quellen gegen sich (in l. 39 D. 12, 1 bildet die Bedingung, welche „in futurum confertur“ den Gegensatz zu der Bedingung, durch welche „*stipulatio non suspenditur*“, l. 37 eod.), und die Natur der Sache nicht für sich. Die besonderen Wirkungen, welche Fitting dem, was er eigentliche Bedingung nennt, beilegt (a. a. O. S. 347. 348), sind, abgesehen davon, daß sie zum Theil nicht begründet sind, von verschwindender Bedeutung gegenüber der suspendirenden Kraft der Bedingung. Will man aber überhaupt zwischen eigentlicher und uneigentlicher Bedingung unterscheiden, so soll man die Grenze entweder da machen, wo die Bedingung überhaupt anfängt irgendwie rüch in Betracht zu kommen, oder da, wo ihre Hauptbedeutung liegt. Gegen die ganze Unterscheidung erklärt sich Unger System II S. 58 fg. Oesterr. Erbr. § 16⁶, unter Zustimmung von Arndts § 66¹¹, ferner Adices S. 53 fg. Gegen Fitting Arndts a. a. O., Bangerow I § 93¹; gegen Fitting und Unger Enneccerus a. a. O. (*) S. 113 fg. Vgl. auch Scheurl S. 100 fg., Pfaff und Hofmann Commentar zum österr. Gesetzbuch II S. 545 fg. [Dernburg I § 107, Hölder S. 248 fg., Regelsberger I § 151, III, A, Brinz-Rotmar IV § 539, a, Enneccerus Rgesch., Bedingung u. s. w. S. 171 fg.]

⁷ Z. B. Verleihung eines R. an einer noch nicht existirenden Sache unter der Bedingung, daß sie existent werde; Vermächtniß unter der Bedingung, daß der Eingesezte Erbe werde. Insofern von einem solchen Umstande das Dasein der gewollten rüchen Wirkung immerhin abhängig ist, wird er in den Quellen *condicio* auch dann genannt, wenn er in der Willenserklärung nicht ausdrücklich zur Bedingung gemacht worden ist; es ist eine „*condicio quae incertis tacito*“, „*quae extrinsecus venit*“ (nicht aus der Willenserklärung), l. 1 § 3. l. 99 D. 35, 1, l. 6 § 1. l. 25 § 1 D. 36, 2, l. 21. 68 D. 23, 3. Die Neueren gebrauchen für Bedingungen dieser Art, mögen sie ausgedrückt sein oder nicht, mit Vorliebe den

Ungewißheit stattfindet, so hat doch derselbe seinen Grund nicht in der Bedingung, sondern ist mit der Willenserklärung von selbst gegeben⁸.

[Im Wesentlichen treffen die Sätze dieses § auch für das *§§* zu. Insbesondere sind Bedingungen, welche keinen Schwebestand zur Folge haben, auf Vergangenheit oder Gegenwart gestellte, unmögliche, nothwendige, auch im Sinne des *BGB.* als uneigentliche zu bezeichnen; die Bestimmungen der §§ 160, 161 finden bei ihnen keinen Boden der Anwendung. Es ist aber damit, wie bisher, keineswegs gesagt, daß sämtliche Vorschriften über Bedingungen auf solche uneigentliche nicht angewandt werden dürften. Affgeschäfte, bei denen Bedingungen unzulässig sind, können nach *BGB.*, wie bisher, auch nicht unter eine uneigentliche Bedingung gestellt werden (vgl. unt. § 95). Auch ist nach Analogie des § 162 auch für die auf Gegenwart oder Vergangenheit gestellten Bedingungen zu sagen, daß, wenn ihr Eintritt wider Treu und Glauben von einer Partei herbeigeführt oder vereitelt ist, dieselben Vorschriften gelten, welche § 162 für den Fall gibt, daß dergleichen nach Abschluß des Affgeschäftes geschieht. — Ebenso sind auch nach *BGB.* die f. g. *condiciones iuris* uneigentliche Bedingungen zu nennen. Aber die Vorschriften, nach welchen Bedingungen unzulässig sind, treffen auch solche Bedingungen (vgl. unt. § 95.)]

β. Wirkung der Bedingung*.

aa. Im Allgemeinen.

§ 88.

Die Wirkung der Bedingung ist im Allgemeinen durch die Angabe ihres Begriffes bereits bezeichnet. Die Wirkung der Bedingung

Ausdruck *condicio iuris* (vgl. I. 43 § 10 D. 21, 1, I. 21 D. 35, 1). Literatur: Bangerow I § 93³, Czyslarz 3S. f. *CR.* u. *Pr.* R. 3. XX S. 291¹⁰, Scheurl S. 93 fg., Eisele *ACPra.* LIV S. 109 fg., Enneccerus a. a. D. (*) S. 122 fg., Wendt das bedingte Forderungs. (1873) S. 15 fg. Bekker II S. 327. [Dernburg I § 107, 2, Regelsberger I § 153, III, B., Brinz-Votmar IV § 538, Enneccerus Affgeschäft u. f. w. S. 171., *RG.* XXX S. 13.]

⁸ Die Bedingung enthält bloß „*figuram*“, nicht „*vim quoque condicionis*“, I. 70 [69] D. 28, 5. L. 22 § 1 D. 36, 2. „*Quaedam autem condiciones etiam supervacuae sunt, veluti si ita scribat: 'Titius heres esto; si Titius hereditatem meam adierit, Maevio decem dato'*. Nam pro non scripto ea condicio erit, ut omnimodo ad heredem Maevii legatum transeat, etiamsi Maevius ante aditam hereditatem decesserit“. L. 107 D. 35, 1, I. 2 D. 28, 7, I. 70 [69] D. 28, 5 (cf. I. 65 § 1 D. 30, I. 69 D. 35, 1). Fitting (*ACPra.* XXXIX S. 312) behauptet, jede stillschweigende Bedingung könne dadurch zu einer eigentlichen gemacht werden, daß sie in dieser Absicht ausgesprochen werde. Er hat dafür keinen andern Beweis als I. 19 § 1 D. 35, 1. Der wahre Inhalt dieser Stelle ist aber, daß die Verfügung 'si Primus heres erit, damnas esto dare' auch so aufgefaßt werden kann: wenn die Erbschaft nicht an den mit oder nach ihm eingefetzten Secundus gelangt, und „in condicionibus primum locum voluntas defuncti obtinet“ (pr. eod.). S. auch Arnolds § 66¹⁰, Unger *Deferr.* Erbr. § 16⁶, Mayer *Legate* § 32 zu³, Scheurl S. 96, Enneccerus a. a. D. (*) S. 136 fg., Wächter I S. 367 unt.

* B. Sell über bedingte Traditionen, zugleich als Revision der Lehre von ✓

ist die, daß sie das Eintreten der Rechtswirkung, auf welche die Willenserklärung gerichtet ist, abhängig macht von ihrer Erfüllung. Dieß gilt in gleicher Weise von der auflösenden, wie von der aufschiebenden Bedingung; nur ist die von der Erfüllung der auflösenden Bedingung abhängige Rechtswirkung eben die Wiederauflösung der durch das Hauptgeschäft erzeugten Wirkung.

Ist nun die Erfüllung¹ der Bedingung sogleich sicher, so tritt auch die Wirkung der Willenserklärung sogleich ein; dieselbe ist gleich einer unbedingten. Bei der auflösenden Bedingung tritt also die Wiederauflösung des Rechtsverhältnisses in demselben Momente ein, wie seine Erzeugung, d. h. mit anderen Worten, das Rechtsverhältniß gelangt gar nicht zur Entstehung. Ist hingegen die Nichterfüllung der Bedingung sogleich sicher, so hat die Willenserklärung ebenso wenig Wirkung, als wenn sie gar nicht abgegeben worden wäre; bei der auflösenden Bedingung ist also das Fortbestehen der Wirkung des Hauptgeschäfts sogleich außer Frage gestellt.

Wie verhält es sich aber bei der eigentlichen Bedingung, d. h. bei derjenigen, deren Erfüllung oder Nichterfüllung nicht sogleich sicher ist? Hier fragt es sich vor Allem, welcher Rechtszustand stattfindet, während die Bedingung schwebt²; davon in § 89. Der Zustand, welcher durch die Nichterfüllung der eigentlichen Bedingung hervorgerufen wird, bietet der Betrachtung besondere Seiten nicht dar; es ist jetzt die Wirkungslosigkeit der Willenserklärung (bei der auflösenden Bedingung der auf Wiederauflösung gerichteten Willenserklärung) entschieden³. Dagegen ergeben sich für den Fall der Erfüllung der eigentlichen Bedingung besondere Fragen, nämlich: 1) für die eigentliche Bedingung überhaupt die Frage, von welcher Zeit an die mit der Erfüllung der Bedingung eintretende rechtliche Wirkung der Willenserklärung zu datiren sei, ob von der Zeit der Abgabe der Willenserklärung

den Wirkungen der Bedingungen bei Verträgen im Allgemeinen (1839). Dazu die Recension von Jhering in den I. Jahrb. f. d. RW. XII S. 865 fg.

§ 88. ¹ Wir sagen: die Bedingung ist erfüllt, eingetreten — nicht erfüllt, ausgefallen, vereitelt; die Quellen sagen: *condicio impleta est, expleta est, exstitit — condicio defecit, exstincta est*. Vgl. Scheurl S. 86. — Daß die Willenserklärung ohne Hemmung durch eine Bedingung wirke (wenn die hinzugefügte Bedingung erfüllt, oder keine [eigentliche] Bedingung hinzugefügt ist), bezeichnen die Quellen durch den eigenthümlichen Ausdruck: *dies cessit*, I. 213 pr. D. 50, 16. Vgl. § 96⁴.

² Die Quellen: *condicio pendet*.

³ Vgl. I. 37 i. f. D. 18, 1, I. 15 pr. D. 18, 2.

oder erst von der Zeit der Erfüllung der Bedingung — wie man sich gewöhnlich ausdrückt, ob die erfüllte Bedingung rückwirkende Kraft habe oder nicht (§ 91); 2) für die auflösende Bedingung im Besonderen die Frage, in welcher Weise bei dem Eintreten derselben die bis dahin vorhanden gewesene rechtliche Wirkung wieder aufgehoben werde (§ 90).

Für alle Bedingungen, eigentliche wie uneigentliche, ist endlich noch die Frage zu beantworten, wann man sagen könne, daß die Bedingung erfüllt sei (§ 92).

bb. Zustand während des Schwebens der Bedingung*.

§ 89.

Während des Schwebens der Bedingung ist die Kraft der Willenserklärung noch gehemmt, die von ihr zu erzeugende rechtliche Wirkung ist noch nicht erzeugt¹. Aber andererseits ist die Willenserklärung doch mehr als eine für das Recht gar nicht existierende und aller rechtlichen Wirksamkeit bare². Das Recht hat sie nicht für unfähig

* Bächter I S. 389—391. Württemb. Privatr. II S. 696—701. Windscheid die Wirkung der erfüllten Bedingung S. 16—22. Derf. Heidelb. fr. ZS. IV S. 42—49. Schönemann ZS. für CR. u. Pr. N. F. XIX S. 13 fg. Fhering Jahrb. f. Dogm. X S. 498 fg. Scheurl S. 122—157. Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 163 fg. 264 fg. und in der Schrift über den Fruchtwerb des *bonae fidei possessor* S. 26 fg. Wendt a. a. O. S. 1—95. Schulin über Resolutivbedingungen und Endtermine S. 11 fg. (vgl. Hölder fr. WZS. XVIII S. 182 fg.). *Abides* a. a. O. S. 123 fg. 175 fg. Karlowa a. a. O. S. 89 fg. Enneccerus (Note* vor § 86) S. 334 fg. [auch sonst in manchen Partien des Werkes. Dernburg I § 109. Wendt § 54. Hölder S. 262. Regelsberger I § 155.]

¹ L. 13 § 5 D. 20, 1: — „ante condicionem non recte agi, cum nihil interim debeatur“. L. 16 D. 12, 6, l. 38 D. 41, 2, l. 2 § 2 D. 41, 4. Bedingte Besitzübertragung: Scheurl S. 141 fg., B. v. Liebe der Besitz als R. in thesi S. 124 fg. — Wendt Neuverträge S. 45 fg. (vgl. S. 23) [und Pandekten § 54] lehrt alles Ernstes, daß durch die aufschiebende Bedingung bei obligatorischen Geschäften nicht „die Obligation“ suspendirt werde (genauer: daß mit der aufschiebenden Bedingung nicht eine Suspension der Obligation verbunden sei), sondern deren „Erfüllung und Geltendmachung“, und daß der Unterschied zwischen der aufschiebenden und der auflösenden Bedingung darin liege, daß bei der letzteren „die Vollziehung des bedingten Geschäfts“ sogleich eintrete, nicht bei jener; im Uebrigen sei „die Existenz des Rechtsgeschäfts in beiden Fällen in gleicher Lage“. Enneccerus: pendente Obligation. S. 18a a. E.

² Eine interessante Anwendung davon in l. 16 D. 28, 3 (vgl. überhaupt III § 554¹). S. noch l. 36 D. 12, 1, l. 80. 83 D. 23, 3, l. 60 § 1 D. 12, 6, und zu diesen Stellen Fr. Kniep Einfluß der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation S. 5 fg. (vgl. Windscheid fr. WZS. II S. 242—244),

erklärt, die rechtliche Wirkung zu erzeugen, auf welche sie gerichtet ist; diese Wirkung kann möglicherweise vollständig aus ihr hervorgehen. Wenn sie einstweilen diese rechtliche Wirkung noch nicht erzeugt hat, so hat sie doch sofort erzeugt eine Aussicht auf dieselbe, welche dem bedingt Berechtigten nicht mehr verbracht werden kann. Das will sagen: derjenige, zu dessen Lasten diese Aussicht besteht, kann nicht mehr bewirken, daß für den Fall der Erfüllung der Bedingung die in Aussicht gestellte rechtliche Wirkung nicht eintrete oder nicht vollständig eintrete; er ist schon jetzt gebunden³. Eine wichtige Consequenz dieser Gebundenheit ist, daß alle von ihm in der Zwischenzeit getroffenen rechtlichen Verfügungen, welche mit dem in Aussicht gestellten Rechte in Widerspruch stehen, mit Eintritt der Bedingung hinfällig werden, oder sich doch dem nun entstehenden Rechte unterordnen, dasselbe wird so existent, wie es nach Inhalt der bedingten Willenserklärung existent werden sollte⁴. Ebenjo wenig darf der

Römer bedingte Novation S. 85 fg. (vgl. II § 354¹⁰), Scheurl S. 134 fg., Wendt S. 77 fg., Enneccerus S. 523 fg.; I. 11 pr. D. 26, 2; I. 40 D. 9, 2.

³ Die Quellen erkennen an, daß schon in dem bedingten (obligatorischen) Vertrag ein *contractus* liege, I. 27 D. 17, 2, I. 78 pr. D. 45, 1, I. ult. D. 45, 3, I. 8 pr. D. 18, 6; in anderen Stellen freilich wird unter *contractum negotium* gerade der unbedingte Vertrag verstanden, so in I. 8 § 1 D. 18, 6. — In Betreff des hier gebrauchten Ausdrucks Gebundenheit ist zu bemerken, daß derselbe nicht von einer bloß obligatorischen Gebundenheit verstanden werden darf; der bedingt Belastete ist nicht bloß in seinem Dürfen gehemmt, sondern auch in seinem Können. Fitting bezeichnet diese Wirkung der bedingten Willenserklärung (soweit er sie anerkennt) als „Vorwirkung“, vgl. § 67² und den genannten Schriftsteller in der 3. S. f. *HR.* II S. 253⁷⁷. Unzutreffend und verwirrend ist es, wenn Götting (3. S. f. *HR.* u. *Pr.* N. F. I S. 240) fg., vgl. namentlich S. 250, 254, 265, 271) jene Wirkung auf ein besonderes, das bedingte Aageschäft begleitendes, Aageschäft zurückführt. — Puntschart die fundamentalen AVerhältnisse des r. R. (1885) S. 97 fg. hält diese Gebundenheit für „objectives A.“ Enneccerus S. 163 fg. 385 fg. 415 fg.: die f. g. Gebundenheit ist das Stehen unter einer Regel.

⁴ Ist es ein Eigenthumsr., so verschwindet vor demselben nicht bloß das von dem bisherigen Eigenthümer in der Zwischenzeit einem Andern übertragene Eigenthumsr., sondern auch die von demselben bestellten sonstigen A an der Sache. Ist es ein A. an fremder Sache, so bleibt zwar die von dem Eigenthümer der Zwischenzeit vorgenommene Eigenthumsübertragung aufrecht, nicht aber bleiben aufrecht die von demselben auf die Sache gelegten dinglichen Lasten, so weit dadurch das neu entstehende A. geschmälert werden würde; ist es ein Pfandr., so kommt ihm der erste Rang zu, nicht dem in der Zwischenzeit zur Existenz gelangten. Dieß gilt in gleicher Weise für die auflösende wie für die aufschiebende Bedingung, für die Verfügung von Todeswegen, wie für die unter Lebenden. I. 69 § 1 D. 30, I. 105 D. 35, 1, I. 3 § 3 C. 6, 43, I. 12 § 2 D. 10, 2, I. 11 § 1 D. 8, 6, I. 9 § 1. I. 11 § 1 D. 20, 4, I. 4 § 3 D. 18, 2, I. 3 D. 20, 6. Ist das zu begründende A. oder AVerhältniß von der Art, daß es nicht

bedingt Belastete durch factische Verfügungen das in Aussicht gestellte Recht unmöglich machen oder schmälern; er muß dafür nach Eintritt der Bedingung Ersatz geben, und in gleicher Weise haftet er (nach Maßgabe des Inhalts des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses) wegen Vernachlässigungen⁵. Eine fernere Consequenz der durch die bedingte Willenserklärung geschaffenen Gebundenheit ist, daß, wenn der bedingt Belastete stirbt, an seine Stelle seine Erben treten; wäre vor der Erfüllung der Bedingung ein Garnichts vorhanden, so könnte auch auf die Erben nichts übergehen⁶. — Auch die dieser Gebundenheit

wieder rückgängig gemacht werden kann, so entsteht es einstweilen gar nicht. L. 34 D. 11, 7, l. 11 D. 40, 1. AVeränderungen, welche ohne Zuthun des bedingt Belasteten, und im Besonderen durch Verjährung, eintreten, werden durch Erfüllung der Bedingung nicht hinfällig. Ihering S. 502. Anders war es im r. R. nur bei der bedingt verliehenen Freiheit, l. 2 pr. 1. 9 D. 40, 7. — Fitting (über den Begriff der Rückziehung S. 65 fg.) faßt das hier bezeichnete Verhältniß als Gebundenheit der Sache auf; so geht auch Schöurl S. 123, Wendt S. 114, und namentlich Ihering S. 493 fg. Für diese Kategorie finden sich allerdings Anhaltspunkte in den Quellen (s. z. B. l. 2 pr. 1. 9 § 1. 3 D. 40, 7, l. 6 D. 2, 9, l. 12 § 2 D. 10, 2, l. 82 pr. D. 30). Sie reicht auch bei der eigentlichen Bedingung aus; nicht aber bei den analogen Fällen der Verleihung von Neu an künftigen oder künftig zu erwerbenden Sachen (§ 242, 5); hier muß man doch wieder zu der Kategorie einer das Können ausschließenden Gebundenheit der Person greifen. Vielleicht könnte man sagen: dingliche Gebundenheit. Vgl. Exner Pfandbegriff S. 122, Karlowa S. 93¹, Arndts Fortf. v. Glück XLVIII S. 336. U. A. Leist die Sicherung von Forderungen durch Ueber-
 eignung von Mobilien (1889) S. 19 fg.: die dingliche Gebundenheit ist ein R. des dinglich Berechtigten („Anr.“). Ihering S. 528 fg. glaubt, daß das r. R. zur Anerkennung der dinglichen Gebundenheit noch nicht fortgeschritten sei; vielmehr beruhe sie auf einem modernen, übrigens das r. R. consequent fortentwickelnden, Gewohnheitsr. Hierzu stimmt schlecht, daß, was Ihering selbst hervorhebt, in unseren Quellen die dingliche Gebundenheit sich anerkannt findet bei der resolutiv bedingten Eigenthumstradition und bei der suspensiv bedingten im Fall der lex commissoria beim Pfandvertrag (Ihering S. 534), ferner bei der bedingten Verpfändung. Auf l. 9 § 1 D. 23, 3 darf sich diese Meinung nicht berufen, da in dieser Stelle nicht bloß die dingliche Gebundenheit gelegnet wird. Vgl. ⁶

⁵ Wächter Würt. Privatr. S. 700 Nr. 5.

⁶ Dieß ist in der That die Auffassung von Ulpian in l. 9 § 1 D. 23, 3. „Si res alicui tradidero, ut nuptiis secutis dotis efficiantur, et ante nuptias deceassero: an secutis nuptiis dotis esse incipiant? Et vereor, ne non possint in dominio eius effici, cui datae sunt, quia post mortem incipiat dominium discedere ab eo qui dedit: quia pendet donatio in diem nuptiarum, et cum sequitur condicio nuptiarum iam heredis dominium est, a quo discedere rerum non posse dominium invito eo fatendum est“. Nur favore dotis will Ulpian in diesem Falle ausnahmsweise helfen. Die dem Princip gemäße Entscheidung in l. 2 § 5 D. 39, 5. Ueber die verschiedenen Bereinigungsverfuche s. Savigny 36. f. gesch. RW. IV S. 51 fg. (System IV

entsprechende Aussicht selbst erweist sich als ein Ding von rechtlicher Consistenz. Zunächst wieder darin, daß auch sie auf die Erben übergeht⁷. Jedoch wird in dieser Beziehung ein Unterschied zwischen Verfügungen unter Lebenden und Verfügungen von Todeswegen gemacht. Die letzteren sind höchst persönlicher Natur; ihr Schwerpunkt liegt viel weniger darin, daß etwas weggegeben, als darin, daß einer bestimmten Person etwas zugewendet werden soll. In diesem Sinne schreibt das römische Recht vor, daß an die Stelle des durch eine Verfügung von Todeswegen Bedachten, wenn er nicht bereits vor seinem Tode erworben habe, seine Erben nicht treten sollen; die durch eine Verfügung von Todeswegen eröffnete Aussicht geht auf die Erben des Bedachten nicht über⁸. Und deswegen wieder wird dieser Aussicht auch in anderen Beziehungen nicht die gleiche rechtliche Bedeutung, wie der durch eine Willenserklärung unter Lebenden eröffneten Aussicht, zugeschrieben; namentlich wird sie nicht dem Gewalthaber erworben, wohl die letztere^{9, 10}. Und ganz allgemein heißt es: wer

§. 154 Note r), Sell bedingte Tradition §. 117 fg., Windscheid Wirkung der erfüllten Bedingung §. 18¹, Strenpel *iusta causa* der Tradition §. 69 fg., Czjhlarz *3C. f. CR. u. Pr. R. F. XX* §. 288 fg. Die Ansicht dieses letzteren Schriftstellers stimmt mit der hier vorgetragenen überein, und so jetzt auch Bangerow in der 7. Aufl. I §. 148 (anders noch in der 6. §. 164) und Scheurl §. 51; anders wieder Köppen §. 245 fg. Ihering §. 528 findet auch in l. 2 § 6 cit. nur obligatorische Gebundenheit anerkannt (nach Analogie der l. 18 D. 8, 4, welche aber den Uebergang auf die Erben ausschließt). Vgl. noch E. Grueber Versuch einer Erklärung der l. 9 § 1 D. de iure dotium (Inauguraldiss. München 1874), Karlowa a. a. O. §. 8, Wendt *Neuerträge* §. 81 fg. Nyl die Lehre von den Schuldverhältnissen §. 171. Enneccerus §. 468 fg. 623. Daß bedingte obligatorische Verpflichtungen auf die Erben übergehen, scheint nie bezweifelt worden zu sein, § 25 I. 3, 19, l. 8 pr. D. 18, 6, l. 57 D. 45, 1. — §. noch l. 27 D. 17, 2.

⁷ § 4 I. 3, 15. — „Ex condicionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem in heredem transmittimus, si prius quam condicio existat mors nobis contigerit“. § 25 I. 3, 19, l. 8 pr. D. 18, 6.

⁸ L. 5 pr. § 2 D. 36, 2, l. un. § 7 C. 6, 51. Die Ansichten über den Grund dieses Satzes sind übrigens sehr verschieden. Vgl. Strohal *Transmission pendente condicione* (Graz 1879) und die das. Citirten.

⁹ L. 18 D. 50, 17. „Quae legata mortuis nobis ad heredem nostrum transeunt, eorum modum per nos his, quorum in potestate sumus, eodem casu acquirimus. Aliter atque quod stipulati sumus; nam et sub condicione stipulantes omnimodo eis acquirimus, etiamsi liberatis nobis potestate domini condicio existat“. L. 2 § 3 D. 37, 6, l. 40 D. 45, 3, l. 28 D. 20, 1, l. 14 i. f. D. 36, 2, l. 5 C. 6, 46. Eisele a. a. O. §. 291 fg.

¹⁰ In den früheren Ausgaben [bis 5. einschließl.] habe ich hinzugefügt, daß die durch die bedingte letztwillige Verfügung eröffnete Aussicht auch nicht fähig sei, den

aus einer Verfügung unter Lebenden etwas bedingt zu fordern habe, sei jetzt sogleich als Gläubiger anzusehen, nicht aber, wer aus einer Verfügung von Todeswegen¹¹. Doch kann bei Verfügungen dieser letzteren Art Sicherheit für den Fall der Realisirung der eröffneten Aussicht verlangt werden¹², während bei Willenserklärungen unter Lebenden in dieser Beziehung alles mehr in das Ermessen des Richters gestellt ist¹³.^{13a}

Gegenstand von Geschäften zu bilden. Dieser Satz ist doch in dieser Allgemeinheit recht bedenklich. Im Besonderen findet die Unzulässigkeit der Cession einer bedingten Vermächtnißforderung in l. 41 D. 35, 1 kaum eine genügende Stütze. Denn wenn es daselbst heißt, daß „legata sub condicione relicta non statim, sed cum condicio exstiterit, debent incipiunt, ideoque interim delegari non poterunt“, so ist dieser Ausspruch jedenfalls für die Delegation durch Novation falsch (l. 8 § 1 D. 46, 2), und man müßte daher unter Delegation geradezu Cession (delegatio actionis) verstehen, womit man dem Verfasser der Stelle den Vorwurf einer schweren Ungenauigkeit der Rede machen würde. Vgl. jedoch l. 51 D. 15, 1. Gradenwitz Sav. J. S. VIII S. 280, 297. Viel näher liegt die Annahme, daß derselbe nichts habe sagen wollen, als daß durch Ueberweisung einer bedingten Vermächtnißforderung dem Empfänger nicht ein sogleich vollziehbares Forderungsst. verschafft werden kann, also das Gleiche, was in l. 8 § 1 i. f. D. 46, 2 wirklich gesagt wird. Nur in Betreff der acceptilatio machen die Quellen zwischen der bedingten Vermächtnißforderung und einer sonstigen bedingten Forderung einen unleugbaren Unterschied. In l. 13 § 8 D. 46, 4 heißt es, daß acceptilatio mit dem Bürgen für eine bedingte Vermächtnißforderung den Beschwerten nicht frei mache, wenn die Bedingung (bei Lebzeiten des Vermächtnißnehmers) eintrete. In § 9 eod. wird dieser Fall parallelisiert mit dem Fall der acceptilatio mit demjenigen, welcher sich für ein künftig zu nehmendes Darlehn verbürgt hat. Es wird also angenommen, daß für die bedingte Vermächtnißforderung noch ebenso wenig der Grund gelegt sei (§ 225⁶), wie für die Forderung aus einem in Aussicht genommenen Darlehn. Vgl. Windscheid in der Heidelb. fr. J. S. IV S. 45—47, Salkowski Novation S. 112, 412, 414 fg., Scheurl S. 149 fg., Wendt S. 35 fg. 52 fg. 72 fg., Adices S. 132 fg., und speciell über l. 41 cit. (die auch in der Lesart angefochten wird) noch v. Salpius Novation und Delegation S. 37, 38, Fitting J. S. f. R. G. XI S. 432, R. G. VIII S. 189 fg. Wolff Welche Wirkungen hat die Cession eines suspensiv bedingten Vermächtnisses? Bonn. Diss. 1887. Enneccerus S. 518 fg.

¹¹ L. 42 pr. D. 44, 7. „Is, cui sub condicione legatum est, pendente condicione non est creditor, sed tunc cum exstiterit condicio, quamvis eum, qui stipulatus est sub condicione, placet etiam pendente condicione creditorem esse“. Eine Consequenz daraus in l. 27 pr. D. 40, 9, vgl. l. 6 pr. D. 42, 4 (dahier l. 14 § 2 eod., Dernburg emtio bonorum S. 97—101, Wendt S. 38—42, Enneccerus S. 585 fg.), l. 4 pr. D. 42, 6. Für die Behandlung bedingter Forderungen im Concurse ist jetzt entscheidend R. D. 60, 88, 142, 144. [155 Nr. 2], 47 Abs. 3, 158. [Forderungen unter auflösender Bedingung: R. D. 59. Arrest: Seuffert zu C. P. D. 796 Ann. 4.]

¹² L. 18 D. 35, 1, l. 6 D. 37, 11. Dig. 36, 3, Cod. 6, 54. Das Nähere im Erbrecht (III § 648, 2).

¹³ L. 41 D. 5, 1 (— „ex iusta causa“ —), l. 38 pr. D. 17, 2. Freilich

Die im Vorstehenden erörterten rechtlichen Wirkungen der bedingten Willenserklärung werden auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß

wird darüber gestritten, ob in diesen Stellen nicht unter cautio eine bloße Verbalcaution zu verstehen sei. So Vähr Anerkennung § 69, Regelsberger in einem i. S. Favro gegen die Gotthardtbahn erstatteten Gutachten (Zürich, Druck von Zürcher u. Furrer, 1878), M. Cohn in einem als Manuscript gedruckten Sendschreiben in derselben Sache. [Vgl. Regelsberger Pand. I § 189¹]. L. 13 § 5 D. 20, 1 erklärt sich aus der Conception der formula hypothecaria. Huschke 3 S. f. U. u. Pr. XX S. 167 fg. und unt. § 235². Vgl. im Allgemeinen Scheurl S. 132, Wendt S. 43 fg., densf. das bedingte Forderungsrecht S. 23 fg. Cf. IV. 196, XVI. 190, XXII. 6. 7, XXX. 111, XXXIV. 5 (MDCC).

^{12a} 1) Es liegt sehr nahe, dasjenige, was während schwobender Bedingung vorhanden ist, als bedingtes H. und bedingte Verpflichtung zu bezeichnen. Dafür ist namentlich Wendt a. a. O. (s. auch densf. das bedingte Forderungsrecht S. 10 fg.) mit Energie eingetreten. Es soll auch nicht gelehnet werden, daß diese Bezeichnung außerordentlich bequem ist; wenn sie nichtsdestoweniger hier vermieden worden ist, so hat das seinen Grund darin, daß sie das Wesen der Sache nicht ausdrückt, sondern verdeckt. Denn ein bedingtes Eigentumsrecht, ein bedingtes Forderungsrecht. zc. ist doch nun einmal ein Eigentumsrecht, Forderungsrecht. zc., welches als dieses H. noch nicht entstanden ist (und vielleicht nie entstehen wird); und wenn gesagt werden soll, was denn statt des nichtexistirenden Eigentumsrechts, Forderungsrechts. zc. gegenwärtig existirt, so wird man immer wieder auf die Kategorie der Gebundenheit zurückgreifen müssen. 2) Während Wendt ausdrücklich betont, daß das bedingte H. ein anderes sei, als das nach Erfüllung der Bedingung vorhandene, findet sich bei anderen neueren Schriftstellern in verschiedenen Wendungen die Auffassung, daß bei schwobender Bedingung vorhandene eine Entwicklungsphase des nach Erfüllung der Bedingung vorhandenen Verhältnisses sei. Hierher gehören Scheurl, Jhering, Köppen, Adickes. Scheurl: das zu erzeugende Verhältniß befindet sich in einem Mittelzustand zwischen Sein und Nichtsein, es seien Keime und Ansätze von Rechten und Verbindlichkeiten vorhanden; Jhering: das Verhältniß sei im Werden, Entstehen, in der Bildung begriffen; Köppen: das Verhältniß beginne sofort, vollende sich mit der Erfüllung der Bedingung; Adickes (S. 127. 131. 135. 136. 160. 175): das durch die bedingte Willenserklärung sofort erzeugte Verhältniß bleibe das gleiche, nur sein Inhalt wechsle. Dabei wird von Scheurl und Jhering ausdrücklich auf die Analogie des concipierten, noch nicht geborenen Kindes verwiesen, und auch bei Köppen findet sich diese Vorstellung (S. 199). Ich sehe in diesen Auffassungen den Ausdruck des richtigen Gedankens, daß mit der bedingten Willenserklärung der wesentliche Grund für das zu erzeugende Verhältniß gelegt sei; als eine Förderung der Erkenntniß des Wesens des sofort stattfindenden Zustandes erscheinen sie mir nicht. Vgl. auch Karlowa S. 109. Jhering verwendet zur Bezeichnung dieses Wesens die Kategorie des H. mit bloß passiver Wirkung, deren näherer Inhalt denn doch auch wieder die Gebundenheit (der Person oder Sache) ist. Vgl. § 65^o. Gegen die in dieser Note bezeichneten Auffassungen Enneccerus S. 386 fg. Enneccerus selbst läßt aus dem bedingten obligatorischen Vertrag sofort eine „pendente“ Obligation entstehen. Pendentz: der Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung entscheidet, ob die Obligation eine vollwirksame war oder ein rickiges Nichts. Außer auf obligatorische Verträge wendet E. die Kategorie der Pendentz

die Erfüllung der Bedingung von der Willkür des bedingt Belasteten abhängt¹⁴. Wenngleich derselbe die Erfüllung der Bedingung verhindern kann, so ist er deswegen nicht weniger für den Fall der Erfüllung der Bedingung gebunden, und kann seinem Gegner die ihm für diesen Fall eröffnete Aussicht nicht entziehen¹⁵.

[Nach § 89. ist die Wirkung des bedingten Rechtsgeschäfts während des Zustandes der Ungewißheit, ob die Bedingung eintreten wird oder nicht, (Schwebezeit (§ 160. 161)) nicht vorhanden, denn es ist bestimmt, daß die Wirkung des aufschiebend bedingten Geschäfts mit Erfüllung der Bedingung eintritt (168 Abs. 1), diejenige des auflösend bedingten mit dem gleichen Moment endigt. Während der Schwebezeit besteht aber rechtlich gesicherte Aussicht auf die Wirkungen, welche von der Bedingung abhängen. Diesen Zustand als bedingtes Recht zu bezeichnen, trägt das BGB. kein Bedenken (vgl. ob. § 43 S. 159). Im einzelnen gestalten sich die Wirkungen des Rechtsgeschäfts während der Schwebezeit in folgender Weise.

1. Der bedingt Berechtigte kann im Falle des Eintritts der Bedingung Schadensersatz verlangen, wenn der bedingt Belastete während der Schwebezeit

auch auf die Pfandbestellung an, auf andere Geschäfte nicht. [[Bekker II S. 340: bei bedingten Uebertragungen entsteht zwischen dem bedingt Berechtigten und dem bedingt Belasteten ein eigenthümliches an das Miteigenthum erinnerndes Gemeinschaftsverhältniß; keiner ist zur Zeit Alleinherr des R.]]

¹⁴ Für den Fall, wo die Erfüllung der Bedingung von der Willkür des bedingt Berechtigten abhängt, kommt in einer Constitution Justinian's (l. un. § 7 C. 6, 51) der Ausdruck *condicio potestativa* vor. Es ist kein Grund ersichtlich, warum dieser Ausdruck, wie gewöhnlich geschieht, auf diesen Fall beschränkt werden mußte, und nicht auch von dem Fall der Willkür des bedingt Belasteten sollte gebraucht werden können. Scheurl S. 87 fg.

¹⁵ Dieß leugnet die gemeine Meinung, indem sie den Satz aufstellt, daß die Bedingung der bezeichneten Art nicht zurückbezogen werde (§ 91). Gegen die gemeine Meinung haben sich erklärt: Troitsche 3 S. f. GR. u. Pr. XVIII S. 101—108, Schmidt das. R. F. VIII S. 381 fg., Wächter I S. 377 fg., Württemb. Privatr. II S. 702¹⁹, Regelsberger zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandr. (1859) S. 55 fg., bedingt Windscheid ACPr. XXXV S. 51—60. Ich trete jetzt dem unbedingten Widerspruch der genannten Schriftsteller bei. Daß l. 3 D. 20, 6 keine Schwierigkeit machen dürfe, ist von mir a. a. D. gezeigt worden s. auch § 93³. L. 11 § 2 D. 20, 4, l. 4 D. 20, 3, l. 11 pr. D. 20, 4, l. 9 § 1 eod. handeln sämmtlich nicht von (eigentlichen) Bedingungen; im Uebrigen s. über die erste Stelle § 242², über die beiden folgenden daselbst⁶. Bedenklich ist nur l. 9 § 1 cit.; aber eine einengende Auslegung, so daß die Stelle von einer auf das nackte Wollen gestellten Bedingung (§ 93) zu verstehen ist, erscheint hier ebenso gerechtfertigt, wie sie in l. 17 D. 45, 1 unbedingt nothwendig ist. Und die auflösende Bedingung 'nisi melior condicio allata fuerit', welche anerkanntermaßen die Verfügungen der Zwischenzeit unwirksam macht (l. 4 § 3 D. 18, 2, l. 3 D. 20, 6), kann ja ebenfalls ohne den Willen des durch ihre Erfüllung Verlierenden nicht erfüllt werden! Ebenso verhält es sich bei der *lex commissoria*. Uebereinstimmend Wendt S. 27 unt. Scheurl S. 215 fg. läßt zwar Gebundenheit eintreten, aber keine Rückwirkung, und will daraus l. 9 § 1 cit. erklären. Es. auch noch Exner Kritik des Pfandbegriffs S. 108²⁰⁰.

das von der Bedingung abhängige Recht durch sein Verschulden vereitelt oder beeinträchtigt (160 Abs. 1). Dieß bezieht sich nicht nur auf thatsächliche Maßnahmen des bedingt Belasteten, sondern auch auf rechtliche Verfügungen; denn gegen einen beeinträchtigenden oder vereitelnden Erfolg solcher ist der bedingt Berechtigte durch § 161 nur unvollkommen geschützt (unten 2). Das Verschulden des bedingt Belasteten muß ein solches sein, für welches er auch bei unbedingtem Recht seines Gegners haften würde; denn es ist nicht möglich, anzunehmen, daß Jemand, welcher bei unbedingtem Rechtsverhältniß nur für grobe Fahrlässigkeit einsticht, wie der Schenker (521), während der Schwebzeit einer Bedingung strenger haften sollte. Bei der auflösenden Bedingung kommen dieselben Sätze zu Gunsten dessen zur Anwendung, zu dessen Gunsten bei ihrem Eintritt der frühere Rechtszustand sich wieder herstellt (160 Abs. 2).

2. Hat Jemand unter einer aufschiebenden Bedingung über einen Gegenstand (eine Sache oder ein Recht) verfügt, so ist jede weitere in der Schwebzeit von ihm getroffene oder im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung oder durch den Concursverwalter erfolgte Verfügung über denselben Gegenstand insoweit unwirksam, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde. Bei einer auflösenden Bedingung ist die Wiederherstellung des früheren Rechtszustandes in derselben Weise gegen Verfügungen von seiten desjenigen geschützt, dessen Recht mit dem Eintritt der Bedingung endigt. Immer aber finden die Vorschriften zu Gunsten derer, welche Rechte von einem Nichtberechtigten ableiten, entsprechende Anwendung; es kann also z. B. durch Veräußerung an einen gutgläubigen Erwerber demjenigen, dem bedingt Eigenthum übertragen war, sein Recht vereitelt werden (161). Der bedingt Belastete ist dafür aber gemäß § 160 verantwortlich (vgl. ob. 1).

3. Daß die Stellung des bedingt Belasteten wie diejenige des bedingt Berechtigten auf ihre Erben übergehen, und daß Entsprechendes auch bei der auflösenden Bedingung gilt, kann keinen Zweifel leiden; auch bei bedingten letztwilligen Zuwendungen ist Unvererblichkeit auf Seiten des Bedachten nicht principieU statuiert, sondern es ist nur bei ihnen wie bei Erbverträgen (2074. 2279 Abs. 1) als Auslegungsregel aufgestellt, daß die Zuwendung im Zweifel nur gilt, wenn der Bedachte den Eintritt der Bedingung erlebt.

4. Sicherheitsleistung kann der bedingt Berechtigte oder derjenige, dem der Eintritt einer Resolutivbedingung zu Gute kommt, abgesehen von besonderen Gründen nicht verlangen. Dagegen hebt das Gesetz ausdrücklich hervor, daß für eine bedingte Forderung Bürgschaft (765 Abs. 2), Hypothek (1113 Abs. 2) und Mobilienverpfändung (1204 Abs. 2) möglich sind.]

cc. Zustand nach Erfüllung der Bedingung.

aa. Ueberhaupt.*

§ 90.

Mit der Erfüllung der Bedingung tritt die Willenserklärung, welcher sie hinzugefügt worden ist, in volle Wirksamkeit, und erzeugt

*) [Dernburg I § 111. 112, Hölder S. 262 fg., Wendt § 56, Regelsberger I § 156, Brinz-Votmar IV § 544. 545.]

man die beabsichtigte rechtliche Wirkung. Bei der auflösenden Bedingung ist diese Wirkung Wiederaufhebung der durch die Hauptwillenserklärung geschaffenen Rechtswirkung. Und zwar wird mit Eintritt der auflösenden Bedingung diese Rechtswirkung direct aufgehoben; es wird dadurch nicht bloß eine Verpflichtung des bisher Berechtigten zur Wiederherstellung des früheren Zustandes begründet¹. Obgleich die Parteien auch dieß gewollt haben können²; aber dann liegt eben keine auflösende Bedingung vor³. Es ist jedoch hinzuzufügen, daß

¹ L. 41 pr. D. 6, 1, l. 13 pr. D. 13, 7, l. 4 § 3 D. 18, 2, l. 8 D. 18, § 90. 3, l. 31 D. 20, 1, l. 3 D. 20, 6, l. 29 D. 39, 6, l. 4 C. 4, 54. Gegen die das Gegentheil behauptende Abhandlung Rießler's (3C. f. CR. u. Pr. II S. 1 fg. 270 fg. [1829]) s. namentlich Bangerow I § 96 Anm. In der neueren Zeit ist der Widerspruch wieder aufgenommen worden. J. Engelmann der Rückfall des Eigenthums im r. R. (1868). Czjhlarz zur Lehre von der Resolutivbedingung S. 23 fg. (1871). Schulin über Resolutivbedingungen und Endtermine S. 80 fg. (1875). Abides a. a. D. S. 44 fg. Diese Schriftsteller leugnen übereinstimmend die directe Wirkung bei der Eigenthumsübertragung, von anderen Verhältnissen spricht Engelmann nicht, die drei anderen Schriftsteller wollen nach der Natur der einzelnen Verhältnisse unterscheiden. Dagegen Karlowa a. a. D. S. 97 fg., ferner Wendt Neuverträge S. 134 fg. Pand. S. 149 (welcher Schriftsteller übrigens in den oben citirten Stellen, soweit sie von einem Rücktrittsr. handeln, eine auflösende Bedingung nicht ausgedrückt findet, vgl. II § 323⁴), theilweise Beckmann Kauf II S. 497 fg. (vgl. aber auch § 86⁵ z. N.). Vgl. noch Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 543 fg. 569 fg., Leist Fortf. v. Glück Büch. 37 u. 38 IV S. 403 fg. Die Bestreitung der directen Wirkung der erfüllten auflösenden Bedingung beruft sich namentlich darauf, daß nicht der nackte Vertrag, sondern nur die Tradition, Eigenthum zu verleihen im Stande sei. Aber der Thatbestand, auf Grund dessen derjenige, an welchen bei erfüllter auflösender Bedingung das Eigenthum zurückfällt, jetzt wieder Eigenthümer ist, ist nicht der in der Setzung der Bedingung mit dem Erwerber abgeschlossene Vertrag, sondern derjenige Thatbestand, auf Grund dessen er früher Eigenthümer war, und der mit dem Erwerber abgeschlossene Vertrag hat nur die Bedeutung, daß auf Grund desselben die Abordnung jenem anderen Thatbestand erneute Wirkung verleiht. Der Rückwerber ist so wenig Knachfolger des bisherigen Eigenthümers, wie im Fall der Eigenthumsübertragung unter einer aufschiebenden Bedingung bei erfüllter Bedingung der Erwerber Knachfolger desjenigen ist, an welchen während schwebender Bedingung das Eigenthum übertragen worden ist.

² L. 12 D. 19, 5, l. 3 C. 4, 54 (vgl. übrigens in Betreff dieser Stelle auch Karlowa a. a. D. S. 182). Im einzelnen Fall zu bestimmen, was wirklich gewollt sei, kann große Schwierigkeit machen; die gebrauchten Ausdrücke geben nicht immer einen sicheren Anhalt. Vgl. l. 29 D. 39, 6, l. 2 C. 4, 6.

³ Genauer gesprochen: dann liegt nicht ein bebingtes Wollen der Auflösung, sondern ein bebingtes Wollen einer (vom Gegner abzugebenden) auflösenden Willenserklärung vor. Die Quellen sind im Ausdruck nicht so genau; sie sprechen von einem negotium quod resoluitur sub condicione keineswegs bloß da, wo mit einem gewissen Umstande directe Auflösung der bisher bestehenden Wirkung eintritt, so z. B. l. 1 D. 39, 5. Fitting 3C. f. HR. II S. 242—251.

das römische Recht die bezeichnete Wirkung der auflösenden Bedingung nur zögernd und widerwillig anerkannt hat⁴.

[Nach § 68. tritt mit dem Eintritt der aufschiebenden Bedingung die Wirkung des Rechtsgeschäfts ein; mit dem Eintritt der auflösenden Bedingung erbigt sie und tritt der frühere Rechtszustand von selbst wieder ein. (158)].

§§. Hat die erfüllte Bedingung rückwirkende Kraft?

§ 91.

In dieser Beziehung ist zu unterscheiden zwischen der aufschiebenden und der auflösenden Bedingung.

Die erfüllte aufschiebende Bedingung hat der Regel nach rückwirkende Kraft nicht, d. h. es wird nach ihrer Erfüllung der Regel nach nicht so gehalten, als wäre die nun eintretende rechtliche Wirkung bereits zur Zeit der Abgabe der Willenserklärung vorhanden gewesen. Der Grund dieses Satzes ist der präjuntive Wille des Urhebers der bedingten Willenserklärung; es ist im Zweifel anzunehmen, daß derjenige, welcher will, daß ein gewisser rechtlicher Erfolg für

⁴ Das r. R. ist offenbar von der Anschauung ausgegangen, daß der Wille über die einmal gesetzte rliche Wirkung keine Macht mehr habe. L. 44 § 2 D. 44, 7: „*Conditio vero efficax est, quae in constituenda obligatione inseritur, non quae post perfectam eam ponitur, veluti: 'centum dare spondes, nisi navis ex Asia venerit'?*“ Deswegen erklärte es entweder die auflösende Bedingung für unwirksam, oder es ließ durch sie die Hauptverfügung selbst ungültig werden, oder es ließ aus ihr gegen den Willen des Verfögenden nur indirecte obligatorische Wirkung entstehen, l. 15 § 4 D. 29, 1, Vat. Fr. § 283 [[Ist dort zu lesen ad te statt ad tempus? Erman Sav.-ZS. XI S. 223². Pfüger ACpra. LXXVIII S. 401 fg. Pernice Labeo III S. 92.]] [s. auch unt. § 96⁴] l. ult. C. 6, 37, l. 55 D. 30, l. 44 § 2 (cf. § 1) D. 44, 7, l. 54 § 4 l). 45, 1, § 3 I. 3, 15, l. 4 pr. D. 8, 1 (welche Stellen zwar zum Theil nur von der auflösenden Befristung reden, aber auf die auflösende Bedingung einen sicheren Schluß erlauben). Vgl. Degenkolb Platzr. und Miethe S. 154 fg. 197 fg. Von der anderen Seite hat das r. R. doch in einzelnen Fällen directe Wirkung der auflösenden Bedingung allerdings anerkannt; s. außer den Stellen in Note¹ noch l. 12 § 1 C. 3, 33, und vergl. was die auflösende Befristung angeht: l. 12 pr. eod., Vat. Fr. § 48. 52, l. 6 D. 33, 2, l. 16 § 2 D. 10, 2, l. 6 pr. D. 20, 6, l. 2 C. 8, 54 [55], l. ult. C. 6, 37. In dieser Weise erscheint die directe Wirkung der auflösenden Bedingung als das Resultat der Entwicklung des r. R., und so dürfen wir dieselbe heutzutage, vorbehaltlich ausnahmsweiser Behandlung besonderer Rechtsgeschäfte, z. B. der Erbesetzung, überall da eintreten lassen, wo der Wille unzweifelhaft auf sie gerichtet ist. Vgl. Savigny III S. 127, Windscheid Voraussetzungen S. 149—152, Fitting ZS. f. HR. II S. 261—268, Goldschmidt das. VIII S. 242²⁷, Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 537 fg. (mit eigenthümlicher Auffassung der historischen Entwicklung), Köppen das. XI S. 190 fg., Scheurl S. 232 fg., Wendt S. 110 fg.

den Fall einer gewissen Gestaltung der Verhältnisse eintrete, zu gleicher Zeit wolle, daß dieser Erfolg erst dann eintrete, wann sich die verlangte Gestaltung der Verhältnisse entschieden habe; mit anderen Worten, es ist anzunehmen, daß die Bedingung in dem Sinne des sie Setzenden zugleich eine Befristung enthalte. Aber es ist dieß auch nur im Zweifel anzunehmen, das Gegentheil also nicht bloß dann, wenn eine ausdrückliche Erklärung dafür vorliegt, sondern auch dann, wenn die Umstände eine solche Auslegung der bedingten Willenserklärung gebieten¹.

¹ Die Frage, ob der erfüllten Bedingung rückwirkende Kraft zukommt oder § 91. nicht, ist eine der meist besprochenen Fragen des Pandektenr. Seitdem sie durch meine im Folgenden benannte Schrift zuerst wieder angeregt worden ist, hat sie schon eine lange Geschichte. Da es nicht ohne Interesse ist, ihre Entwicklung zu verfolgen, gebe ich hier, wie es auch schon in den bisherigen Auflagen dieses Lehrbuchs geschehen ist, das in den vorhergehenden Auflagen über sie Gesagte unverändert wieder. 1) (1. Aufl.) Das im Text Gesagte ist näher ausgeführt in folgender Schrift: Windscheid die Wirkung der erfüllten Bedingung, Basel 1851. Die herrschende Meinung stimmt damit nicht überein; sie behauptet umgekehrt, daß von der Rückwirkung als Regel ausgegangen werden müsse. Jedoch gibt man zu, daß in Betreff der Erfordernisse der Gültigkeit der Willenserklärung in unseren Quellen nicht auf die Zeit ihrer Abgabe, sondern auf die Zeit der Erfüllung der Bedingung gesehen werde (l. 14. 31 pr. D. 46, 2, l. 8 pr. D. 18, 6, l. 3. 4 D. 34, 7, l. 41 § 2 D. 30, l. 31. 98 pr. D. 45, 1. [(7. Aufl.) s. übrigens auch l. 26 D. 45, 3]), und von bewährten Schriftstellern wird ein Unterschied gemacht zwischen Existenz und Ausübung des R. und gelehrt, daß die Rückziehung eben nur in Betreff jener, nicht aber auch in Betreff der letzteren eintrete (Bangerow I S. 164—166 in der 6. Aufl., Wächter Würtemb. Privatr. II S. 708—710, vgl. l. 15 § 6. l. 24 § 1. l. 88 § 3 D. 35, 2, l. 19 [18] pr. l. 34 [33] D. 36, 1, l. 16. D. 40, 7, l. 3 C. 7, 4). Neuerdings hat dann Fitting über den Begriff der Rückziehung S. 33—45, (bestimmend Scheurl fr. Uebersch. V S. 29 fg., Bangerow II § 436) den Nachweis geführt, daß bei bedingten Vermächtnissen überhaupt die Rückziehung wegfalle; Fitting fügt zwar den unklaren Vorbehalt hinzu „in Beziehung auf den Erwerb“, vgl. aber außer den zuvor und in § 89^o genannten Stellen l. 1 C. 4, 14, l. 6 D. 40, 4, l. 7 § 18 D. 2, 14, l. 12 § 5 D. 7, 1, l. 17 D. 7, 4, l. 41 D. 35, 1, l. 11 § 4 D. 44, 2, l. 13 § 8 D. 46, 4, l. 27 pr. D. 40, 9, l. 20 D. 28, 2. In der jüngsten Zeit will derselbe Schriftsteller die Rückwirkung auch bei der bedingten Eigentumsübertragung nicht mehr anerkennen, und gesteht, daß ihm in Betreff der Rückwirkung bei bedingten Forderungen Zweifel entstanden seien (36. f. 58. II S. 255⁷⁹), so daß er eigentlich als Vertheidiger der Rückwirkung nicht mehr angesehen werden kann, vgl. auch dens. ACpra. XXXIX S. 333. Auch Bangerow in der 7. Aufl. S. 142 fg. gibt die Rückwirkung im Principe ganz, und in der Anwendung für die dinglichen Rechte (mit Ausnahme des Pfandr.) auf, und Arndts, welcher sich bereits in der 4. Aufl. sehr vorsichtig ausgedrückt hatte, lehrt seit der 5. (§ 71⁴), daß sich eine „Rückwirkung im strengen Sinn“ weder bei Abgeschäften unter Lebenden noch bei Verfügungen auf Todesfall behaupten lasse. Vielleicht trägt es zur Versöhnung der streitenden Ansichten bei,

wenn mit Energie darauf hingewiesen wird (vgl. Fitting Begriff der Rückziehung S. 118, Windscheid Heibel. fr. ZS. IV S. 88), daß auch nach Erfüllung der Bedingung der eigentliche Grund der nun eintretenden rlichen Wirkung nicht die jetzt erfüllte Bedingung, sondern die damals abgegebene Willenserklärung ist, daß jene dieser Kraft verleiht. Will man dieß unter Rückwirkung der erfüllten Bedingung verstehen, so ist gegen dieselbe nichts einzuwenden, und in diesem Sinne ist sie von mir nie gelehnet worden; nur muß man dabei jeden Gedanken daran aufgeben, daß nach Erfüllung der Bedingung der Zustand der Zwischenzeit rückwärts anders bestimmt werde, als er während des Schwehens der Bedingung bestimmt gewesen ist. Mehr als das Gesagte lehrt im Grunde auch der neueste Bertheidiger der Rückwirkung, Unger II S. 70 fg. (vgl. auch österr. Erbr. § 16²⁰), nicht, und so verstanden ist die Rückwirkung denn freilich von dem Willen der Parteien unabhängig (Fitting Begriff der Rückziehung S. 54²⁰, Unger S. 75, vgl. Windscheid in der Heibel. fr. ZS. IV S. 89 ob.). Und mehr ist auch in den Stellen nicht enthalten, auf welche man sich für die Rückziehung be- ruft, l. 8 pr. D. 18, 6, l. 16 D. 46, 3, l. 11 § 1 D. 20, 4 (vgl. zu der letzteren Stelle l. 8 pr. D. 1⁴, 1), f. Windscheid Wirkung der erfüllten Bedingung S. 14—21 (über l. 72 D. 46, 1 das. S. 15. 16). Heibel. fr. ZS. S. 44—47. Daß die rlichen Folgen, welche sich aus der durch die bedingte Willenserklärung geschaffenen Gebundenheit vollständig erklären, keinen Beweis für die Rückwirkung enthalten, versteht sich von selbst. 2) (2. Aufl.) Gegen die Rückwirkung hat sich auch mit Energie Schönemann in dem in § 86¹ genannten Aufsatz ausgesprochen; ferner Förster Preuß. Privatr. I S. 169. 170, und die Inauguraldissertation von A. v. d. Leyen de effectu condicionis existentis (Berlin 1865). Für die Rückwirkung neuerdings Römer bedingte Revocation S. 73—84 (über l. 16 D. 46, 3 f. denf. a. a. D. S. 297 fg.). 3) (4. Aufl.) Seitdem das Vorstehende in der zweiten Auflage geschrieben wurde, haben sich ferner gegen die Rückwirkung erklärt Eisele ACPr. L. 14. 15 (1867), Wendt S. 96 fg., und auch Fitting hat sie jetzt für das Justinianische R. ganz aufgegeben, während er für das classische R. eine Meinungsverschiedenheit der römischen Juristen annimmt (in seiner Schrift über das castronoe peculium S. 265¹ [1871]). Im Princip erklärt sich gegen die Rückwirkung auch Hartmann in der Recension der Scheurl'schen Schrift über die Nebenbestimmungen, fr. ZS. XIII S. 513 fg. (1871), und mit Ausnahme bedingter Versprechen Fhering Jahrb. f. Dogm. X S. 528¹⁰. S. 537. 540 (1870). Dagegen sind für die Rückwirkung wieder eingetreten Scheurl S. 15 fg. 192 fg. (welcher aber die Vermächtnisse ausnimmt), Brinz 1. Aufl. S. 1447 fg. (ebenso), Rypen Jahrb. f. Dogm. XI S. 169 fg. 180 fg. 195 fg. und in der Schrift über den Frucht- erwerb des bonae fidei possessor S. 27 fg. (auch bei Vermächtnissen), Dern- burg Preuß. Privatr. I § 89 (ebenso). Die drei zuerst genannten Schriftsteller machen geltend, daß die Bedingung als solche kein Zeitmoment in sich trage, was ja eben die Frage ist: erklärt nicht derjenige, welcher die Wirkung seiner Willenserklärung von einer erst der Zukunft angehörigen Thatsache abhängig macht, eben damit, daß diese Wirkung erst in der Zukunft eintreten soll? Scheurl betont den Unterschied zwischen Rückwirkung in dem Sinn, daß die zur Zeit des Ein- tritts der Bedingung eingetretene rliche Wirkung als eine in dieser Zeit entstandene in die frühere Zeit zurückübertragen wird, und Rückwirkung in dem Sinne (Rück- ziehung, wie Scheurl sagt), daß angenommen wird, die Willenserklärung habe gleich von Anfang an wie eine unbedingte gewirkt. Versteht man mit Scheurl die Rückwirkung im ersten Sinne, so fällt weg gegen sie das Argument, welches

Dagegen ist bei der auflösenden Bedingung umgekehrt im Zweifel anzunehmen, der Urheber der Willenserklärung habe gewollt, daß mit der Erfüllung der Bedingung die eingetretene rechtliche Wirkung rückwärts wieder aufgelöst, und somit als nie eingetreten angesehen

aus der Thatsache entnommen wird, daß die Gültigkeit der Willenserklärung nicht nach der Zeit ihrer Abgabe, sondern nach der Zeit der Erfüllung der Bedingung beurtheilt wird. Eine besondere Auffassung der Rückwirkung auch bei Köppen a. a. O. Beachtenswerthe Gedanken bei Hartmann a. a. O. a) Ist die Frage, vorausgesetzt daß das Rechtsverhältniß bei schwebender Bedingung richtig gefaßt wird, praktisch so sehr wichtig? b) Muß und kann sie allgemein entschieden werden? Können nicht die Einzelfragen aus dem Parteiwillen oder aus anderen Momenten her jede für sich verschieden zu entscheiden sein? c) Vermag der Parteiwille dingliche Rückwirkung zu begründen? [[Dagegen auch Hölder S. 265.]] Auf diesen letzteren Punkt habe ich schon seit längerer Zeit in meinen mündlichen Vorträgen aufmerksam gemacht, und vgl. auch unten ³ und Text dazu. 4) (5. Aufl.) Seit der 4. Auflage (die dritte war ein im Wesentlichen unveränderter Abdruck der zweiten) haben sich über unsere Frage geäußert Schulin (§ 90¹) S. 32 fg., Adickes a. a. O. S. 91 fg., Karlowa a. a. O. S. 76 fg. Schulin gibt zu, daß ein, wie er sich ausdrückt, mit Bedingung combinirter dies häufiger vorkomme, als eine „reine“ Bedingung, und nimmt für die letztere rückwirkende Kraft in Anspruch auf Grund der § 86^a Ziff. 2. b bezeichneten Auffassung. Dagegen weisen Adickes und Karlowa die Idee der Hereinziehung einer Befristung zurück, und leugnen die rückwirkende Kraft der erfüllten Bedingung, soweit sie dieselbe leugnen, aus dem Grunde, weil erst mit der Erfüllung der Bedingung sich der rechterzeugende Thatbestand vollende. Vollständig wird die rückwirkende Kraft geleugnet von Adickes, während Karlowa sie behauptet für das, was er „Existenz des Geschäfts“ nennt (§ 82^a), und da er das Wesen dieser „Existenz“ in der „Gebundenheit“ der Parteien sieht, auch für die Wirkung des obligatorischen Geschäfts. 5) (6. Aufl.) Wächter hat in den Pandekten I S. 384 fg. 391 fg. seine Ansicht (s. Nr. 1) festgehalten. Ebenso Förster-Eccius I S. 194 fg. [jetzt S. 178 fg.] und Dernburg Pand. I § 111 in Verb. mit § 182. Vgl. jetzt noch Pfaff und Hofmann Commentar zum österr. Gesetzbuch II S. 553 fg. (6) (7. Aufl.) Eine geschichtliche Entwicklung nimmt an Lunge der servus fractuarius S. 65 fg. Enneccerus bestreitet nicht, daß in der Bedingung im Zweifel eine Befristung enthalten sei (S. 192 fg.), läßt aber aus dem obligatorischen Vertrag sofort eine befristete Obligation entstehen, nur eine pendente, so daß erst durch die Erfüllung der Bedingung sich herausstelle, daß von Anfang an eine (befristete) Obligation bestanden habe. Dem obligatorischen Vertrag stellt E. die Pfandbestellung gleich. S. 307 fg. 490 fg.] — Was condiciones iuris angeht, s. d. guten Bemerkungen von Enneccerus über Begriff und Wirkung der Suspensivbedingung S. 126 fg. (gegen Eisele S. 278 fg., Scheurl S. 194), dann wieder Wendt das bebingte Forderungsgr. S. 18 fg., zuletzt Adickes S. 111 fg. Vgl. auch Fitting ACPr. XXXIX S. 313 fg., Hasenöhrl österr. Obligationenr. I § 38¹⁶ AB. II S. 141 fg. (in jeder aufschiebenden Bedingung liegt im Zweifel eine Befristung). [[Bekker II § 116 Weil. II: es ist falsch, daß aus dem Begriff der Bedingung Rückziehung folge; sie kann gewollt sein, aber auch nicht. B. will auch nicht, daß gesagt werde, in der Regel trete Rückziehung ein oder nicht.]] [Wendt S. 147 fg., Hölder S. 264 fg., Regelsberger I § 156 S. 573 fg.]

werden solle. Der erfüllten auflösenden Bedingung kann im Sinne des Urhebers der Willenserklärung im Zweifel keine andere Bedeutung beigelegt werden, als der vereitelten aufschiebenden; für den Fall der Vereitelung der aufschiebenden Bedingung aber ist gar keine rechtliche Wirkung gewollt². Von der anderen Seite läßt sich aus unseren Quellen nicht nachweisen, daß das römische Recht diesem auf die Rückwirkung der erfüllten auflösenden Bedingung gerichteten Willen eine andere als obligatorische Wirkung zugestanden habe. So bleibt also auch nach Erfüllung der auflösenden Bedingung der Zustand der Zwischenzeit an und für sich in derselben Weise rechtlich bestimmt, wie er vom Anfang an bestimmt gewesen ist, und es entsteht nur für den durch die Auflösung der Bedingung Verlierenden die Verpflichtung, den Gegner in denjenigen Zustand zu versetzen, in welchem derselbe gewesen sein würde, wenn die nun aufgelöste rechtliche Wirkung nie für ihn eingetreten wäre³.

[Das *§§* kennt keine dingliche Rückwirkung der erfüllten Bedingung, sondern nur eine obligatorische: die Parteien sind verpflichtet, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn die an den Eintritt der Bedingung geknüpften Folgen schon in dem Zeitpunkt eingetreten wären, auf den sie zurückbezogen werden sollen. Auch dieß tritt aber nicht von Rechtswegen ein, sondern nur, wenn es in dem Inhalt des Rechtsgeschäfts festgesetzt ist, gleichviel, ob die Bedingung aufschiebend oder auflösend ist (159).]

² Hiergegen darf auch nicht geltend gemacht werden, daß die auflösende Bedingung ja eigentlich eine aufschiebende sei, also keinen andern Sinn haben könne, als diese (Windscheid die Wirkung der erfüllten Bedingung *§* 24); denn auch die aufschiebende kann ja möglicherweise als rückwirkende gewollt sein, und warum sollte, was möglich ist, hier nicht wirklich sein? Ein positiver Beweis für die Rückwirkung liegt darin, daß nach Eintritt der auflösenden Bedingung die Früchte und jeder andere Gewinn der Zwischenzeit an den Rückverwerber herausgegeben werden müssen (Vat. Fr. *§* 14, l. 4 *§* 4. l. 6 pr. l. 16 D. 18, 2, l. 5 D. 18, 3, l. 11 *§* 10 D. 43, 24, l. 38 *§* 2. 3 D. 22, 1). Ein fernerer Beweis ist aus der Zusammenstellung der Erfüllung der auflösenden Bedingung mit der *redhibitio* (l. 19 D. 41, 3, l. 6 *§* 1 D. 44, 3), so wie aus l. 2 D. 18, 3 und l. 2 *§* 1. l. 3 D. 18, 2, zu entnehmen. Uebereinstimmend *Enneccerus* *§* 204.

³ Die in der vorigen Note angeführten Stellen geben dem Rückverwerber in Betreff des Gewinnes der Zwischenzeit lediglich einen obligatorischen Anspruch, und daß in anderer Beziehung dingliche Rückwirkung eintrete, ist nirgends gesagt. Auf das Unwirksamwerden der Verfügungen der Zwischenzeit darf man sich nicht berufen; dieselbe erklärt sich aus der in *§* 89 besprochenen Willensgebundenheit vollkommen. Auf der anderen Seite freilich ist auch nicht, wie *Fitting* *§* 8. f. *§* R. II *§* 257—259 glaubt, ein Gegenbeweis gegen die dingliche Rückwirkung aus l. 41 pr. D. 6, 1 (vgl. *Windscheid* *Heidelb. Tr. §* IV *§* 37) und l. 4 *§* 3 D. 18, 2 und l. 3 D. 20, 6 zu entnehmen (endigt ein *R.* deswegen

VI. Wann ist die Bedingung als erfüllt anzusehen?

§ 92.

Die affirmative Bedingung ist erfüllt, wenn dasjenige, was im Sinne und nach dem Willen des sie Setzenden wirklich sein oder werden soll, in der Weise, wie es wirklich sein oder werden soll, wirklich ist oder geworden ist. Die negative Bedingung ist erfüllt, wenn dasjenige, was im Sinne und nach dem Willen des sie Setzenden nicht wirklich sein oder werden soll, nicht wirklich ist beziehentlich es sicher geworden ist, daß es nicht wirklich sein wird¹. Welches der eigentliche Sinn und Wille des die Bedingung Setzenden sei, ist durch Auslegung zu bestimmen². Dabei werden in unseren Quellen be-

weniger, weil von nun an angenommen wird, es habe nie bestanden?). — Die herrschende Meinung schreibt der erfüllten auflösenden Bedingung rückwirkende Kraft schlechthin zu. Gegen dieselben haben sich erklärt W. Müller civil. Abhandlungen I S. 294. 308. 313 und Fitting JS. f. HR. II S. 255—259, indem sie jedoch nur die dingliche Rückwirkung, welche freilich allein eine eigentliche ist, bestreiten; f. ferner v. Scheurl fr. Uebersch. V S. 45, Unger II S. 78⁷⁰, Bangerow in der 7. Aufl. I S. 150, Arndts in der 5. Aufl. § 71⁶. Was ich selbst früher über die Frage gesagt habe (Wirkung der erfüllten Bedingung S. 23—30), ist insofern nicht genügend, als ich die lediglich obligatorische Wirkung der Rückziehung nur für den Erwerb der Zwischenzeit hervorgehoben habe. — So weit die erste Auflage. Seit derselben ist die dingliche Rückwirkung der erfüllten auflösenden Bedingung wieder verteidigt worden von Ezzharz und von Schulin in den § 90¹ genannten Schriften (1871) S. 64 und S. 37 fg., soweit diese Schriftsteller überhaupt dingliche Wirkung eintreten lassen. Scheurl (§ 86³) S. 238 fg. behauptet Rückwirkung, fügt aber hinzu, daß dieselbe nicht notwendigerweise dinglich sein müsse, und „namentlich“ in Beziehung auf den Gewinn der Zwischenzeit nur obligatorisch sei. Gegen die dingliche Rückwirkung haben sich erklärt: Adices S. 107, Karlowa S. 97 fg., Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 587 fg. (1870), Köppen das. XI S. 190 fg. (1871), Wendt S. 100. 110 fg. Pand. S. 149, auch gegen die obligatorische Jhering. Es kann daher jetzt nicht mehr gesagt werden, daß für die Rückwirkung schlechthin die herrschende Meinung sei. — Wendt S. 99. 100. 110 sieht in dem hier Gelehrten einen Widerspruch gegen das § 90 Gesagte. Ich nehme an, daß der Verfasser sich seitdem selbst darüber belehrt hat, wie unbegründet dieser Vorwurf ist.

¹ Es muß eine Thatfache eingetreten sein, durch welche die bisherige Möglichkeit § 92. seit der Verwirklichung ausgeschlossen wird. Scheurl S. 157 unt. L. 115 pr. § 1 D. 45, 1. Ist die Bedingung auf die Nichtvornahme einer Handlung gestellt, so wird sie in vielen Fällen erst mit dem Tode der betreffenden Person als erfüllt angesehen werden können, § 4 I. 3, 15, l. 73 D. 35, 1; vgl. aber auch l. 72 pr. § 1. l. 101 § 3. l. 106 D. eod.

² L. 19 pr. D. 35, 1. „In condicionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit condiciones“. L. 101 pr. eod. : — „cum in condicionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari oporteat“.

sondere Fragen hervorgehoben, so namentlich³ folgende. Wenn die Bedingung auf eine Handlung des bedingt Berechtigten gestellt ist, und demselben wird diese Handlung ohne seine Schuld unmöglich⁴, ist dann im Sinne des die Bedingung Setzenden von der Vollziehung der Handlung abzusehen, und auch ohne dieselbe die Bedingung als erfüllt anzunehmen? Man muß davon ausgehen, daß, wer eine Handlung verlangt, eben die Handlung verlangt, und nicht eine bloße Bereitwilligkeit zur Handlung; durch eine bloße Bereitwilligkeit zur Handlung kann also der Bedingung nicht genügt werden⁵. Wie aber, wenn derjenige, welcher handeln soll, wirklich thätig geworden ist;

³ Vgl. außerdem l. 129 D. 45, 1, § 11 I. 2, 14, l. 78 § 1 D. 35, 1; l. 101 § 1 eod.; l. 101 § 2 eod.; l. 11 § 11 D. 32, l. 15 D. 36, 2, l. 5 C. 8, 54 [55]; l. 68 D. 46, 3; l. 76 D. 35, 1, l. 51 § 1 D. 31; l. 2. 10. 11. 19 pr. l. 29. 68. 91 D. 35, 1, l. 45 § 2 D. 31, l. 8 [7] C. 6, 25, l. 115 § 2 D. 45, 1; l. 23. l. 44 § 8. l. 54 § 1. l. 56. l. 112 § 2 D. 35, 1, l. 7 [6] C. 6, 46, l. 13 pr. § 1. 2 D. 40, 4 (Ubbelohde die Lehre von den untheilbaren Obligationen S. 120. 121). Vgl. auch l. 5 § 4. l. 85 § 6 D. 45, 1, l. 25 § 13 D. 10, 2, l. 4 § 1 D. 45, 1 (§ *Cato*), und dazu Ubbelohde a. a. D. S. 124—143. Im Uebrigen: Mühlenbruch Forts. v. Glück XLI S. 229 fg., Mayer die Lehre von den Legaten und Fideicommissen § 36. 39, Bangerow II § 435 Anm. 1, Wendt S. 129 fg., [Dernburg I § 110, Wendt § 53, Hölder S. 257 fg., Regelsberger I § 154.]

⁴ Es ist also hier die Rede von der s. g. *condicio mixta*, d. h. derjenigen, deren Erfüllung nicht rein von dem Willen des Berechtigten (*cond. potestativa*), und nicht rein vom Zufall abhängt (*cond. casualis*). Diese Einteilung findet sich in l. un. § 7 C. 6, 51.

⁵ Die Regel des c. 66 in VI^o 5, 13 „cum non stat per eum, ad quem pertinet, quominus *condicio impleatur*, haberi debet perinde ac si impleta fuisset“, ist in dieser Allgemeinheit anerkanntermaßen falsch. Sie ist zwar aus dem r. R. entlehnt (l. 23 D. 28, 7), erhält aber hier ihre Correction durch die genauer redenden Stellen der folgenden Note. Vgl. Cf. III. 152. — Es hat keinen Sinn, wenn man lehrt (Mühlenbruch Forts. v. Glück XLI § 1462 im A., W. Sell Versuche II S. 214. 215. 227. 228), daß wenigstens bei potestativen Bedingungen der ernstliche Wille zur Erfüllung genüge; denn eine wirkliche potestative Bedingung kann durch Zufall gar nicht vereitelt werden. Versteht man aber unter potestativer Bedingung diejenige, bei welcher der eigentliche Wille des Erblassers nur auf die Bereitwilligkeit zur Erfüllung gerichtet ist, so hat man etwas sehr Wahres gesagt, aber auch etwas sehr sich von selbst Verstehendes. Vgl. Fr. Maassen civil. Erörterungen (1854) S. 3. 4. 20 fg. Ebenso wenig haltbar ist die von Anderen (W. Sell Versuche S. 172. 215—227, Mühlenbruch Forts. v. Glück XLI S. 221, mit selbst Voraussetzung S. 185¹⁰) aufgestellte Regel, daß (bei der *condicio mixta*) die Bereitwilligkeit zur Erfüllung wenigstens dann genüge, wenn sie zu einer Zeit, wo die Erfüllung der Bedingung noch möglich war, an den Tag gelegt worden sei. Als Regel (vgl. ⁶) darf es in keiner Wendung behauptet werden, daß der Wille desjenigen, welcher eine Handlung verlangt, auf Bereitwilligkeit zur Handlung gerichtet sei. Maassen a. a. D. S. 4

jedoch durch äußere von seinem Willen unabhängige Umstände verhindert wird, die verlangte Handlung zu Stande zu bringen? Hier findet sich für letztwillige Verfügungen anerkannt, daß damit dem Willen des Erblassers genügt sei; man kann dieß so ausdrücken: wenn derjenige, welchem die Handlung als Bedingung gesetzt ist, das Seinige gethan hat, um die Handlung zu Stande zu bringen, so gilt die Bedingung als erfüllt⁶. Jedoch beruht dieser Satz nur auf Willensauslegung; es darf angenommen werden, daß wahrscheinlich der Erblasser dieß gewollt habe⁷, aber es ist zuzugeben, daß in einem gegebenen Falle die Auslegung auch zu einem andern Resultate führen könne, und zwar sowohl dazu, daß der Wille des Erblassers auf die

⁶ In den Quellen wird dieser Satz für den Fall anerkannt, wo die als Bedingung gestellte Handlung nicht ohne die Mitwirkung eines Dritten vollzogen werden kann, und dieser Dritte seine Mitwirkung versagt. L. 5 § 5 D. 36, 2. „Item si qua condicio sit, quae per legatarium non stat quominus impleatur, sed aut per heredem, aut per eius personam, in cuius persona iussus est parero condicioni, dies legati cedit, quoniam pro impleta habetur“. Vgl. auch l. 78 pr. D. 35, 1. Beispiele: es soll Jemandem gegeben werden, er verweigert die Annahme; es soll eine gewisse Person geheirathet werden, sie verweigert die Eingehung der Ehe. Diese und andere Beispiele in l. 3. 11. 23 D. 28, 7, l. 14. 31. 40 pr. l. 84. 101 § 4 D. 35, 1, l. 30 § 5 D. 32, l. 13 pr. D. 33, 1, l. 1 C. 6, 25, vgl. l. 40 pr. D. 35, 1. Anders, wenn die betreffende Person vorher stirbt, so daß mit der Handlung gar nicht begonnen werden kann; hier kann man nicht sagen, daß der bedingt Berechtigte das Seinige gethan habe, l. 23 § 2 D. 9, 2, l. 31. 94 pr. l. 112 § 1 D. 35, 1. l. 20 § 3 D. 40, 7, l. 4 C. 6, 46. Daß die Handlung, welche unter Mitwirkung der dritten Person vollzogen werden soll, in deren Interesse vorgeschrieben sei, ist nicht erforderlich, und so ist die nach dem Vorgange von Savigny (III § 119) von Bielen (s. B. Puchta § 60, Sintenis I S. 176, Wächter I S. 380. Württ. Privatr. II S. 694, Arndts § 69, Brinz 1. Aufl. S. 1482 fg. [Brinz-Votmar IV § 543, 2.] im Wesentlichen auch Scheurl S. 160 fg.) aufgestellte Regel: daß die Bedingung als erfüllt gelte, wenn derjenige, auf dessen Vortheil die Erfüllung der Bedingung berechnet sei, darauf freiwillig verzichte, wenigleich richtig, zu enge; es ist auch in den Quellen keine Regel dieses Inhalts ausgesprochen, und namentlich nicht in l. 24 D. 35, 1 (s. ¹⁰). Es fragt sich aber, ob nicht wenigstens bei dem Satze stehen geblieben werden sollte, daß die Bedingung als erfüllt gelte, wenn die zur Erfüllung nötige Mitwirkung einer dritten Person versagt werde. Dieß ist die Ansicht von Maassen a. a. D. S. 5 fg., ebenso Mayer Lehre von den Legaten und Fideicommissen § 38, Wendt S. 147 fg., Pand. S. 138, Arndts § 69². Meiner Meinung nach aber darf in diesem Satze der Ausdruck der allgemeinen, im Text bezeichneten Regel gefunden werden. So auch Götting 3S. f. GR. u. Pr. R. F. I S. 315 fg. Vgl. noch Vangerow II § 435 Anm. 2, Unger österr. Erbr. § 16¹⁸.

⁷ L. 23 D. 28, 7. — „plerumque enim haec condicio 'si uxorem duxerit, si dederit, si fecerit', ita accipi oportet, quod per eum non stet, quominus ducat det aut faciat“. Vgl. übrigens auch Scheurl S. 174.

wirkliche Vollziehung der Handlung, als dazu, daß er auf die bloße Bereitwilligkeit zur Handlung gerichtet gewesen sei⁸. Was Verfügungen unter Lebenden angeht, so enthalten die Quellen keine Entscheidung der aufgeworfenen Frage, und es erscheint äußerst bedenklich, die im Vorstehenden bezeichnete Regel auf sie zu übertragen⁹. —

⁸ Die letztere Auslegung liegt ganz nahe, wenn auf die Nichtvollziehung der Handlung eine Strafe gesetzt ist, l. 6 pr. l. 101 pr. D. 35, 1. Wenn ferner als Bedingung das Bleiben bei einer gewissen Person gestellt ist, so ist hier unter Bleiben im Zweifel Nichtverlassen zu verstehen, so daß die Bedingung als erfüllt angesehen werden muß, auch wenn die betreffende Person gestorben ist oder stirbt, l. 20 pr. D. 33, 1, l. 13 § 1. l. 18 § 1. 2. l. 20 § 3 D. 34, 1, l. 84 D. 35, 1. (Gegen die Erklärung dieser Stellen aus der Begünstigung der Alimente spricht l. 10 pr. D. 33, 1. Vgl. l. 13 § 1 D. eod.). Auch l. 54 § 2 D. 30, deren gerades Gegenteil l. 23 § 2 D. 9, 2 enthält, wird man aus dem präsumtiven Willen des Erblassers erklären müssen, wenn man nicht zu der an und für sich wenig anmutenden und außerdem durch den Zusammenhang mit § 1 zurückgewiesenen Conjectur Savigny's (III S. 148): *mora statt mors* greifen will. Ferner gehört hierher l. 39 § 4 D. 40, 7 (*ex testamento!* vgl. l. 20 § 3 eod.), vielleicht auch l. 54 § 1 D. 30 und l. 28 pr. D. 35, 1, von denen wenigstens die erste (l. 54 § 1 D. 30) einen anderen Gesichtspunkt zu verfolgen scheint (vgl. § 2 eod.), als l. 72 § 4 D. 35, 1. (Die besondere Behandlung der Bedingung der Freilassung beruht nicht mehr auf Willensauslegung, sondern auf positiver Vorschrift [constitutum ius], Ulp. II. 6, l. 3 pr. l. 4 § 2. l. 20 § 3. l. 28 pr. D. 40, 7, l. 55 pr. D. 40, 4, l. 94 pr. D. 35, 1, l. 6 [7] C. 6, 46.) Vgl. auch Bangerow II § 435 Anm. 2 Nr. 2, Mayer Lehre von den Legaten und Fideicommissen § 38⁷, Scheurl S. 174 fg. Wendt S. 149 fg.

⁹ Doch kann die Frage aufgeworfen werden, ob nicht den letztwilligen Verfügungen die Schenkungen gleichzustellen seien, da dieselben gleich jenen eine Liberalität enthalten. Daß in der That diese Liberalität der Grund ist, warum bei letztwilligen Verfügungen eine freiere Auslegung gestattet wird, dafür enthält einen Beweis l. 7 D. 40, 5, welche in einem Falle, wo die letztwillige Verfügung eine Liberalität ausnahmsweise nicht enthält, den wirklichen Vollzug der Handlung verlangt. Zwar handelt die Stelle nicht von einer Bedingung, sondern von einer Voraussetzung; aber die Uebertragung ihrer Entscheidung auf die Bedingung ist erlaubt, nicht nur wegen der Verwandtschaft zwischen Voraussetzung und Bedingung im Allgemeinen, sondern auch speciell deswegen, weil, wo die letztwillige Verfügung eine Liberalität wirklich enthält, die Voraussetzung in der hier fraglichen Beziehung behandelt wird, wie die Bedingung (§ 100⁷). — Wenn aber gesagt wird, daß die im Texte aufgestellte Regel auf Willenserklärungen unter Lebenden nicht ohne Weiteres übertragen werden dürfe, so ist damit nicht ausgeschlossen, daß unter besonderen Umständen auch bei ihnen die Auslegung zu dem Resultate führen könne, daß nicht der wirkliche Vollzug der als Bedingung gesetzten Handlung gewollt sei, wie man denn namentlich in dem Falle, wo diese Handlung auf den Vortheil eines Anderen gerichtet ist, bei Verzicht desselben die Bedingung als erfüllt allerdings wird annehmen müssen. Es ist nicht glaublich, daß ihm der Vortheil habe aufgedrängt werden sollen. — Vgl. zu dem hier Gesagten Bangerow II § 425 Anm. 2 Nr. 1 a. E., Scheurl S. 168 fg.

Nicht auf Willensauslegung, sondern auf positiver Rechtsvorschrift beruht die Regel, daß die Bedingung als erfüllt anzusehen ist, wenn ihre Erfüllung unredlicherweise durch denjenigen gehindert wird, welcher an ihrer Nichterfüllung Interesse hat¹⁰.

[Nach dem **BGB.** ist es eine einfache Frage der Auslegung des Rechtsgeschäfts, was zur Erfüllung der Bedingung gehört. Das **BGB.** hat nur für letztwillige Verfügungen und Erbverträge die Auslegungsregel aufgestellt (2076. 2279), daß eine Bedingung, die den Vortheil eines Dritten bezweckt, im Zweifel als eingetreten gilt, wenn der Dritte die erforderliche Mitwirkung verweigert. Daß die Bedingung als eingetreten gilt, wenn ihr Eintritt von der Partei, zu deren Nachtheil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert wird, ist auch im **BGB.** bestimmt (162 Abs. 1). Das **BGB.** fügt aber auch den umgekehrten Satz hinzu, daß der Eintritt der Bedingung als nicht erfolgt gilt, wenn er wider Treu und Glauben von der daran interessirten Partei herbeigeführt wird (162 Abs. 2), ein Satz, der für das gemeine Recht ebenfalls in Anspruch genommen werden muß. Wann eine Einwirkung einer Partei auf den Ausgang der Bedingung wider Treu und Glauben ist, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab.]

γ. Besonderes in Betreff besonderer Bedingungen.

§ 93.

Wenn als Bedingung gesetzt wird, daß derjenige, dessen Willen durch die Willenserklärung unterworfen werden soll, die Unterwerfung wollen sollte, so wird sein Wille gar nicht unterworfen. Es tritt gegen ihn nicht nur diejenige Willensunterworfenheit nicht ein, welche

¹⁰ L. 161 D. 50, 17. „In iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem non impleri, fiat quominus impleatur, perinde haberi ac si impleta condicio fuisset“. Die l. 161 cit. (Ulpian) wiederholt in bestimmterem Ausdruck eine von einem früheren Juristen (Julian) herrührende Stelle, l. 24 D. 35, 1, in welcher daher zweifelsohne mit der *Vulgata non impleri* gelesen werden muß. Vgl. aber auch Bangerow I § 84, Scheurl S. 167. Außer den genannten Stellen s. noch l. 50 D. 18, 1, l. 85 § 7 D. 45, 1; Ulp. II. 5, l. 3 § 9 D. 12, 4, l. 66. 81 § 1 D. 35, 1, l. 5 § 5 D. 36, 2, l. 3 § 3. l. 38 D. 40, 7. L. 38 cit.: „Non omne ab heredis persona intervencions impedimentum statulibero pro expleta condicione cedit, sed id duntaxat, quod impediendae libertatis factum est“. Vgl. Wächter I S. 381. 382. *Württemb. Privatr.* II S. 694. 695, Mayer *Lehre von den Legaten und Fideicommissen* § 88¹. 2. § 89², Scheurl S. 163 fg. 171 fg, Wendt S. 143 fg., auch *Jhering Jahrb.* f. Dogm. X S. 463. Cf. IV. 97, X. 128, XXIII. 13, XXXII. 900, XXXVI. 9, XXXVI. 179 (Rö.), vgl. XXVIII. 104. *Budde Entscheidungen des OAG. zu Kostod VII S. 36—47.* [Der Satz des Textes findet nicht nur im Falle des Dolus Anwendung, sondern in allen Fällen, in denen die Handlung objectiv wider die Intention des Geschäfts verstößt, mag auch der Handelnde sich dessen nicht bewußt sein. Ueber eine Umkehrung des Satzes s. d. Bemerk. 3. **BGB.**]

die Willenserklärung als unbedingte zur Folge gehabt haben würde, sondern überhaupt keine; er ist in jeder Beziehung ungebunden. Die Willenserklärung ist also ohne alle rechtliche Bedeutung, sie ist rechtlich wie nicht geschehen; sie ist nichtig. Wird hinterher das Wollen der Unterwerfung ausgesprochen, so ist es diese neue Willenserklärung, welche die rechtliche Wirkung hervorruft, nicht die früher abgegebene. Dieß gilt in gleicher Weise von Willenserklärungen unter Lebenden¹ und von Todeswegen², von aufschiebenden und auflösenden

§ 93. ¹ L. 8 D. 44, 7, l. 17. 46 § 3. l. 108 § 1 D. 45, 1, l. 7 pr. D. 18, 1, l. 13 C. 4, 38. L. 46 § 3 cit. „Illam autem stipulationem, 'si volueris dari', inutilem esse constat“. L. 108 § 1 cit. „Nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit“. l. 7 pr. cit. . . „neque enim debet in arbitrium rei conferri, an sit obstrictus“. — Aber der obligatorische gegenseitige Vertrag wird dadurch nicht vollständig nichtig, daß der eine der Contrahenten sich unter einer solchen Bedingung verpflichtet hat. Dieser Contrahent ist zwar nicht gebunden, aber deswegen nicht auch der Andere nicht. Denn die Obligationen, welche ein solcher Vertrag erzeugt, sind nicht in der Weise von einander abhängig, daß die eine nicht ohne die andere be- oder entstehen könnte, sondern jede von ihm erzeugte Obligation besteht getrennt von der andern, nur kann keine der Parteien Erfüllung verlangen, ohne ihrerseits zu leisten, was sie versprochen hat (vgl. II § 321² -²² -²⁴. § 387³). In diesem Sinne wird namentlich die Gültigkeit des f. g. Kaufs auf Probe in den Quellen als durchaus unzweifelhaft behandelt, § 4 I. 3, 23. Savigny III § 117. i schießt in derselben eine „ganz einzelne Ausnahme“; ebenso, mit selbständiger Begründung, Beckmann Kauf II §. 226 fg. Andere haben nach anderen Wegen gesucht, um dieselbe mit der hier besprochenen Regel in Einklang zu bringen; es ist dieser Punkt eine Zeit lang auf das Lebhafteste verhandelt worden. S. Goldschmidt 3S. f. 58. I §. 226—279, Fitting das. II §. 226—240 und V §. 79 fg. ACPr. XLVI §. 260 fg., Unger 3S. f. 58. III §. 386 fg., Brinz 1. Aufl. §. 1469, [Brinz-Votmar IV § 589 zu²² fg.], Köppen Jahrb. f. Dogm. XI §. 386 fg., Scheurl §. 92. 216, Oijens koop en verkoop op de proef (Leiden 1872) p. 18 ff., und unten Note 4 u. 6. Enneccerus §. 274 fg., Ryf Lehre von den Schulverhältnissen §. 176 fg. Wie hier Arndts § 301², Oijens l. c. p. 34 ff., Wendt Neuberträge §. 78 fg., Puntschart die fundamentalen Verhältnisse des röm. Privatr. §. 187 fg., Cf. XXIX. 216. [Ferner vgl. Regelsberger I § 153, I, D. Dernburg I § 108 will unterscheiden den Fall, daß man einen künftigen Geschäftsabluß nur in Aussicht stellt und den anderen, daß man ein Geschäft schließt unter der Bedingung, „daß man dabei werde stehen bleiben wollen, insbesondere, daß uns die verkaufte Waare gefallen werde“; im letzteren Falle sei das Geschäft gültig. Diese Unterscheidung ist aber nicht klar genug, schon deswegen, weil die Bedingung „daß man dabei werde stehen bleiben wollen“ nach einem Rücktritt aussieht, während sie nach Dernburg's Meinung reine Suspensivbedingung sein soll. D. nennt es eine Auslegungsfrage, ob man sich bei der Verweisung auf künftige eigene Entschlüsse noch gar nicht binden, oder ob man sich bedingt binden will; das ist richtig; ein wesentlicher Punkt aber für diese Auslegung ist die Frage, welches der Inhalt des künftigen Entschlusses ist, auf den ich verweise. Die Uebnahme einer Verbindlichkeit unter der Bedingung, daß

Bedingungen^{2. 3a}. Auch das macht keinen Unterschied, ob die

man sich künftig eben hierzu entschließen werde, kann nichts weiter sein als ein Inauspflichtstellen, dagegen kann bei Verweisung auf einen Entschluß von anderem Inhalt möglicherweise ein Inauspflichtstellen künftiger Uebernahme der Verbindlichkeit und möglicher Weise eine bedingte Bindung vorliegen. Die Gültigkeit des Kaufes auf Probe ist m. E. für das r. R. in der neuerdings wieder von Enneccerus S. 277 fg. klar verteidigten Weise zu erklären: ein solcher Kauf steht nicht unter der Bedingung des Wollens des Käufers, sondern unter der, daß er dem Verkäufer erklären werde, die Waare gefalle ihm (auch nach Seite der Preiswürdigkeit). Das praktische Ergebnis eines solchen Geschäfts ist unter anständigen Leuten ein wesentlich anderes, als bei einem unter der Bedingung des Wollens des Käufers geschlossenen. Denn der Käufer kann reblicher Weise jene Erklärung, wenn sie der Wahrheit entspricht, nicht verweigern, um aus anderen Gründen sich dem Kaufe zu entziehen. Es ist auch für das r. R. nicht nachweislich, daß der Käufer rüchlich nach freiem Belieben in der Lage war, die Billigung zu verweigern. Das gemeine R., das HGB. (339) und das BGB. (495) geben ihm diese Befugniß. Man kann nun freilich trotzdem sagen, daß es etwas anderes ist, ob der Parteiwille das Geschäft in das freie Belieben eines Contrahenten stellt, oder ob das R. bei einem Geschäft, das die Parteien auf das Gefallen des Käufers an der Waare gestellt haben, diesem das freie Belieben des Käufers substituirt, weil es daran verzweifeln muß, das wirkliche Gefallen oder Nichtgefallen wirksam controliren zu können; danach wäre die Gültigkeit des Kaufs auf Probe immer noch kein stricter Beweis für die Gültigkeit eines gegenseitigen, von den Parteien in das Belieben eines Contrahenten gestellten Vertrages. Allein unter einem eingebürgerten R., welches den Kauf auf Probe als Kauf auf freies Belieben behandelt, wird auch die Parteiintention in zahlreichen Fällen auf nichts Anderes gerichtet sein, und ein R., welches einen zweiseitigen Vertrag als gültig anerkennt, den es selbst für einen Vertrag unter der Bedingung des Willens des einen Contrahenten erklärt, wird auch einen solchen als gültig anerkennen müssen, den die Parteien wirklich unter dieser Bedingung schlossen. Daher wird für das heutige R. die Gültigkeit des Kaufs auf Probe allerdings als Beweis für die allgemeine Gültigkeit gegenseitiger Verträge unter der Bedingung des Wollens eines Contrahenten angesehen werden müssen.]

² L. 43 § 2 D. 30, l. 11 § 7 D. 32, l. 46 § 3 D. 40, 5.

³ Ist daher einem Kaufvertrage die Bedingung hinzugefügt worden 'nisi emtori displicuisset res', und der Käufer macht hinterher von dem ihm eingeräumten Re Gebrauch, so werden dadurch die von ihm in der Zwischenzeit über die Sache getroffenen Verfügungen nicht unwirksam, l. 3 D. 20, 6. Der Käufer war (in Betreff der Wiederauflösung des Vertrags) gar nicht gebunden; die Sache fällt an den Verkäufer zurück nicht kraft der früheren Willenserklärung des Käufers, sondern kraft seiner jetzigen. Windscheid AGPr. XXXV S. 54. S. auch Scheurl S. 233 fg. Fitting JZ. f. H. II. S. 240 fg. nimmt an, daß eine solche Bedingung nur obligatorisch wirke (dagegen Scheurl S. 240), Dernburg Pfandb. I S. 215, daß sie sich nur auf den obligatorischen Vertrag, nicht auf die Tradition beziehe, Vangerow III S. 437 unt. in der 7. Aufl. mit den daselbst Genannten, daß der Käufer durch die über die Sache getroffene Verfügung sein Gefallen erkläre, Cypcharz zur Lehre von der Resolutivbedingung S. 60 fg., daß die Entscheidung der l. 3 cit. gegen die Resolutorik sei und sich nur aus der Anwendung der Grundsätze von der Redhibition erkläre (vgl. II § 387¹). Bloß

Bedingung ausdrücklich, auch den Worten nach, auf das Wollen, die Willkür, das Belieben desjenigen, dessen Wille unterworfen werden soll, gestellt ist, oder ob sie nur ihrem Sinne nach darauf geht⁴. —

obligatorische Wirkung nimmt auch Wendt a. a. O. S. 121 fg. an (welcher übrigens in dem pactum displicentiae eine Resolutivbedingung nicht sieht).

^{2a} Daß die auf das nackte Wollen gestellte Bedingung die Willenserklärung zu einer rüch bedeutungslosen mache, was im Uebrigen allgemein anerkannt wird, ist neuerdings bestritten worden von Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 245—254, abgesehen von Stipulation und Vermächtniß, für welche die Richtigkeit Special. sei. Köppen hat wie es scheint l. 7 pr. D. 18, 1 und l. 13 C. 4, 38 übersehen. Köppen zieht aus seiner Aufstellung die Consequenz, daß in dieser Weise die Form gewahrt und (nach dem Re der Rückziehung) dem Willen von einem früheren Zeitpunkt an, als der seines wirklichen Eintritts, Wirksamkeit gegeben werden könne.

⁴ Das Gegentheil behauptet Fitting (¹ a. G.); nach ihm soll nur dann Richtigkeit der Willenserklärung eintreten, wenn die Bedingung auch ihrem Wortlaute nach auf das reine Wollen des zu Bindenden gestellt sei. Fitting sucht in dieser Weise die Gültigkeit des Kaufs auf Probe zu rechtfertigen (¹); die dem Käufer vorbehaltene Erklärung gehe ihrem Sinne nach freilich darauf, ob er gekauft haben wolle, aber ihrem Wortlaute nach nur darauf, ob ihm die gekaufte Sache genehm sei. Ist das in Note ¹ Gesagte richtig, so ist die Schwierigkeit, welcher Fitting durch seine Annahme entgehen will, beseitigt. Unter den übrigen Argumenten, auf welche er sich beruft, scheinen mir ohne Gewicht l. 7 pr. D. 18, 1 (f. ^o a. G.) und l. 11 § 5 D. 32 (zwar die Verfügung des Erblassers: du sollst, wenn du nicht Nein sagst, enthält einen Widerspruch in sich selbst, aber keinen Widerspruch enthält die Verfügung: du sollst, wenn du nicht sofort Nein sagst), von geringem l. 69 [68] D. 28, 5, l. 52 D. 35, 1 (bei der Erklärung: der Sache nach kann das Vermächtniß auf den Willen gestellt werden, aber nicht der Form nach, kann unsere Auffassung sehr gut bestehen), von größerem l. 46 § 2 D. 45, 1. Aber auch in Betreff dieser Stelle ist zu erwägen, daß wer bloß das Wann in das Belieben des Verpflichteten stellt (die Stelle handelt von einer Stipulation mit der Hinzufügung: cum volueris), damit nicht das Ob von seinem Belieben abhängig gemacht haben will, und daß, wenn der Verpflichtete durch die fortwährende Berufung darauf, daß er jetzt noch nicht zu leisten brauche, sich praktisch allerdings zu einem Ungebundenen machen kann, er doch nach dem eigentlichen Willen des ihm die Verpflichtung Auferlegenden nicht ungebunden sein soll. Diesen eigentlichen Willen hat man bei Stipulationen gegenüber dem Wortlaut der Willenserklärung nicht zur Geltung bringen zu dürfen geglaubt; bei Fideicommissen hat man es gethan (l. 11 § 6 l. 41 § 13 D. 32), durch eine Interpretation, welche man dann freilich doch wieder consequent durchzuführen nicht den Muth gehabt hat (l. 11 § 6 cit. am Schluß). Jedenfalls halte ich die l. 46 § 2 cit. nicht für ausreichend, um zu dem Glauben an einen Cultus des Wortes zu bekehren, dessen innere Berechtigung mir durch die Ausführungen Fittings (3 S. V S. 148 fg. S. 273—275) nicht einleuchtender geworden zu sein scheint. Und das gerade hier, in der Lehre von Bedingung, Kauf, letztwilliger Verfügung! Was Stipulationen angeht, f. u. a. l. 41 pr. l. 81 pr. l. 45, 111 D. 45, 1. Gegen Fitting auch Unger österr. Erbr. § 57¹, Vangerow II § 432 Anm. Nr. 1, Wendt Neuverträge S. 64 fg., Bachmann Kauf II S. 214, Arnolds Fortf.

Anders ist es, wenn als Bedingung eine Handlung desjenigen gesetzt wird, dessen Wille unterworfen werden soll (genauer: eine andere Handlung, als die Erklärung des Wollens, daß die Willensunterwerfung eintreten solle), mag es auch ganz in seinem Belieben stehen, ob er diese Handlung vornehmen will oder nicht. Das Resultat ist zwar auch hier, daß die durch die Willenserklärung zu begründende Willensunterworfenheit nur dann eintritt, wenn er will; aber immerhin ist das Eintreten dieser Wirkung nicht davon abhängig gemacht, daß er dieses Eintreten, sondern davon, daß er etwas Anderes wollen sollte. Das Wollen dieses Anderen muß er unterlassen, wenn er nicht will, daß die rechtliche Wirkung eintreten soll; er ist nicht ungebunden. Die Willenserklärung ist daher in diesem Falle nicht nichtig; wenn hinterher das als Bedingung gesetzte Wollen eintritt, ist sie es, auf welcher die nun entstandene Wirkung beruht, und die Folgen der Willensgebundenheit treten sofort ein, wie bei jeder anderen bedingten Willenserklärung (§ 89 a. E.)⁵. Nur muß nicht die Bedingung des Handelns

2.H.5.130

v. Glüd XLVI S. 352—355, Oijens (¹) p. 23 fg.; für Fitting Dernburg Preuß. Privatr. I § 92, der aber den behaupteten römischen Satz nicht aus inneren Gründen rechtfertigen, sondern historisch erklären will (anders jetzt Pand. I § 108 (f. ¹)).

⁵ Der Beweis für das im Texte Gesagte ist enthalten einmal in der unbestrittenen Gültigkeit des Verprechens einer Strafe für den Fall eines Thuns oder Unterlassens, soann, was lehtwillige Verfügungen angeht, in l. 3 D. 31. „Si ita legatur 'heres dare damnas esto, si in capitolium non ascendorit', utile legatum est, quamvis in potestate eius sit, ascendere vel non ascendere“. Vgl. Fhering Jahrb. f. Dogm. X S. 300 fg. Schwierigkeit macht jedoch l. 43 § 2 D. 30 („Legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest“), indem nämlich hier, wenn die Stelle mit dem übrigen Inhalt der Compilation in Einklang stehen soll, unter voluntas Willkürhandlung verstanden werden muß, da nach l. 52 D. 35, 1 vgl. l. 69 [68] D. 28, 5, das Vermächtniß auf den bloßen Willen auch nicht eines Dritten gestellt werden kann. Die Stelle aus dem Verbote des legatum poenae nomine relictum zu erklären (vgl. Bangerow II § 432 Anm. Nr. 1), erscheint, namentlich auch wegen l. 2 D. 34, 6, sehr bedenklich. Viele nehmen an, daß der Verfasser der l. 43 § 2 cit., Ulpian, in Betreff der Zulässigkeit der Abhängigmachung eines Vermächtnisses von dem reinen Willen eines Dritten allerdings seine eigene Meinung gehabt habe, indem sie sich dafür noch auf l. 1 pr. D. 31 und l. 46 § 2 D. 40, 5 berufen, welche Stellen doch auch eine andere Erklärung gestatten (f. III § 633 ¹⁷). Vgl. Mayer Lehre von den Legaten und Fideicommissen § 31 ², ¹², Unger P.S. f. 58. III S. 339—404, Fitting das. V S. 199 ⁴⁴, S. 168 fg., Unger österr. Erbr. § 57 ². Von Anderen wird der im Text aufgestellte Satz ganz geleugnet, und die Behauptung aufgestellt, daß die auf eine Handlung des bedingt Verpflichteten gestellte Bedingung die Willenserklärung immer in gleicher Weise ungültig mache, wie die auf das bloße Wollen gestellte. Vgl. Sintonis I § 20 ⁴⁵,

(des Wollens von etwas Anderem) eine bloße Verkleidung des Wollens (des Wollens der rechtlichen Wirkung der Willenserklärung) sein; der Urheber der Willenserklärung muß das zur Bedingung gestellte Handeln als ein von selbständigen Erwägungen abhängiges, nicht als einen bloßen Ausdruck des Willens, daß die fragliche rechtliche Wirkung eintreten solle, angesehen haben⁶. Von der andern Seite ist es möglich, daß die Bedingung des Wollens ihrem wahren Sinne nach nicht sowohl auf die reine Willkür, als vielmehr auf das vernünftige und billige Ermessen geht; da dieses ein objectiv zu

Fitting 3S. f. 5R. V S. 120, 124, auch Gerber Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde zc. § 28—30, Wendi Neuverträge S. 64 fg. Im Allgemeinen: Glüd XXXIII S. 446 fg., Arndts Fortf. v. Glüd XLVI S. 355 fg.

⁶ Regelsberger zur Lehre vom Altersvortage der Pfandre § 17. Dawider Fitting 3S. f. 5R. V S. 124—126. 139. — Wie ist es, wenn als Bedingung nicht ein Handeln, sondern eine rein innerliche Bestimmtheit der betreffenden Person, z. B. ein Gefallen, ein Zufriedensein mit etwas gesetzt wird? Wird eine solche Bedingung ihrem Wortlaute nach genommen, so bringt sie in die Willenserklärung ebenso wenig einen Widerspruch, wie die Bedingung des Handelns, da sie auf etwas Anderes geht, als auf das Wollen der durch die Willenserklärung zu begründenden rlichen Wirkung. Eine andere Frage aber ist, ob sie ihrem Wortlaute nach genommen werden darf, ob sie nicht nach der Meinung des Urhebers der Willenserklärung als auf die keiner weiteren Controle unterliegende Erklärung des Gefallens, des Zufriedenseins, gerichtet verstanden werden muß, wie dieß gerade in Betreff der Bedingung *si placuerit* (*res emta*) gegen Unger 3S. f. 5R. II S. 7 fg. in Vertheidigung der herrschenden Meinung Fitting das. V S. 86 ausführt. Ist dieß der Fall, so ist die Bedingung in der Wirklichkeit auf das reine Belieben des zu Bindenden gestellt. In diesem Sinne ist auch zu verstehen l. 7 pr. D. 18, 1 (Verkauf eines Slaven, 'si rationes domini computasset arbitrio'; ist das arbitrium als reines arbitrium zu fassen, so kann der Herr zu jeder Zeit sagen, die Rechnung sei nicht gelegt, wie er wolle, selbst wenn er dieselbe ausdrücklich gut geheißen hat; wer weiß, ob er das nicht aus Mitleid, in Schenkungsabsicht zc. zc. gethan hat). — Scheurl S. 92. 216 ist der Meinung, daß die Bedingung *si placuerit* zwar auf das Gefallen des Käufers gehe, daß derselbe sich aber im Falle des Gefallens seiner Verbindlichkeit durch eine Lüge entziehen könne. Soll dieß heißen, daß der Beweis des Gefallens gegen ihn nicht möglich sei, so geht in der That die Bedingung nicht auf sein Gefallen, sondern auf seine Willkür. Auch l. 15 D. 28, 7, auf welche Stelle sich Scheurl beruft, kann hieran nichts ändern. Vgl. auch Wendi Neuverträge S. 62 fg., Bachmann Kauf II S. 217 fg., Enneccerus S. 277 [vgl. ob. 1]. — JGB. Art. 339. Vgl. II § 387⁶. [Wöllig zutreffend formulirt Enneccerus S. 285 über die ganze Frage: „Der Bestand einer Verpflichtung kann weder direct noch indirect in die bloße Willkür des Verpflichteten gestellt werden, war dieß die Meinung der Parteien, so ist eben damit die bindende Absicht ausgeschlossen. Wohl aber kann die Verpflichtung von einer wenigleich willkürlichen Handlung des Verpflichteten abhängig gemacht werden, sofern die Parteiabsicht dahin ging, daß die Gebundenheit auch dann eintreten soll, wenn die betreffende Handlung ohne den Verpflichtungswillen aus andern Gründen (selbständiges Motiv) vorgenommen wird.]

bestimmendes ist, so enthält sie dann eine Bindung des Willens, wie jede andere⁷.

Einen Widerspruch in die Willenserklärung bringen auch die s. g. perplexen (wider sinnigen) Bedingungen, d. h. diejenigen, welche eine Thatsache verlangen, mit welcher das Bestehen der gewollten rechtlichen Wirkung unverträglich ist; auch sie machen daher die Willenserklärung nichtig⁸.

[Das **§ 79** hat die in diesem § besprochenen Fragen absichtlich nicht geregelt. **E. I** hatte im § 188 bestimmt, daß eine Verpflichtung zwar von einer Willkürhandlung des Verpflichteten, nicht aber von seinem bloßen Willen abhängig gemacht werden könne; ein gegenseitiger Vertrag mit der Bestimmung, daß der eine Vertragsschließende an ihn nur gebunden sei, wenn er wolle, sollte nach § 79 für den anderen Vertragsschließenden bindend sein. Den § 79 strich die II. Commission aus folgenden Erwägungen: Der Hauptfall, welcher in Betracht komme, sei der des Kaufes auf Probe, welcher durch **E. I** § 471 besonders geregelt sei; aus jener Vorschrift werde sich das ihr zu Grunde liegende höhere Prinzip auch für andere gleichgeartete Fälle entnehmen lassen. Die allgemeine Vorschrift des § 79 sei nicht nothwendig, zumal die Rechtsprechung auch bisher ohne eine solche zu befriedigenden Ergebnissen gelangt sei; sie betreffe zudem eine wesentlich theoretische Constructionsfrage, welche besser der Wissenschaft und Praxis überlassen bleibe (Prot. S. 159 fg.). Der § 188 wurde ebenfalls gestrichen wegen seines doctrinären Charakters, und weil der Satz, daß eine Verpflichtung, die unter der Bedingung des Wollens des Verpflichteten eingegangen werde, unwirksam sei, nach Beseitigung des § 79 des Entwurfs bedenklich erscheine (Prot. S. 372 fg.). Diese Bedenklichkeit wird darin zu suchen sein, daß man aus § 188 ohne § 79 zu der Folgerung hätte kommen können, daß auch ein gegenseitiger Vertrag, gestellt auf das Wollen eines Contrahenten, nichtig sei, was trotz Streichung des § 79 der Intention der II. Commission nicht entsprach. Sachlich war vielmehr die II. Commission sowohl damit einverstanden, daß ein gegenseitiger Vertrag unter der Bedingung des Wollens eines Contrahenten gültig, wie damit, daß ein einseitig belastendes Rechtsgeschäft unter der Bedingung des Wollens des Belasteten nichtig sei. Für das erste wird man in der That in der Anerkennung des Kaufes auf Probe im **BGB**. (495 fg.) einen hinlänglichen Ausdruck erblicken

⁷ L. 7 pr. D. 18, 1, l. 75 pr. D. 30, l. 11 § 7 D. 32, l. 22 D. 40, 4, l. 41 § 4. l. 46 pr. § 3 D. 40, 5, l. 22 § 1 D. 50, 17. Fitting **3** S. f. **§ 81**. V S. 91—95. 141. Bgl. S. XXXIV. 286. [[XLV. 242]], **RG. I** S. 338 fg.

⁸ L. 16 D. 28, 7. „Si Titius heres erit, Seius heres esto; si Seius heres erit, Titius heres esto“. Iulianus inutilem esse institutionem scribit, cum condicio existere non possit“. L. 39 D. 40, 4. Bgl. l. 88 pr. D. 35, 2. Scheurl S. 281 fg. Fitting **ACPra.** LVI S. 423 fg. **E. A.** Seuffert **ACPra.** LXVIII S. 254 fg. [Regelsberger I § 153, I, C. Dernburg I § 107, 6. Bei der Resolutivbedingung würde folgerichtig durch die perplexen Bedingungen das auflösende Nebengeschäft nichtig; allein es wird regelmäßig anzunehmen sein, daß damit das Hauptgeschäft selbst fällt, weil die Parteien es als ein unauflösbares nicht gewollt haben.]

müssen, da das BGB. diesen Kauf im Zweifel als unter der aufschiebenden Bedingung der im Belieben des Käufers stehenden Billigung des gekauften Gegenstandes ansieht. (Vgl. ¹). Für die Nichtigkeit eines einseitig belastenden Acts unter der Bedingung des Wollens des Belasteten dagegen hat das Gesetz keinen Ausdruck; wer aber dieselbe mit der herrschenden gemeinrechtlichen Theorie für selbstverständlich hält, wird einen solchen auch nicht vermiffen.

Der I. Entw. (189) hatte auch die Bestimmung, daß ein Rechtsgeschäft nichtig ist, wenn ihm eine unverständliche oder eine widersinnige Bedingung beigelegt ist. Auch diese Bestimmung strich die II. Commission, weil sie sich, und zwar auch für die auflösende Bedingung, aus dem Wesen des bedingten Rechtsgeschäftes, „bei welchem die Bedingung mit dem Rechtsgeschäft untrennbar verbunden sei“ und aus § 114 des Entw. (BGB. 189) ergebe, während die Aufrechterhaltung der Bestimmung geeignet sei, den Gedanken des § 114 des Entw. zu verbunkeln (Prot. S. 373). Diese Verbunkelung hätte kaum in etwas anderem bestehen können, als darin, daß man vergessen hätte, wenn es die Parteien wollten, das Rechtsgeschäft als ein unbedingtes aufrecht zu erhalten. Im Uebrigen ist oben § 86 a. E. bemerkt, daß ein Theil des Rechtsgeschäftes im Sinne des § 139 BGB. nur die Resolutivbedingung genannt werden kann, daß aber auf die Analogie des § 139 auch die Gültigkeit eines eventuell gewollten unbedingten Geschäfts statt eines suspensiv bedingten gesetzt werden kann.]

§ 94*.

Unmögliche Bedingungen schließen ihrem Begriffe nach die Wirksamkeit der Willenserklärung sogleich definitiv aus (§ 87). Das römische Recht hat ihnen jedoch diese Wirkung nur bei Willenserklärungen unter Lebenden gelassen ¹; was Willenserklärungen von Todeswegen angeht, so ist die Ansicht durchgedrungen, daß bei ihnen unmögliche Bedingungen als nicht hinzugefügt anzusehen seien ². Die

* W. Sell die Lehre von den unmöglichen Bedingungen (Versuche im Gebiete des Civilt., 2. Theil, 1834). Mühlenthal Fortf. v. Glück XLI S. 79 fg., 130 fg. Mayer die Lehre von den Legaten und Fideicommissen § 33–35 (1854). Scheurl S. 262–299. [Dernburg I § 107, 1. 4. 5. 6. Hölder § 51, Regelsberger I § 153, I, A. B. C.

¹ § 11 I. 3, 19, 1. 9 § 6 D. 12, 1, 1. 1 § 11. 1. 31 D. 44, 7, 1. 7. 137 § 6 D. 45, 1, 1. 29 D. 46, 1.

² Gai. III. 98, § 10 I. 2, 14, 1. 16 i. f. D. 28, 3, 1. 20 pr. D. 28, 7, 1. 3. 1. 4 § 1 D. 35, 1. Gaius l. c.: — „legatum sub impossibili condicione relicto nostri praeceptores proinde valere putant, ac si ea condicio adiecta non esset; diversae scholae auctores non minus legatum inutile existimant, quam stipulationem. Et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest“. L. 3 cit. (Ulpianus). „Obtinuit, impossibiles condiciones testamento adscriptas pro nullis habendas“. Wie das zu denken sei, darüber Sell S. 38 fg., Mühlenthal S. 79 fg., Savigny III § 124, Mayer § 33 ¹⁰⁻¹¹. Fitting *ACPra.* XXXIX S. 322, ders. über die f. g. Züriner Institutionenlosse (1870) S. 20, Scheurl S. 267 fg. 337 fg., Enneccerus

näheren Regeln für diesen Satz sind folgende. Er gilt nur für diejenigen Bedingungen, deren Erfüllung sogleich anfänglich zur Zeit der Willenserklärung unmöglich ist, nicht für solche, deren Erfüllung erst hinterher unmöglich wird³, und nur für diejenigen, deren Erfüllung bleibend, nicht für diejenigen, deren Erfüllung bloß zur Zeit der Willenserklärung unmöglich ist⁴. Von der anderen Seite gilt er nicht bloß für absolut unmögliche Bedingungen, d. h. für solche, deren Erfüllung unter allen Umständen unmöglich ist, sondern auch für relativ unmögliche, d. h. für solche, deren Erfüllung nur deswegen unmöglich ist, weil es in dem gegebenen Fall an den erforderlichen Voraussetzungen ihrer Erfüllung fehlt⁵; ja auch solche Bedingungen, deren Erfüllung zwar an und für sich möglich, aber mit außerordentlichen, unter gewöhnlichen Verhältnissen nicht zu überwindenden Schwierigkeiten verbunden ist, werden der unmöglichen gleichgestellt⁶. Ferner macht es keinen Unterschied, ob die Erfüllung der Bedingung nie möglich gewesen, oder nur vor der Willenserklärung unmöglich geworden ist⁷, und ebenso wenig, ob der Verfügende die Unmöglichkeit gefannt hat, oder nicht⁸.

Begriff und Wirkung der Suspensivbedingung §. 116¹²⁰. Hofmann krit. Studien im r. R. §. 144 fg.

³ §. 92.

⁴ L. 58 D. 35, 1. „Si ancillae alienae ‘cum ea nupsisset’ legatum sit. Proculus ait, utile legatum esse, quia possit manumissa nubere“. Nur muß es nicht unerlaubt sein, eine Veränderung der betreffenden Art zu erwarten, vgl. l. 35 § 1. l. 83 § 5. l. 137 § 6 D. 45, 1, l. 34 § 2 D. 18, 1. Ueber die verschiedenen Ansichten s. Sell §. 58 fg., Savigny III §. 167, Mayer § 33¹⁵, Wächter I §. 371 fg. Württemb. Privatr. II § 96¹⁶, Bangerow II § 334 Anm. 1 Nr. 1, 2, b, Unger § 82¹⁷⁻¹⁹, Brinz 1. Aufl. §. 1464, Scheurl §. 285 fg. Vgl. auch Cohnfeldt Lehre vom Interesse §. 123 fg.

⁵ J. B. für die Bestimmung eine bestimmte Person zu heirathen, wenn dieselbe bereits gestorben ist, l. 43 D. 28, 5, l. 104 § 1 D. 30, l. 6 § 1. l. 72 § 7 D. 35, 1, l. 26 § 1 D. 40, 7.

⁶ Savigny (III §. 165) nennt sie passend unerschwingliche Bedingungen. L. 6 D. 28, 7, cf. l. 4 § 1 D. 40, 7. Vgl. Scheurl §. 271 fg., Wendt §. 153 fg.

⁷ L. 6 § 1 D. 35, 1.

⁸ Savigny §. 191—192. Dieß ist nicht unbestritten. Es findet sich sowohl die Behauptung, daß die Kenntniß des Testators von der Unmöglichkeit der Erfüllung, als die entgegengesetzte, daß seine Unkenntniß überhaupt oder bei relativ unmöglichen Bedingungen) Unwirksamkeit der Verfügung zur Folge habe. Ueber und gegen das Letzte s. Sell §. 80 fg., Mühlenbruch §. 173 fg., Mayer § 33¹⁸, Bangerow II § 434 Nr. 1, 2, a. Das Erste wird jetzt von

Wie die unmöglichen Bedingungen werden auch die unerlaubten Bedingungen behandelt, d. h. diejenigen, durch welche die Willenserklärung einen unerlaubten oder doch mißbilligten Inhalt annimmt; auch sie machen Willenserklärungen unter Lebenden sogleich definitiv unwirksam, während sie bei Willenserklärungen von Todestwegen als nicht hinzugefügt angesehen werden⁹. In dem bezeichneten Sinne unerlaubt sind diejenigen Bedingungen, welche auf das verbotene Verhalten einen Vortheil setzen¹⁰, oder auf das gebotene einen Nachtheil¹¹; aber auch diejenigen, welche auf das gebotene Verhalten einen

Scheurl S. 271 fg. vertheidigt, mit Berufung auf l. 4 § 1 D. 40, 7, aus welcher Stelle Scheurl den Satz herleitet, daß bei Kenntniß des Erblassers von der Unmöglichkeit der hinzugefügten Bedingung keine Festigkeit des Willens angenommen werden dürfe. Es ist diese Aufstellung doch außerordentlich bedenklich gegenüber der unterschiedslosen Bestimmtheit, mit welcher in den Quellen die Gültigkeit der unter einer unmöglichen Bedingung gemachten letztwilligen Verfügung gelehrt wird, und namentlich in Betracht des in den Quellen gebrauchten Beispiels *si digito caelum tetigerit*. So erscheint es empfehlenswerther, mit Savigny S. 208¹ in l. 4 § 1 cit einen Nachklang der Proculianischen Ansicht zu sehen, obgleich dagegen allerdings, wie Scheurl mit Recht hervorhebt, Paul. sent. III. 4b. § 1 spricht. Andere (Sell S. 262 fg., Rühlensbruch S. 184 fg., Mayer § 93¹⁷, Bangerow § 434 Anm. 1 Nr. II, 3) leiten aus l. 4 § 1 cit. den Satz her, daß, wenn es bei einer unmöglichen Bedingung an der Festigkeit des Willens fehle, die Verfügung ungültig sei, was sehr richtig ist, aber nicht weiter bringt. Wendt S. 153 fg. macht geltend, die Bedingung der l. 4 § 1 cit. sei keine unmögliche. Aber jedenfalls geht ihr Entscheidungsgrund: *quia nec animus dandae libertatis est* auch auf die unmögliche Bedingung.

⁹ Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Unerlaubtheit ihren Grund in einer Sitten- oder in einer Rechtsvorschrift hat. L. 9. 14. 15 D. 28, 7; l. 123. 137 § 6 (*vv. vel id facere si non liceat*) D. 45, 1. — Eine unerlaubte Bedingung (*turpis condicio*) ist also nicht eine solche, die auf etwas Unerlaubtes gerichtet ist. Es kommt nicht auf den Inhalt der Bedingung an, sondern auf den Inhalt der bedingten Willenserklärung. Die auf etwas Unerlaubtes gerichtete Bedingung ist vollkommen erlaubt, wenn die bedingte Willenserklärung auf das Unerlaubte eine Strafe setzt, l. 121 § 1 D. 45, 1, l. 1. 2 C. 4, 56. Um so weniger ist es gerechtfertigt, wie früher gebräuchlich war, die besondere Behandlung der unerlaubten Bedingung darauf zurückzuführen, daß sie eigentlich eine unmögliche (sittlich unmögliche) sei. Ihre Veranlassung hat diese Auffassung in dem schönen Spruche Papinians, welchen er durch seinen Tod besiegelt hat: „*quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores sunt, nec facere nos posse credendum est*“, l. 15 D. 28, 7. Vgl. Arnolds Beiträge S. 172 fg., Savigny III S. 169—172, Bangerow I § 93 Anm. 3 Nr. III, Brinz 1. Aufl. S. 1464 fg., [Brinz, Lotmar IV § 539, b, 2], Fitting ACPr. LVI S. 399 fg., Habib das. LVIII S. 1 fg.

¹⁰ L. 123 D. 45, 1, Paul. sent. III 4^b § 2, l. 8 § 1 D. 7, 8, l. 9. 27 pr. D. 28, 7, l. 5 C. 6, 25, l. un. C. 6, 41.

¹¹ L. un. C. 6, 41. Savigny III S. 176.

Vortheil setzen, gehören dann hierher, wenn sich Jemand ein gebotenes Verhalten abkaufen läßt¹². Ferner gehören hierher diejenigen Bedingungen, durch welche in ungehöriger Weise auf die Freiheit des Entschlusses in Dingen eingewirkt wird, in welchen der Mensch sich durch äußere Motive nicht soll bestimmen lassen¹³; sodann die Bedingungen, welche eine Beförderung der Ehelosigkeit enthalten¹⁴; und endlich die Bedingung, daß der letztwillig Bedachte irgend eine zukünftige Leistung vorher eidlich verspreche¹⁵⁻¹⁶.

¹² L. 7 § 3 D. 2, 14. Arndts a. a. O. S. 178, Savigny III S. 176—179, Wächter Württemb. Privatr. § 96 a. E.

¹³ Aus diesem Gesichtspunkt wird in den Quellen für ungültig erklärt das Versprechen einer Strafe unter der Bedingung, daß man eine bestimmte Ehe nicht eingehen, oder daß man von seinem Scheidungsre Gebrauch machen sollte, l. 71 § 1 D. 35, 1, l. 134 pr. D. 45, 1, l. 19 eod., l. 2 C. 8, 38 [39]; ferner das Versprechen einer Belohnung unter der Bedingung des Eingehens einer bestimmten Ehe, l. 97 § 2 D. 45, 1 (Savigny III § 123 i). Nicht ebenso gilt für unzulässig das Aussetzen eines testamentarischen Vortheils für den Fall eines bestimmten Verhaltens in Ehesachen, so daß also die betreffende Bedingung nicht erlassen wird, l. 71 § 1 cit.: „aliud est enim eligendi matrimonii poenae metu libertatem auferri, aliud ad testamentum (Momms.: ad id testamento) certa lege invitari“, l. 63. 64 eod.; mit Ausnahme jedoch (vgl. auch die folgende Note) des Falles, wo ein Vortheil unter der Bedingung der Ehescheidung ausgesetzt wird, weil sich hier der Gesichtspunkt der Unsittlichkeit einmischet, l. 8 § 1 D. 7, 8, l. 5 C. 6, 25. Savigny III S. 180—184, Ravié S. 55 fg. Vgl. auch Cf. XXXV. 134. — Aus demselben Gesichtspunkt wird die einer testamentarischen Verfügung hinzugesetzte Bedingung der Wahl eines bestimmten Aufenthaltsortes gestrichen, arg. l. 71 § 2 D. 35, 1 (Cf. XXIV. 131), sowie das Versprechen einer Conventionalstrafe für den Fall, daß nicht in einer gewissen Weise über den Nachlaß verfügt werden sollte, für ungültig erklärt, l. 61 D. 45, 1 (bei Willenserklärungen von Todeswegen greift hier das Verbot captatorischer Verfügungen ein, s. unten im Erbr.). Cf. XXIII. 121. — Für unerlaubt muß nach diesem Gesichtspunkt endlich auch die Willenserklärung gehalten werden, welche auf den Entschluß in Betreff der Aenderung oder Nichtänderung des Religionsbekenntnisses durch Belohnung oder Strafe einzuwirken bestimmt ist, so daß sie also als Willenserklärung unter Lebenden nichtig ist, als Willenserklärung von Todeswegen unter Abzug der Bedingung zu einer erlaubten gemacht wird. Die Ansichten sind jedoch hier sehr verschieden, vgl. namentlich Vangerow I S. 138 und die dort Citirten, außerdem Wächter I S. 375. Württ. Privatr. § 96¹⁵, Böcking I § 112¹⁷, Unger II S. 86. 87, Scheurl S. 293, Stobbe I S. 381 fg., Fitting ACPr. LVI S. 420 fg., Ravié S. 17. [Bedingung des Eintritts in den Priesterstand: Cf. L. 97.]

¹⁴ Nach einer ausdrücklichen Bestimmung der lex Julia et Papia Poppaea, l. 22. 63 pr. l. 64. 72 § 4. l. 77 § 2. l. 79 § 4 D. 35, 1, l. 100 eod. Vgl. Wächter I S. 375. Württemb. Privatr. II § 96¹⁷, Vangerow I S. 139. II § 434 Anm. 1 Nr. I, 3, Scheurl S. 295. Anders behandelt das spätere r. R. die Bedingung der Nichteingehung einer zweiten Ehe, worin es ein Verdienst sieht, l. 2. 3 C. 6, 40, Nov. 22 c. 43. 44.

¹⁵ *Condicio iurisiurandi*. Die Bedingung wird hier in eine Auflage (Voraussetzung) verwandelt. L. 8 D. 28, 7, l. 20. l. 26 pr. D. 35, 1, l. 19

Die hier bezeichnete besondere Behandlung der unmöglichen und unerlaubten Bedingungen bei Willenserklärungen von Todeswegen ist aber daran geknüpft, daß die letztwillige Verfügung, wie gewöhnlich, so auch im gegebenen Falle, wirklich eine Liberalität enthalte¹⁶. Daraus folgt im Besonderen, daß, wenn die unmögliche oder unerlaubte Bedingung einer letztwilligen Verfügung als auflösende hinzugefügt worden ist, die Bedingung aufrecht erhalten werden muß¹⁷.

[Das *GG.* hat keine Bestimmungen über unmögliche, nothwendige, unerlaubte, unsittliche Bedingungen getroffen. Es bewendet lediglich dabei, daß die Wirkung des Rechtsgeschäfts bei nothwendiger Suspensivbedingung sicher eintreten, bei nothwendiger Resolutivbedingung sicher aufgelöst werden, bei unmöglicher Suspensivbedingung nie eintreten, bei unmöglicher Resolutivbedingung nie aufgelöst werden wird, daß ferner, wenn durch die Bedingung der Gesamtcharakter des Geschäfts ein unerlaubter wird, das ganze Geschäft gemäß § 134 im Zweifel nichtig ist, und daß dasselbe immer der Fall ist, wenn durch die Bedingung der Gesamtcharakter des Geschäfts unsittlich wird (138). Dieß gilt auch bei der Resolutivbedingung nicht von der Resolutionsclausel, sondern von dem Geschäft selbst in dem Sinne, daß die gewollten Rechtswirkungen nicht als dauernde, sondern vielmehr gar nicht eintreten, selbst wenn der Sitz der Unsittlichkeit oder Unerlaubtheit in der bedingten Resolution des Geschäfts zu suchen ist. Mit der (wenn gleich entfernten) Möglichkeit jedoch, daß die Parteien bei unmöglichen, unerlaubten,

§ 6 D. 39, 5. L. 8 pr. cit.: — „cum . . faciles sint nonnulli hominum ad iurandum contemptu religionis, alii perquam timidi metu divini numinis usque ad superstitionem, no vel hi vel illi aut consequerentur aut perderent, quod relictum est, praetor consultissime intervenit“. Savigny III §. 185—190, Fuchste 3 §. f. *CR.* u. Pr. XIV §. 334 fg. (1840), Bangerow II § 434 Anm. 1 Nr. I, 4, Scheurl §. 294, Rovit §. 24—41.

^{16a} Derisorias condiciones: l. 14 D. 28, 7. Scheurl §. 299 fg. [[Pernice Pabeo III §. 47 fg.]].

¹⁶ Wie man auch sich diese besondere Behandlung zurechtlegen mag, jedenfalls wird als letzter Grund derselben anzusehen sein, daß der Verfügende sein Vermögen hat vergeben wollen, nicht um eines zu erreichenden Zweckes willen die Vermögenszuwendung gemacht hat. Auch wird bei der Voraussetzung, wo die gleiche Behandlung eintritt, die Behandlung darauf zurückgeführt, daß dem Bedachten eine Liberalität hat erwiesen werden sollen, l. 37 D. 35, 1. Auf der anderen Seite liegt es auch hier nahe (vgl. § 92^o), das für letztwillige Verfügungen Anerkannte auf Schenkungen auszuwehnen, um so mehr, als das unter einer unmöglichen Voraussetzung Geschenke anerkanntermaßen trotz der Nichterfüllung der Voraussetzung nicht zurückgefordert werden kann (§ 100^o). A. M. Scheurl §. 269. Vgl. Code civ. art. 900.

¹⁷ Sie ist in diesem Falle die Bedingung nicht der Verleihung, sondern der Entziehung einer Liberalität; die Entziehungserklärung ist also nichtig, und die Hauptverfügung besteht, als wenn ihr gar keine Bedingung hinzugefügt worden wäre. Vgl. Savigny III §. 192, 193, Wächter I §. 374. Württemb. Privatr. II §. 724, Mayer a. a. O. § 34, 35, Unger § 82^o, Bangerow I §. 135 unt. 137, 138, Scheurl §. 296 fg. Vgl. III § 635¹¹.

unfittlichen Bedingungen eventuell ein unbedingtes Geschäft gewollt haben, dessen Gültigkeit nichts im Wege steht, muß gerechnet werden. Vgl. hiezu § 86 a. E. § 93 a. E.]

2. Statthaftigkeit der Bedingungen².

§ 95.

Es gibt Bedingungen, welche bei keinem Rechtsgeschäfte statthaft sind; das sind die widersprechenden und die unerlaubten (§ 93. 94). Es gibt Rechtsgeschäfte, bei denen gewisse Bedingungen nicht statthaft sind; sie werden im Laufe der Darstellung genannt werden¹. Es gibt endlich Rechtsgeschäfte, bei denen gar keine Bedingungen statthaft sind; dieß sind die Emancipation und die Erbschaftsantrittung². Die Hinzufügung einer Bedingung macht diese Rechtsgeschäfte

[* Hölder § 51a, Wendt § 51, Regelsberger I § 153, II. III.]

¹ So verträgt z. B. die Erbeseinsetzung eines Rotherben keine andere (auf- § 95. schiebende) Bedingung, als eine solche, die auf seinen nackten Willen gestellt ist. Vgl. Raassen civil. Erörterungen S. 11—18 und in diesem Lehrbuch III § 588 g. E.

² L. 77 D. 50, 17. (Papinianus). „Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem, voluti [e]mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel condicionis adiectionem“. Vgl. c. 50 in VI^o 5, 13. Das in Klammern Eingeschlossene fehlt in der Florentina. Unter actus legitimi wird nichts Anderes verstanden werden dürfen, als Handlungen überhaupt. Enneccerus über Begriff und Wirkung der Suspensivbedingung (Göttingen 1871) S. 97. (S. aber auch Hölder Iv. 33 S. XVI S. 236.) Statt emancipatio hat Papinian ohne Zweifel mancipatio geschrieben; von dieser ist auch sonst bezeugt, daß sie keine Bedingung vertragen habe, Vat. Fr. § 329. (Wie es sich in dieser Beziehung mit der in iure cessio verhalten habe, darüber das. § 48—50.) Die Unzulässigkeit der Bedingung bei der acceptilatio erklärt sich aus dem wörtlichen Inhalt derselben; es hat keinen Sinn, zu sagen: ich habe empfangen, aber nur für diesen oder jenen Fall. Nicht das Gleiche darf von dem, was heutzutage der acceptilatio entspricht, dem Quittungsvertrag, gesagt werden. So steht auch Enneccerus a. a. O. S. 40. Was die servi optio angeht, d. h. die Wahl desjenigen, welchem eine Sache vermacht worden ist, die er sich aus einem Kreise von Sachen des Erblassers aussuchen soll, so wird die Unzulässigkeit der Bedingung bei derselben den Sinn gehabt haben, daß eine bedingte Wahl den Untergang des Vermächtnisses durch den Tod des Vermächtnisnehmers nicht ausschloß (§ 23 I. 2, 20). Nach Justinianischem Recht geht das Wahlvermächtniß auch ohne Wahl auf den Erben über; wenn jetzt der fragliche Satz überhaupt noch Sinn haben soll, so muß man ihn dahin verstehen, daß der Vermächtnisnehmer durch eine bedingte Wahl nicht gebunden werde. Aber gerade das erscheint höchst bedenklich; warum sollte er nicht gebunden werden? Anders Enneccerus S. 42, s. auch Hölder a. a. O. S. 238. Bernstein Sav.-Z. S. 1 S. 191. Unter tutoris datio endlich ist nicht die testamentarische, sondern die obrigkeitliche Ernennung eines tutor zu verstehen (l. 6 § 1 D. 26, 1, l. 8 § 1. 2 D. 26, 2), so daß sie nicht hierher gehört. Vgl. über l. 77 cit.

nichtig, und zwar nicht bloß die Hinzufügung einer eigentlichen, sondern auch die einer uneigentlichen³.

[Nach § 95 sind nichtig wegen Zufügung einer Bedingung: die Aufrechnungserklärung (388), die Auflassung (925), die Eheschließung (1917), die Anerkennung eines Kindes (1598), die Annahme an Kindesstatt (1742), die Annahme und Ausschlagung einer Erbschaft (1947), die Annahme und Ablehnung des Amtes eines Testamentsvollstreckers (2202), die Ehelichkeitserklärung (1724), welche freilich nicht Rechtsgeschäft, sondern Staatsact ist (1723). In allen diesen Fällen ist es gleichgültig, ob die Bedingung suspensiv oder resolutiv ist. Die s. g. uneigentlichen Bedingungen fallen nach dem BGB. zweifellos unter den Begriff der Bedingung und machen also Geschäfte, welche unbedingt errichtet werden müssen, ebenso nichtig, wie die echten Bedingungen. Verlangt das Gesetz für ein Geschäft einen unbedingten Entschluß, so entbehrt der Entschluß der erforderlichen Klarheit und Festigkeit auch dann, wenn er sich von einer auf Gegenwart oder Vergangenheit gestellten Bedingung abhängig macht, und ebenso, wenn er eine rechtliche Voraussetzung seiner Wirksamkeit wegen subjectiver Ungewißheit über ihr Vorliegen zur Bedingung erhebt. Allerdings hat die II. Commission den § 137 Abs. 3 des I. Entw., welcher ausdrücklich verfügte, daß Rechtsgeschäfte, welche keine Bedingung zulassen, auch eine bei Errichtung des Geschäfts bereits eingetretene oder ausgefallene Bedingung nicht gestatten, mit der Begründung gestrichen, daß dieser Satz in seiner Allgemeinheit nicht unbedenklich, für die regelmäßigen Fälle aber entbehrlich sei, da nach der ratio iuris die Analogie eintreten werde (Prot. S. 372). Allein hierdurch wird das obige Ergebnis nicht geändert; denn es ist nicht der Standpunkt des Gesetzes, daß Bedingungen der fraglichen Art keine sind, sondern nur in einzelnen Beziehungen der Analogie derselben unterliegen; sie sind Bedingungen und allen Vorschriften über Bedingungen unterworfen, deren Anwendung sich nicht durch den Mangel des Schwebezustandes oder durch besondere Bestimmung verbietet (vgl. ob. § 87 a. E.).]

im Allgemeinen noch Ebers die röm. Servitutenlehre S. 179. 180, Fitting ACPr. XXXIX S. 340—347. — Gehört nicht auch die tutoris auctoritas hierher? L. 8 D. 26, 8. So Enneccerus S. 43 fg., Hölder S. 238; a. W. Wendt S. 23. Die Bestellung einer Dienstbarkeit? L. 4 D. 8, 1; Enneccerus S. 68 fg. Rechtsgeschäft z. S. 484 fg. und unten § 212^o. Adoption? Enneccerus Begriff u. f. w. S. 52. In Betreff der Ehe f. c. 5. 7 X 5, 5. Enneccerus Begriff u. f. w. S. 53. Rechtsgeschäft z. S. 496 fg.

³ Die l. 77 cit. fährt fort: „Nonnumquam tamen actus suprascripti tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium afferunt. Nam si acceptum feratur ei, qui sub condicione promisit, ita demum egisse aliquid acceptilatio intellegitur, si obligationis condicio exstiterit; quae si verbis nominatim acceptilationis comprehendatur, nullius momenti faciet actum“. L. 51 § 2 D. 29, 2. „Sed si quis ita dixerit ‘si solvendo hereditas est, adeo hereditatem’, nulla aditio est“. Fitting ACPr. XXXIX S. 311. 339 fg., Enneccerus Begriff u. f. w. S. 6 fg.

b. Befristung*.

§ 96.

Befristung oder Betagung ist die bei einer Willenserklärung gemachte Hinzufügung des Inhalts, daß die gewollte rechtliche Wirkung erst mit einem gewissen Zeitpunkte eintreten solle. Ist die gewollte rechtliche Wirkung das Wiederaufhören der rechtlichen Wirkung einer andern gleichzeitigen Willenserklärung, so spricht man, wie in dem entsprechenden Falle von einer auflösenden Bedingung, so hier von einer auflösenden Befristung, in jedem anderen Falle von einer aufschiebenden Befristung^{1. 2.}

* Scheurl (Note * vor § 86) S. 22—99. Enneccerus (dasselbst) S. 192 fg. 307 fg. 422 fg. 488 fg. Savigny III § 125—127, Wächter I § 80. Württ. Privatr. II 97, Sinteris I S. 177—181, Unger II § 93. [Dernburg I §§ 113. 114, Wenbt § 57, Bekker II § 114, Hölder § 53, Regelsberger I §§ 157. 158, Brinz-Lotmar IV §§ 551—553, Simeon das Wesen des befristeten Gefchäfts. Berl. Diff. 1888. Erweitert unter demselben Titel als Verl. gefr. Preisschr. 1889 (dazu Schuppe Gruch. Beitr. XXXIV S. 801 fg., Riemeyer fr. ZfS. XXXIII S. 352 fg., Hölder S. 278), Salomon das Wesen des befristeten Gefch. Berl. Diff. 1889, Ramponi la determinazione del tempo nei contratti Arch. giur. XLV p. 293 sg. 1890]

¹ Sehr gewöhnlich sagt man: dies a quo — dies ad quem. Die Quellen § 96. sagen: ein Rechtsverhältniß sei begründet a die oder in die — ad diem. Ueber in diem vgl. z. B. § 2 I. 3, 15, l. 213 pr. D 50, 16, l. 22 D. 28, 7; — vereinzelt l. 44 § 1 D. 44, 7. — Abides zur Lehre von den Bedingungen S. 59 fg. behauptet, die Befristung sei eine Art der Bedingung; denn die Bedingung sei das Abhängigmachen der rlichen Wirkung der Willenserklärung von einem Umfande, und das Eintreten eines Zeitpunktes sei auch ein Umfand. Man muß energisch protestiren gegen solche Neuerung, die sich in Widerspruch setzt mit dem Sprachgebrauch und mit der Nichts gewonnen ist.

² Für die Bestimmung des Wesens der auflösenden Befristung muß dasjenige, was für die auflösende Bedingung gilt, unmittelbar maßgebend sein. Ist nun die auflösende Bedingung eine einer anderen gleichzeitigen Willenserklärung hinzugefügte Willenserklärung mit aufschiebender Bedingung (§ 86⁴), so ist auch die auflösende Befristung eine einer anderen gleichzeitigen Willenserklärung hinzugefügte Willenserklärung mit aufschiebender Befristung. Die aufschiebende Befristung hingegen ist so wenig eine besondere Willenserklärung, wie die aufschiebende Bedingung es ist; sie ist wie diese eine Qualifikation der Willenserklärung, welcher sie hinzugefügt ist; auch die befristete Willenserklärung ist nicht die Erklärung eines ersten und dann eines zweiten Willens, sondern die Erklärung eines einzigen, so geeigenchafteten Willens. So auch, wenn ich ihn recht verstehe, jedenfalls mit besonderer Wendung (die in der auflösenden Befristung enthaltene Willenserklärung sei nicht gerichtet auf die Wiederauflösung, sondern auf den Bestand des erzeugten Rechtsverhältnisses), Scheurl S. 60 fg.; [Enneccerus S. 211—217. Mit Recht sagt E.: jede Wirkung fällt in die Zeit und bedarf daher der zeitlichen Bestimmung; will Jemand eine Wirkung setzen, aber in Bezug auf die Zeit ihres

Eintritts ganz frei bleiben, so fehlt der bindende Wille überhaupt. Die aufschiebende Befristung ist eine Bestimmung des Zeitpunktes des Eintritts der Wirkung durch den Parteiwillen, bei deren Fehlen das R. annimmt, die Wirkung sei sofort gewollt. S. auch Regelsberger I § 157, III.] a. M. Czypkharz zur Lehre von der Resolutivbedingung S. 6 fg., Admer ACPr. LXII S. 169 fg., und theilweise Schulin über Resolutivbedingungen und Endtermine S. 186 fg. [[Bekker II S. 313 fg.: es kann auch ohne neue [d. h. selbständige Neben-] Willenserklärung dem verlichenen R. eine zeitliche Grenze gesetzt werden, z. B. ich vermiethe auf x Monate]]. [Bekker will nämlich (S. 308 fg.) bei Geschäften, deren Naturalien Zeitschranken nicht setzen und nicht ausschließen, insbesondere bei Pacht und Miete, auch Commodat, die Zeitbestimmung durch die Partei als eine individualisierende Bestimmung, nicht als Nebenbestimmung angesehen wissen. Aehnlich Dernburg I § 114, 2. Schlechtweg als einheitlich sieht die Willenserklärung mit auflösender Befristung an: Regelsberger I § 157, III. Gegen Bekker vgl. Hölder S. 276 Anm. 1. — R. E. ist die auflösende Befristung allerdings und zwar bei allen Geschäften eine logisch selbständige Hinzufügung. Während der Eintritt einer Wirkung, ohne daß feststeht, wann sie eintreten soll, undenkbar ist (Enneccerus), dauert die eingetretene Wirkung von selbst fort, bis ein Grund ihres Unterganges eintritt. Wer eine Wirkung ins Leben ruft und dabei zugleich einen Untergangsgrund vorausbestimmt, bestimmt zweierlei, auch wenn der Untergangsgrund nur Zeitablauf ist. Zu beachten ist (Hölder a. a. O.), daß die auflösende Befristung oft zugleich die Wirkung anderer Untergangsgründe ausschließt, z. B. bei der Miete die Kündigung innerhalb der bestimmten Zeit. Die von Dernburg I § 114¹⁵ ausgenommene Frage Bekkers S. 314: „Ich verdinge meine Arbeit auf eine Stunde, einen Tag, einen Monat: heißt das vielleicht, ich verpflichte mich erstens zeitlebens zu arbeiten, und zweitens mache ich daneben aus, daß dieser Vertrag nach einer Stunde, einem Tage, einem Monat wieder außer Kraft gesetzt werden soll?“ trifft die Auffassung nicht, die sie bekämpfen will. Denn das Widersinnige: 1) auf Lebenszeit, aber 2) doch nur auf eine Stunde, wird nicht behauptet, sondern es wird als Sinn des Vertrages angesehen 1) das Miethverhältniß soll begründet werden. Es würde dauern, bis es gekündigt wird, oder ein anderer seiner Untergangsgründe eintritt, zu denen Zeitablauf nicht gehört; nun aber wird ausgemacht: 2) das Verhältniß soll nach einem Jahre endigen und innerhalb dieser Zeit die Kündigung wirkungslos sein. Die behauptete logische Selbständigkeit der auflösenden Befristung bedeutet aber keineswegs, daß, wenn sie nicht gültig ist, das Hauptgeschäft ohne sie besteht. Es wird in den allermeisten Fällen anzunehmen sein, daß die Parteien dieß nicht wollen. Es kann aber auch das Gegentheil der Fall sein. Ist für einen auf mehr als ein Jahr geschlossenen Miethvertrag Schriftform vorgeschrieben, so ist es sehr wohl denkbar, daß die Parteien bei einem derartigen mündlich geschlossenen Vertrage lieber ein Miethverhältniß auf Kündigung als gar nichts wollen; vgl. BGB. 566.] Dem Obigen gemäß muß auch für die Beweislast das Nämliche gelten, wie bei der Bedingung, d. h. die auflösende Befristung muß von dem sie Behauptenden bewiesen werden, nicht aber die aufschiebende. [So auch in Betreff der aufschiebenden Befristung Enneccerus S. 216 fg.] [[ebenso Cf. XLV. 165]]. A. M. in Betreff der aufschiebenden Befristung Unger II § 83³ und österr. Erbrecht § 17¹, Bayer Vorträge S. 739, Wehll Civilproceß § 19 a. E. [Fitting 3S. f. CPr. XIII S. 56 fg.]; übereinstimmend Arndts fr. 33S. V S. 14 fg. Auch von dem Beweise der auflösenden Befristung sprechen den Behauptenden frei Römer a. a. O. und die Erkenntnisse bei Cf. III. 222, V.

Die Wirkung der Befristung bestimmt sich durch ihren Inhalt: die Befristung schiebt das Eintreten der durch die Willenserklärung zu erzeugenden rechtlichen Wirkung bis zu dem bezeichneten Zeitpunkt hinaus. Bei der auflösenden Befristung ist also bis dahin die rechtliche Wirkung des Hauptgeschäfts vollkommen vorhanden, bei der aufschiebenden ist die zu erzeugende rechtliche Wirkung einstweilen nicht vorhanden³. Von der anderen Seite ist ihre künftige Existenz vollkommen sicher, die Existenzfrage darf für sie nicht mehr aufgeworfen werden⁴, und so kann auch gesagt werden, daß sie sofort existire, nur noch nicht geltend gemacht werden könne⁵. Kommt der bezeichnete

239, XXXIII. 341. Grawein Verjährung und gesetzliche Befristung §. 185 fg. entbindet ihn, wenn die Frist eine Kalenderfrist ist, sogar von dem Beweise des Ablaufs der Frist. [Vetter II § 114 Beil. I (vgl. auch §. 313 fg.) scheint als Grundregel für die Beweislast anzusehen, daß das zeitlich begrenzte ein Minus gegenüber dem zeitlich Unbegrenzten ist, das Zugeständniß des Minus den Behaupten des Plus nicht von der ihm ohnedies obliegenden Beweislast entbindet; B. trägt aber Bedenken, diese Regel überall durchzuführen. Für individualisirende Behandlung der Beweislast Hegelsberger I § 157^a. Gegen Vetter §. 303 fg. vgl. zutreffend Hölder §. 276 Anm. 1.]

³ L. 41 § 1 D. 45, 1: — „dies adiectus efficit, ne praesenti die debeatur“. Gai. III. 124. IV. 131, l. 76 § 1. l. 89 D. 45, 1, l. 46 D. 31, l. 9 pr. D. 20, 4, l. 14 D. 50, 17; l. 1 § 1 D. 35, 1, l. 45 § 1 D. 31; l. 23 § 1 D. 40, 4.

⁴ Gai. III. 124: — „pecunia, quam in diem certum dari stipulamur, . . . certum est, eam debitum iri, licet post tempus petatur“. L. 41 D. § 1 45, 1: — „dies adiectus efficit, ne praesenti die pecunia debeatur“. L. 9 § 2 D. 7, 9: — „si ex die proprietatis alicui legata sit . . . quia certum sit, ad eum proprietatem vel ad heredem eius perventurum“. L. 1 § 1 D. 35, 1. „Cum dies certus adscriptus est (se. legatis), quamvis dies nondum venerit, solvi tamen possunt, quia certum est, ea debitum iri“. L. 73 § 4 D. 35, 2, vgl. l. 8 § 1 D. 46, 2. Nur diese Sicherheit des künftigen Erwerbes soll bezeichnet werden, wenn es von dem befristeten Vermächtniß heißt: dies eius cedit statim post mortem testatoris; Beweis dafür ist, daß, sobald dieser künftige Erwerb aus anderen Gründen unsicher ist, der dies cedens bis zum wirklichen Erwerb hinausgeschoben wird. L. 2. 3. 5 § 1 D. 36, 2, l. un. § 3 D. 7, 3, l. 18 D. 7, 4, l. 26 D. 45, 3. Jedemfalls wird mit dem dies legati cedens nicht auch das durch das Vermächtniß verliehene H. existenz. l. 9 § 2 D. 7, 9, l. 72 § 5 D. 35, 1, l. 69 pr. D. 30, l. 80 D. 31, l. 7 § 6. l. 8. l. 17 D. 36, 2. §. III § 642.

⁵ § 2 I. 3, 15: — „quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti prius quam dies veniat non potest“. L. 46 pr. D. 45, 1. „Centesimo Kalendis dari utiliter stipulamur, quia praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio“. L. 7 pr. D. 16, 2, l. 9 D. 36, 3, l. 213 pr. D. 50, 16. — Wenn man, wie das früher ausnahmslos geschah, die Wirkung der aufschiebenden Befristung von vorne herein und ohne Weiteres dahin bestimmt, daß sie nur die Ausübung, nicht das Dasein des verliehenen H. hinauschiebe, so

Zeitpunkt heran, so tritt die gewollte rechtliche Wirkung ein, also bei der auflösenden Befristung die Wiederaufhebung der durch das Hauptgeschäft erzeugten. Und zwar wird dieselbe direct wieder aufgehoben;

steht dieß in Widerspruch mit dem Inhalt der befristeten Willenserklärung und muß nothwendigerweise zu Verwirrung führen. Wer sagt: du sollst Eigentümer sein vom ersten des künftigen Monats, sagt nun einmal nicht: du sollst sogleich Eigentümer sein. Daher muß ausgegangen werden davon, daß die aufschiebende Befristung auch die Existenz des verliehenen R. hinauschiebe. Nur darf dabei mit der eigentlichen Befristung nicht verwechselt werden ein hinzugefügter Nebenvertrag, durch welchen auf die Geltendmachung des sogleich erworbenen R. für eine gewisse Zeit verzichtet wird (pactum de non petendo in tempus). Es ist ein Unterschied zwischen dem Fall, wo Jemand einen nach drei Monaten zahlbaren Wechsel acceptirt, und dem Falle, wo ausgemacht wird, daß ein empfangenes Darlehn erst nach drei Monaten zurückgezahlt werden solle [ob das letztere Beispiel wohl gewählt ist, dürfte bezweifelt werden]; jener will Schuldner werden erst nach Ablauf der drei Monate, in dem letzteren Falle wird ein Zustand von drei Monaten bewilligt. Vgl. l. 20 D. 23, 3: — „aliud est enim differre exactionem, aliud ab initio in id tempus stipulari, quo matrimonium futurum non sit“. Ob das Eine oder das Andere gewollt sei, kann im einzelnen Falle zweifelhaft sein; nichtsdestoweniger muß die Unterscheidung gemacht werden [Enneccerus S. 215 fg.] Sie ist auch nicht ohne praktische Bedeutung, so namentlich in Betreff der Beweislast (* a. G.). Uebereinstimmend mit dem hier Gesagten Unger II S. 89—91. VI § 48³, Arndts § 73⁶, Bruns in v. Holz. Encycl. I S. 459, Schulin über Resolutivbedingungen und Endtermine S. 186 fg., im Wesentlichen auch Adices a. a. D. S. 62 fg., f. auch Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 178 fg.; übereinstimmend mit Unterscheidungen, namentlich zwischen dinglichen und obligatorischen Rn (nur bei ersteren soll die Befristung die Existenz des R. hinauschieben), Fritz Erläuterungen I S. 197, Vangerow 7. Aufl. I S. 146. 148 unt., Brinz 1. Aufl. S. 1519 fg. [Brinz-Votmar IV § 561], Scheurl S. 29 fg., Hartmann tr. VZS. XIII S. 519 und in der Schrift über die Obligation S. 43 fg., Simeon (*), Wendt S. 152, im Wesentlichen auch Karlowa Negeschäft S. 107 fg., [[Hölzer S. 276 fg., Salomon (*)]], [Regelsberger I § 158, I.] Dernburg I § 114 nimmt Hinausschiebung der Existenz des R. nur beim Eigenthum, Enneccerus S. 306 fg. 482 fg. sofortige Existenz außer bei Obligation auch beim Pfandr. an. [[Vetter II S. 310 fg. gelangt zu dem Ergebniß, daß bis zum Eintritt des Termins ein „Vorrecht“, vorläufiges R. vorhanden sei, das mit dem Eintritt des Termins zu einem „Vollrecht“ werde.]]. — Daraus, daß in unseren Quellen auch das eigentlich befristete R. als an und für sich schon existirend angesehen wird, erklärt sich, daß bei Erfüllung eines befristeten Anspruchs die *indebiti conditio* ausgeschlossen ist (l. 10 vgl. l. 16 pr. D. 12, 6), und daß die Verpfändung für eine befristete Schuld die *actio hypothecaria* erzeugt (l. 14 vgl. l. 13 § 5 D. 20, 1). Allerdings finden sich Consequenzen auch aus der Auffassung gezogen, daß das befristete R. noch gar nicht existire — l. 45 § 1 D. 31, l. 10 D. 36, 1; es darf jedoch angenommen werden, daß darin (die betreffenden Stellen sind von Pomponius und Gajus) sich nur eine frühere Entwicklungsphase darstelle. (Scheurl S. 38. 39 erklärt l. 10 D. cit. in anmuthender Weise aus dem Wortlaute des *Senatusconsulti*; über seine Meinung in Betreff der anderen Stelle s. III § 643⁴). — *Pescatore* alternative Obligation S. 109¹², Brinz 2. Aufl. III § 427⁵²

es gilt in dieser Beziehung Alles, was von der auflösenden Bedingung gesagt worden ist (§ 90)⁶. Zur Sicherheitsleistung ist der unter einer Befristung Verpflichtete in gleicher Weise verbunden, wie der bedingt Verpflichtete⁷.

[§ 96. Vgl. § 96 a. a. E.]

§ 96 a.

Der Zeitpunkt, an welchen die Befristung die gewollte rechtliche Wirkung knüpft, kann entweder direct bestimmt werden, durch Bezeichnung eines Kalenderpunktes¹, oder indirect, durch Beziehung auf

(gegen Windscheid, vgl. auch Brinz-Votmar IV § 551, 3], Simeon S. 34—36. 106. [: l. 45 § 1 cit. ist im Munde des Pomponius vom *legatum per vindicationem*, im Sinne der Compilation von denjenigen Vermächtnissen zu verstehen, durch welche Vermögensvorteile unmittelbar aus dem Vermögen des Erblassers in dasjenige des Honorirten übergehen sollen.] Das versteht sich von selbst, daß als Beweise für die sofortige Existenz des befristeten N. nicht diejenigen Sätze aufgeführt werden dürfen, welche auch für das bedingte gelten (§ 89), so namentlich nicht der Satz, daß das befristete N. durch keine spätere Verfügung verkümmert werden kann, l. 12 § 2 D. 20, 4, l. 3 § 2. 3 C. 6, 43, vgl. auch l. 27. 28 D. 17, 2, l. 17 D. 18, 4, l. 12 D. 46, 4, l. 27 pr. D. 40, 9. Uebrigens wird ein Mal (l. 26 D. 45, 3) das Wesen auch der bedingten Obligation dahin bestimmt, daß sie „*ex praesenti vires accipit, quamvis petitio ex ea suspensa sit.*“

⁶ Nur tritt natürlich keine Rückwirkung ein. Im Uebrigen geht die Behandlung der auflösenden Befristung und der auflösenden Bedingung im r. N. Hand in Hand: für das heutige N. dürfen wir als Regel behaupten, daß auch jener, wie dieser, directe Wirkung zulomne. C. l. 15 § 4 D. 29, 1, Vat. Fr. § 283, l. 55 D. 30, l. 44 § 1 D. 44, 7, l. 56 § 4 D. 45, 1, § 3 I. 3, 15, l. 4 pr. D. 8, 1; Vat. Fr. § 48. 50. 52, l. 6 D. 33, 2, l. 12 pr. C. 3, 33, l. 16 § 2 D. 10, 2, l. 6 pr. D. 20, 6, l. 2 C. 8, 54 [55], l. ult. C. 6, 37, vgl. auch die § 90¹ citirten Stellen. [Hölder S. 177, Regelsberger I § 158, II, Dernburg I § 114¹⁶.] A. W. Gyllharz zur Lehre von der Resolutivbedingung S. 6 fg. und Schulz in Resolutivbedingungen und Endtermine S. 186 fg., welche zwischen den einzelnen Verhältnissen unterscheiden wollen und in den beiden zuletztgenannten Coderstellen directe Wirkung nicht anerkannt finden. Ebenso Brinz l. Aufs. § 342, [Brinz-Votmar IV § 552, 1] und Schauri S. 60 fg., welcher Letztere jedoch für das heutige N. directe Wirkung zugest. Vgl. auch § 172¹⁷. Zu Vat. Fr. § 283 vgl. jetzt C. Appleton in *Bulletino dell' istituto di diritto Romano*, herausgeg. von Scialoja, I p. 104 s. [Ferner ob. § 90⁴. Ueber das Justinianische N. s. noch Pflüger *ACPra.* LXXVIII S. 401 fg. In den Justinianischen Fällen der Eigenthumsübertragung auf Zeit nimmt Pfl. mit zweifelhaftem Rechte an, daß das N. an die Lebenszeit des Bedachten gebunden war, thatsächlich Nießbrauch vorlag. Jedenfalls war es dann immer noch rechtlich kein Nießbrauch.]

⁷ Vgl. § 89¹⁸. Die daselbst citirten l. 41 D. 5, 1 und l. 38 D. 17, 2 sprechen so allgemein, daß sie die befristete Verpflichtung mit umfassen. Cf. IV. 196, VI. 187, XVI. 189, XXII. 7.

¹ Savigny III § 125 c.

ein künftiges Ereigniß², oder auf die Vollendung einer gewissen Dauer eines Zustandes³. Bei der indirecten Bestimmung ist aber zuzusehen, ob es sicher ist, daß das fragliche Ereigniß eintreten, der fragliche Zustand die bezeichnete Dauer erreichen wird⁴; ist dieß nicht der Fall, so liegt nicht sowohl eine Befristung vor, als eine Bedingung⁵. Jedoch ist dieser Satz kein absoluter; es kommt auf die Auslegung des Willens an⁶. Von der anderen Seite wird bei letztwilligen Verfügungen nach dem vermuthlichen Willen des Erblassers auch die auf ein gewiß eintretendes Ereigniß gestellte Befristung, oder Bedingung

² Z. B. den Tod, die Heirath, die Anstellung einer gewissen Person. L. 17. 56 D. 12, 6, l. 107 § 1 D. 30, l. 21 pr. D. 36, 2, l. 8 C. 7, 2.

³ Z. B. es wird Jemandem etwas gegeben „am Tage seiner Volljährigkeit“, d. h. am Tage, wo sein Leben 21 Jahre gedauert haben wird. L. 21 pr. l. 22 pr. D. 36, 2, l. 49 § 2. 3 D. 30.

⁴ Es ist z. B. für jeden Menschen sicher, daß er sterben, aber nicht, daß er sich verheirathen, ein Amt erlangen, ein gewisses Lebensalter erreichen wird. Die Quellen sprechen in diesem Falle von einem dies incertus (vgl. jedoch auch Note 7). Ein neuerer Sprachgebrauch bezeichnet die nach Note 2 und 3 verschiedenen Fälle des dies incertus als dies incertus an incertus quando und dies incertus an certus quando. Derselbe Sprachgebrauch nennt aber auch den durch ein gewiß eintretendes Ereigniß bezeichneten Zeitpunkt dies incertus — dies incertus quando certus an. Es liegt in diesen Bezeichnungen keine Förderung des Verständnisses. Vgl. Savigny III S. 207. 208.

⁵ L. 21 pr. l. 22 pr. D. 36, 2, l. 49 § 2 D. 30, l. 16 § 1. l. 17. 56 D. 12, 6, l. 38 § 16 D. 45, 1. Umgekehrt wird auch die Bedingung als dies incertus bezeichnet, l. 30 § 4 D. 30. — Man hat sich mit Vehaftigkeit dagegen erklärt, daß gesagt werde, der dies incertus sei eine Bedingung; man müsse sagen, der dies incertus enthalte eine Bedingung; durch den ersteren Ausdruck werde die doch auch vorhandene Befristung geleugnet. Aber daß die Bedingung eine Befristung in sich schließe, versteht sich für die aufschiebende im Zweifel von selbst, und ist in diesem Falle selbst für die aufhebende außer Zweifel (§ 91). Vgl. l. 22 pr. D. 36, 2, l. 21 pr. eod. (Arndts § 78⁴), l. 49 § 2 D. 30. Enneccerus S. 208. [Dernburg I § 114, 1, b, Hölder S. 275 fg., Regelsberger I § 157, II, Brinz-Potmar IV § 553.]

⁶ In dieser Beziehung erweist sich namentlich der Begriff des dies incertus an certus quando als fruchtbar. Wenn die gewollte rliche Wirkung an die Vollendung einer gewissen Dauer eines Zustandes angeknüpft wird, so kann das möglicherweise auch so auszulegen sein: die rliche Wirkung solle existent werden zu der Zeit, wo die bezeichnete Dauer vollendet sei, oder vollendet sein würde, wenn der fragliche Zustand bis dahin gewährt hätte; dann ist Befristung vorhanden, und keine Bedingung. L. 48 [46] D. 36, 1, l. 5 C. 6, 53, l. 26 § 1 D. 36, 2, l. 18 § 2 D. 31, 1. Es ist dieß jedoch nicht der einzige hierher gehörige Fall. Vgl. Wächter Württemb. Privatr. II S. 731, Mühlensbruch Fortf. v. Glüd XLI S. 60 fg., Raassen civil. Erörterungen S. 28 fg., Unger § 83¹², 16, Cf. XXXII. 12. 60. 61, HG. VIII S. 140 fg.

behandelt, wenn es ungewiß ist, ob die bedachte Person dieses Ereigniß erleben wird⁷.

Die Rechtsgeschäfte, bei welchen keine Bedingung zulässig ist (§ 95), vertragen auch keine Befristung⁸.

[§§]. Auch die Lehre von den Befristungen, den „Zeitbestimmungen“ ist im BGB., wie die von den Bedingungen, außerordentlich kurz behandelt.

1. Ist ein Anfangstermin gesetzt worden, so sollen die für die aufschiebende Bedingung geltenden Vorschriften der §§ 158. 160. 161 entsprechende Anwendung finden, d. h. also mit dem Eintritt des Anfangstermins tritt die Wirkung des Rechtsgeschäftes ein (158 Abs. 1); die Verantwortung des unter Anfangstermin Belasteten ist die gleiche wie bei aufschiebender Bedingung (160 Abs. 1); über Zwischenverfügungen gilt das Gleiche, wie bei ihr (161 Abs. 1). Die Vorschriften der §§ 159. 162 dagegen sind von der analogen Anwendung auf den Anfangstermin ausgeschlossen. In Ansehung des § 159 erklärt sich dieß daraus, daß das Gesetz mit Recht mit der Möglichkeit eines Geschäftes nicht rechnet, welches einen Anfangstermin festsetzt, dennoch aber will, daß nach seinem Eintritt die Folgen des Rechtsgeschäftes zurückbezogen werden sollen. In Ansehung des § 162 muß wohl die Auffassung zu Grunde liegen, daß das Herankommen eines Termins von Niemandem verhindert oder herbeigeführt werden kann. Dieß ist richtig für den f. g. dies certus an et quando; bei einem dies certus an incertus quando dagegen wäre doch mit der Möglichkeit zu

⁷ L. 75 D. 35, 1 „Dies incertus condicionem in testamento facit“ (vgl. Savigny III § 126 °). L. 79 § 1 D. cod. 'Heres meus cum morietur centum Titio dato'. Legatum sub condicione relictum est: quamvis enim herodem moriturum certum sit, tamen incertum est, an legatario vivo, dies [igitur] legati non cedit, et non est certum, ad eum legatum perventurum“. L. 4 D. 36, 2. „Si 'cum heres morietur' legetur, condicionalo legatum est; denique vivo herede defunctus legatarius ad heredem non transfert. Si vero 'cum ipse legatarius morietur' legetur ei, certum est legatum ad heredem transmitti“. L. 13 i. f. eod., l. 1 § 2 D. 35, 1, l. 12 § 1 D. 31, l. 104 § 6 D. 30. Die Quellen sprechen auch in diesem Falle von einem dies incertus. Vgl. Unger § 88¹⁴, österr. Erbr. § 17². Auf die Befristung cum morietur heres will das Gesagte beschränken Brinz I. Aufl. S. 950. 951. 1529 2. Aufl. III S. 407 fg. Ein Fall, in welchem nach Lage der Umstände dafür entschieden wurde, daß der Erblasser keine Bedingung gewollt habe, bei Cf. I. 268 [[XLV. 256.]]; f. andererseits II. 816, VII. 877. Vgl. auch Zimmern ACPr. IX S. 357 fg. und darüber Wächter Züb. fr. 3 S. II S. 81 fg.

⁸ L. 77 D. 50, 17. [Dernburg I § 114 zu², Regelsberger I § 157, IV. Die Rechtsgeschäfte, welche keine Befristung vertragen, sind nicht durchweg dieselben, wie diejenigen, welche keine Bedingung vertragen. Schon im r. R. ist bei der Erbeseinsetzung aufschiebende Befristung unzulässig (sie wird gestrichen), während die Bedingung zulässig ist; vgl. unt. § 555³. Im heutigen R. ist ein bedingter Wechsel nichtig, weil er die Zahlungszeit anders bestimmt als B.D. 4, 4 zuläßt, dagegen ist die Bestimmung der Zahlungszeit auf eine der dort zugelassenen Arten notwendig.]

rechnen, daß derselbe wider Treu und Glauben von einer Partei beschleunigt oder verzögert wird, und es wäre insoweit für die Uebertragung des § 162 auf die Zeitbestimmungen Raum gewesen. Man kann daraus, daß diese Uebertragung unterblieben ist, zu schließen geneigt sein, daß das Gesetz nur den dies certus an et quando überhaupt als Zeitbestimmung ansieht, dagegen den dies certus an incertus quando ebenso zu den Bedingungen gerechnet wissen will, wie den dies incertus an. Man läme damit zu dem Ergebnis, den dies certus an, incertus quando unter den § 2074 zu stellen. Allein hiergegen verwahren sich Rot. V §. 25, und die zweite Commission hat sogar den § 143 E. I gestrichen, weil sie nicht einmal das für in allen Fällen zutreffend hielt, daß der dies incertus an eine Bedingung sei. Das Gesetz selbst hat in einigen Fällen Zeitpunkt und Ereigniß so neben einander gestellt, wie wenn die Bezugnahme auf ein Ereigniß stets etwas anderes wäre als die Festsetzung eines Zeitpunktes (2103. 2104. 2105. 2106); an anderer Stelle sieht es aber die Bestimmung einer Zeit „nach dem Kalender“ als etwas besonderes an (284 Abs. 2), so daß eine Zeitbestimmung durch Bezugnahme auf ein Ereigniß als möglich erscheint. Bei dieser Sachlage ist man m. E. nicht gehindert, an der Hand der bisherigen Lehre auch unter der Herrschaft des BGB. von Fall zu Fall festzustellen, ob bei Bezugnahme auf ein Ereigniß eine Zeitbestimmung oder eine Bedingung vorliegt.

• Soll nach § 158 Abs. 1. § 169. mit dem Eintritt des Termins die Rechtswirkung eintreten, so ist sie vorher nicht da und der interimistische ihr vorangehende Sicherungszustand mit ihr nicht identisch. Dieß wollte auch die II. Commission (Prot. S. 374) zum Ausdruck bringen. Dennoch kennt das Gesetz betagte Verbindlichkeiten (813 Abs. 2), was doch darauf hindeutet, daß sie schon existiren, es kennt Forderungen, Ansprüche, die vor ihrer Fälligkeit doch vorhanden sind (273. 1078. 1228. 1288 Abs. 1. 1285. 1286) (vgl. ob. § 43 S. 159 fg.), und ein Gesetz, welches bedingte Berechtigungen kennt (ob. § 89, BGB. § 160), scheint sich auch der Anerkennung betagter Berechtigungen gar nicht verschließen zu können. Die „künftigen“, also noch nicht existenten Verbindlichkeiten und Forderungen in §§ 765 Abs. 2. 1118 Abs. 2. 1204 Abs. 2 brauchen nicht betagte zu sein; das Gesetz hält es für nöthig die Möglichkeit der Verbürgung, Hypothecirung, Verpfändung für eine bedingte und eine nur zukünftige Forderung besonders hervorzuheben, während es die Möglichkeit dieser Acte zu Gunsten einer betagten Forderung als selbstverständlich unerwähnt lassen konnte. Immerhin ergibt die Fassung des Gesetzes kein ganz einheitliches Bild und wäre nicht geeignet den bestehenden Streit abzuschneiden, selbst wenn man in solchen constructiven Fragen den Nachspruch des Gesetzgebers überhaupt als verbindlich ansehen wollte. —

Sollte ein Rechtsgeschäft wegen des hinzugefügten Anfangstermins nichtig sein, und sollte es dann der Parteiabsicht entsprechen, dasselbe als unbefristetes aufrecht zu halten, so kann dieß nicht auf Grund des § 139, sondern wie bei der aufschiebenden Bedingung nur nach dessen Analogie geschehen (vgl. ob. § 86 S. 389 fg.). Die Beweislast (§ 96²) regelt das BGB. nicht.

2. Bei Bestimmung eines Endtermins für die Wirkungen eines Rechtsgeschäfts verweist das Gesetz auf die Bestimmungen der §§ 158. 160. 161 über die auflösende Bedingung. Die Wirkung des Rechtsgeschäfts endet also mit dem Eintritt des Endtermins, und der frühere Rechtszustand tritt von selbst wieder

ein (158 Abf. 2); die Aussicht hierauf ist nach Maßgabe der §§ 160. 161 geschützt. Einen Fall, in welchem das Gesetz nach dem Endtermin dem Berechtigten noch eine gewisse Nachfrist gewährt, zeigt § 777. Die Frage nach dem eigentlichen Wesen des Endtermins (§ 96³) hat das BGB. nicht beantwortet, auch die Beweislast nicht geregelt. Zu beachten ist auch für das BGB., daß der Endtermin oft zugleich die Wirkung anderer Endigungsgründe des Rechtsverhältnisses ausschließt (564. 604 Abf. 1—3. 620. 696. 728). Wer in dem Endtermin mit der ob. § 96³ vertretenen Auffassung einen selbständigen Theil des Rechtsgeschäftes sieht, muß in Anwendung des § 139 BGB. sagen, daß, wenn dieser Theil nichtig ist, im Zweifel das ganze Geschäft nichtig ist, dasselbe aber, wenn dieß dem Willen der Partei entspricht, ohne den Endtermin gilt. Einen besonders gefälschten Fall dieser Art zeigt § 566. Wer in dem Endtermin einen logisch selbständigen Theil des Rechtsgeschäftes nicht sieht, muß doch aus der Analogie des 139 sachlich zu dem gleichen Ergebnis kommen.

3. Innerhalb des BGB. sind die Rechtsgeschäfte, welche keine Zeitbestimmung (weder Anfangs- noch Enttermin) vertragen, dieselben, wie diejenigen, bei denen Bedingungen ausgeschlossen sind (388. 925. 1317. 1598. [1724]. 1742. 1768 Abf. 1. 1947. 2180 Abf. 1. 2202 Abf. 2). Vgl. ob. § 95 a. G.]

c. Voraussetzung*.¹

§ 97.

Die Voraussetzung² ist eine unentwickelte Bedingung (eine Willens-

* Windscheid die Lehre des r. R. von der Voraussetzung. Düsseldorf 1850. ✓

¹ Die herrschende Meinung stellt als Drittes neben Bedingung und Befristung § 97. nicht die Voraussetzung, sondern, unter der Bezeichnung Modus (vgl. die folgende Note), die auf eine Schenkung oder letztwillige Zuwendung gelegte Auflage; eine Selbstbeschränkung des Willens sei in derselben insofern enthalten, als durch sie der Werth der ursprünglichen Gabe gemindert werde (vgl. z. B. Savigny III S. 280, Arndts § 74, Unger § 84⁴). Man beachtet dabei nicht, daß der Gesichtspunkt, welchen man in dieser Weise neben juristische stellt, kein juristischer, sondern ein wirtschaftlicher ist. Freilich kann dieser Gesichtspunkt auch wieder juristische Bedeutung gewinnen, z. B. da, wo die Gültigkeit einer Zuwendung von ihrem Vermögenswerthe abhängt, und hierauf legt denn auch Böcking Pand. § 115 alles Gewicht. Aber es leuchtet nicht ein, warum aus diesem Grunde von der möglichen Minderung des Werthes einer Gabe in der allgemeinen Lehre von den Willenserklärungen, und überhaupt an einem anderen Orte gehandelt werden solle, als da, wo die betreffenden Fälle vorzutragen sind. Wenn in der allgemeinen Lehre von den Willenserklärungen nach den möglichen Selbstbeschränkungen derselben gefragt wird, so dürfen nur solche genannt werden, durch welche die durch die Willenserklärung zu erzeugende rechtliche Wirkung afficirt wird. Eine Selbstbeschränkung dieser Art liegt nun allerdings auch in dem Modus, insofern nämlich die gesetzte rliche Wirkung durch ihn zu einer für den Fall seiner Nichterfüllung rücknehmbaren gemacht wird; aber der Grund, weswegen der Modus in dieser Weise wirkt, ist ein Grund, welcher ganz in gleicher Weise noch in vielen anderen Fällen sich geltend macht, der nämlich, daß bei Nichterfüllung des Modus die

gesetzte rliche Wirkung nicht dem eigentlichen Willen des Urhebers der Willenserklärung entspricht. Wenn man dieß nicht leugnen kann, und zum Theil erkennt man es ausdrücklich an (vgl. z. B. Erxleben die cond. sine causa 2. Abth. Borrede S. VI, Arndts § 74, H. Witte die Verreicherungsklagen S. 65. 66, Hartmann über Begriff und Natur der Vermächtnisse S. 45), so ist nicht abzusehen, warum man dagegen Einspruch erheben will, daß auch im Allgemeinen von denjenigen Zusätzen zu einer Willenserklärung gehandelt werde, durch welche die gewollte rliche Wirkung in die Lage kommen kann, dem eigentlichen Willen des Erklärenden nicht zu entsprechen. Man kann es tadeln, daß Zusätze dieser Art Voraussetzungen genannt werden; es steht frei, eine bessere Bezeichnung vorzuschlagen. Man kann auch darüber verschiedener Meinung sein, in welchem Umfange dieser Gesichtspunkt zur Geltung gelangt sei; ihn ganz zu verwerfen, scheint mir keinen Sinn zu haben, wenn man nicht auch die Consequenzen desselben verwerfen will.

— Für die hier vertretene Auffassung haben sich ausgesprochen: Rudorff zu Puchta § 63. 6. Aufl. u. ff., Bähr die Anerkennung S. 15. 62, Unger österr. Erbr. § 18², § 18¹ (anders früher, österr. Privatr. II § 384⁴), Baron Pand. § 60, [[Wächter I § 80, der jedoch den *Mobus* nicht unter die Kategorie der Voraussetzung stellt]], Förster-Eccius II § 150¹⁰, Früza die Lehre von der Novation S. 62; vgl. auch Bachmann röm. Dotat. I S. 31, Brinz 1. Aufl. S. 1533, Hesse Wesen und Arten der Verträge des heut. r. R. S. 58 fg. Juristische Probleme S. 221, Buhl Beiträge zur Lehre vom Anerkennungsvertrag § 3 fg., Lotmar Causa S. 88, Leonhard Irrthum S. 243 fg. Cf. VI. 22, XVI. 6. 104, XVII. 59, XXIV. 36, XXIX. 143, XXXI. 110, XXXVI. 10 (XVIII. 224 wird die Entscheidung irrthümlich, statt auf die ermangelnde Voraussetzung, auf einen wesentlichen Irrthum gegründet). [[f. auch XXXX. 111. 112. XXXIV. 37. Reichsgericht: f. die Citate bei Bekker II S. 375 unt. und RG. XXIV S. 169 (vgl. a. G. dieser Note)]. Gegen die Kategorie des *Mobus*, aber nicht für die Kategorie der Voraussetzung: Hartmann in der obengenannten Schrift, *Adices* zur Lehre von den Bedingungen S. 65 fg., Wendt *Keur. und Gebundenheit* Heft 1 S. 61 fg. Stehengeblieben ist bei der Kategorie des *Mobus*, ohne die der Voraussetzung zu nennen, Scheurl Beiträge II. 2 S. 295 fg. Er findet aber die Rechtfertigung der Zusammenstellung des *Mobus* mit Bedingung und Befristung nicht in der durch ihn herbeigeführten Minderung des wirtschaftlichen Werthes der Gabe, sondern darin, daß das Vermächtniß *sub modo* nicht ohne Cautionsleistung eingefordert werden könne. Die Rückforderbarkeit des Zugewendeten hält Scheurl für eine Wirkung nicht des *Mobus* an und für sich, sondern der Grundsätze des r. R. über die Verreicherung *sine causa*. Aber warum ist die Verreicherung hier *sine causa*? Ausdrücklich gegen die Kategorie der Voraussetzung: Erxleben *condictiones sine causa* Borrede zum zweiten Band, Witte Verreicherungsklagen S. 66 fg., Voigt *condictiones ob causam* S. 515--523, Zimmermann Beiträge zur Theorie der *condictio indebiti* S. 4 fg., *Adices a. a. O.*, Wendt *Keur. und Gebundenheit* Heft 1 S. 19 fg., Pfersche zur Lehre vom f. g. error in substantia S. 21 fg., ders. Verreicherungsklagen S. 94 fg., Gradenwitz über den Begriff der Voraussetzung (Berl. Diff. 1880), Dernburg I § 115 a. G. Es ist durch die Ausführungen dieser Schriftsteller die Ueberzeugung in mir nicht erschüttert worden, daß die Kategorie der Voraussetzung eine fruchtbare, ja unentbehrliche ist. Für eine nähere Ausführung fehlt hier der Raum, und auch das in der 4. Aufl. II § 423⁶ in dieser Beziehung gegen Voigt und Zimmermann Bemerkte habe ich im Interesse der Kürze gestrichen.

— Gegen die Kategorie der Voraussetzung seit der 6. Auflage ferner: Wendt

beschränkung, die nicht zur Bedingung entwickelt ist). Wer einen

Pand. §. 157. 678 (s. aber auch §. 682: vorausgesetzte Obligation). *Renel ACPr. LXXIV §. 213 fg.* (1889). Hipp über Rückforderung wegen Hinfalls des Zwecks. *Gött. Diss.* 1889. Ganz eigenthümlich *Ryf Schulverhältnisse §. 218 fg.*, s. aber auch §. 306 fg. [Gegen die Voraussetzungslehre auch] [*Volze ACPr. LXXVII §. 455 fg.*] [*Regelsberger I § 166, IV, Kunze Sächs. Arch. f. DR. und Pr. II §. 678 fg.*]; [(daß den römischen Juristen die Kategorie der Voraussetzung unbekannt gewesen sei: *Pernice Labeo III passim, insbes. §. 259 fg.* — *Vetter II § 118 („Auflagen“) § 119 („Die Voraussetzungen“)* [bes. §. 374 fg.]: in der Lehre von der Voraussetzung liege ein richtiger Kern, nur sei derselbe bei Windscheid nicht richtig ausgebildet. Bei Willenserklärungen unter Lebenden sei der (ausdrücklich erklärten, oder dem anderen Theile bekannten) Voraussetzung Folge zu geben nur bei ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze oder nach den Geboten der Analogie, wobei bei ausfallenden „Annahmen“ vorzugsweise die cond. indeb. in Betracht komme; bei ausfallenden „Erwartungen“ sei es zweifelhaft, wie weit *condictio causa data causa non secuta* begründet sei. §. 371 *: in der Voraussetzung liege nicht nothwendig ein Abhängigmachen. — *Pfersche die Irrthumslehre des österr. Privatr. §. 223 fg.*] [Das entscheidende Moment in dem als Voraussetzung bezeichneten Thatbestande ist nach Pf., daß die Parteien zwar aussprechen oder erkennen lassen und zwar im Sinne vertragsmäßiger Vereinbarung, daß die Richtigkeit gewisser Annahmen außer dem Geschäftsinhalt ihnen für den Geschäftschluß wichtig und entscheidend war, daß dieselben jedoch nicht vereinbaren, welche Wirkungen eintreten sollen, falls jene Annahmen unrichtig sein sollten.] [*RG. XXIV §. 169 fg.*: eine von den Contrahenten stillschweigend als Beschränkung ihres Willens erklärte Voraussetzung ist „Bedingung“. Ein Anfechtungsgr. findet nur statt wegen „des objectiven Fehlens der von den Beteiligten vorausgesetzten rlichen Beziehung der gewollten Wirkung zu anderweitigen Averbhältnissen der ersteren“. Diese Aufstellung „läßt an Klarheit zu wünschen übrig“. (§. 170 z. 19 v. ob.)] [Vgl. auch *ACPr. LXXVIII §. 169.*] [(Gegen *Renel* (s. ob.), *Windscheid ACPr. LXXVIII §. 161 fg.*; hiergegen *Renel* das. *LXXIX §. 49 fg.*)] [Es ist wohl unzweifelhaft, daß von dem weit aus überwiegenden Theil der Stimmen die Lehre *Windscheids* von der Voraussetzung abgelehnt worden ist, und zu dieser Ablehnung muß sich auch der Herausgeber bekennen. Auszuscheiden ist die Rückforderung wegen nicht erfüllten *Mobus*, die Ungültigkeit wegen mangelnder *Causa* und die Ungültigkeit lehtwilliger Verfügungen wegen Irrthums im Motive. Alle diese Institute beruhen in ihrer eigenen rlichen Ordnung. Uebrig bleibt die Frage, ob bei Willenserklärungen unter Lebenden insbesondere bei Verträgen es irgend eine Anfechtung der Willenserklärung begründet, wenn der Urheber der Erklärung bei derselben eine beliebige Voraussetzung, von der er ausgehe, erkennbar machte (unt. § 98⁵). Dieß ist zu verneinen. Es ist vielmehr erforderlich, daß der andere Theil sich auf die Abhängigkeit des Geschäfts von jener Voraussetzung eingelassen hat, m. a. W., daß zwischen den Parteien die Abhängigkeit des Geschäfts von der Voraussetzung in irgend einem Sinne (Suspensivbedingung, Resolutivbedingung, Rückforderungsgr.) vereinbart ist. Vgl. aus dem zweiten Aufsatz *Renels* besonders die vortreffliche Analyse §. 52—55.]

² Für das, was hier Voraussetzung genannt wird, fehlt es in den Quellen an einer feststehenden technischen Bezeichnung. Gebraucht werden die Ausdrücke *condicio* (vgl. z. B. l. 2 § 7, l. 3 D. 39, 5, l. 8 § 7 D. 28, 7, l. 1 C. 6, 45),

Willen unter einer Voraussetzung erklärt, will ebenfalls, wie derjenige, welcher eine bedingte Willenserklärung abgibt, daß die gewollte rechtliche Wirkung nur bei einem gewissen Zustand der Verhältnisse bestehen solle; aber er geht nicht dazu über, das Dasein der Wirkung von diesem Zustande der Verhältnisse abhängig zu machen. Die Folge davon ist, daß die gewollte rechtliche Wirkung besteht und fortbesteht, auch wenn die Voraussetzung ermangelt. Aber dem wahren, dem eigentlichen Willen des Urhebers der Willenserklärung entspricht das nicht^{2a}, und deswegen ist das Bestehen der rechtlichen Wirkung, obgleich formell gerechtfertigt, doch materiell ohne rechtfertigenden Grund. In Folge davon kann der durch die Willenserklärung Beeinträchtigte³ sich sowohl durch Einrede gegen die aus derselben hergeleiteten Ansprüche schützen, als auch seinerseits einen Anspruch auf Wiederaufhebung der rechtlichen Wirkung gegen denjenigen, zu Gunsten dessen sie eingetreten ist, erheben⁴⁻⁵.

Der Umstand, auf welchen die Voraussetzung gerichtet ist, kann, wie bei der Bedingung ein thatsächlicher, oder ein rechtlicher, ein positiver oder ein negativer, ein vergangener, gegenwärtiger oder zukünftiger sein; eine Verschiedenheit der rechtlichen Behandlung wird

causa (z. B. l. 75 § 2 D 30, l. 23 pr. § 3. 4 D. 12, 6), *modus*. Dieser letztere Ausdruck wird speciell gebraucht zur Bezeichnung der auf eine Zuwendung gelegten Auflage, ohne daß jedoch dadurch gerade auf die Voraussetzungsnatur der Auflage hingewiesen würde, l. 17 § 4 D. 35, 1, l. 3 § 6 D. 37, 5, l. 1 C. 6, 45, rubb. tit. Dig. 35, 1, Cod. 6, 45, 8, 55. Windscheid (*) § 4. S. auch II § 423⁶.

^{2a} Hiermit soll nichts Anderes gesagt sein, als daß der Wille bei Kenntniß bez. Voraussicht der Wirklichkeit der Verhältnisse nicht gefaßt worden sein würde. Eine kurze Bezeichnungsweise hierfür ist wünschenswerth. [[Vetter II § 119^o: gefällster Wille.]]

³ Der Beeinträchtigte ist bei Willenserklärungen unter Lebenden der Urheber der Willenserklärung, bei Willenserklärungen von Todeswegen derjenige, welchem durch die Willenserklärung etwas genommen wird, was er sonst bekommen haben würde. Windscheid (*) S. 68. 69.

⁴ Die römische Form der Einrede ist *exceptio doli* oder *in factum concepta*, die des Anspruchs *condictio (sine causa)*, oder auch, wo die Voraussetzung sich bei einem *contractus bonae fidei* geltend macht, die betreffende *actio bonae fidei*. l. 2 § 3 D. 44, 4, l. 2 D. 12, 7, l. 1 § 5 D. 13, 6, l. 11 § 6 D. 19, 1. Windscheid (*) § 5. 6, und unten II § 423—429.

⁵ Ist das Rechtsgeschäft bei ermangelnder Voraussetzung ungültig oder unwirksam im weiteren Sinne? Einerseits wird hier die Unwirksamkeit zur Geltung gebracht kraft des eigentlichen Willens des Erklärenden, auf der andern Seite aber im Widerspruch mit seinem zur Zeit der Willenserklärung wirklichen Willen. So geht hier der Begriff der Unwirksamkeit im weiteren Sinne in den der Ungültigkeit über (§ 82^{1 a. C.})

durch diese Gegensätze nicht bedingt. Die Voraussetzung kann ferner entweder auf ein Ereigniß, oder auf ein bleibendes Verhältniß gehen; dieser Gegensatz ist insofern von Bedeutung, als eine Voraussetzung der letzteren Art nicht bloß durch Nichtsein, sondern auch durch Wiederaufhören des betreffenden Verhältnisses ermangeln kann⁶.

[§§. zu §§ 97—100 vgl. § 100 a. E.]

§ 98.

Die Voraussetzung kann durch einen ausdrücklichen bei der Willenserklärung gemachten Zusatz erklärt werden; sie kann aber auch ohne ausdrückliche Erklärung aus dem übrigen Inhalt der Willenserklärung sich als gewollt ergeben. Hierher gehört namentlich Folgendes.

1. Jede Willenserklärung hat eine erste Absicht; hinter dieser Absicht können möglicherweise andere Absichten stehen, welche durch das zunächst zu Erreichende ferner erreicht werden sollen, möglicherweise auch nicht, eine erste Absicht hat jede Willenserklärung. Durch die Bezeichnung dieser ersten Absicht nun wird mit Nothwendigkeit auch eine Voraussetzung der Willenserklärung bezeichnet; daß für den Fall ihrer Vereitelung die gewollte rechtliche Wirkung dem wahren Willen des Urhebers der Willenserklärung nicht entspreche, ist ebenso sicher, als daß ohne alle Absicht Niemand eine Willenserklärung abgibt¹.

⁶ Bgl. II § 423¹⁹. — Ein Versuch einer vollständigen Uebersicht der Fälle, in welchen in unseren Quellen eine Voraussetzung anerkannt ist, bei Windscheid (*) § 2. 3.

¹ Ob man sagt: erste Absicht, oder, wie Andere thun: erster Zweck, kommt § 98. auf dasselbe hinaus. Mit dem Ausdruck Absicht wird hingewiesen auf den betreffenden Vorgang in der Seele des Urhebers der Willenserklärung, mit dem Ausdruck Zweck auf das diesen Vorgang hervorrufende [[vorgestellte]] Thatächliche. [[Bekker II §. 148: Zweckbestimmung: die über den ersten Erfolg hinausgehend verbindlich erklärte Absicht der Theiligten.]] (Nur wenn man der § 76² bezeichneten Ausdrucksweise Zitelmann's folgt, darf man nicht von erster Absicht, sondern allein von erstem Zweck reden; vgl. in dieser Beziehung auch Witte Bereicherungsfragen S. 66.) [Zweck, Zweckbestimmung und ähnliche Ausdrücke gebrauchen auch Dernburg I § 95, Bekker II §. 148 fg., Hölder S. 282 fg., Regelsberger I § 167; es bedarf aber mit ihnen der Betonung, daß die causa nur bei Vermögenszuwendungen Sinn hat.] — Eine vollständige Aufzählung der möglichen ersten Absichten (Zwecke) darf die Theorie nicht unternehmen wollen; eine Uebersicht der in unseren Quellen vorkommenden s. bei Windscheid (§ 97 *) S. 85—102 (vgl. damit Bähr Anerkennung § 10, Witte Bereicherungsfragen S. 58—62). Im Einzelnen bemerke man: Absicht zu schenken (dieselbe wird nicht erreicht, wenn die in Schenkungsabsicht gemachte Zuwendung von dem Bereicherten als Schenkung nicht acceptirt wird, vgl. II § 365⁵); Absicht,

2. Wenn bei einer Zuwendung dem Empfänger eine Auflage

eine Verbindlichkeit zu erfüllen (l. 1 § 1 D. 12, 6, l. 2 D. 12, 7, l. 26 § 13 D. 12, 6, l. 58 pr. D. 46, 3 u. a. m., Windscheid Nr. 10—12); Absicht, eine Verbindlichkeit zu erzeugen (bei Windscheid übergangen, s. z. B. l. 32 D. 12, 1); Absicht, den Empfänger zu einer Gegenleistung zu bewegen (l. 1 pr. l. 3 pr. — § 2 D. 12, 4 u. a. m., Windscheid Nr. 19, aber auch Nr. 102); Absicht, der Bedingung einer letztwilligen Zuwendung nachzukommen (l. 1 § 1 D. 12, 4 u. a. m., Windscheid Nr. 22); Absicht, daß das Geleistete bei dem Empfänger eine gewisse Function erfülle, z. B. Arrha oder Dos sei, oder in gewisser Weise verwendet werde (l. 11 § 6 D. 19, 1, l. 7 § 3. l. 8 D. 23, 3, l. 11 D. 12, 4, l. 40 § 5. l. 71 § 3 D. 35, 1 u. a. m., Windscheid Nr. 14. 20. 66. 79); Absicht, dem Empfänger die Geltendmachung einer Befugniß zu sichern oder zu erleichtern, l. 2 § 3 D. 44, 4 u. a. m., Windscheid Nr. 13). Eine früher herrschende, noch immer sehr verbreitete, Ansicht glaubte alle ersten Absichten der Willenserklärungen auf eine Dreitheilung: animus donandi, solvendi, credendi oder obligandi zurückführen zu können. Dagegen Windscheid a. a. O. S. 89, Erleben conditiones sine causa I S. 33, Witte Bereicherungsklagen S. 57, Arndts § 80², Unger II § 95²⁵, Wendt § 39 [Dernburg I § 96⁵, Regelsberger I § 167, II]; vgl. auf der anderen Seite Schlesinger Formalcontracte S. 5—7, Brinz I S. 582. [[Auch Bekker II S. 149 glaubt mit der Dreitheilung auskommen zu können; s. aber auch S. 156]]. Schloßmann zur Lehre von der causa obligatorischer Verträge S. 37 fg. (1868) will an die Stelle jener Dreitheilung die Zweitheilung in animus donandi und animus acquirendi setzen. Aber wie unbestimmt auch dieser animus acquirendi sein mag, er genügt doch nicht (Arrha, Dos). — Beispiele von Absichten, welche nicht erste Absichten sind, in l. 3 § 7 i. f. D. 12, 4, l. 25. 34 [33] C. 2, 4. Windscheid Nr. 62, aber auch Nr. 69. — An die Stelle der hier benutzten Kategorie der ersten Absicht will Witte Bereicherungsklagen S. 55 fg. eine andere setzen. Es könne dann zurückgefordert werden, wenn die Leistung bei dem Empfänger nicht den beabsichtigten „Charakter“ habe. Es ist dieß Vertauschung eines bestimmten Begriffs mit einer unbestimmten Vorstellung. S. jedoch auch Fitting ACPr. LII S. 396. 397. — An die Stelle des „ersten“ Zwecks setzen Andere andere Kategorien: „wirthschaftlicher“ Zweck, Buhl Beiträge zur Lehre von der Anerkennung S. 1 fg. (vgl. auch Fitting a. a. O. und Spaltenstein das specifisch juristische Geschäft S. 9. 26 fg., Venel ACPr. LXXIV S. 230: Zweck, der für die wirthschaftliche Natur der Leistung bestimmend ist [Diese Zwecke sind nach V. entweder Schenkungszweck oder Erlangung eines irgend welchen Aequivalentes; dagegen Windscheid ACPr. LXXVIII S. 169 fg., hinwiederum Venel ACPr. LXXIX S. 64—74; mit Venel stimmen überein: Dernburg und Regelsberger a. a. O.]; auch m. E. ist ihre Auffassung richtig.]; „begrifflicher“ Zweck, Lotmar über causa in r. R. S. 43 fg. — Gegen alle hier bezeichneten Auffassungen erklärt sich Karlowa das Recht und seine Wirkung S. 163 fg., der doch auch seinerseits nicht weiter gelangt, als zu der Idee, daß Niemand einen Willensact schlechthin vornehme, sondern um eines gewissen „Zwecks“ willen, und daß es im einzelnen Falle darauf ankomme, „die Zweckberedung ausfindig zu machen, welche die Ursache des betreffenden Theilwillens ist und ihn erst zu einem vollständigen Gesamtwillen ergänzt“ (vgl. II § 423¹³). [Rindel das Recht und sein Grund 1892 (vgl. auch dessen R. an der Sache 1889 und „die Natur der Sach- und Haftklage“

gemacht wird², so bildet die Erfüllung dieser Auflage die Voraussetzung der Zuwendung. Da die Auflage von dem Urheber der Willenserklärung mit der Zuwendung in untrennbare Verbindung gebracht ist, so entspricht es nach der Annahme des römischen Rechts seinem wahren Willen nicht, daß ohne ihre Erfüllung die Zuwendung bestehe³. —

Aber nicht bloß aus dem übrigen Inhalt der Willenserklärung, sondern auch aus den dieselbe begleitenden Umständen kann sich eine Voraussetzung, ohne daß sie ausdrücklich ausgesprochen ist, als gewollt ergeben. In dieser Beziehung dürfen jedoch Willenserklärungen unter Lebenden und Willenserklärungen von Todeswegen nicht auf gleiche Linie gestellt werden⁴. Bei Willenserklärungen unter Lebenden muß die Voraussetzung aus den begleitenden Umständen nicht bloß überhaupt erkannt werden können, sondern auch von demjenigen, zu Gunsten dessen die Willenserklärung abgegeben worden ist, haben erkannt werden können⁵. Dagegen genügt bei Willenserklärungen von

insbesondere der Condition *RR.* VII §. 236 fg.) stellt die Theorie auf, daß jedes Geschäft eines Grundes bedarf, bei dessen Fehlen es nichtig ist (keine Obligation begründet, kein Eigentum überträgt); möglich sei nur, daß das Vorhandensein des Grundes nicht bewiesen zu werden brauche, sondern umgekehrt der Mangel desselben und damit die Nichtexistenz der Wirkung bewiesen werden müsse (so bei Formalverträgen, abstracter Tradition). Vgl. dagegen Hellmann fr. *BZS.* XXXIV. §. 359 fg., Endemann *ZS.* f. *RM.* XLI §. 242 fg., Dertmann *Gründ.* *ZS.* XXI §. 738 fg.]

² Es wird hier angenommen, daß die Erfüllung der Auflage nicht die erste Absicht der Willenserklärung bilde. Windscheid *Rr.* 66. 68. 79. [Vgl. über die Auflage: Dernburg I § 115, I, Wendt § 58, Bekker II § 118, Hölder § 54, Hegelsberger I § 166, Pernice *Labeo* III §. 1 fg., Venel *ACPra.* LXXXIX §. 75 fg.; uut. § 368 zu ¹² *is* § 428². § 556. § 636.]

³ *L. 8 C. 4, 6, l. 1. 3 C. 8, 54 [55], l. 1 C. 6, 45 u. a. m.* Windscheid *Rr.* 68. 79. — Es muß sicher sein, daß der Zuwendende auch wirklich eine Auflage habe machen, nicht bloß einen Rath habe ertheilen wollen (*l. 2 § 7 D. 39, 5, l. 18 § 2 D. 24, 1, l. 71 pr. D. 35, 1, l. 114 § 14 D. 30, l. 38 § 4. l. 93 pr. D. 32*), und ferner, daß die Auflage auch wirklich eine Auflage auf die Zuwendung sei (*l. 28 § 1. l. 32—36 pr. D. 27, 1*). Windscheid *Rr.* 69. 79. Von der anderen Seite braucht die Auflage nicht ausdrücklich gemacht zu sein, *l. 28 D. 39, 5* (wo der Schluß von der *actio praescriptis verbis* auf die *condictio* ein sicherer ist).

⁴ Ueber die Gründe, warum dieß nicht zulässig ist, s. Windscheid *Rr.* 57.

⁵ Speciell gegen die f. g. *clausula rebus sic stantibus*: *Sf.* VI. 137, VIII. 258, X. 7, XXXIV. 268. — Daß aber, wenn das im Text bezeichnete Erforderniß erfüllt ist, auch bei Willenserklärungen unter Lebenden ein irgendwelches Hervortreten der Voraussetzung in der Willenserklärung selbst nicht erforderlich ist, dafür u. a. *l. 32 § 27 i. f. D. 24, 1, l. 43 § 1 D. 26, 7*. Windscheid *Rr.* 71—77.

Todeswegen, daß jetzt, wo die Willenserklärung der rechtlichen Beurtheilung unterzogen wird, aus den begleitenden Umständen die Ueberzeugung gewonnen werden könne, daß der Erblasser eigentlich nur unter der Voraussetzung eines bestimmten Zustandes der Dinge gewollt habe. Mit anderen Worten: für Willenserklärungen von Todeswegen ist der Satz aufzustellen, daß sie als unwirksam angefochten werden können, sobald nachgewiesen werden kann, daß der Erblasser, wenn er den wirklichen Zustand der Dinge zur Zeit seiner Verfügung, oder die Gestalt der selben, wie sie seitdem eingetreten ist, gekannt hätte, die Verfügung nicht gemacht haben würde⁶.

§ 99.

Ist die Voraussetzung gerichtet auf eine Handlung desjenigen, zu dessen Gunsten die Willenserklärung abgegeben worden ist, so kann demselben zugleich eine Verpflichtung zur Vornahme dieser Handlung auferlegt sein. Man darf nicht sagen, daß das Eine mit dem Anderen unverträglich sei, daß die Verpflichtung die Voraussetzung ausschliesse. Möglich ist es allerdings, daß in der Auferlegung der Verpflichtung von der Voraussetzung Abstand genommen sei, aber nöthig ist dieß nicht; um es annehmen zu können, ist ein besonderer Grund erforderlich¹. Nur das kann gefragt werden, ob nicht wenigstens

§f. III. 323, XXXVI. 10. RG. XIX §. 262, XXI §. 180. Hierher gehört auch die Willenserklärung auf Grund eines Rechnungsfehlers. §f. X. 147, XIII. 87, XVII. 22, XXXVI. 257, XXXVII. 287, vgl. auch XV. 12. [[Jemand wird zum Abschluß eines Vertrages bestimmt durch eine Angabe des andern Vertragsschließenden, bei welcher derselbe in gutem Glauben ist: Mecklenb. 3§. X §. 10 fg.]]

⁶ Mit Rücksicht auf die vergangene und gegenwärtige Voraussetzung läßt sich das auch so ausdrücken: bei Willenserklärungen von Todeswegen ist der Irrthum im Beweggrunde Unwirksamkeitsgrund (§ 78). Freilich ist dazu erforderlich, daß der Irrthum wirklicher Bestimmungsgrund, nicht bloß Veranlassung gewesen sei (§ 31 I. 2, 20, I. 17 § 2 D. 35, 1); aber ist es sicher, daß ohne den Irrthum in der That die Verfügung nicht getroffen worden sein würde, so ist sie hinfällig. Die Hauptstelle ist I. 72 § 6 D. 35, 1. „Falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret. Sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse“. Vgl. Windscheid §. 139. 140, Unger österr. Erbr. § 13². Anwendungen in I. 5 C. 6, 23, I. 4. 7 C. 6, 24, I. 10 C. 6, 37, I. 28 D. 5, 2, I. 93 [92] D. 28, 5 u. a. m. Windscheid Nr. 26—28. 58. 81—83 und in diesem Lehrbuch III § 556. 636, Bangerow II § 431 Anm. 2, Weil 3§. f. ER. u. Pr. R. §. XX §. 100 fg., Unger österr. Erbr. § 13². Nicht so weit wollen gehen Savigny III §. 377 fg. Sententis III § 171⁶⁰.

§ 99. ¹ Einen solchen besonderen Grund sehen I. 4. 7 C. 4, 64 in dem Abschluß einer Stipulation über die auferlegte Verpflichtung, indem sie davon ausgehen,

davon ausgegangen werden müsse, daß die Erfüllung der Verpflichtung zunächst und vorzugsweise gewollt sei. Dieser Gesichtspunkt findet sich wirklich durchgeführt bei Willenserklärungen von Todeswegen², während bei Willenserklärungen unter Lebenden, wenn die Auflage zum Besten des Urhebers der Willenserklärung selbst hinzugefügt ist, es ihm, wie seinen Erben, überlassen bleibt, ob sie die Verpflichtung geltend machen wollen oder die Voraussetzung³; nur da, wo die Auflage zu Gunsten eines Dritten gemacht ist, geht auch hier

daß die Stipulation novandi animo abgeschlossen worden sei, was doch nicht notwendig ist (l. 71 pr. D. 17, 2). Daß durch die actio praescriptis verbis die Rückforderung wegen ermangelnder Voraussetzung nicht ausgeschlossen werde, ist in zahlreichen Stellen der Quellen anerkannt, s. u. a. l. 5 § 1. 2 D. 19, 5 (übrigens auch II § 418¹¹ c.). Windscheid Nr. 100. 101; im Allgemeinen übereinstimmend Erleben cond. sine causa II S. 349 fg. 479 fg.; abweichend für das heutige R. Schlesinger Formalcontracte S. 199, Wendt Neur. und Gebundenheit Heft 1 S. 97 fg. Pand. S. 686. Darüber besteht kein Zweifel, daß alle Rückforderung wegen nicht erfolgter Handlung des Empfängers wegfällt, sobald ein zweiseitiger Contract vorliegt; denn dann ist gar nicht um der Handlung des Empfängers, sondern um der eigenen Verpflichtung willen geleistet worden. Windscheid Nr. 102, Erleben a. a. O. II S. 471 fg. Vgl. II § 321, 2.

² Daher geht namentlich, wenn die Erfüllung eines Vermächtnisses verweigert wird, der Vermächtnisnehmer dem durch die Zuwendung, auf welche das Vermächtnis gelegt ist, Beschränkten (welcher die Ermangelung der in dem Vermächtnis liegenden Voraussetzung geltend zu machen befugt wäre) vor. Bei testamentarischen Auflagen, die keine Vermächtnisse sind, z. B. dem Erblasser ein Grabdenkmal zu errichten, wird in verschiedener Weise geholfen. Ist die Zuwendung, auf welche die Auflage gelegt ist, ein Vermächtnis, so braucht das Vermächtnis dem Bedachten nicht eher verabsfolgt zu werden, bis er Sicherheit für die Erfüllung der Auflage geleistet hat (l. 19 D. 32, l. 80 D. 35, 1, l. 40 § 5. l. 71 eod. l. 7. 48 D. 40, 5). Ist die Auflage einem Erben gemacht, so kann auf Erfüllung der Auflage (oder Sicherheit dafür) bei der Erbtheilung gedrungen werden (l. 18 § 2 D. 10, 2, l. 7 D. 33, 1); aus bewegenden Gründen schreitet sogar das Gericht mit außerordentlichem Zwange ein (l. 7 cit., l. 50 § 1 D. 5, 3), und so auch bei Vermächtnissen, wenn sie ohne jene Sicherheitsleistung erlangt worden sind (l. 92 D. 35, 1). In letzter Linie wird aber auch bei letztwilligen Verfügungen die Voraussetzungs-natur der gemachten Auflage herausgekehrt, und bei Nichterfüllung derselben dem Bedachten das ihm Zugewendete zu Gunsten des durch ihn Beschränkten genommen (l. 17 D. 33, 2, l. 24 § 16 D. 40, 5, l. 1 § 3 D. 27, 2, l. 8 § 6 D. 28, 7). Windscheid Nr. 104. 106, Erleben cond. sine causa II S. 270—289 (welcher aber [S. 285¹⁰], die Anwendbarkeit des Gesichtspunktes der Voraussetzung auf die Erbeseinsetzung leugnet); vgl. auch Hartmann über Begriff und Natur der Vermächtnisse S. 42 fg.

³ Der Empfänger der Leistung kann nicht etwa verlangen, daß diese Personen, bevor sie die Voraussetzung geltend machen, die ihnen zu Gebote stehenden Zwangsmaßregeln, um die Erfüllung der Verpflichtung zu erwirken, gegen ihn anwenden. Jedenfalls in seinem Interesse ist es nicht, daß vorzugsweise die Erfüllung der Auflage gewollt ist.

dieser Dritte in der Geltendmachung der Verpflichtung dem Urheber der Willenserklärung, wie seinen Erben, in der Geltendmachung der Voraussetzung vor⁴.

§ 100.

Unerlaubte Voraussetzungen werden bei Verfügungen von Todeswegen behandelt, wie unerlaubte Bedingungen, d. h. wenn die Verfügung eine Liberalität enthält, werden sie als nicht hinzugefügt angesehen, sonst machen sie die Verfügung ungültig¹. Bei Willenserklärungen unter Lebenden ist ihre Behandlung diese: trifft der Vorwurf den Empfänger, so kann der Geber die Unwirksamkeit seiner Willenserklärung geltend machen trotz der Erfüllung der Voraussetzung; trifft der Vorwurf den Geber, so kann er die Wirksamkeit seiner Willenserklärung nicht geltend machen trotz der Nichterfüllung der Voraussetzung; trifft der Vorwurf beide Parteien, so kann sich auf das Geschäft keine von beiden berufen, weder der Empfänger auf die Willenserklärung, noch der Geber auf die Ermangelung der Voraussetzung, und es wird daher der bestehende thatsächliche Zustand aufrecht erhalten².

Unmögliche (von Anfang an unmögliche) Voraussetzungen machen Willenserklärungen unter Lebenden von vorn herein unwirksam³, mit Ausnahme jedoch der Schenkungen, bei denen sie, wie bei Willenserklärungen von Todeswegen, wenn nicht diese ausnahmsweise keine Liberalität enthalten, für nicht geschrieben zu erachten sind⁴.

Ist die Erfüllung der Voraussetzung nicht von Anfang an unmöglich, sondern wird sie erst hinterher unmöglich, so ist die Regel,

⁴ Natürlich muß er aber ein klagbares und unwiderrufliches Forderungsr. erworben haben. Das Nähere gehört nicht hierher. Vgl. Windscheid Nr. 105, Erleben a. a. O. S. 296—310, und unten II § 316⁵⁻¹⁶⁻¹⁰.

§ 100. ¹ L. 37. 71 § 2 D. 35, 1 (l. 44 D. 40, 4), l. 7 i. f. D. 33, 1, l. 13 § 1 D. 50, 12. Jedoch kann es auch sein, daß eine Conversion der Auflage als das dem Sinne des Erblassers am meisten Entsprechende erachtet werden muß, l. 16 D. 33, 2, vgl. l. 6 [4] D. 50, 3. S. noch l. 9 C. 1, 11. Windscheid Nr. 108.

² L. 1—4 D. 12, 5, l. 2. 4—6 C. 4, 7. Vgl. II § 428 Abs. 2. 3.

³ L. 3 § 5 D. 12, 4, l. 5 D. 12, 7, l. 59 § 2 D. 23, 3, l. 1. 5. 6 C. 4, 6. Erleben a. a. O. S. 452 fg.

⁴ Für Willenserklärungen von Todeswegen ist entscheidend die Analogie der Bedingungen und der unerlaubten Voraussetzungen, vgl. auch l. 6 pr. D. 35, 1. Cf. XXXIV. 314. Was Schenkungen angeht, s. l. 8 C. 4, 6, Windscheid Nr. 111. A. M. Erleben a. a. O. S. 461—463.

daß, in gleicher Weise bei Willenserklärungen von Todeswegen wie bei Willenserklärungen unter Lebenden, Unwirksamkeit der Willenserklärung eintritt. Es machen sich aber bedeutende Modificationen dieser Regel in dem Fall geltend, wo der Empfänger der Leistung an der Unmöglichkeit nicht Schuld ist. In diesem Falle wird 1) bei Willenserklärungen von Todeswegen von der wirklichen Erfüllung der Voraussetzung abgesehen, sobald der Empfänger das Seinige zu ihrer Erfüllung gethan hat⁵; 2) geht die Voraussetzung geradezu auf eine Handlung des Empfängers, so gilt bei allen Willenserklärungen, ohne Unterschied zwischen Willenserklärungen unter Lebenden und von Todeswegen, die bloße schuldlose Unmöglichkeit der Erfüllung gleich⁶. Jedoch wird dieser letztere Satz nicht unbedingt durchgeführt, nämlich da nicht, wo Jemanden etwas zur Verwendung in eigenem Interesse gegeben worden ist, oder zur Verwendung in fremdem Interesse, ohne daß die Absicht vorlag, ihm eine Liberalität zu erweisen⁷.

[Das BGB. hat die Lehre von der Voraussetzung im Sinne Windscheids nicht aufgenommen. Schon der erste Entw. hatte dieselbe nicht allgemein anerkennen wollen, jedoch in vielen einzelnen Beziehungen mit dem Begriff der Voraussetzung operirt. (Mot. I S. 248 fg.) Dieß alles ist aber später ausgemerzt. Anerkannt ist im BGB., daß derjenige, welcher eine Leistung ohne rechtlichen Grund macht, dieselbe nach den Grundsätzen von der ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern kann (812), und wer ohne rechtlichen Grund eine Verbindlichkeit eingeht,

⁵ L. 71 § 3 D. 35, 1 (vv. quod si nolit eam uxorem ducere, causae legati, quod ad mulieris personam attinet, satisfactum intelletur). L. 6 pr. eod., l. 1 C. 6, 45. Vgl. § 92.

⁶ Diese, dem Wesen der Voraussetzung nicht entsprechende, Behandlung hat sich unter dem Einflusse der die Voraussetzung begleitenden Verpflichtung ausgebildet. Doch wird für Willenserklärungen unter Lebenden die entgegengesetzte noch vorgetragen in l. 16 D. 12, 4 (Celsus). S. dagegen l. 5 § 1 D. 19, 5 (Paulus) und vor Allem die allgemein redende l. 10 C. 4, 6 (Diocletian und Maximian). Vgl. ferner l. 8. 11 C. eod., l. 1 § 13 D. 50, 13. l. 3 § 3. l. 5 pr. D. 12, 4. Windscheid Nr. 110. 111. 113. Bangerow III S. 233 fg. (7. Aufl. S. 208 fg.) und die dort Citirten. A. W. Erxleben a. a. O. S. 386—444, welcher die Regel der l. 10 C. cit. nur da angewendet wissen will, wo die Leistung unter der Voraussetzung einer Handlung des Empfängers in einen tauschartigen Contract übergehe. S. auch Brinz 1. Aufl. S. 408; anders 2. Aufl. II S. 540. Was letztwillige Verfügungen angeht, s. l. 8 § 7 (vgl. § 6) D. 28, 7, l. 17 pr. D. 31, l. 8 D. 34, 1, l. 51 § 2 D. 40, 5. A. W. auch hier Erxleben a. a. O. S. 444—452, welcher als Regel nur zugeben will, daß die Voraussetzung als erfüllt anzusehen sei, wenn ihre Erfüllung an der verweigerten Mitwirkung einer dritten Person scheitert.

⁷ L. 2 § 7 D. 39, 5, l. 20 § 1 D. 38, 2, l. 7. l. 24 § 12. 16 D. 40, 5. Windscheid Nr. 112. 113. Anders stellt die Ausnahmen Witte Bereicherungsfragen § 14. 17.

eine dem Befreiungsanspruch gegenüber selbständige Einrede hat (821). Wie weit dieß trägt, ist im Obligationenrecht zu untersuchen (unt. § 421 fg.). Hierzu kommen einzelne auf besonderem Grunde ruhende Bestimmungen, wie §§ 610, 779, 605, 1, 1301, 2077, die man allenfalls mit der Voraussetzungslehre in Verbindung bringen kann; das Gesetz selbst thut dieß jedoch nicht. Am nächsten steht der „Voraussetzung“ der „nach dem Inhalt des Vertrages als feststehend zu Grunde gelegte Sachverhalt“, dessen Unrichtigkeit nach Maßgabe des § 779 den Vergleich unwirksam macht, vgl. unt. § 414. S. auch BGB. 459 Abs. 1. Im übrigen bewendet es bei den Bestimmungen über Anfechtung der Rechtsgeschäfte wegen Irrthums. Von Auflage spricht das Gesetz bei der Schenkung (525 fg.) und statirt dabei sowohl Verpflichtung zur Vollziehung (525), wie ein beschränktes Rückforderungsrecht wegen Nichtvollziehung (527); (vgl. unt. § 368). Ferner lennt das BGB. die Auflage als eine letztwillige Belastung des Erben oder eines Vermächtnisnehmers mit einer Leistungspflicht ohne Begründung eines Rechts eines Andern auf die Leistung (1940). Eine solche Auflage kann auch durch Erbvertrag begründet werden (2278). Ueber die Verpflichtung zur Vollziehung vgl. 2194, über Rückforderung mangels Vollziehung § 2196; (vgl. unt. §§ 556, 636).]

III. Unerlaubtes Verhalten*.

§ 101.

Es gibt zwei Arten des unerlaubten Verhaltens.

1. Rechtsverletzung, d. h. Verletzung eines subjectiven Rechts. Das Verhalten ist deswegen unerlaubt, weil es sich in Widerspruch setzt mit dem Recht einer andern Person. Von den Folgen der Rechtsverletzung wird in dem folgenden Kapitel (§ 122 fg.) besonders gehandelt werden.

2. Verbotenes Verhalten (Vergehen, Delict). Das Verhalten widerspricht einem besonderen Verbot des Rechts¹. Das verbotene Verhalten kann zugleich die Verletzung eines subjectiven Rechts sein — die Rechtsordnung hat das Verhalten noch einmal besonders verboten²; oder es kann die Verletzung eines subjectiven Rechts nicht sein — die Rechtsordnung hat es dennoch verboten². Die privatrechtliche Folge der Uebertretung eines Rechtsverbots³ besteht entweder

* Wächter I § 85—89. Württemb. Privatr. II § 109—114, Unger II § 100—102. Vgl. auch Reuner Wesen und Arten der Privatverhältnisse (1866) S. 162—211. [Dernburg I § 86, Wendt § 69—72, Hölder § 59, Regelsberger I § 178, 179.]

§ 101. ¹ Hierauf geht der Ausdruck verbotenes Verhalten, der also hier in einem besonderen technischen Sinn gebraucht wird.

^{2a} Beispiel: Diebstahl.

² Beispiel: Betrug.

³ Die öffentliche Strafe als Folge der Uebertretung eines Verbotes kommt

in der Erzeugung eines obligatorischen Rechts für den Verletzten auf Strafe oder Ersatz, hiervon ist näher im Obligationenrecht zu handeln (II § 326) — oder in dem Verluste eines Rechts oder einer Rechtsstellung für den Vergeher (Verwirkung), das Nähere hierüber wird bei den einzelnen Rechten, bei denen sich die Wirkung geltend macht, angegeben werden^{2a}.

An diesen Ort gehören folgende allgemeine Bemerkungen in Betreff des unerlaubten Verhaltens überhaupt.

1. Unerlaubt kann nicht bloß ein Thun, sondern auch ein Unterlassen sein^{2b}.

2. Unerlaubt ist ein Verhalten entweder schon durch seinen Erfolg an sich⁴, oder es muß hinzukommen, daß dem Urheber aus seinem Verhalten ein Vorwurf gemacht werden kann, daß ihn eine Schuld trifft⁵. Als Schuld wird aber bald nur gerechnet das positive Wollen des eingetretenen Erfolges im Bewußtsein der Rechts-

hier nicht in Betracht. Ueber die Bemühungen der neueren Strafwissenschaft, ein principielles Kriterium für das mit öffentlicher Strafe (bez. überhaupt mit Strafe) zu belegende Unr. (f. g. Criminalunr. im Gegensatz des Civilunr.) zu gewinnen, kann man sich in Kürze unterrichten aus der Abhandlung von Zucher, Grünh. *Zeitsch.* IX S. 492 fg. (1882). Hälschner *das gem. deutsche Strafr.* I S. 15 fg. (1881). v. Liszt *Lehrbuch des deutschen Strafr.* § 24. Binding, *Normen* 2. Aufl. I S. 287 fg. (1890), [*Sjögren Jahrb. f. Dogm.* XXXV S. 337 fg.]

^{2a} Beispiele: I § 169 a²⁰, I § 196¹, II § 263, 2, b.

^{2b} Unerlaubt ist z. B. die Nichtbefriedigung des Gläubigers durch den Schuldner.

⁴ Z. B. die Inbesitznahme einer fremden Sache.

⁵ Culpa. Das Hauptwerk über diesen Gegenstand ist: F. Ehr. Hesse die Culpa des römischen Rechts (1815), 2. Ausg. von Bethmann-Hollweg (1838). Vgl. außerdem: v. Böhr *Theorie der Culpa* (1806). Beiträge zur Lehre von der Culpa (1808). *Magazin f. RW. u. Gesetzg.* IV Nr. 25 (1844). Fr. Mommsen *Beiträge zum Obligationenrecht* III S. 345 fg. (1855). A. Pernice *Labeo* II S. 60 fg. 290 fg. (1878). [*3n* 2. Aufl. erschien 1895 B. II Abth. 1 „dolus malus und bona fides“. — *Fahrlässigkeit und Verzug* sehen noch aus.] S. auch Hesse zur Lehre von dolus und culpa, *ACPr.* LXI S. 203 fg. (1878). Keine Beachtung verdient F. W. Schaaß *Abhandlungen aus dem Pandektenr.* I. Band. Zur Lehre von der Culpa (1858); vgl. fr. Ueberschau VI S. 254—257 (aber auch A. Pernice zur Lehre von den Sachbeschädigungen S. 64 fg.). Das italienische N. nach dem *codice civile* stellt dar das umfassende Werk von G. P. Chironi *la colpa nel diritto civile odierno*. 3 voll. Torino 1884. 1887. Vgl. *EBI.* f. *RW.* VI S. 434 fg. Darüber Landsberger *Grünh.* *Zeitsch.* XVII S. 196 fg. — Die Lehre von der Schuld ist keineswegs eine bloß obligatorische, obgleich sie bei Obligationen eine besondere Ausbildung erfahren hat (f. II § 265); für dingliche Ansprüche hat der Begriff der Schuld ganz dieselbe Bedeutung, wie für obligatorische.

widrigkeit desselben, die Arglist⁶, bald auch der Mangel der gehörigen Sorgfalt, durch welche der eingetretene Erfolg hätte vermieden werden können, die Nachlässigkeit⁷.

3. In Betreff der Nachlässigkeit ist folgendes Nähere zu bemerken.

a. Der Maßstab, nach welchem bemessen wird, ob ein Benehmen den Vorwurf der Nachlässigkeit verdient oder nicht, ist der eines ordentlichen Mannes; als Nachlässigkeit wird jedes und andererseits nur ein solches Benehmen angesehen, welches ein ordentlicher Mann sich nicht zu Schulden kommen läßt⁸. Jedoch kommt es bei obliga-

⁶ Dolus. Auf das Motiv des Wollens kommt es nicht an, nur scheuen die Römer da, wo dieses Motiv kein niedriges und gemeines ist, die Bezeichnung der Handlung als dolus (wegen der infamirenden Wirkung der actio doli), [s. auch Regelsberger I § 179 zu¹] und stellen sie unter den allgemeinen Begriff der culpa. L. 7 § 7 D. 4, 3, l. 5 pr. D. 11, 3, l. 7 pr. D. 16, 3, l. 8 § 10 D. 17, 1. Paffe S. 75—79, Mommsen S. 348¹; theilweise abweichend Pernice a. a. O. S. 405 fg 408. Ueber den Begriff des dolus überhaupt vgl. aus der neuesten Zeit Binding Normen II S. 269 fg. (1877), Pernice a. a. O. S. 60 fg., vgl. 378. [2. Aufl. S. 134 fg.] Dieser letztere Schriftsteller unterscheidet: a) dolus bei Vergehen =: unfittliche Absicht des widrigen Erfolgs; b) dolus im Verkehrsr. namentlich bei der a. doli als einer Ergänzung der dem Verkehr dienenden Klagen, — hinterlistige Veranstellung zum Nachtheile eines Anderen. [Aehnlich Dernburg I § 86 zu⁴. S. auch unt.¹⁰c.] Was den deutschen Ausdruck Arglist angeht, vgl. PÖD. Art. 107 „mit Wissen, fürfehllich und arglistig“, Art. 146 „arglistig und mit Willen“, Art. 173 „arglistig“.

⁷ Neglegentia, desidia etc. Die eigentliche technische Bezeichnung dieses Begriffs im r. R. ist jedoch die allgemeine: culpa, so daß dieser Ausdruck dadurch eine specielle Bedeutung gewinnt, in welcher er dem dolus entgegengesetzt wird. Dieß ist der regelmäßige Sprachgebrauch. Stellen, in denen culpa Schuld im Allgemeinen bedeutet, sind z. B. l. 5 § 1 D. 9, 2, l. 3 D. 16, 3, l. 91 § 3 D. 45, 1, l. 38 D. 24, 3, l. 8 § 10 D. 17, 1. Vgl. Pernice a. a. O. S. 57 fg. 237 fg. [2. Aufl. S. 129 fg., zutreffend gegen die Ansicht, daß culpa technisch in einem den Dolus mitumfassenden Sinne gebraucht werde.] — In der Nachlässigkeit liegt ein Mangel an der gehörigen Geistesanspannung. Dieß drückt das deutsche Wort gut aus. Fhering Zweck im R. II S. 66 fg. Brinz 2. Aufl. II S. 156: Nicht-nichtwollen.

⁸ L. 31 D. 9, 2: — „culpam autem esse, quod, cum a diligente provideri potuerit, non esset provisum“. L. 13 § 1. l. 14 D. 13, 7: — „venit . . et culpa . . ea igitur, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur“. L. 12 [11] D. 18, 6 (3S. für CFI. und Pr. R. §. IV S. 281. VIII S. 101. IX S. 278 fg., Arnolds § 86¹, Mommsen in seiner Ausgabe): — „si conditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinobit“. L. 137 § 2. 3 D. 45, 1. [Dernburg I § 86 zu⁹ ¹⁰ betont, daß der Maßstab ein abstracter ist, auf die Beschaffenheit der Person, welche man gerade vor sich hat, es nicht ankommt; so

torischen Verhältnissen ausnahmsweise vor, daß dem Verpflichteten nur diejenige Nachlässigkeit angerechnet wird, welche er in eigenen Angelegenheiten nicht zu begehen pflegt⁹.

daß sie sich auf ihre Beschränktheit, üble Gewohnheiten nicht berufen kann, während man ihr andererseits ihre außerordentliche Begabung nicht vorhalten kann. Dieß ist richtig, (vgl. auch Hölder §. 314¹, Regelsberger I § 179, II, A.); ist aber auch das Individuum und seine Eigenheiten nicht zu berücksichtigen, so ist doch maßgebend, was für eine Kategorie von Menschen man vor sich hat. Der „ordentliche Mann“ ist nur ein ganz allgemeiner Typus; für die Anwendung ist in jedem Falle der engere Begriff der Art von Menschen zu substituiren, zu welcher derjenige gehört, dessen Verhalten zu beurtheilen ist. Dieß wird von Regelsberger a. a. O. 2 insofern anerkannt, als er da, wo es sich um das Verhalten in einer bestimmten Berufstätigkeit handelt, den Maßstab des ordentlichen Kaufmannes, Baumeisters, Arztes zu Grunde legen will. Es ist aber m. E. auch außerhalb von Berufstätigkeiten nicht anders. Die Sorgfalt einer ordentlichen Frau ist m. E. eine andere als die eines ordentlichen Mannes, die eines ordentlichen Burschen von 15 Jahren eine andere als die eines gereiften Mannes, die eines Gebildeten eine andere als die eines Ungebildeten und nicht richtig würde es sein, diese Unterschiede zu ignoriren. Mit Recht sagt Dernburg, daß das Verschulden auch darin beruhen kann, daß Jemand etwas unternimmt, was er nicht versteht und kann (I. 8 D. 9, 2, I. 9 § 5 D. 19, 2, I. 1 § 5 D. 9, 1); allein es ist auch möglich, daß die Verantwortung für das Unternehmen ihn nicht trifft; z. B. wenn ich einem Uhrmacherlehrling, wissend, daß er noch Lehrling ist, um ihm einen kleinen Verdienst zuzuwenden, selbständig eine Uhr zur Reparatur anvertraue, so kann ich von ihm nur die Kunst des ordentlichen Lehrlings verlangen. Eine andere Grenze zieht Dernburg selbst §. 203 oben.] Die Ansicht, daß es auch bei Aufwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Mannes noch eine Nachlässigkeit gebe (s. g. culpa levissima), ist jetzt vollständig beseitigt. Vgl. Hæsse § 24—26 und §. 414, Bangerow I § 107 Anm., Unger II §. 237—240, Pernice a. a. O. §. 334 fg. Zweifelnd zwar wieder Brinz §. 594 in der 1. Aufl., aber s. jetzt 2. Aufl. II §. 258. Richtig ist, daß Jemand unter Umständen für einen widerwilligen Erfolg haftbar sein kann, obgleich er nicht unterhalb der Sorgfalt eines ordentlichen Mannes geblieben ist, wenn nur der Erfolg durch eine noch mehr gesteigerte Fürsorge hätte abgewendet werden können; aber dann haftet er nicht weil er nachlässig war, sondern trotzdem daß er nicht nachlässig war. Vgl. mit Baron ACPr. LII §. 44 fg. Goldschmidt 3S. f. 58. XVI §. 326 fg., und unten II § 264². [Hölder §. 314 Anm. ¹, Regelsberger I § 179, II. Hierher gehören auch die vorzüglichen Aufsätze von Unger: Handeln auf eigene Gefahr, Jahrb. f. Dogm. XXX §. 363 fg. (1891) und: Handeln auf fremde Gefahr das. XXXIII §. 299 fg. (1894), ferner R. Merkel die Collision römischer Interessen und die Schadensersatzpflicht bei römischen Handlungen (1895); dazu v. Blume fr. BZS. XXXVIII §. 199 fg., Sjögren zur Lehre v. d. Formen des Unrechts und den Thatbeständen der Schadensstiftung das. XXXV §. 343 fg., M. Mümelin der Zufall im R. (1896), derselbe die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen BGB. zur objectiven Schadensersatzpflicht (1896), E. Jung Delict u. Schadensverursachung (1897), bef. § 11.]

⁹ L. 72 D. 17, 2. „Socius socio etiam culpae non tenetur, i. e. disidiac atque negligentiae. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est; sufficit enim talem diligentiam communibus rebus

b. Gewisse Arten der Nachlässigkeit werden, wenn auch nicht durchweg, rechtlich behandelt wie die Arglist. Es sind dies

- a) die Nachlässigkeit, welche über alle Grenzen geht¹⁰,
- β) die Nachlässigkeit, welche der Nachlässige in eigenen Angelegenheiten zu vermeiden weiß^{10a}.

adhibere, qualem suis rebus adhibere solet“. Das Nähere im Obligationenr. (II § 265, 5).

¹⁰ Eine solche Nachlässigkeit heißt technisch culpa lata. L. 213 § 2 D. 50, 16. „Lata culpa est nimia negligentia, i. e. non intellegere, quod omnes intellegunt“. L. 223 pr. D. eod. „Latae culpae finis est, non intellegere id, quod omnes intellegunt“. [Regelsberger I § 179, II, A, 1.] Von einer Nachlässigkeit dieser Art heißt es, daß sie „prope dolum est“ (l. 29 pr. D. 17, 1), „dolo comparabitur“ (l. 1 § 1 D. 11, 6), oder geradezu „dolum est“ (l. 226 D. 50, 16, l. 32 D. 16, 3). Vgl. außerdem l. 8 pr. D. 2, 13 in Verbindung mit l. 9 § 4 D. 10, 4, l. 2 § 5 D. 18, 4, l. 7 § 1 D. 26, 10, l. 5 § 15 D. 36, 4, l. 1 § 5 D. 44, 7, l. 8 § 3 D. 43, 26, l. 1 § 2 D. 47, 4. — Rommsen Beitr. III S. 347 fg. hat es versucht, diese Art der Nachlässigkeit auf den Begriff des unentschuldbaren Irrthums zurückzuführen. Dagegen Windscheid Heidelb. tr. 3 S. II S. 278 fg., Pernice a. a. O. S. 423, Hesse a. a. O. S. 255 fg. — Bindig die Normen II S. 338 fg. ist der Ansicht, daß die citirten Stellen unter culpa lata nicht sowohl Nachlässigkeit verstehen, welche wie Arglist behandelt werde, als vielmehr Arglist geradezu — rvidrigen Vorsatz, nur ohne Niedrigkeit und Gemeinheit des Motivs. Es ist allerdings richtig, daß der Ausdruck culpa lata auch zur Bezeichnung einer Arglist dieser Art verwendet wird (l. 8 § 10 D. 17, 1, vgl. l. 7 pr. D. 16, 3, f. auch *); aber der Versuch, nachzuweisen, daß der Ausdruck nur diesen Sinn habe, führt Bindig zu Interpretationen, die, wie mir scheint, gewaltsam oder geradezu unmöglich sind. S. namentlich l. 1 § 1 D. 11, 6, l. 29 pr. § 3 D. 17, 1, l. 1 § 5 D. 44, 7, l. 1 § 2 D. 47, 4. (In der l. 29 pr. D. 17, 1 geht der Ausdruck „sciens“ darauf, daß der Bürge die Einrede gekannt, nicht darauf, daß er bei der Zahlung an dieselbe gedacht habe.) Ausführlich gegen Bindig s. auch Pernice a. a. O. S. 377 fg.; ferner gegen Bindig Rommsen Erdörter. II S. 198^a. [Dernburg I § 86, 1.] — Ein besonderer Fall der culpa lata ist der, wo Jemand in frevelhaftem Uebermuth handelt, ohne die nächstliegenden Folgen seiner Handlung zu bedenken. Die Quellen sprechen in diesem Fall von lascivia, luxuria, lusus perniciosus. Vgl. l. 50 § 4 D. 47, 2, l. 4 § 1 D. 48, 8 vgl. mit Coll. I. 11 § 2, l. 6 § 7 D. 49, 16, Coll. XII. 5 § 2. Bindig a. a. O. S. 366 fg. nimmt auch in diesem Falle rvidrigen Vorsatz an. Vgl. andererseits Herrmann Arch. f. Criminalr. N. F. 1856 S. 471 fg., Pernice a. a. O. S. 380 fg. — Diejenige Nachlässigkeit, welche nicht lata culpa ist, heißt technisch levis culpa. Vgl. II § 265^a.

^{10a} L. 32 D. 16, 3: — „etsi quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret“ l. 23 [22] § 3 D. 36, 1. Daß der Ausdruck culpa lata in den Quellen auch auf diese Art der Nachlässigkeit angewendet werde, läßt sich nicht beweisen. Hesse S. 171. 195—209. Bindig a. a. O. S. 355 fg. glaubt, daß in den genannten Stellen bewußte Zurücksetzung der fremden Angelegenheiten angenommen werde. So schon vorher Rommsen

Wer eine Nachlässigkeit der einen oder der anderen Art zuge- stehen muß, erweckt den Verdacht, daß er nicht bloß nachlässig gewesen sei, und jedenfalls ist der Mangel an Geistesanspannung, dessen er sich schuldig gemacht hat, im ersten Fall so gemeingefährlich, im zweiten Fall so ehrenrührig, daß er sich nicht darüber beklagen darf, wenn er den rechtlichen Folgen der Arglist unterworfen wird¹⁰⁰.

4. Mangel an Bewußtsein der Widerrechtlichkeit des Erfolgs schließt die Arglist aus¹⁰⁰. Wem dagegen als Schuld schon Nachlässigkeit angerechnet wird, der macht sich auch durch nachlässige Unkenntniß der Widerrechtlichkeit des Erfolgs verantwortlich.

[Zu 1—4. Das **§§§** hat in seinem allgemeinen Theil die Lehre von der Schuld nicht behandelt, die Vorschriften darüber vielmehr zerstreut: der allgemeine Ausdruck für jede Art der Schuld ist Verschulden (48. 53. 160. 228. 254. 278. 351. 823. Abf. 2. 989).

Weitr. III §. 374 fg. Vgl. Windscheid Heidelb. fr. 3 §. III §. 281 fg., Pernice a. a. D. §. 367, Hesse a. a. D. §. 222 fg., Dernburg I § 86¹⁹, [Regelsberger I § 179 zu¹¹. D. und Reg. erklären sich gegen den Satz Windscheids, m. E. mit Recht.]

¹⁰⁰ In welchem Umfange dieß im r. R. wirklich geschehen ist, darüber läßt sich eine feste Regel aus den Quellen nicht gewinnen. Als sicher darf angesehen werden, daß die culpa lata dem dolus gleichgestellt wird, wenn es sich um einen Verstoß gegen ein bestehendes Verpflichtungsverhältniß handelt. Aber die Quellen bleiben bei diesem Fall nicht stehen. L. 8 pr. D. 2, 13 in Verbindung mit l. 9 § 4 D. 10, 4, l. 1 § 1 D. 11, 6, l. 2 § 5 D. 18, 4, l. 7 § 1 D. 26, 10, l. 5 § 15 D. 36, 4, l. 8 § 3 D. 43, 26, l. 1 § 2 D. 47, 4. Vgl. über die verschiedenen Ansichten Wächter II § 112¹² ¹¹¹, Unger II § 102²⁰, Goldschmidt Lucca-Pistoja-Actien-Streit §. 20. 81, Jhering Jahrb. f. Dogm. IV §. 12, v. Bar Grünh. 3 §. IV §. 12, Windscheid Wille und Willenserklärung §. 32 fg. (ACPra. LXIII §. 99 fg.), Pernice a. a. D. §. 377 fg., Rommensen Erörter. II §. 175 fg., Dernburg II § 86²¹ ²² [regelmäßig Gleichstellung sowohl bei außercontractlichem Verhalten, wie innerhalb von Contractsverhältnissen. Dagegen] C. Chr. Dürchhardt Sinn und Umfang der Gleichstellung von dolus und lata culpa im r. R. Göttinger Preisschr. 1885. (Darüber Richter fr. 3 §. XXVIII §. 570 fg.) P. A. Tichelaar Begriff in toopassing der culpa lata in het romeinsche recht p. 82 sq. Amsterdamer Preisschr. und Utrecht. Diff. 1885. [Regelsberger I § 179, IV unterscheidend, aber doch mit dem Ergebnis, daß man im Zweifel der culpa lata so wenig Nachsicht schenken darf, wie dem Dolus.] S. f. IX. 144, XXVII. 91, XXIX. 26, XXXII. 117, XXXIV. 288 (§. 379), XLI. 117. RG. XXI §. 165.

¹⁰⁰ L. 1 § 32. 47 D. 16, 3, l. 46 § 7. l. 62 [61] § 5 D. 47, 2. Vgl. Binding die Normen II §. 282 fg. und oben § 79⁴ a. E. [Der Satz des Textes ist nicht unbestritten. Mit Windscheid übereinstimmend: Regelsberger I § 179, I, 1. Dagegen verlangt Wendt § 71 §. 195 nur Bewußtsein von dem Erfolg des Thuns. Pernice (2. Aufl.) §. 122¹, 150 fg. hält den Dolus nicht schon dann für ausgeschlossen, wenn der Handelnde nicht wußte, daß sein Thun verboten sei, sondern nur dann, wenn er glaubte, ein Recht dazu zu haben. Ebenso, wie es scheint, Sölder §. 309.]

1. Den civilrechtlichen Dolus im bisherigen Sinne bezeichnet das Gesetz verschieden, je nachdem es sich um Betrug bei Rechtsgeschäften oder um anderes handelt. Den ersteren bestimmt das OGB. als arglistige Täuschung (123. 1334. 2339, 3.), arglistiges Verschweigen (443. 476. 478 Abs. 2. 479. 480 Abs. 2. 523. 540. 600. 637). (Vgl. ob. § 78 S. 346 fg.) Für den Dolus in anderen Beziehungen hat das Gesetz den Ausdruck Vorsatz angenommen, so bei der Haftung des Schuldners in Schuldverhältnissen (276. 300. 521. 599. 680; auch 968 gehört dahin), wie bei unerlaubten Handlungen (823. 826. 839). Diese Scheidung ist eine ähnliche, wie die von Pernice für das römische Recht aufgestellte (*). Zum Vorsatz gehört nicht, daß der Zweck der Handlung (Unterlassung) auf den Erfolg gerichtet ist, dessen vorsätzliche Herbeiführung in Frage steht, es genügt vielmehr das Bewußtsein des Handelnden, daß die Handlung voraussichtlich diesen Erfolg herbeiführen werde. Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ist allgemeines Erforderniß des vorsätzlichen Handelns im OGB. nicht; schon deswegen nicht, weil die Vorsätzlichkeit (wie das Verschulden überhaupt) nicht einmal die objectiv Rechtswidrigkeit nothwendig in sich schließt. Wenn ein eigenes Verschulden, also Vorsatz oder Fahrlässigkeit, des Beschädigten bei Entstehung eines Schadens mitgewirkt hat (254), so ist dessen Handeln nicht rechtswidrig, es kann ihm nur den Erfasanspruch rauben; wenn jemand durch sein Verschulden sich selbst in Gefahr bringt, so ist sein Handeln ebenfalls nicht rechtswidrig; nicht einmal die Sachbeschädigung oder -Zerstörung, welche er begehrt, um die selbstverschuldete Gefahr abzuwenden, scheidet das Gesetz als rechtswidrig an; er ist nur zum Schadenersatz verpflichtet, obwohl die Handlung nicht rechtswidrig ist. Der § 826 verpflichtet zum Schadenersatz denjenigen, welcher in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem andern vorsätzlich Schaden zufügt; einen Verstoß gegen das Recht braucht die Handlung nicht zu enthalten (wobei es natürlich außer Betracht bleiben muß, daß man sie als Verstoß gegen § 826 selbst bezeichnen kann). Auch § 823 Abs. 1 (m. d. W. vorsätzlich widerrechtlich) und § 2339, 1. 2 (m. d. W. vorsätzlich und widerrechtlich) zeigen, daß in dem Vorsätzlichen das Widerrechtliche nicht von selbst enthalten ist. Danach bedarf es in jedem Falle der Prüfung, ob das Gesetz die Folgen einer Handlung an deren Vorsätzlichkeit und Widerrechtlichkeit knüpfen wollte, und beziehenden Falls, ob die Widerrechtlichkeit zum Inhalt des Vorsatzes gehört, m. a. W., ob der Handelnde sich der Widerrechtlichkeit bewußt sein muß. Im § 823 ist m. E. schon durch die Verbindung „vorsätzlich widerrechtlich“ auch die letztere Frage bejaht und wird auch sachgemäß nach dem Inhalt des § 823 bejaht werden müssen. Vorsätzlich widerrechtliche Verletzung des Eigenthums oder eines sonstigen Rechts eines andern kann nur vorliegen, wenn der Verletzte das verletzte Recht als solches kennt, nicht aber, wenn er etwa die Sache für die seinige oder für derelinqürt hält. Ebenso liegt vorsätzlich widerrechtliche Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit eines andern nicht vor, wenn der Handelnde den andern etwa für den von ihm hinzurichtenden oder zur Haft zu bringenden Verurtheilten hält. In allen diesen Fällen kann aber Fahrlässigkeit vorliegen, und aus diesem Grunde eine Haftung des Thäters begründet sein; im Falle des entschuldigten Irrthums dagegen würde auch ein fahrlässig widerrechtliches Handeln zu verneinen sein. Auch wenn der Thäter aus Irrthum über einen Rechtsfact seine Handlung für erlaubt gehalten hat, ist sie vorsätzlich rechtswidrig nicht, z. W.

wenn ein Gensdarm über die Grenzen seines Waffengebrauchs irrt, oder wenn es Jemand für erlaubt hält, von den Bäumen an der Landstraße Obst zu essen. Einen solchen Rechtsirrtum wird man aber regelmäßig für fahrlässig halten müssen; stellt er sich dagegen in einem einzelnen Falle als entschuldbar heraus, so ist der Verneinung der Haftbarkeit des Thäters aus § 823 nicht zu entgehen. In manchen Fällen kann dann eine Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 1212 fg.) übrig bleiben.

In gleicher Weise ist vorsätzliche Verletzung der Amtspflicht eines Beamten (§ 339) nur anzunehmen, wenn er die Amtspflicht kannte, fahrlässige, wenn er sie kennen mußte; ebenso ist, wenn es sich um die Haftung des Schuldners in einem Schuldverhältnis handelt (§ 276), zum Vorsatz nothwendig, daß der Schuldner die Verpflichtung und die Beziehung seiner Handlung auf sie kannte, zur Fahrlässigkeit, daß er beides kennen mußte (vgl. Pand. Comm. S. 37).

In den Fällen des § 2339, 1. 2 ist durch die Worte vorsätzlich und widerrechtlich nicht zum Ausdruck gebracht, daß die Widerrechtlichkeit zum Inhalt des Vorsatzes gehören muß, und es ist hier eher denkbar, daß das Dersowesen der Rechtswidrigkeit zur Begründung der Erbunwürdigkeit nicht gehört. Mehr als Vorsatz ist die bössliche Absicht im Sinne des § 1567, und der Zweck, einem andern Schaden zuzufügen, im Sinne des § 226.

2. Die Fahrlässigkeit hat das BGB. nur für die Haftung des Schuldners in Schuldverhältnissen definiert (§ 276 Abs. 1). Entsprechend jedoch der öfter sich zeigenden Eigentümlichkeit des BGB., allgemeine Definitionen in gelegentlichem Zusammenhange zu geben, kann es nicht zweifelhaft sein, daß diese Definition in jedem Falle maßgebend ist, wo das Gesetz von Fahrlässigkeit spricht. (So auch Pand. Commentar S. 36.) Das Gesetz sagt: „Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt“. Die in den I. Entwurf (144) noch aufgenommene Bezugnahme auf die Sorgfalt des ordentlichen Hausvaters ist somit durch die Bezugnahme auf das im Verkehr Erforderliche ersetzt. Dieser nicht unzweideutige Ausdruck ist in dem Sinne gemeint, daß diejenige Sorgfalt anzuwenden ist, welche der gesunde und normale Verkehr im Allgemeinen für erforderlich hält (Prot. d. II. Comm. S. 2786 fg.). Unter Verkehr muß, wenn die Definition ausreichen soll, jede Berührung des Verhaltens eines Menschen mit der Sphäre eines andern verstanden werden. Eine sachliche Verschiebung des Fahrlässigkeitsbegriffs gegenüber dem richtig verstandenen gemeinen Recht (*) ist m. E. durch das BGB. nicht herbeigeführt.

Von grober Fahrlässigkeit spricht das Gesetz des öfteren (§ 277. 300. 521. 539. 599. 680. 932 Abs. 2. 968), hat es aber mit Recht nicht für nötig gehalten, für diese nur graduelle Steigerung gegenüber der leichten Fahrlässigkeit eine besondere Definition zu geben.

Auch das BGB. kennt Fälle, in denen jemand nur für die Sorgfalt haftet, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. (§ 690. 708. 1359. 1664. 2131.) Durch das Wörtchen nur ist dabei überall angedeutet, daß es sich um eine Milderung der sonst anzunehmenden Haftung handelt, also wie im gemeinen Recht darauf, daß jemand in eigenen Angelegenheiten mehr Sorgfalt aufwendet, als im Verkehr für erforderlich gehalten wird, seine Haftung nicht gestützt werden kann. Die Vorschrift (§ 277), daß derjenige, welcher nur für die Sorgfalt haftet,

welche er in eigenen Angelegenheiten aufzuwenden pflegt, von der Haftung für grobe Fahrlässigkeit nicht befreit ist, entspricht ebenfalls dem gemeinen Recht. Daß die Verletzung der Sorgfalt, welche man in eigenen Angelegenheiten aufwendet, der groben Fahrlässigkeit gleichstehe^{10a)}, ist dem BGB. fremd. Die grobe Fahrlässigkeit steht der Arglist im BGB. nur dann gleich, wenn das Gesetz sie im einzelnen Falle gleichstellt.]

5. Alle Schuld setzt voraus, daß der Geisteszustand der betreffenden Personen es erlaubt, sie für die Folgen ihres Wollens und Nichtwollens verantwortlich zu machen (Zurechnungsfähigkeit). Die Zurechnungsfähigkeit wird namentlich durch Wahnsinn¹¹ und jugendliches Alter¹², in gleicher Weise aber auch durch vorübergehende Zustände von Geistesgestörttheit ausgeschlossen¹³. —

[Das BGB. hat im Zusammenhange der Vorschriften über unerlaubte Handlungen die Zurechnung geregelt (817 fg.), und diese Vorschriften auf die Haftung des Schuldners in Schulverhältnissen übertragen (276 Abs. 1). Sie müssen aber weiterhin auf alle sonstigen Fälle des rechtlich erheblichen Verschuldens entsprechend angewandt werden. (So auch Planck Comm. S. 87). Nach § 827 ist jemand für den von ihm einem Andern zugefügten Schaden nicht verantwortlich, wenn er ihn im Zustande der Bewußtlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistesthätigkeit zugefügt hat. Kann ihm bewiesen werden, daß er sich in einen vorübergehenden Zustand dieser Art durch geistige Getränke oder ähnliche Mittel versetzt hat, so haftet er für sein Verhalten in solchem Zustande wie wegen Fahrlässigkeit (vgl. ¹³). Diese Haftung tritt nicht ein, wenn er beweisen kann, daß er ohne Verschulden in den Zustand gerathen ist. Ich glaube, daß durch diese Bestimmung die Verantwortung des Handelnden wegen Vorsatzes nicht ausgeschlossen wird, wenn er sich vorsätzlich in solchen Zustand brachte, vorauswissend, was er in demselben anrichten werde.

¹¹ L. 5 § 2 D. 9, 2. „Et ideo quacrimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit? Et Pegasus negavit; quae enim in eo culpa sit, cum suao montis non sit? Et hoc est vorissimum; cessabit igitur Aquiliae actio, quemadmodum si quadrupes damnum dederit, Aquilia cessat, aut si tegula ceciderit. Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum“. L. 60 D. 6, 1, l. 61 D. 26, 7. Bangerow III § 571². Emminghaus *Prakt. RW. N. F.* VIII S. 33 fg. Vgl. Pfaff zur Lehre von Schadensersatz und Genugthuung nach österr. R. S. 54 fg. Unger *Grünh. ZS.* VIII S. 229 fg. Pfaff *ibid.* VIII S. 700 fg.

¹² Die Grenze ist hier keine juristisch bestimmte; es kommt auf die geistige Ausbildung im einzelnen Fall an. Ausgegangen aber wird davon, daß nicht zurechnungsfähig das Kind, zurechnungsfähig der pubertati proximus sei. L. 60 D. 6, 1, l. 5 § 2 D. 9, 2, l. 23 D. 47, 2, l. 23 § 1. l. 14 D. 4, 3, l. 1 § 15 D. 16, 3 u. a. m. Savigny III S. 41—44. Cf. XVIII. 247. Rein *Einkauf des StGB.* § 55. Mandry S. 5 fg.

¹³ Jedoch kann eine Schuld auch darin begründet sein, daß dieser Zustand nicht vermieden worden ist, so bei der Trunkenheit, c. 7 C. 15 qn. 1. [[Schuldlos ist die auf Gebot der Polizei erfolgte Verletzung: Cf. XLV 165.]] [Ueber Nothwehr und Nothstand vgl. unt. § 123². § 455¹¹.]

Außer Verantwortung für den von ihm angerichteten Schaden ist ferner, (828 Abs. 1) wer nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat. Wer zwar dieses, aber nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat, ist nicht verantwortlich, wenn bewiesen werden kann, daß er zur Zeit der That nicht die zur Erkenntniß der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hatte. Hierbei kann es nicht auf die Einsicht in die üblen Folgen ankommen, welche die That für den Thäter haben wird, insbesondere nicht darauf, ob er wissen konnte, daß ihn die Schadensersatz-Verbindlichkeit treffen werde, sondern nur darauf, ob er Einsicht genug besaß, damit man seine That als vorsätzlich oder fahrlässig begangen ansehen könne. Die gleichen Sätze gelten vom Taubstummen (828 Abs. 2).]

Eine vorzugsweise wichtige rechtliche Folge unerlaubten Verhaltens ist die Verpflichtung zum Ersatz des dadurch verursachten Nachtheils. Bei der Bestimmung dieses Nachtheils kann entweder auf die besonderen Verhältnisse des Verletzten Rücksicht genommen, oder es kann ein objectiver Maßstab angelegt werden. Dieser Gegensatz wird durch die Ausdrücke: Interesse und wahrer Sachwerth bezeichnet¹⁴.

IV. Der Einfluß der Zeit auf die Entstehung, den Untergang und die Veränderung der Rechte*.

A. Im Allgemeinen. § 102.

Die Thatbestände (§ 67), an welche sich die Entstehung, der Untergang und die Veränderung der Rechte anknüpfen, können ein Zeitmoment in sich schließen. Dieß ist in verschiedener Weise möglich¹.

1. Die rechtliche Bedeutung einer Thatsache hängt von dem Zeitpunkte oder dem Zeitraum ab, welchem sie angehört².

¹⁴ Id quod interest — verum rei pretium. Auch die Lehre vom Schadensersatz gehört nicht ausschließlich in das Obligationenr.; auch kraft eines dinglichen Anspruchs kann Schadensersatz gefordert werden. Doch empfiehlt es sich, die nähere Ausführung dieser Lehre in das Obligationenr. zu verschieben. S. II § 257. 258.

* Savigny IV § 171—201, Sintonis I § 26, Wächter I § 92—96. Würtemb. Privatr. II § 117—121, Unger II § 103—106. [Dernburg I §§ 88—90. 144—150, Hölder §§ 37. 38, Bekker II §§ 86—88, Regelsberger I § 124—127, Gierke I § 35.]

¹ Vgl. Savigny IV § 177, Graewin Verjährung und gesetzliche Befristung § 102. (1880) S. 22 fg. Vgl. § 105^o a. G. [Bekker II § 86.]

² Beispiele: die bonorum possessio muß binnen 100 Tagen bez. 1 Jahr erbeten, eine übertragene Vormundschaft, die man nicht anzunehmen braucht, binnen 50 Tagen abgelehnt, das erbchaftliche Inventar binnen 3 bez. 12 Monaten erichtet, der vertragsmäßig gestattete Rücktritt von einem Geschäft binnen der durch

2. Die rechtliche Bedeutung einer Thatsache hängt von dem Maße der Zeit ab, welche nach ihr verfloßen ist³.

3. Der Abfluß der Zeit ist für sich von rechtlicher Bedeutung, indem die Dauer eines gewissen Zustandes auf die Gestaltung der Rechtsverhältnisse einwirkt. Unter den hierher gehörigen Fällen ist von besonderer Wichtigkeit der der Verjährung⁴.

Von der Verjährung ist im Folgenden näher zu handeln. Vorher aber sind die rechtlichen Grundsätze anzugeben, welche sich auf die Bestimmung und Berechnung der Zeit beziehen.

[Die in diesem § gegebene Gruppierung der verschiedenen Arten des Einflusses der Zeit kann man auch für das **GG.** als Anhalt benutzen; nur ist zu beachten, daß eine scharfe Scheidung nach den aufgestellten drei Arten weder für das gemeine Recht, noch für dasjenige des **WGB.** möglich ist. Man kann z. B. im Sinne von Ziffer 1 sagen, die rechtliche Bedeutung der Berufung hängt davon ab, daß sie binnen eines Monats nach der Zustellung des Urtheils eingelegt wird (**CPD.** 645), aber auch im Sinne von Ziffer 2, die Rechtskraft des Urtheils tritt mit dem (unbenutzten) Ablauf der Berufungsfrist ein; und da im Sinne von Ziffer 3 auch ein Nichthandeln ein Zustand ist, so kann man die gleiche Erscheinung auch unter diese Ziffer stellen: das Urtheil wird rechtskräftig, wenn es einen Monat lang in unangefochtenem Zustande sich befunden hat.

1. Im **WGB.** kann man unter die Gruppe 1 stellen die zahlreichen

den Vertrag festgesetzten Frist erklärt werden — sonst sind Erbittung, Ablehnung, Inventarerrichtung, Rücktrittserklärung rlich gleichgültige Handlungen. Fristen für die Präsentation des Wechsels, die Erhebung des Protestes und die Benachrichtigung der Formänner: **W.C.** Art. 19. 31. 41. 45. 62. 99. Schutz im Besitze einer Wegegerechtigkeit wird gewährt auf Grund dreifigmaliger Ausübung im letzten Jahre; die Thatsache, daß eine beschädigte Sache im letzten Jahre bez. Monate einen gewissen Werth gehabt hat, berechtigt nach der *lex Aquilia* zur Einforderung dieses Werthes; die Geburt gibt dem Kinde einen Vater, wenn sie nicht früher als 182 Tage nach Eingehung und nicht später als 10 Monate nach Auflösung der Ehe erfolgt. [**CPD.** 304. 477. 514. 540 Abs. 2 u. a.]

³ Beispiele: das unter einer Befristung verlichene *N.* entsteht erst mit Ablauf der Frist; das Urtheil wirkt nach r. *R.* Execution erst nach Ablauf von 30 Tagen, es wirkt Urtheilszinsen nach Ablauf von 4 Monaten.

⁴ Sonstige Beispiele: die Wirkung der *Rgeschäfte* hängt wesentlich ab von dem Alter des Handelnden (der Thatsache, daß seit seiner Geburt so und so viele Zeit verfloßen ist); die *exceptio non numeratae pecuniae* wird verloren durch den Ablauf von 2 Jahren nach Abschluß des *Rgeschäfts*; nach älterem r. *R.* hörte durch den Ablauf der gleichen Zeit die Verpflichtung des *sponsor* und des *fidepromissor* auf; in gewissen Fällen zieht eine durch eine gewisse Zeit hindurch fortgesetzte Unthätigkeit den Verlust eines *N.* nach sich, so die fortgesetzte Säumniß in der Errichtung des *Canon* oder des *Nieth-* und *Pachtgeldes* den Verlust der *Emphyteuse*, des *Nieth-* oder *Pachtr.* *Rpatentgesetz* 25 5 77 § 9. § 7. [7/4 91 § 8 Abs. 3. §§ 9. 7.] *RPostgesetz* § 14. „Der Anspruch auf Entschädigung an die Postverwaltung erlischt mit Ablauf von sechs Monaten“.

Bestimmungen, kraft deren eine Willenserklärung oder sonstige Rechtshandlung zu ihrer Wirksamkeit der Innehaltung einer bestimmten Frist bedarf. (121 Abf. 2. 124. 1339. 1594. 2082. 2283. — 148. — 108 Abf. 2. 177 Abf. 2. 1396 Abf. 2. 1448 Abf. 2. — 503. 510 Abf. 2. — 532. 1944. — 1994. — Es sind aber hier überall auch Gesichtspunkte gegeben, unter denen man sagen kann, daß andere Umstände durch den unbenuzten Ablauf der Frist Wirkungen gewinnen, deren Eintritt durch die rechtzeitige Bornaehme der Handlung vereitelt werden würde. Das ansehbare Rechtsgeschäft wird unansehtbar — die Offerte erlischt —, das zu genehmigende Geschäft wird unwirksam, weil die Genehmigung als verweigert gilt — das Wiederkaufs- oder Vorkaufsrecht erlischt — ebenso das Widerkaufsrecht — der Erbschaftserwerb wird endgültig — der Erbe haftet unbeschränkt. Trachtenswerth sind die Doppelfristen, wie in § 124.

Die Zeitbestimmungen des BGB. über Kündigungen (565. 609. 621 fg. 723) sind verschiedener Natur. Kann die Kündigung schlechtweg jederzeit erfolgen, so ist gleichgültig, zu welcher Zeit sie erfolgt, und ihre Wirkung tritt sofort ein (623 z. Anf. 723 Abf. 1, [vgl. jedoch Abf. 2 das.; f. auch 749. 671. 2226]). In anderen Fällen ist die Kündigung jederzeit zulässig, ihre Wirkung aber tritt erst nach Ablauf einer Kündigungsfrist ein (vgl. Ziffer 2), (565 Abf. 2. 3. 609 Abf. 1. 2. 621 Abf. 1. 623 a. E. 1193. 1202). Dieß ist auch der im Falle des § 624 nach Ablauf von 5 Jahren, im Falle des § 247 Abf. 1 nach 6 Monaten eintretende Zustand. (Anders 567.) In noch anderen Fällen kann die Kündigung die Aufhebung des Verhältnisses nur zu bestimmten Kalenderzeiten herbeiführen, denen sie selbst in bestimmtem Abstände vorangehen muß (565 Abf. 1. 595. 621 Abf. 2. 3. 622), so daß also hier die Wirkung der Kündigung auch von der Zeit abhängt, in die sie fällt. (Vgl. Ziffer 1.)

2. Als Fälle, in denen der Zeitablauf für sich oder eine gewisse Dauer eines Zustandes rechtlich erheblich ist (Text Ziffer 2. 3), sind aus dem BGB. namhaft zu machen die unter Anfangs- oder Endtermin gestellten Rechtsgeschäfte, die Ersetzung (937. 1083, vgl. auch 945. 900.), die Fristen, nach deren Ablauf im Immobilienrecht Berechtigte mit ihrem Rechte im Wege des Aufgebotsverfahrens ausgeschlossen werden können (927. 1170. 887. 1104. 1112, vgl. 1269), der Eigenthumserwerb nach §§ 973. 974, die Verjährung der Ansprüche (194. fg.), von welcher aber gesetzliche Befristung von Ansprüchen zu unterscheiden ist (382. 801. 977. 1002. 1171, vgl. auch 1571. 1339 in Verb. m. 1341. 1594 in Verb. m. 1596), die Ehescheidung aus § 1569, die Todeserklärung (14—17), das Außerkräfttreten von Bestimmungen von Todeswegen durch Zeitablauf nach §§ 2109. 2152. 2162. 2163. 2210. 2279. Hier ist aber zu bemerken, daß durch die gleichen Bestimmungen vielfach die Rechtswirkung von Thatsachen von der Zeit abhängig gemacht ist, in der sie sich ereignen (Text Ziffer 1); so wirkt die Unterbrechung der Verjährung oder Ersetzung nur, wenn sie vor deren Ablauf eintritt, die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs gemäß § 977. 1012, die Vorlegung der Schuldschreibung auf den Inhaber gemäß § 801 nur, wenn sie innerhalb der Frist erfolgt.

Eine große Rolle spielen im BGB. angemessene Fristen, welche eine Partei der anderen als Ausschlußfristen in mancherlei Zusammenhängen setzen kann. (250. 283. 325. 326. 355. 466. 496. 634. 643. 1003. 2193.) Eine willkürliche einseitig gesetzte Frist zeigt § 148, eine solche von gesetzlicher Länge § 2061.]

B. Bestimmung und Berechnung der Zeit*.

§ 103.

Ein Zeitpunkt und ein Zeitraum können in doppelter Weise bestimmt werden.

1. Sie können bestimmt werden durch Angabe des Kalenderpunktes, welcher dem Zeitpunkte entspricht bez. mit welchem der Zeitraum abgelaufen ist¹. Wird dabei, wie es gewöhnlich geschieht, nur der betreffende Kalendertag genannt, nicht aber auch Stunde, Minute u. c.², so ist, wenn es sich um einen Zeitpunkt handelt, zu sagen, daß jeder Punkt dieses Tages der Bestimmung Genüge leiste²; handelt es sich um einen Zeitraum, so ist als Sinn der Zeitbestimmung im Zweifel anzunehmen, daß der Zeitraum nicht vor dem letzten Momente des bezeichneten Tages abgelaufen sein solle³, möglicherweise freilich kann ihr Sinn auch der sein, daß der Zeitraum nur bis an den Anfang des bezeichneten Tages gehen, also mit dem Schluß des vorhergehenden enden solle.

2. Ein Zeitpunkt und ein Zeitraum können aber auch bestimmt werden durch Angabe der Erstreckung der Zeit, welche von einem gewissen Ausgangspunkte verfließen muß, damit der Zeitpunkt erreicht, der Zeitraum erfüllt sei⁴. Auf diesen Fall beziehen sich folgende Regeln.

[* Dernburg I §§ 88—90, Wendt § 80, Hölder § 37, Vetter II § 87. 88, Regelsberger I § 124. 125.]

§ 103. ¹ Z. B. Jemand verspricht zu leisten am 1. Juli 1889; ein Vertragsschließender behält sich vor, daß er bis zum 1. Juli 1889 vom Vertrage zurücktreten könne.

[² Stehen diese fest, so sind sie für die Datirung eines rich erheblichen Ereignisses, z. B. für den Rang eines dadurch begründeten dinglichen R. maßgebend. Dernburg I § 88, 2, Regelsberger I § 125⁴, Gierke I § 35².]

³ Wer am 1. Juli 1889 zu leisten versprochen hat, erfüllt durch Leistung in jedem Augenblick des 1. Juli seine Verpflichtung. L. 50 D. 44, 7, l. 42 D. 45, 1, l. 186 D. 50, 17, § 2 I. 3, 15, § 26 I. 3, 19; l. 118 § 1 D. 45, 1. Cf. I. 44, IV. 108. Bayr. Blätt. f. Anw. XXXIV S. 369 fg. [Möglicher Weise tritt eine Beschränkung dadurch ein, daß die Handlung an übliche Geschäftsstunden gebunden ist (§ 332), Gierke I § 35², zu weit geht aber Wendt S. 215, der dies allgemein für alle Handlungen von geschäftlicher Natur behauptet.]

⁴ Ist ein Nießbrauch „bis zum 31. December 1889“ bestellt, so ist das im Zweifel auszulegen: bis zum 31. December einschließlich. Ebenso wurde bei den Römern die Präposition *intra* interpretirt. „*Intra* Kalendas etiam ipsae Kalendae sunt“, l. 1 § 9 D. 38, 9. S. auch l. 48 D. 35, 1. l. 5 C. 6, 53.

⁵ Z. B. Jemand verspricht zu leisten „in 4 Wochen“; das erbshafliche

a. Ist die angegebene Zeiterstreckung in Tagen oder Complexen von Tagen (lit. c. d.) ausgedrückt, so sind unter Tagen nicht bewegliche, sondern Kalendertage zu verstehen, d. h. nicht Zeiträume von vierundzwanzig Stunden, begrenzt durch den Anfangsmoment der zu berechnenden Zeit (den Moment der Geburt, des Vertragsschlusses zc. zc.) und die entsprechenden Momente der je folgenden Tage (natürliche Berechnung), sondern Zeiträume von Mitternacht zu Mitternacht⁵ (juristische Berechnung)⁶. Diese Regel beruht zwar zunächst nur auf der Auslegung des Willens des Bestimmenden; sie hat aber für die im römischen Rechte geordneten und die heutigen processualischen Fristen bindende Kraft erhalten, für jene durch das römische Recht selbst⁷, für diese durch die Reichscivilproceßordnung⁸ — und muß auch was die heutzutage anderweitig, durch Rechtsvorschrift, richterliche Verfügung oder Privatfestsetzung, bestimmten Fristen angeht, so lange festgehalten werden, als im gegebenen Fall nicht entscheidende Gründe

Inventar soll binnen drei Monaten nach erlangter Kenntniß von der Delation errichtet werden; Jemand wird großjährig mit Ablauf des 21. Jahres nach seiner Geburt.

⁵ Die Mitternacht ist die Grenze der Kalendertage bei uns, wie bei den Römern. L. 8 D. 2, 12. Savigny IV S. 326, Hölder⁽¹⁰⁾ S. 44 fg. [Pand. S. 187 fg. Nach RGef. 123 93 ist der Zeitberechnung in allen römischen Angelegenheiten als gesetzliche Zeit die mitteleuropäische zu Grunde zu legen (mittlere Zeit des 15. Grades östlicher Länge von Greenwich).]

⁶ „Non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus“, l. 134 D. 50, 16. L. 6 D. 41, 3, l. 3 § 3 D. 4, 4. Die Römer nennen das: *civilliter computare*, l. 134 cit. Der Ausdruck *naturaliter computare*, *naturalis computatio* kommt in den Quellen nicht vor, ist aber dem Sprachgebrauch derselben vollkommen entsprechend. Vgl. § 148¹². Hölder a. a. D. S. 131 fg.

⁷ Principiell wird diese Regel zwar nirgends ausgesprochen, aber es wird in einer Reihe von Stellen nach derselben verfahren. L. 5 D. 28, 1, l. 1 D. 40, 1, l. 6. 7 D. 41, 3, l. 134 D. 50, 16. Nur in einem einzigen Falle wird ausnahmsweise die natürliche Berechnung zur Anwendung gebracht. L. 3 § 3 D. 4, 4. „*Minorem autem XXV annis natus videndum an etiam die natalis sui adhuc dicimus ante horam, qua natus est, ut si captus sit restitatur. Et cum nondum compleverit, ita erit dicendum; ut a momento in momentum tempus spectetur*“. Daß dieß eine Ausnahme sei, wird heutzutage allgemein anerkannt (s. jedoch Holzschuher I § 43 Nr. 5), während ältere Schriftsteller umgekehrt die natürliche Berechnung als die Regel ansahen, vgl. Glück III S. 750 fg., v. Pöhr RGPrax. XI S. 424, Hölder a. a. D. S. 131. Cf. XXVII.4. Dernburg I § 88^o glaubt, daß die Ausnahme durch RGef. 17:2 75 beseitigt sei; ich halte die Argumentation nicht für zwingend. [[Wetter II § 88¹. „Es erscheint bequem, mit D. anzunehmen]] [Dagegen Wendt § 81 zu ⁵.]

⁸ CPO. § 199. 200. So übrigens auch schon vorher die gemeinliche Praxis mit Ausnahme der zehntägigen Appellationsfrist.

dafür sprechen, daß das Gegentheil gewollt sei⁹. Dabei ergeben sich aber noch folgende Fragen¹⁰. 1) Welcher Tag ist als der erste zu rechnen, derjenige, in welchen der Anfangsmoment der zu berechnenden Zeit fällt, oder der folgende? Es ist anzunehmen, daß das römische Recht die von ihm geordneten Fristen in der ersten Art rechnet¹¹, so daß also der letzte Tag eines einjährigen Zeitraums, welcher am 1. Januar begonnen hat, der 31. December desselben Jahres ist, und nicht der 1. Januar des folgenden¹². Für die processualischen Fristen

⁹ Die Rechnung von Moment zu Moment setzt voraus, daß der Moment des die Frist in Bewegung setzenden Ereignisses (Geburt, Vertragsschluß zc. zc.) sowohl unzweifelhaft feststehe, als auch mit Sicherheit im Gedächtniß festgehalten werde. Daher ist sie äußerst beschwerlich, und schon deswegen ist ohne besondere Gründe nicht anzunehmen, daß sie gewollt sei. Vgl. Unger § 106 ^{4a}—⁶.

¹⁰ Dieselben haben eine sehr reichhaltige Literatur. Die ältere s. bei Bangerow I § 196, Hölder (f. unt.) S. 4 fg. Aus der neueren Zeit sind außer Bangerow selbst a. a. O. hauptsächlich zu nennen: Savigny IV § 182 fg. Bachofen 3S. f. GR. u. Pr. XVIII S. 38 fg. 335 fg. (1843). Huschke ✓ das. R. F. II S. 166 fg. (1846). Krüger D. de temporum computatione ✓ Romanorum (1861; Nachtrag in dessen kritischen Versuchen S. 59—66 [1870]). ✓ Hölder die Theorie der Zeitberechnung nach röm. R. (1873). [Der selbe fr. 33S. ✓ XXXIII S. 325 fg. in Anzeige der Schrift von Bilfinger der bürgerliche Tag 1888 (Klass. Alterthum u. Mittelalter), Band. S. 190 fg.].

¹¹ S. die folgende Note. Ueber den römischen Sprachgebrauch vgl. Savigny IV S. 361. 362 und Beil. XI, Bachofen 3S. f. GR. u. Pr. XVIII S. 47 fg., Mommsen röm. Chronologie S. 162 fg.

¹² Die Frage ist äußerst streitig, und namentlich hat Savigny IV § 182 fg., nach dem Vorgang Aelterer, auszuführen gesucht, daß als letzter Tag derjenige anzusehen sei, in welchen der mathematische Endpunkt der Frist fällt, also in dem im Texte genannten Beispiel der erste Januar des folgenden Jahres. Savigny gelangt jedoch zu diesem Resultat nicht dadurch, daß er den ersten Kalendertag außer Ansatz läßt, sondern dadurch, daß er die Frist in ihrem Laufe nicht nach Kalendertagen, sondern nach beweglichen Tagen rechnet, und nur den letzten beweglichen Tag nicht in seinem mathematischen Endpunkt schließen läßt, sondern den Kalendertag, in welchen dieser mathematische Endpunkt fällt, als untheilbares Ganze ansieht. Gegen Savigny und für die im Texte bezeichnete Rechnung haben sich fast alle Neueren erklärt [so auch Dernburg I § 89⁷, Hölder Band. S. 190, Bekker II S. 38 fg., Regelsberger I § 125⁷] (über l. 8. D. 2, 12 f. Bachofen a. a. O. S. 42¹). vgl. jedoch Sintenis I S. 228 fg., Holzschuher I § 43 Nr. 2. 3. Die Quellen gewähren ein vollkommen unzweifelhaftes Resultat nicht. L. 1 § 9 D. 38, 9, l. 31 [30] § 1 D. 48, 5, l. 134 D. 50, 16, l. 1 § 5. 6. 12 D. 49, 4 beweisen für den 31. December nur, wenn man annimmt, daß sie den ersten Tag mit rechnen, was eben die Frage ist und von Savigny geleugnet wird. Gar nichts entnehmen läßt sich aus l. 6 D. 44, 7, die keine Andeutung darüber enthält, welcher Tag der dies novissimus oder extremus sei — nichts Entscheidendes aus l. 1 D. 40, 1, in welcher „post sextam noctis pridie kalendas“ sowohl bedeuten kann: nach Mitternacht des 31. December, als: nach Mitternacht am 31. December. Eher für den 1. Januar spricht l. 7 D. 44, 3, in welcher

ist das Gegentheil durch die Reichscivilproceßordnung bestimmt¹³. Für die sonst heutzutage festgesetzten Fristen ist es mißlich, eine allgemeine Regel aufzustellen; es muß im einzelnen Falle der Wille des Bestimmenden nach den gebrauchten Ausdrücken ausgelegt werden¹⁴.

„pridio kalendas Ianuarias“ kaum anders als genitivisch gefaßt werden kann, wegen des unmittelbar vorübergehenden „kalendarum Ianuariatum“. Doch bleibt hier die Erklärung übrig, daß nicht sowohl der Anbruch des 1. Januar, als vielmehr der vollständige Ablauf des 31. December verlangt sei (s. ¹⁵), und dieselbe Erklärung läßt sich auf Gell. Noct. Att. III. 2 („Q. quoque Mucium I. C. dicere solitum legi, non esse usurpatam mulierem, quae, cum kalendis Ianuariis apud virum matrimonii causa esse coepisset, a. d. IV. kalendas Ianuarias sequentes usurpatum isset; non enim posso impleri trinotium, quod abesso a viro usurpandi causa ex XII tabb. deberet, quoniam tertiae noctis posteriores sex horae alterius anni essent, qui inciperet ex kalendis“) anwenden. L. 101 D. 50, 17 würde für den 1. Januar beweisen (obgleich auch sie den Anfangstag, wenn nicht mit rechnet, jedenfalls mit zählt), wenn es feststünde, daß sie den Monat zu 30 Tagen rechnet (vgl. ²⁰). Für den 31. December legt ein nicht unbedeutendes Gewicht in die Waagschale l. 1 § 5. 6. 12 D. 49, 4 wenn man das „statim“ des § 7 i. f. daselbst beachtet, ferner l. 132 pr. D. 50, 16 wegen der Verweisung auf die römische Monatszählung, welche den zweiten Tag vor den Kalenden zc. mit der Zahl 3 bezeichnet. Endlich l. 5 D. 28, 1 kann ohne den äußersten Zwang nicht anders als auf den 31. December gedeutet werden. — Keller § 73 gibt zwar für das r. R. den 1. Januar auf, nicht aber für das heutige.

¹³ CPD. § 199. So auch schon vorher die Praxis. Vinde Civilproceß § 174, Bayer Vorträge S. 475, Wegell, Civilproceß § 68¹⁶.

¹⁴ Unger (II S. 198) ist der Ansicht, daß bei heutzutage durch Gesetz festgesetzten Fristen im Zweifel der erste Tag nicht mit gerechnet werden dürfe; es leuchtet nicht ein, warum es dann bei gesetzlichen Fristen anders gehalten werden soll. Wächter I S. 184 (vgl. Württ. Privatr. II S. 828. 829) will die Nichtanrechnung des Anfangstages als die „deutsche“ Art der Berechnung in allen Fällen angewendet wissen, „wo eine deutsche Quelle eine Zeit festsetzt“. So entschied auch bei einer vertragsmäßigen Frist Cf. X 25. WD. Art. 32: — „Bei Berechnung der Frist wird der Tag, an welchem der nach Dato zahlbare Wechsel ausgehellt, oder der nach Sicht zahlbare zur Annahme präsentirt ist, nicht mit gerechnet“. HGB. Art. 328 Nr. 1: — „bei Berechnung der Frist wird der Tag, an welchem der Vertrag geschlossen ist, nicht mit gerechnet“. Das Erkenntniß des Reichsoberhandelsgerichts 7:11 71 bei Cf. XXVI. 259 sieht in diesen gesetzlichen Bestimmungen die Anerkennung eines Principis für das gesammte Gebiet des Handels- und Wechsels, das Erkenntniß des Reichsgerichts 82 84 bei Cf. XXXIX. 290 die Anerkennung eines für alle Reichsgesetze maßgebenden Principis. [Dernburg I § 89¹⁷: für Nichteinrechnung des Tages des Anfangsereignisses in allen Fällen, ausgenommen (ibid. 1 a. E.) die gesetzlichen Zeitbestimmungen des r. R. Ebenso (im Zweifel) Regelsberger I § 125 zu ¹¹, vgl. auch Viertel I § 35³, Hölzer S. 193: es bleibt bei der Einrechnung des Anfangstages, soweit sie nicht durch positive Satzung ausgeschlossen ist. Kehnlich Wendt S. 212, f. auch Bekker II S. 39.] — Wird von Datum zu Datum gerechnet (²²), so ist dadurch die Frage erledigt. [Daß ein auf den Sonntag oder einen

2) Welches ist der Schlupfpunkt der zu berechnenden Zeiterstreckung, der Anfangs- oder der Endpunkt des letzten Tages? Im Zweifel ist für das Letztere zu entscheiden; man wird nicht sagen dürfen, daß eine Zeiterstreckung vollendet sei, so lange noch ein Moment eines zu ihr gehörigen Tages nicht verfloßen ist. Nur aus besonderen Gründen wird angenommen werden dürfen, daß zur Vollendung eines Zeitraums im Sinne der Zeitbestimmung der Anbruch des letzten Tages genüge. Das römische Recht hat dieß für einzelne Fälle anerkannt¹⁵; daraus eine allgemeine Regel zu bilden, erscheint bedenklich¹⁶.

b. Fällt in die zu berechnende Zahl von Tagen ein Schalttag, so darf derselbe bei den gesetzlichen Fristen des römischen Rechts nicht mit gerechnet werden. Denn der römische Kalender zählt den Schalttag als besonderen Tag nicht, sondern führt ihn als Zusatz zu seinem Nebentage auf¹⁷, und auf diese Eigenthümlichkeit des römischen Ka-

allegemeinen Feiertag fallender Termin sich von selbst auf den nächsten Werttag verlegt, eine Frist, welche an solchem Tage endigen würde, erst am nächsten Werttage endigt (§ 329. W.D. 41. 60. C.P.D. 200), sehen als gemeinlich an: Dernburg a. a. D. zu¹⁸, Wendt S. 213, b. Ebenso Gierke I § 35 zu¹⁹.]

¹⁵ Für das Alter des anniculus (l. 132 pr. l. 134 D. 50, 16), für das zur Freilassung und zur Errichtung eines Testaments befähigende Alter (l. 1 D. 40, 1, l. 5 D. 28, 1), endlich in l. 15 pr. D. 44, 3 für die Erfindungszeit, während in l. 7 D. 41, 3 wahrscheinlich der Ablauf des letzten Tages verlangt wird. (Gell. noct. Att. III. 2 [1] sagt, wenigstens unmittelbar, nicht, daß die Erfindung der Manus, sondern daß das erste Ehejahr sich mit dem Ablauf des letzten Tages ende.) Vgl. noch l. 49 D. 35, 1.

¹⁶ Savigny (IV S. 410 fg.) hat die Regel aufgestellt, der Anbruch des letzten Tages genüge in allen Fällen, in denen es sich um den Erwerb eines R. handele, während der Ablauf erforderlich sei, wenn durch Unthätigkeit während einer gewissen Zeit ein R. verloren werde (vgl. l. 6 D. 44, 7), und viele Neuere (auch Dernburg I § 89^o) [Megelesberger I § 125^{o-2}] sind ihm darin gefolgt. S. dagegen namentlich Bachofen a. a. D. S. 64 fg. 335 fg., auch Wächter II § 121²⁰, Unger II S. 300. 301, ferner Krüger und Hölder a. a. D. Hölder will die Entscheidung darauf gestellt wissen, ob der Termin Anfangs- oder Endtermin ist. [S. auch die Unterscheidungen Pand. S. 190 fg. und die Ann. S. 194 fg.; für das heutige R. (auch für die aus dem r. R. stammenden Fristen), verlangt S. S. 193 fg. 195 fg. stets Ablauf des letzten Tages, vorausgesetzt daß die Frist unter Einrechnung des Anfangstages berechnet wird.] Die ältere Doctrin sah gerade darin die civilis computatio, daß „dies ultimum coeptus pro completo habetur“. Vgl. Unger II § 106^o. Wendt S. 214. 215, [der als Regel hinstellt, daß der Anbruch des letzten Tages genügt.] — C.P.C. 200. [Megelesberger I § 125 zu^{o-12} verlangt im Zweifel Ablauf des letzten Tages bei allen Fristen, abgesehen von den aus dem r. R. stammenden; Anbruch des Geburtstages soll jedoch bei Berechnung des Lebensalters entscheiden auch bei modernrlichen Altersstufen.]

¹⁷ L. 98 pr. D. 50, 16, l. 3 § 3 D. 4, 4, c. 14 X. 5, 40. Der Tag,

leiders nimmt das römische Recht bei gesetzlichen Fristen Rücksicht, so daß eine jede solche Frist sich durch den Schalttag um einen Tag verlängert¹⁸, während es bei Fristen, welche durch Privatfestsetzung bestimmt sind, als das Wahrscheinliche annimmt, daß der Bestimmende den Schalttag als besonderen Tag gezählt wissen wolle^{18a}. Bei den heutzutage, gleichviel ob durch Privatbestimmung, richterliche Verfügung oder Gesetz, festgesetzten Fristen ist dieses Letztere, da unserem Kalender jene römische Einrichtung durchaus unbekannt ist, unbedingt als gewollt anzunehmen¹⁹.

zu welchem der Schalttag hinzugefügt wird, ist der 24. Februar, nach römischer Bezeichnung: a. d. VI. kalendas Martias, wesswegen der Schalttag ebenfalls als a. d. VI. kalendas Martias ausgeführt wird, und davon bisextum heißt. (Wenn bisextum in l. 3 § 3 D. 4, 4 zur Bezeichnung des Doppeltages gebraucht wird, welchen der Schalttag mit seinem Nebentag bildet, so steht diese Ausdrucksweise ganz vereinzelt da. Th. Mommsen Jahrb. des gem. R. III S. 358—363.) Wird aber der Schalttag vor den 24. Februar vorgeschoben oder an den 24. Februar angehängt? Jenes ist die herrschende Meinung, vgl. namentlich Arnolds Jahrb. d. gem. R. III. 10. [Regelsberger I § 124⁴ m. I.] Dagegen, was den Kalender der Kaiserzeit angeht, mit gewichtigen Gründen Th. Mommsen röm. Chronologie S. 279 fg. der zweit. Ausg. u. Jahrb. des gem. R. III. 14; gegen dessen Ausführungen wieder Arnolds gesammelte civil. Schriften I S. 49 fg. (Band. § 88³). [Mit Mommsen: Dernburg I § 89⁴, Hölder S. 189, Bekker II S. 34 fg.] In unserem heutigen Kalender wird der Schalttag unzweifelhaft vorgeschoben, und ist daher der 24. und nicht der 25. Februar, da der Matthias-tag, welcher in einem Gemeinjahre auf den 24. Februar fällt, in einem Schaltjahre auf den 25. Februar rückt. Ganz verkehrt ist die Meinung, daß der Schalttag der 29. Februar sei. Vgl. namentlich Savigny IV S. 457 fg., Vangerow I S. 197 Anm. Nr. I. II. [Bekker a. a. D. Für die von Windscheid verworfene Ansicht: Dernburg Preuß. Privatr. I § 70 nach⁷, Regelsberger I § 174⁶, Hölder S. 192 fg. vgl. unt. ¹⁹.]

¹⁸ L. 2 D. 44, 3.

^{18a} L. 2 cit. i. f. (wo zu lesen ist: „sed et si quis fundum ea lege vendiderit, ut, nisi in diebus XXX pretium esset solutum, inemptus esset fundus, dies intercalaris proficiet emptori? Mihi contra videtur“). Savigny IV § 193. [Dernburg I § 89⁶, (der mit Recht hinzufügt, daß auch bei Berechnung der Schwangerschaftsperiode der Schalttag mitzurechnen ist). Hölder Band. S. 190 (bei geschäftlichen Fristen Auslegungsfrage), Regelsberger I § 124⁴ (bei geschäftlichen Fristen konnte die Einschaltung als selbständiger Fristtag gemeint sein.)]

¹⁹ [Dernburg I § 89¹⁷, Hölder S. 192 fg., Gierke I § 35⁴.] Auf die gesetzlichen Fristen des r. R. darf diese Berechnungsweise nicht erstreckt werden, weil die römischen Vorschriften in ihrem Sinne auszulegen sind; sie verstanden aber unter Tagen die Tage des römischen Kalenders. So auch die gemeine Meinung [[für dieselbe Bekker II S. 19 fg.]] [Dernburg I § 89 zu⁴⁻⁵ und 1 a. E.], dagegen Unger II § 106²⁷. Anders Cf. V. 175, XXXIX. 5. Ueber die neueren Gesetzgebungen s. Savigny IV S. 476 fg. [Gierke a. a. D.,

c. Ist die zu berechnende Zeiterstreckung in Monaten ausgedrückt, so sind unter Monaten, wenn es sich um eine gesetzliche Frist des römischen Rechts handelt, Complexe von 30 Tagen zu verstehen²⁰; so jedoch, daß dabei nach dem zuvor Gesagten der Schalttag unberücksichtigt bleibt²¹. Dagegen verdient für die heutzutage durch Rechtsvorschrift, richterliche Verfügung oder Privatbestimmung, festgesetzten Fristen die Rechnung von Datum zu Datum als die wahrscheinlich gewollte den Vorzug²²; in Reichsgesetzen ist sie ausdrücklich vorgeschrieben²³.

Hölder a. a. O., Regelsberger a. a. O.¹⁰ nehmen mit Recht schlechtweg an, daß der Schalttag im heutigen R. als besonderer Tag zu zählen ist. Daß dennoch eine Jahresfrist, welche am 29. Febr. beginnt, am 28. Febr. endigt, (Hölder, Regelsberger), hängt mit dem Institut des Schalttages nur indirect zusammen und gründet sich rlich auf den allgemeinen Satz, daß eine Jahres- (oder Monats-) Frist, welche an einem Tage beginnt, dem im letzten Monat keiner durch seine Zahl entspricht, am letzten Tage dieses Monats abläuft⁽²⁴⁾. Jene Erscheinung beruht nicht darauf, daß der 29. Februar der Schalttag ist, sondern darauf, daß das Recht sich um die Qualität eines Tages als Schalttages nicht kümmert, sondern nur nach dem Datum fragt.]

²⁰ Daß das r. R. unter Monaten Zeiträume von 30 Tagen verstehe, ist die herrschende Meinung. Sie stützt sich auf l. 40 D. 12, 1, l. 4 § 1. l. 12 [11] § 6 D. 48, 5 vgl. mit l. 30 [29] § 5 eod. und l. 1 § 10 D. 48, 16, l. 22 § 2 C. 6, 30 vgl. mit § 11 eod., Nov. 115 c. 2, Paul. sent. IV, 9 § 2 vgl. mit Censor. de die nat. c. 9. Damit ist allerdings schwer zu vereinigen (ein Versuch bei Dernburg I § 89⁹) l. 101 D. 50, 17, in welcher als letzter Tag einer zweimonatlichen Frist der 61. bezeichnet wird (über Emendationen, durch welche man zu helfen gesucht hat, s. Reinfelder der annus civilis S. 149 fg., Fuchske ZS. f. CR. und Pr. R. F. II S. 166—180). Nicht widerspricht l. 2 C. 7, 63; hier wird nicht der Monat zu 31 Tagen gerechnet, sondern es wird nach Ablauf eines jeden Monats ein Tag zugegeben. Noch weniger widerspricht l. 7 § 1 D. 24, 3, oder gar l. 3 § 12 D. 38, 16 in Verbindung mit l. 12 D. 1, 5. Savigny IV S. 339. 340. — Die herrschende Meinung ist in der neueren Zeit namentlich von Reinfelder der annus civilis (1829) S. 116 fg. und Savigny IV § 181 vertheidigt worden, s. auch Bangerow I § 194 Anm. [Dernburg I § 89 zu ⁹ und l. a. E., Hölder Pand. S. 190 fg., Regelsberger I § 124 zu ⁹ und C.] Andere Meinungen sind aufgestellt worden von Schrader civil. Abhandlungen Nr. 3 (er geht davon aus, der Monat werde von den Römern als ¹¹ von 365 Tagen gerechnet) und Bachofen ZS. f. CR. u. Pr. XVIII S. 353 fg. (1843), der in den Quellen bereits die Rechnung von Datum zu Datum findet⁽²⁵⁾, mit Ausnahme jedoch der Bestimmung, daß eine zweimonatliche Frist zu 61 Tagen gerechnet worden sei. Er hat Eindruck gemacht auf Wächter Württ. Privatr. II § 121⁶ (vgl. Pand. I S. 479), Unger II § 105¹¹; dawider Hölder S. 34.

²¹ Vgl. l. 2 D. 44, 3.

²² Wer „heute über 3 Monate“ verspricht, von dem ist im Zweifel anzunehmen, daß er, wenn „heute“ der 13. Juni 1889 ist, für den 13. September 1889 habe versprechen wollen. Dafür namentlich Savigny IV S. 341 fg., Wächter Pand. I S. 479. Württ. Privatr. II S. 824. 825 [Dernburg I

d. Das Jahr ist in römischen gesetzlichen Fristen als Zeitraum von 365 Tagen zu rechnen²⁴, wieder mit Außerachtlassung des Schalttags²⁵. Für heutige Fristen gilt das Nämliche, was vorher in Betreff der Monate gesagt worden ist²⁶.

[Das **§§.** hat als Auslegungsregeln (vgl. ob. § 84 S. 382 fg.) für alle in Rechtsfägen, gerichtlichen Verfügungen oder Rechtsgeschäften enthaltenen Frist- und Terminbestimmungen folgende Vorschriften gegeben (186 fg.).

1. Ist für den Anfang einer Frist ein Ereigniß maßgebend, so beginnt die Frist mit Beginn des Tages, welcher auf den Tag folgt, in dem das Ereigniß eintritt (das Gesetz sagt, dieser Tag wird nicht mitgerechnet). Das gleiche gilt, wenn für den Anfang der Frist ein Zeitpunkt innerhalb eines Tages maßgebend ist (187 Abs. 1). Ist der Beginn eines Tages für den Anfang einer Frist maßgebend, so hat es dabei sein Bewenden (das Gesetz sagt, dieser Tag wird mitgerechnet) (187 Abs. 2 S. 1). Ist das Ende eines Tages der für den Beginn einer Frist maßgebende Zeitpunkt, so ist das gerade so, wie wenn der Beginn des folgenden Tages der maßgebende Zeitpunkt wäre. Bei der Berechnung des Lebensalters wird der Tag der Geburt mitgerechnet (187 Abs. 2 S. 2). Im Falle der Verlängerung einer Frist beginnt die neue mit dem Ablauf der vorigen Frist (190).

2. Eine Frist endigt, wenn sie nach Tagen bestimmt ist, mit dem Ablauf des letzten Tages. Ist sie nach Wochen, Monaten oder einem mehrere Monate umfassenden Zeitraum bestimmt (Jahr, halbes Jahr, Vierteljahr) so endigt sie mit dem Ablauf desjenigen Tages der letzten Woche oder des letzten Monats, welcher dem Tage vorhergeht, der durch seine Benennung oder Zahl dem ersten

§ 89, 2, Hegelsberger I § 124 zu 7-11, Gierke I § 35, II, 2 (auch für Wochenfristen)]; dawider (ohne Angabe von Gründen) Bangerow I § 194 a. E. Das Erkenntniß des OAG. zu Lübeck vom 27. April 1865 bei Cf. XIX. 119 geht davon aus, daß bei vertragsmäßigen Fristen in Ermangelung besonderer Anhaltspunkte weder die eine noch die andere Art der Berechnung als wahrscheinlich gewollt angenommen werden dürfe. Anders RG. VII S. 277. [Hölder Pand. S. 193 (für die durch Absact bestimmten Fristen Auslegungsfrage; für die durch Anorm bestimmten keine Aenderung des r. R. anzunehmen).]

²² **W.D.** 32. „Bei Wechselln . . tritt die Verfallzeit ein . . wenn die Frist nach . . Monaten oder einem mehrere Monate umfassenden Zeitraum (Jahr, halbes Jahr, Vierteljahr) bestimmt ist, an demjenigen Tage . . des Zahlungsmonates, der durch seine . . Zahl dem Tage der Ausstellung oder Präsentation entspricht“. Ebenso **§§.** 328 Nr. 2, **CPD.** 200. Vgl. **A. v. R.** II 8 § 855. Code de commerce art. 132. Ueber das österreichische Gesetzbuch s. Unger II S. 289. 290. — Fehlt in dem letzten Monate der dem Anfangstage entsprechende Tag, so muß man die Frist mit dem letzten Tage desselben ablaufen lassen; eine Monatsfrist, welche am 31. Januar beginnt, endet am 28. bez. 29. Februar. Vgl. **W.D.**, **§§.**, **CPD.** a. a. **W.D.**, **A. v. R.** II. 8 § 856.

²⁴ L. 51 § 2 D. 9, 2, 1. 4 § 5 D. 40, 7, 1. 131 pr. D. 50, 16. [Dernburg I § 89 zu 1 und 1 a. E., Hölder S. 189 fg., Hegelsberger I § 124 zu 4 und C.]

²⁵ L. 2 D. 44, 3.

²⁶ Acht Tage: Cf. XLIV. 167. [Hegelsberger I § 124 9.]

mitzurechnenden Tage entspricht. In dieser Weise kann man die Vorschrift des § 188 Abs. 2, welche für die verschiedenen Arten des Beginnes der Frist verschiedene Berechnungen des Endes vorschreibt, einheitlich ausdrücken. Ist z. B. für den Beginn einer Frist von drei Monaten ein Ereigniß maßgebend, und tritt dasselbe am 3. Febr. 1900 ein, so endet die Frist in der Nacht vom 3. auf den 4. Mai 1900 12 Uhr, ist die Frist auf 3 Wochen bestimmt, und tritt das Ereigniß an einem Donnerstag ein, so endigt die Frist in der Nacht vom Donnerstag auf den Freitag der dritten Woche 12 Uhr. Ist für den Beginn der Frist der Beginn des 4. Febr. 1900 oder der Beginn des Freitags einer Woche maßgebend so tritt das Ende der Frist in denselben Zeitpunkten ein, wie in den vorigen Fällen; der 4. Febr., der Freitag, ist hier ebenso wie dort der erste mitzurechnende Tag. Wird Jemand am 4. Febr. 1900 geboren, so wird er in der Nacht vom 3. auf den 4. Febr. 1901 12 Uhr ein Jahr alt — Fehlt bei Monatsfristen in dem letzten Monat der entsprechende Tag, so endigt die Frist mit dem Ende des letzten Tages dieses Monats (188 Abs. 3). Ist an einem bestimmten Tage oder innerhalb einer Frist eine Willenserklärung abzugeben oder eine Leistung zu bewirken, und fällt der bestimmte Tag oder der letzte Tag der Frist auf einen Sonntag oder einen am Erklärungs- oder Leistungsorte staatlich anerkannten allgemeinen Feiertag, so tritt statt dessen der nächstfolgende Werktag ein (193).

3. Anfang des Monats ist der 1., Mitte der 15., Ende der letzte Tag (192). Ein halbes Jahr ist gleich sechs Monaten, ein Vierteljahr gleich drei Monaten, ein halber Monat gleich 15 Tagen. Ist die Frist ein (oder mehrere) und ein halber Monat, so sind die 15 Tage zuletzt zu zählen (189).

4. Oft spricht das BGB. von einer angemeßenen Frist (§ 102 a. E.). Die Angemessenheit hat dann der Richter zu controliren. Kann oder soll etwas sofort geschehen (147. 271 Abs. 1), so ist dieses Wort in dem Sinne zu nehmen, in dem es im Leben verstanden wird; das Gesetz spricht sich darüber nicht aus. Unverzüglich, ein Ausdruck mit welchem das Gesetz oft operirt (111. 121. 149. 174. 318 Abs. 2. 357. 396), bedeutet: ohne schuldhaftes Zögern (121.)]

§ 104*.

Eine besondere Art der Berechnung eines Zeitraumes kommt da vor, wo an eine Unthätigkeit, welche durch eine gewisse Zeit hindurch fortgesetzt wird, ein Verlust angeknüpft ist. Sie besteht darin, daß in den Zeitraum nicht alle Tage eingerechnet werden, sondern nur diejenigen; an welchen es der betreffenden Person möglich war, die verlangte Handlung vorzunehmen¹. Es gelten dafür folgende nähere Regeln.

[* Dernburg I § 90, Hölder S. 192, Wendt S. 214, d, Regelsberger I § 125, III, Gierke I § 35².]

§ 104. ¹ Der technische Ausdruck der Quellen für diese Art der Berechnung ist: tempus utile numeratur, dies utiles numerantur; den Gegensatz bildet: tempus continuum, dies continui. L. 2 pr. D. 38, 15, l. 1 D. 44, 3, § 16 I. 1, 25. Ebenso bei der Zusammenfassung der Tage zu Monaten und Jahren, l. 19 § 6

1. Diese Art der Berechnung bildet eine Ausnahme, und darf nur da zur Anwendung gebracht werden, wo sie vom Rechte ausdrücklich anerkannt ist. Von den dahin gehörigen Fällen² ist für uns praktisch nur noch der Fall der einjährigen und kürzeren Anspruchsverjährung (§ 110)³.

2. Rücksicht genommen⁴ wird auf jede Verhinderung, welche ihren Grund in einer äußeren, dem Versäumenden nicht zur Last fallenden, vorübergehenden⁵ Thatsache⁶ oder in einem entschuldbaren Irrthum des Versäumenden⁷ hat.

D. 21, 1, 1. 8 C. 2, 20 [21], 1. 7 C. 2, 52 [53]. Entsprechende deutsche Ausdrücke sind: taugliche — laufende Zeit, Tage zc. zc. — Eivers Themis I S. 125—184 will unter utilis annus das Amtsjahr des betreffenden Praetors verstanden wissen. Dagegen Savigny IV S. 451—453, Arnolds 3S. f. CP. u. Pr. XIV S. 1 fg. [[Uebelohe über die Berechnung des tempus utile bei honorarischen Temporalakten 1891: der annus utilis läuft erst von der Zeit an, wo experiundi potestas vorhanden war, dann aber continue.]] [M. E. hat dieß u. sicher bewiesen, zuhimmend Dernburg I § 90⁶, Viermann Sav.-3S. XIII S. 384 fg.]

² Das römische R. erkennt sie nur an: 1) bei Fristen, die auf Vorchrift beruhen; 2) bei Fristen von höchstens Einem Jahre; 3) bei Fristen, innerhalb deren eine gerichtliche Handlung vorgenommen werden soll; aber 4) auch nicht in allen Fällen, in welchen diese Merkmale zusammentreffen. Savigny S. 424 fg.

³ [Dernburg I § 90 zu 7.] S. außerdem l. 2 pr. D. 38, 15, l. 12 [11] § 5. 6. l. 30 [29] § 5 D. 48, 5, l. 1 § 7 D. 49, 4, l. 7 C. 2, 52 [53], l. 1 pr. C. 7, 40. [Regelsberger I § 125, III, 1 sieht auch die utiliter berechnete Frist für den Erwerb der bonorum possessio noch als praktisch an. S. dagegen unt. III § 598 zu 1. Reg. meint, daß neuere Gesetze weitere Anwendungen des tempus utile aufgestellt haben (S. 574. 598. CPD. 201), Gierke I § 35² nennt die Protesttage in WD. 41 ein modernes tempus utile; beides ist insofern berechtigt, als die genannten Vorschriften den Grundgedanken mit dem römischen tempus utile gemein haben, den sie aber nur in den von ihnen ausdrücklich bestimmten Richtungen zur Geltung kommen lassen.]

⁴ L. 2 D. 38, 15, l. 1 D. 44, 3.

⁵ Für dauernde Zustände der Verhinderung, Unmündigkeit, Wahnsinn zc. ist in anderer Weise gesorgt. Savigny IV S. 436—440.

⁶ Bei den Römern kam namentlich in Betracht die Unzugänglichkeit des Richters, welche bei uns in demselben Maße nicht mehr besteht. Außerdem werden in den Quellen genannt: Kriegsgefangenschaft, Abwesenheit im Staatsdienst, Gefängniß, Krankheit, Unwetter, durch welches die Reise aufgehalten wird, Unerreichbarkeit des Gegners. Savigny S. 428—433. Gerichtsferien, Sonn- und Feiertage? Rein: S. f. XXXVIII. 95.

⁷ Festere leugnet Savigny (IV S. 433—436. III S. 403—417), indem er jedoch zugibt, daß der Versäumende sich dann auf den Irrthum berufen dürfe, wenn er beweisen könne, daß derselbe besonders schwer zu entdecken gewesen sei. Aber diese Beschränkung geht aus l. 15 § 4. 5 D. 43, 24, l. 6 D. 3, 6, l. 55 D. 21, 1, l. 8 C. 2, 20 [21] nicht hervor, und daß in l. 2 D. 38, 15, wie Savigny behauptet, der Irrthum nur wegen ausdrücklicher Vorchrift in Betracht gezogen werde, ist unerweislich. L. 19 D. 4, 4, l. 6 § 14. l. 10 § 18 D.

[Das **§ 105.** nimmt Rücksicht auf die Möglichkeit der Bestimmung eines Zeitraums in dem Sinne, daß derselbe nicht zusammenhängend zu verlaufen braucht, und gibt für den Fall, daß in diesem Sinne ein Zeitraum nach Monaten oder nach Jahren bestimmt ist, die Vorschrift, daß dann der Monat zu 30, das Jahr zu 365 Tagen gerechnet wird (191). (Von Außerachtlassung des Schalttages ist dabei keine Rede). Das **BGB.** selbst enthält aber Vorschriften der in Rede stehenden Art nicht. Die Motive (I S. 286) zu der im Wesentlichen gleichgedachten (Prot. der II. Comm. S. 380) Vorschrift **E. I § 151** verweisen auf Beispiele rechtsgeschäftlicher Bestimmungen, wie Zusage eines dreimonatlichen, aber nicht auf einmal zu nehmenden Urlaubs an einen Schauspieler, Anstellung eines Geschäftsreisenden mit der Klausel, daß er sich mindestens neun Monat im Jahr auf der Reise befinden solle. Es handelt sich in der Vorschrift des **§ 191** um etwas wesentlich Anderes als das römisch-rechtliche *tempus utile*, welches dem **BGB.** nicht bekannt ist; denn auch die Bestimmungen, nach denen gewisse Fristen mit der Entdeckung einer Täuschung, mit einer sonstigen Kenntniß, der Aufhebung einer Zwangslage beginnen (**z. B. 124. 1339**) und die Festsetzungen bestimmter Hemmungsgründe für einzelne Fristen (**z. B. 202—206**) sind davon verschieden.]

C. Die Verjährung*.

1. Im Allgemeinen.

§ 105.

Durch Verjährung können Rechte sowohl begründet als aufgehoben werden. Man versteht darunter, daß sie begründet oder aufgehoben werden dadurch, daß sie eine längere Zeit hindurch ausgeübt werden¹ oder nicht ausgeübt werden. Der thatsächliche Zustand der Ausübung oder Nichtausübung verwandelt sich durch seine Fortdauer in einen zu Recht bestehenden, nicht mehr angreifbaren^{1a}.

42, 8, l. 30 [29] § 5 D. 48, 5 und l. 1 § 10 D. 48, 16 aber, auf welche Stellen sich Savigny noch beruft, wollen nur den Anfangspunkt der Frist im Allgemeinen fixiren, keineswegs aber sagen, daß derselbe nicht durch Irrthum verdrückt werden könne. Vgl. auch Wächter I § 95^b (Würt. Privatr. II § 121¹⁴). Blätter f. Anw. d. Ergänzungsband zum 31. und 32. Bd. S. 411—414 (Sf. XXIV. 5). — Die Berücksichtigung des Irrthums kann aber auch stattfinden, ohne daß *utile tempus* gerechnet wird, **z. B. § 16 I. 1, 25**. Früher nannte man das: *tempus utile ratione initii, continuum ratione cursus*. Darüber, wie über das *f. g. tempus continuum ratione initii, utile ratione cursus* f. Savigny IV S. 446—453.

* Unterholzner ausführlich: Entwicklung der gesammten Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Hen. 2 Bde. 1. Aufl. 1828. 2. Aufl., neu bearbeitet von Schirmer, 1868.

§ 105.

¹ Genauer: daß verwirklicht wird ein Willensinhalt, welcher, wenn er von der Ordnung als maßgebend anerkannt wäre, ein *H.* bestimmter Art ausmachen würde.

^{1a} Die Römer haben für das, was wir Verjährung nennen, eine entsprechende

Indem das Recht der Verjährung diese Kraft beilegt², erkennt es eine Wahrheit an, welche sich nicht bloß auf dem rechtlichen Gebiete geltend macht. Die Zeit ist eine Macht, der sich kein menschliches Gemüth entziehen kann; was lange bestanden hat, erscheint uns bloß deswegen, weil es bestanden hat, als ein Festes, Unumstößliches; es ist ein Uebel, wenn wir uns in dieser Erwartung getäuscht finden³. Dazu kommt, daß die Umstände, welchen die Verjährung den Stempel der Rechtmäßigkeit aufdrückt, nicht nothwendigerweise unrechtmäßige waren. Vielleicht bestand das ausgeübte Recht wirklich, und das nicht=ausgeübte war in der That nicht vorhanden; ja es spricht dafür eine gewisse Wahrscheinlichkeit: denn würde sonst der Gegner den bestehenden Zustand so lange unangefochten gelassen haben? Ferner: ist es nach so langer Zeit überhaupt noch möglich, den wirklichen Rechtszustand mit Sicherheit zu erkennen? Die Zeit heiligt nicht bloß, sie verdunkelt auch. Zugegeben aber auch, daß die Verjährung in einem gegebenen Fall die nackte unrechtmäßige und als solche erkennbare

Bezeichnung nicht. Der von den Neueren gebrauchte Ausdruck *praescriptio* bezeichnet in der römischen Sprache (eine besondere Art der) Einrede, und so denn auch die Einrede der Verjährung, *temporis* oder *temporalis praescriptio*. Aber schon (vgl. übrigens auch Fitting *RS. f. RG. X. S. 337. XI. S. 436. Sav. RS. IX. S. 394*) die Glossatoren, und nach ihnen das c. N., verstehen unter *praescriptio* Verjährung geradezu. Die beiden möglichen Richtungen der Verjährung werden dann bezeichnet als *praescriptio acquisitiva* und *praescriptio extinctiva*. Letztere Ausdrücke übersetzt man gewöhnlich durch erwerbende — erlöschende Verjährung. Es braucht nicht erst gesagt zu werden, daß diese Uebersetzung schlecht ist; dann noch lieber, wie Andere sagen: *Acquisitiv-* und *Extinctiv-Verjährung*. Ich werde, wo eine Bezeichnung des Gegensatzes nöthig ist, die Ausdrücke: begründende Verjährung oder auch: Erwerbsverjährung — aufhebende Verjährung gebrauchen. Insofern die erstere Besitz voraussetzt, wird sie passend Erfindung genannt. Diesem letzteren Ausdruck entspricht der römische Ausdruck *usucapio*. — Nach einem anderen Sprachgebrauch wird der Ausdruck Verjährung auf die aufhebende Verjährung oder gar auf die Anspruchsverjährung beschränkt. Vgl. z. B. Grawein (§ 102¹) S. 25. 26. 31. — Ueber die f. g. *Acquisitiv-* und *Extinctiv-Verjährung* vgl. noch Beller I § 38 Weil. II.

² Vgl. zu dem Folgenden Savigny IV S. 305—308. V S. 267—272, Wächter *Wirt. Privat. II. S. 804*. [Dernburg I § 144 z. Anf., Regelsberger I § 126, I.]

³ L. 1 D. 41, 3. „*Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fore semper incerta dominia essent*“. L. 5 pr. D. 41, 10: — „*ut aliquis litium finis esset*“. L. 2 pr. D. 39, 3: — „*vetustas, quae semper pro lege habetur, minuendarum scilicet litium causa*“. Justinian drückt das in seiner Art so aus: „*ne possessores . . . prope immortali timore teneantur*“, l. 7 pr. C. 7, 39. Vgl. Cic. pro Caecina c. 26: „*usucapio . . . hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium*“.

Thatsache in Recht verwandelt, so erleidet jedenfalls derjenige, welchem die Verjährung etwas nimmt, seinen Verlust nicht unbilligerweise; denn er hätte ihn durch Unterbrechung des bestehenden Zustandes abwehren können, während längerer Zeit abwehren können; da er das nicht gethan hat, mag er die Folgen tragen⁴.

Es wird denn auch nicht leicht ein positives Recht der Verjährung die Anerkennung ganz versagen; die Grenzen ihrer Anerkennung können verschieden gezogen werden.

Das römische Recht hat die Verjährung nicht bei allen Rechten anerkannt. Es ist weit davon entfernt, den Satz aufzustellen, daß die Rechte durch fortgesetzte Ausübung erworben und durch fortgesetzte Nichtausübung verloren werden. Nur bei bestimmten Rechten hat es das Eine oder das Andere oder Beides anerkannt⁵; die Verjährung muß für jedes Recht; auf welches sie angewendet werden soll, besonders nachgewiesen werden. Eben deswegen gibt es im römischen Rechte keine allgemeine Theorie der Verjährung; es gibt nur Grundsätze für die einzelnen Anwendungen der Verjährung⁶.

⁴ Die in der vorigen Note citirte l. 1 D. 41, 3 fährt fort: „cum sufficoret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium“. Vgl. l. 2 C. 7, 40: — „ut . . sit aliqua inter dosides et vigilantes differentia“; l. 3 eod.: — „contra desidos homines et sui iuris contemptores odiosae exceptiones oppositae sunt“.

⁵ Die begründende Verjährung hat das r. R. anerkannt namentlich bei dem Eigenthum und den Dienstbarkeiten, die aufhebende bei den Dienstbarkeiten und bei den Ansprüchen. Ueber die Anwendung der Verjährung auf die übrigen dinglichen Rechte s. unten bei diesen. Keine Anwendung findet die Verjährung auf die Obligationen, insoweit dieselben nicht durch die Verjährung der Ansprüche berührt werden, und auf die Familienre.

⁶ Dieß hat die ältere Theorie vielfach verkannt, und die Reaction dagegen ist nicht ausgeblieben; vgl. namentlich Savigny IV § 178. Aber von der anderen Seite ist es auch zu weit gegangen, wenn man nun den Begriff der Verjährung am liebsten aus der Theorie ganz ausweisen möchte. Man sollte das schon deswegen nicht thun, weil dieser Begriff im Leben vorhanden ist, und also immer wieder sich eindringen wird — wenn er nicht geregelt wird, ungeregelt. Allerdings ist es, wenn auch nicht für die Verjährung überhaupt, doch für die aufhebende Verjährung wahr, daß ihre Grenzen sich leicht verwischen. Es ist sehr richtig, wenn man sagt: Verjährung liegt nur da vor, wo ein R. verloren wird auf Grund seiner Nichtausübung während einer gewissen Zeit, nicht da, wo ein R. mit Ablauf einer gewissen Zeit deswegen verloren wird, weil die Ordnung ihm aus anderen Gründen von vorne herein nur eine gewisse Zeitdauer zugestanden hat, wie es sich z. B. mit dem Wiedereinlösungsr. des Eigenthümers nach dem Pfandzuschlag verhält (§ 238^b), oder mit dem Re gegen den sponsor und fidepromissor nach der lex Furia (Gai. III. 121), oder mit dem Patentr. nach dem RPatentgef. § 7, vgl. Demelius Untersuchungen aus dem Civilt. S. 3—7,

Hiernach könnte es scheinen, als dürfte an diesem Orte, im allgemeinen Theil des Systems, von der Verjährung des Weiteren nicht die Rede sein. Daß dem nicht so ist, hat einen doppelten Grund.

1. Nach römischem Rechte gehen zwar nicht die Rechte überhaupt, wohl aber die Ansprüche überhaupt durch die Fortdauer ihrer Nichtausübung unter; der Begriff des Anspruchs aber ist in gleicher Weise, wie der des Rechts, ein allgemeiner (§ 43).

2. Im neueren Rechte hat sich eine besondere Anwendung der Verjährung ausgebildet, welche sich allerdings auf die Rechte überhaupt bezieht, die s. g. unvordenkliche Verjährung⁷.

Von der Verjährung der Ansprüche und von der unvordenklichen Verjährung muß also hier näher gehandelt werden.

[Das **§§**. beschränkt den Ausdruck Verjährung auf die Anspruchsverjährung (194 fg.), zu unterscheiden von gesetzlicher Befristung des Anspruchs (ob. § 102 a. E. unter 2). Es kennt Erfügung des Eigenthums und des Nießbrauchs an beweglichen Sachen (937. 1033). Der Erfügung ähnlich ist der Erwerb des Eigenthums eines Grundstücks oder sonstiger Rechte an Grundstücken durch Eintragung im Grundbuch in Verbindung mit dreißigjährigem Besitz (900). Weniger

Unger II S. 275—277, und jetzt namentlich Grawein (§ 102¹), S. XXVII. 3, — und man wird nicht in jedem einzelnen Fall mit Sicherheit erkennen können, ob eine rliche Bestimmung dieser letzteren Art oder eine wirkliche Verjährungsbestimmung vorliegt, oder auch nur behaupten dürfen, daß der Urheber einer rlichen Bestimmung sich immer über diesen Gegensatz klar gewesen sei. Also ist es wahr, daß man sich mit dem Verjährungsbegriff auf einen abschüssigen Boden begibt, und die ältere Theorie zeigt, bis wohin man auf demselben gelangen kann. Sprach man doch sogar vom Verlust eines R. durch „momentanea praescriptio“, womit man den Fall meinte, wo ein R. nur in einem gegebenen Augenblick ausgeübt werden kann, wie z. B. das R. der Nothwehr im Augenblick des Angriffs, und man diesen Moment vorübergehen läßt — wogegen denn freilich schon Rave de praescriptionibus p. 3 sich erklärt. Vgl. über diese älteren Auffassungen namentlich die Nachweisungen bei Unger II § 104 z. A. Vor diesem Abwege soll man warnen, und man mag hinzufügen, daß der allgemeine Begriff der Verjährung eben wegen dieser Reichthigkeit des Ueberschlagens in andere Begriffe nicht fähig ist, zur Grundlage einer juristischen Theorie zu werden, jedenfalls soll man mit Nachdruck hervorheben, daß er es im r. R. nicht geworden ist: aber das Alles thut dem keinen Eintrag, daß es einen Begriff der Verjährung wirklich gibt, und die juristische Theorie wird nicht zur Aufklärung beitragen, wenn sie denselben ignorirt. — Ueber die oben genannte beachtenswerthe Schrift von Grawein haben sich ausgesprochen: Strohal Grünh. JZ. IX S. 61 fg., Ehrenberg JZ. f. HR. XXVII S. 308 fg., Krasnopolski fr. JZ. XXIII S. 357 fg., Schwabach Jahrb. f. Dogm. XX S. 265 fg., Kohler JZ. f. vergl. RW. IV S. 39 fg., Bekker I § 38 Weil. III. [S. auch Dernburg I § 144, 4, Regelsberger I § 126.]

⁷ Praescriptio immemorialis, auch indefinita, im Gegensatze der praescriptio definita.

ähnlich ist ihr der Ausschluß des Eigenthümers im Aufgebotsverfahren auf Grund dreißigjährigen Festes eines Andern und der Eigenthümerwerb des letzteren durch Eintragung (§27). Die Rechte an beweglichen Sachen können durch Erfindung des Eigenthums an der Sache zerstört werden (§45); eine selbständige tilgende Verjährung derselben gibt es nicht. Rechte an Grundstücken unterliegen einer solchen ebenfalls nicht; es kommt nur ein Aufgebotsverfahren vor, bei welchem Zeitablauf eine gewisse Rolle spielt (§1170. 887. 1104. 1112 vgl. auch §1269). Die unvor-denkliche Verjährung kennt das BGB. nicht.]

2. Die Verjährung der Ansprüche*.

Einleitung.

§ 106.

Ansprüche gehen dadurch verloren, daß sie, obgleich ihnen der tatsächliche Zustand nicht entspricht, eine längere Zeit hindurch un-
ausgeübt bleiben. Jedoch sind hiermit die Bedingungen der Anspruchs-
verjährung nur im Allgemeinen bezeichnet; das Nähere wird in den
§§ 107—111 vorgetragen werden.

Wie die Römer den Anspruch überhaupt als Klagerecht, *actio*,
auffassen (§ 44), so erscheint ihnen auch die Verjährung der Ansprüche
als Verjährung der Klagerechte, der *actiones*. Demgemäß ist es
heutzutage durchaus gebräuchlich, statt von der Verjährung der An-
sprüche, von der Verjährung der Klagen zu handeln. Man gibt
damit den Ausdruck der Römer wieder, aber nicht die Sache¹.

* Reinhardt die *usucapio* und *praescriptio* des r. R. (1882) S. 232 fg.,
Kierulff S. 189—215, Savigny V 237—252, Sintonis I § 31, Wächter I
§ 104—109. Württ. Privatr. II § 118. 119, Unger II § 119—122. — Das
bei 106 citirte Werk von Unterholzner behandelt diese Lehre nicht an einem und
demselben Orte; s. aber namentlich II § 252 fg. 20. Jurist.-Tag Gutachten von
Bähr I S. 285 fg., von Hanausel I S. 306 fg., Verhandl. IV S. 30 fg.
413 fg. [Dernburg I §§ 145—150, Wendt §§ 93—95, Hölder § 63,
Regelsberger I §§ 181—187.]

§ 106. ¹ Wenn die Römer von zeitlicher Beschränkung der *actio* sprechen, so wollen
sie nicht das spezifische Moment der Klagebefugniß, das Moment der Befugniß
das Gericht anzurufen, im Gegensatz zur Berechtigung an sich hervorheben, sondern
sie wollen die Berechtigung selbst bezeichnen; gerichtliche Verfolgbarkeit ist ihnen der
Ausdruck für Berechtigung. Wenn wir heutzutage von Verjährung der „Klagen“
reden, so unterliegen wir fortwährend der Gefahr, aus dem spezifischen Moment
der Klagebefugniß Konsequenzen abzuleiten, welche sehr unrdmisch sind. — Ein-
zelne Schriftsteller haben das auch richtig erkannt. Linde (ZS. f. OR. u. Pr.
II S. 153) spricht von Verjährung der „Re“, was freilich zu weit ist, da mit
diesem Ausdruck auch die Verjährung der dinglichen Re umfaßt ist, welche mit
der Verjährung der *actio* nichts zu thun hat. Umgekehrt ist es zu enge, wenn
Wächter Württ. Privatr. II S. 806, vgl. 476¹, von „Schuldverjährung“ ge-
redet wissen will, da der dingliche Anspruch unter den Ausdruck Schuld schlecht

Die Verjährung der Ansprüche (actiones) ist kein ursprüngliches römisches Institut. Ursprünglich war keine actio der Verjährung unterworfen; zuerst der Prätor stellte auf Zeit beschränkte actiones auf; andere einzelne Bestimmungen traten später hinzu; die Regel der Verjährung der actiones ist erst im 5. Jahrhundert n. Chr. ausgesprochen worden².

untergebracht werden kann. Vgl. Windscheid die Actio z. S. 38. In dem Pandektenlehrbuch (I S. 540) hat Wächter den Ausdruck Anspruchsverjährung angenommen. [[Für die Klagenverjährung Eisele Jahrb. f. Dogm. XXXI S. 379 fg.], Lebenso Dernburg I § 145, II (wegen sachlich abweichender Auffassung der Verjährung). Den gleichen Ausdruck gebraucht Wendt a. a. O., trotzdem er nach Ablauf der Verjährung von einer naturalis obligatio nichts wissen will (vgl. unt. § 112). Auch Hölder sagt Klagenverjährung, betont aber (S. 351 fg.), daß das durch die Klage geltend gemachte Privatrecht von der Verjährung berührt wird. Für „Anspruchsverjährung“: Regelsberger I § 181, II. — Heymann das Vorhän- ✓ gen der Verjährung (1895): Forderungsverjährung, vgl. dazu Ripp 3 S. f. 59. XLV S. 608 fg.]

² Von Theodosius II. a. 424 (l. un. C. Th. de actionibus certo tempore finendis 4, 14 = l. 3 C. 7, 39). Als regelmäßige Verjährungszeit bestimmte Theodosius 30 Jahre, unter Bestätigung der kürzeren Verjährungsfristen. Das Nähere über das Geschichtliche s. bei Puchta Inst. II § 208 [Heymann (!) §§ 3—8.] Zu vergleichen ist auch: Demelius Untersuchungen aus dem r. Civilr. ✓ (1856) Nr. 1. Dieser letztere Schriftsteller nimmt einen principiellen Gegensatz zwischen der älteren vorthodosiischen und der durch Theodosius eingeführten Anspruchsverjährung an; nur diese letztere sei eine eigentliche Verjährung, nur sie habe ihren Grund in der fortgesetzten Unthätigkeit des Berechtigten, während die älteren Bestimmungen einzelne actiones von vorne herein mit Rücksicht auf den besonderen Inhalt des Rechtsverhältnisses auf bestimmte Zeit beschränkt, zu actiones temporales gemacht hätten. Man kann zugeben, daß hier in der That ein Gegensatz vorhanden sei; aber keinesfalls wird man aus demselben Gegensatz praktische Konsequenzen ziehen dürfen. Demelius gibt selbst zu, daß der Gegensatz bereits für das spätere r. R. nicht mehr vorhanden gewesen sei, und daß daher die in den Kaiserconstitutionen getroffenen Bestimmungen auf die alten actiones temporales mit zu beziehen seien. Aber er will nicht auch umgekehrt das R. der letzteren auf die neuere Verjährung übertragen wissen. Nach meiner Ansicht mit Unrecht; was das r. R. selbst als ein einiges Institut ansieht, dürfen wir nicht bestreuen auseinanderreißen, weil wir zu erkennen glauben, daß der Grund der unter dasselbe gehörenden Klagen ein verschiedener sei. — Dieselbe Unterscheidung, wie bei Demelius, findet sich unabhängig von ihm, bei Brinz § 47 (2. Aufl. I § 112 fg.) und schon vorher bei Fied Diss. quid intersit . . . inter exceptionem temporis actionibus perpetuis opponendam et alias quas dicunt temporis praescriptiones. Marburgi 1847. [Zustimmend auch Ubbelohde über die Berechnung des tempus utile der honorarischen Temporalklagen S. 54. Heymann S. 54 fg. nimmt an, daß dem Kaiser Theodosius sämtliche Fälle der Temporalität, die vor ihm bestanden, als ein einheitliches Institut vorzuzwecken, und daß er diesem gegenüber nicht ein neues Institut einführen, sondern das bestehende auszubehnen gedachte. Dieß ist wohl richtig.] Hauaukel Haftung des Verkäufers

Von dieser Regel gibt es nur Eine Ausnahme: unverjährbar sind die Steuerforderungen des Fiscus³. Was man gewöhnlich sonst noch als Ausnahme anführt, daß der Anspruch auf Theilung nicht verjähre, ist keine Ausnahme, da dieser Anspruch in jedem Momente der Gemeinschaft neu entsteht⁴. [Auch darin liegt keine Ausnahme, daß Feststellungsklagen nicht verjähren. Sie sind überhaupt nicht Ansprüche im Sinne der Lehre von der Anspruchsverjährung].^{4a}

f. d. Beschaffenh. der Waare II §. 297 fg. [[: für die Fortdauer der Klagen-temporalität im neuesten R. (mit besonderer Beziehung auf actio quanti minoris und redhibitoria). Dagegen Hölder §. 347¹.]]

³ L. 6 C. 7, 39. Savigny §. 410 behauptet, diese Ausnahme sei heutzutage „nicht mehr anerkannt“. Ich habe für diese Behauptung, welche Buchta, Arndts, Sintenis [Dernburg I § 145¹⁵, Regelsberger I § 182¹] sich angeeignet haben (auch ich selbst in der 1. Aufl.), einen Anhalt nicht finden können. Vgl. Unterholzner II §. 403, Vangerow I § 148 Anm. 2 Nr. 4, Holzschuber II § 19 Nr. 10. — Andere Ausnahmen des v. R. beziehen sich auf Verhältnisse, die heutzutage nicht mehr vorkommen. L. 3 C. 7, 22, l. 5 C. 7, 39, l. 23 pr. C. 11, 48 [47].

⁴ Es versteht sich von selbst, daß die sonstigen Ansprüche aus der Gemeinschaft der gewöhnlichen Verjährung unterworfen sind, l. 1 § 1 C. 7, 40, vgl. l. 6 C. 3, 39. Vgl. auch Cf. IV. 223, XV. 227, XXXII. 4, XLIV. 179. [Vgl. Dernburg I § 145¹⁴: Der Anspruch auf Theilung einer Gemeinschaft verjährt nicht, solange sich die Theilhaber als Mitberechtignte gegenseitig anerkennen. Vielleicht präciser ist es, zu sagen: Die Verjährung ist ausgeschlossen nur zu Gunsten desjenigen, welcher in dem seinem Antheil entsprechenden Besitz ist. Noch anders wendet die Sache Regelsberger I § 182 zu².]

^{4a} [[Hölder §. 342. 350 unterwirft der Verjährung auch die Feststellungsklagen]]. [Dagegen Regelsberger I § 182 zu², Hellmann ACPr. LXXXIV §. 190 fg. in besonderer Richtung gegen ein das Gegentheil annehmendes Urtheil des Obersten O. G. f. Bayern. Nicht entscheidend Scuffert zu CPD. 231 Anm. 12. Man kann bei der Feststellungsklage von einem Rechtsschutzanspruch reden, einem Anspruch gegen den Gegner in dem Sinne, daß er die Feststellung bilden muß (vgl. unt. § 122); aber dieß ist nicht ein Anspruch in dem materiellrechtlichen Sinne des R., von dem Gegner eine Leistung zu verlangen. Nur diese Ansprüche verjähren, und es kann sich nur fragen, ob sie durch Verjährung ganz erlöschen, oder ob nur „die Klage verjährt“ in dem Sinne, daß die Erfüllung des Leistungsanspruchs nicht mehr durch Klage erzwungen werden kann. Bei der Feststellungsklage kann es nur vorkommen einmal, daß, wenn etwa eine Rechtsbestreitung schon vor längerer Zeit erfolgte, ohne sich zu wiederholen oder praktische Folgen nach sich zu ziehen, das rliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung (CPD. 231) zu verneinen und deßhalb die Feststellungsklage als unzulässig abzuweisen ist, ohne daß Kraft in Betreff des Rechtsverhältnisses entstände, dessen Feststellung begehrt wurde. Sodann ist es möglich, daß der Anspruch verjährt ist, dessen Feststellung verlangt wird, oder das sonstige Rechtsverhältniß, dessen Feststellung begehrt wurde, durch tilgende Verjährung beseitigt ist. Dieß hat mit der Frage des rlichen Interesses an der alsbaldigen Feststellung gar nichts zu thun. Der Kläger kann ein gegenwärtiges Interesse an der Feststellung des ehemaligen Bestandes des

Auch durch Vertrag kann die Verjährung nicht ausgeschlossen werden, da sie im öffentlichen Interesse eingeführt ist⁵. Ebensovienig kann durch Vertrag die Verjährung erschwert, im Besonderen die Verjährungsfrist verlängert werden.

[Das BGB. spricht von Verjährung des Rechts, von einem andern ein Thun oder Unterlassen zu verlangen, des Anspruchs (194), obwohl nach den Vorschriften des BGB. der Anspruch durch die Verjährung keineswegs ganz untergeht (unt. § 112). Ausgenommen von der Verjährung sind: Ansprüche aus familienrechtlichen Verhältnissen, so weit sie auf die Herstellung des dem Verhältnisse entsprechenden Zustandes für die Zukunft gerichtet sind (194 Abf. 2); es finden sich aber noch mehrere Ausnahmen außerhalb des Abschnitts von der Verjährung. Der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft unterliegt nicht der Verjährung (758). Die sonstigen Ansprüche aus der Gemeinschaft bleiben ihr unterworfen. Ebenso auch die Ansprüche aus dem Recht, in Ansehung dessen die Gemeinschaft obwaltet, und durch Zerstörung dieses Rechts, auch im Wege der Erstzung, zu Ungunsten eines bisherigen Theilhabers, kann die Rechtsgemeinschaft beseitigt werden. Ist das letztere geschehen, so kann von der Klage auf Aufhebung der Gemeinschaft keine Rede mehr sein. Aber auch, wenn nur durch Verjährung der Anspruch beseitigt ist, durch welchen das Theilrecht und damit die Existenz der Gemeinschaft geltend gemacht wird, ist auch der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft mittelbar ausgeschlossen, denn die Möglichkeit, die Existenz der Gemeinschaft klagweise geltend zu machen, dürfte die unentbehrliche Grundlage der Klage auf ihre Aufhebung sein. Ausgeschlossen ist die Verjährung ferner in Ansehung der Ansprüche auf Verichtigung des Grundbuchs und was damit zusammenhängt (898. 894—896), der Ansprüche aus eingetragenen Rechten nach Maßgabe des § 902, sowie in Ansehung der in § 924 näher bezeichneten nachbarrechtlichen Ansprüche. Feststellungsklagen verjähren auch nach BGB. zweifellos nicht; ein Anspruch, ein Recht, von einem andern ein Thun oder Lassen zu verlangen, im Sinne des § 194 BGB. ist der Feststellungsanspruch sicherlich nicht. Im Uebrigen ist das Note ⁴ Bemerkte auch für das BGB. zu behaupten.

Als Prinzip stellt auch das BGB. den Satz auf, daß die Verjährung durch Rechtsgeschäft weder ausgeschlossen noch erschwert werden kann. Erleichterung der

Verhältnisse haben und muß dann siegen, wenn er nur eine dahingehende Feststellung begehrt. Verlangt er aber die Feststellung des verjährten Anspruchs, des durch Verjährung getilgten R. als eines unverjährten, so ist er mit materieller Akraft abzuweisen.]

⁵ Ein anderes ist der Verzicht auf die durch die Verjährung erworbene Stellung; dieser ist vollkommen zulässig. Savigny V S. 411—413. Vgl. Cf. XV. 157, XXV. 168, XXVI. 218. Gleiches gilt für die Erstzung: Cf. XXXIII. 100. [Hölber S. 347 bemerkt, daß die Verjährung durch private Beliebung in ihren Bedingungen überhaupt nicht verändert, also auch die Verjährungsfrist nicht verkürzt werden kann; es könne zwar das Forderungs r. resolutiv befristet werden, dieß aber sei etwas anderes, als Verkürzung der Verjährungsfrist. Ebenso Regelsberger § 182, III. Allein die Möglichkeit, daß die Parteien die von ihnen gesetzte kürzere Frist in Beginn, Lauf und Wirkungen des Ablaufs als Verjährungsfrist behandelt wissen wollten, läßt sich m. E. nicht bestritten.]

Verjährung, insbesondere Abkürzung der Verjährungsfrist wird für zulässig erklärt. Wenn man nun auch geneigt sein wird, sobald die Parteien den Anspruch an eine Frist binden, hierin einen Endtermin und nicht eine Bestimmung über verkürzte Verjährung zu sehen, so ist doch die Möglichkeit nicht zu bestreiten, daß auch das letztere gemeint sein kann (vgl. ⁵⁾). Anzunehmen ist es, wenn als Parteiville ersichtlich ist, daß auf die Frist, ihre Hemmung, Unterbrechung, und die Wirkung ihres Ablaufs, die Verjährungs-Grundsätze Anwendung finden, nur die Länge der Frist abweichend (verkürzend) bestimmt sein soll. Von dem Grundsatz des § 225 finden sich übrigens Abweichungen. Verlängerung der Verjährungsfrist ist zulässig gemäß § 477 Abs. 1. § 638 Abs. 2.

Von der Anspruchsverjährung verschieden sind die Fristen, an deren Innehaltung vielfach das BGB. ein Recht bindet. Mit Ablauf solcher Fristen erlischt das Recht, und es wird nicht nur, wie bei der Verjährung, eine Einrede begründet. Auch finden auf Beginn und Lauf solcher Fristen die Bestimmungen über die Verjährungsfrist nur soweit Anwendung, als sie im einzelnen für anwendbar erklärt sind (vgl. 358. 485. 503. 510 Abs. 2. 592. 801 Abs. 1. §. 3. Abs. 2. Abs. 3. 802. 864. 977. 1002. 1339 in Verbind. m. 1341. 1571. 1594 in Verbind. m. 1596).]

a. Bedingungen.

α. Unbefriedigtheit des Anspruchs. Beginn der Verjährung.

§ 107.

Die erste Bedingung der Anspruchsverjährung ist Unbefriedigtheit des Anspruchs. So lange der Anspruch befriedigt ist, d. h. so lange der von ihm geforderte thatsächliche Zustand vorhanden ist, läuft ihm keine Verjährung¹. Dagegen läuft dem unbefriedigten Anspruch die Verjährung sofort von seiner Entstehung an². Entstanden³ aber ist

§ 107. ¹ Durch die Befriedigung des Anspruchs wird derselbe in den meisten Fällen aufgehoben, so daß schon deswegen von Verjährung keine Rede sein kann. Aber es ist das nicht nothwendig, wie es denn namentlich bei den auf Nichtthun gerichteten Ansprüchen, ferner bei denjenigen positiven, welche auf das Bewirken eines dauernden Zustandes gerichtet sind, nicht der Fall ist.

² L. 1 § 1 C. 7, 40: — „ex quo ab initio competit et semel nata est (actio)“. L. 3 C. 7, 39: — „actiones XXX annorum iugi silentio, ex quo iure competere coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem“. L. 30 C. 5, 12. Die Neueren pflegen den Ausdruck actio nata als technischen zu gebrauchen. Vgl. Demelius Untersuchungen S. 115. 204.

³ Die Frage nach der „actio nata“, nach der „Nativität der Klagen“ hat eine umfangreiche Literatur. Vgl. außer den oben bei § 106 genannten Schriftstellern: Unterholzner Verjährungslehre I § 88. II § 260. 264—266, Thon ZS. f. CR. u. Pr. VIII S. 1 fg. (1835), Venz Studien und Kritiken x. Nr. 4 (1847), Vangerow ACPra. XXXIII S. 293 fg. (1850) und Pand. I § 147 Anm., Bratenhöft APraktW. IV S. 76 fg. (1856), Demelius Untersuchungen Nr. 2 (1856), Unger II § 116, Leonhard Jahrb. für Dogm. XVII S. 438 fg. [Derenburg I § 146, 1, Regelsberger I § 183, II.]

der Anspruch, sobald das Recht, dessen Ausdruck er ist, entstanden ist; der Anspruch ist nichts, als das Recht selbst in seiner Richtung auf die Unterwerfung menschlichen Willens (§ 43). Dieß ist in gleicher Weise wahr für den dinglichen^{3a} wie für den persönlichen Anspruch. Wenn nichtsdestoweniger die Verjährung des dinglichen Anspruchs nicht in gleicher Weise mit der Entstehung des dinglichen Rechts beginnt, wie die Entstehung des persönlichen Anspruchs mit der Entstehung des persönlichen Rechts: so hat dieß seinen Grund darin, daß der mit dem dinglichen Recht entstehende Anspruch, so lange nichts vorliegt, als das dingliche Recht, auch befriedigt ist. Er ist darauf gerichtet, daß Niemand die durch das dingliche Recht gegebene Herrschaft über die Sache störe; so lange dieß Niemand gethan hat, hat der Berechtigte das, was er kraft des dinglichen Anspruchs verlangen kann. Die Verjährung des dinglichen Anspruchs beginnt daher erst dann, wenn von einer bestimmten Person eine Störung der dinglichen Herrschaft ausgegangen, und dadurch dem Berechtigten etwas entzogen worden ist, was er kraft seines Anspruchs haben sollte⁴. Anders bei dem persönlichen Anspruch. Zwar wenn das persönliche Recht, mit welchem der persönliche Anspruch entsteht, auf ein Nichtthun des Verpflichteten geht, gilt von dem persönlichen Anspruch das Gleiche, wie von dem mit dem dinglichen Recht entstehenden; er ist, wie er entstanden ist, auch befriedigt, und verjährt daher nicht von der Zeit seiner Entstehung an, sondern erst von der Zeit an, wo der

[^{3a} Wer der Ansicht ist, daß bei dem dinglichen R. vor der Verletzung ein Anspruch nicht vorhanden ist, bedarf dafür, daß vor der Verletzung keine Verjährung läuft, der im Text folgenden Begründung nicht. Vgl. ob. § 43 ².]

⁴ Wie ist es aber, wenn die Störung mit dem Willen des Berechtigten erfolgt ist, z. B. der Eigentümer hat seine Sache mit Vorbehalt künftiger Rückgabe einem Anderen freiwillig hingegeben? Die Störung ist deswegen nicht weniger vorhanden, und daher der Eigentumsanspruch gegen den Besitzer sogleich begründet (vgl. I. 9 D. 6, 1). Ob er sogleich verjährt, hängt davon ab, ob der Eigentümer verpflichtet ist, dem Besitzer die Sache eine gewisse Zeit hindurch zu lassen, oder nicht. Im ersten Falle (z. B. bei der Miethe) verjährt der Anspruch erst nach Ablauf jener Zeit, wegen der ihm bis dahin entgegenstehenden Einrede (§ 109, I. 7 § 6 C. 7, 39); im zweiten Falle (z. B. beim Precarium), wo dieses Hinderniß der Geltendmachung des Anspruchs nicht entgegensteht, beginnt seine Verjährung sogleich (I. 2 C. 7, 39 handelt von der Erfügung, Demelius Untersuch. S. 111 ²). Vgl. ⁵ a. G. und Unger § 116 ¹⁵, § 120 ^{2a}. [A. W. Kierulff S. 198 ^{*}, Savigny V S. 285 ⁿ, Dernburg I § 146 ²²: so lange Jemand im Namen des Eigentümers besitzt, kann die Verjährung nicht ansaufen, weil er das R. des Eigentümers anerkennt.]

Verpflichtete aufhört, ihm nachzukommen. Geht dagegen der persönliche Anspruch auf eine Thätigkeit des Verpflichteten, so ist, so lange diese Thätigkeit nicht eintritt, der Anspruch ein unbefriedigter, und daher beginnt seine Verjährung sogleich, ohne daß nöthig wäre, daß dem Verpflichteten die Erfüllung angefohlen worden sei und dieser sie verweigert habe⁶. —

⁶ Darüber ist im Allgemeinen kein Streit, lebhafter nur in Betreff Einer Klasse von Fällen, derjenigen nämlich, wo der Berechtigte, ohne an die Einhaltung einer bestimmten Frist gebunden zu sein (darüber daß, wenn er in dieser Weise gebunden ist, die Verjährung erst nach Ablauf dieser Frist beginne, herrscht Uebereinstimmung, s. Note ⁷ mit Text und § 109, 1), doch ausdrücklich oder stillschweigend erklärt hat, einstweilen von seinem Anspruch keinen Gebrauch machen zu wollen, wie z. B. bei einem Darlehn, welches schlechthin, oder mit der Erklärung, daß der Empfänger es behalten dürfe, bis der Darleiher es zurückfordere („auf Kündigung“, „bis zur Kündigung“, vgl. l. 48 D. 45, 1: „docum cum petiero“ und Savigny V S. 296, Leonhard a. a. D. S. 469), gegeben worden ist, ferner beim Depositum, Precarium, beim vorbehaltenen Rückkaufsr. (der gewöhnlich ebenfalls hierher gestellte Fall des commodatum gehört nicht hierher, weil der Leihende gebunden ist, die Sache dem Empfänger bis zum gemachten Gebrauche zu lassen), vgl. Demelius Untersuch. S. 178 fg., Unger II § 116¹¹. Für diese Fälle behaupten namhafte Schriftsteller (Rierulf S. 193 fg., Savigny V S. 291 fg., Sintenis I S. 281 fg., Puchta Vorles. I S. 204—206, Keller S. 172. 173), actio nata sei erst vorhanden, wenn der Verpflichtete auf die Aufforderung des Gläubigers die Leistung verweigert bez. nicht bewirkt habe. Diese Behauptung wird nicht sowohl auf die Quellen gestützt, gegen deren Ansprüche sie sich vielmehr nur vertheidigt, und zwar nach richtiger Interpretation ohne Erfolg (f. l. 1 § 22 D. 16, 3, l. 91 § 1 D. 41, 3, l. 8 § 7 D. 43, 26, und darüber Windscheid die Actio zc. zc. S. 42¹¹ [wo aber auf S. 43 in der zweiten Zeile der Note v. o. statt „nicht“ „nicht nicht“ zu lesen ist!]), als vielmehr auf die Natur der Sache, indem nämlich geltend gemacht wird, daß vorher der Schuldner in der Nichtleistung kein Unrecht thue, das R. des Gläubigers nicht verletze. Von diesem Argument wird die hier vertretene Ansicht, welche als das Verjährende den Anspruch ansieht, nicht betroffen; für die herrschende Auffassung, welche als das Verjährende das Klager. ansieht, ist dieses Argument äußerst bedenklich — ein Klager., ein R. sich zu beklagen und den Staat um Hülfe anzurufen, kann Niemandem zugestanden werden, der nicht eine Verletzung erlitten hat. Diejenigen, welche dieß leugnen (Thon S. 33 fg., Fenz S. 237 fg., Vangerow Arch. S. 295 fg. und Pand. § 137 Anm. Nr. 1, 2, Unger S. 377 fg., Prodlowski ACpra. LII S. 360), verstehen in der That unter Klager., Klage, nichts Anders, als was hier Anspruch genannt wird, so daß nur ein Streit über den Namen übrig bleibt. Andere finden eine Verletzung schon in der That-sache der Unbefriedigtheit des Anspruchs, so Wächter Württ. Privatr. II S. 412—413. 407 (vgl. Pand. I S. 543) und Demelius Untersuchungen S. 146 fg. (welche aber im Einzelnen von einander abweichen, indem Demelius die Verletzung nur für die Verjährung des Klager. erfordert, Wächter auch für seine Entstehung) s. auch A. Thon Anorm und subjectives R. S. 255, Dernburg I § 146 zu ⁷ Es hiergegen ist zu bemerken, daß ein Zustand, welcher in Folge des Willens des Berechtigten besteht, weder geeignet ist, ihm Anspruch auf „Schutz“, auf

Ein bedingter Anspruch ist noch kein entstandener Anspruch (§ 89); seine Verjährung beginnt daher erst mit dem Eintritte der Bedingung⁶. Ebenso ist aber auch ein befristeter Anspruch noch kein entstandener Anspruch (§ 96); seine Verjährung beginnt daher erst mit dem Herankommen des Zeitpunktes, auf welchen er gestellt ist⁷. Bei Ansprüchen auf periodisch wiederkehrende Leistungen (Renten,

„Genugthuung“ zu geben (Wächter), noch sein Kläger. zur „Thätigkeit“, zum „Kampf“ heranzufordern (Demelius). Aeltere Schriftsteller hielten sich durch Aufstellung der Regel: *Toties praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas eius est in potestate creditoris*. Diese Regel, welche sich noch bei Unterholzner § 260 findet, ist zwar seit dem Angriff von Thon *35. f. C. u. Pr. VIII. §. 1 fg. §. 1—12* [1835] im Uebrigen allgemein aufgegeben (vgl. *Sf. XXXIII. 101*), wird aber jetzt in der Sache, mit einer andern Wendung in der Form, reproducirt von *Zrodowski ACPr. LII. §. 358 fg.*, welcher Schriftsteller folgenden Satz aufstellt: sobald „der Gläubiger die Klage anstellen kann, ohne durch objective Gründe, deren Beseitigung nicht in seiner Macht liegt, an der Geltendmachung seines R. gehindert zu sein“, ist sofort *actio nata* vorhanden. (Uebrigens enthält die bezeichnete Regel einen wahren Kern, *f. 2*.) Endlich ist in der neuesten Zeit eine andere ältere Meinung hervorgeholt worden, wonach zwar das Klager. erst nach der Kündigung, sofort aber das Kündigungsver. verfahren soll: dem Verf. (*Roscher ACPr. LV. §. 100 fg.*) ist es nicht gelungen, die Verjährbarkeit des Kündigungsver. mit den allgemeinen Grundsätzen über Verjährung in Einklang zu bringen. [Für sofortige Verjährung der hier fraglichen Ansprüche, mit verschiedenen Begründungen, auch *Wendt §. 94. §. 253, Hölder §. 350, Regelsberger I §. 188 zu 2*.] — Die Praxis stand früher überwiegend auf dem Standpunkt der Verletzungslehre, so jedoch, daß bei verzinslichen Darlehen eine die Klage begründende Abverletzung auch in dem Ausbleiben einer Zinszahlung gefunden wird. Hiernach ist erkannt in den Urtheilen bei *Sf. I. 312, IV. 201, VI. 3, XIII. 6, XVI. 3, XVIII. 2, XXIII. 7, XXXII. 107, f. auch XIV. 204*. Die richtige Auffassung ist vertreten in den Erkenntnissen *V. 272, XVII. 203, XXII. 206, f. auch XVIII. 233, XXXII. 4, RG. XV. §. 178*. Das Obertribunal zu Stuttgart läßt (*Sf. XIX. 7*) bei unverzinslichen Darlehen die Verjährung sofort von der Ausbezahlung an beginnen, während es bei verzinslichen an dem Erforderniß der Kündigung oder des Ausbleibens einer Zinszahlung festhält — welche Inconsequenz bereits der Einsender der Entscheidung gerügt hat. — Uebrigens wiederholt sich dieselbe Frage, die hier behandelt worden ist, für die dinglichen Ansprüche, obgleich sie auf diese gewöhnlich nicht bezogen wird. Von dem Eigenthumsanspruch desjenigen, der eine Sache *precario* gegeben hat, gilt ganz in gleicher Weise, wie von seinem persönlichen Anspruch, daß der Anspruch sogleich begründet ist, und daß der Besitzer vor der Rückforderung durch die Nichterfüllung desselben nicht Unrecht thut. *S. 4*.

⁶ L. 7 § 4 C. 7, 39.

⁷ L. 7 § 4 C. cit., vgl. I. 8 i. f. C. 7, 71. Für den befristeten Anspruch ist aber auch eine andere Auffassung möglich, nämlich, daß er sofort existent sei, nur nicht sofort geltend gemacht werden könne (§ 96). Faßt man ihn in dieser Weise auf, so gehört der Satz, daß die Befristung die Verjährung ausschließt, nicht hierher, sondern in § 109. [Wechselprolongation: *Sf. L. 267*.]

Zinsen, Mieth- und Pachtgelder) läuft deswegen eine besondere Verjährung für jeden einzelnen fällig werdenden Posten; es ist aber positiv bestimmt, daß die Verjährung des Anspruchs auf das Kapital auch jeden Zinsanspruch ausschließen soll⁸.

Einen Fall gibt es, in welchem die Verjährung eines Anspruchs schon beginnt, ehe er entstanden ist. Dieser Fall ist, wenn die Entstehung des Anspruchs auf den nackten Willen des Berechtigten gestellt ist. Einen Anspruch, den ich durch ein Wort in's Leben rufen kann, kann ich ganz in der nämlichen Weise geltend machen, wie einen Anspruch, der mir jetzt schon zusteht, und meine Unthätigkeit in Beziehung auf denselben kann daher keine andere Bedeutung haben, als meine Unthätigkeit in Beziehung auf einen bereits entstandenen Anspruch⁹. Anders wenn die Entstehung des Anspruchs auf eine Handlung des Berechtigten (genauer: eine andere Handlung, als die Erklärung des Willens, daß der Anspruch entstehen sollte) gestellt ist;

⁸ L. 7 § 6 C. 7, 39, l. 26 pr. C. 4, 32. Cf. IV. 201 Nr. II, VI. 3, XIII. 6, XIV. 110, XVIII. 2. — Unterliegt auch das R. auf die terminliche Leistung als solches einer Verjährung? Es ist dieß eine seit der Glossatorenzeit bestrittene Frage. Früher wurde sie von der Mehrzahl der Schriftsteller verneint, s. namentlich I. H. Boehmer Exerc. ad Pandectas V. n^o. 86. ius eocl. Prot. II. 26 § 4—21; in der neueren Zeit ist die vorherrschende Ansicht für die Bejahung der Frage, jedoch nur unter der Voraussetzung einer von Seiten des Schuldners erfolgten Bestreitung des Gesamtr. S. Unterholzner II S. 306, Savigny V S. 312, Sinteris I § 31²⁵, Holzschuher I § 19 Nr. 3; [Regelsberger I § 183, II, 4], Cf. I. 156, III. 138, VI. 4 a. C., IX. 117. 323, XI. 6 (in der Note), XIV. 110. 117 Nr. I, XVI. 2, XVII. 83, XXX. 255, XXXII. 330. Vgl. auch Buchta und Budde Entscheidungen IV. 41. Keine Bestreitung des Gesamtr. verlangen die Erkenntnisse bei Cf. I. 157, III. 3, VI. 4 z. A., VI. 132, und in diesem Sinne hat sich auch Gerber Jahrb. f. Dogm. II S. 47. 48 ausgesprochen. Vgl. noch Cf. XIV. 117 Nr. II. III. Gegen alle Verjährung des Gesamtr. hat sich wieder erklärt Demelius Untersuchungen S. 200—203; ihm folgen Schirmer zu Unterholzner § 262⁷⁴⁰, Unger § 120¹⁰, [Dernburg I § 150¹²]. Für diese Ansicht sprechen l. 7 § 6 C. 7, 39 und l. 45 [46] § 9 C. 1, 3; für die Verjährung nach erfolgter Verweigerung l. 14 C. 11, 62 [61], die mir aber von einer der Anspruchsverjährung durchaus fremden Idee auszugehen scheint („si per quadraginta annos ademti canonis beneficium iugiter possederunt“). Vgl. noch Dernburg Preuß. Privatr. I § 167 a. C.

⁹ Dieß ist, wie ich glaube, der wahre Kern der in der Note ⁵ erwähnten Regel: toties praeseribitur actioni nondum natae, quoties nativitas eius est in potestate creditoris. Die herrschende Ansicht stimmt damit nicht überein; aber sie verwickelt auch wenigstens diejenigen, welche die in der Note ⁵ genannte Klasse von Fällen entscheiden, wie dort geschehen, in unerträgliche Schwierigkeiten. Dieselben müssen z. B. annehmen, daß, wenn bei einem Kaufvertrage der Käufer sich ein Rücktrittsr. vorbehalten habe, sein Anspruch gegen den Verkäufer erst

hier bleibt es bei der Regel, und die Verjährung beginnt erst mit Vornahme dieser Handlung¹⁰.

[Das **§§** stellt an die Spitze den Grundsatz, daß die Verjährung mit der Entstehung des Anspruchs beginnt (198), sucht aber die Streitigkeiten, welche sich an diesen Begriff knüpfen, durch eine Reihe von Einzelbestimmungen abzuschneiden.

von der Zeit des erklärten Rücktritts an verjähre, während sie den Anspruch aus dem bedungenen Rückkaufsr. (pactum de retrovendendo) von der Zeit des Abschlusses des Kaufvertrages oder der Uebergabe der Sache (das Erstere ist gewiß das Richtigere) verjähren lassen. (Dagegen zwar Demelius Untersuchungen S. 194 fg., aber nicht überzeugend; vgl. auch Unger § 116¹¹.) Ferner: wenn ein Darlehn „auf Kündigung“, „bis zur Kündigung“ gegeben ist, lassen sie die Verjährung sogleich beginnen; wenn „bis acht Tage nach geschehener Kündigung“, erst acht Tage nach geschehener Kündigung, so daß ohne Kündigung ein solches Darlehn noch nach 100 und mehr Jahren zurückgefordert werden kann! „Freilich läßt sich nicht verkennen, daß diese Entscheidung mit dem ganzen Institut der Verjährung und dessen Tendenz in schneidendem Widerspruch steht“, Unger S. 410; aber „von rein theoretischem Standpunkt“ glaubt dieser Schriftsteller nicht anders entscheiden zu können. Sollte da nicht der „theoretische Standpunkt“ unrichtig sein? Nach der im Text aufgestellten Regel ist ein solches Darlehn zu behandeln als ein Darlehn, welches nach acht Tagen zurückgefordert werden kann, so daß der Anspruch aus demselben nach acht Tagen zu verjähren beginnt. Uebereinstimmend im Defektaut Unterholzner II § 260, Wächter Württemb. Privatr. II § 118¹² Pand. I S. 543, Brodowski ACPr. LII S. 358 fg. Wächter mit Berufung auf I. 16 § 1 D. 16, 2, Unterholzner und Brodowski nach ihren in Note 5 berichteten Grundauffassungen, [Regelsberger I § 183² und II, 1, b, bb.]; dawider namentlich Thon S. 3 fg., Vangerow Arch. S. 312 und Pand. I § 147 Ann. Nr. II. 3, Demelius S. 117, Unger II § 120⁶, f. auch die Note zu S. XIX. 7. Leonhard a. a. O. S. 469 ist für sofortigen Beginn der Verjährung ohne Aufschub durch die Kündigungsfrist. [So auch Dernburg I § 146 zu ¹¹; gegen ihn Regelsberger a. a. O. ^{2a}. Noch anders Hölder S. 342 fg., 350 fg.: die Kündigung muß innerhalb der sofort beginnenden Verjährungszeit erfolgen, die Klageerhebung innerhalb der um die Kündigungsfrist verlängerten Verjährungszeit.] In der Praxis hat die hier vertretene Meinung erst in der neueren Zeit Eingang gefunden. S. XXXIII. 187 (OL. zu Berlin), XXXIV. 85 (MDStG., Entsch. XXIII S. 232 fg.), S. XXXIV. 176 (OL. zu Wolfenbüttel), XL. 280 S. 406 (OL. zu Braunschweig). [[S. XLVII. 92 (Hamburg), dawider [für Verjährung erst nach wirklicher Kündigung und Ablauf der Frist] XLVI. 14 (Oldenburg)]. Die frühere Praxis war aber geneigt, der Kündigung das Ausbleiben einer Zinszahlung gleichzustellen. S. I. 312, IV. 201, VI. 3, XIII. 6, XVI. 3, XVIII. 2. XIX. 7 Nr. 2, XXVII. 87. 201. [So auch Regelsberger a. a. O. zu ⁵.] Hiergegen: XIII. 122, XX. 196; umgekehrt gegen die Pinzurechnung der Kündigungsfrist im Fall des Ausbleibens einer Zinszahlung: XIII. 6, XXV. 3.

¹⁰ Daher beginnt z. B. die Verjährung des Anspruchs auf Rückgabe der Pfandsache erst mit Tilgung der Schuld (I. 9 § 3 D. 13, 7), nicht sogleich mit Hingabe der Pfandsache. Vgl. Glück XIV S. 169 fg., Savigny S. 283. 299 fg., Vangerow Pand. I § 147 Ann. Nr. II. 5, Unger § 120⁶, Dernburg Pfandr. I S. 159. 160; dawider, mit Berufung auf jene Regel, Unterholzner II § 264. Ebenso beginnt die Verjährung erst mit der Kündigung dann,

1. Die Verjährung eines Anspruchs auf Unterlassen beginnt mit der Zuwiderhandlung (198 Abs. 2). Es ist oben § 43 S. 160 bemerkt, daß man versucht sein könnte, hierher auch die dinglichen und sonstigen Ansprüche aus absoluten Rechten zu stellen, daß es aber nach sonstigen Ausprüchen des Gesetzes richtiger ist, anzuerkennen, daß das absolute Recht nicht schon vor der Verletzung einen Anspruch auf Unterlassung erzeugt, sondern aus ihm durch die Verletzung allererst ein Anspruch entsteht.

2. Kann der Berechtigte Leistung erst nach Kündigung verlangen, so beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkte, von welchem an die Kündigung zulässig ist, und wenn erst bestimmte Zeit nach der Kündigung zu leisten ist, so wird der Beginn der Verjährung um die Dauer der Frist hinausgeschoben (199). Ein Darlehn unter jederzeit zulässiger fristloser Kündigung verjährt also von der Hingabe an; ein Darlehn unter dreimonatiger jederzeit zulässiger Kündigung beginnt drei Monate nach der Hingabe zu verjähren; kann das Darlehn nur auf die Quartalsersten, spätestens am vorangehenden Quartalsersten gekündigt werden, und ist es am 20. April gegeben, so beginnt die Verjährung am 1. October. Dieß entspricht den im gemeinen Recht vorherrschenden Ansichten (⁵ 9).

3. Entsteht der Anspruch erst mit Ausübung eines dem Berechtigten zustehenden Anfechtungsrechtes, so beginnt die Verjährung schon mit dem Zeitpunkte, von welchem an die Anfechtung zulässig ist (200). Dieß ist eine berechtigte Concession an den Satz *toties praescribitur actioni nondum natae quoties natiuitas eius est in potestate creditoris* (9). Die obige Bestimmung gilt aber nicht, wenn die Anfechtung sich auf ein familienrechtliches Verhältniß bezieht, gleichviel ob der Anspruch, dessen Verjährung in Frage steht, seinerseits ein (verjährbarer [vgl. 194]) familienrechtlicher Anspruch ist oder nicht. Diese Ausnahme ist offenbar gemacht, damit Niemand durch Furcht vor der Verjährung zur Anfechtung eines derartigen Verhältnisses getrieben werde. Eine ähnliche Vorschrift dahin, daß Ansprüche bereits verjähren, obwohl ihre Geltendmachung noch von einer zu vorigen Willenserklärung des Berechtigten abhängt, enthält § 2332 Abs. 3.

4. Die Verjährung derjenigen Ansprüche, welche durch §§ 196. 197 kürzeren Verjährungen unterworfen werden, beginnt erst mit dem Schlusse des Jahres, in welchem der nach dem Vorigen maßgebende Zeitpunkt eintritt; kann aber die Leistung erst nach Ablauf einer über diesen Zeitpunkt hinausreichenden Frist verlangt werden, so beginnt die Verjährung mit dem Ablauf des Jahres, in welchem die Frist abläuft (201).

5. Ueber die Behandlung des bedingten oder befristeten, der normalen Verjährung unterworfenen Anspruchs hat das BGB. nicht ausdrücklich entschieden.

wenn die Kündigung die Bedeutung hat, ein vorhandenes Verhältniß aufzulösen, wie z. B. bei der Miethc. Leonhard S. 469 fg. Verjährung der *hereditatis petitio* bei unangetretener Erbschaft? Cf. XXXIX. 85. RG. XI S. 234 [[Sf. XLVII. 40]]. — Leonhard bemängelt die Kategorie des nackten Willens und schlägt dafür eine andere Formel vor (S. 476). Derselbe Schriftsteller glaubt der Annahme einer vor der Entstehung des Anspruchs beginnenden Verjährung dadurch entgegen zu können, daß er sagt (S. 465): in dem bezeichneten Fall sei zwar im Uebrigen *actio nata* nicht vorhanden, wohl aber für die Verjährung. Das ist denn freilich bequem.

Daß die Verjährung erst mit dem Eintritt der Bedingung oder des Termins beginnt, ist zweifellos; das BGB. gewährt aber keinen sicheren Anhalt darüber, wie dieß zu begründen ist. Man kann sagen, daß der bedingte und der betagte Anspruch noch nicht entstanden sind; hierbei sieht man aber doch auf Schwierigkeiten (ob. § 43 S. 159 fg.). Man kann die Bestimmung des § 202, wonach die Verjährung gehemmt ist, so lange die Leistung gestundet ist, auch auf den Fall der anfänglichen Stundung, der Befristung des Anspruchs von vornherein, beziehen; auch dieß ist aber nicht ohne Bedenken (ob. § 47 S. 183). Jedenfalls aber ergibt die vereinigte Analogie der §§ 202, 199 S. 2, 201 S. 2 unzweifelhaft den hier in Rede stehenden Satz, den die II. Comm. (Prot. S. 480) als selbstverständlich gestrichen hat.

6. Für einzelne Ansprüche ist der Beginn der Verjährung durch besondere Vorschriften geregelt (477 Abs. 1, 480 Abs. 1, 490 Abs. 1, 492, 558 Abs. 2, 606, 1057, 1226, 638 Abs. 1, 801 Abs. 1 S. 2, 852, 1302, 1623, 1715 Abs. 3, 2287, 2332).

7. Weitergehend als der Satz bei Note^o bestimmt das BGB. (224), daß mit dem Haupt-Anspruch der Anspruch auf alle von ihm abhängenden Nebenleistungen verjährt.

8. Natürlich ist, daß Hemmungsgründe der Verjährung (unt. § 109) auch ihren Beginn hindern, wenn sie bereits zu der Zeit vorliegen, wo die Verjährung ohne sie beginnen würde.]

§ Nichtausübung des Anspruchs.

§ 108.

Die zweite Bedingung der Anspruchsverjährung ist Nichtausübung des Anspruchs¹. Durch die Ausübung des Anspruchs (§ 121) wird die Verjährung, welche mit seiner Entstehung bez. seiner Nichtbefriedigung zu laufen begonnen hat, aufgehoben, man sagt: unterbrochen². Zur Unterbrechung der Verjährung ist aber nicht die

¹ Grawein a. a. O. S. 43 fg. beanstandet den Ausdruck Nichtausübung, § 108. indem er geltend macht, daß durch die Ausübung der Anspruch seine Existenz verliere. Das ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig (^{1b}), und es scheint mir sowohl ein zusammfassender Ausdruck für die Lehre von der Verjährung schwer entbehrlich, als auch der Ausdruck: Ausübung, Nichtausübung des R. (Anspruchs) für diesen Zweck der empfehlenswerteste. Ich ziehe es daher vor, die Incorrectheit, welche in der Beziehung des Ausdrucks Nichtausübung auf die Anspruchsverjährung allerdings liegt, hinzunehmen, und sie im Folgenden, wie im Text geschehen ist, zu verbessern. Grawein selbst sagt: Nichtornahme derjenigen Akte, welche die R. in der Ordnung als Unterbrechungsgründe in der Verjährung bezeichnet. Vgl. hiergegen, von verschiedenen Seiten: Strohal Grünh. ZS. IX S. 69, Krasonowski tr. ZS. XXIII S. 360, Schwalbach Jahrb. f. Dogm. XX S. 378 fg.

² Ueuelmäßige Ausdrücke: interruptio temporis, praeteriti temporis, interrupta temporum curricula; temporalis interruptio; interruptum silentium; interruptio schlechtin. L. 1 § 1. l. 2. 3 C. 7, 40, 1. 7 pr. § 5 C.

volle Ausübung des Anspruchs, d. h. die Verwirklichung des dem Anspruch entsprechenden Verhaltens des Verpflichteten^{1b} erforderlich; es genügt, daß kraft des Anspruchs irgend etwas von dem Verpflichteten erlangt wird, z. B. Zinsen, Abschlagszahlung, Pfand, Bürgschaft, neue Schuldburkunde², oder daß dem Verpflichteten etwas ihm Gehührendes vorenthalten wird³. Ja noch mehr, schon das genügt

7, 39, I. 4 [5] C. 8, 39 [40]. Die Idee der Unterbrechung gehört erst der späteren Verjährung an, Demelius Untersuchungen S. 60—64. 96 fg.

^{1b} Wodurch der Anspruch in allen Fällen, wo das durch ihn geforderte Verhalten nicht ein dauerndes ist, aufgehoben werden würde.

² L. 7 § 4. I. 8 § 4 C. 7, 39, I. 19 C. 4, 21, I. 4 [5] C. 8, 39 [40]. Vgl. Savigny S. 314—316, Cf. VIII. 9, XX. 197 vgl. 188. Genügt einfache Anerkennung? Dafür Unterholzner § 262, Savigny S. 314. 315, Demelius Untersuchungen S. 63. 100, Bähr Anerkennung S. 176 fg. (2. Ausg. S. 193 fg.), Bekker II S. 251, Cf. X. 223, XVI. 91. XX. 188, XXVI 289, XXXI. 6 (= Entscheid. des OAG. zu Rostock VIII Nr. 10), XXXIV. 4, XXXVII. 185, HG. XV S. 180; dagegen Bruns 3S. f. RG. I S. 108, Cf. XIX. 113, XXI. 5. [Gegen Unterbrechung durch einfache mündliche Anerkennung auch Dernburg I § 148¹⁰; für Unterbrechung durch mündliches Zahlungsversprechen: Regelsberger I § 184⁷.] — Manche behaupten, daß eine geleistete Zinszahlung die Verjährung noch bis zum nächsten Zinstermin ausschließe: Savigny S. 306 fg., Wächter Württ. Privatr. II § 118¹⁰; dagegen Demelius Untersuchungen I S. 170 fg., Schirmer zu Unterholzner II S. 308⁸, Unger II S. 408 in der Ann., Bangerow I S. 227 (in der 7. Aufl., anders noch in der 6. S. 225), f. auch Cf. XIX. 7⁵. Sieht man den Grund, weshalb wegen die Zinszahlung die Verjährung unterbricht, nach der richtigen Auffassung darin, daß in den Zinsen der Gläubiger seinen Anspruch genießt, so ist jene Ansicht von selbst widerlegt (die Zinsen müßten denn zum Voraus gezahlt sein). Jene Ansicht steht aber unter dem Einfluß der Verletzungstheorie (§ 107⁶); erst mit dem Ausbleiben einer Zinszahlung, nimmt sie an, sei das H. des Gläubigers auf das Kapital verlegt. In diesem Sinne ist entschieden in den Urtheilen bei Cf. I 312, IV. 201, VI. 3, XVII. 2, XIX. 7. — Wird die Verjährung auch dadurch ausgeschlossen, daß Zinsen von dem dritten Besitzer der Hypothek erlangt werden? Bejahend beantwortet durch einen Plenarbeschluß des geh. Obertribunals zu Berlin vom 2. Mai 1842 bei Cf. I. 158. Zinszahlung an einen ungetheilten Dritten? Cf. XLIII. 89.

³ L. 7 § 5 C. 7, 39. „Immo et illud procul dubio est, quod si quis eorum, quibus aliquid debetur, res sibi suppositas sine violentia tenuerit, per hanc detentionem interruptio fit praeteriti temporis“. Savigny S. 313. Andere (Unterholzner II S. 308, Unger II § 121^{20a}) verstehen diese Stelle, gegen ihren Wortlaut, von der Ueberlieferung eines versprochenen Pfandes und der darin liegenden Anerkennung, so daß also der Pfandbesitz als solcher kein Grund der Ausschließung der Verjährung sein würde. — V. Löwenstein ACPr. LXXIII S. 266 fg. [V. führt mit Savigny V S. 303⁸ m. Text, Wächter I S. 550 zu¹⁰ zutreffend aus, daß der (auf rechtmäßige Weise erlangte) Pfandbesitz die Verjährung nicht nur unterbricht, sondern sie hemmt, so lange er dauert. So auch Regelsberger I § 184¹⁰. Daß Windscheid anderer Ansicht gewesen sei, wie Löwenstein S. 267 fg. glaubt, ist m. E. zu befreiten.]

zum Ausschluß der Verjährung, daß der Berechtigte das Seinige thut, um sich die Befriedigung seines Anspruchs zu sichern, d. h. daß er Klage gegen den Verpflichteten erhebt⁴, während durch bloße Mahnung die Verjährung nicht unterbrochen wird⁵. Die Klage kann vor dem öffentlichen Richter erhoben werden, wobei jedoch erforderlich ist, daß derselbe für die Sache competent sei⁶, oder auch vor dem vereinbarten Schiedsrichter⁷. Ist die Zustellung der Klage nicht zu ermöglichen⁸, so kann die Verjährung durch eine mündliche oder schriftliche Protestation vor Gericht unterbrochen werden; wenn auch diese nicht zu bewerkstelligen ist, so wird durch schriftliche Protestation vor der Gemeindebehörde, im Nothfall durch Anschlag einer von einem Notar oder drei Zeugen unterschriebenen Protestation am Wohnorte des Gegners die gleiche Wirkung erreicht^{8. 9}. Der Erhebung der Klage

⁴ Entscheidend ist der Zeitpunkt der Ladung, d. h. der Zustellung der Klage an den Gegner. CPD. 239. 230. 460. 461. 471 Abf. 1. 186 fg. 190. So auch für das frühere gem. R. die überwiegende Meinung auf Grund von I. 3 C. 7, 40, I. 7 pr. § 5 C. 7, 39. Daneben gab es aber auch abweichende Ansichten: 1) bei den alten *temporales actiones* entscheide die Zeit der *litiscontestatio* (auf Grund von I. 9 § 3 D. 12, 2, I. 8 § 1 D. 27, 7); 2) es entscheide überhaupt die Zeit der *litiscontestatio*, aber mit Zurückziehung auf die Zeit der Einreichung der Klage bei Gericht; 3) es entscheide die Zeit der Ladung, aber mit Zurückziehung auf die Zeit der Einreichung der Klage bei Gericht; 4) es entscheide die Zeit der Einreichung bei Gericht. Das Nähere in den früheren Ausgaben. [Dernburg I § 148^o m. Text sagt: Erhebung einer Klage unterbricht die Verjährung aller auf das gleiche Ziel gerichteten Klagen des Klägers gegen den Beklagten (I. 3 C. 7, 40). Ich zweifle, ob dieser Satz nicht zu weit geht.]

⁵ Savigny V S. 315, Wächter Württ. Privatr. II S. 816. Vgl. Cf. IX. 249.

⁶ Arg. I. 7 C. 7, 21. Bopp *ACPra.* XLII S. 97 fg. Cf. XI. 7, XXVII. 88, XXXV. 265. A. M. Hellmann *ACPra.* LXVI Nr. 7, Dernburg I § 148^o. [Regelsberger I § 184^{1a}.] [[A. M. auch RG. XXIV S. 199.]] — Wie ist es, wenn die Klage aus einem anderen Grunde angebracht worden abgewiesen wird? Bopp a. a. D. 106, Unterholzner I S. 446, Sintenis I § 31^{2a}, Unger II § 121^{2a}, Wach Grünh. 36. VII S. 142, Mandry S. 277. [Regelsberger a. a. D.²] Cf. VI. 133, VIII. 228, IX. 250. 251, XX. 101, XXIII. 65, XXXVII. 159. RG. V S. 122. Abweisung wegen mangelnder Passivlegitimation: Cf. XXII. 207, XXXIV. 3 (RDStG.) Zurücknahme der Klage: CPD. 243 Abf. 3. Mandry S. 277. Vgl. Cf. XIX. 262, XXIX. 105. [Dernburg a. a. D.⁴, vgl. ^{11. 12}, Regelsberger a. a. D.³ lassen auch nach Zurücknahme der Klage die Unterbrechung fortbestehen. Dagegen RG. XXXIII S. 394 fg., m. E. mit Recht.]

⁷ L. 5 § 3 [1] C. 2, 55 [56]. [Schon die Klage auf Ernennung eines Schiedsrichters (CPD. 855. 871) unterbricht. Dernburg I § 148 zu ¹⁰.]

^{8a} Wozu auch gehört, daß CPD. 186 fg. nicht anwendbar sei. Mandry S. 291.

⁹ L. 2 C. 7, 40. Die Stelle verweist in Ermangelung des Gerichts an

steht die Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren¹⁰ und die Anmeldung des Anspruchs im Concurse¹¹ gleich. Die Geltendmachung des Anspruchs im Wege der Einrede unterbricht die Verjährung nicht¹².

[Nach **§ 108**. tritt Unterbrechung der Verjährung und zwar, wie im gemeinen Recht, mit der Wirkung, daß die bis zur Unterbrechung verstrichene Zeit nicht in Betracht kommt, und eine neue Verjährung erst nach der Beendigung der Unterbrechung beginnen kann (217), durch folgende Umstände ein.

1. Durch jede Anerkennung des Anspruchs, beispielsweise durch Abschlagszahlung, Zinszahlung, Sicherheitsleistung (208); aber auch durch einfache mündliche Anerkennung (*) (Mot. zu **E. I** S. 326 fg. Prot. der II. Comm. S. 444 fg.). Die Unterbrechung durch Anerkennung ist eine nur momentane, auch wenn eine Hypothek eingetragen oder ein Pfand übergeben wird (vgl. *); die Verjährung des so versicherten Anspruchs hindert aber nicht die Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstande (223).

2. Unterbrechung tritt ein durch Klageerhebung, gleichviel ob die Klage auf Befriedigung oder Feststellung oder auf Ertheilung der Vollstreckungsclausel oder auf Erlassung des Vollstreckungsurtheils gerichtet ist (209). Die Unterbrechung dauert, bis der Proceß rechtskräftig entschieden oder anderweit erledigt ist. Geräth er durch Vereinbarung oder Nichtbetrieb in Stillstand, so endet die Unterbrechung mit der letzten Proceßhandlung einer Partei oder des Gerichts. Durch Weiterbetreiben seitens einer Partei tritt aber dann neue Unterbrechung wie durch Klageerhebung ein (211). Die Unterbrechung gilt als nicht erfolgt, wenn die Klage zurückgenommen oder durch ein nicht in der Sache selbst entscheidendes Urtheil rechtskräftig abgewiesen wird, (also auch, wenn dieß wegen Unzuständigkeit des Gerichts geschieht) (vgl. *). Wenn jedoch binnen sechs Monaten (vgl. aber 490 **Abf.** 2) von Neuem Klage erhoben wird, so gilt die Verjährung als durch die Erhebung der ersten Klage unterbrochen (212 **Abf.** 2). Diese Frist steht unter den Vorschriften der §§ 203. 206. 207.

3. Hängt die Zulässigkeit des Rechtsweges von der Vorentscheidung einer Behörde ab, oder ist das zuständige Gericht durch ein höheres zu bestimmen (**CPD.** 36), so tritt die Unterbrechung bereits mit Einreichung des entsprechenden

den Bischof oder defensor civitatis; die Gemeindebehörde substituirt passend Wächter **Württ. Privat.** II S. 817. **Vgl. Cf.** IX. 249. [**Dernburg I** § 148 zu ¹⁴, **Regelsberger I** § 184, I, 3.]

* **Das OAG.** zu **Süßed** hat entschieden (**Cf.** XVI. 93), daß die ungerichtfertigte Verhinderung der Klageerhebung von Seiten des Gegners die replica doli begründe. **Cf.** XLV. 163. [**Vgl.** § 109^{7a}.]

¹⁰ **CPD.** § 633. **RG.** XXIV S. 195, vgl. XVII S. 281..

¹¹ **RD.** 13. **Mandry** S. 292. **Cf.** XLII. 91. [Auch Betreibung der Zwangsvollstreckung unterbricht die Verjährung, vgl. **Regelsberger I** § 184, I, 2.]

¹² **Unterholzner I** § 128, **Savigny V** S. 321. [**Dernburg I** § 148 zu ¹⁴. **A. M.** für alle Einreden **Wendt** § 94 S. 256, für die Compensations-einrede **Regelsberger I** § 184^b. [[Nichtunterbrechung durch Geltendmachung eines Retentionsr.: **Cf.** XLVI. 166.]] — **Streitverkündung:** **WD.** 80.]

Gesuchs an die Behörde oder das höhere Gericht in gleicher Weise wie durch Klageerhebung ein, wenn die Klage binnen drei Monaten (vgl. jedoch 490 Abs. 2) nach der Erledigung des Gesuchs erhoben wird. Die Klageerhebung, wenn rechtzeitig erfolgt, unterbricht also hier mit rückwirkender Kraft. Auf die dreimonatige Frist finden die Vorschriften der §§ 203, 206, 207 Anwendung (210).

4. Ebenso wie durch Klageerhebung tritt Unterbrechung durch Zustellung eines Zahlungsbefehls ein (209 Abs. 2, 1). Hierauf müssen die Bestimmungen des § 211 über die Dauer der Unterbrechung, wenn die Sache in das ordentliche Verfahren übergeht, entsprechende Anwendung finden. Die Unterbrechung gilt als nicht erfolgt, wenn die Wirkungen der Rechtshängigkeit erlöschen (213). Trotz der Gleichstellung des Zahlungsbefehls mit der Klageerhebung wird anzunehmen sein, daß die Bestimmung des § 212 Abs. 2 hier keine Anwendung findet; denn der Berechtigte kann nach § 637 C.P.D. durch Erhebung der Klage, nach § 641 durch Nachsuchung des Vollstreckungsbefehls binnen sechs Monaten das Erlöschen der Rechtshängigkeit selbst verhindern.

5. Wie Klageerhebung unterbricht auch Anmeldung des Anspruchs im Concurse (209, Abs. 2, 2). Die Unterbrechung dauert bis zur Beendigung des Concurses, in gewissen Fällen noch länger (214 Abs. 3). Sie gilt als nicht erfolgt, wenn die Anmeldung zurückgenommen wird (214 Abs. 2).

6. Auch die Geltendmachung der Aufrechnung im Proceß unterbricht die Verjährung 209 Abs. 2, 3. Gleichgültig ist, ob die Geltendmachung auf Grund einer vor dem Proceß abgegebenen Aufrechnungserklärung (388) erfolgt, oder ob die Aufrechnungserklärung selbst im Proceß abgegeben wird. Die Unterbrechung dauert fort, bis der Proceß rechtskräftig entschieden oder anderweitig erledigt ist. Die Vorschriften des § 211 Abs. 2 finden entsprechende Anwendung (215 Abs. 1). Ist in dem Urtheil die Aufrechnung als gültig erfolgt anerkannt und somit die aufgerechnete Forderung als erloschen anzusehen (389), so ist natürlich nach weiter nichts zu fragen. Besteht aber der Anspruch trotz des Aufrechnungsversuches fort, so muß der Berechtigte binnen sechs Monaten (vgl. aber 490 Abs. 2) nach der Beendigung des Processes Leistungs- oder Feststellungsklage erheben, widrigenfalls die Unterbrechung als nicht erfolgt gilt (215 Abs. 2). Auch auf diese Frist sind §§ 203, 206, 207 entsprechend anwendbar.

7. Streitverkündung (vgl. ¹⁹) unterbricht jetzt allgemein die Verjährung (209 Abs. 2, 4). Das Nähere ist wie bei der Aufrechnung geregelt (215).

8. Die Vornahme einer Vollstreckungshandlung unterbricht die Verjährung momentan. Soweit die Zwangsvollstreckung den Gerichten oder anderen Behörden zugewiesen ist, erfolgt die Unterbrechung schon durch den Antrag auf die Zwangsvollstreckung (209 Abs. 2, 5). Also es unterbricht z. B. die Pfändung einer beweglichen Sache durch den Gerichtsvollzieher; bei Pfändung einer Forderung erfolgt die Unterbrechung nicht durch den Pfändungsbefehl, sondern durch den Antrag auf die Pfändung. Die Unterbrechung durch die Vollstreckungsmaßregel gilt als nicht erfolgt, wenn dieselbe auf Antrag des Berechtigten oder wegen Mangels der gesetzlichen Voraussetzungen aufgehoben wird (216 Abs. 1); die Unterbrechung durch Stellung des Antrags gilt als nicht erfolgt in den gleichen Fällen, sowie dann, wenn der Antrag abgelehnt oder vor der Entscheidung zurückgenommen wird (216 Abs. 2).

9. Ist der Anspruch vor einem Schiedsgericht, einem besonderen Gericht, einem Verwaltungsgericht oder einer Verwaltungsbehörde geltend zu machen, so finden die Bestimmungen der §§ 209—213, 215, 216 entsprechende Anwendung, d. h. also, es tritt Unterbrechung der Verjährung ein durch Erhebung der Klage, oder was ihr nach der Organisation des in Frage kommenden Verfahrens gleichzuachten ist, durch Zustellung eines Zahlungsbefehls, wenn das Verfahren einen solchen kennt, durch Betrieb der Zwangsvollstreckung, und zwar wenn sie durch einen dem Gerichtsvollzieher gleichzuachtenden Vollstreckungsbeamten erfolgt, durch die Vornahme der Vollstreckungshandlung selbst, wenn dagegen die Vollstreckung durch eine Behörde erfolgt, durch den Antrag auf die Vollstreckung, ferner durch Geltendmachung der Aufrechnung in dem Verfahren. In Betreff der Streitverkündung ist zu beachten, daß § 220 von Fällen spricht, in denen der Anspruch, dessen Verjährung unterbrochen werden soll, in einem besonderen Verfahren geltend zu machen ist. Man kommt also zunächst nur zu dem Ergebnis, daß, wenn in einem regelmäßigen Civilproceß eine Streitverkündung erfolgt, mit Bezug auf einen Anspruch, der von der Entscheidung dieses Civilprocesses abhängt, aber seinerseits in einem besonderen Verfahren geltend zu machen ist, die Verjährung dieses Anspruchs unterbrochen wird. Die Bestimmung, daß auch eine Streitverkündung, welche ihrerseits in einem besonderen Verfahren erfolgt, die Verjährung des von der Entscheidung in diesem Verfahren abhängigen Anspruchs unterbricht, kann man aus § 220 nur für den Fall herauslesen, daß dieser Anspruch ebenfalls einem besonderen Verfahren unterliegt. Indessen gebietet berechnigte Analogie, das Gleiche auch für den Fall anzunehmen, daß der letztere Anspruch in den regelmäßigen Civilproceß gehört. In Bezug auf das schiedsgerichtliche Verfahren ist noch bestimmt, daß, wenn die Schiedsrichter nicht in dem Schiedsvertrage ernannt sind oder aus einem anderen Grunde die Ernennung von Schiedsrichtern erforderlich ist (C.P.D. 854, 855, 857), oder wenn das Schiedsgericht erst nach der Erfüllung einer sonstigen Voraussetzung angerufen werden kann, die Verjährung schon dann unterbrochen wird, wenn der Berechnigte das zur Erledigung der Sache seinerseits Erforderliche gethan hat.]

§ 109.

Unter gewissen Voraussetzungen findet, trotz dem daß der Anspruch nicht ausgeübt wird, Verjährung nicht statt. Man sagt: die Verjährung steht still, ruht¹.

1. Die Verjährung läuft nicht, so lange dem Ansprüche eine Einrede entgegensteht. Indem das Recht eine Einrede gegen den

§ 109. ¹ Die Neueren sagen: *praescriptio dormit*. Das Ruhen der Verjährung kann eintreten, nachdem schon vorher eine Verjährung gelaufen ist, aber auch sofort mit der Entstehung des Anspruchs. Im ersten Fall läuft nach Beseitigung des Verhältnisses, durch welches die Verjährung stille gestellt worden ist, die frühere Verjährung fort, während durch die Unterbrechung der Verjährung (§ 108) die bis dahin abgelaufene Verjährung ein für alle Mal beseitigt wird, und nach Aufhören der Unterbrechung eine neue Verjährung begonnen werden muß.

Anspruch gewährt, macht es die Geltendmachung des Anspruchs unmöglich, und würde daher mit sich selbst in Widerspruch treten, wenn es an die Nichtgeltendmachung desselben einen Nachtheil anknüpfen wollte². Jedoch gilt von diesem Satze eine natürliche Ausnahme: der Berechtigte kann sich dann auf die seinem Ansprüche entgegenstehende Einrede nicht berufen, wenn es in seiner Macht stand, die Einrede zu beseitigen, und es von ihm verlangt werden konnte, daß er sie beseitige³.

² Die Neueren sagen: *agere non valenti non currit praescriptio*. Namentlich gehört hierher auch der Fall einer dem Schuldner gewährten, den Gläubiger bindenden Frist. Gewöhnlich werden noch folgende Fälle besonders hervorgehoben: a) der Fall eines dem Schuldner gewährten Moratoriums, I. 8 i. f. C. 7, 71 (welcher Fall übrigens gegenwärtig nicht mehr vorkommen kann, *EG. z. CPD.* 14, 4); b) der Fall, wo ein Erbe mit der Noththat des Inventars angetreten hat: während der für die Errichtung des Inventars ihm gewährten Frist darf er von den Erbschaftsgläubigern nicht in Anspruch genommen werden, I. 22 § 11 C. 6, 30; c) der Fall, wo Baumaterial in ein fremdes Gebäude eingebaut ist: so lange dieses Gebäude steht, kann Herausgabe des Baumaterials nicht gefordert werden, § 29 I. 2, 1. Gerade in diesem letzteren Falle aber kommt nach der richtigen Meinung die aufgestellte Regel nicht in Anwendung; Beweis dafür ist, daß durch die Einfügung des Baumaterials auch die Erstgung desselben nicht unterbrochen wird. Das R. gibt hier für die ausgeschlossene Eigenthumsklage Ersatz in einem Entschädigungsanspruch. Vgl. § 182¹⁹ in der zweiten Hälfte. Vgl. noch *Sf.* XXI. 183, XXII. 286, XL. 88, (die Verjährung der im Concurse des Schuldners nicht befriedigten Ansprüche läuft so lange nicht, als nicht in den Vermögensverhältnissen des Schuldners sich eine äußerlich erkennbare Verbesserung vollzogen hat).

³ Die Frage nach der Einwirkung einer dem Anspruch entgegenstehenden Einrede auf seine Verjährung ist schwierig und noch nicht zum Abschluß gebracht. Savigny (V S. 290) behauptet, daß keine Einrede die Verjährung ausschliesse, und darin folgt ihm Dernburg *Pfandr.* II S. 599 (vgl. *Preuß. Privatr.* I § 167 Nr. 2, *Pand.* I S. 336 [339]), [Wendt § 94, 4] für die peremptorischen Einreden Unger II S. 410. Die dilatorischen sollen nach dem letzteren Schriftsteller die Verjährung dann ausschließen, wenn sie zu beseitigen „nicht in der Macht des Klageberechtigten liegt“; übereinstimmend Bangerow I § 147 Anm. Nr. I 3. Das ist in der Sache allerdings (Prinz 1. Aufl. S. 167), trotz des Zeugnis Ungers (a. a. O. ⁷⁶), ein Rückfall in die Regel: *toties praescribitur etc.* [Dernburg sagt jetzt (*Pand.* [5. Aufl.] I § 146, 2): Die Verjährung wird nicht gehemmt durch peremptorische und solche dilatorische Einreden, welche dem Anspruch nicht an sich die Fälligkeit nehmen, sondern nur Gegenre geltend machen, wohl wird sie gehemmt durch dilatorische Einreden, welche die Fälligkeit des Anspruchs ausschließen. Aehnlich Hölder S. 345. *Regelsberger* I § 183 zu ⁸⁰: Wenn der Grund der Einrede ergibt, daß der Anspruch nicht entstanden ist, keine Verjährung; anders, wenn der Einredegrund den Anspruch nicht ausschließt.] Die im Texte aufgestellte Regel verlangt, damit trotz der Einrede Verjährung stattfinde, außer der Macht des Berechtigten auch, daß er die Einrede hätte beseitigen sollen. Danach ist z. B. zu entscheiden bei der Retentions- und Compensationseinrede (der Berechtigte hätte den Gegner für seinen Anspruch befriedigen sollen), bei der Excussioneinrede

2. Die rechtliche Unfähigkeit des Berechtigten, seinen Anspruch geltend zu machen, ist im Allgemeinen als Hemmungsgrund für die Verjährung nicht anerkannt, da diese Unfähigkeit durch die dem Unfähigen zugeordnete Vertretung wieder aufgehoben wird⁴. Davon sind jedoch für wichtige Fälle Ausnahmen gemacht: es läuft keine Verjährung gegen die Kinder, deren Vermögen dem väterlichen Genußrecht unterliegt⁵, keine gegen die Geschlechtsunreifen, und keine unter 30 Jahren gegen die Minderjährigen⁶. Hierher läßt sich auch die Bestimmung stellen, daß die Verjährung des Eigenthumsanspruchs

(daß der Gläubiger den Schuldner nicht belangt hat, war Nachlässigkeit, vgl. Girtanner Bürgschaft S. 477) z. Ebenso bei der f. g. exceptio non adimpleti contractus, vgl. II § 321². — Schwalbach Jahrb. f. Dogm. XIX S. 24 fg. lehrt, daß die Verjährung nicht ausgeschlossen werde durch diejenigen Einreden, mit welchen der Beklagte vorherige Befriedigung eines ihm gegen den Kläger zustehenden Anspruchs verlange; bei andern Einreden könne deswegen von Verjährung des Anspruchs keine Rede sein, weil durch sie die Existenz des Anspruchs ausgeschlossen werde. Vgl. hierzu die Ausführungen bei Thon Knorn und subjectives Recht S. 266 fg. Jahrb. f. Dogm. XXVIII S. 68 fg. S. noch Leonhard Jahrb. f. Dogm. XVII S. 480. — In der fünften Auflage habe ich den Zweifel angeregt, ob es richtig sei, im Princip auszusprechen, daß die Verjährung durch eine dem Anspruch entgegenstehende Einrede ausgeschlossen werde; lasse sich nicht sagen, daß nicht einleuchte, warum das R. eine Vertheidigung, welche es einem Anspruch gegenüber gewährt, gegen den es alle sonstige Vertheidigung ausschließt, einem Ansprüche gegenüber versagen sollte, gegen welchen es noch in anderer Weise sich zu vertheidigen gestattet? S. auch Kohler Grünh. J. S. XIV S. 18. Hierbei ist doch einseitig auf den Verpflichteten Rücksicht genommen, und die Lage des Berechtigten nicht gehörig beachtet. — Nicht hierher gehört der Anspruch desjenigen, welcher seinem Gläubiger eine Sache zum Faustpfand gegeben hat. Derselbe hat nicht einen Anspruch auf Rückgabe mit entgegenstehender Einrede der nicht getilgten Schuld; er hat einfach einen Anspruch auf Rückgabe des Pfandes nach getilgter Schuld, also keinen Anspruch vor getilgter Schuld, einen Anspruch, welchen er zwar hervorrufen kann, sobald er will, aber nicht durch eine einfache, auf seine Entstehung gerichtete Willenserklärung (§ 107¹⁰).

⁴ So bei juristischen Personen, Wahnsinnigen, Verschwendern. Unterholzner I § 39, Savigny IV S. 486 fg., Cf. XII. 121.

⁵ L. 1 § 2 C. 7, 40, l. 1 i. f. C. 6, 60, l. 4 i. f. C. 6, 61, Nov. 22 c. 24 i. f. Unterholzner I § 24. Cf. II. 196.

⁶ L. 3 C. 7, 39, Nov. 22 c. 24 i. f., l. 5 C. 2, 40 [41]. Unterholzner I § 35, Haimberger ACPr. XXI S. 229—234, Bangerow I § 148 Anm. 2 Nr. 1. 2. [Der Satz gilt auch bei reichsgesetzlichen Verjährungsfristen, sofern die Gesetze ihn nicht ausschließen. RG. XXIX S. 26 fg.] Für die Gleichstellung der Minderjährigen mit den Geschlechtsunreifen im heutigen R. Cf. VII. 143; darüber die Nachschrift des Herausgebers und X. 234, ferner Emminghaus ACPraktW. R. F. IV S. 396 fg., das Erl. des Spruchcollegiums zu Heidelberg Namens des OAG. zu Jena vom 7. Mai 1869, ACPraktW. R. F. VII S. 151 fg., Cf. XXIII. 6, XXVIII. 4.

auf Herausgabe einer in fremder Hand befindlichen Dotalsache gegen die Frau erst von der Zeit an zu laufen beginnt, wo die Dos an dieselbe gefallen ist⁷.

3. Factische Hindernisse der Geltendmachung^{7a} des Anspruchs werden in Betracht gezogen, wo die in § 104 erwähnte Berechnung der Zeit eintritt. Abgesehen hiervon wird die Verjährung nur⁸ durch feindlichen Einbruch⁹, und bei Ansprüchen der römischen Kirche durch ein Schisma gehemmt¹⁰.

[Den Begriff des Ruhens der Verjährung hat das **GG.** durch den der Hemmung der Verjährung ersetzt. Sachlich macht dieß keinen Unterschied: Der Zeitraum, während dessen die Verjährung gehemmt ist, wird in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet (206), wohl aber, anders als bei der Unterbrechung, der Zeitraum vor Eintritt der Hemmung.

1. Eine peremptorische Einrede, welche gegen den Anspruch begründet ist, hindert die Verjährung nicht, wohl aber ist dieselbe gehemmt, so lange dem Anspruch eine dilatorische Einrede entgegensteht: „so lange die Leistung gestundet oder der Verpflichtete aus einem andern Grunde vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist“ (202 Abf. 1) (vgl. ob. § 47 S. 182). Das Gesetz zählt aber eine Reihe von Ausnahmefällen auf, in denen trotz dilatorischer Einrede die Verjährung läuft: Einrede des Zurückbehaltungsrechts, des nicht erfüllten Vertrages, der mangelnden Sicherheitsleistung, der Vorausklage, dilatorische Einrede des Bürgen aus Ansehungsvorrecht des Hauptschuldners und aus der Möglichkeit der Aufrechnung (770) und die dem Erben zustehenden Einreden der ersten drei Monate (2014) und des schwebenden Aufgebotverfahrens (2015). Die ersten vier der genannten Einreden sind solche, bei denen der bei Note⁸ bezeichnete Gesichtspunkt, wenn auch nicht genau in der dortigen Form maßgebend ist: es geht mit Recht auf Gefahr des Berechtigten, wenn er Einreden dieser Art nicht

⁷ L. 30 C. 5, 12. Die Sache liegt insofern nicht ganz gleich, wie in den zuvor genannten Fällen, als der Frau vor Anfall der Dos der Anspruch gar nicht zusteht. Aber da sie in denselben eintritt, wie der Mann ihn hatte, so müßte sie eigentlich die dem Manne gegenüber abgelaufene Verjährungszeit auch sich gegenüber anerkennen; dieß schließt die Constitution aus.

[^{7a} Nach **RG.** XXXII S. 141 fg. begründet es eine replicatio doli gegen die Verjährungseinrede, wenn der Verpflichtete durch seine Schuld es bewirkt hat, daß der Berechtigte den Anspruch verjähren ließ (schuldbolle Verletzung einer Mittheilungspflicht). Vgl. ob. § 108⁹.]

⁸ Namentlich nicht durch Unwissenheit des Berechtigten, vgl. l. 12 i. f. C. 7, 33, l. 3 i. f. C. 7, 39. Savigny III S. 407 fg. Cf. XXXIV. 174, XXXV. 264. — Eine andere Frage ist, ob gegen den Ablauf der Verjährung nicht Wiedereinsetzung in den vorigen Stand begehrt werden kann, s. § 119.

⁹ C. 13. 14 C. 16 qu. 3, c. 10 X. 2, 26. Darüber eine besondere Abhandlung von Marezzoli **RC.** f. **GR.** u. **Pr.** VII S. 274 fg.; Unterholzner I § 88²⁰⁶, Bangerow I § 323 Anm. 2 Nr. 3. [Dernburg I § 147, 4, b, Hölder S. 344¹⁰.]

¹⁰ C. 14 X. eod.

beseitigen kann oder will. Die Einreden des § 770, wemgleich ihrerseits dilatorischer Natur, sind Reflexwirkungen zwar nicht einer peremptorischen Einrede, aber doch einer Möglichkeit, den Anspruch zu vernichten (ob. § 47 S. 181 fg.) und aus diesem Grunde ist ihnen in Ansehung der Verjährung des Anspruchs dieselbe Stellung zugewiesen wie den peremptorischen Einreden. Daß die Einreden der §§ 2014. 2015 ebenso behandelt werden, ist eine besondere Begünstigung des Erben. Der Passus ist vom Bundesrathe nach der 2. Commissionsberathung eingeschoben. Die Gefahren, welche er den Nachlaßgläubigern bringt, sind zum Theil durch § 207 ausgeglichen. Vgl. unt. 5.

2. Die Verjährung wird gehemmt durch besondere Beziehungen zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten; nämlich die Verjährung von Ansprüchen unter Ehegatten ist gehemmt, so lange die Ehe besteht, die von Ansprüchen unter Eltern und Kindern, so lange die Kinder minderjährig sind, die von Ansprüchen zwischen Vormund und Mündel, so lange das Vormundschaftsverhältniß besteht (204). Gleichgültig ist, ob die Kinder, Mündel, die Berechtigten oder die Verpflichteten sind.

3. Die Verjährung ist gehemmt, so lange der Berechtigte durch Stillstand der Rechtspflege oder in anderer Weise durch höhere Gewalt innerhalb der letzten sechs Monate der Verjährungsfrist an der Rechtsverfolgung verhindert ist (203). Selbstverständlich ist dieß immer gegeben, wenn eine solche Verhinderung innerhalb einer Verjährungsfrist eintritt, die nur sechs Monate oder kürzer währt.

4. Die Hemmungsgründe, welche oben im Text Ziff. 2. 3 aufgeführt sind, sind beseitigt, soweit sie nicht in dieser Bemerkung unter 2. 3 wiederkehren. Für einzelne Fälle gelten noch besondere Hemmungen (639 Abf. 2. 802. 808 Abf. 2.).

5. Nicht Hemmung der Verjährung im Sinne des OGB., aber doch etwas sachlich Aehnliches liegt vor in den Fällen der §§ 206. 207. (vgl. auch 2031). Ist der Anspruchsberechtigte geschäftsunfähig, oder ist er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt und nicht für den Anspruch proceßfähig, und fehlt ihm in beiden Fällen der gesetzliche Vertreter, so wird die Verjährung nicht vor dem Ablaufe von sechs Monaten vollendet, nach Eintritt eines gesetzlichen Vertreters oder nachdem der Berechtigte unbeschränkt geschäftsfähig geworden ist. Ist die Verjährungsfrist selbst kürzer als sechs Monate, so tritt an die Stelle der genannten sechs Monate die Verjährungsfrist (206). Während des beschriebenen Zustandes läuft also die Verjährung bis sechs Monate vor ihrem Ende; erst dann steht sie still, und die letzten sechs Monate müssen nach Beendigung jenes Zustandes verlaufen. Eine Verjährungsfrist von sechs Monaten oder weniger muß ganz nach Beendigung jenes Zustandes verlaufen, und es macht dabei keinen Unterschied, ob der hindernde Zustand bereits zu der Zeit vorlag, wo sonst die Verjährung beginnen würde, oder ob er später eintrat. Auch wenn fünf Monate einer sechsmonatigen Verjährungsfrist verlaufen waren, als der Mangel der Vertretung eintrat, muß nach Beseitigung des Mangels eine neue sechsmonatige Frist verlaufen, nicht etwa nur der sechste Monat. Hier wirkt also der Eintritt des Vertretungsmangels unterbrechend. Dieß ist im Interesse der Einfachheit und deswegen bestimmt, weil der Rest der früheren Verjährungszeit möglicher Weise dem neuen Vertreter oder dem geschäftsfähig Gewordenen zur Wahrung des Anspruchs nicht ausreichen würde (vgl. Mot. zum I. Entw. I S. 320). Aehnlicher Natur ist die Vorschrift des § 207. Die Verjährung eines

Anspruchs, der zu einem Nachlaß gehört oder sich gegen einen solchen richtet, wird nicht vor dem Ablauf von sechs Monaten nach dem Zeitpunkt vollendet, in welchem die Erbschaft von dem Erben angenommen oder der Concurß über den Nachlaß eröffnet wird oder von welchem an der Anspruch von einem Vertreter oder gegen einen Vertreter geltend gemacht werden kann. Auch hier tritt an die Stelle der sechs Monate die Verjährungsfrist selbst, wenn sie kürzer ist. Hierin liegt zugleich ein gewisser Schutz des Berechtigten gegen die Folgen des Satzes, daß die Verjährung trotz Existenz der ausschließenden Einreden aus § 2014. 2015 weiter läuft; aber auch nur ein unvollkommener Schutz. Die sechswöchige Verjährungsfrist des § 490 läuft sechs Wochen nach der Annahme der Erbschaft ab, trotzdem der Erbe die Befriedigung des Anspruchs bis zum Ablauf von drei Monaten nach der Annahme der Erbschaft verweigern kann. Wenigstens sehe ich nicht, wie diesem Ergebnis zu entgegen ist.]

γ Zeitablauf.

§ 110.

Die Nichtausübung des Anspruchs, wie sie im Vorhergehenden näher bestimmt worden ist, muß die vorgeschriebene Zeit hindurch gedauert haben. Die Verjährungszeit beträgt regelmäßig 30 Jahre¹. Für einzelne Ansprüche erhöht sich diese Frist auf 40², in einem Falle

¹ L. 3 C. 7, 39, l. 1 § 1 C. 7, 40.

§ 110.

² Zu 40 Jahren verjähren: a) die Ansprüche der Kirchen und der miblen Stiftungen, welche sonst in 10, 20 oder 30 Jahren verjähren würden, Nov. 111. 131 c. 6, c. 4. 8 X. 2, 26; Unterholzner I § 40. 41, Savigny V S. 354 fg.; b) der Anspruch des Pfandgläubigers auf Herausgabe des Pfandes unter gewissen Voraussetzungen, l. 7 § 1 C. 7, 39; vgl. § 235²⁷; c) jeder Anspruch, wenn seine Verjährung einmal durch Proceß unterbrochen worden, dieser aber liegen geblieben ist, l. 9 C. eod., l. 1 § 1 C. 7, 40, f. g. Verjährung der Litispandez. Eine besondere Abhandlung darüber von Vinde 3 S. f. ER. u. Pr. II S. 153—232 (1829); vgl. außerdem Unterholzner I § 125 Nr. 5, Savigny V S. 322—326, Wächter Erört. III S. 96. 97, Buchta Einfluß des Proceßes auf das materielle Verhältniß II S. 55 fg., Vangerow I § 152 Anm. 1; S. II. 127, III. 2, VI. 5. [Dernburg I § 148, 2 a. E., Hölber S. 346 zu ¹¹, Regelsberger I § 184 II a. E.] Einige, auch Solche, welche die Unterbrechung der Verjährung früher eintreten lassen, verlangen für diese neue 40jährige Verjährung, daß der Proceß bis zur Litiscontestation gediehen sei, indem sie auf dieselbe im Sinne des Justinianischen R. die in § 108⁴ genannten Stellen beziehen, in welchen gesagt wird, daß die Litiscontestation die Ansprüche gegen den Einfluß des Zeitablaufes sichere, Buchta § 96⁵, Buchta a. a. D. S. 60 fg., Schirmer zu Unterholzner I § 124⁴²⁵ a. E. S. dagegen Vinde a. a. D. S. 172 fg., Savigny S. 323, Wächter Erörter. III S. 97. 98. [Ist der Proceß durch Urteil beendet, so verjährt der in demselben zuerkannte Anspruch in dreißig Jahren, auch wenn er an und für sich einer kürzeren Verjährung unterliegen würde. L. 6 § 3 D. 42, 1, Dernburg I § 148 nach ¹⁹, Regelsberger I § 184, II a. E.] d) Gilt nicht die 40jährige Verjährungsfrist auch für die Ansprüche des Fiscus und des Landesherren und seiner Gemahlin? Diese Frage

sogar auf 100 Jahre³; für andere Fälle erniedrigt sie sich auf 20, 10, 5, 4 Jahre, 1 Jahr, $\frac{1}{2}$ Jahr, 2 Monate⁴.

Die Verjährungszeit braucht nicht zwischen denselben Personen abzulaufen. Wenn durch Rechtsnachfolge in den Anspruch ein anderer Berechtigter oder Verpflichteter eintritt, so wird dadurch der Anspruch kein anderer, und deswegen läuft seine Verjährung ungestört weiter. Aber auch wenn bei dem Wechsel der Personen die Identität des Anspruchs nicht erhalten bleibt, kann es vorkommen, daß in die Verjährung des jetzt bestehenden Anspruchs die Verjährung des früher

wurde früher, was die Ansprüche auf bereits erworbenes Vermögen, wenigstens die Eigenthumsansprüche, angeht, auf Grund von l. 4 C. 7, 39, l. 14 C. 11, 62 [61], l. 6 § 1 D. 49, 14 allgemein befaßt; seit der Ausführung von Savigny V S. 359—361 ist die herrschende Meinung für die Verneinung. S. Vangerow I § 148 Anm. 2 Nr. 4 (seit der 6. Aufl.), Sintonis I § 31¹ und die Citate in Note ² des sogleich zu nennenden Aufsatzes von Hefster; auch S. III. 296, XVII. 112, XXV. 217. In der neuesten Zeit sind aber für die frühere Meinung wieder eingetreten Hefster Jahrb. des gem. R. VI S. 1 fg. (1862) und Heimbach ACPr. XLVIII S. 26 fg. (1865). Letzterer argumentirt bloß aus dem r. R. Hefster beruft sich auf ein sich an l. 14 C. 11, 62 [61] anlehnendes, „auf übereinstimmender Ansicht und Anschauung ruhendes deutsches Herkommen“, „das durch die neueren Aufsechtungen, welche erst vom dritten Jahrzehnt des gegenwärtigen Jahrhunderts stammen, und seither nicht die Praxis entschieden nach sich gezogen haben, für aufgehoben nicht erachtet werden könne“. [Dernburg I § 147 zu ³ (nach überwiegender Praxis), RG. XXIV S. 192 fg. XXV S. 190 fg.] Die frühere Meinung ist festgehalten in dem Erkenntniß bei S. XVIII. 14. Gegen die neue Vertheidigung derselben ist ausdrücklich gerichtet das oben genannte Erkenntniß XXV. 217. Für das Herzogthum Braunschweig wird eine feste Gerichtspraxis zu Gunsten der vierzigjährigen Verjährung behauptet und zur Anwendung gebracht durch das Erkenntniß XXXII. 106. — Nicht hierher gehören, wie von Einigen behauptet wird, die Ansprüche der Städte (l. 23 C. 1, 2, Nov. 111); Unterholzner I § 45, Savigny V S. 359, Vangerow I § 148 Anm. 2 Nr. 5, Pfeiffer ACPr. XXVIII S. 139 fg.; S. III. 297, XIII. 7, XXXI. 306 (s. aber auch III. 137).

² Für die Ansprüche der römischen Kirche, welche sonst in 10, 20 oder 30 Jahren verjähren würden, Auth. *Quas actiones* zu l. 23 C. 1, 2, c. 17 C. 16 qu. 3, c. 13. 14. 17 X. 2, 26, c. 2 in VI^o 2, 13, Unterholzner I § 42, Savigny V S. 357. 358.

⁴ S. die Aufzählungen bei Götschen Vorlesungen über das gemeine Civilr. I § 150, Böding Grundr. S. 57. 58, Holzschuber I § 19 Nr. 11. Hervorzuheben sind, als von allgemeinerer Natur, folgende Bestimmungen. In 20 Jahren verjähren die Ansprüche des Fiscus aus besonderen fiscalischen Ven, l. 13 pr. D. 44, 3, l. 2 § 1 — l. 4 § 1 D. 48, 17, l. 1 § 8 D. 49, 14. (Ausnahmen: l. 1 C. 7, 37, l. 2 C. 4, 61.) In Einem Jahre verjähren die aus dem prätorischen Re stammenden Delictansprüche, auch die auf Schadensersatz, welche Regel jedoch nicht unbedingt wahr ist; Savigny V S. 353. 354, Buchta § 91¹. In Betreff der neueren Reichsgesetze vgl. Mandry S. 262 fg.

dagewesenen eingerechnet werden darf. Es ist dieß dann der Fall, wenn die Sache, auf welche ein dinglicher Anspruch begründet ist, durch Rechtsnachfolge an einen andern Besitzer gelangt⁵.

[Das BGB. hat für die Regel an der dreißigjährigen Verjährung festgehalten (195). Im § 196 Abs. 1 unterwirft es jedoch unter 17 Nummern eine große Zahl von Ansprüchen einer zweijährigen Verjährung, in § 196 Abs. 2 und im § 197 eine kleinere Zahl einer vierjährigen. Es finden sich aber verstreut noch eine Reihe besonderer Bestimmungen für einzelne Ansprüche: fünf Jahre (638 Abs. 1), vier Jahre (804 Abs. 1 a. E. 1715 Abs. 3), drei Jahre (786. 2287. 2332 Abs. 2), zwei Jahre (801 Abs. 1 S. 2. 1302), ein Jahr (638 Abs. 1. 1623), sechs Monate (477 Abs. 1. 480 Abs. 1. 558 Abs. 1. 606. 638 Abs. 1. 1057. 1226), sechs Wochen (490 Abs. 1. 491. 492). Bemerkenswert sind die doppelten Verjährungsfristen in § 852 Abs. 1 (dreißig Jahre von Begehung der unerlaubten Handlung an, drei Jahre von Kenntniß des Verletzten von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen an) und § 2332 Abs. 1 (Verjährung des Pflichtteilsanspruchs in dreißig Jahren von dem Eintritt des Erbfalls an, aber auch in drei Jahren, nachdem der Pflichtteilsberechtigte von dem Eintritt des Erbfalls und von der ihn beeinträchtigenden Verfügung Kenntniß erlangt hat). Ein rechtskräftig festgestellter Anspruch verjährt wie im gemeinen Recht in dreißig Jahren, auch wenn er an sich einer kürzeren Verjährung unterliegen würde (218 Abs. 1). Dieß gilt auch dann, wenn das Urtheil unter Vorbehalt ergeht (CPD. 502. 562. BGB. 219). Es ist ausgedehnt auf die Feststellung durch Schiedspruch, Urtheil eines besonderen Gerichts, Verwaltungsgerichts oder Entscheidung einer Verwaltungsbehörde (220 Abs. 1), sowie (218 Abs. 1) auf den Anspruch aus einem vollstreckbaren Vergleich (CPD. 702, 1. 2), aus einer vollstreckbaren Urkunde (CPD. 702, 5) und auf Ansprüche, welche durch die im Concurs erfolgte Feststellung vollstreckbar geworden sind (RD. 152 Abs. 2). In allen diesen Fällen bleibt es jedoch bei der etwaigen kürzeren Verjährungsfrist in Ansehung erst künftighin fällig werdender, regelmäßig wiederkehrender Leistungen (218 Abs. 2). Eine besondere Verjährung der Vitspendenz (*) gibt es nicht; vielmehr beginnt, wenn die Unterbrechung durch Klageerhebung ohne rechtskräftiges Urtheil oder vollstreckbaren Vergleich endet (vgl. 211), eine neue Verjährung von gleicher Dauer wie die unterbrochene.

Daß die Verjährung bei Rechtsnachfolge in den Anspruch (auf Seite des Berechtigten oder des Verpflichteten) weiterläuft, spricht das BGB. nicht aus, es ist selbstverständlich; wohl aber bestimmt § 221 wie das gemeine Recht, daß auch,

⁵ Dafür spricht die Analogie der Ersetzung und l. 7 § 1. 2 i. f. C. 7, 39. L. 8 § 1 C. cod. ist von einem Falle zu verstehen, wo die Sache ohne Anachfolge an einen neuen Besitzer gelangt ist. Vgl. Savigny V S. 362—364, Dernburg (der ältere) ACPr. XXXIV S. 275 fg. (1851), Wächter II S. 815, Demelius Interf. S. 95¹⁵, Beller Jahrb. d. gem. R. IV S. 199. — Uebrigens unterscheidet man gewöhnlich zwischen den im Text genannten Fällen nicht, und spricht in beiden von *accessio temporis*, von welcher doch nur im zweiten Falle geredet werden darf. [Wie hier Dernburg I § 147 zu ⁷, Hülder S. 342, Hegelsberger I § 185 zu ⁴. A. W. Wendt § 94 S. 255 fg.]

wenn die Sache, in Ansehung deren ein dinglicher Anspruch besteht, durch Rechtsnachfolge in den Besitz eines Dritten kommt, die während des Besitzes des Rechtsvorgängers verstrichene Verjährungszeit dem Rechtsnachfolger zu Statten kommt.]

d. Redlichkeit des Verpflichteten*.

§ 111.

Nach römischem Recht setzt die Anspruchsverjährung Redlichkeit (guten Glauben) des Verpflichteten, d. h. Unkenntniß von dem gegen ihn begründeten Anspruch, nicht voraus. Das Gegentheil ist aber im canonischen Recht bestimmt¹, jedoch nicht für alle Ansprüche, sondern nur für diejenigen, welche auf Herausgabe einer unrechtmäßig besessenen fremden Sache gehen².

[Dem **§ 111** ist das Erforderniß des guten Glaubens für die Verjährung unbekannt.]

- ✓ * Unterholzner I § 92, Savigny V § 244—246. Müllenthiel über
- ✓ die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung § 19—31 (1820). Hildenbrand de bona fide rei propriae debitoris ad temporis praescriptionem
- ✓ haud necessaria (1849). Verf. Geschichte der Bestimmungen des c. R. bei der
- ✓ Erfindung und Klageverjährung, ACPr. XXXVI S. 27 fg. (1858). D. Reich die Entwicklung der kanonischen Verjährungslehre von Gratian bis Johannes
- ✓ Andrea. Berl. Diff. 1880.

§ 111. ¹ Noch Gratian trägt das reine r. R. vor (C. 16 qu. 3 pars 8). Dagegen das 4. lateranensische Concil (c. 20 X. 2, 26). Ueber c. 3 und 5 eod. s. Hildenbrand a. a. D., Reich a. a. D. S. 36 fg.

² Cf. VI. 3, VII. 4, XI. 6. 266, vgl. I. 408. Die früher herrschende Meinung (s. Savigny § 244¹, Hildenbrand im Arch. S. 47) bezog die genannten Stellen auf die Verjährung der Ansprüche überhaupt; diese Meinung wird gegenwärtig wieder von Reich a. a. D. verteidigt. Die jetzt herrschende Meinung bezieht die genannten Stellen nur auf Ansprüche gegen Besitzer fremder Sachen (genauer: Ansprüche gegen Besitzer von Sachen, an welchen einem Anderen ein dingliches R. zusteht, Savigny S. 337); es ist aber Streit, ob darunter bloß dingliche, oder auch persönliche (z. B. aus dem Miethvertrage) zu verstehen seien. Man wird sich für die letztere Meinung erklären müssen, da ein genügender Grund für die Beschränkung jener Stellen gegen ihren Wortlaut nicht vorliegt. Auch steht auf dieser Seite die Mehrzahl der Schriftsteller, Unterholzner, Müllenthiel, Savigny, Hildenbrand an den angeführten Orten, Sintonis I § 31⁵⁶, Wächter Württ. Privatr. § 118, ²²⁻²⁴, Arndts § 109, [Dernburg I § 149, Wendt § 94, 3, Hölder S. 344 fg., Regelsberger I § 184, II.]; für die erstere Meinung sind Puchta § 90²², Brinz I. Aufl. S. 172. Entschieden unrichtig, und namentlich in Widerspruch mit der Geschichte dieser Bestimmung (Hildenbrand und Reich a. a. D.) ist eine vierte Meinung, welche die Bestimmung gar nicht auf die Anspruchsverjährung, sondern nur auf die Erfindung, für welche das Erforderniß fortdauernden guten Glaubens habe eingeführt werden sollen, bezieht (Kierulff S. 208, 209, Seuffert Erörterungen S. 133 fg. und Lehrb. I § 28 a. E.). S. gegen diese Meinung auch Savigny V S. 332—334; sie ist jedoch in der Praxis stark vertreten, s. Cf. I. 6. 408, VII. 4, XII. 245, XIII. 80, XIV. 203, XVIII. 205, XXI. 4. Vgl. noch XXXIV. 3.

b. Wirkung der Anspruchsverjährung.

§ 112.

Die Verjährung hebt den Anspruch auf. Nicht indem sie ihn vernichtet; der Anspruch fährt fort zu bestehen; aber sie hebt ihn auf durch Begründung einer ihn ausschließenden Einrede¹.

Mit der Beseitigung des Anspruchs ist nicht nothwendigerweise auch das ihm zu Grunde liegende Recht beseitigt. In dieser Beziehung ist zu unterscheiden zwischen dinglichen und persönlichen Rechten. Das persönliche Recht geht in dem nun verjährten Anspruch auf, es besteht in diesem Anspruch; der Untergang des Anspruchs ist also auch sein Untergang. Dagegen geht das dingliche Recht in dem verjährten Anspruch nicht auf; es ist ein Complex von einer unbestimmten Mehrheit von Ansprüchen, und diese Ansprüche außer dem verjährten Anspruch dauern ungeschmälert fort. Doch geht die Einrede auf die Sondernachfolger des Verpflichteten über². — Wenn vielfach behauptet wird³, daß die Verjährung des obligatorischen Anspruchs das obli-

¹ Um so weniger darf behauptet werden, daß der Richter auf die Anspruchs- § 112. verjährung von Amtswegen Rücksicht nehmen dürfe. So auch die herrschende Meinung, f. Krüll ACPr. I §. 402 fg., Poh das. I §. 412 fg., Unterholzner I § 138, Bayer Vorträge §. 622, Bopp ACPr. LXII §. 107—109, Pfand Civilproz. I §. 252¹⁰, Cf. VIII. 302, XIX. 8, Guntel Bl. f. RAnw. jun. i. Bayern LIV §. 289 fg. 308 fg. Dagegen Pfeiffer prakt. Ausführungen I §. 10 fg. VII §. 17 fg., v. Böhr ACPr. X §. 77 fg., Sintenis I § 19⁴¹, Muther fr. WJS. IX §. 357, Thon Jahrb. f. Dogm. XXVIII §. 68, Briel Bl. f. RAnw. jun. i. Bayern LIV §. 139 fg. Zwischen der alten und neuen Verjährung will unterscheiden Schäffer JS. f. GR. u. Pr. R. F. IX §. 104 fg. Vgl. Grawein Verjährung und gesetzliche Befristung S. 166 fg. [Vgl. zu dieser Note ob. § 47 §. 177. Regelsberger I § 186, I: Die Verjährung hebt den Anspruch nicht auf, sondern gibt dem Verpflichteten nur die Möglichkeit sich zu befreien durch Verufung auf die Verjährung. Nach Heymann (§ 106¹) §. 153 fg. geht der Anspruch unter durch die Willenserklärung des Beklagten, der sich auf die Verjährung beruft, in Verbindung mit der darauf folgenden Entscheidung; allein die letztere ist doch wohl für den Untergang des Anspruchs nicht constitutiv (vgl. Ripp (§ 106¹) §. 612.)] [[§f. XLVI. 82 (RG): der nachstehende Pfandgläubiger kann dem vorstehenden nicht die Einrede entgegensetzen, daß seine Forderung verjährt sei.]]

² Vgl. § 110². Kommt dagegen nach Verjährung des Eigenthumsanspruchs die Sache in den Besitz eines Andern, der nicht Nachfolger desjenigen ist, welcher die Verjährung gegen den Anspruch vollendet hat, so kann der Eigenthümer die Sache zurückfordern, als wenn gar keine Verjährung gegen ihn abgelaufen wäre; l. 8 § 1 C. 7, 39.

³ Namentlich von Savigny Syst. V § 248—251. Obl. R. I §. 96—98, außerdem unter den Neueren von Francke civil. Abhandlungen §. 73 fg. (1826),[✓] Winbjsch eib, Pandekten. 8. Aufl. I. Band. 32

gatorische Recht nicht vollständig, sondern nur in dem Maße beseitige, daß eine natürliche Verbindlichkeit mit den Rechtswirkungen, deren eine solche Verbindlichkeit fähig ist, übrig bleibe⁴, so fehlt es dieser Ansicht an der nöthigen Begründung⁵. Nur so viel wird zugegeben

Guyet ACPr. Pr. XI S. 62 fg. (1828), Buchta Instit. II S. 410—412. Pand. § 92 u. Vorles. zu diesem § mit Beil. VI, Dernburg I § 150. II § 5 11, ferner von den in der folgenden Note Genannten. [[Eisele Jahrb. f. Dogm. XXXI S. 379 fg. (es verjährt das Klager., nicht der Anspruch)]]]. [Hölder S. 341 fg., S. 352 fg.: die Forderung geht völlig unter, soweit nicht aus dem besonderen Sinne der Verjährung oder besonderer Bestimmung des Kl. sich das Gegentheil ergibt.] Die entgegengesetzte Meinung ist am Ausführlichsten vertheidigt worden von Büchel civilr. Erörterungen I. 1 (1832 2. Aufl. 1847 mit Anh.); f. außerdem Pöhr ACPr. X S. 70 fg. (1827), Heimbach 3S. f. CR. I S. 436 fg. (1828), Vermehren das. II S. 319 fg. (1829), Hierulff S. 210 fg., Sintonis I § 31⁶⁷, Wächter II § 119, Vangerow I § 151 Anm., Dahm über die Wirkung der Klagenverjähr. bei Obligationen (1855), Bekker Jahrb. d. gem. R. IV S. 408 fg. (1860), Schwanert die Naturobligationen § 22 (1861; die beiden letzteren Schriftsteller lassen aber nach der Verjährung außer dem Pfande [f. ⁶] auch den Bürgen fortkraften), v. Scheurl Jahrb. f. Dogm. VII S. 346—348 (1865); Cf. IX. 253. [Für die stärkere Wirkung der Verjährung auch Wendt § 95, Thywissen über die Wirkung der Verjährung bei Obligationen. Erl. Diss. 1896.] Eine mittlere Meinung unterscheidet zwischen der alten und der theodosischen Verjährung; jener schreibt sie die stärkere Wirkung zu, dieser die schwächere. So Unterholzner Schuldverhältnisse I S. 528, Brinz S. 164. 165 (2. Aufl. I S. 404. 405), Dernburg Pandr. II S. 587, während Demelius Untersuch. S. 64 fg. zwar der alten Verjährung mit Bestimmtheit die stärkere Wirkung beilegt, in Betreff der späteren aber die Frage offen läßt. Dagegen namentlich Bekker a. a. D. S. 424 fg. Vgl. noch Grawein (¹) S. 140 fg., Ryl Lehre von den Schuldverhältnissen S. 41 fg.

⁴ Man schreibt der f. g. naturalis obligatio alle Wirkungen zu, welche überhaupt einer Obligation zukommen, mit Ausnahme des Klager. Das Richtige ist, daß sie alle diese Wirkungen haben kann, ohne sie nothwendigerweise zu haben. Unter den Vertheidigern der schwächeren Wirkung finden sich denn auch Solche, welche wenigstens keine Gegenrechnung gegen Forderungen des Schuldners nach vollendeter Verjährung zulassen wollen, so Mühlenthaler II § 481, Unterholzner Verjähr.-Lehre II § 248. Schuldverhältnisse I § 247. Keller § 89 will auch constitutum und Bürgschaft ausschließen. Andererseits lassen Vertheidiger der stärkeren Wirkung die Obligation nach der Verjährung gerade für die Bürgschaft fortdauern (Bekker und Schwanert in Note ³). In Betreff der Fortdauer des Pandr. f. die folgende Note, und f. ferner ⁵. [Keine condictio indebiti bei Zahlung in Unkenntniß der Verjährung: Dernburg I § 150⁵, Hölder S. 346 [[S. 352]] Hegelsberger I § 186, II, 2 (auch bei Erfüllungsversprechen u. f. w.) Mit besonderer Beziehung auf letzteres: Cf. L. 153. Compensation schließen Dernburg a. a. D. zu ¹¹, Hölder S. 346 fg. [[S. 352]], Hegelsberger I § 186 II, 1 nur dann aus, wenn die Gegenforderung, gegen welche compensirt werden soll, erst entstand, nachdem die Forderung verjährt war. Dieß ist wohl auch richtig, ebenso wie der Satz (Hegelsberger a. a. D.), daß die Retentionseinrede aus gegenseitigem Vertrage nach Ablauf der Verjährung zulässig bleibt.]

⁵ Diese Ansicht hat zwei Hauptquellen, welche sich freilich nicht bei allen ihren Vertheidigern in gleicher Weise geltend machen, welche ihr aber abgegraben werden müssen, wenn sie nicht immer wiederkehren soll. 1) Man sagt: es verjährt ja nur die Klage; also bleibt das R., insoweit es ohne Klage bestehen kann, unberührt. Dieses Argument trifft uns nicht, die wir in der actio nicht die Klage, sondern den Anspruch sehen; vgl. Windscheid die Actio S. 31—41. Die Widerlegung derjenigen, welche von Klagenverjährung reden, kommt auch hier wieder (vgl. § 107^b) auf das Nämliche hinaus. 2) Es ist nicht zu leugnen, das das natürliche Rechtsgefühl die verjährte Schuld nicht weniger als Schuld anerkennt; der rechtliche Mann erfüllt sie, obgleich sie verjährt ist. Es ist auch wahr, daß die naturalis obligatio des r. R. gerade die auf dem natürlichen Rechtsgefühl beruhende Obligation ist. Aber es ist nicht wahr, daß jede auf dem natürlichen Rechtsgefühl beruhende Obligation auch von dem positiven R. wenigstens bis zu einer gewissen Grenze anerkannt werde. S. II § 287. 289. — Unter Dem, was an Quellenzeugnissen für die hier verworfene Meinung beigebracht worden ist, hat bei Weitem den meisten Schein, daß die Verjährung des persönlichen Anspruchs den Pfandanspruch nicht aufhebt (l. 7 C. 7, 39, vgl. l. 2 C. 8, 30 [31]). Aber der Pfandanspruch kann bestehen auch ohne eine außer ihm liegende Forderung, er kann seine Forderung in sich selbst tragen; das r. R. hat das in solchen Fällen anerkannt, wo die durch das Pfandr. versicherte Obligation ohne Befriedigung des Gläubigers untergegangen ist (l. 13 § 4 D. 20, 1, l. 61 [59] pr. D. 36, 1. l. 38 § 5 D. 46, 3), theoretisch aber durch die Annahme vermittelt, daß eine naturalis obligatio übrig bleibe („remanet propter pignus naturalis obligatio“, l. 59 pr. cit.); es wird also nicht Fortdauer des Pfandr. wegen der naturalis obligatio, sondern Fortdauer der naturalis obligatio wegen des Pfandr. und nicht weiter, angenommen. Dieß gegen Savigny V S. 391 fg., Brinz S. 164 unt., f. aber auch 2. Aufl. I S. 406. Vgl. § 225, 2, § 249, 1, b. — Wenn man nach den Gründen für die hier verteidigte Ansicht fragt, so ist zu antworten, daß ein besonderer Beweis für dieselbe nicht geführt zu werden braucht; denn es ist eine entschiedene Anomalie, wenn eine zersürliche Einrede nicht die ganze Obligation wegnimmt (Wächter Württ. Privatr. II § 119³). Diese Ansicht ist also als die richtige anzunehmen, bis ein Gegenbeweis gegen dieselbe geführt ist, und dieser kann nicht geführt werden. Was den aus der Fortdauer des Pfandr. gezogenen Beweis angeht, f. zuvor; gegen die Argumentation aus l. 19 pr. l. 40 pr. D. 12, 6 f. Savigny selbst S. 375 fg.; gegen dessen Berufung darauf, daß die Einrede der Verjährung auf dem positiven Re, nicht auf dem ius gentium beruhe (S. 377 fg.) spricht die exc. SCⁱ Velleiani, der gegenüber Savigny sich nur durch Annahme einer Ausnahme zu helfen weiß, und die exc. legis Cinciae (Val. Fr. § 266); wenn man endlich geltend macht, daß Exceptionen nicht verjähren, so hat dieser Satz nicht den Sinn, daß auch das den Exceptionen zu Grunde liegende R. nicht durch Verjährung verloren werden könne. Von der andern Seite ist zuzugeben, daß die für die hier gebilligte Ansicht angeführten Quellenzeugnisse einen vollkommen entscheidenden Beweis für dieselbe nicht enthalten, weder diejenigen, in denen es heißt, daß durch Ablauf der Zeit Befreiung des Schuldners oder Beendigung der Obligation eintrete (l. 10 pr. D. 2, 11, l. 7 [8] pr. D. 3, 5, l. 9 § 3 D. 12, 2, l. 1 § 3 D. 15, 2, l. 1 § 7 D. 27, 4, l. 6 D. 44, 7, l. 21 § 2 D. 46, 1 u. a. m.), weil es bei diesen Stellen theils nicht sicher ist, daß sie von der Verjährung handeln, jedenfalls aber mit ihrem Ausdruck Fortdauer einer naturalis obligatio verträglich ist — noch l. 37 D. 46, 1. l. 38 § 4 D. 46, 3, l. 25 § 1 D. 46, 8, bei denen ebenfalls die Beziehung auf eine sonstige Zeitwirkung

werden dürfen, daß freiwillige Erfüllung des verjährten Anspruchs nicht unter den Begriff der Schenkung fällt^{5a}.

Mit der hier behandelten Frage steht eine andere in Zusammenhang, die nach der Verjährbarkeit der Einreden⁶. Einreden als solche sind der Natur der Sache nach der Verjährung nicht unterworfen, da der Berechtigte sie nicht geltend machen kann, wann er will, sondern zu diesem Ende die Erhebung des Anspruchs abwarten muß⁷. Einreden können daher nur in der Weise durch Verjährung beseitigt werden, daß, wenn sie auf einem Rechte beruhen, dieses Recht durch Verjährung aufgehoben wird, und zwar vollständig, nicht bloß für die Klage. Nach dem Gesagten wird demnach durch die Verjährung des dinglichen Anspruchs nicht auch die auf das dingliche Recht zu gründende Einrede beseitigt, wohl dagegen durch die Verjährung des obligatorischen Anspruchs die auf der Obligation beruhende Einrede. Es ist jedoch zuzusehen, ob es auch wirklich nur die Obligation ist, welche die Einrede begründet; hat die Einrede neben der Obligation eine selbständige Existenz, so wird sie natürlich von der Verjährung der Obligation nicht berührt⁸.

immerhin möglich bleibt (für l. 37 cit. gibt noch eine andere Erklärung Savigny S. 397 fg.). Dieses letztere Argument haben Unterholzner Verjährungslehre II S. 298 und Puchta Vorles. I S. 471 auch gegen l. 18 § 1 D. 13, 5 geltend zu machen gesucht; Andere geben, wie es kaum anders möglich ist, („temporali actione obligatum“), zu, daß dieselbe von der Verjährung handele. Ist dieß aber der Fall, so will auch die Möglichkeit nicht einleuchten, wie ihr gegenüber die schwächere Wirkung zu halten ist (unbefriedigende Versuche s. bei Savigny S. 401. 402, Schirmer zu Unterholzner S. 294, vgl. Demelius Unterf. S. 74 fg.; die neueste Stimme dawider Bruns 3 S. f. RÖ. I S. 71—73). Für die stärkere Wirkung hat sich auch das Reichsgericht ausgesprochen (11/6 80 bei Sf. XXXVI. 1 [RÖ. II S. 158]). [RÖ. XXXIV S. 158]. Ein Erkenntniß des R.O.S. 2 10 77 bei Sf. XXXIV. 177 läßt die Frage dahingestellt. S. noch SÖB. 911.

^{5a} Mit diesem Zugeständniß zurückzuhalten, erscheint gegenüber der II § 289^a angeführten Quellenentscheidung fast unmöglich.

⁶ Sommer rwissensch. Abhandlungen (Gießen 1818) S. 1—52. Unterholzner II § 156—160. Pfeiffer prakt. Ausführ. III S. 73 fg. VII S. 313 fg. Savigny V § 253—255. Wilbhagen über die Verjährung der Einreden im heutigen r. R. (1832). Sinteris I S. 314—315, Unger II S. 510—513, Keller § 92, Holzschuher I § 19 Nr. 22. 23.

⁷ L. 5 § 6 D. 44, 4: — „cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo iure, is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur“.

⁸ Savigny a. a. O. behauptet ohne Grund, daß wenn neben einer Klage eine Einrede anerkannt sei, dieselbe immer eine selbständige Existenz habe. Vgl. Unger II § 125^{44—46}, Brinz 1. Aufl. S. 171. Beispiele: die Einrede des

[§ 68]. 1. Das BGB. bestimmt, daß nach Vollenbung der Verjährung der Verpflichtete berechtigt ist, die Leistung zu verweigern (222). Also begründet im Sinne des BGB. die Verjährung eine Einrede (ob. § 47 S. 181). Hiermit haben die Verfasser des Gesetzbuches zum Ausdruck bringen wollen, daß die Verjährung nur zu berücksichtigen ist, wenn der Beklagte es als seinen Willen zu erkennen gibt, daß dieß geschehe (ob. S. 182 fg.). Es ist zwar oben (a. a. O.) ausgeführt, daß diese Behandlung der Verjährungseinrede nach dem Inhalt des BGB. darauf allein, daß sie Einrede ist, keineswegs mit Sicherheit gegründet werden kann. Es ist aber gerade für die Verjährungseinrede aus inneren Gründen auch unter der Herrschaft des BGB. jene Behandlung gerechtfertigt (vgl. ob. § 47 S. 177). Wer die Ansicht theilt, daß der obligatorische Anspruch mit der Forderung identisch ist (ob. § 43^a und S. 160) wird auch anerkennen müssen, daß der Einfluß, welchen die Verjährung auf den obligatorischen Anspruch hat, in derselben Art und in demselben Maße die Forderung trifft. Dagegen werden die dinglichen und sonstigen absoluten Rechte, welche Ansprüche aus sich erzeugen (vgl. ob. § 43^b), durch die Verjährung des Anspruchs in ihrem sonstigen Bestande nicht beeinträchtigt; es kann aber nicht verkannt werden, daß in der Verjährung des erzeugten Anspruchs indirect doch eine Schwämerung des erzeugenden Rechts (eben in seinen Wirkungen) liegt (vgl. Hölder S. 351 fg.).

Betrugs hat neben der Klage (dem Anspruch) aus dem Betruge auf Schadensersatz eine selbständige Existenz, daher l. 5 § 6 D. 44, 4 (vgl. Windscheid die Actio zc. S. 40^b, aber auch Savigny S. 481 unten); dagegen ist die Einrede desjenigen, der eine fehlerhafte Sache gekauft hat (l. 59 D. 21, 1), nur darauf gegründet, daß er Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangen kann. Ebensovienig hat eine selbständige Existenz die Compensationseinrede (f. II § 350^a), wohl dagegen die f. g. exceptio non adimpleti contractus; dieselbe gründet sich nicht darauf, daß der Gegner seinerseits leisten müsse, sondern darauf, daß er gegen die Absicht des Vertrages verstoße, wenn er fordere, ohne seinerseits zu leisten (f. II § 321^a). Die Durchführung der hier gemachten Unterscheidung ist übrigens das Schwierige in dieser Lehre. Wildhagen a. a. O. (S. 119, vgl. S. 80 fg.) stellt die Formel auf, daß, wenn Jemand Anspruch und Einrede zugleich habe, mit der Verjährung des Anspruchs die Einrede dann beseitigt sei, wenn die Einrede sich auf den Satz *dolo facit qui petit quod redditurus est* gründe (d. h. also, wenn der die Einrede begründende Anspruch auf Rückgabe dessen gehe, was mit dem Anspruch, welchem die Einrede entgegengesetzt wird, gefordert wird). Dernburg I § 150, 3 läßt nur diejenigen Einreden verjähren, bei denen das Gesetz dieß vorschreibt (wie z. B. § 68. Art. 349. 386. 408). [Anders begrenzt den Kreis der Ausnahmen Regelsberger I § 187.] Ueber l. 5 und 6 C. 8, 35 [36] f. Savigny S. 432—435. Cf. I. 159, VII. 145, XXI. 7, XXIV. 4, 6, XXXIII. 279, XXXVI. 1 (RG. II S. 158), XXXVIII. 95. S. auch II § 350^a und III § 585^a. Riemann Verjährbarkeit der Einreden nach gem. Civilt. Bresl. Diff. 1890. Hanaukel (§ 106^a) II S. 311 fg. [André Einrede des nicht erfüllten Vertrages S. 132. Berent, über die Vernichtung der f. g. concurrirenden Einreden durch die Klagenverjährung nach gem. Civilt. Berl. Diff. 1890. R. Salmann über den Satz quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua. Berl. Diff. 1891.]]

2. Obwohl der Begriff der natürlichen Verbindlichkeit dem BGB. nicht bekannt ist, läßt sein Inhalt doch keinen Zweifel darüber, daß die Verjährung den Anspruch nicht vollkommen beseitigt. Ist auch die Theorie der Verfasser des BGB. darüber, in wiefern ein mit Einrede behafteter Anspruch ein bestehender Anspruch ist, unklar genug (vgl. ob. S. 180 fg.), so haben sie doch über die Grenzen der Wirkung der Verjährungseinrede sich deutlich ausgesprochen.

a) Eine Leistung zur Erfüllung eines verjährten Anspruchs, ein vertragsmäßiges Anerkenntniß desselben, eine Sicherheitsleistung für ihn, sind unanfechtbar, auch wenn der Act in Unkenntniß der abgelaufenen Verjährung erfolgte (222 Abs. 2). Die Bestimmung des § 813 Abs. 1 schränkt sich in diesem Sinne ausdrücklich ein. (Vgl. 4.)

b) Die Aufrechnung mit einer verjährten Forderung ist zulässig, wenn die Verjährung noch nicht abgelaufen war, als die Möglichkeit der Aufrechnung eintrat, also zu der Zeit, als die nunmehr verjährte Forderung der anderen oder diese ihr aufrechenbar gegenübertrat (390). Einschränkungen hierzu geben §§ 479. 480 Abs. 1 (anders 490 Abs. 3. 491). (Vgl. 4.)

c) Besteht für den Anspruch eine Hypothek oder ein Pfandrecht, so hindert die Verjährung des Anspruchs den Berechtigten nicht, seine Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstande zu suchen. (223 Abs. 1.) Insofern kommen also die §§ 1169. 1254 nicht zur Anwendung. Die Vorschrift des § 223 Abs. 1 gilt aber nicht, wenn der verjährte Anspruch nur Rückstände von Zinsen oder anderen wiederkehrenden Leistungen betrifft (223 Abs. 2); in diesen Fällen bewendet es vielmehr bei den allgemeinen Sätzen über die Rückwirkung einer gegen den verjährten Anspruch begründeten peremptorischen Einrede auf Hypothek und Pfandrecht. Mit der gleichen Beschränkung ist verordnet, daß, wenn zur Sicherung eines Anspruchs ein Recht übertragen ist, die Rückübertragung nicht auf Grund der Verjährung des Anspruchs gefordert werden kann (223 Abs. 2. 3).

3. Nach dem BGB. ist es zweifellos, daß nur Ansprüche, nicht Einreden der Verjährung unterliegen. Selbstverständlich aber kann der Geltendmachung eines Anspruchs im Wege der Einrede die Gegeneinrede der Verjährung in derselben Weise und mit derselben Wirkung entgegengesetzt werden, wie wenn der Anspruch im Wege der Klage geltend gemacht würde. Einreden dagegen, welche etwas anderes sind als Geltendmachung eines Anspruchs, werden von der Verjährung nicht berührt. Dahin gehört insbesondere die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (320), ferner z. B. die Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung (321. 811 Abs. 2), der Vorausklage (771), die Einreden der §§ 526. 660 Abs. 2. In einigen besonderen Fällen gewährt das BGB. ausdrücklich neben einem verjährbaren Anspruch eine dessen Verjährung überdauernde Einrede gegen einen andern Anspruch. So steht neben dem Anspruch auf Wandlung oder Minderung dem Käufer eine Einrede gegen den Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises zu, welche trotz Verjährung des Anspruchs auf Wandlung oder Minderung erhalten bleibt, wenn nur der Käufer vor Ablauf der Verjährung den Mangel der Waare dem Verkäufer angezeigt oder gewisse andere Maßnahmen getroffen hat. Hat der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen, so bedarf es dieser Maßnahmen nicht (478). Entsprechende Sätze gelten zu Gunsten des Bestellers beim Werkvertrag (639 Abs. 1). Ist eine Verbindlichkeit ohne rechtlichen Grund eingegangen, so wird die Einrede gegen den

Anspruch auf ihre Erfüllung von der Verjährung des Anspruchs auf Befreiung nicht berührt (821). Das Gleiche gilt von der Einrede gegen eine durch unerlaubte Handlung erlangte Forderung (853). Nach der Verjährung der Compensationseinrede kann vom Standpunkte des BGB. aus nicht gefragt werden; denn es gibt keine Compensationseinrede (vgl. ob. § 47 S. 181 fg.), im übrigen s. ob. 2, b. Ebenfowenig gibt es eine Einrede des Betruges oder des Zwanges; das Recht, einen Anspruch durch Anfechtung wegen der genannten oder anderer Gründe zu beseitigen, unterliegt nicht der Verjährung, ist aber auf andere Weise zeitlich gebunden (vgl. ob. § 82 S. 371). Bei letztwilligen Verfügungen, durch welche eine Leistungspflicht begründet wird (Vermächtnisse und Auflagen), sowie entsprechenden Bestimmungen in Erbverträgen bleibt, wenn das Recht, sie wegen Irrthums, Betruges, Drohung anzufechten, durch Veräußerung verloren gegangen ist, eine Einrede gegen die Verpflichtung in ähnlicher Weise zurück, wie in den Fällen der §§ 821, 853 nach Verjährung des Befreiungsanspruchs. (2083, 2279 Abs. 1; vgl. Prot. d. II. Comm. S. 6705 fg.)

Ist der Anspruch aus einem dinglichen oder sonst absoluten Rechte verjährt, so ist die Ausübung und Geltendmachung dieses Rechtes selbst, soweit sie nicht auf Geltendmachung des verjährten Anspruchs hinausläuft, nicht geschmälert (vgl. ob. 1). Mit dieser Maßgabe kann das Recht also auch im Wege der Einrede geltend gemacht werden. Es würde daher z. B. gegenüber der Eigentumsklage einredeweise ein dingliches Recht zum Besitze auch dann geltend gemacht werden können, wenn der jetzige Beklagte nach Verjährung seines Anspruchs auf Auslieferung der Sache ohne Klage in den Besitz gekommen wäre. Dagegen würde im entsprechenden Falle der Berufung eines Miethers auf den Miethvertrag die Replik der Verjährung des Miethsanspruchs wirksam entgegengesetzt werden können, es wäre denn, daß sein jetziger Besitz sich auf eine nach Verjährung erfolgte Erfüllung seitens des Gegners (222 Abs. 2) stütze.]

3. Die unvordenkliche Verjährung*.

§ 113.

Eine unvordenkliche Verjährung liegt da vor, wo ein Zustand seit Menschengedenken bestanden hat¹. Daß ein solcher Zustand nicht

* Unterholzner I § 140—150. Kritik exegetisch-praktische Abhandlungen ✓
 Nr. 6 (1824). Pfeiffer prakt. Ausführungen II S. 1 fg. (1828). Schelling ✓✓
 die Lehre von der unvordenklichen Zeit (1835). Arnolds Beiträge I. 3 (1837). ✓
 Savigny IV § 195—201 (1841). Buchla der unvordenkliche Besitz (1841). ✓✓
 Friedländer die Lehre von der unvordenklichen Zeit (1843). Pfeiffer prakt. ✓✓
 Ausführungen VII S. 175 fg. (1844). Sintonis I § 51. D. Vgl. auch die
 für den 16. deutschen Juristentag von Strohal, Leonhard und Pann er-
 statteten Gutachten (Verh. I S. 117 fg. 241 fg. 310 fg.) und die Verhandlungen
 des Juristentags selbst (II S. 52 fg. 322 fg.). Welter I § 39. [Dernburg
 I § 160, Wendt § 79, Fölber S. 196 fg. 199 fg., Regelesberger I § 127,
 Gierke I § 35, IV.]

¹ — „cuius origo memoriam excessit“, l. 3 § 4 D. 43, 20; — „an § 118.
 operis facti memoria exstet“, l. 28 D. 22, 3; — „cuius memoria non

weiter angefochten werden dürfe, ist in einzelnen Anwendungen bereits im römischen Rechte anerkannt²; das canonische Recht faßt die unvordenkliche Verjährung auf als allgemeine Ergänzung der ordentlichen Verjährung für solche Fälle, wo deren Bedingungen nicht vorliegen³, und in diesem Umfange ist das Institut durch ein allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht um so bereitwilliger anerkannt worden, als sich im älteren deutschen Rechte ähnliche Ideen finden⁴.

Die unvordenkliche Verjährung functionirt alle Zustände der Rechtsausübung⁵ und Rechtsnichtausübung (der Freiheit von einer

exstat⁶, l. 2 § 7 cf. § 1. 3. 4. 5. 8 D. 39, 3; — „cuius contrarii memoria non existat“, c. I in VI^o 2, 13.

² Das r. R. gebraucht dabei den Ausdruck *vetustas*. L. 1 § 23. l. 2 pr. § 1. 3. 5. 7. 8 D. 39, 3 — l. 26 eod., l. 3 § 4 D. 43, 20, l. 7 C. 3, 34 — l. 3 pr. D. 43, 7. Gegen die Beziehung der *vetustas* auf die Unvordenklichkeit hat sich erklärt Schmidt (von Jlimenau) civil. Abhandl. S. 173 fg. 186 fg. 195.

³ Es wendet auch bereits den Ausdruck *praescriptio* auf dieselbe an. C. 1 in VI^o 2, 13; s. auch c. 26 X. 5, 40.

⁴ Gegen die Herleitung des Institutes aus dem altgermanischen Re (Buchka, Friedländer) s. Pfeiffer 3 S. f. deutsch. R. VIII S. 1 fg. Vgl. Gerber § 66⁴, Bessler S. 170–171, Roth I § 88, Stobbe I § 69. — Anwendungen in Reichsgesetzen: A. B. c. VIII § 1. 2. c. XXVIII § 5, R. A. 1548 § 56. 59. 64, R. A. 1576 § 105. — Nach der in alter und neuer Zeit vorherrschenden Ansicht soll durch den Ablauf der unvordenklichen Zeit ein Zustand nicht sowohl begründet, als vielmehr seine Begründetheit (sein Begründetsein durch eine frühere, dem Gedächtniß entschwundene Thatsache) bewiesen, außer Zweifel und Streit gestellt werden. Dafür unter den Neueren namentlich Schelling, Arndts, Savigny, Buchka, Brinz 2. Aufl. I S. 643, Dernburg I § 160, Beller a. a. D. Veil. II, [Regelsberger a. a. D. I, Gierke a. a. D. 2], ferner Blätter f. Anwend. in Bayern XXIII S. 17 fg. 33 fg., Budde und Schmidt Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI S. 65. 68. 95, S. XXVIII. 197 und Citate das., XXVIII. 198. 247, XXXI. 12; dawider Unterholzner S. 521–522, und namentlich Pfeiffer II S. 80 fg. VII S. 232 fg., ferner Bessler I S. 173, Roth I § 88¹³, Leonhard a. a. D. S. 272, [[Hölder S. 197. 199]]. Daß der Streit praktisch gleichgültig sei (Pfeiffer VII S. 241–244), ist zwar wohl nicht richtig (s. S. XXVIII. 198 und das oben citirte Rostocker Erkenntniß), doch läßt sich m. E. für jene Auffassung kein derartiger Beweis erbringen, daß aus ihr argumentirt werden dürfte. Gegen sie spricht die Unbefangenheit, mit welcher das c. R. und die Reichsgesetze den Ablauf der unvordenklichen Zeit unter den Begriff der *praescriptio* stellen (c. 1 in VI^o 2, 13, R. A. 1548 § 56). Vgl. übrigens auch D. Reich die Entwicklung der canonischen Verjährungslehre (Berlin 1880) S. 72.

⁵ Zustände, in welchen eine Rechtsausübung sich nicht darstellt, werden auch durch die unvordenkliche Verjährung nicht zu rücken erhoben. Diesen Sinn hat es, wenn man für die unvordenkliche Verjährung juristischen Besitz erfordert. Vgl. Pfeiffer II S. 12 fg. VII S. 181 fg., S. V. 251, VI. 143, XXII. 11, XXVII. 111. 299. 303, XXXVI. 95. 182, XXXVII. 189. RG. XVII S.

Last) ⁶. Sie setzt voraus, daß der betreffende Zustand ununterbrochen ⁷ so lange bestanden habe, wie das Gedenken der jetzt ^{7a} lebenden Generation reicht ⁸. Dieses Gedenken beruht aber nicht bloß auf eigener Wahrnehmung, sondern auch auf den Berichten, welche die jetzt Lebenden von den bereits Gestorbenen vernommen haben. Der Beweis der unvordenklichen Verjährung ist also auf ein Doppeltes zu richten: 1) auf das Bestehen des betreffenden Zustandes innerhalb derjenigen Zeit, welche die eigene Wahrnehmung der jetzt lebenden Generation umfaßt; 2) darauf, daß die jetzt lebende Generation auch durch Mittheilung ihrer Vorfahren von dem Nichtbestehen dieses Zustandes keine Kunde habe ⁹. Als gehörig qualificirte Repräsentanten der jetzt

119. [Sf. LI. 173]. [[RÖ. XXIV §. 168: der animus iuris exercendi braucht nicht besonders bewiesen zu werden; der Gegner muß die Abwesenheit desselben beweisen.]] [Es kann aber, wenn die Existenz eines R. auf Grund unvordenklicher Verjährung feststeht, noch ein Beweis über dessen Qualität (ob privatlich oder öffentlichlich) notwendig bleiben: Sf. I. 3. — AUSAÜBUNG fundi nomine: Sf. XLVII. 188.] Ueber die f. g. res merae facultatis s. Pfeiffer II §. 17 fg. 107. VII §. 188 fg. A. v. R. I. 9 § 505. 506. — Die Ansicht Savigny's, welcher die unvordenkliche Verjährung auf Re von publicistischen Charakter beschränken will (IV §. 484. 510. 513 fg.), hat in der Theorie wenig Anklang gefunden (ihre folgt nur Friedländer II §. 67 fg.), und auf die Praxis geringen Einfluß ausgeübt; ihre folgt ein Erf. bei Sf. XIV. 112, vgl. XXI. 97, dagegen das V. 250, VI. 144, IX. 120, XVI. 173, XIX. 120, XXVIII. 8. Umgekehrt wird die unvordenkliche Verjährung gerade bei solchen Re für unanwendbar erklärt in dem Erf. bei Sf. I. 170; dagegen XXVIII. 189. Vgl. Pfeiffer VII §. 246—248. — Gegenstände der unvordenklichen Verjährung im Einzelnen: Pfeiffer II §. 106 fg. VII §. 248 fg. Auch auf obligatorische Rechtsverhältnisse, insofern bei denselben eine dauernde Ausübung möglich ist, findet sie Anwendung. Vgl. II § 464⁴ und Reinhard ACPr. XXXVIII §. 186 fg. (1855). Sf. VII. 5. 269, XIII. 127, XVIII. 116, XIX. 104, XX. 102, XXX. 3, XXXI. 202, XXXV. 48 [[RÖ. XXVI. §. 170]]; dagegen Sf. I. 183, vgl. auch XXXI. 107. Realasten: Pfeiffer VII §. 259 fg. Vgl. Sf. XXX. 256, XXXIII. 199. — Ausgenommen von dem Erwerb durch unvordenkliche Verjährung sind natürlich solche Re, die überhaupt nicht erworben werden können. Pfeiffer II §. 101 fg., Buchta und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V §. 56 fg. Sf. XXXIII. 107.

⁶ Pfeiffer II §. 15—16. 113. VII §. 183—184. 187. Sf. I. 171. V. 55, [XLIX. 281].

⁷ Savigny §. 526, Pfeiffer II §. 22—26. VII §. 194—196.

^{7a} Budde und Schmidt Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI Nr. 27 = Sf. XXIII. 208. Vgl. das. XXIII. 209, XXXI. 12. Anders das. XI. 12, XXXI. 309.

⁸ Das Erforderniß des Titels ist nach dem Begriff der unvordenklichen Verjährung ausgeschlossen; bona fides versteht sich von selbst. Savigny §. 527, Pfeiffer II §. 28—35. VII §. 197—198.

⁹ L. 2 § 8 D. 39. 3, l. 38 D. 22, 3. Ueber die letztere Stelle vgl. Glüd

lebenden Generation läßt man in der Praxis schon solche Personen zu, deren Erinnerung wenigstens die letzten 40 Jahre umfaßt¹⁰. Der Gegenbeweis¹¹ ist erbracht, wenn bewiesen ist, daß der betreffende Zustand zu einer Zeit, welche innerhalb der letzten zwei Menschenalter liegt¹², nicht bestanden habe; der Beweis des Nichtbestehens des betreffenden Zustandes zu einer Zeit, welche über die letzten zwei Menschenalter hinaus liegt, reicht zum Gegenbeweis nur dann aus, wenn zugleich eine unrechtmäßige Entstehung des Zustandes und deren fortgehender, ununterbrochener Zusammenhang mit dem späteren Zustand nachgewiesen wird¹³.

[Das **§§.** hat die unvordenkliche Verjährung nicht anerkannt. Vgl. Rot. I S. 346 fg.]

XXI S. 405 fg., Unterholzner I S. 502, Savigny IV S. 518. 535, Fuschle 3 S. f. C.R. u. Pr. N. 3. IV S. 301—305. Ueber den negativen Theil des Beweises überhaupt s. Pfeiffer II S. 27. 28. § 10. 11. VII § 10. 11. Im Besonderen: es ist nicht erforderlich der Beweis positiver Mittheilung von Seiten der Vorfahren über das Bestehen des Zustandes, sondern es genügt der Beweis nicht erfolgter Mittheilung über sein Nichtbestehen. Pfeiffer II S. 43 fg. VII S. 201 fg. Vgl. Cf. I. 172. Wird aber die unvordenkliche Verjährung nur ausgeschlossen durch eine auf eigener Wahrnehmung beruhende Mittheilung der Vorfahren über das Nichtbestehen des Zustandes, oder genügt eine Mittheilung der Vorfahren über eine ihnen von ihren Vorfahren gemachte Mittheilung und so fort? Die Frage muß nach I. 28 cit. jedenfalls für den in dieser Stelle bezeichneten Fall einer Grundanlage im letzteren Sinne beantwortet werden; bei diesem Fall wollen aber auch stehen bleiben Pfeiffer II S. 76 und Savigny S. 535; dawider Cf. XI. 113. Ersatz des negativen Theils des Beweises durch den positiven Beweis des Bestehens des betreffenden Zustandes innerhalb des vorletzten Menschenalters: Pfeiffer VII § 14, Savigny S. 524, Cf. XI. 12.

¹⁰ Dieß ist angenommen worden mit Rücksicht auf c. 1 in VI^o 2, 13 Unterholzner § 148, Pfeiffer II S. 21—22. 36—38. VII S. 193—194. 207 fg., Savigny S. 520; Cf. III. 116, XI. 12, XIV. 9, XIV. 205. — Beweis durch andere Beweismittel als Zeugen: Unterholzner S. 526. 527. Savigny S. 523—525, Pfeiffer II § 14. 15. VII § 14. 15; Cf. VII. 6, IX. 121, XI. 12, XXVI. 106, XXIX. 8. [Es kann m. E. unter der Herrschaft der C.P.D. die Frage, durch welche Mittel die Thatfachen bewiesen werden können, auf welche es bei der unvordenklichen Verjährung ankommt, nur nach der C.P.D. selbst entschieden werden. Danach können auch Urkunden und, wenn die Voraussetzungen des § 410 C.P.D. gegeben sind, Eideszuschreibung über einzelne Thatfachen zur Anwendung kommen.]

¹¹ Ueber den Gegenbeweis überhaupt: Unterholzner S. 527—529, Pfeiffer II § 16—18. VII § 16—18, Savigny S. 525 fg.

¹² Nach der Analogie des zu ¹⁰ Gesagten zu je 40 Jahren gerechnet. Vgl. Savigny S. 524.

¹³ Pfeiffer II S. 70—71. VII S. 243—244, Savigny S. 534. Cf. XI. 12. 113, XIX. 121, XXII. 13. 14. Budde u. Schmidt Entscheidungen des C.A.W. zu Rostock VI Nr. 28.

V. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*.

A. Begriff und Wesen.

§ 114.

Juristischen Thatsachen kann aus bestimmten Gründen die von ihnen ausgeübte rechtliche Wirkung durch richterlichen Spruch wieder entzogen werden. Für besondere juristische Thatsachen gelten in dieser Beziehung besondere Grundsätze¹; es gibt aber auch Grundsätze über die Wiederaufhebung rechtlicher Wirkungen durch richterlichen Spruch, welche sich auf die juristischen Thatsachen überhaupt beziehen. Diese Grundsätze bilden die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand².

Das Charakteristische der Wiedereinsetzung i. d. v. St. besteht zunächst darin, daß einer juristischen Thatsache die rechtliche Wirkung, welche sie ausgeübt hat, wieder entzogen wird³. Diese Thatsache ist

* Das Hauptwerk über diese Lehre ist noch immer: Dürchardi die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (1831). Eine neuere Monographie ist: Spaltenstein die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (1873). Außerdem sind zu bemerken: v. Schröder über Wesen und Umfang der in integrum restitutio, JS. f. CR. u. Pr. VI S. 91 fg. (1833). Schneider die allgemeinen subsidiären Klagen des r. R. S. 216—307 (1834). Puffer Aktionen II S. 74—105 (1873). Savigny VII § 315—343. (1848), Glück V S. 392 fg. VI S. 1 fg., Wächter I § 112—116. Württ. Privatr. II § 124—127, Sinteris I § 36, Bangerow I § 175—188. [Dernburg I §§ 139—143, Wendt §§ 81—84, Hölder § 60, Regelsberger I §§ 200—202.]

¹ Dahin gehören namentlich die honorum possessio contra tabulas und § 114. die querela inofficiosi testamenti.

² Der römische Ausdruck ist in integrum restitutio oder integri restitutio. Die Wortfolge restitutio in integrum ist äußerst selten. Savigny VII § 315.

³ Wenn man, wie häufig geschieht, bei der Betrachtung der Wiedereinsetzung davon ausgeht, daß sie die Wiederherstellung eines früheren Zustandes sei, so muß man scharf betonen, daß unter Wiederherstellung eines früheren Zustandes nicht zu verstehen sei Herstellung eines gleichen Zustandes, wie der früher dagewesene, sondern Herstellung des identischen früher dagewesenen, was eben nur durch Negation der Abänderung (der abändernden Kraft) möglich ist. Macht man diese Unterscheidung nicht, so ist jener Ausgangspunkt verwirrend; es stellt sich dann von ihm aus Vieles als zur Wiedereinsetzung gehörig dar, was nichts mit ihr gemein hat, und erst mit Mühe wieder entfernt werden muß. Namentlich die Älteren wußten eine große Menge von uneigentlichen Restitutionen zu nennen. Man muß sich nur wundern, daß sie zur Wiedereinsetzung nicht auch den Fall rechneten, wenn der Erwerber einer Sache das Eigentum derselben aus irgend einem Grunde dem früheren Eigentümer überträgt; auch in diesem Falle liegt — in jenem unbestimmten Sinne — die Wiederherstellung eines früher dagewesenen Zustandes vor. Den hier getadelten Standpunkt theilt noch Dürchardi

unter Umständen eingetreten, unter denen das Recht es nicht zulassen zu dürfen glaubt, daß sie die ihr an und für sich zukommende rechtliche Wirkung ausübe⁴. Statt ihr aber diese Wirkung selbst abzusprechen, überläßt das Recht dieß — und darin liegt die zweite Eigenthümlichkeit der Wiedereinsetzung — dem Richter, und sichert sich damit eine erschöpfende Beachtung der besonderen Momente des einzelnen Falles⁵. — Ein anderer Weg, welchen das Recht hier einschlagen kann, ist der, daß es dem durch das Eintreten der rechtlichen Wirkung Benachtheiligten gegen denjenigen, zu Gunsten dessen sie eingetreten ist oder jetzt besteht, einen Anspruch auf Wiederherstellen des früheren Zustandes gibt. Die Verwechslung dieses Falles mit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand liegt nahe; der Unterschied ist aber der, daß in demselben die Herstellung des früheren Zustandes,

§ 1. — Richtig ist allerdings, daß der Sprachgebrauch der Quellen kein ganz strenger ist, daß sie die Ausdrücke in *integrum restitutor*, in *integrum restitutio* zuweilen auch für andere Wiederherstellungen früherer Zustände, als diejenigen, um welche es sich hier handelt, gebrauchen. Vgl. l. 58 D. 2, 14, l. 1 § 9. 10 D. 3, 1, l. 1 § 2 D. 48, 14, l. 1 C 9, 51 und die Stellen in Note⁶.

⁴ Man pflegt zu betonen, daß die Wiedereinsetzung ihren Grund in der Reaction der Gerechtigkeit gegen die Härten des bestehenden R. habe, vgl. namentlich Puchta Instit. II § 177. Es ist das ohne Zweifel richtig: aber ich glaube nicht, daß damit etwas der Wiedereinsetzung Eigenthümliches bezeichnet ist. Die in *integrum restitutio* z. B. der Minderjährigen ist eingeführt worden, weil es unbillig erschien, daß der Minderjährige durch seine Handlungen in Nachtheil komme; aber auch die *exceptio SC' Velleiani* ist aus keinem anderen Grunde eingeführt worden, als weil es unbillig erschien, daß die Frau durch ihre Bürgschaften zc. in Nachtheil komme. Daß der Schutz der Minderjährigen durch das prätorische Edict eingeführt worden ist, der Schutz der Frauen durch eine civilistische Quelle, rechtfertigt nicht die Annahme, daß es sich in jenem Falle mehr, als in diesem, um die Realisirung dessen gehandelt habe, was dem geltenden R. gegenüber als die höhere Gerechtigkeit erschien. Denn auch der Prätor ist Organ der Aordnung. Aber auf diesem Wege wurde Burchardi (§ 3) ganz consequent zu der Annahme gedrängt, daß die in *integrum restitutio* eine Sache nicht des R., sondern der Gnade sei. S. dagegen Schröter S. 169 fg., Spaltenstein S. 8 fg., Bekker S. 99⁸⁶, Brinz 2. Aufl. I S. 407, Wächter S. 575. Vgl. aber auch Savigny S. 117.

⁵ Daß sich der römische Prätor bei der Ertheilung der in *integrum restitutio* eine besondere Freiheit des Ermessens vorbehalten habe, geht aus l. 3 D. 4, 1 und l. 1 § 1 D. 4, 4 hervor, und darauf beruht es auch, daß die i. i. r. ein *extraordinarium auxilium* genannt wird (l. 16 pr. D 4, 4). Ebenso wahr ist es freilich, daß bereits der spätere römische Richter eine ganz andere Stellung einnahm (vgl. namentlich Savigny § 317). Daher „muß bei unbefangener Betrachtung eingeräumt werden, daß dieses Institut des r. R. weniger, als die meisten anderen, einen inneren Grund des Fortbestehens und der Einwirkung auf den heutigen Zustand mit sich führt“ (Savigny S. 118).

wenn sie auch durch richterlichen Spruch erzwungen werden kann, immerhin nicht durch richterlichen Spruch, sondern durch Privatthätigkeit erfolgt, und nicht dadurch, daß der Thatfache, auf welcher der bisher dagewesene Zustand beruht, ihre wirkende Kraft entzogen wird, sondern dadurch, daß das von ihr Gewirkte durch die Erzeugung einer anderen rechtlichen Wirkung verdrängt wird (vgl. Note 3). Es handelt sich in diesem Falle um obligatorische Ansprüche gewöhnlicher Art, die sich von anderen obligatorischen Ansprüchen nur durch ihren Inhalt unterscheiden⁶; ihre nähere Betrachtung gehört in das Obligationenrecht⁷.

[Das **§ 89**. kennt keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Vgl. Not. I S. 392 fg.]

B. Voraussetzungen.

1. Eine benachtheiligende rechtliche Wirkung.

§ 115.

Die erste Voraussetzung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist, daß überhaupt eine rechtliche Wirkung eingetreten sei. Ist eine rechtliche Wirkung gar nicht eingetreten, so ist für die Wiedereinsetzung kein Raum. Aber auch dann ist für dieselbe kein Raum,

⁶ Ihr Inhalt ist ein restituere; aber es findet bei ihnen keine in integrum restitutio statt. Doch gebrauchen einzelne Stellen der Quellen bei ihnen auch diesen letzteren Ausdruck (l. 3 § 4 D. 4, 7, l. 23 § 7 D. 21, 1, l. 10 C. 4, 44, vgl. l. 10 § 22 D. 42, 8). S. Savigny S. 103 fg.

⁷ Was die Stellung der Wiedereinsetzung im Systeme angeht, so weisen Viele (so namentlich Savigny, Buchta, Arndts, Sintenis) derselben ihren Platz in dem f. g. allgemeinen Actionenr., in der civilrechtlichen Lehre von der processualischen Hülfe, an. Das ist gewiß nicht richtig, schon deswegen nicht, weil es sich hier nicht um die allgemeinen Grundsätze für die processualische Hülfe überhaupt, sondern um die speciellen Grundsätze für eine processualische Hülfe sehr bestimmten Inhalts handelt; aber auch deswegen nicht, weil für die Wiedereinsetzung der richterliche Spruch, welchen sie erfordert, erst in zweiter Linie charakteristisch ist, in erster aber, daß durch sie juristischen Thatfachen ihre wirkende Kraft entzogen wird. Andere behandeln die Wiedereinsetzung in einem besonderen Kapitel des allgemeinen Theils (z. B. Vangerow), oder als Anhang zu dem gesammten Systeme (z. B. Heise, Seuffert). Auch damit geschieht ihrem Wesen nicht Genüge. Sie gehört in der That in die allgemeine Lehre von den juristischen Thatfachen, deren Wirkungen sie kassirt. Bezöge sie sich bloß auf Rechtshäfte, so würde sie in die Lehre von der Ungültigkeit der Rechtshäfte zu stellen sein; da sie über dieselben hinausgeht (§ 115⁶), so ist ihr Platz an diesem Orte. Man kann sagen: es gibt eine Ungültigkeit nicht bloß der Rechtshäfte, sondern auch der juristischen Thatfachen überhaupt, und die Form derselben ist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Theilweise zustimmend Arndts seit der 5. Aufl. § 117¹. [S. auch Hölder S. 316. 320.]

wenn eine rechtliche Wirkung zwar eingetreten ist, aber das Recht selbst gegen dieselbe in anderer Weise erschöpfenden Schutz gewährt¹.

Die eingetretene rechtliche Wirkung muß ferner für denjenigen, welcher die Wiedereinsetzung begehrt, einen Nachtheil² zu Wege gebracht haben. Dieser Nachtheil braucht nicht nothwendigerweise ein Vermögensnachtheil zu sein, obgleich die Wiedereinsetzung den Fall

§ 115. ¹ — „nam si communi auxilio et mero iure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium“ l. 16 pr. D. 4, 4. Als Beispiele werden in dieser Stelle und den folgenden §§ obligatorische Ansprüche angeführt, welche entweder nichtig sind, oder doch von der Art, daß der Beklagte ihnen gegenüber keiner über die Verneinung hinausgehenden Vertheidigung in iure bedarf. Hiernach könnte schon das zweifelhaft erscheinen, ob eine exceptio (im römischen Sinne des Wortes) hinreiche, um die Wiedereinsetzung auszuschließen. S. jedoch dagegen l. 1 [2] C. 2, 22 [23], nach welcher die in integrum restitutio nicht gegeben werden soll, wenn die exceptio *SCi Maccedoniani* begründet ist. Und noch weiter geht der Anfang der eben citirten l. 16 pr. D. 4, 4. „In causae cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem“. Von der andern Seite steht aber fest, daß die in integrum restitutio nicht ausgeschlossen wird durch die actio tutelae (l. 45 § 1 D. 4, 4, 1, 25. l. 39 § 13 D. 26, 7, 1. 3. 5 C. 2. 24 [25], Cf. XXXV. 266), nicht durch die actio quod metus causa (l. 9 § 3. 4. l. 21 § 6 D. 4, 2, l. 3 C. 2, 19 [20]), während sie der actio de dolo sogar vorgezogen wird (l. 7 § 1 D. 4, 1, l. 1 § 6 D. 4, 3), und nach der richtigen, allerdings sehr bestrittenen (vgl. Vangerow I § 178 Anm. 1 a. E., Spaltenstein S. 31 fg.) Interpretation der l. 16 § 2 D. 4, 4 thut ihr auch die *condictio indebiti* keinen Eintrag. Hiernach wird man behaupten müssen, daß jedenfalls ein Ersatzanspruch, von welcher Art alle genannten Actionen sind, als erschöpfender, die Wiedereinsetzung ausschließender Schutz nicht angesehen werden darf. Dabei kann es denn auch keinen Unterschied begründen, daß der Ersatzanspruch nicht bloß als solcher, sondern auch auf Grund eines abgeschlossenen Contracts (römisch: mit einer *bonae fidei actio*) geltend gemacht werden kann, obgleich auf der andern Seite zugegeben werden muß, daß für die Zulässigkeit der Wiedereinsetzung neben der *bonae fidei actio* die dafür gewöhnlich angeführten Stellen (l. 3 C. 2, 53 [55], l. 5. 10 C. 4, 44) einen zwingenden Beweis nicht enthalten. Ueber die verschiedenen Ansichten s. Franke Beiträge S. 66, Burghardi S. 99 fg., Schneider S. 224 fg., Savigny S. 143—145, Vangerow I § 178 Anm. 1, Brinz S. 112 (2. Aufl. I S. 409), Spaltenstein S. 30 fg., [Dernburg I § 143, 2, § 68 (S. 321)], und gegen die Zulässigkeit der Wiedereinsetzung neben der *bonae fidei actio* speciell Kuffstrat 3 C. f. CR. u. Pr. R. F. IV S. 260 fg., dafür Spaltenstein S. 154 fg. Vgl. auch Cf. XVII. 205.

² Die Neueren sprechen mit Vorliebe von einer „Passion“. Die Ausdrücke *laesio*, *laedero* sind nicht unquellenmäßig (l. 1 C. 2, 52 [53], c. 8 X. 1, 41, cl. un. 1, 11), finden sich aber nicht in den Pandekten. In denselben ist die Rede von einem „damnum“, welches Jemand erlitten habe, dann davon, daß er „lapsus, captus, deceptus, circumventus, circumscriptus“ sei, welche Ausdrücke nicht nothwendig, und regelmäßig nicht, von einem Betrüge zu verstehen sind.

des Vermögensnachtheils hauptsächlich im Auge hat³. Vermögensnachtheil ist nicht bloß erlittener Schaden, sondern auch entbehrter Gewinn⁴; nur kann wegen entbehrten Gewinns dann keine Wiedereinsetzung begehrt werden, wenn durch Vereitelung des Gewinns der Gegner gegen Schaden geschützt worden ist⁵. Es reicht aber nicht jeder Nachtheil zur Wiedereinsetzung hin: der Nachtheil muß nicht demjenigen Nachtheil gegenüber, welcher durch die Aufhebung der rechtlichen Folge für den Gegner entsteht, unverhältnißmäßig gering sein⁶.

Die Wiedereinsetzung findet an und für sich statt gegen jede nachtheilige rechtliche Wirkung⁷, und namentlich nicht bloß gegen die durch Rechtsgeschäfte begründeten rechtlichen Wirkungen⁸. Diese Regel erleidet jedoch Ausnahmen⁹: Wiedereinsetzung wird nicht gegeben gegen die nachtheiligen Folgen der Arglist¹⁰, gegen Versteigerungen, welche

³ Burchardi § 7. L. 3 § 6. l. 6. l. 35 D. 4, 4, l. 41 D. 4, 8, l. 2 C. 2, 26 [27], l. 8 C. 7, 64. Vgl. Cf. V. 247. Einen andern als Vermögensnachtheil will nur bei der Minderjährigkeit zulassen Spaltenstein §. 27 fg.

⁴ L. 7 § 6. l. 44 D. 4, 4, l. 27 D. 4, 6.

⁵ Wie z. B. bei der Ersetzung. L. 18. 20 D. 4, 6, l. 37 pr. D. 4, 4, l. 17 § 3 D. 22, 1. Burchardi § 6, Savigny §. 121—124, Spaltenstein §. 25 fg. Vgl. Cf. XXX. 113.

⁶ L. 4 D. 4, 1. In einzelnen Fällen wird verlangt, daß der Nachtheil nicht bloß relativ, sondern auch an und für sich ein bedeutender sei, l. 49 D. 4, 4 (§ 117³), l. 9 pr. eod., l. 1 C. 2, 28 [29] (§ 117⁶ ⁴). Daraus mit der herrschenden Meinung (dafür auch Cf. XIV. 206) eine Regel zu bilden, erscheint bedenklich. Andere Stellen, welche man hierher zu ziehen pflegt, gehören entschieden nicht hierher, so l. 9 § 1 D. 4, 4 und l. 1 C. 2, 29 [30], wo den Minderjährigen die Wiedereinsetzung deswegen versagt wird, weil keine Handlung vorliegt, die nicht auch ein Großjähriger vorgenommen haben würde, ferner l. 1 C. 2, 36 [37], wo die Worte: „pretio longo minore“ nicht den Grund der Entscheidung bezeichnen. Vgl. Burchardi § 8, Bangerow § 176 Ann., Spaltenstein §. 28 fg. [Wie hier Dernburg I § 140⁵].

⁷ Burchardi § 9, Savigny § 319. [Die Möglichkeit, eingetretene prozeßrechtliche Wirkungen zu beseitigen, richtet sich ausschließlich nach den Vorschriften der CPO. „Wiedereinsetzung in den vorigen Stand“ kennt die CPO. bei Veräumung einer Nothfrist 211—216. Die „Wiederaufnahme des Verfahrens“ nach rückständigem Endurtheil geschieht theils durch Nichtigkeitsklage CPO. 542, theils durch Restitutionsklage (CPO. 543)].

⁸ Freilich ist dieß ihre wichtigste Anwendung. Hervorzuheben ist außerdem noch ihre Anwendung bei Veräumnissen. Vgl. im Allgemeinen Cod. II 26—34 [27—35]. Wiedereinsetzung gegen Anerkenntnisse: Cf. XVIII. 197; anders XI. 199.

⁹ Burchardi § 10, Spaltenstein §. 36 fg., Bangerow § 178 Ann. 2, Holzschuher I § 21 Nr. 5.

¹⁰ L. 9 § 2. 4. 5. l. 37 § 1 D. 4, 4, l. 26 § 6 D. 4, 6, l. 2. 3 C. 2, 42 [43]. Gegen Vergehen, die auf bloßer Fahrlässigkeit beruhen, wird die Wieder-

der Fiscus mit den Sachen seiner Schuldner zum Zweck der Befriedigung seiner Forderungen vornimmt¹¹, gegen die 30- und 40jährige Verjährung¹², gegen die Eingehung einer Ehe¹³, und endlich können Descendenten keine Wiedereinsetzung gegen ihre Ascendenten begehren¹⁴.

2. Ein rechtfertigender Grund.

a. Ueberhaupt.

§ 116.

Die Wiedereinsetzung setzt ferner voraus, daß die benachtheiligende rechtliche Wirkung unter Umständen eingetreten sei, welche ihre Wiederaufhebung als billig erscheinen lassen. Ob dieß der Fall sei, ist, wenn es sich um die nachtheiligen Folgen eines Versäumnisses handelt, in ausgedehntem Maße in das Ermessen des Richters gestellt (§ 119). Dagegen ist bei Ertheilung der Wiedereinsetzung gegen positive Handlungen der Richter an bestimmte Gründe gebunden, welche er nicht überschreiten darf. Diese sind: Minderjährigkeit, Zwang, Betrug, Irrthum¹; andere in unseren Quellen erwähnte eine

einsetzung nicht verjagt, l. 9 § 5 D. 4, 4, l. 1 C. 2, 34 [35]. Ueber diese Stellen, so wie über l. 9 § 2. 3 D. 4, 4 f. Savigny § 321^c.

¹¹ L. 5 C. 10, 3.

¹² L. 3 C. 7, 39. Savigny III S. 421—423, Vangerow I § 178 Anm. 2 Nr. 12 (in der 7. Aufl., anders noch in der 6.): a. M. auch Burchardi S. 135—138. Für den im Text aufgestellten Satz auch S. f. XXXII. 330. Um so weniger gegen die noch längeren Verjährungen und gegen die unordentliche Verjährung. In Betreff der letzteren s. Pfeiffer prakt. Ausführungen II S. 95 fg. VII S. 245.

¹³ Nach katholischem Kirchenr., weil die Ehe gar nicht, nach protestantischem, weil sie nur aus gewissen Scheidungsgründen auflösbar ist. Burchardi S. 141 fg., Savigny S. 142—143. Anders bei Verlobnissen, S. f. IX. 39, XVI. 172. RG. XXI S. 181 fg., Holzschuher I § 24 Nr. 8.

¹⁴ L. 2 C. 2, 41 [42]. S. f. I. 269. Auf die Wiedereinsetzung wegen Minderjährigkeit will dieß beschränken Francke Beiträge S. 67. Davider Spaltenstein S. 37 fg. Ausnahmen: 1) wenn die Wiedereinsetzung gerade gegen das Descendentenverhältniß begehrt wird, l. 3 § 6 D. 4, 4, l. 2 C. 2, 26 [27]; 2) im Falle der l. 8 § 1 C. 6, 61. Eine dritte Ausnahme hat heutzutage keine Geltung, weil die Stelle, welche sie enthält (Nov. 155), nicht glossirt ist. Vgl. Vangerow I § 178 Anm. 2 Nr. 1 mit Savigny S. 224—226, Spaltenstein S. 39 fg.

§ 116. ¹ Aufzählungen der Wiedereinsetzungsgründe finden sich in l. 1. 2 D. 4, 1 und bei Paul. sentent. I. 7 § 2. (Die „absentia“ ist derjenige Grund, aus welchem sich die spätere allgemeine Wiedereinsetzung gegen Veräumnisse entwickelt hat, s. § 118; über „status mutatio“ s. die folgende Note.)

Wiedereinsetzung begründende sind heutzutage nicht mehr praktisch². Der praktisch wichtigste unter allen Wiedereinsetzungsgründen, und derjenige, dessen Theorie von den römischen Juristen am sorgfältigsten ausgebildet worden ist, ist die Minderjährigkeit. Dadurch bestimmt sich die Anordnung im Folgenden³.

² 1) In § 6 I. 4, 6 heißt es, daß gegen die alienatio in fraudem creditorum den Gläubigern actio in rem „rescissa traditione“ gegeben werde. Schröter S. 131—142, Venel Edict. perpetuum S. 352. Dieser Restitutionsfall ist durch die R.R.D. und das R.Ges. 21. 7 1879 betr. die Anfechtung von Abhandlungen eines Schuldners außerhalb des Concursverfahrens beseitigt. Uebrigens sehen Andere in dieser Wiedereinsetzung eine Wiedereinsetzung wegen Arglist, Schneider S. 271—273, Bangerow I § 177 Anm. 3, v. Schey J.C. f. R.G. XIII S. 194. Dagegen spricht, daß die genannte Stelle die Wiedereinsetzung nicht auf den Fall beschränkt, wo der Erwerber an der Unredlichkeit theilgenommen hat. Vgl. Savigny V § 208². Der Frage, ob nicht die Worte „bonis eius a creditoribus ex sententia praesidis possessis“ auf das Vorhergehende, und nicht auf das Folgende zu beziehen seien (dafür Reinhard actio Pauliana S. 17 fg., Schmidt Pflichttheilsr. des Patrons S. 97 unt., Franke R.G.Pra. LXII S. 475 fg.) ist jetzt durch die genannten Reichsgesetze die praktische Bedeutung entzogen. 2) Antiquirt ist ferner die Wiedereinsetzung gegen den Untergang der Contractschulden durch capitis diminutio minima (Gai. III. 84. IV. 33, tit. D. 4, 5). Diese Wiedereinsetzung hatte bereits im r. R. die Natur der Wiedereinsetzung ganz verloren; sie wurde ohne alle Rücksicht auf die besonderen Umstände des einzelnen Falles nach feststehender Regel ertheilt, und war daher auch der gewöhnlichen kurzen Verjährung nicht unterworfen (Savigny S. 210—212). Im heutigen R. kann sie überhaupt nicht mehr anerkannt werden, da demselben die Idee der capitis diminutio im Allgemeinen, und so im Besonderen auch der auf diese Idee gegründete Untergang der Schulden, vollkommen fremd ist. Wächter Württ. Privatr. II S. 484: „Jedenfalls ging in Deutschland die Sache nie in das praktische R. über“. Nach Savigny a. a. O. und Burchardi S. 278 fg. soll diese Wiedereinsetzung schon durch das r. R. selbst beseitigt sein; dagegen Schneider S. 304—307, Bangerow I § 34 Anm. 2, § 187 Anm., Spaltenstein S. 187 fg. Ueberhaupt Mandry das gemeine Familiengüterr. I S. 386 fg. 414 fg., M. Cohn Beitr. z. Bearb. d. r. R. II S. 307 fg. 3) Die Wiedereinsetzung gegen alienatio iudicii mutandi causa, wenn es solche gegeben hat (l. 3 § 4 D. 4, 7, l. un. C. 2, 54 [55]) ist jedenfalls später weggefallen. Vgl. Schröter S. 145—149, Savigny S. 103—105, 212—213, Spaltenstein S. 18 fg., Pernice Labeo II (1. Aufl.) S. 256⁹, Venel Edictum perpetuum S. 101. — Gegen zwei andere von Schröter (S. 127. 142—143) angenommene Fälle (wegen verhinderten Erscheinens vor Gericht und beim SC. Velleianum) s. Schneider S. 257 fg., Bangerow § 177 Anm. Nr. 1, 2, Spaltenstein S. 14 fg., 74 fg. — Die Aufzählung bei Bekker a. a. O. S. 95 fg., soweit sie wirkliche Restitutionsfälle enthält, ergibt jedenfalls für das geltende R. andere Restitutionsfälle als die genannten nicht. Im Besonderen vgl. mit l. 38 § 4 D. 46, 3 l. 95 § 1 eod., l. 88. l. 91 § 4 D. 45, 1.

³ Ueber das chronologische Verhältniß der einzelnen Wiedereinsetzungsgründe s. Burchardi S. 148—150, 212—217, Savigny S. 134—137, Spaltenstein S. 44 fg. 88 fg.

b. Minderjährigkeit*.

§ 117.

Minderjährigen wird Wiedereinsetzung gewährt gegen die rechtlichen Nachteile, in welche sie durch den ihrem Alter eigenthümlichen Mangel an Besonnenheit und Erfahrung verstrickt worden sind¹. Gegen rechtliche Nachteile, welche ihren Grund in diesem Mangel nicht haben, welche also auch ein Großjähriger nicht vermieden haben würde, wird ihnen Wiedereinsetzung nicht gegeben². Von der anderen Seite ist mit Bestimmtheit in den Quellen anerkannt, daß Minderjährige durch den Beistand und selbst durch die Vertretung ihrer Vormünder³, ja sogar durch die Ermächtigung der obervormundschaftlichen Behörde, des Anspruchs auf Wiedereinsetzung gegen eine an und für sich nicht gerechtfertigte Handlung oder Unterlassung nicht verlustig gehen⁴.

* Dig. 4, 4 de minoribus. Cod. 2, 21 [22] de in integrum restitutione minorum. [Processual: CPO. 210.]

§ 117. ¹ Der Prätor hatte edicirt: „Quod cum minore quam XXV annis natum gestum erit, uti quaeque res erit, animadvertam“ (l. 1 § 1 D. 4, 4.). Dazu bemerkt Ulpian (l. 1 pr. eod.): „Hoc edictum praetor naturalem aequitatem secutus proposuit . . . cum inter omnes constat, fragile esse et infirmum huiusmodi aetatum consilium et multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum“. — Ueber die Tragweite des Ausbruchs gestum s. l. 7—11 § 2 D. 4, 4. L. 7 pr. cit. „Gestum sic accipimus qualiterqualiter, sive contractus sit sive quid aliud contigit“. Zu dem „quid aliud“ gehören auch Verschümnisse, l. 7 § 11. 12 cit., l. 9 § 2. l. 38 § 1 D. 4, 4. — Wie ist es, wenn die betreffende Thatfache zum Theil innerhalb, zum Theil außerhalb der Minderjährigkeit liegt? L. 3 § 1. 2 D. 4, 4. Brinz 1. Aufl. S. 116.

² L. 11 § 4. 5. l. 24 § 1. l. 44 D. 4, 4, l. 9 § 4 D. 12, 2, l. 1 C. 2, 41 [42]. In l. 9 § 4 cit. heißt es: „nec enim utique, qui minor est, statim et circumscriptum se docuit“ und in l. 24 § 1 cit. wird darauf aufmerksam gemacht, daß eine unbedingte Wiedereinsetzung, gegen jedes nur im Erfolge nachtheilige Geschäft, nicht einmal im Interesse der Minderjährigen selbst liege — „ne magno incommodo huius aetatis homines adficiantur, nemine cum his contrahente, et quodammodo commercio iis interdicatur“. Cf. XXIII. 9, XXX. 224 (Entsch. des OAG. zu Hofrod VIII Nr. 12), XXXII. 152.

³ [[Der Vater. Cf. XLVII. 178.]]

⁴ L. 2. 3. 5 C. 2, 24 [25], l. 4. 5 C. 2, 26 [27], l. 29 pr. l. 38 pr. l. 47 pr. D. 4, 4, l. 7 § 8. l. 49 eod.; l. 11 C. 5, 71. Cf. II. 197, XXX. 224, XL. 4. Deswegen ist die Wiedereinsetzung auch anwendbar auf Geschlechtsunreife. Man wird jedoch bei gehöriger Vertretung nach l. 49 D. 4, 4 eine größere Erheblichkeit des erlittenen Nachtheils verlangen müssen (§ 115⁶). Das in der vorigen Note erwähnte Hofroder Erkenntniß gestattet den Gegenbeweis, daß der Vormund nichts versehen habe. RG. XV S. 196: Wiedereinsetzung nur, wenn der Vormund etwas versehen hat. [Dernburg I § 141¹⁰ verlangt dolus

Wirklich ausgeschlossen wird der Antrag der Minderjährigen auf Wiedereinsetzung durch die Großjährigkeitserklärung⁴, so wie durch eibliche Bestätigung des Geschäfts⁵; außerdem fällt er in einigen besonderen Fällen weg⁶. Will ein Minderjähriger durch die Wiedereinsetzung den erlittenen Nachtheil auf einen anderen Minderjährigen

oder grobe Nachlässigkeit des Vormundes, Hölder S. 318: Nachlässigkeit oder Untreue. Regelsberger I § 200 zu ⁵: keine Wiedereinsetzung, wenn der Vormund mit aller Sorgfalt verfahren ist]. [[Sf. XLVII. 178]]: [Das Handeln des gesetzlichen Vertreters muß leichtsinnig, unverständlich sein, ohne Subjunktion unter einem bestimmten Grad der culpa.] Vgl. auch I. 7 § 8 i. f. D. 4, 4. — Es läßt sich nicht verkennen, daß in dieser Erstreckung der Wiedereinsetzung ein Hinausgehen über ihren Grundgedanken liegt, welches durch das Bedürfniß nicht gerechtfertigt wird, und daß namentlich im heutigen R., in welchem die Vormundschaft in weit umfassenderem Maße, als nach r. R., der obrigkeitlichen Oberaufsicht unterliegt, „ein innerer Grund des Fortbestehens der Restitution Minderjähriger nicht mehr vorhanden ist“ (Savigny S. 149). Vgl. auch Heimbach in Orloff x. juristische Abhandlungen und Rechtsfälle I S. 365 fg.; andererseits Brinz S. S. 117. 118 (2. Aufl. I S. 416. 417). — Von der Regel, daß die Autorisation der Obrigkeit die Wiedereinsetzung nicht ausschließt, gibt es Eine Ausnahme, s. ⁶.

⁴ L. 1 C. 2, 44 [45], l. 5 C. 2, 52 [53]. Die gemeine Meinung stellt den Fall gleich, wenn der Minderjährige zu einer bestimmten Art der Thätigkeit öffentlich autorisirt worden ist. Glück V S. 546—549, Burchardi S. 222—224. Sf. V. 198. Vgl. Budde und Schmidt Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI. 24. [Vgl. auch Heizerling Handlungsfäh. der Minderjährigen S. 217 fg. Minderjähriger Kaufmann hat die Restitution nicht: Thöl Handelsr. I § 41 zu ⁴ fg., Dernburg I § 141 ¹⁰, a. m. Behrend Handelsr. § 33 ¹².]

⁵ L. 1 C. 2, 27 [28], und dazu Auth. *Sacramenta puberum*. Vgl. I § 88a ⁴. Die Gültigkeit des Eides setzt Geschlechtsreife voraus. Sf. XI. 209, vgl. XIII. 13, aber auch II. 261.

⁶ a) Bei Zahlungen, welche dem Vormunde des Minderjährigen in Folge richterlichen Decrets geleistet worden sind, l. 7 § 2 D. 4, 4, l. 25 C. 5, 37, § 2 I. 2, 8. A. M. Savigny S. 151. b) Bei einem Darlehn, welches ein in väterlicher Gewalt stehender Minderjähriger auf Geheiß des Vaters genommen hat, l. 3 § 4 D. 4, 4, l. 1 [2] C. 2, 22 [23]. Diese Ausnahme, für welche freilich kein innerer Grund spricht, sucht durch Interpretation bez. Emendation zu beseitigen Savigny VII Beil. XVIII. S. dagegen Vangerow I § 183 Anm. 2 Nr. 4, Spaltenstein S. 105 fg., Mandry das gemeine Familiengüter. I S. 400 fg. c) Bei einem Darlehn, welches ein wenigstens achtzehnjähriger Minderjähriger, zum Zweck der Befreiung seiner Ascendenten oder anderer von ihm beerbter Personen aus der Gefangenschaft aufgenommen hat, Nov. 115 c. 3 § 13. d) Bei einem Vergleiche unter nahen Verwandten (die betreffende Stelle nennt Geschwister) zum Zweck der Befreiung eines Vermächtnisses, welches ihnen gegenseitig für den Fall des früheren Todes auferlegt worden ist („*cum fratrum concordia remoto captandae mortis alterius voto improbabili retineatur*“, l. 11 C. 2, 4). e) Keine Wiedereinsetzung wird dem Minderjährigen erteilt gegen eine Wiedereinsetzung, welche er gegen eine von seinem Vater für ihn, während er Kind ist, gemachte Annahme eines Erwerbes, so wie gegen seine

abwerfen, so steht ihm der Grundsatz entgegen, daß, wenn für beide Theile gleich viel spricht, der bestehende Zustand aufrecht erhalten wird⁷.

Den Minderjährigen sind durch gesetzliche Bestimmung gleichgestellt Gemeinden⁸ und kirchliche Corporationen⁹.

c. Zwang, Betrug, Irrthum.

§ 118.

Die Wichtigkeit der Wiedereinsetzung wegen Zwanges ist in bedeutendem Grade dadurch gemindert, daß neben derselben ein Erfaßanspruch gewöhnlicher Art begründet ist, und zwar nicht bloß gegen den Zwingenden, sondern auch gegen den unschuldigen Dritten, welcher das durch das erzwungene Rechtsgeschäft Verlorene hat¹. Von der

eigene Annahme eines Erwerbes gegenüber der vom Vater für ihn gemachten Ausschlagung erlangt hat, l. 8 § 6 C. 6, 61. Vgl. III § 599¹⁰. f) Gegen den Verkauf von Pfändern wird ihm Wiedereinsetzung nur gegeben, wenn der Schaden, welchen er erlitten hat, ein sehr bedeutender ist, oder Käufer und Verkäufer sich einer gemeinschaftlichen Unredlichkeit schuldig gemacht haben, l. 9 pr. D. 4, 4, l. 1 C. 2, 28 [29], l. 3 C. 2, 36 [37], l. 2. C. 5, 71. Nach diesen Stellen sind zu erklären einerseits Paul. sentent. I. 9 § 8. l. 7 § 1 D. 20, 5, l. 1 C. 5, 71, und andererseits l. 38 D. 4, 4, l. 1 C. 2, 28 [29], l. 4 C. 4, 51. Vgl. auch l. 6 C. 2, 50 [51]. Dernburg Pfandr. II §. 235 fg.; abweichend Savigny §. 152, theilweise Bachofen ausgewählte Lehren §. 161—170. Spaltenstein §. 98. — Antiquirt sind die Ausnahmen der l. 18 § 11 C. 3, 1, l. 1 § 1 C. 3, 10. Keine Ausnahmen enthalten l. 1 C. 2, 21 [22] (Burchardi §. 252, Bangerow I § 183 Anm. 2 a. G.) und l. 1 C. 2, 29 [30] (§ 115⁹). Daß der Minderjährige nicht wiedereingesetzt wird, wenn er sich arglistigerweise für großjährig ausgegeben hat (l. 2. 8 C. 2, 42 [43]), und daß er seinen Anspruch auf Wiedereinsetzung durch Bestätigung nach erlangter Großjährigkeit verliert (Cod. 2, 45 [46]), sind keine Ausnahmen, welche sich speciell auf die Wiedereinsetzung Minderjähriger beziehen (§ 115¹⁰, § 83).

⁷ L. 128 pr. D. 50, 17, l. 11 § 6. l. 34 pr. D. 4, 4. Vgl. Cf. I. 155, V. 101. 102. 249, VII. 141, XXVI. 2.

⁸ L. 3 C. 11, 30 [29], l. 1 C. 1, 50, l. 4 C. 2, 53 [54]. Cf. I. 404, V. 249, XXI. 198, XXVI. 5, XXVIII. 6.

⁹ C. 1. 3. 6 X. 1, 41, c. 11 X. 3, 13, c. 1 2 in VI^o 1, 21, cl. un 1, 11. Ueber bez. gegen die Erstreckung des Privilegiums der Minderjährigen auf andere juristische und andere bevormundete Personen s. Glück VI §. 23 fg., Burchardi §. 258 fg., Savigny §. 160. 161, Holzschuher I § 24 Nr. 13, Wächter I §. 579. Die Praxis ist der Ausdehnung entschieden geneigt. Cf. Cf. III. 191 (mitte Stiftungen); II. 156, III. 191, X. 8, XIV. 191 (Fiscus); III. 190, XIII. 9. 186 (Verschwender); V. 108 (Blödsinnige). Gegen die Erstreckung auf Geistesfranke XXXIV. 266; auf Concursmassen X. 116. 327 (anders in Betreff von Verschämnissen V. 98); auf Actienvereine VI. 138. Vgl. noch Etobbe I § 53⁹. [Dernburg I § 141, 3.]

§ 118. ¹ Actio quod metus causa.

andern Seite darf man nicht so weit gehen, durch diesen Ersatzanspruch die Wiedereinsetzung wegen Zwanges für ganz ausgeschlossen zu halten²; sie ist neben demselben sowohl in unseren Quellen ausdrücklich anerkannt³, als auch für besondere Fälle von entschiedener praktischer Wichtigkeit⁴.

Auch neben der Wiedereinsetzung wegen Betrugs geht ein Ersatzanspruch, wenn auch nicht gegen den unschuldigen Dritten, einher⁵. Bei ihr kommt aber hinzu, daß ihre Existenz zwar an und für sich sicher, ihre Anwendbarkeit aber in anderen als den in den Quellen ausdrücklich erwähnten Fällen äußerst bedenklich ist, und diese Fälle sind sämmtlich processualischer Natur⁶.

² Unter den Neueren vertritt diese Meinung namentlich Buchta § 100^a § 102^{c-d}. Dagegen Burchardi § 18, 19, Schröter S. 116 fg., Savigny § 380 (namentlich^e), Bangerow I § 185 Anm. Nr. II., Schliemann Lehre vom Zwange S. 58, 59. Schloßmann zur Lehre vom Zwange S. 94 fg. läßt Wiedereinsetzung wegen Zwanges nur bei Antritt und Ausschlagung der Erbschaft zu.

³ Im Allgemeinen: l. 9 § 4. l. 21 § 5. 6 D. 4, 2. Die actio in rem der l. 9 § 4 cit. und der l. 3 C. 2, 19 [20] wird wohl besser als actio Publiciana mit replicatio quod metus causa gegen die exceptio domini gefaßt. Schulin über einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio (Marburg 1879) S. 19 fg. — Ueber das Zeitverhältniß dieser beiden Mittel s. Burchardi § 18, Schröter S. 116 fg., Bangerow § 185 Anm., Schliemann a. a. D. S. 7—12, Kramer leer van den psychischen dwang (§ 80*) p. 200—205, Spaltenstein S. 128 fg., welche die Wiedereinsetzung für jünger halten, und Savigny S. 112—116, 191 fg., der sie für älter hält.

⁴ Namentlich bei Insolvenz des Gegners, um einen dinglichen Anspruch statt eines bloß persönlichen zu erlangen. Ein anderes Beispiel bietet die Antretung und Ausschlagung einer Erbschaft dar, „wegen der unbestimmten, vielleicht unübersichtbaren Verhältnisse, die mit der Erbschaft verbunden sein können“ (Savigny S. 195). S. auch Schliemann a. a. D. S. 41—42, 59. Spaltenstein S. 144—147.

⁵ Actio de dolo.

⁶ Der Betrug wird als Wiedereinsetzungsgrund im Allgemeinen bezeichnet in l. 1 D. 4, 1 und bei Paul. sentent. l. 7 § 2. Aber das braucht nicht den Sinn zu haben, daß er in allen Fällen Wiedereinsetzung begründen solle; sonst müßte man auch den Irrthum für einen allgemein wirkenden Wiedereinsetzungsgrund erklären, da derselbe bei Paulus a. a. D. und in l. 2 D. 4, 1 gleichfalls als Wiedereinsetzungsgrund im Allgemeinen angeführt wird. Es kommt also auf die einzelnen Quellenentscheidungen an, in denen die Wiedereinsetzung wegen Betrugs zur Anwendung gebracht wird. Diese sind, wenn man bei dem Sicherem stehen bleibt, l. 7 § 1 D. 4, 1 und l. 33 D. 42, 1; l. 18 D. 11, 1 nennt den Betrug nicht und kann vom Irrthum verstanden werden, l. 3 § 1 D. 2, 10 erklärt sich vollkommen aus den Grundsätzen über die Wiedereinsetzung wegen Veräufniß (Franck Beitr. S. 79), die von Vielen behauptete Wiedereinsetzung wegen Betrugs gegen bonae fidei contractus kann nicht bewiesen werden (§ 115¹). Jene

Die Wiedereinsetzung wegen Irrthums findet in dem Gebiete des materiellen Rechts nur in einem einzigen Falle Anwendung, nämlich wenn Erbschaftsgläubiger durch einen entschuldbaren Irrthum bewogen sich die Rechtswohlthat der Gütertrennung haben geben lassen⁷.

d. Wiedereinsetzung gegen Verschümnisse*¹.

§ 119.

Gegen die nachtheiligen Folgen von Verschümnissen² wird Wieder-

sicheren Anwendungsfälle der Wiedereinsetzung wegen Betrugs sind aber sämmtlich processualischer Natur; dieß gilt auch von der sich allerdings ziemlich allgemein ausbrüdenden l. 7 § 1 D. 4, 1 (*vv. boni praetoris est potius restituere item*). [Vgl. § 115⁷.] Wenn es nun schon überhaupt mißlich ist, Sätze, welche für den Proceß gelten, auf das materielle R. auszudehnen, so kommt hier ein Anderes hinzu. Nach ausdrücklichen Quellenzeugnissen soll die Wiedereinsetzung wegen Betrugs die (insamirrende) *actio de dolo* ausschließen (l. 7 § 1 D. 4, 1, l. 1 § 6 D. 4, 3); so enthalten alle Stellen, in denen eine *actio de dolo* für zulässig erklärt wird, ein indirectes Zeugniß gegen die Wiedereinsetzung wegen Betrugs; vgl. namentlich l. 18 § 4. l. 38 D. 4, 3. — Der hier vertretenen Meinung (daß die Wiedereinsetzung wegen Betrugs nur in den in den Quellen speciell genannten Fällen gewährt werden dürfe) sind Schröter S. 123, Bangerow I § 186 Anm. Nr. III, Sintenis I S. 374, Wächter I S. 579 fg. Württ. Privat. II S. 843, Spaltenstein S. 147 fg., vgl. auch Bekker Aktionen II S. 84; dagegen Burchardi § 20, und namentlich Savigny VII § 332, f. auch Brinz 2. Aufl. I S. 429.

⁷ Die Wiedereinsetzung wegen Irrthums wird, wie bereits in der vorigen Note bemerkt wurde, im Allgemeinen erwähnt von Paul. sentent. I. 7 § 2 und in l. 2 D. 4, 1; in Beziehung auf sie herrscht aber allgemeine Uebereinstimmung darüber, daß sie über die in den Quellen genannten Anwendungsfälle nicht ausgedehnt werden darf. Diese Anwendungsfälle sind nun wieder vorzugsweise processualischer Natur, und selbst diese größtentheils antiquirt (so vor allem die im Edicte ausdrücklich erwähnte Wiedereinsetzung gegen denjenigen, der sich falso tutore auctore auf einen Proceß eingelassen hat, l. 1 § 6 D. 27, 6, vgl. außerdem Gai. IV. 53. 57, § 33 I. 4, 6, l. 2 D. 44, 2, l. 18 D. 11. 1, l. 8 § 2 D. 2, 8, l. 11 § 8. 10. 11 D. 11, 1, l. 7 pr. D. 4, 1). [Vgl. § 115⁷.] Nicht auf den Proceß bezieht sich nur die bei uns nicht mehr anwendbare l. 3 § 31 D. 29, 5 (vgl. § 119¹⁴) und die l. 1 § 17 D. 42, 6, welche den im Text bezeichneten Satz ausdrückt (l. 17 D. 34, 9, enthält keinen Wiedereinsetzungsfall). Vgl. Savigny III S. 384 fg. VII § 331; außerdem Franke Beitr. S. 83 fg., Burchardi § 21, Bangerow I § 186 Anm. Spaltenstein S. 163 fg., S. X. 114, XI. 206, XV. 173. 174, XXXIV. 266.

* Dig. IV. 6 ex quibus causis maiores XXV annis in integrum restituntur. Cod. II. 53 [54] ex quibus causis maiores in integrum restituntur. [Processual: CPD. 210—216.]

§ 119. ¹ Die in den vorstehend genannten Titelnrubriken und sonst vorkommende Bezeichnung dieser Wiedereinsetzung als *in integrum restitutio maiorum* erklärt sich aus der verhältnißmäßig geringen praktischen Wichtigkeit der Wiedereinsetzung wegen Zwangs, Betrugs und Irrthums. Savigny VII S. 163. Einer historischen Erklärung geben den Vorzug Burchardi S. 148 fg., Spaltenstein S. 46 fg.

einsetzung erteilt in allen Fällen, in welchen das Versäumniß seinen Grund in einem äußeren, nach dem Ermessen des Richters die Wiedereinsetzung rechtfertigenden, Hinderniß hat². Eine Reihe solcher Hindernisse zählen die Quellen ausdrücklich auf.

1. Hindernisse in der Person des Versäumenden. Vor Allem Abwesenheit vom Wohnorte⁴; dieselbe muß aber durch Nothwendigkeit oder einen sonstigen Grund gerechtfertigt gewesen sein⁵. Der Abwesenheit wird gleichgestellt die Freiheitsberaubung⁶. Ferner gehört hierher die dem Ungeborenen gewährte Wiedereinsetzung⁷. Daß der

² Unter den nachtheiligen Folgen eines Versäumnisses ist besonders wichtig, und deswegen im prätorischen Edict besonders hervorgehoben (l. 1 § 1 D. 4, 6), die Verjährung. S. außerdem l. 15 § 2. l. 17 § 1. l. 41. 43 D. 4, 6, l. 1. 6 C. 2, 50 [51]. Vgl. Franke Beitr. S. 68—72.

³ In dem prätorischen Edict (l. 1 § 1 D. 4, 6, die Wortinterpretation bei Savigny S. 165. 166) heißt es nach Aufzählung einer Reihe von besonderen Restitutionsgründen, unter welchen die Abwesenheit der hauptsächlichste ist: „*item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituum, quod eius per leges plebiscita senatusconsulta edicta decreta principum licebit*“. Die früher herrschende Meinung gab dieser „*generalis clausula*“ (l. 26 § 1. l. 33 pr. D. 4, 6) einen ganz allgemeinen Sinn und überließ demnach die Wiedereinsetzung überhaupt dem Ermessen des Richters. Andere wollten diese Clausel auf alle Fälle der Abwesenheit beschränken, welche im Edicte nicht genannt seien. Stück VI § 471. Jetzt ist allgemein anerkannt, daß beide Meinungen unrichtig sind, daß die *generalis clausula* nicht bloß auf Fälle der Abwesenheit, aber auch nicht auf positive Handlungen, und namentlich nicht auf Rügefälle zu beziehen ist. Vgl. besonders Burchardi S. 191 fg., Franke Beitr. S. 79 fg., Savigny S. 167, Bangerow I § 188 Anm. 1 Nr. III, Spaltenstein S. 71 fg. Cf. X. 113 vgl. 117. Gegen jene zu allgemeine Auffassung der *generalis clausula* beweist unmittelbar l. 26 § 9. l. 28 D. 4, 6. — Vgl. CPD. 210. 211.

⁴ Cf. V. 104.

⁵ Das Edict nannte Abwesenheit aus Furcht (begründeter, l. 2 § 1. l. 3 D. 4, 6) und in Staatsgeschäften (l. 4—7. l. 33 § 11. 38. l. 45 D. 4, 6). Auf Grund der *clausula generalis* wurde die Wiedereinsetzung für zulässig erklärt „*quotiescunque quis ex necessitate, non ex voluntate afruit*“ (l. 26 § 9 D. 4, 6), ja auch bei freiwilliger Abwesenheit, „*si quis de causa probabilis afruit*“ (l. 28 pr. D. 4, 6). Unter *causa probabilis* darf man freilich nicht eine „*übliche*“ Ursache verstehen, wie Savigny (S. 174—176) thut, um dann gegen dieses Erforderniß der Üblichkeit zu polemisieren. Vgl. noch l. 8. 26 § 1. l. 40 § 1. l. 42 D. 4, 6, l. 1 C. 2, 53 [54], l. 1. 2 C. 2, 51 [52].

⁶ „*In vinculis esse*“, l. 1 § 1 D. 4, 6, l. 9. 10 eod. Diesem Fall wird ex *clausula generali* gleichgestellt, wenn Jemand unter Bürgschaft versprochen hat, einen bestimmten Ort nicht zu verlassen, l. 28 § 1 D. 4, 6. Im Edicte war auch die Kriegsgefangenschaft noch besonders genannt, welche nach der Abwesenheit ex *clausula generali* gegebenen Ausdehnung nun unter diese fällt, ferner das in *servitute esse* (sich thatsächlich im Zustande eines Sklaven befinden). L. 11—15 § 2 D. 4, 6.

⁷ L. 45 pr. D. 4, 4.

Verschümnende einen Vertreter hatte, nimmt ihm, abgesehen von dem Falle, wo ein rechtskräftiges Urtheil gegen ihn erlassen worden ist, den Anspruch auf Wiedereinsetzung nicht⁹, wohl, daß er keinen Vertreter hatte, wo er einen hätte haben sollen⁹, und nach Analogie dieser letzteren Entscheidung muß ihm die Wiedereinsetzung auch dann versagt werden, wenn er in der Auswahl des Vertreters ein ihm zur Last fallendes Versehen begangen hat.

2. Hindernisse in der Person desjenigen, in Betreff dessen eine Handlung hätte vorgenommen werden sollen: namentlich wieder Abwesenheit und Freiheitsberaubung¹⁰, sodann, wenn dessen Belangung in Folge seiner Arglist, oder wegen geschäftlicher Abhaltung, oder

⁹ Daß das Vorhandensein eines Vertreters die Wiedereinsetzung nicht ausschließt, sagt ausdrücklich l. 26 § 9 D. 4, 6: — „et saopissime constitutum est, adiuvari eum debere, siuo habuit procuratorem siuo non“. Damit stimmt überein l. 15 pr. D. 4, 6. (der apud hostes Befindliche wird deswegen nicht weniger restituirt, weil seinem Vermögen ein Curator gesetzt worden ist) und l. 8. D. 4, 1 (Wiedereinsetzung, wenn der Vertreter die Appellationsfrist verschümt hat [Vgl. § 115⁷]). Diesen Stellen steht entgegen, außer l. 8 cit. in ihrem übrigen Inhalt (s. unten), namentlich l. 39 D. 4, 6. „Is, qui reipublicae causa a futurus erat, si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum volens restitui non auditur“. Die Ansichten gehen auseinander; eine Uebersicht gibt Friß 3S. f. CR. u. Pr. R. F. XVII Nr. 3 S. 68 fg. (s. auch Arnolds § 120⁹). Savigny (S. 178. 180) ist geneigt mit Dürhardi (S. 166 fg.) eine allmähliche Entwicklung des R. zu größerer Milde anzunehmen; umgekehrt gibt Dernburg I § 142⁹ der l. 39 cit. den Vorzug. Nach meiner Ansicht ist l. 39 cit., gemäß des eigentlich technischen Sinnes von defendere, von einem rkräftigen Urtheil zu verstehen, und aus derselben also lediglich der Satz herzuleiten, daß der Vertretene gegen den Inhalt eines rkräftigen Urtheils nicht restituirt werden solle, welchen Satz auch l. 8 D. 4, 1 cit. enthält. So im Resultate auch Friß a. a. O. (dem aber nicht beige stimmt werden kann, wenn er diesen Satz darauf zurückführt, daß die Wiedereinsetzung wegen Abwesenheit sich überhaupt nicht auf Urtheile [vgl. § 115⁷], weil nicht auf die Uebernahme von Verbindlichkeiten, beziehe), ebenso Spaltenstein S. 55 fg. und das Erl. des OAG. zu Rostock l. 11 74 bei Budde Entscheid. IV S. 21. Brinz 2. Aufl. I S. 423 fg. sieht in l. 39 cit. einen procurator, der gehandelt hat, und glaubt, daß mit dem „potius“ nur habe hervorgehoben werden sollen, daß er auch rlich fähig zur Vertretung gewesen sei. [Processual: CPD. 210 Abs. 2.]

¹⁰ L. 20 pr. D. 4, 4, l. 26 § 1. l. 28 pr. D. 4, 6. Das steht mit dem in der vorigen Note Bemerkten nicht in Widerspruch. Der Abwesende kann nicht einwenden: er würde ja auch Wiedereinsetzung haben begehren können, wenn er einen Vertreter gehabt hätte; es ist nicht anzunehmen, daß der Vertreter seine Pflicht nicht erfüllt haben würde. Friß a. a. O. S. 62 fg. will dieß ohne Grund auf die Wiedereinsetzung ex clausula generali beschränken. [Wie hier Dernburg I § 142⁹. S. auch Cf. XLVII. 260.]

¹⁰ L. 1 § 1 D. 4, 6; l. 21 § 1. l. 23 pr. § 3 eod.

wegen einer ihn von der Einlassung entbindenden Eigenschaft¹¹, oder weil er wahnsinnig, Kind, juristische Person ist, unmöglich gewesen ist¹². Erforderlich ist aber, daß auch kein Vertreter desselben aufgefunden werden konnte¹³.

3. Hindernisse in der Person des Richters, z. B. Verschleppung, Rechtsverweigerung, außerordentliche Ferien¹⁴.

4. Sonstige Hindernisse: so wenn eine Dienstbarkeit nicht ausgeübt worden ist, weil der Zustand der dienenden Sache es nicht zuließ¹⁵. Es darf nur nicht auch der Irrthum hierher gezählt werden¹⁶.

C. Die Wiedereinsetzung selbst.

§ 120.

Begehrt werden kann die Wiedereinsetzung durch den Verletzten und seine Rechtsnachfolger, Gesamt-¹ wie Sondernachfolger².

¹¹ L. 1 § 1 D. 4, 6; l. 23 § 4. l. 24. 25. 26 § 2 eod.

¹² L. 22 § 2 D. 4, 6.

¹³ L. 21 § 2. 3 l. 22 pr. l. 26 § 3 D. 4, 6. Vgl. § 4. 5 I. 4, 11, l. 2 C. 7, 40. Savigny VII S. 184.

¹⁴ L. 26 pr. § 4—7 D. 4, 6.

¹⁵ L. 34 § 1. l. 35 D. 8, 3, l. 14 pr. D. 8, 6, l. 1 § 9 D. 43, 19. Ungewißheit der Berufung: III § 600¹⁶.

¹⁶ Wegen Irrthums (Nichtwissens) wird gegen Verschäumnisse Wiedereinsetzung ertheilt in l. 7 pr. D. 4, 1, in welcher von einem processualischen Fall die Rede ist [vgl. § 115⁷], und l. 3 § 31 D. 29, 5: „si idcirco ignoratum est, quia metu sonatusconsulti (Silianiani) aperiri tabulae non potuerunt“. Wollte man aus dieser (heutzutage unanwendbaren) Entscheidung eine allgemeine Regel machen, so würde namentlich die Anspruchsverjährung einen großen Theil ihrer Bedeutung und ihres Nutzens verlieren. S. auch l. 19 § 1 D. 8, 6 und vgl. § 118⁷. Auf den Ausschluß des Irrthums bezieht sich der in den Text aufgenommene Zusatz: „äußeres“ Hinderniß.

¹ L. 6 D. 4, 1, l. 18 § 5 D. 4, 4; vgl. l. 3 § 9. 10 eod.

§ 120.

² D. h. die Sondernachfolger in den Wiedereinsetzungsanspruch; der Anspruch auf Wiedereinsetzung kann ebitri werden, wie jeder andere Anspruch, l. 24 pr. D. 4, 4. Vgl. l. 25 D. 26, 7, l. 20 § 1 D. 27, 3. Dagegen wäre es vollkommen ungerechtfertigt, wenn man den Anspruch auf Wiedereinsetzung auch dem Sondernachfolger in ein R. zugestehen wollte, welches durch eine rliche Wirkung geschmälert worden ist, gegen die der Rsurheber Wiedereinsetzung hätte begehren können (Beispiel: Eigentum — Belastung der Sache mit einer Dienstbarkeit). — Ebenjowenig kann der Anspruch auf Wiedereinsetzung durch den Bürgen geltend gemacht werden, l. 7 § 1 i. f. D. 44, 1 (wo zuerst von der oxc. legis Placitorias, dann von der Wiedereinsetzung des Minderjährigen die Rede ist); vgl. l. 95 § 3 D. 46, 3. Eine andere Frage ist es, ob die dem Verletzten ertheilte Wiedereinsetzung auch seinem Bürgen zu Gute kommt; s. ¹⁸. Ueber das Ganze: Burchardi S. 398—416, Savigny S. 216—222, Bangerow § 179 Anm., Spaltenstein S. 198 fg.

Begehrt werden kann sie gegen denjenigen, zu Gunsten dessen die verletzende rechtliche Wirkung eingetreten ist, und gegen seine Gesamtnachfolger. Gegen diejenigen, welche durch einen abgeleiteten Erwerb anderer Art auf Grund der verletzenden rechtlichen Wirkung etwas erworben haben, kann die Wiedereinsetzung nur dann begehrt werden, wenn diese Personen bei dem Erwerbe die Begründetheit der Wiedereinsetzung gekannt haben, oder ohne Wiedereinsetzung ein bedeutender Nachtheil von dem Verletzten nicht abgewendet werden kann³; nur die Wiedereinsetzung wegen Zwanges wird unbedingt gegen jeden Dritten gewährt⁴. Dritte, welche das dem Verletzten Fehlende ohne allen Rechtsgrund in Händen haben, können natürlich auf bessere Behandlung keinen Anspruch machen⁵.

Begehrt werden muß sie bei dem, nach den Regeln des Proceßrechtes zuständigen, Richter⁶. Derselbe entscheidet nicht, ohne vorher dem Gegner Gehör gestattet zu haben⁷. Ist nach erteilter Wiedereinsetzung noch ein Rechtsstreit zwischen den Parteien übrig⁸, so ist derselbe in einem besonderen Verfahren zu erledigen; er kann aber auch sogleich mit dem Wiedereinsetzungsverfahren verbunden werden⁹.

³ Daß die Wiedereinsetzung bald in rem, bald nur in personam erteilt werde, sagt Paul sentent. I. 6 § 4. Die im Text aufgestellte Regel spricht am Entschiedensten aus l. 13 § 1. l. 14 D. 4, 4 (wo als Fall, in welchem ohne Wiedereinsetzung gegen den Dritten der Verletzte nicht zu dem Seinigen gelangen würde, namentlich der hervorgehoben wird, wenn der zunächst Betheiligte zahlungsunfähig sei). Diesen Stellen gegenüber darf l. 17 pr. D. 4, 6 beschränkend interpretirt werden, was bei l. 39 pr. D. 21, 2, die einen ganz anderen Gesichtspunkt hervorheben will, ohne alles Bedenken ist; l. 30 § 1 D. 4, 6 von einer Wiedereinsetzung gegen den Dritten zu verstehen, ist in keiner Weise nothwendig. Die Wiedereinsetzung gegen den Pfandverkauf (l. 2 C. 5, 71) ist keine Wiedereinsetzung gegen den Dritten. Vgl. übrigens auch die anderen bei § 117⁶ citirten Stellen. Die Meinungen gehen auch hier sehr auseinander. Vgl. Burchardi S. 416—420, Savigny S. 223. 269—273, Wetzell disp. de quaestione adversus quem in int. rest. imploranda sit, Marb. 1850, Wächter I S. 586. Württ. Privatr. II S. 847, Arndts § 123 Anm., Spaltenstein S. 198 fg. [Dernburg I § 143 zu ¹⁰ fg., Hölder § 60 zu ¹⁵, Regelsberger I § 202, III.]

⁴ Nach Analogie der actio quod metus causa und nach l. 3 C. 2, 19 [20].

⁵ Euffert Pand. III § 665²⁰, Arndts § 123 Anm.

⁶ Burchardi § 28, Savigny § 334, Spaltenstein S. 201 fg.

⁷ L. 13 pr. l. 29 § 2 D. 4, 4, l. 1 C. 2, 33 [34], Nov. 119 c. 6.

⁸ Was nicht nöthig ist, z. B. wenn der Minderjährige gegen ein ihn beschwerendes Kaufgeschäft wiedereingesetzt wird. Umgekehrt kann die Wiedereinsetzung auch gerade die Absicht haben, einen Streit erst möglich zu machen, z. B. wenn sie gegen den Ablauf einer Anspruchsverjährung erteilt wird.

Begehrt werden muß die Wiedereinsetzung binnen einer vierjährigen Frist¹⁰. Dieselbe läuft von dem Tage an, wo der Wiedereinsetzungsgrund weggefallen ist¹¹, für die Wiedereinsetzung von Gemeinden und kirchlichen Corporationen von dem Tage der Verletzung an¹². Gegen den Ablauf dieser Frist kann, wenn ein rechtfertigender

⁹ Die Neueren unterscheiden danach zwischen *iudicium rescindens* und *iudicium rescissorium*; der letztere Ausdruck ist quellenmäßig (abwechselnd gebraucht mit *iudicium restitutorium* oder *actio restitutoria*), nur nicht auf die Wiedereinsetzung beschränkt, vgl. l. 16 C. 4, 29, l. 8 § 7. 12. 13 D. 16, 1. Nach dem classischen r. R. bildete die Trennung beider Verfahren die Regel, da die Wiedereinsetzung nur vom Magistratus erteilt werden konnte (l. 9 § 4 D. 12, 2, vgl. Voigt *conditiones ob causam* S. 777²², auch Rudorff *RE* f. *RE*. IV S. 94. 95), und derselbe einen gewöhnlichen Aktreit nur in außerordentlichen Fällen entschied. Vgl. über das Ganze Burchardi § 24—26, Savigny § 337, Spaltenstein S. 208 fg.; auch Voigt a. a. O. S. 776 fg. [Dernburg I § 143, 1. Hölber S. 319 fg. Cf. XLVI. 236: Geltendmachung im Wege der Einrede ist möglich; aber nicht mehr in der Revisionsinstanz.]

¹⁰ An die Stelle des früheren *annus utilis* hat Justinian ein *quadriennium continuum* gesetzt, l. 7 C. 2, 52 [53] (Zwischenrecht in l. 2 C. Th. 2, 16). Uebrigens ist es nicht unbestritten, daß das genannte Gesetz sich auf alle Restitutionsfälle beziehe, vgl. Vangerow I § 180 Anm. Nr 1, Spaltenstein S. 120 fg. Die Bestimmung, daß binnen dieser Frist das Wiedereinsetzungsgesuch nicht bloß angebracht, sondern auch erledigt sein müsse, hat die Praxis beseitigt. Glüd V S. 445, Vangerow I § 180 Anm. Nr. 3. Vgl. über die Verjährung des Anspruchs auf Wiedereinsetzung überhaupt: Unterholzner *Verjährungslehre* II § 151—155, Burchardi § 27, Savigny S. 242—264, Brinz 2. Aufl. I S. 431 fg., Cf. XXI. 6. — Bekker a. a. O. S. 101 fg.²⁰ bestritt die Nothwendigkeit der Einhaltung der Frist für den im Besitze Befindlichen. Sein Grund ist, daß der Prätor jedenfalls das „außeredictmäßige“ R. gehabt habe, auch nach Ablauf der Frist die Klage zu verweigern und die Einrede zu bewilligen, und daß dieß auch dadurch nicht anders habe werden können, „daß andere Gerichtsbeamte die Verwaltung der Restitution statt der Prätores in ihre Hände genommen haben“. Mir ist das nicht verständlich; man ist doch darüber einverstanden, daß der Prätor eben eine ganz andere Stellung hatte, als der Richter des Justinianischen und des heutigen Rechts. S. auch Bekker selbst II S. 236²⁴.

¹¹ Ausdrücklich vorgeschrieben für die Wiedereinsetzung wegen Minderjährigkeit und gegen Verschämnisse, l. 7 C. 2, 52 [53] — bestritten für Zwang, Betrug, Irrthum, vgl. Vangerow I § 180 Anm. Nr. 2 in der Mitte, Brinz 2. Aufl. I S. 432. Besonderes für den Fall der Großjährigkeitserklärung in l. 5 pr. C. eod.; über l. 28 § 3 D. 4, 6 f. Savigny S. 252², Spaltenstein S. 215 fg. [Dernburg I § 143 zu⁹ läßt die Frist grundsätzlich mit der Verletzung beginnen.] Kenntniß der erlittenen Verletzung ist zum Beginn der Verjährung nicht erforderlich. Burchardi S. 517 fg., Savigny S. 248 fg., Vangerow I § 180 Anm. Nr. 2, Spaltenstein S. 212 fg., Brinz a. a. O. S. 432, Wächter S. 590 fg., Cf. I 270, VIII. 10. [Wie hier: Regelsberger I § 200, III, 3.]

¹² C. 1. 2 in VI^o 1, 21, cl. un. 1, 11. Kenntniß der erlittenen Verletzung verlangt auch das c. R. (c. 1. 2 in VI 1, 21) nicht. Savigny S.

Grund vorliegt, wieder Wiedereinsetzung begehrt werden¹³, jedoch, wenn der rechtfertigende Grund erst eintritt, nachdem die Frist bereits zu laufen begonnen hat, nur binnen der von der Frist noch übrigen Zeit¹⁴.

Die Wirkung der Wiedereinsetzung ist die Wiederherstellung des früheren Rechtszustandes¹⁵. Die Wiederherstellung erfolgt aber nicht bloß zu Gunsten, sondern auch zu Lasten des Wiedereingesezten, so daß derselbe herausgeben muß, was er durch die eingetretene rechtliche Wirkung gewonnen hat, vorausgesetzt daß er es nicht in Folge gerade des Wiedereinsetzungsgrundes wieder verloren hat¹⁶. Ebenso tritt er in die Verpflichtungen wieder ein, die etwa früher für ihn bestanden haben, und das Gleiche gilt auch für Dritte, wenn diese durch die nun wiederaufgehobene rechtliche Wirkung befreit worden sind¹⁷. Dem Bürgen des Wiedereingesezten kommt die Wiedereinsetzung dann zu Gute, wenn er sich nicht mit Rücksicht gerade auf das Wiedereinsetzungsverhältniß verbürgt hat¹⁸.

248—250, Wächter S. 591. N. D. Reil ACPr. XXXVIII S. 379 fg. Dagegen Vermehren das. XXXIX S. 218 fg. (vgl. X S. 392 fg.). Für das Erforderniß der Kenntniß: Cf. III. 191, XI. 204, XIV. 191; dagegen XI. 8.

¹³ Von Anderen wird dieß geleugnet wegen l. 20 pr. D. 4, 4, welche aber die Wiedereinsetzung bloß beschwigen versagt, weil ein rechtfertigender Grund eben nicht vorliegt (§ 119^o). Vgl. auch l. 19 eod., l. 1—3 C. 2, 52 [53], c. 1 in VI^o 1, 21. Savigny S. 258—263, Arndts § 122³.

¹⁴ Mit anderen Worten: derjenige Theil der Wiedereinsetzungsfrist, welcher verfließt, während ein Wiedereinsetzungsgrund besteht, wird nicht gerechnet. L. 19 D. 4, 4, l. 5 § 1. 2 C. 2, 52 [53]. Ein späteres Eintreten eines Wiedereinsetzungsgrundes kann namentlich auch so vorkommen, daß der zur Wiedereinsetzung Berechtigte innerhalb der Frist stirbt und einen Erben hinterläßt, in dessen Person ein Wiedereinsetzungsgrund vorhanden ist. Gerade von diesem Falle sprechen die zuvor erwähnten Stellen.

¹⁵ L. 7 § 5. l. 27 § 2. 3. l. 33. 40 pr. l. 48 § 2. l. 50 D. 4, 4, l. 23 § 2. l. 26 § 7. 8. l. 28 § 6 D. 4, 6, l. 19 D. 46, 2. l. 1 § 1 C. 2, 47 [48].

¹⁶ L. 24 § 4 l. 27 § 1. l. 40 § 1. l. 47 § 1 D. 4, 4, l. 1 pr. § 2 C. 2, 47 [48].

¹⁷ L. 50 D. 4, 4, l. 48 § 1 i. f. D. 46, 1, l. 1 § 1 C. 2, 47 [48]; l. 20 pr. D. 27, 3.

¹⁸ L. 13 pr. D. 4, 4, l. 95 § 3 D. 46, 3 (vv. sine contemplatione iuris praetorii), Paul. sentent. I. 9 § 6; l. 3 § 4 D. 4, 4, l. 51 pr. D. 3, 3; l. 7 § 1 D. 44, 1, l. 1. 2 C. 2, 23 [24]. Burchardi S. 569 fg., Savigny S. 217—222, Bangerow § 183¹, Spaltenstein S. 112 fg. Vgl. Cf. IX. 5. [Dernburg I § 143¹⁸, Hegelsberger I § 202, II.]

Viertes Kapitel.

Ausübung, Verletzung, Schutz der Rechte.

I. Ausübung der Rechte*.

§ 121.

Bisher sind die Rechte nur von der Seite ihres Daseins betrachtet worden, nicht von der Seite ihrer Thätigkeit. Ihre Bestimmung ist aber die Thätigkeit, nicht die Ruhe. Es ist ihre Bestimmung, den ihnen gemäßen Zustand hervorzurufen. Indem der Berechtigte den seinem Rechte entsprechenden Zustand kraft seines Rechtes verwirklicht, übt er dasselbe aus¹.

In Betreff der Ausübung der Rechte ist Folgendes zu bemerken.

Es gibt Rechte, welche in der Ausübung zu Grunde gehen, andere, deren Bestand durch die Ausübung nicht afficirt wird².

Die Ausübung eines Rechts ist deswegen nicht widerrechtlich, weil dadurch ein Anderer Schaden hat³; nur das ist unerlaubt, ein Recht lediglich zu dem Ende auszuüben, um dadurch einem Andern zu schaden⁴.

* Wächter I § 33. Bürrt. Privatr. II § 32, Unger I § 68, Sintenis I § 27 [Dernburg I § 41. 42, Wendt § 10, Regelsberger I § 54. 55, Gierke I § 36.]

¹ Vgl. § 149⁵.

§ 121.

² Von der letzteren Art sind die dinglichen Re, von der ersteren die Forderungsre und überhaupt die Ansprüche, mit Ausnahme jedoch der auf ein dauerndes (positives oder negatives) Verhalten gerichteten.

³ Man pflegt zu sagen: qui iure suo utitur, nemini facit iniuriam. Der Grundsatz ist anerkannt in l. 55. 151. 155 § 1 D. 50, 17. Anwendungen in l. 9 D. 8, 2, l. 24 § 12. l. 26 D. 39, 2, l. 1 § 11. l. 21 D. 39, 3. Cf. XXIII. 205, XXIX. 119, XXXIII. 2.

⁴ Lediglich zu dem Ende, um einem Andern zu schaden. Es wird also vorausgesetzt, daß der Berechtigte an der Ausübung seines R. kein irgendwelches anderes Interesse habe. Es ist natürlich nicht an ihm, ein solches Interesse darzuthun; der Gegner muß ihm die Abwesenheit desselben nachweisen und dieser Beweis ist sehr schwer zu führen. Deswegen ist die ganze Bestimmung nicht sehr praktisch; man geht aber auf der anderen Seite zu weit, wenn man auch mit dieser Maßgabe ihre Allgemeingültigkeit befreitet (so namentlich Wächter I S. 169. Bürrt. Privatr. II S. 194, Unger I S. 616, Werenberg und Fhering in Jahrb. für Dogm. VI S. 34. 104—106. Kewoldt Gruch. Beitr. XXIV S. 677 fg., s. auch die Citate bei Vangerow I § 297 Anm. Nr. 1, ferner Burdhard actio aquae pluviae arcendae S. 240, Bekker I S. 69; eine Mittelmeinung bei Sintenis I S. 234), und sie auf die speciellen Fälle, in welchen sie in den Quellen erwähnt wird, beschränken will. Die betreffenden Stellen (l. 38 D. 6, 1, l. 1 § 12. l. 2 § 5. 9 D. 39, 3, vgl. l. 3 pr. D. 50, 10) enthalten

[§§. 226: „Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Andern Schaden zuzufügen.“ Daß sie nur jenen Zweck haben könne, muß bewiesen werden. Uebrigens dürfte die genauere Auffassung (auch im gemeinen Rechte) die sein, daß die Rechte selbst, (nicht bloß ihre Ausübung) durch das f. g. Chikaneverbot beschränkt sind. Widerrechtliche Rechtsausübung ist überhaupt nicht mehr Ausübung eines Rechts, sondern eine rechtswidrige Handlung, die nur unter dem Scheine der Rechtsausübung auftritt.]

Im Besonderen ist die Ausübung eines Rechts deswegen nicht widerrechtlich, weil dadurch die Ausübung des Rechts eines Andern unmöglich gemacht, oder das Recht eines Andern zerstört wird⁴⁻⁵, es müßte denn das Recht des Andern einen rechtlichen Vorzug genießen⁶. In besonderen Fällen tritt bei einer solchen Collision eines Rechts mit einem andern Rechte Theilung des Genusses⁷, oder Entscheidung

keine Andeutung von einer solchen Beschränkung; sie wollen offenbar ein Princip anwenden. Vgl. A. Pernice zur Lehre von den Sachbeschädigungen S. 44. 45; ders. Pabeo II S. 18 fg. [2. Aufl. S. 57 fg.] Auch Cf. X. 222, XXXI. 117. 118, XXXII. 204, XXXV. 278, XXXVII. 292; anders XXI. 192, vgl. XXXI. 118. S. noch Bl. f. Anw. Ergänz.-Bd. zum 81. u. 82. Jahrg. S. 308 fg. A. v. R. II. 20 § 516.

⁴ Man spricht in diesen Fällen von Collision der Re. Ueber diese Lehre sind zu vergleichen: Ehibaut Versuche II. 14 (1798, 2. Aufl. 1817). Hufeland Geist des r. II. 7 (1817). Stahl über die Collision und den Vorzug des Besonderen vor dem Allgemeinen im Re (1826). Rierulff I S. 230—240, Wächter I § 96. Württemb. Privatr. II § 76, Böcking I § 128, Unger I § 70, Bekker I § 24. [Dernburg I § 42, Wendt § 10, 3, Hölder § 65, Regelsberger I § 55, Gierke I § 36, III. Wróblewski zur Lehre v. d. Collision der Privatre. (1894).] Vgl. auch Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 312 fg. [Man kann allenfalls den Ausdruck Collision der Re auch in einem weiteren Sinne nehmen, so daß er auch die Fälle umfaßt, in welchen durch das Vorliegen eines Re die Entstehung eines andern verhindert wird. So Ed Jahrb. f. Dogm. XXXV S. 309 fg. mit Bezug auf RG. XXXIII S. 196 fg. (Erfolgte Adoption eines unehelichen Kindes hindert die Entstehung der väterlichen Gewalt durch Legitimation per subsequens matrimonium.)]

⁵ Der Gläubiger thut nicht Unrecht, wenn er durch die Eintreibung seiner Forderung dem Schuldner die Mittel zur Befriedigung anderer Gläubiger nimmt. Der Correalgläubiger kann deswegen nicht weniger seine Forderung geltend machen, weil er dadurch den andern Correalgläubiger seiner Forderung beraubt. Es gilt in diesen Fällen der Grundsatz: occupantis oder possidentis melior est condicio. Vgl. l. 6 § 7. l. 24 D. 42, 8; l. 2 D. 45, 2; l. 9 § 4 D. 6, 2; l. 10 D. 20, 1; l. 32 D. 3, 3; l. 33. 126 § 2. l. 128. pr. D. 50, 17, c. 65 in VI^o 5, 13. In dem Falle, wo durch die Ausübung eines Anspruchs die Ausübung eines andern unmöglich gemacht wird, geht schon derjenige vor, welcher zuerst ein Urtheil erlangt hat, l. 14 pr. D. 9, 4, l. 10 D. 15, 1, l. 3 § 10. l. 4 D. 15, 3.

⁶ Widerrechtlich ist es daher z. B. allerdings, wenn ein Weiberechtigter so viel Vieh auf die Weide treibt, daß dadurch die Ausübung einer früher bestellten Weiberechtigten geschmälert wird.

⁷ Namentlich bei dem Concourse, so weit sich bei demselben nicht der Vorzug

durch das Loos ein⁸.

[Das **BGB.** hat eine allgemeine Lehre über die Collision der Rechte nicht aufgestellt. Man muß den Motiven (I S. 275 fg.) darin Recht geben, daß in den Fällen, in denen ein Recht durch ein anderes belastet ist, wie das Eigenthum durch ein Recht an fremder Sache, oder in denen mehrere gleichartige Rechte im Range hintereinander stehen, wie gewöhnlich bei mehreren dinglichen Rechten an derselben Sache der Fall ist, oder sonst das eine Recht dem andern kraft der Logik des Rechts oder besonderer Bestimmungen vorgeht, eine Collision nicht vorliegt, und daher für diese Fälle besondere Normen über Collision nicht notwendig sind (vgl. **BGB.** 879. 1209. 1208. 1261. — 426 Absf. 2. 774 Absf. 1 S. 2. 1143 Absf. 1 S. 2. 1225 S. 2. — 519 Absf. 2. 1609. — 1634). Solche Normen werden aber unentbehrlich, wenn mehrere Rechte zusammentreffen, welche nach sonstigen Grundsätzen einander gleichstehen. Hier hat das **BGB.** für Grunddienstbarkeiten und sonstige Nutzungsrechte an einem Grundstück (1024), sowie Nießbrauch auch an beweglichen Sachen (1060) und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten (1090 Absf. 2) im Falle der Ranggleichheit jedem Berechtigten den Anspruch auf billige Regelung der Ausübung gegeben. Zu diesem Resultat führte bei Grunddienstbarkeiten wohl schon das gemeine Recht gemäß l. 4 D. 43, 20, wo das *utile communi dividundo iudicium* zwischen mehreren Wasserleitungsberechtigten, wenn sie ranggleich sind, wohl nur eine auf Gleichberechtigung beruhende Theilung unter ihnen ergeben haben kann. Dagegen war gemeinrechtlich zwischen mehreren Berechtigten, deren Recht zum Besitz der Sache befugt, ein *iudicium communi dividundo utile* nur bei Rechtsgemeinschaft begründet (unt. II § 449¹), während ohnedies im Falle der Ranggleichheit die Klage des Nichtbesitzenden gegen den Besitzenden abzuweisen war (unt. § 240, 2, a). Dies ist nach **BGB.** anders. Unter zwei ranggleichen Nießbrauchern kann der Nichtbesitzende gemäß § 1060 auf billige Regelung der Ausübung klagen, ebenso ist es im Falle der Collision eines Nießbrauchs mit einem Erbpachtrecht (vgl. **EG.** 63). Auch beim Pfandrecht an beweglichen Sachen gilt nach **BGB.** der Satz *possidentis melior est condicio* nicht mehr; denn nach § 1282 ist der Pfandgläubiger nur einem nachstehenden gegenüber nicht verpflichtet, die Sache herauszugeben; daraus muß man allerdings mit den Mot. (I S. 276. III S. 820) folgern, daß er dem Gleichstehenden gegenüber den zur Realisirung des Pfandes notwendigen Maßnahmen nicht widersprechen kann. Unklarheiten bleiben hier aber bestehen. Will der besitzende Pfandgläubiger den Verkauf selbst betreiben, so wird er jedenfalls auch dem ranggleichen die Sache nicht herauszugeben brauchen. — Die Stellung mehrerer dinglicher Rechte bei der Zwangsvollstreckung in ein Grundstück entscheidet das **Ges.** über die Zwangsversteigerung.

der dinglichen Re vor den persönlichen und der Forderungsprivilegien geltend macht. [Vgl. auch das Vertheilungsverfahren der **CPD.** (768 fg.).]

⁸ L. 5 D. 10, 2, vgl. l. 14 D. 5, 1, l. 24 § 17 D. 40, 5. L. 3 C. 6, 43 gehört nicht hierher; wenn mehrere Vermächtnisnehmer, welche sich einen Gegenstand aussuchen sollen, sich über die Wahl nicht vereinigen können, so liegt nicht eine Collision von Re vor, sondern an und für sich eine Hinfälligkeit des Vermächtnisses wegen Nichterfüllung seiner Bedingung; an die Stelle dieser Hinfälligkeit hat Justinian die Aushülfe durch das Loos gesetzt.

u. d. Zwangsverwalt. (§§ 44 fg. 106 fg.). Für Forderungen hat auch das BGB. den Grundsatz, daß derjenige, welcher zuerst Befriedigung erlangt, den übrigen Gläubigern zu einem Ausgleich nicht verpflichtet ist, unangetaßt gelassen (vgl. jedoch R.D. 23, 1). Die Erlangung eines rechtskräftigen Urtheils für einen Gläubiger begründet keinen Vorzug. Für die Verteilung im Konkurse und bei der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen bleiben die bisherigen Grundsätze maßgebend (vgl. R.D. 54. C.P.D. 758 fg.; über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vgl. Zwangsversteigerungsges. 105 fg.). Die Bestimmung des § 519 BGB., wonach unter mehreren Schenkungen die ältere vorgeht, hat nicht den Sinn, daß, wenn der jüngere Beschenkte voraus befriedigt ist, er dem älteren zum Ausgleich verpflichtet wäre, sondern nur den, daß bei der Klage des älteren Beschenkten der Schenker ein Abzugsrecht auf seine Verpflichtung gegenüber dem jüngeren nicht stützen kann; wohl dagegen ist dieß mit Bezug auf eine gleich alte oder ältere Schenkung möglich. In demselben Sinne ist die Rangordnung der Alimentationsberechtigten nach § 1609 zu verstehen. Wenn das Gesetz sagt, daß der Uebergang eines Theils einer Forderung auf den Gesamtschuldner, Bürgen, Hypothekeneigentümer, Verpfänder, welche den Gläubiger zu diesem Theil befriedigt haben, nicht zum Nachtheil des Gläubigers in Ansehung des ihm verbliebenen Theils der Forderung geltend gemacht werden kann, (426 Abf. 2. 774 Abf. 1 S. 2. 1143 Abf. 1 S. 2. 1225 S. 2.), so ist das klar, insofern dadurch der Rang der entsprechenden Theilhypotheken und Pfandrechte bestimmt wird. Soviel die Concurrenz beider Theile der persönlichen Forderung angeht, läßt sich sagen, daß im Konkurse des Schuldners oder eines anderen Mithaftenden der auf beide Theile zu rechnende Gesamtbetrag zuerst zur Befriedigung des Gläubigers für seinen Theil zu verwenden ist, und erst, wenn diese vollständig erfolgt ist, der gesetzliche Cessionar auf seinen Antheil etwas erhält. Dieser Satz wird aber paralysirt, wenn derjenige, welcher die Theilbefriedigung bewirkt hat, nicht auf den gesetzlichen Forderungsübergang angewiesen ist, sondern daneben selbständige Regreßklage hat, wie etwa eine Auftragsklage des Bürgen gegen den Hauptschuldner. Denn diese Forderung ist hinter die des Gläubigers nicht zurückgesetzt.

Eingehend geregelt sind die Verhältnisse der Rechtsgemeinschaft (741 fg. 1008 fg. 2032 fg.). Ein dem gemeinen Recht fremdes Element ist dabei die Entscheidung durch Stimmenmehrheit (745. 2038 Abf. 2.). Ein Rücktrittsrecht kann, wenn bei einem Vertrage mehrere theilhaftig sind, nur von allen und gegen alle ausgeübt werden (356). Ist also ein Berechtigter nicht einverstanden, so bleibt der Vertrag bestehen. Ueber den Fall, daß bei alternativer Obligation (262 fg.), wozu auch das Wahlvermächtniß gehört (2154. 272), mehrere Wahlberechtigte vorhanden sind, hat das BGB. nicht entschieden. Die Motive (II S. 8. V S. 172) verweisen für den Fall des Wahlrechts mehrerer Gläubiger (Vermächtnißnehmer) auf die Vorschriften über die Rechtsgemeinschaft. Es kann aber, wenn sich die Erledigung der Wahl auf dem hiezu gewiesenen Wege verzögert, der Uebergang des Wahlrechts auf den Schuldner (Belasteten) gemäß § 264 Abf. 2 erzielt werden; sind umgekehrt mehrere Schuldner (Beschwerde) wahlberechtigt, so hilft dem Gläubiger, falls sie sich nicht einigen, der § 264 Abf. 1. — Fälle der Entscheidung durch das Voos zeigen §§ 659 Abf. 2. 752.]

Die Ausübung eines Rechts kann beeinträchtigend auch auf ein anderes Recht des nämlichen Berechtigten wirken. Dieß ist bei Ansprüchen der Fall, wenn sie auf Dasselbe gehen; es kann dann nicht für jeden Anspruch Befriedigung begehrt werden, sondern die Befriedigung des einen ist auch die Befriedigung des andern⁹. Auf Das-

⁹ „Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur“, l. 57 D. 50, 17; vgl. l. 43 § 1 eod., l. 41 § 1 D. 44, 7. So hat der bestohlene Eigenthümer einen Anspruch auf Herausgabe der gestohlenen Sache 1) aus dem Diebstahl, 2) aus seinem Eigenthum, 3) möglicherweise aus einem Contractsverhältnisse, in welchem er mit dem Diebe steht: aber er kann nicht deswegen die Sache mehr als einmal fordern, l. 9 § 1 D. 47, 2, l. 45. 47 pr. D. 17, 2, l. 2 § 1 D. 27, 3, l. 34 § 1. 2 D. 44, 7. Andere Anwendungen in: l. 13 D. 6, 1, l. 36 § 2 D. 5, 3, l. 18. l. 27 § 11 D. 9, 2, l. 7 § 1 D. 13, 6, l. 47 § 1. l. 50 D. 17, 2, l. 43 D. 19, 2; l. 2 § 3 D. 47, 1, l. 14 § 13 D. 4, 2; l. 35 § 1 D. 19, 2, l. 38 § 1 D. 17, 2; l. 28 D. 19, 1; l. 1 § 12 D. 33, 4. — Die herrschende Auffassung spricht hier vom Untergang der „Klagen“ durch „Concurrenz“, obgleich zugestanden wird, daß das, was untergeht, nicht die Befugniß zur gerichtlichen Verfolgung des Anspruchs sei, sondern der Anspruch selbst, daß auch der Untergang nicht durch das bloße Zusammentreffen zweier Ansprüche (Klagen) bewirkt werde, sondern durch die Befriedigung des einen. Daß man vom Untergange der Klagen, statt von dem Untergange der Ansprüche, redet, hat auch hier seine Veranlassung in der Auffassung der Römer, nach welcher sich der Anspruch als actio darstellt. Vgl. Windscheid die Actio x. x. S. 31 fg. mit Hierulff S. 241—268, Savigny V § 231—236, Wächter I S. 492 fg. Württemb. Privatr. II § 67, Brinz I § 40, Unger II § 117, [Dernburg I § 135, Wendt § 92, Hölder § 64]. Unter den besonderen Bearbeitungen dieses Gegenstandes ist die neueste und beste die von Merkel, über den Concurß der Actionen nach römischem Privatr. (1877), darüber Brinz fr. WZS. XX S. 161 fg. S. außerdem Kleinschrod zur Lehre von der Concurrenz der Klagen (Habilitationsschrift 1849), Martens über Concurrenz und Collision der röm. Civilklagen (1856, wenig empfehlenswerth). Helffig, zur Lehre von der Concurrenz der Klagen nach r. R. (1881), darüber Merkel fr. WZS. XXX S. 189 fg. [Eisele WZPr. LXXIX S. 327 fg., Leonhard ZS. f. Pr. XV S. 335 fg., Vetter Sav.-ZS. XV S. 204. Eisele a. a. O. betrachtet als Actionenconcurrenz alle und nur die Fälle, in denen ein und derselbe Berechtigte gegen einen und denselben Pflchtigen de eadem re, d. h. auf dasselbe Ziel (denselben vermögenslichen Erfolg) mehrere Actionen hat (S. 329 fg.); er unterscheidet Consumtionsconcurrenz und Solutionsconcurrenz (S. 368). Wenn nämlich die mehreren actiones de eadem re zugleich auf eadem causa beruhten, wurde im classischen R. nicht erst durch die Befriedigung, sondern schon durch die Litisconstatation über die eine actio die andere ausgeschlossen, in Folge der processualen Consumtion (S. 336—336); dagegen trat bei Verschiedenheit der causa der gleiche Erfolg erst durch Befriedigung ein (Solutionsconcurrenz S. 366 fg. 388). Darüber, wann eadem res vorliege, gab es Meinungsverschiedenheiten unter den römischen Juristen; eadem cau- a ist gegeben bei Einheit des Klagebegründenden Vertrages, Verschiedenheit der causa bei verschiedenen Contracten; im Falle der Concurrenz von Vertragsklage und Delictsklage liegt die Einheit der causa in der Einheit der

Windscheid, Pandekten. 8. Aufl. I. Band.

selbe gehen aber zwei Ansprüche dann, wenn der durch sie zu erreichende Zweck derselbe ist¹⁰. Identität des verpflichteten Subjects

Klagbegründenden Handlung des Beklagten (§. 367); ob, wenn die Ergebnisse der beiden Klagen quantitativ verschieden sind, nicht bloß im Falle der Solutionsconcurrentz, sondern auch im Falle der Consumtionsconcurrentz das Plus der weitergehenden Klage nachgefordert werden konnte, war unter den classischen Juristen noch nicht entschieden, die Compilatoren haben es im Allgemeinen bejaht (§. 388—396). Im Uebrigen steht noch das Justinianische Recht auf dem gleichen Boden wie das classische (§. 396—401), und dasselbe gilt auch für das heutige R. (§. 401—406). Die Darstellung des r. R., wie sie C. gibt, ist als richtig anzuerkennen. Eine andere Frage ist aber, ob dieß zwingt, für das heutige R. von der herrschenden Meinung abzuweichen, wonach auch bei eadem causa im Sinne C.'s erst die Befriedigung die Tilgung herbeiführte. Wenn jemand wegen Beschädigung einer Sache auf denselben Schadensersatz Anspruch ex lege Aquilia und aus Commodat hat, so schließt nach C. noch heute die Erhebung der einen Klage die der andern aus, und der Kläger hat nicht die Möglichkeit, die in der Klage nicht angeführten Thatfachen, welche zur Begründung des andern Anspruchs gehören, noch nachzubringen, nicht nach dem Re der Klageänderung, sondern weil der zweite Anspruch durch Erhebung des ersten materielllich zerstört ist. Der Kläger kann sich nur sichern, indem er von Anfang an beide Klagen cumulirt. Führt er also in der Klage nur an, daß er dem Beklagten die Sache geliehen habe, so kann er sein Eigenthum (zur Begründung der aquilischen Klage) nicht mehr geltend machen und umgekehrt, und zwar nicht bloß in diesem Prozesse nicht mehr, sondern auch in einem folgenden nicht, so daß er also, wenn er z. B. den Commodatvertrag, auf welchen er sich stützte, nicht beweist, auch auf Grund seines Eigenthums nichts mehr erstreiten kann. Es entspricht aber m. E. unserm Re nicht, in dieser Weise an eine processuale Anführungsversummiß einen materiellen Verlust zu knüpfen. Daß der Kläger, welcher nur eine der beiden Klagen angestellt hat, in demselben Prozesse nicht ohne Einwilligung des Beklagten zu der andern übergehen kann, halte ich für richtig, weil m. E. hier zwei verschiedene auf verschiedenen Verhältnissen beruhende Ansprüche auf denselben Gegenstand vorliegen (ob. § 44¹) und der Uebergang zu einem andern Klagbegründenden Verhältniß Klageänderung ist (auch wenn die zweite Klage nur eventuell hinter die aufrecht erhaltene erste gestellt wird). Dafür bleibt aber m. E. dem mit dem ersten Anspruch Abgewiesenen die Möglichkeit der Geltendmachung des zweiten in einem neuen Prozesse. Für den Fall des Obtriebs des Klägers mit der ersten Klage dagegen ist mit Dernburg I § 135 zu¹²⁻¹⁶ anzunehmen, daß der Kläger nicht ohne besonderes Interesse mittels der zweiten Klage vorgehen kann. Meistens wird freilich praktisch sich die Sache dadurch erledigen, daß der Kläger beide Klagen thatsächlich cumulirt; dieß setzt nicht voraus, daß er beide nennt, sondern nur, daß die Thatfachen, welche die Klagschrift angibt, die Begründung beider Klagen enthalten, und es kommt nicht leicht vor, daß der Kläger irgend eine ihm günstige Thatfache fortläßt (vgl. Dernburg a. a. O. bei¹⁴).]

¹⁰ Diese Formel, gegen welche ich mich früher erklärt habe (an dem in der vor. Note angeführten Orte) erscheint unter den bisher vorgeschlagenen immer noch als die beste. Es kommt nicht auf den Inhalt der Willensbestimmung an, auf welche der Anspruch geht, sondern auf den Zweck, welcher durch dieselbe erreicht werden soll. Der Anspruch auf Verschaffung einer bestimmten individuellen Sache, welcher Jemandem aus einem Kaufe zusteht, wird durch die Befriedigung des Anspruchs, welchen er auf Verschaffung derselben Sache aus einer Schenkung hat,

ist dabei nicht erforderlich¹¹.

[Das § 83. hat Bestimmungen über die Concurrenz der Ansprüche nicht. Da nun Rechte keine anderen Untergangsgründe haben als diejenigen, welche das objective Recht verordnet, so kann im Rechte das B. V. mangels einer dahingehenden Bestimmung auf keinen Fall anerkannt werden, daß unter mehreren concurrirenden Ansprüchen der eine durch Klageerhebung über den andern zerstört würde, selbst wenn das im gemeinen Recht der Fall wäre (vgl. 9). Dagegen ist, wenn mehrere Ansprüche auf dieselbe Leistung bestehen (ob. § 44¹), die Befriedigung nothwendig für beide gleichzeitig und werden also durch Leistung beide getilgt.]

Die Ausübung eines Rechts läßt regelmäÙig Stellvertretung zu; es gibt aber auch Rechte, welche durch Stellvertreter nicht ausgeübt werden können¹². Wo Stellvertretung zulässig ist, kann die Ausübung eines Rechts einem Andern auch zu seinem eigenen Nutzen überlassen werden. Dieß ist in doppelter Weise möglich. Entweder so, daß der Berechtigte nur verpflichtet ist, die an und für sich ihm zustehende Ausübung seines Rechts einem Andern zu gestatten, oder so, daß der Andere ein eigenes, folglich auch gegen Dritte geltend zu

nicht beseitigt; die Verschaffung hat im ersten Fall den Zweck, ihm ein Aequivalent für das von ihm gezahlte oder zu zahlende Kaufgeld zu geben, im zweiten, ihm eine Liberalität zu erweisen. Dagegen hat der Anspruch auf Herausgabe des Besitzes einer Sache denselben Zweck, mag er auf Grund des Eigenthums oder auf Grund eines Vertragsverhältnisses, z. B. eines Hinterlegungsvertrages, erhoben werden; im ersten Falle geht zwar der Anspruch zunächst auf Herstellung des dem Eigenthume entsprechenden Verhältnisses, im zweiten auf Erfüllung eines Versprechens, aber der Zweck beider Leistungen ist kein anderer, als der, daß der Berechtigte die Sache besitze. So haben ferner Ansprüche auf Ersatz eines bestimmten Schadens denselben Zweck, mögen sie auf die Delictsnatur der schadenden Handlung, oder auf eine Vertragspflicht gegründet werden. Keller (§ 83) will Alles auf die Identität der begründenden Thatfache bei Mehrheit der für dieselbe zutreffenden rlichen Gesichtspunkte gestellt wissen; aber wie paÙt das z. B. auf rei vindicatio und actio commodati? Vgl. jetzt Merkel S. 81 fg. Auch Hartmann die Obligation S. 66 fg. — Ueber die specielle Frage, ob die mehreren Ansprüche auf Strafe, welche aus einer mehrere Strafgesetze verletzenden Handlung entstehen, auf Dasselbe (Strafe) gehen, oder nicht auf Dasselbe (Strafen), s. II § 326².

¹¹ L. 5 § 15 D. 13, 6, l. 1 § 43 D. 16, 3, l. 1 § 10. l. 2—4 D. 9, 3, l. 14 § 15 D. 4, 2, l. 17 pr. D. 4, 3. — Was Bülow Lehre von den ProceÙeinreden S. 208 fg. als „Ergänzung“ der Lehre von der Klagenconcurrrenz behandelt wissen will, die exceptio praciudicii (III § 616, 1, l. 1. 16 D. 44, 1), beruht auf einem andern Gedankenzusammenhang. Mit dieser Einrede wird nicht die Befriedigung eines Anspruchs wegen Befriedigung eines andern abgelehnt, sondern es wird verlangt, daß ein zwischen den Partien bestehender Streitpunkt nicht bei Gelegenheit des Streites über einen andern Punkt zur processualischen Erledigung gebracht werde.

¹² Zu allgemein c. 68 in VI^o 5, 13. „Potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum“.

machendes, Recht zur Ausübung des fremden Rechts hat. In diesem letzteren Falle ist das fremde Recht seinerseits Gegenstand eines Rechts, oder wird doch als solcher gedacht. Vgl. § 48a¹³.

[Nach § 68 ist, insoweit die Rechtsausübung sich in der Abgabe von Willenserklärungen darstellt, bei dieser Stellvertretung nach den allgemeinen Grundsätzen zulässig. Aber auch soweit die Rechtsausübung in der Herstellung oder Aufrechterhaltung thatsächlicher Zustände besteht, steht nach BGB. nichts im Wege, daß der Berechtigte sich hierzu fremder Kräfte bedient. Der Hauptfall des gemeinen Rechts freilich, die Stellvertretung im Besitze, ist im BGB. stark zurückgedrängt, durch den Satz des § 868, nach welchem zahlreiche gemeinrechtliche Detentoren und zugleich Vertreter in fremdem juristischen Besitze nunmehr selbst Besitzer sind, während der früher von ihnen vertretene juristische Besitzer jetzt als mittelbarer Besitzer neben ihnen steht. Andererseits kann man in den Fällen des § 855 kaum von Vertretung im Besitze, sondern wohl nur von Beihülfe zu dessen Ausübung sprechen. Ueber die am Schlusse des Textes genannten Erscheinungen vgl. die dort und Note¹³ bezeichneten Stellen.]

II. Rechtsverletzung.

§ 122.

Verletzt ist ein Recht, wenn demselben der thatsächliche Zustand, ohne daß der Berechtigte seine Zustimmung dazu gegeben hat, nicht entspricht; eine Rechtsverletzung begeht derjenige, durch welchen der thatsächliche Zustand ohne Zustimmung des Berechtigten ein dem Rechte nicht entsprechender ist. Je nachdem das Recht (der Anspruch) auf ein Thun oder Nichtthun geht, besteht die Rechtsverletzung in einem Nichtthun oder Thun¹. Daß der Berechtigte den Willen von seinem Rechte Gebrauch zu machen besonders an den Tag gelegt habe, ist Bedingung der Rechtsverletzung nicht².

¹³ Dieses Verhältniß, welches nicht immer gehörig erkannt, oder doch nicht gehörig hervorgehoben wird, findet namentlich statt bei der Veräußerung des Nießbrauchs und (nach r. R.) der Forderungsre, und bei der Verpfändung unpörperlicher Sachen. S. diese Lehren (I § 206. 289, II § 329).

§ 122. ¹ Beispiele: Jemand entzieht dem Eigenthümer den Besitz seiner Sache; auf einem Grundstück, welches mit einer das Bauen verbietenden Dienstbarkeit belastet ist, wird ein Gebäude errichtet; der Schuldner befriedigt einen Gläubiger zur Verfallzeit nicht.

² Es kann aber die Erklärung des Berechtigten, von seinem R. Gebrauch machen zu wollen, zur Verletzung insofern erforderlich sein, als erst durch diese Erklärung bewirkt wird, daß ein dem R. nicht entsprechender thatsächlicher Zustand vorhanden sei. Dies ist der Fall bei Ansprüchen, welche auf ein Thun des Verpflichteten gehen, ohne die Zeit des Thuns zu bestimmen. Die dadurch gegebene Unbestimmtheit kann durch eine Erklärung des Berechtigten, daß er gerade jetzt

Die Rechtsverletzung kann eine dauernde oder eine vorübergehende sein². Ist sie eine dauernde, so erzeugt sie einen Anspruch auf Wiederaufhebung der Verletzung (des verletzenden Zustandes). Dieser Anspruch kann in seinem praktischen Gehalt möglicherweise mit dem verletzten Rechte ganz zusammenfallen, möglicherweise kann sein praktischer Gehalt ein anderer oder ein weitergehender sein³. Ist die Rechtsverletzung eine vorübergehende, so kann sie bloß einen Anspruch auf Wiederaufhebung der Folgen der Verletzung erzeugen, und sie thut dieß nur dann, wenn den Verlezer eine Schuld trifft⁴.

[Das **§§.** gebraucht den Ausdruck Rechtsverletzung nicht häufig (vgl. 823. 1051. 1054. 1217. 1391. 2128). Ihr Begriff ist wohl im **BGB.** der gleiche wie im gemeinen Recht. Die Verpflichtung zum Schadenersatz knüpft das **BGB.** zwar grundsätzlich an das Verschulden des Rechtsverlezers (vgl. 823. 276), bleibt aber dabei nicht immer stehen (231. 829. 833. 278. 701). Im Falle des § 228 ist Schadenersatz wegen einer nicht rechtswidrigen Handlung zu leisten, zu welcher ein vorübergehendes Verschulden Anlaß gibt, im Falle der § 904 wegen einer rechtmäßigen Handlung ohne jedes Verschulden. — Vgl. unt. § 123 und II § 257.]

Erfolgt die Wiederaufhebung der Rechtsverletzung oder ihrer Folgen nicht, so darf sich der Verletzte nicht durch Handlungen, welche an und für sich unerlaubt sind, zu dem ihm Gebührenden verhelfen,

Leistung verlange, ausgefüllt werden; bis sie in dieser Weise ausgefüllt ist, kommt sie dem Verpflichteten zu Gute, und es ist bis dahin nicht wahr, daß der Verpflichtete sich nicht verhält, wie der Anspruch von ihm verlangt, eben weil der Anspruch nur auf Thun überhaupt, nicht auf sofortiges Thun geht. Vgl. über den Begriff der Verletzung namentlich Unger II § 109; auch Demelius Untersuchungen S. 146 fg. (dawider Unger a. a. O.¹¹) Binding Handb. d. Strafr. I S. 167 fg.

² Besitz einer fremden Sache, Nichtbefriedigung des Gläubigers; Vernichtung oder Beschädigung einer fremden Sache.

³ Der Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner, welcher ihn nicht zur rechten Zeit befriedigt hat, geht, wenn der Schuldner nicht in Verzug ist, genau auf Dasselbe, wie das R. oder der Anspruch, der vor der Nichtbefriedigung vorhanden war; er geht auf Befriedigung. Ist der Schuldner in Verzug, so geht der Anspruch auf Befriedigung und Leistung des Interesse wegen der zu späten Befriedigung. Der Anspruch des Eigentümers gegen denjenigen, der ihm seine Sachen vorenthält, geht auf etwas Anderes, als das verletzte dingliche R.; dieses hat zum Inhalt, daß Niemand gegen den Willen des Berechtigten auf die Sache eingreife, jener Anspruch enthält eine Forderung gegen die Person des Besitzers auf Herausgabe der Sache und die damit zusammenhängenden Leistungen.

⁴ Vgl. hierzu Meuner Wesen und Arten der Privatverhältnisse S. 162 fg. Jhering das Schuldmoment im r. Privatr. S. 4--8. Thon Anorm und subjectives R. S. 9 fg. [Schon im gemeinen R. und im bisherigen Reichsr. ist es nicht mehr schlechthin richtig, daß die Schadenersatzverbindlichkeit, von der der Text spricht, sich nur an die schuldhaftige Verletzung knüpft. Vgl. die ob. § 101^a a. G. citirten und unt. II § 257.]

er muß sich vielmehr klagend an den Staat wenden und diesen um Hilfe angehen. Das Recht zu klagen⁵ setzt jedoch ferner voraus, daß in oder nach der Rechtsverletzung ein Widerstreben des Verletzenden gegen den berechtigten Willen zu Tage getreten sei. Ist dieß nicht der Fall, und der Verlezer erklärt sich auf die Klage sofort bereit, den Kläger zu befriedigen, so wird zwar ein Urtheil gegen den Beklagten erlassen^{6a}, aber dieses Urtheil hat lediglich declaratorische Bedeutung, und daß dem Kläger kein Klagerrecht zustand, zeigt sich darin, daß demselben die Proceßkosten zur Last gelegt werden⁶.

⁵ Das Klager. in diesem Sinne ist ein R. gegen den Staat. Man kann unter Klager. aber auch ein R. gegen den Gegner verstehen, die Befugniß, durch Klage zu verfolgen, was man von ihm in Anspruch nimmt. Vgl. Windscheid die Actio, Abwehr zc. zc. § 11. 12. Bach Handb. d. Civilproz. I S. 19 fg. 119. 186, und in der Leipz. Festschrift für B. Windscheid 1888, 2. Abth. Vgl. auch Schuppe Begriff des subjectiven R. S. 83 fg., Kohler Grünh. 3S. XIV S. 38.

^{6a} C.P.O. 278.

⁶ C.P.O. 89. Cf. XLIII. 261. Die entgegengesetzte Auffassung des C.G. zu Wolfenbüttel bei Cf. XXXI. 5 beruht auf einer Verwechslung zwischen Klager. und Anspruch (vgl. § 107⁵). A. M. auch Thon Anorm und subjectives R. S. 257 fg. Bach Handbuch des Civilpr. I S. 20¹⁰. [[Planck Civilpr. II S. 8 unt.]] — Wenn die Römer dem Berechtigten „actio“ auch ohne Widerstreben des Verletzenden, ja ohne Verletzung, zuschreiben, so erklärt sich dieß daraus, daß sie als actio den römisch anerkannten Anspruch überhaupt bezeichnen, daß für sie „Gerichtsanspruch“ der Ausdruck ist für „Rechtsanspruch“ (§ 44). Indem die Neueren dieß weniger verkennen, als nicht genügend beachten, nehmen sie auch für das heutige R. ein concret begründetes Klager. (im Gegensatz des abstracten oder euentuellen; gegen diesen Begriff mit unzureichenden Gründen Vetter Jahrb. d. gem. R. IV S. 178 fg., f. auch denf. 3S. f. RG. IX S. 381²) wenigstens sofort nach der Verletzung an, theilweise auch schon bei Nichtbefriedigung des Forderungsr., die dann aber auch wohl mit der Verletzung identificirt wird. Vgl. über die verschiedenen Ansichten, die sehr aus- und durcheinander gehen: Haffe d. J. Rhein. Mus. VI S. 1 fg., G. Thon 3S. f. GR. u. Pr. VIII S. 36 fg., Pierulff I § 9. 11, Savigny V § 205. 239, Sintenis I § 29. 31, Puchta § 81. 90 und Vorl. dazu, Wächter I S. 203. Württ. Privatr. II S. 413. 807, Vangerow ACPr. XXXIII S. 295 fg. und Pand. I § 147 Anm., Böding § 131. a, Demelius Unterfuch. Nr. 2, Arndts § 96. 107, Brinz § 48, (2. Aufl. I § 79. 92. 92a), Unger II § 113. 116, Meuner (*) S. 158 fg., Bruns in v. Holz. Encycl. § 24, Thon Anorm und subjectives R. S. 223 fg. [Dernburg I § 126, 4. § 127, Wendt § 86, Regelsberger I § 191, Bierke I § 37, I, Haenel Staatsr. I § 28 bes. S. 180 fg.] S. auch oben § 44. In der neueren Zeit macht sich mit Lebhaftigkeit eine Ansicht geltend, welche das Klager. als rein processualisches Gebilde, R. auf Gericht schlechthin, auch ohne materielles R. ansieht. Diese Auffassung wird vertreten von Degenkolb in seiner Schrift Einlassungszwang und Urtheilsnorm (Leipzig 1877) und nach ihm von Sohm Grünh. 3S. IV S. 464 fg. Dagegen Bach das. VI S. 515 fg. Vgl. Handbuch des Civilproz. I S. 19¹⁰. Für dieselbe Ansicht neuestens Ploss

Beiträge zur Theorie des Klager., Leipzig 1880, welcher Schriftsteller freilich doch wieder ein „privatrechtliches Klager.“ von dem „processualen Klager.“ auscheidet. Vgl. über diese Schrift Baron fr. BZS. XXIV S. 317 fg. [[Planck Civilproz. II S. 3 fg.]] [Pl. unterscheidet den materiellrechtlichen Begriff des Klager. (identisch mit dem klagbaren materiellrechtlichen Anspruch) und den processualen Begriff des Klager. Dieses hat zwei Seiten: eine formelle, R. des Klägers auf Einlassungszwang, und eine materielle, R. des Klägers auf Verurtheilungszwang. Vom Gericht als dem verpflichteten Subject verlangt der Kläger, daß es den Beklagten zur Einlassung zwingt, und daß es ihn zur Unterwerfung unter das dem Kläger den verlangten privatrechtlichen Vortheil zusprechende Urtheil zwingt; der Beklagte wird also nur mittelbar durch das Klager. berührt, insofern der Zwang des Gerichtes, auf welchen der Kläger ein R. hat, sich gegen den Beklagten richtet.] [[Hellmann Jahrb. f. Dogm. XXXI S. 79 fg.]] [H. definiert S. 87 das Klager. als das von der Rechtsordnung dem Berechtigten gewährte Mittel, durch Klagerhebung zu bewirken, daß ein ihm günstiges Urtheil erlassen und nöthigenfalls vollstreckt werde, und sagt weiter:] [[Das Klager. hat den Grund im Privatrecht, es ist die privatrechtlich verliehene Macht, den Richter mittels Klagerhebung in die Nothwendigkeit der Entscheidung des concreten Falles zu Gunsten der Privatrechtsordnung zu versetzen (S. 111), ist aber nicht gerichtet gegen jemanden, weder gegen den Staat, noch gegen den Richter, noch gegen den Proceßgegner (S. 114). Eisele Jahrb. f. Dogm. XXXI S. 390 fg.: Das Klager. steht als besonderes R. neben dem Anspruch. Was es ist, wird nicht klar.]] [Wach a. a. O. S. 20¹⁸ ist m. E. mit Recht der Ansicht, daß der Text an Voraussetzungen des Klager. zuviel fordert, wenn er außer der Verletzung noch verlangt, daß in oder nach derselben ein Widerstreben des Verletzenden gegen den berechtigten Willen hervorgetreten sei. Auch darin ist Wach beizutreten, daß die Frage, ob der Beklagte zur Klagerhebung durch sein Verhalten keine Veranlassung gegeben hat und deswegen den Kläger die Kosten treffen, eine andere ist als die, ob dem Kläger ein Schutzinteresse und ein Schutzanspruch beizohnt. S. darüber auch Seuffert CPD. 89 Anm. 1. Nach der Grundanschauung von Wach (a. a. O. § 2, IV. V) ist der Gegenstand des Processes der Schutzanspruch, d. i. der Anspruch des Klägers oder des Beklagten auf Gewährung processualischen Schutzes. Dieser Anspruch auf eine dem Berechtigten günstige Schutzhandlung ist etwas wesentlich anderes als die Befugniß, über einen Antrag einen Spruch zu verlangen. Den letzteren Anspruch hat der Kläger auch bei unbegründeter Klage; aber der Inhalt des Urtheils, die Abweisung des Klägers, zeigt, daß der Kläger einen Schutzanspruch nicht hatte; die Abweisung des Klägers befriedigt vielmehr den Schutzanspruch des Beklagten. Der Schutzanspruch besteht gegenüber dem Staate als Anspruch auf Gewährung des Schutzes und zugleich gegenüber dem Gegner als Anspruch auf Duldung der Schutzhandlung. Schutzhandlung ist nicht nur das Urtheil, sondern auch Vollstreckung, Arrest, einstweilige Verfügung u. s. w. Der Schutzanspruch setzt ein Schutzinteresse voraus, dessen Voraussetzungen wiederum von Fall zu Fall verschieden sind. Nicht immer gehört dazu ein subjectives R.; die negative Feststellungsklage bezweckt nicht die Gewährung eines subjectiven R. des Klägers, und die Abweisung einer Klage erfolgt auf Grund des Schutzinteresses des Beklagten an der Abwehr des gegnerischen Anspruchs, nicht auf Grund eines subjectiven R. des Beklagten. In dem hier zunächst fraglichen Falle jedoch, dem der Klage auf Verurtheilung des Beklagten zu einer Leistung, knüpft sich der Schutzanspruch an den unbefriedigten, obgleich befriedigungsbedürftigen materiellrechtlichen Anspruch. M. E. ist der Theorie Wachs, welche derselbe näher ausgeführt hat in der Note⁵ angezogenen Schrift („Der Feststellungs-

anspruch. Ein Beitrag zur Lehre vom Schutzanspruch“) in allem Wesentlichen vollständig beizutreten. Für den Urkundenproceß führt die Theorie des Schutzanspruches durch: Stein der Urkunden- und Wechselproceß (1887), vgl. bes. S. 45 fg.; vgl. auch Hölder S. 323. — Welches die Bedeutung des Wortes Anspruch in der deutschen C.P.D. sei, ist bestritten (vgl. § 43² a. E.). Wach I S. 293 fg. nimmt an, daß im allgemeinen mit diesem Worte der materiellliche Anspruch, zuweilen aber der Gegenstand des Anspruches, das Petitum, bezeichnet werde (C.P.D. S. 137), und daß in manchen Fällen Anspruch gleich Schutzanspruch gebraucht werde (C.P.D. 230. 254. 293 Abs. 1. 467; 277. 503 Abs. 2. 563 Abs. 2; 89. 278. 499). Allein, was die zweite Bedeutung angeht, so ist mit Leonhard 3 S. f. C.Pr. XV S. 328⁷ anzunehmen, daß auch in den §§ 5. 137 Anspruch nichts anderes als der materiellliche Anspruch ist. Die Bedeutung von Anspruch gleich Schutzanspruch vertheidigt Wach namentlich mit Rücksicht auf die negative Feststellungsklage und auf den Fall, daß der Beklagte bei positiver Feststellungsklage zwar das festzustellende Verhältniß anerkennt, aber das Feststellungsinteresse bestrittet, bei welcher Sachlage ein Anerkenntniß des Anspruches im Sinne der C.P.D. 278 nicht vorliegt. Man muß aber zunächst fragen, ob sich die Auffassung des Anspruches als des Schutzanspruches auch in dem Falle der Leistungsklage bewährt. Dieß aber dürfte zu verneinen sein, denn die Kraft des Urtheils gemäß § 293 trifft in diesem Falle zweifellos den materielllichen Anspruch; wird der Beklagte verurtheilt, so wird dem Kläger in Befriedigung seines Schutzanspruches (von dem die C.P.D. nicht spricht), Kraft verschafft für seinen materielllichen Anspruch (von dem die C.P.D. spricht), wird die Klage abgewiesen, so wird in Befriedigung des Schutzanspruches des Beklagten der materiellliche Anspruch des Klägers verneint. Ebenso ist in den §§ 277. 503 Abs. 2. 563 Abs. 2. die Abweisung mit dem Anspruche nicht die Abweisung mit dem Schutzanspruche, wobei problematisch bliebe, ob der materiellliche Anspruch besteht, sondern sie ist Verneinung des letzteren. Richtig ist nun freilich, daß es Fälle gibt, in denen man für die Anwendung der gleichen Vorschriften mit dem Begriff des materielllichen Anspruches nicht auskommt. Das Anerkenntniß des § 278 muß, um das Anerkenntnißurtheil zu rechtfertigen, das Anerkenntniß des Schutzanspruches mit umfassen. Bei der Feststellungsklage führt der Verzicht des Klägers auf den geltend gemachten Anspruch zur Abweisung gemäß § 277; wird nur auf die Geltendmachung des Feststellungsinteresses verzichtet, so ist die Abweisung nur Verneinung des Schutzanspruches; hat aber der Verzicht den Sinn des Verzichts auf die Behauptung desjenigen, dessen Feststellung begehrt wurde, so stellt die Abweisung materiell hiervon das Gegentheil fest, ein Satz der bei der positiven Feststellungsklage unbeschränkt, bei der negativen freilich bestritten ist (vgl. Seuffert C.P.D. 231 Anm. 10, c. e). Jedenfalls ergibt sich, daß Verzicht auf den Anspruch im Sinne des § 277 auch bei der Feststellungsklage unter Umständen mehr bedeutet, als Verzicht auf den Schutzanspruch. W. E. ist das wahre Sachverhältniß dieß, daß die C.P.D., deren Abfassung die Erkenntniß des Begriffes des Schutzanspruches überhaupt noch nicht zu Grunde lag, terminologisch durchweg von der Leistungsklage ausgehend, unter Anspruch den (behaupteten) materielllichen Leistungsanspruch versteht, daß man aber, um ihre Vorschriften auf andere als Leistungsklagen anwenden zu können, manchmal zu abändernder Interpretation greifen muß, bei welcher der Begriff des Schutzanspruches sich als verwerthbar erweist. Das oben gegen Wach Bemerkte gilt noch mehr gegen Hellmann, Jahrb. f. Dogm. XXXI S. 129 fg., welcher (S. 134 fg.) als einheitlichen Anspruchsbegriff der C.P.D. betrachtet: die privatlich verliehene Macht zur Herbeiführung einer der Privats-

Der Staat gewährt Rechtshülfe nicht auf einseitiges Anrufen des Klägers; er hört vorerst den Beklagten. Behauptet dieser, daß das Recht auf seiner Seite und nicht auf der des Klägers sei, so tritt darüber eine Verhandlung ein. Das aus dieser Verhandlung sich ergebende Resultat wird in einem Urtheile zusammengefaßt, und wenn dasselbe dem Kläger günstig ist, wird es gegen den auch jetzt noch widerspenstigen Beklagten durch Zwang vollstreckt⁷.

Die Organe, durch welche der Staat zum Zwecke der Realisirung der Rechtshülfe thätig wird, sind die Gerichte. Die Gesamtheit der zur Erreichung dieses Zweckes erforderlichen Acte ist der Proceß. Der

ordnung entsprechenden Entscheidung des Gerichts im Sinne des Antrags einer Partei. S. noch Karl Mayer, Anspruch und Kraft nach deutschem Civilproceß. (1896) S. 11: Anspruch im Sinne der C.P.D. (Proceßanspruch) ist das im Streit dem Gegner gegenüber erhobene Verlangen eines bestimmten Verhaltens.]

⁷ Möglicherweise kann das Gericht bloß zu dem Ende angerufen werden, um einen zwischen den Parteien streitigen Punkt festzustellen [vgl. § 45, 3.]. Auch in diesem Fall wird der Ausdruck Klage gebraucht (C.P.D. 231), obgleich hier Hülfe gegen eine erlittene Verletzung nicht begehrt wird. Besser paßt der römische Ausdruck *actio* (*actio praecindicialis*), insofern *actio* zunächst gerichtliche Verfolgung im Allgemeinen bezeichnet. [Das heutige H. (C.P.D. 231) kennt 1) positive Feststellungsklagen, Klagen auf Feststellung des Bestehens eines Verhältnisses oder auf Anerkennung einer Urkunde, d. h. auf Feststellung ihrer Echtheit, 2) negative Feststellungsklagen, d. h. Klagen auf Feststellung des Nichtbestehens eines Verhältnisses oder der Unechtheit einer Urkunde. Alle diese Klagen setzen voraus ein reelles Interesse des Klägers daran, daß die begehrte Feststellung alsbald richterlich getroffen werde, ein Schutzinteresse, welches von der Wahrheit desjenigen, dessen Feststellung begehrt wird, wohl zu unterscheiden ist. (Wo dieses Interesse fehlt, erfolgt die Abweisung der Klage, ohne daß Kraft gegen den Inhalt der begehrten Feststellung entstände.) Die s. g. Incidentfeststellungsklage (C.P.D. 253) ist eine durch Erweiterung des Klagantrages oder durch Erhebung einer Widerklage im Laufe eines Processes erhobene positive oder negative Feststellungsklage über ein Verhältniß (nicht auch über die Echtheit einer Urkunde), von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Streitigen ganz oder zum Theil abhängt. Ein weiteres als das hiemit gegebene Schutzinteresse braucht in diesem Falle nicht vorzuliegen. Die Incidentfeststellungsklage bietet einen Ausgleich für die Beschränkung der Kraft des Urtheils in C.P.D. 293 (vgl. unt. § 130^{21a}). Vgl. über die Feststellungsklagen überhaupt: Seuffert C.P.D. 231 und die dort Citirten. Dernburg I § 134, Hölder S. 333 fg., Regelsberger I § 191, II.] — Von noch anderer Art ist die Anrufung des Gerichts zu dem Ende, daß es eine eingetretene reelle Wirkung wieder aufhebe (in integrum restitutio, *querela inofficiosi testamenti*). Für diesen Fall ist der Ausdruck Klage heutzutage nicht durchweg üblich; bei der Wiedereinsetzung spricht man von Imploration. [Ueber diese wichtige dritte Gruppe von Klagen, bei welchen es sich keineswegs stets um Wiederaufhebung, sondern zuweilen auch um Neubegründung von Wirkungen handelt, vgl. Bach Handb. d. Civilpr. I S. 12, Ripp Verurtheilung zu Willenserklärungen (1892) S. 16 fg. (Kieler Festgabe f. Jhering S. 56 fg.).]

Proceß muß sich nach gewissen Regeln bewegen; davon ist hier nicht zu reden. Der Proceß hat aber auch Wirkungen nach der Seite des materiellen Rechts; diese Wirkungen gehören hierher (§ 124--132). Nur Eine Lehre des Processus gibt es, welche aus einem unten anzugebenden Grunde hier nicht ganz übergangen werden kann, die Lehre vom Beweise (§ 133).

Vor allem Diesem ist noch näher von der Selbsthülfe zu handeln.

III. Selbsthülfe*.

§ 123.

Man darf nicht den Satz aufstellen, daß die Selbsthülfe als solche unerlaubt sei, d. h. daß eine an und für sich erlaubte oder nicht unerlaubte Handlung dadurch zu einer unerlaubten werde, daß sie zum Zwecke der Selbsthülfe vorgenommen wird¹. Sondern von

* Vinde ZS. f. CR. u. Pr. I S. 392 fg. (1828). Benfey Rhein. Mus. VII S. 1 fg. (1835). Sartorius ZS. f. CR. u. Pr. XX S. 1 fg. (1845). Schwarze Mex. X S. 125 fg. (1856). J. Schmitt die Selbsthülfe im röm. Privat. (1868). Bangerow I § 133, Wächter II § 61, Unger II § 111. v. Tuhr der Nothstand im Civilt. (1888) S. 68 fg. [Dernburg I § 125, Hölber S. 324 fg., Regelsberger I § 190, Gierke I § 39.]

§ 123. ¹ Anders frühere Ausgaben dieses Lehrbuches, mit Zielen, so namentlich Böding I § 129, Unger II § 111, Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI S. 78; dagegen Buchta § 80 und Vorles. dazu, Benfey S. 1, Schmitt S. 173 fg., f. auch Briegleb summar. Prozesse S. 182 fg. 370 fg.; aus der neueren Zeit dagegen, sehr energisch, Wendt das Faust., oder Besitzvertheidigung und Besitzverfolgung, Jena 1888. (Vgl. über diese Schrift Exner tr. ZJS. XXVI S. 56 fg.) In der That läßt sich der Satz, daß die Selbsthülfe an sich unerlaubt sei, aus den Quellen des gem. R. nicht rechtfertigen (allgemeine Gründe entscheiden nicht, obgleich auch sie eher gegen ein allgemeines Verbot der Selbsthülfe sprechen, als dafür, wie denn namentlich im RStGB. ein solches Verbot nicht enthalten ist). In früheren Ausgaben dieses Lehrbuches war angeführt l. 9 C. 5, 18 und zur Unterstützung l. 176 pr. D. 50, 17. Aber die letzte Stelle redet zu unbestimmt, und die erste setzt Eigenthums-, wahrscheinlich auch Besitzverletzung voraus. Mehr Gewicht scheinen l. 13 D. 4, 2 und l. 7 D. 48, 7 zu haben, in welchen Stellen allgemein für „vis“ erklärt wird, „quotiens quis, quod debet sibi putat, non per iudicem roposcit“. Aber diese Worte bilden nur die Motivirung der in der genannten Stelle wirklich enthaltenen Bestimmung, und diese Bestimmung geht nicht auf Selbsthülfe als solche, sondern auf einen bestimmten einzelnen Fall der Selbsthülfe; es ist nicht glaublich, daß die Motivirung einen weiter gehenden Sinn haben sollte, als die Bestimmung selbst. Zu bedenken ist auch, zu welcher Consequenz man nothwendig gelangt, wenn man die Selbsthülfe als solche für unerlaubt erklärt. Diese Consequenz ist der schrankenlose Satz, daß jede Gestaltung der Außenwelt gegen meinen Willen bloß deswegen, weil sie gegen meinen Willen herbeigeführt worden ist, auf mein Verlangen rückgängig gemacht

Unerlaubtheit der Selbsthülfe darf nur in dem Sinne geredet werden, daß eine an und für sich nicht erlaubte Handlung dadurch nicht zu einer erlaubten wird, daß sie den Zweck der Selbsthülfe verfolgt². Bloß gewisse Fälle der Selbsthülfe hat das römische Recht mit Strafe bedroht. Der Gläubiger, welcher zum Zweck seiner Befriedigung Sachen seines Schuldners wider dessen Willen und ohne richterliche Erlaubniß wegnimmt oder den Schuldner zur Hingabe von solchen Sachen nöthigt, verliert sein Forderungsrecht zu Gunsten des Schuldners³; ebenso verliert der Eigenthümer, welcher seine in fremdem

werden muß. Denn was mir gewährt wird gegenüber demjenigen, welcher das R. für sich in Anspruch nimmt, wird mir nicht verweigert werden dürfen gegenüber demjenigen, der nicht einmal dieses thut. — Nach dem hier Ausgeführten kann namentlich dem Pächter, welcher von seinem Verpächter auf dem Wege der Selbsthülfe des Besitzes entsetzt worden ist, ein Restitutionsanspruch aus der Selbsthülfe nicht zugestanden werden. Anders das OAG. zu Rostock bei Budde und Schmidt Entscheidungen zc. VI S. 76 fg. und Mecklenb. JS. f. RPspege u. RWissenschaft. I S. 1 fg., ebenso das frühere OAG. zu Wiesbaden bei Sf. X. 5. Dazu Wendt a. a. D. S. 7 fg. 42 fg. 176 fg. S. auch Entsch. des RG. in Straf-sachen IX S. 58.

² Vgl. I. 29 § 1 D. 9, 2. Anders wenn die Handlung zum Zweck der Selbstverteidigung vorgenommen wird. L. 1 § 4. I. 3 D. 1, 1, I. 4 pr. I. 29 § 1. I. 45 § 4 D. 9, 2, I. 1 § 27. 28. I. 3 § 9. I. 17 D. 43, 16, I. 1 C. 3, 27, I. 1 C. 8, 4, c. 18 X. 5, 12. Vgl. I. 29 § 3. I. 49 § 1 D. 9, 2, I. 7 § 4 D. 43, 24, I. 3 § 7 D. 47, 9. Wendt a. a. D. S. 59 fg. v. Lühr der Nothstand im Civilr. S. 43 fg. [Sf. XLVII. 11 (RG.) Selbstverteidigung des Abesigers. Ueber Sachbeschädigung im Nothstand vgl. II § 455¹¹.]

³ Dieser Satz beruht auf einer Entscheidung des Kaisers Marc Aurel, und ist daher bekannt unter dem Namen des decretum D. Marci. Er kommt in den Quellen zweimal vor, in einer engeren und in einer weiteren Gestalt (in der letzteren ist hinzugekommen die Erwähnung des Zwanges), I. 7 D. 48, 7, I. 13 D. 4, 2, I. 12 § 2 eod. Einzelnes. a) Sache des Schuldners. Schmitt S. 110 fg. Sf. XXXI. 8. Daß im Sinn des decretum zu den Sachen des Schuldners alle Sachen gezählt werden müssen, an deren Behalten der Schuldner ein rliches Interesse hat, wie mit Benfey S. 22 fg. in früheren Ausgaben dieses Lehrbuchs arg. I. 2 § 22 D. 47, 8 behauptet worden war, möchte ich nicht mehr wahr halten; der Schluß vom Raub auf mildere Formen der Eigenmacht ist nicht gerechtfertigt. Durch die Novellengesetzgebung ist aber die Bestimmung des decretum auf den Fall ausgedehnt worden, wo der Gläubiger sich an Sachen Dritter oder an den Kindern seines Schuldners R. zu verschaffen sucht. Nov. 52 c. 1, Nov. 134 c. 7; f. auch Nov. 60 pr. c. 1 pr. § 1. Schmitt S. 168 fg. b) Gewalt bei der Wegnahme ist nicht erforderlich. Schmitt S. 117 fg. Sf. V. 248, vgl. X. 5. Budde und Schmidt Entscheid. d. OAG. zu Rostock VI. 31 Nr. 2. Dagegen reicht bloßer Versuch nicht hin. Schmitt S. 110. Sf. XII. 4, XV. 97. c) Gegen die Erstreckung auf Geltendmachung von Pen, die nicht Forderungsrechte sind: Sf. XVI. 95, Budde und Schmidt a. a. D. Nr. 7. d) Untergang ope exceptionis (Schmitt S. 130 fg.), aber vollständiger Untergang ohne

Besitz befindliche Sache dem Besizer mit Gewalt wegnimmt, sein Eigenthumsrecht zu Gunsten des Besizers⁴. Diese Strafen sind aber heutzutage nicht mehr praktisch; sie sind durch das Reichsstrafgesetzbuch beseitigt^{4a}. Doch läßt sich von den erwähnten Bestimmungen des

Rückbleiben einer naturalis obligatio. Schmitt S. 124 fg. Das Gegenheil behaupten Benfey S. 14, Sartorius S. 44, Schwanert Naturalobligationen S. 474 auf Grund der l. 19 pr. D. 12, 6. Allerdings heißt es hier ganz allgemein: „Si poenae causa eius, cui debetur, debitor liberatus est, naturalis obligatio manet“. Aber die Anwendung solcher abstracter Aussprüche der Quellen auf Fälle, für welche ein besonderer Anhalt nicht vorliegt, erscheint äußerst bedenklich (man denke z. B. an das „errantis nulla voluntas est“ [§ 78^{1a}] und an l. 7. 8 D. 22, 6 [§ 79a¹²]); der Verfasser jener Stelle hatte ohne Zweifel die Vorschrift des SC Macedonianum im Auge. Vgl. II § 289²². Bei Obligationen aus zweiseitigen Verträgen entsteht die besondere Frage, ob der Schuldner, welcher durch die gegen ihn geübte Selbsthülfe frei geworden ist, die Gegenleistung fordern könne (Vangerow I § 133 Anm.), oder nicht (Burchardi ACPr. XVIII. 16). Man muß unterscheiden, ob die Selbsthülfe gerichtet war auf Leistung gegen Gegenleistung (z. B. auf Zahlung des Kaufpreises unter Anbieten des Kaufgegenstandes, wie in dem von Burchardi a. a. O. angeführten Fall), oder auf Leistung schlechthin (z. B. Zahlung des Kaufpreises). Im ersten Fall verliert der Gläubiger auch nur das R. auf Leistung gegen Gegenleistung, d. h. der Schuldner ist zwar an den Vertrag nicht mehr gebunden, aber er kann aus demselben nicht fordern, ohne seinerseits zu leisten; im zweiten Fall verliert der Gläubiger das R. auf Leistung schlechthin, d. h. der Schuldner braucht aus dem Vertrage nicht zu leisten, und kann doch aus demselben fordern, bez. behalten was er bereits erlangt hat. Diese Unterscheidung ist zwar in l. 50 D. 19, 1 nicht gemacht; aber es ist auch eine unbewiesene Annahme, daß diese Stelle sich auf die Strafe der Selbsthülfe beziehe oder mitbeziehe. Vgl. II § 321¹⁰.

⁴ Dieser Satz beruht auf einer Constitution vom Jahre 389, l. 7 C. 8, 4. Vgl. § 1 I. 4, 2, § 6 I. 4, 15; c. 18 in VI^o 3, 4, R. O. 1521 Tit. 32 § 2, R. A. 1532 Tit. 3 § 15. Cf. IX. 158. Ist der Wegnehmende nicht Eigenthümer, so wird er um den Werth der Sache gestraft. L. 7 cit. — Einzelnes. a) Unter Besitz ist juristischer Besitz zu verstehen, wenn auch die Ansicht Savigny's, daß die l. 7 C. cit. einfach eine Erstreckung des interd. unde vi auf bewegliche Sachen enthalte, nicht zu billigen ist (s. hierüber § 160⁴). Bruns Besitz S. 76. 77, Bubbe und Schmidt Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI S. 82. A. M. Vinde a. a. O. S. 420, Schmitt S. 161 fg. Wendt a. a. O. S. 30 hält Detention für hinreichend gegenüber Dritten (wenn die Wegnahme nicht durch den Eigenthümer erfolgt, welcher die Detention eingeräumt hat, sondern durch einen Dritten, welcher sich Eigenthumsr. heilegt). b) Gewaltthätige Wegnahme; Schmitt S. 156. Cf. IX. 198. c) Der Wegnahme gleichgestellt worden ist der Fall, wo derjenige, dem eine Sache vom Eigenthümer vermietet oder vergünstigungsweise hingegeben worden ist, ihre Rückgabe verweigert, l. 10 C. 8, 4, l. 34 C. 4, 65.

^{4a} Das RStGB. bedroht, wie gesagt, die Selbsthülfe mit Strafe nicht, und nach dem CG. § 2 Abs. 1 schließt das RStGB. das Landesstraf. so weit aus, als dasselbe Materien berührt, welche Gegenstand des RStGB. sind. Nun findet sich zwar in dem RStGB. eine allgemeine die Selbsthülfe umfassende Rubrik

römischen Rechts noch insofern Gebrauch machen, als aus denselben für die in ihnen enthaltenen Fälle ein Ertragsanspruch hergeleitet werden kann⁵.

Erlaubt ist die Selbsthülfe, wenn ohne dieselbe ein unwiederbringlicher Verlust entstehen würde⁶, so wie nach deutschrechtlichen Grundsätzen soweit das f. g. Pfändungsrecht reicht^{7, 8}.

[Im § 88 ist 1. anerkannt, daß eine durch Nothwehr gebotene Handlung (*) nicht widerrechtlich ist (227 Abs. 1). In Uebereinstimmung mit RStGB. 53 Abs. 2 ist die Nothwehr definiert als diejenige Vertheidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem Anderen abzuwehren (227 Abs. 2). Der f. g. Ercess der Nothwehr dagegen (StGB. 53 Abs. 3) bleibt civilrechtlich rechtswidrig, obwohl er straflos ist. Die Nothwehrhandlung verpflichtet nicht zum Schadensersatz. Vgl. noch BGB. 859 Abs. 1.

nicht; aber dasselbe enthält eine Reihe von Bestimmungen (so z. B. § 113, 114, 123, 124, 137, 201, 240, 249, 303), durch welche die schwereren Formen der Eigenmacht unter Strafe gestellt werden; damit ist diese Materie geordnet. Vgl. Heinze das Verhältniß des Reichsstrafr. zum Landesstrafr. (Leipz. 1871) S. 36, 37, v. Bar tr. VJZ. XIV S. 256, 268 fg. 429 fg. Man wird auch nicht sagen dürfen, daß unter „Landesstrafr.“ bloß die eine öffentliche Strafe verhängenden Bestimmungen zu verstehen seien; eine solche Auslegung wäre willkürlich. Uebereinstimmend Mandry S. 231, f. auch Wendt a. a. D. S. 49, 58, Dernburg I § 125⁹; a. M. Lhon Norm und subjectives R. S. 33 fg. Für die hier vertheidigte Meinung jetzt auch RG. 22 2 84 und 24 5 87, Entsch. XI S. 244, XVIII S. 218. Davider Binding Handb. des Strafr. I S. 318, 330, weil das RStGB. über die Selbsthülfe nicht bestimme und weil die Verwirkung in Folge der Selbsthülfe nicht als Strafe gedacht sei. [M. E. ist die Materie der Selbsthülfe allerdings im RStGB. nicht geordnet, wohl aber sind es die Materien der Wegnahme und der Nöthigung zur Herausgabe von Sachen, und aus diesem Grunde sind die römischen Bestimmungen für aufgehoben zu erachten.] — Da übrigens in Betreff der heutigen Geltung der römischen Strafbestimmungen eine Meinungsverschiedenheit möglich ist und thatsächlich besteht, so sind dieselben in diesem Lehrbuch noch ausführlich dargestellt worden. Was die Geltung der römischen Bestimmungen in der Zeit vor dem RStGB. angeht, vgl. Linde a. a. D. und die das. Citirten, Seuffert § 36⁵⁻¹⁰. Cf. V. 248, IX. 158, XII. 4, XVI. 191, XXXV. 176; I. 220, XX. 8; X. 5.

⁵ Denn es bleibt immer übrig, daß die in den Bestimmungen bezeichneten Handlungen für unerlaubt erklärt sind. Vgl. § 160⁴. A. M. Mandry S. 263².

⁶ L. 10 § 16 D. 42, 8. Vgl. Wendt S. 226.

⁷ Das deutsche Abewußtsein war von jeher der Selbsthülfe weit weniger abgeneigt, als das römische; das genannte Pfändungsrr. ist das letzte Ueberbleibsel dieses Zuges. S. die Lehrbücher des deutschen Privatr. von Beseler § 55, Gerber § 68—71, Bluntzschli § 102, 103, Stobbe I § 70, Roth I § 89, v. Reibom das deutsche Pfändr. (1867) S. 190 fg., Stobbe tr. VJZ. X S. 287—290.

⁸ Ueber „vertragsmäßige Gewährung der Apprehensionsbefugniß“ f. Wendt S. 227 fg., über die „Pfändungsclausel“ dens. S. 244 fg.

2. Den Nothstand betreffen BGB. 904 und 228. Nach § 904 ist der Eigentümer einer Sache nicht berechtigt, die Einwirkung eines Andern auf die Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr (gleichviel wem und woher sie droht) notwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung entstehenden Schaden unverhältnißmäßig groß ist. Eine solche Nothstandshandlung ist also nicht widerrechtlich. Sie verpflichtet aber dennoch zum Schadenersatz, auch wenn die Gefahr von dem Handelnden nicht verschuldet wurde. Wenn dagegen die Gefahr (gleichviel wem) durch eine Sache droht, so ist die Zerstörung oder Beschädigung dieser Sache, falls sie zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist, schon dann nicht widerrechtlich, wenn der Schaden nicht außer Verhältniß zu der Gefahr steht (228). Während also im Falle des § 904 die Widerrechtlichkeit nur dann ausgeschlossen ist, wenn der drohende Schaden dem zur Abwehr angerichteten gegenüber unverhältnißmäßig groß ist, so ist im Falle des § 228 die Rechtswidrigkeit nur gegeben, wenn umgekehrt der angerichtete Schaden gegenüber dem drohenden unverhältnißmäßig groß ist. Auch ist der Handelnde im Falle des § 228 für die nicht rechtswidrige Handlung nur dann Schadenersatzpflichtig, wenn er die Gefahr verschuldet hat. Eine Handlung, welche die in §§ 228, 904 gezogenen Grenzen überschreitet, ist rechtswidrig mit den gewöhnlichen Folgen der Rechtswidrigkeit. Die irrige Annahme, daß der Fall des § 228 gegeben sei, kann aber (nämlich wenn sie entschuldbar ist) die Fahrlässigkeit und damit die Schadenersatzpflicht nach § 823 ausschließen. Die irrige Annahme, daß der Fall des § 904 gegeben sei, kann in dieser Weise entlastend nicht wirken, da nach § 904 die Schadenersatzpflicht vom Verschulden überhaupt nicht abhängt.

3. Unter Selbsthülfe versteht das BGB, obwohl es diese Definition nicht ausdrücklich aufstellt, die eigenmächtige Herbeiführung der Befriedigung wegen eines Anspruchs. An sich erlaubte Handlungen verbietet das BGB., wenn sie diesem Zwecke dienen, ebensowenig wie das gemeine Recht. An und für sich widerrechtliche Handlungen zum Zwecke der Selbsthülfe sind nach folgenden Regeln gestattet.

a. Voraussetzung ist, daß obrigkeitliche Hülfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist, und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, daß die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde (vgl. ob. bei 9).

b. Unter dieser Voraussetzung sind nicht widerrechtlich: Wegnahme, Zerstörung oder Beschädigung von Sachen, Festnahme eines fluchtverdächtigen Verpflichteten, Beseitigung des Widerstandes des Verpflichteten gegen eine Handlung, die er zu dulden verpflichtet ist (229). Es darf jedoch die Selbsthülfehandlung nicht weiter gehen, als zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist (230 Abs. 1).

c. Bei Wegnahme von Sachen ist, sofern nicht Zwangsvollstreckung erwirkt wird, der dingliche Arrest zu beantragen (230 Abs. 2); wird der Arrestantrag verzögert oder abgelehnt, so hat die Rückgabe der weggenommenen Sachen unverzüglich zu erfolgen (230 Abs. 4). Bei dieser Vorschrift kann das Gesetz nur an die Wegnahme von Sachen zum Zwecke der Sicherung eines Anspruchs in solchen Fällen gedacht haben, in denen Zwangsvollstreckung in die Sache oder Arrest auf dieselbe als fernere Schritte denkbar sind, und es ist Planck Comm. 229, 3, a zuzugeben, daß sich hierdurch indirect Schranken für die Zulässigkeit der Wegnahme selbst ergeben. Sie ist, wenn sie den Zweck hat, aus der Sache Befriedigung

für einen auf etwas anderes gerichteten Anspruch zu suchen, nur für zulässig zu halten in Betreff von Ansprüchen auf Geld oder solchen, die in eine Geldforderung übergehen können (C.P.D. 796). Die weitere von Pland behauptete Schranke dagegen, daß die Wegnahme von Sachen unzulässig ist, welche der Pfändung nicht unterliegen, ist m. E. abzulehnen. Die oft sehr schwierige und der augenblicklichen Klarstellung sich entziehende Frage, ob die Sachen zu den in § 715 C.P.D. genannten gehören, wird vielmehr der Handelnde dem weiteren Verfahren überlassen dürfen, ohne einen Schadenersatzanspruch aus § 230 befürchten zu müssen. Daß, wenn die Wegnahme der Sache zur Befriedigung eines Anspruchs auf die Sache selbst (d. h. deren Herausgabe oder Lieferung) erfolgt, diese Handlung zulässig ist, obwohl sich an sie eine Zwangsvollstreckung in die Sache oder ein Arrest auf dieselbe nicht anschließen kann, gibt Pland zu. Es sind aber noch andere Fälle denkbar, für welche § 230 Abs. 2 nicht geschrieben sein kann, und in denen doch die Selbsthülfe durch Wegnahme von Sachen für zulässig zu halten ist. Es läßt sich z. B. auch eine Wegnahme von Sachen zu vorübergehendem Selbsthülfezweck denken. Wenn etwa Jemand verpflichtet ist, mit Geräthen, die er zu stellen hat, eine Arbeit zu verrichten, so wird es unter den allgemeinen Voraussetzungen des § 229 nicht widerrechtlich sein, im Nothfalle ihm die Geräthe wegzunehmen, um die Arbeit selbst auszuführen oder durch Andere ausführen zu lassen; die Verpflichtung zur Rückgabe ist dann selbstverständlich und bedarf nicht der Begründung aus § 230 Abs. 4.

d. Im Falle der Festnahme des Verpflichteten ist dieser, sofern er nicht wieder in Freiheit gesetzt wird, unverzüglich dem Amtsgerichte vorzuführen, in dessen Bezirk die Festnahme erfolgt ist (vgl. St.P.D. 128), und bei diesem Gericht der persönliche Sicherheitsarrest zu beantragen. Wird der Arrestantrag verzögert oder abgelehnt, so hat unverzüglich die Freilassung zu erfolgen (230 Abs. 3. 4). Aus dieser Bestimmung ist mit Pland Comm. 229, 3, b zu schließen, daß die Festnahme überhaupt nur zulässig ist wegen einer Geldforderung oder eines Anspruchs, der in eine Geldforderung übergehen kann. Vorübergehende Einsperrung des Verpflichteten, sofern sie das nothwendige Mittel ist, den Widerstand desselben gegen eine Handlung zu beseitigen, welche er zu dulden verpflichtet ist, ist jedoch von einer den Grundfällen von § 230 Abs. 3. 4 unterliegenden Festnahme zu unterscheiden.

e. Wenn eine Handlung nach §§ 229. 230 Abs. 1 nicht widerrechtlich ist, so verpflichtet sie auch nicht zum Schadenersatz. Insbesondere ist die Ablehnung des Arrestantrages (230 Abs. 4) oder das Mißlingen des Versuches, Zwangsvollstreckung zu erwirken (230 Abs. 2), für sich allein kein Grund für eine Schadenersatzverbindlichkeit wegen der vorangegangenen Selbsthülfehandlung. Wohl aber hat die schuldhafte Verzögerung der nach § 230 Abs. 4 zu bewirkenden Rückgabe der Sache oder Freilassung des Festgenommenen eine Schadenersatzverbindlichkeit nach § 823 zur Folge. War die Selbsthülfehandlung dagegen nicht von den Vorschriften der §§ 229. 230 Abs. 1 gedeckt, so ist der Handelnde (anders als § 823 rechtfertigen würde, und anders als im Falle der Nothstandshandlung der § 228 (ob. 2)) schadenersatzpflichtig, auch wenn er in entschuldbarem Irrthum die Voraussetzungen jener Vorschriften als vorliegend ansah. — f. Vgl. noch BGB. 561 Abs. 1. 869 Abs. 2. 3. 4. 860. 910. 962.

4. Das landesrechtliche Pfändungsrecht zum Schutze von Grundstücken und ihren Erzeugnissen bleibt bestehen (C.G. 89).]

IV. Einfluß des Processes auf die Gestaltung des materiellen Rechtsverhältnisses*.

A. Der Beginn des Processes**.

§ 124.

Schon der Beginn des Processes übt einen nicht unbedeutenden Einfluß auf die Gestaltung des materiellen Rechtsverhältnisses zwischen dem Kläger und dem Beklagten aus. Dieser Einfluß zeigt sich vorzugsweise in einer Steigerung des klägerischen Anspruchs. Hier- von wird in diesem § die Rede sein, von den anderen civilrechtlichen Wirkungen des Proceßbeginns im folgenden.

Die Steigerung des klägerischen Anspruchs macht sich geltend nach einer doppelten Richtung. Einmal wird durch den Proceß- beginn der Anspruch fähig gemacht, Einflüssen zu widerstehen, denen er sonst unterliegen würde; sodann erweitert sich sein Umfang. In der einen und der anderen Richtung ist jedoch die Steigerung des Anspruchs keine absolute, d. h. sie findet nur statt für diesen Proceß und die in demselben erfolgende Verurtheilung; kommt es in diesem Proceße zu einer Verurtheilung nicht, so ist der Anspruch für einen später etwa zu erhebenden Proceß nur so vorhanden, wie er vorhan- den sein würde, wenn der Proceß gar nicht geführt worden wäre¹.

* Keller über litiscontestatio und Urtheil nach classischem r. R. (1827). Wächter II § 71—73 und Erörterungen 3. Heft (1846). Buchta die Lehre vom Einfluß des Processes auf das materielle Rechtsverhältniß, 2 Bde. (1846. 1847). Savigny System, Band VI (1846. 1847).

** Vgl. außer den zuvor citirten Schriftstellern: Keller r. Civilpr. § 59—62, Rudorff r. R.Gesch. II § 71. 79. 80, Bethmann-Holtweg r. Civilpr. II § 102—104. III § 153, Hierulff S. 270—284, Bangerow I § 159. 160, Sintenis I § 33, Unger II § 127. 128, Weyell Civilpr. § 14, Windscheid die Actio r. § 8. 9. [Dernburg I § 153—155, Wendt § 98, Hölder § 67, Regelsberger I § 194, Seuffert CPD. 239.]

§ 124.

¹ Es liegt ungemein nahe, dieß so auszudrücken, daß man sagt, durch den Beginn des Processes verwan- deln sich der klägerische Anspruch in einen Condemnationsanspruch, für den dann besondere Grundsätze maßgebend seien. Hiergegen ist aber Zweierlei zu erinnern. 1) Unter Condemnationsanspruch wird man nicht gut etwas Anderes verstehen können, als einen Anspruch auf Condemnation; einen Anspruch auf Condemnation hat aber der Kläger nicht gegen den Beklagten, sondern gegen den Richter, und die Einmischung dieses publicistischen, nicht privatrechtlichen, Begriffs ist verwirrend. Will man auch hiervon absehen, so ist doch jedenfalls 2) die Vorstellung abzuweisen, als erfolge die Condemnation des Beklagten, wenn sie erfolgt, nicht auf Grund des ursprünglichen, sondern auf Grund

eines durch den Beginn des Processus neu entstandenen Anspruchs; der Beklagte wird verurtheilt, weil der von dem Kläger in den Proceß eingeführte Anspruch begründet ist, nicht weil durch den Proceß eine besondere Verpflichtung, sich verurtheilen zu lassen, für ihn entstanden wäre. Will man also eine Verwandlung annehmen, so hat man sich darunter nur eine solche zu denken, welche das Alte, indem sie es in seiner Substanz unberührt läßt, bloß ändert, nicht aber eine solche, in welcher das Alte durch Setzung eines Neuen aufgehoben wird. — Für das classische r. R. war die Idee der Verwandlung in dem hier zurückgewiesenen Sinn durch folgenden Umstand noch näher gelegt. Nach classischem r. R. konnte ein Anspruch nicht zweimal den Gegenstand eines Processus bilden: de eadem re no bis sit actio (Bekker processualische Consumtion § 3. 4 und Aktionen I S. 334 fg., Krüger processualische Consumtion § 1, Kleinschrod processualische Consumtion § 1. 2, Rudorff r. R. Ges. II § 78¹, Voigt ius naturale III S. 1075 fg., Pernice Parerga II S. 38). Wurde er in einem zweiten Prozesse geltend gemacht, so konnte, welches auch das Schicksal des ersten Processes gewesen sein mochte, der Beklagte sich in gewissen Fällen mit der einfachen Negation der Existenz des Anspruchs, in anderen mit einer Einrede (exceptio rei in iudicium deductae) vertheidigen (Gai. III 180. 181, IV. 106—108). Wer also über einen Anspruch Proceß erhoben hatte, erhielt aus demselben nur, was ihm in diesem Prozesse zugesprochen wurde, in jeder anderen Beziehung hatte er den Anspruch verloren; er hatte den Anspruch nur noch innerhalb dieses Processes, nicht mehr außerhalb desselben. Von da bis zu dem Satze: er habe den alten Anspruch gar nicht mehr, statt desselben nur noch den Proceß, das iudicium, den dem iudex ertheilten Condemnationsbefehl, war ein leicht zu machender Schritt, und so sehen wir denn auch im r. R. in der That die Vorstellung der Novation auftreten. Freilich auch nur die Vorstellung; Konsequenzen werden daraus nicht gezogen. Vgl. Gai. III. 180, l. 29 D. 46, 2; auch l. 2 § 8 D. 18, 4, Vat. fr. 263. Wenn die Quellen in dem Proceßbegriffe sogar ein „contrahere“ erblicken (l. 3 § 11 D. 15, 1, l. 22 D. 27, 3), so muß man sich erinnern, in wie weitem und unbestimmtem Sinn sie diesen Ausdruck gebrauchen (vgl. l. 20 D. 6, 1, l. 1 D. 11, 7, l. 3 § 3. l. 4 D. 42, 4, l. 13 § 3 C. 3, 1, l. 41 D. 26, 7 [„dolo contraxit“]). [Vgl. unt. § 126¹]. Fernere Quellenstellen bei Schloßmann der Vertrag S. 26 fg.) Nähere Ausführung des hier Gesagten in meiner Schrift über die Actio zc. § 8. S. auch l. 83 § 1 D. 45, 1. Die herrschende Ansicht nimmt es mit der bezeichneten Novationsidee mehr oder minder ernst. S. außer den oben citirten Schriften von Bekker, Krüger und Kleinschrod über die processualische Consumtion: Keller Litisconteste. § 8—14 und r. Civilpr. § 60—62 (wozu zu bemerken ist Wach's Note ^{716a}), Wächter Erörterungen III S. 3 fg., Buchka a. a. D. § 1—7, Savigny § 258, Bekker Aktionen II S. 177 fg. Neuestens Pernice Parerga II S. 48 fg. (S. 49: „Man streitet im Grunde nur darüber, ob die Juristen den Ausdruck [novatio] ernsthaft genommen oder lediglich als Denkfigur verwendet haben. Die letztere Auffassung scheint mir den Quellen mehr zu entsprechen“). Wlassaf die Litiscontestation im Formularproceß, in Bresl. Festschr. für B. Windscheid 1888, S. 21². S. 56¹. S. 57¹. Jedenfalls ist im Justinianischen Re die consumirende Wirkung des Proceßbeginnes abgestorben (l. 13 § 2. 5 C. 3, 1, l. 1 pr. C. 3, 10, § 11 [10] I. 4, 13, vgl. l. 73 § 1. 2 D. 5, 1, l. 27 § 1 D. 40, 12), obgleich nicht alle Spuren derselben aus der Compilation getilgt sind. Planck Mehrheit der Mündigkeiten S. 11 fg., Savigny VI S. 25, Wächter Erörterungen III S. 35 fg., meine Schrift über die Actio zc. S. 65. 66, Krüger a. a. D. S. 202

Die Steigerung des klägerischen Anspruchs, von welcher hier die Rede ist, hat ihren Grund hauptsächlich in folgender Betrachtung. Der Kläger, dessen Anspruch begründet ist, kann eigentlich verlangen, daß ihm sogleich zu dem Seinigen geholfen werde. Dieß ist aber wegen der durch den Widerspruch des Beklagten nothwendig gewordenen Verhandlung und richterlichen Prüfung nicht möglich; dieselbe nimmt immer eine gewisse, oft eine geraume Zeit in Anspruch. Soll dadurch der Kläger Nachtheil erleiden? Dieß erscheint unbillig, und so stellt sich als das Rechte dar, daß der Beklagte, wenn es zum Urtheil kommt, dem Kläger auf Alles verurtheilt werde, was derselbe gehabt haben würde, wenn er sogleich zur Zeit des erhobenen Proceßes befriedigt worden wäre. Das römische Recht spricht denn auch diesen Satz wirklich aus², ist jedoch weit davon entfernt, denselben unbedingt durchzuführen. In der That würde eine unbedingte Durchführung dieses Satzes eine gleiche Unbilligkeit für den Beklagten enthalten, wie diejenige ist, gegen welche er den Kläger zu schützen bestimmt ist. Wenn es recht ist, daß der Kläger keinen Nachtheil davon habe, daß er den Proceß führen muß, ist es denn recht, daß der Beklagte einen Nachtheil davon habe, daß er sich gegen einen Anspruch vertheidigt, den er für unbegründet hält? Dieß führt zu folgender Vermittelung. Der Beklagte haftet auf das, was der Kläger bei sofortiger Befriedigung gehabt haben würde, nur: 1) wenn er sonst lediglich durch die Fortdauer des Proceßes einen Gewinn haben

fg., Kleinschrod a. a. D. S. 117 fg., Bangerow I § 160 Anm., Sintenis I § 32^o, Brinz I § 94, Pland Lehrb. des deutsch. Civilproceßr. I S. 256. 257. Doch ist auch dieß nicht unbestritten, Bekker a. a. D. S. 11 fg. (s. aber auch Aktionen I S. 351), Buchta a. a. D. II S. 1 fg., Weßell Civilproc. § 14, Wieding der Justinianische Libellproc. S. 394 fg., Ruther fr. BZS. IX S. 330—339; auch Rierulff S. 274 fg. — Cogliolo (§ 127 Note *) nimmt an, daß die consumivende Wirkung der Litiscontestation bereits im Anfang der Kaiserzeit, in Folge der Einführung der Proceßverjährung durch die lex Julia iudicaria weggefallen sei. — Die auch heutzutage geltende s. g. exceptio litis pendentis hat einen ganz anderen Sinn, als die exceptio rei in iudicium deductae; sie macht geltend, daß derselbe Anspruch nicht in zwei Proceßes zu gleicher Zeit verfolgt werden dürfte. [CPD. 247, 3: proceßhindernde Einrede der Abhängigkeit.]

² Ein kürzerer Ausdruck dafür ist: es müsse dem Kläger causa rei geleistet werden. S. § 3 I. 4, 17, l. 40 pr. D. 5, 3, l. 17 § 1. l. 20 D. 6, 1, l. 31 pr. D. 12, 1, l. 91 § 7 D. 30, l. 35. 75 D. 50, 16. Bezeichnend l. 91 § 7 cit.: „causa eius temporis, quo lis contestabatur, representari debet actori“. Vgl. auch Göppert über die organischen Erzeugnisse S. 114 fg.

würde³, 2) wenn ihn eine Schuld trifft. In letzterer Beziehung ist aber zu bemerken, daß gerade durch den Proceß eine Schuld begründet sein kann, welche ohne den Proceß nicht vorhanden sein würde. Und zwar gehört dahin ein Doppeltes. a) Der Beklagte, welcher von seinem Unrecht überzeugt ist und den Proceß dennoch führt, ist eben dadurch in Schuld, daß er den Proceß führt⁴. b) Der Beklagte, welcher von seinem Rechte überzeugt ist, muß nach dem Beginn des Processus sich wenigstens das zum Bewußtsein bringen, daß er trotz seiner redlichen Ueberzeugung möglicherweise den Proceß verlieren könne; er darf daher den Proceßgegenstand, welcher ihm immerhin abgesprochen werden kann, nicht mehr als den seinigen behandeln, nicht mehr über denselben verfügen und ihn nicht mehr vernachlässigen, er ist für den Proceßgegenstand verantwortlich wie für einen fremden⁵.

Aus diesen Grundsätzen ergeben sich im Einzelnen folgende Regeln.

1. Nach dem Beginn des Processus erstreckt sich der klägerische Anspruch auch auf die von da an durch den Beklagten von dem Proceßgegenstand gezogenen Früchte. Unbedingt auf diejenigen, welche der Beklagte zur Zeit des Urtheils noch hat. Was diejenigen angeht, welche er zur Zeit des Urtheils nicht mehr hat, so ist zu unterscheiden zwischen dem unredlichen und dem redlichen Beklagten. Der erste haftet für die Früchte, welche er nicht mehr hat, wenn der Kläger, falls er ohne Proceß befriedigt worden wäre, dieselben oder ihren Werth jetzt haben würde; der redliche Beklagte haftet für die Früchte, welche er nicht mehr hat, nur dann, wenn er sie in Folge

³ L. 17 § 1 D. 6, 1: — „lucrum enim ex eo homine, qui in lite esse cooperit, facere non debet“. L. 35 § 1 eod.

⁴ L. 82 § 2 D. 45, 1. „Et hic moram videtur fecisse, qui litigaro maluit, quam restituere“. Vgl. Windscheid Heib. fr. 35. III §. 259; aber auch § 126^b. Aniey die Mora des Schuldners I §. 78 fg.

⁵ Es ist jetzt allgemein anerkannt, daß, wenn die Quellen geradezu sagen, durch den Proceßbeginn werde das redliche Bewußtsein des Beklagten in ein unredliches verwandelt (I. 20 § 11. I. 25 § 7. I. 31 § 3 D. 5, 3, I. 2 C. 7, 51, vgl. jedoch über diese letztere Stelle Savigny VI § 264^b), damit jedenfalls zu viel gesagt ist. Vielleicht ist es auch nicht im allgemeinen Sinne gemeint, sondern hat eine specielle Beziehung auf ein antiquirtes Verhältniß (die improba usucapio pro herede). Vgl. namentlich Savigny VI §. 84 fg. Eine richtige Bezeichnung des Verhältnisses findet sich in I. 10 C. 7, 32: — „ex interposita contestatione et causa in iudicium deducta super iure possessionis vacillet ac dubitet“. Cf. XXXII. 186, XLVI. 4.

seiner Absicht oder seiner Nachlässigkeit nicht mehr hat. Für die nicht gezogenen Früchte haftet der unrechliche Beklagte, wenn der Kläger, der rechliche, wenn er selbst bei Anwendung gehöriger Sorgfalt sie hätte ziehen können⁶. Den Früchten steht gleich der sonstige Zuwachs der Sache und der von ihr gezogene Gewinn⁷.

2. In gleicher Weise wie in Betreff der Früchte und des Zuwachses ist zu unterscheiden, wenn der Proceßgegenstand selbst zur Zeit des Urtheils nicht mehr, oder nicht mehr in unverkehrtem

⁶ Die Stellen, welche von der Verhaftung des Beklagten für Früchte handeln, sagen zum Theil nur ganz im Allgemeinen, daß die Früchte, oder die gezogenen Früchte, herausgegeben werden müssen, so § 2 in. I. 4, 17, l. 17 § 1. l. 20. l. 35 § 1 D. 6, 1, l. 9 § 6. 7 D. 10, 4, l. 5 § 5 D. 7, 6, l. 16 § 4 D. 20, 1, l. 2. l. 38 § 7 D. 22, 1. Diejenigen Stellen, welche nähere Bestimmungen enthalten, wie § 2 I. 4, 17, l. 27 pr. D. 5, 3, l. 33. 62 D. 6, 1, l. 4 § 2 D. 10, 1, l. 19 § 1 D. 22, 1, l. 1 § 1 C. 3, 31, l. 5. 22 C. 3, 32, l. 2 C. 7, 51, sagen nichts davon, daß der unrechliche Besitzer auch für die durch Zufall, und jeder Besitzer für die durch seine Nachlässigkeit verlorenen Früchte hafte. Aber das in dieser Beziehung für die Hauptsache Geltende (⁶ *) ist auf die Accessionen ohne Weiteres zu übertragen. Was die im Texte bezeichnete Verhaftung des unrechlichen Besitzers für die versäumten Früchte (nicht bloß die nicht geretheten, wie Heimbach Lehre von der Frucht S. 171 fg. will, sondern auch die nicht erzeugten, vgl. Wächter Erörter. I S. 64—68, Schmid Handb. des gem. bürgerl. R. I § 15⁶, Bangerow I § 333 Anm. Nr. II. b, Francke Commentar über den Pandektenstil de Hereditatis Petitione S. 282. 283) angeht, so ist dieselbe eine Folge des von dem Beklagten in der Führung des Proceßes begangenen Unrechts, eine Folge, welche in l. 62 § 1 D. 6, 1, l. 39 § 1 D. 30, vgl. l. 4 C. 8, 4, ausdrücklich anerkannt ist. Allerdings wird in anderen Stellen auch von dem unrechlichen Besitzer gesagt, er hafte für diejenigen Früchte, welche er hätte ziehen sollen, nicht: welche der Kläger hätte ziehen können (l. 5 C. 3, 32, § 2 I. 4, 17, cf. l. 1 C. Th. 4, 18): aber es liegt auf der Hand, daß hier die engere Bestimmung aus der weitergehenden corrigirt werden muß, nicht umgekehrt. A. M. namentlich Savigny VI S. 113 fg. Literaturangaben bei Bangerow I § 333 Anm. Nr. II. 1. c, Unger I § 56²⁷, hinzuzufügen Rommsen Mora S. 230—233, Francke a. a. O. S. 283 fg., Pernice Labes II S. 333. Cf. XXIX. 214. — Zu den Früchten gehören namentlich auch die Zinsen (§ 144), und daher haftet auch für diese der Beklagte selbst wenn er nicht in Verzug ist, soweit die Gewinnung derselben ihm zugemuthet werden konnte (l. 34 D. 22, 1, l. 1 § 1 C. 3, 31, l. 20 § 11 D. 5, 3, l. 2 C. 6, 47). Mit Unrecht wird dieß von Einigen (Wächter Erörter. II S. 54. III S. 24. 106, Wegell Civilproc. § 14⁷⁹) bestritten. Vgl. namentlich Savigny VI § 268—271 (über l. 62 pr. D. 6, 1 f. III § 612²⁸, anders Savigny a. a. O. S. 151 fg., dagegen Francke a. a. O. S. 272 fg). Cf. II. 148, III. 17, V. 19. 261. 284, VII. 291, VIII. 116, XIV. 275, XVII. 220, XXVII. 12. 66. XXVIII. 18, XXIX. 181, XXXIII. 165, XXXV. 10, XXXIX. 310, RQ. II S. 176 fg. (sämmtlich für die Proceßzinsen).

⁷ l. 27 pr. D. 6, 3. l. 17 § 1, l. 20. 34 D. 6, 1, l. 5 § 5 D. 7, 6, l. 9 § 7 D. 10, 4.

Zustande, in den Händen des Beklagten, und im Allgemeinen, wenn die Leistung oder die vollständige Leistung des zu Leistenden dem Beklagten zur Zeit des Urtheils nicht mehr möglich ist. Der redliche Beklagte haftet auf Schadensersatz, wenn seine Absicht oder seine Nachlässigkeit der Grund der Unmöglichkeit ist⁸, der unredliche Beklagte haftet auch für den Zufall, wenn er nicht beweisen kann, daß auch bei rechtzeitiger Befriedigung der Kläger gegenwärtig weder den Proceßgegenstand selbst noch dessen Werth in Händen haben würde⁹. — Nach den gleichen Grundsätzen ist zu entscheiden, wenn während des Processes eine Preisminderung des Proceßgegenstandes eintritt. Der Beklagte haftet für dieselbe, da er an ihr nicht schuld ist, nur im Falle der Unredlichkeit, und auch in diesem Falle nicht, wenn er beweisen kann, daß der Kläger auch bei rechtzeitiger Befriedigung von dem gleichen Preisverlust würde betroffen worden sein, d. h. daß er die Sache bis jetzt behalten haben würde¹⁰.

[Das **§§.** trifft in Ansehung der Steigerung des Anspruchs durch Eintritt der Rechtshängigkeit

1. zunächst für die Eigenthumsklage auf Herausgabe folgende Bestimmungen. Der gutgläubige Besitzer hat die Nutzungen herauszugeben, die er nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit zieht, und diejenigen zu ersetzen, die er durch sein Verschulden nach jenem Zeitpunkte nicht zieht (987). Er haftet in Ansehung der Sache selbst von der Rechtshängigkeit an für Verschulden (989). Der bösgläubige Besitzer haftet ebenso bereits von der Zeit des Erwerbes an, und der ursprünglich gutgläubige Besitzer, welcher später in bösen Glauben kommt, von diesem Zeitpunkt an (990). Eine Steigerung der Haftung durch den Proceßbeginn ist hier direct nicht bestimmt; aber das Gesetz sagt: eine weitergehende Haftung wegen Verzuges bleibt unberührt (990 Abs. 2). Hiermit ist, was für das gemeine Recht nicht behauptet werden konnte, die obligatorische Lehre vom Verzuge auf die Eigenthumsklage übertragen. Da nun die Erhebung der Klage die Mahnung als Voraussetzung des Verzuges ersetzt (284 Abs. 1), so wird der bösgläubige Besitzer mit der Klageerhebung regelmäßig (vgl. 285) in Verzug kommen und somit, wie im gemeinen Recht, nicht nur wegen jedes Verschuldens haften, sondern auch für den zufälligen Schaden, von dem er nicht beweisen kann, daß derselbe auch bei rechtzeitiger Leistung den Kläger getroffen haben würde (287). Er wird ferner, da er das Verzugsinteresse leisten muß (286), ebenso wie im

⁸ L. 21. l. 33. l. 36 § 1. l. 51 D. 6, 1.

⁹ L. 15 § 3. l. 16 pr. l. 17 § 1. l. 62 pr. D. 6, 1, l. 20 § 21. l. 40 pr. D. 5, 3. l. 14 § 11 D. 4, 2. Von dem Falle der Unredlichkeit des Beklagten handeln auch, obgleich sie es nicht ausdrücklich sagen, l. 12 § 4 D. 10, 4, l. 12 § 3. l. 14 § 1 D. 16, 3. Doch gehen die Ansichten hier sehr auseinander. S. das Nähere in der Lehre vom Verzuge (II § 280, 2).

¹⁰ S. II § 280, 3.

gemeinen Recht, für die Nutzungen auskommen, welche der Kläger hätte ziehen können, und für die etwa eingetretene Preisminderung, letzteres, wenn er nicht beweist, daß der Kläger die rechtzeitig herausgegebene Sache behalten haben würde. Hat sich der Besitzer durch verbotene Eigenmacht oder durch eine strafbare Handlung den Besitz verschafft, so haftet er dem Eigenthümer nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen (992). Demgemäß haftet er von der Entziehung an für allen Gewinn, den der Kläger hätte ziehen können; denn er haftet für allen aus der Entziehung entstehenden Schaden (823); ferner haftet er für Zufall in Ansehung der Sache selbst bereits von der Entziehung an so, wie der sonstige bösgläubige Besitzer von Eintritt des Verzuges an (848. vgl. auch 849). In diesem Falle ist also für die Steigerung des Anspruchs durch Proceßbeginn kein Raum mehr.

2. Die oben dargestellten Vorschriften sind übertragen auf die sonstigen dinglichen Ansprüche auf Herausgabe einer Sache, aus Erbbaurecht (1017), Nießbrauch (1065), Mobilienpfandrecht (1227); ebenso gilt das Recht der Eigenthumsklage von der Rechtshängigkeit an bei den obligatorischen Ansprüchen auf Herausgabe eines bestimmten Gegenstandes (292), hier jedoch mit dem Vorbehalt, „soweit nicht aus dem Schuldverhältniß oder dem Verzuge des Schuldners sich zu Gunsten des Gläubigers ein anderes ergibt“. Insbesondere besteht danach der Unterschied, daß der obligatorisch Verpflichtete, welcher an seine Verbindlichkeit nicht glaubt, im Allgemeinen den Verzugsfolgen schon dann ausgesetzt ist, wenn dieser Irrthum auf leichter Fahrlässigkeit beruht (276. 285), während der Besitzer bei der Eigenthumsklage nur dann nicht in gutem Glauben und deshalb den Verzugsfolgen ausgesetzt ist, wenn das wahre Sachverhältniß ihm bekannt, oder in grober Fahrlässigkeit unbekannt ist.

3. Für Obligationen anderen als des eben bemerkten Inhalts hat es sein Verwenden dabei, daß die Erhebung der Klage Verzug begründet, wenn die sonstigen Voraussetzungen des Verzuges vorliegen (284). Begründet sie nicht Verzug, so hat sie auch keine Steigerung des Anspruchs zur Folge, ausgenommen bei Geldforderungen, welche von Eintritt der Rechtshängigkeit auch ohne Verzug mit 4 % zu verzinsen sind. Werden sie nach der Rechtshängigkeit fällig, so tritt die Zinspflicht erst mit der Fälligkeit ein (291). Auch für den Unterhaltsanspruch begründet die Rechtshängigkeit die Folgen des § 1618, selbst wenn sie keinen Verzug hervorruft. Vgl. noch 818 Abs. 3.

4. Bei der negatorischen Eigenthumsklage (1004), den Klagen aus Grunddienstbarkeiten (1027), beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten (1090 Abs. 2), und bei den Besitzklagen (861 fg.) hat das BGB. die Schadensersatzansprüche aus dem Sachenrecht ganz ausgewiesen und dem Obligationenrecht überlassen; es sind also auch in Ansehung der Rechtshängigkeit die obligatorischen Grundsätze maßgebend. Daß das Gleiche auch für die Ansprüche aus dinglichem Vorkaufsrecht, Realkasten, Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld der Fall ist, wird im Allgemeinen nicht zu bezweifeln sein. Für die Hypothek ist jedoch zu beachten, daß dieselbe zwar für die gesetzlichen Zinsen der Forderung, also auch für die Proceßzinsen derselben haftet (1118), daß aber der § 1146 dem Gläubiger nur Verzugszinsen zuspricht für den Fall, daß dem Eigenthümer gegenüber die Voraussetzungen des Verzuges vorliegen; ob man analog sagen darf, daß

nach Eintritt der Rechtshängigkeit gegenüber dem Eigenthümer (auch wenn sie keinen Verzug begründet) der Gläubiger Processzinsen verlangen kann, kann nicht als sicher hingestellt werden, ist aber eine kaum praktische Frage, da gerade bei dem hier fraglichen Verhältniß eine entschuldbare Unkenntniß der Verpflichtung, welche den Verzug ausschloß, kaum jemals vorkommen wird.]

3. Ansprüche, welchen durch besondere Vorschrift die Vererblichkeit entzogen ist, gehen nach dem Processbeginn auf die Erben des Berechtigten bez. Verpflichteten über¹¹.

[Das § 68. kennt an und für sich unvererbliche, durch Rechtshängigkeit vererblich werdende Ansprüche nicht.]

4. Im älteren römischen Recht gab es noch einen anderen hierher gehörigen Satz, nämlich daß der Beginn des Processes den Anspruch gegen die Einwirkung einer erst später vollendeten Verjährung schütze¹². Im Justinianischen Recht wird durch die Erhebung des Processes eine jede Verjährung unterbrochen¹³, d. h. der Process bewirkt nicht mehr, daß die vollendete Verjährung nicht schadet, sondern daß die begonnene Verjährung nicht vollendet werden kann¹⁴.

[Auch im § 68. hat die Erhebung der Klage stets Unterbrechung der Verjährung zur Folge (vgl. ob. § 108 S. 486 unter 2.)]

§ 125.

Die in dem vorigen § bezeichnete Steigerung des klägerischen Anspruchs ist nicht die einzige Wirkung, welche der Processbeginn auf das materielle Rechtsverhältniß ausübt¹.

¹¹ § 1 I. 4, 12, l. 8 § 1 D. 27, 7, l. 26. l. 59 [58] D. 44, 7, l. 29 D. 46, 2, l. 87. l. 139 pr. l. 164 D. 50, 17, l. 1 C. 5; 54. Der Satz gilt nicht für Ansprüche, welche durch ihren Inhalt an diese bestimmte Person geknüpft sind, so nicht für den Anspruch aus dem Nießbrauch, den Anspruch auf Vollziehung oder Scheidung der Ehe, den durch den Begründungsact auf die Person dieses bestimmten Verpflichteten beschränkten Anspruch. Cf. IX. 164, XIX. 111. A. M. Heizerling APraktW. N. F. IX S. 288 in dem Sinne, „daß der Kosten und der etwa sonst sich an die Verurtheilung knüpfenden Consequenzen wegen“ der Process fortgesetzt werden dürfe. Ich halte das für unbegründet.

¹² L. 9 § 3 D. 12, 2, l. 8 § 1 D. 27, 7, l. 139 pr. D. 50, 17; § 3 I. 4, 17, l. 18. l. 20. l. 21 D. 6, 1, l. 35 D. 50, 16; l. 8 § 4 D. 8, 5.

¹³ Anerkannt ist dieß für die Anspruchsverjährung (§ 108⁴); aber auch für die übrigen Verjährungen muß es behauptet werden, obgleich es freilich hier sehr bestritten ist. S. § 180⁷, § 213⁴, § 216¹².

¹⁴ Dieser Gegensatz ist kein bloß formaler, sondern es knüpft sich an denselben eine wichtige praktische Folge an. Gegen die Einwirkung der vollendeten Verjährung schützte nämlich der Process den Anspruch nur für das in diesem Process erfolgende Urtheil; die Unterbrechung der Verjährung, welche in demselben liegt, wirkt für alle Zeiten. Vgl. l. 1 C. 7, 33.

¹ Außer dem im Folgenden Genannten wird als Wirkung des Process- § 125. beginnes gewöhnlich noch die Verpflichtung desjenigen, qui liti se obtulit (l. 45

1. Das römische Recht² schreibt vor, daß nach dem Proceßbeginn sowohl der Proceßgegenstand als der auf denselben erhobene Anspruch nicht mehr veräußert werden dürfe³, jedoch was den Proceßgegenstand angeht, nur für den Fall, wo der auf denselben erhobene Anspruch ein Eigenthums- oder Theilungsanspruch ist⁴. Die trotz des Verbotes geschehene Veräußerung ist aber nach der richtigen Ansicht nicht nichtig⁵, sondern nur für den Proceß unwirksam: derselbe kann fortgesetzt

D. 5, 3, l. 25—27 pr. D. 6, 1), aufgeführt. An und für sich gewiß richtig; nur wird hier durch den Proceß nicht das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältniß modificirt, sondern ein Rechtsverhältniß zwischen ihnen neu begründet. [Zu heutigem R. ist die Haftung dessen qui liti se obtulit als eine den allgemeinen Grundsätzen der § 261—263 C.P.O. entsprechende Wirkung des (hier wesentlich falschen) gerichtlichen Geständnisses aufzufassen. Zu betonen ist, daß die Verlegung der Wirkungen der Litiscontestation auf den Moment der Erhebung der Klage (unt. § 126) für die hier fragliche Erscheinung nicht in Betracht kommt.]

2 Mühlensbruch Cession § 29. 31 (3. Aufl. 1836). Bachofen ausgewählte Lehren des r. Civilr. Nr. 2 (1848). Strippelmann Entscheid. d. O.A.G. zu Cassel V S. 418—441 (1848). Brindmann Darstellung der römischen Grundsätze über die Litigiosität (1849). Zimmermann PraktR.W. I §. 2 S. 3 fg. (1852). Derf. ACpra. XXXV S. 431 fg. XXXVI S. 49 fg. (1852. 1853). Hartter 3 S. f. CR. u. Pr. R. 7. XII S. 395 fg. (1855). Eigenbrodt PraktR.W. VII S. 193—210 (1860). Jaun das. VIII S. 281—297 (1869). Francke Comm. üb. den Pandektentitel de hereditatis petitione S. 30—62 (1864). Schröder zur Lehre von den gesetzlichen Veräußerungsverboten S. 45—58. 84—90 (1875). Sintenis I S. 328—332. Bangerow I § 160 Anm. Nr. 5. Wächter I S. 558—562. Wegell Civilproc. § 6¹⁴ fg. § 14²⁸ fg.

3 Das ältere r. R. verbot nur die Veräußerung des Proceßgegenstandes, und (abgesehen von dem Fall der Theilungsklage, s. die folgende Note) nur durch den nicht besitzenden Kläger (Gai. IV. 117, fr. de iure fisci § 8, vgl. l. 1 § 2 D. 20, 3). Die Unveräußerlichkeit des im Streite befangenen Anspruchs ist als Regel erst von Justinian verfügt worden (l. 5 [4] C. 8, 36 [37], vgl. jedoch l. 3 eod.; nach l. 5 [4] cit. ist l. 2 eod. interpolirt, vgl. l. 1 C. Th. 4, 5. Gleichfalls erst von Justinian rührt das (allgemeine) Verbot der Veräußerung des Proceßgegenstandes durch den besitzenden Beklagten her (l. 5 [4] C. cit.) Vgl. über das Geschichtliche der Lehre namentlich Bachofen, Zimmermann, Bangerow a. a. O.O.

4 Nov. 112c. 1; l. 9 D. 10, 1, l. 13. l. 25 § 6 D. 10, 2, l. 1 C. 3, 37, l. 3 C. 4, 52. Die von Vielen behauptete Ausdehnung des Verbots auf andere Fälle des Streitens (Zimmermann Arch. XXXVI S. 59 will alle dinglichen und possessorischen Klagen hierher ziehen, s. auch Sintenis Anm. 11, Wächter S. 558. Württ. Privatr. II § 71²¹) erscheint nicht gehörig gerechtfertigt. Cf. I. 201; vgl. noch III. 23.

5 Die Behauptung der Nichtigkeit ist oft aufgestellt worden (zuletzt von Schröder S. 85 fg.), aber nicht nachweisbar. Vgl. Wächter S. 559 (Württ. Privatr. § 71²²), Jaun S. 282, Francke S. 51. Cf. XXXIII. 336.

werden, als wenn sie nicht geschehen wäre⁶. Die Reichscivilproceßordnung hat sich ausdrücklich gegen die Nichtigkeit erklärt, indem sie bestimmt hat, daß durch den Proceßbeginn das Recht zur Veräußerung nicht verloren werde⁷, und sie hat die römischen Bestimmungen dahin präcisirt, daß die Veräußerung auf den Proceß keinen Einfluß habe, und daß die gegen den Veräußerer getroffene Entscheidung auch gegen den Erwerber wirksam und vollstreckbar sei⁸.

[Unter der Herrschaft des **CCP.** werden die angeführten Bestimmungen der **CPD.** in Geltung bleiben. Den Satz, daß die Entscheidung in der Sache selbst auch gegen den Rechtsnachfolger wirksam und vollstreckbar ist (ebenso wie die Bestimmung des § 237), hatte schon die **CPD.** (238) für unanwendbar erklärt, insoweit die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über den Erwerb beweglicher Sachen, über den Erwerb auf Grund des Grund- oder Hypothekenebenduches und über den Erwerb in gutem Glauben entgegenstehen. Diese Bestimmung soll zufolge Denkschrift Anl. II S. 320 die vereinfachte Fassung erhalten: Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten.]

2. Durch die Erhebung des Processus wird die Verjährung unterbrochen; nach der Erhebung des Processus ist derjenige Zustand

⁶ L. 2 C. 8, 36 [37]: — „tamquam si nihil factum sit, lite nihilominus peragenda“. Ertritt derjenige, welcher den Proceßgegenstand vom Kläger erworben hat (⁶) fliegend auf, so wird er mit der exceptio litigiosi zurückgewiesen. (Gai. IV. 117, l. 1 § 2 D. quae res. pign. 20, 3, l. 1 § 1 D. 44, 6. Außerdem ist in l. 5 [4] C. cod. vorgeschrieben, daß derjenige, welcher vom Beklagten erworben hat, gezwungen werden könne, die erworbene Sache zurückzugeben. Wem? ist nicht gesagt. Man nimmt an: dem Veräußerer, auf Verlangen des Klägers. Eine feste Praxis gab aber auch bereits vor der **ROPD.** (⁶) dem siegreichen Kläger das **R.**, das erstrittene Urtheil direct gegen den Erwerber geltend zu machen. Zimmermann XXXVI S. 54 fg., Wegell § 47¹¹².

⁷ § 236 Abs. 1. „Die Abhängigkeit schließt das **R.** der einen oder der anderen Partei nicht aus, die in Streit befangene Sache zu veräußern oder den geltend gemachten Anspruch zu cediren.“ Damit sind auch die vom v. **R.** der Veräußerung gebrochten Strafen (l. 5 [4] C. cit.) beseitigt.

⁸ § 236 Abs. 2 und 3: „Die Veräußerung oder Cession hat auf den Proceß keinen Einfluß. Der Nachfolger ist nicht berechtigt, ohne Zustimmung des Gegners den Proceß als Hauptpartei an Stelle des Abgängers zu übernehmen [Ausnahme: § 237] oder eine Hauptintervention zu erheben . . . Die Entscheidung ist . . . auch gegen den Nachfolger wirksam und vollstreckbar“. In Betreff der Vollstreckbarkeit gegen den Nachfolger s. auch § 665. Nicht ist ausgeschlossen, daß der Veräußerer die Klage, so lange ihm dieß gestattet ist (§ 243), zurücknimmt und dann der Erwerber als Kläger auftritt. Die im v. **R.** enthaltenen Ausnahmen von dem Verbote der Veräußerung (l. 5 [4] C. 8, 36 [37] Nov. 112 c. 1) haben durch die **CPD.** ihre Geltung verloren. Vgl. über das Verhältniß der **CPD.** zum v. **R.** überhaupt Mandry S. 240 fg., Arndt in Gruch. Beitr. XXII S. 322 fg., Wach das. XXX S. 779 fg.

nicht mehr vorhanden, auf dessen ununterbrochener Fortdauer die Verjährung beruht⁹.

[§§. Vgl. ob. § 108 S. 486 fg.]

3. Wenn dem Kläger die Wahl zwischen zwei verschiedenen Ansprüchen^{9a} oder zwischen zwei verschiedenen Gegenständen desselben Anspruchs zusteht, so kann der Kläger jedenfalls, nachdem der Proceß über den einen begonnen hat, auf den andern nicht mehr zurückkommen¹⁰. In gleicher Weise ist der Proceßbeginn entscheidend, wenn verschiedenen Personen ein Wahlrecht zusteht, so daß von mehreren Ansprüchen der eine der einen, der andere der anderen zu Gute kommen soll, oder wenn mehrere Personen in Betreff eines Anspruchs in einem ausschließenden Verhältniß zu einander stehen, so daß der Anspruch nur von einer soll erhoben werden dürfen; in beiden Fällen geht diejenige Person vor, welche zuerst den Proceß begonnen hat¹¹. Wird der Proceß nicht weiter fortgesetzt, so kann dadurch die einmal getroffene Entscheidung nicht wieder rückgängig gemacht werden.

[Mit dem §§. sind die hier aufgestellten Sätze nur theilweise in Einklang. Da bei alternativer Verpflichtung das BGB. die Wahl unwiderruflich durch einseitige Erklärung des Wahlberechtigten gegenüber dem anderen Theil erfolgen läßt (263),

⁹ Der Anspruch ist kein unausgeübter mehr, der Besitz kein ungeförderter mehr u. Vgl. § 124¹³ und ¹⁴ und die dort gegebenen Citate.

[^{9a} Gemeint sind verschiedene Ansprüche auf verschiedene Gegenstände. Ueber Concurrentz von Ansprüchen auf denselben Gegenstand vgl. ob. § 121 S. 529 fg.]

¹⁰ L. 112 pr. D. 45, 1, l. ult. C. 6, 36. Möglicherweise kann sein Wahr. schon früher ausgeschlossen sein, so z. B. l. 4 § 2 D. 18, 3. Hartmann ACPr. L. S. 120 fg.

¹¹ Von dem ersten der genannten Fälle handelt l. 33 D. 30, von dem zweiten l. 11 § 21 D. 32; ferner gehört dahin der Fall der activen Correalobligation. — Dagegen wird ein dem Beklagten zustehendes Wahr. durch den Proceßbeginn nicht alterirt, selbst nicht wenn der Schuldner in Verzug ist, wie man irrthümlicher Weise namentlich wegen l. 2 § 3 D. 13, 4 angenommen hat. Wächter Erörter. III S. 117⁶⁴, Mommsen Beitr. zum Obligationenr. III S. 259 fg., Vangerow III S. 21. 22. Anders ist es jedoch in dem Fall, wo eine Verpflichtung nicht auf Eines oder das Andere geht, sondern auf Eines mit der Maßgabe, daß der Schuldner die Befugniß hat, sich der Erfüllung seiner Verpflichtung durch eine andere Leistung, an dieselbe oder eine andere Person zu entziehen (i. g. facultas alternativa); diese Befugniß verliert er durch den Proceßbeginn. L. 21 § 12. l. 22 D. 4, 8, l. 1 D. 33, 9, l. 9 D. 45, 1, l. 57 D. 46, 3, l. 16 pr. D. 46, 1 (l. 6 § 1 D. 42, 1, l. 20 § 5 D. 5, 3 enthalten eine Besonderheit für Realansprüche). Römer Leist. an Zahlungsstatt S. 69 fg.; a. W. Wächter a. a. D. ⁶⁴ a. G., Mommsen a. a. D. S. 262. 263, theilweise Regelsberger Jahrb. f. Dogm. XVI S. 163 fg. Vgl. über die ganze Lehre Wächter Erörter. III S. 115—119; auch Hartmann ACPr. L. S. 120 fg.

so muß auch die Klageerhebung des wahlberechtigten Gläubigers auf die eine der Leistungen eine unwiderrückliche Wahl in sich schließen. Der Grundsatz dagegen, daß unter mehreren Concurrenten in Fällen der im Text bezeichneten Art derjenige, welcher zuerst Klage erhebt, den anderen ausschließt, ist vom R. verworfen. So zunächst im Falle der activen Gesamttobligation (R. 428). Gesamttgläubiger werden aber beim Verfallen anderen Auswegs gemäß §§ 2151. 2152 auch mehrere Vermächtnißnehmer, von denen nur einer das Vermächtniß erhalten soll, oder von denen einer den einen und der andere den übrig bleibenden Vermächtnißgegenstand erhalten soll (vgl. ¹¹ a. Anf.).

§ 126.

In Betreff der in den beiden vorigen §§ bezeichneten Wirkungen des Proceßbeginns ist noch die Frage zu beantworten, wann man sagen könne, daß der Proceß begonnen habe. Nach der ursprünglichen Auffassung des römischen Rechts ist der Proceß nicht eher vorhanden, bis es durch die vom Beklagten auf die Klage ertheilte Antwort sicher geworden ist, daß gestritten werden wird¹. Das römische Recht hat aber im Laufe der Zeit einzelne Wirkungen des Proceßbeginnes bereits an die Ladung angeknüpft², und die Theorie und die Praxis

¹ Nach dem Ausdruck des r. R. ist dann *lis contestata*, liegt *lis contestata* vor, welchen Ausdruck die frühere deutsche Jurisprudenz durch den Ausdruck „Kriegsbefestigung“ wiedergab. Im classischen r. R. trat die *lis contestata* äußerlich sehr augenfällig in dem Uebergang der Sache von dem Magistratus an den Jurer (ex iure in iudicium) hervor. [Ueber das Wesen der *lis contestata* im Formularproceß vgl. jetzt Blausatz die l. c. im Formularproceß (1889) Breslauer Festschr. f. Windscheid S. 55 fg.; dazu Landsberg fr. RZS. XXXIII S. 331, Lenel Sav.-ZS. XV S. 374 fg. Festgestellt ist durch Blausatz und Lenel, vorbehaltlich untergeordneter Streitigkeiten über die Form, daß die l. c. wirklich ein Vertrag war: Acceptation der vom Prator ertheilten, vom Kläger dem Beklagten angebotenen Formel durch den Beklagten.] Im Justinianischen Proceß ist das natürlich weggefallen; jetzt heißt es einfach *lis contestata* sei vorhanden „post narrationem propositam et contradictionem obiectam“ (l. 14 § 1 C. 3, 1, vgl. l. un. C. 3, 9). (Besondere Ansicht bei Wiebing der Justinianische C. 37 des J. R. A. über die Schriftsteller die *lis contestata* auf den Anfang der narratio verlegt. Dagegen Bethmann-Hollweg r. Civilpr. III S. 253 und Ruther fr. RZS. IX S. 177 fg.; gegen diese wieder Wiebing das. XII S. 267.) Auch im canonischen R. und in den Reichsgesetzen ist der Begriff der *litiscontestatio* kein anderer; auf Grund einer nicht gerechtfertigten Auslegung des § 37 des J. R. A. aber hat sich in der Doctrin die Ansicht geltend gemacht, daß unter *litiscontestatio* die Erklärung des Beklagten über die Wahrheit oder Unwahrheit der vom Kläger vorgebrachten Thatsachen zu verstehen sei, gleichgültig ob in derselben eine Bestreitung des klägerischen Anspruchs liege oder damit verbunden sei, oder nicht. Vgl. Savigny § 257. 259, Wächter Erört. III S. 74 fg., Bayer Vorträge § 180—182, Wehell Civilproc. S. 117—122.

² L. 20 § 6. 11. l. 25 § 7 D. 5. 3; l. 7 pr. § 5 C. 7, 39, l. 3 C. 7, 40 (vgl. § 108⁴); l. 8 § 1 C. 6, 36; Nov. 112 c. 1.

des gemeinen Rechts sind genügt gewesen, daraus ein Princip zu bilden³. Diese Entwicklung hat jetzt ihren Abschluß in der Reichs-civilproceßordnung gefunden, welche vorschreibt⁴, daß „alle Wirkungen, welche durch die Vorschriften des bürgerlichen Rechts an die Anstellung, Mittheilung oder gerichtliche Anmeldung der Klage, an die Ladung oder Einlassung des Beklagten geknüpft werden“, mit der „Erhebung der Klage“⁵ eintreten sollen.

[Im § 58. ist im allgemeinen von Wirkungen der Rechtshängigkeit die Rede, indem es dem Proceßrecht überlassen bleibt, zu bestimmen wann Rechtshängigkeit eintritt (291. 292. 818 Abs. 4. 987. 988. 989. 1613.). Diese proceßrechtlichen Bestimmungen (4^o 5^o) sollen unverändert bleiben. In einzelnen Fällen hat das BGB. die Klageerhebung und die ihr gleichstehenden Acte als maßgebend besonders genannt (209. 284 Abs. 1.).]

B. Das Urtheil.*)

Einleitung.

§ 127.

Bedeutender noch als der Beginn des Proceßes wirkt die in dem Urtheil liegende Beendigung des Proceßes auf die Gestaltung des Rechtsverhältnisses der Parteien ein. Das Urtheil, wenn es rechts-

³ Vgl. Hierulff S. 280—284, Sintenis Erläuterungen aus verschiedenen Theilen des Civilproc. I Nr. 4 und Civilr. I § 33, Savigny VI § 278. 279, Bruns in v. Holtz. Encycl. § 27, 3, Bethell Civilproc. S. 135. Vgl. Cf. XXXIII. 302.

⁴ § 239. [Vgl. auch § 235. Die Erhebung der Klage begründet Abhängigkeit.]

⁵ § 230. „Die Erhebung der Klage erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes“. Vgl. § 460. 186 fg. 190. [Es gibt aber auch Fälle der Erhebung der Klage durch mündlichen Vortrag; vgl.:] § 461. 471. 254; [Zustellung des Zahlungsbefehls begründet die Wirkungen der Abhängigkeit:] § 633. Mandry S. 235 fg.

* Vgl. außer den vor § 124 citirten Schriftstellern: Arnold praktische Erörterungen Nr. 11 (1845). Bekker die processualische Consumtion im classischen r. R. (1853). Windscheid die Actio r. § 10—14 (1856). Endemann das Princip der Kraft (1861, vgl. fr. PZS. III S. 112—117). Krüger Processualische Consumtion und Kraft des Erkenntnisses (1864). Kleinschrod über die processualische Consumtion und die Kraft des Civilurtheils (1875). Hierulff S. 249 fg. 303 fg., Vangerow I § 173, Sintenis I § 34, Brinz II § 96 fg., Wächter I S. 563—569, Unger II § 131—133; Bethmann-Hollweg r. Civilproc. II § 110. 111, Bethell Civilproceß § 41. 47. Pfand Lehrb. d. deutsch. Civilproceßr. I § 53. — Freudenstein die Kraft nach der CCPD. und ihre Wirkungen auf die subjectiven Re. Hannover 1881. (Darüber Hellmann fr. PZS. XXIV S. 574 fg.), Klöppel die Einrede der Kraft nach der deutschen CCPD. Berlin 1882, R. Schmidt die Klageänderung (1888) S. 171 fg. — Die Schrift von P. Cogliolo, trattato teoretico e pratico della eccezione di cosa giudicata secondo il diritto romano e il codice civile italiano, vol. I

kräftig geworden ist — und in jedem Proceſſe kommt es (wenn überhaupt zu einem Urtheil) einmal zu einem ſolchen¹ — bildet fortan die unverrückbare Grundlage des Rechtsverhältniſſes^{1a} zwiſchen Kläger und Beklagtem. Mag das Urtheil den Anſpruch des Klägers anerkannt und demgemäß den Beklagten verurtheilt haben, oder mag es den Anſpruch des Klägers zurückgewieſen und demgemäß den Beklagten freigeſprochen haben², in dem einen und dem anderen Fall

(r. R.) 1868, iſt mir nur aus dem Bericht von Schneider fr. BZS. XXVIII S. 22 fg. bekannt. [Dernburg I §§ 154. 161—164, Wendt § 99, Hölder § 69, Regelsberger I § 196—198, Seuffert CPD. 293 und 231, 10. 230, 3, IV., Pland Lehrb. d. Civilpr. I § 53, Tobler Gegenſtand und Umfang der Kraft in objectiver Beziehung, Verſ. Diff. 1894, Bülow ACPr. LXXXIII (1894) S. 1 fg. (dazu Kleinſeller fr. BZS. XXXVII S. 104 fg.), E. Demelius zur Lehr v. d. Kraft d. Civilurtheils u. ſ. w. (1892) (dazu Pollak Grünh. 3S. XXI S. 779 fg.), Pollak Form und Kraft des Civilurtheils Grünh. 3S. XXII (1895) S. 489 fg. (beide Letzgenannte über öſterr. R. und deſſen Reform).]

¹ „Sententia indubitata, quae nullo remedio attemptari potest“, l. 23 § 127.

§ 1 i. f. D. 12, 6. Jetzt iſt nach dem Sprachgebrauch des heutigen und canonischen R. (c. 13. 15 X. 2, 27) „res iudicata“ vorhanden, während das r. R. (ſ. z. B. l. 7 pr. D. 2, 15) res iudicata bei jedem Urtheil annimmt. Savigny VI S. 298. 299. Die Kraft des Urtheils tritt nach dem jetzt geltenden R. (CPD. 645. 475. 476) ein, wenn daſſelbe durch die Rechtsmittel der Berufung oder Reviſion (CPD. 472—529) oder (bei Verſäumnisurtheilen) durch den Einſpruch (CPD. 303 fg. 474) nicht mehr angegriffen werden kann. Durch die Möglichkeit, das Urtheil auf dem Wege der Wiederaufnahme des Verfahrens zu beſeitigen (Nichtigkeits- und Reſtitutionsklage, CPD. 541 fg.) wird die Kraft nicht ausgeſchloſſen. In der Theorie des früheren gemeinen Proceſſes drückte man den eutſprechenden Satz ſo aus, daß die Zuläſſigkeit eines außerordentlichen Mittels die Kraft nicht excluſſe, Bayer Vorträge S. 428. 429, Weßell Civilpr. § 52¹⁰. Die CPD. wendet den Ausdruck Mittel weder auf die Nichtigkeits- und Reſtitutionsklage an (das CG. § 19 gebraucht ihn mit Rückſicht auf das frühere R.) noch auf den Einſpruch. [Die Möglichkeit, ein Urtheil durch Reſtitutions- oder Nichtigkeitsklage anzufechten, iſt im allgemeinen außer an eine Nothfriſt von einem Monate, welche mit Kenntniß der Parteien von dem Anſetzungsgrunde (jedoch nicht vor Kraft des Urtheils) beginnt, an eine absolute Zeitgrenze gebunden (fünf Jahre nach Kraft des Urtheils); anders nur bei der Nichtigkeitsklage wegen mangelnder Vertretung. In dieſem Falle beſteht nur eine Nothfriſt von einem Monat nach Zuſtellung des Urtheils an die Partei und bei mangelnder Proceßfähigkeit an ihren geſetzlichen Vertreter (CPD. 549). Es kommt alſo im allgemeinen ſtets eine Zeit, wo das Urtheil gänzlich unanfechtbar wird. Dennoch geht der Satz des Textes, daß es, wenn überhaupt zu einem Urtheil, immer einmal zu einem kräftigen komme, zu weit. Wenn nämlich die Zuſtellung des Urtheils unterbleibt, ſo treten die Mittelfriſten wie die Einſpruchfriſt nicht in Kauf (CPD. 477. 514. 304), und das Urtheil kann ewig ohne Kraft bleiben.]

[^{1a} Zu betonen, daß Rechtsverhältniſſe, nicht Thatſachen, der Kraft unterliegen. Nur über Echtheit oder Unechtheit von Urkunden gibt es kräftige Entſcheidungen (CPD. 231).]

² Ueber die Freisprechung des Beklagten kann das Urtheil, welches dem

kann seine Entscheidung von keiner der Parteien mehr in Frage

Kläger Unrecht gibt, nicht hinausgehen; es kann nicht auch den Kläger verurtheilen. Darüber im Allgemeinen Savigny VI § 289. 290. Der Kläger kann nur dann verurtheilt werden, wenn der Beklagte auch seinerseits einen Anspruch gegen denselben [nicht bloß im Wege der Einrede, sondern im Wege der Widerklage] erhoben hat, aber dann entscheidet das Urtheil eben über zwei Ansprüche, und nicht bloß über den Einen des Klägers. Eine Ausnahme von diesem in der Natur der Sache begründeten Satz bildet die Möglichkeit der Verurtheilung des Klägers zum Ersatz der durch den Proceß dem Beklagten veranlaßten Kosten (C.P.D. 87 fg. 279). Aber hier handelt es sich um einen durch den Proceß selbst begründeten Anspruch. Eine fernere Ausnahme kommt bei den Theilungsklagen vor; der Richter kann zum Zweck der Theilung auch ohne einen von Seiten des Beklagten gestellten Antrag den Kläger verurtheilen, gemäß des Grundsatzes, daß er in der Art und Weise der Theilung vollkommen freie Hand hat. Aber es ist auch der Richter in der Theilung Verwalter nicht sowohl der streitigen, als der freiwilligen Gerichtsbarkeit (vgl. II § 449¹⁶). Deshalb gilt nicht das Gleiche für die übrigen aus dem Gemeinschaftsverhältnisse sich ergebenden Verpflichtungen des Klägers, z. B. zum Ersatz gezogener Früchte oder andergerichteten Schadens. Wenn es in den Quellen von den Theilungsklagen überhaupt heißt, also auch insofern sie die vorhin bezeichneten Leistungen umfassen, daß bei ihnen der Beklagte zugleich Kläger sei, und ebenso von den *interdicta retinendae possessionis* (I. 10 D. 10, 1, l. 37 § 1 D. 44, 7), so hat das nur den Sinn, daß bei diesen Klagen die Formel (bez. das Interdict) so concipirt war, daß es auf einen von dem Beklagten gestellten Antrag auch zur Verurtheilung des Klägers kommen konnte. Deshalb hat der Begriff der *actio duplex* oder *mixta*, wie jene Klagen in den Quellen genannt werden, abgesehen von dem einen oben bezeichneten Punkt, für das heutige R. keine Bedeutung mehr. Man bestreitet das, indem man sich darauf beruft, daß bei den *actiones duplices*, anders als bei anderen von dem Beklagten geltend gemachten Ansprüchen, „Einheit des Streitverhältnisses“ stattfindet. Aber was heißt das? Ist in dieser Beziehung ein Unterschied, ob der auf Theilung Belangte Ersatz für die vom Kläger aus der gemeinschaftlichen Sache gezogenen Früchte verlangt, oder der auf Herausgabe der Kaufsache Belangte Zahlung des Kaufpreises? Oder man macht geltend, daß in beiden Fällen „in Ansehung der processualischen Verhandlung“ Verschiedenes gelte. Die Verschiedenheit ist jedoch unerfindlich. Vgl. Windscheid die *Actio r. c.* S. 27^o. Abwehr S. 40. 41; Savigny VI S. 328—330, Weßell *Civilproc.* § 5, 2. § 46, 1, Arnolds § 99 Anm., Unger § 131^o. — Der Ausführung des in dieser Note Gefagten ist gewidmet die Schrift von Ed., die doppelseitigen Klagen des r. und gem. deutsh. R., Berlin 1870. Dieser Schriftsteller bestreitet aber auch (S. 146—149), daß in der Möglichkeit der Verurtheilung des Theilungsklägers ohne Antrag des Beklagten eine Ausnahme vom Princip liege. Hiergegen Göppert fr. *BZS.* XIV S. 552 fg., welcher andererseits die Duplicität der Theilungsklagen nicht auf die im Text bezeichnete Verurtheilung des Klägers beschränkt. Vgl. auch Bekker *Aktionen* I S. 239 fg., Brinz I § 89⁴, Wendt *Faust.* S. 152 fg. Band. § 90. — Historische Frage: *actio duplex* in dem Sinne, daß es zur gehörigen processualischen Defension des Beklagten gehört, daß er seinerseits als Kläger auftritt? *Legis actio sacramento*? *Interdicta retinendae possessionis* (Gai. IV. 118, § 7 I. 4, 15)? Vgl. Krüger *fr. Versuche* S. 88 fg. Göppert a. a. O. S. 542 fg., Wach zu Keller¹¹²⁰ und unten § 159^o. [Ubbelohde *Interdicte* I S. 271 fg.]

gestellt werden³, keine der Parteien darf mehr den Beweis unternehmen wollen, daß die Entscheidung des Urtheils nicht die richtige sei⁴. Von dieser Wirkung des Urtheils — man nennt sie die Rechtskraft des Urtheils im materiellen Sinn — ist näher zu handeln (§ 129—132). Vorher aber ist (§ 128) eine andere Frage zu beantworten, die Frage nämlich, in welchem Falle das Urtheil zu verurtheilen, in welchem es freizusprechen habe. Die Regel, daß es zu verurtheilen habe, wenn es den klägerischen Anspruch begründet finde, freizusprechen, wenn es ihn unbegründet finde, reicht deswegen nicht aus, weil es, wie bereits bemerkt wurde, für den Richter unmöglich ist, in demselben Moment das Urtheil zu sprechen, in welchem der Proceß bei ihm angebracht wird. Es kann also vorkommen, daß der beim Beginne des Processes begründete Anspruch zur Zeit, wo das Urtheil gesprochen wird, nicht mehr begründet ist, und umgekehrt, daß der Anspruch zur Zeit des Urtheils begründet ist, während er beim Beginne des Processes nicht begründet war: wie ist hier zu entscheiden?

³ Man pflegt zu sagen: das Urtheil begründe eine Fiction der Wahrheit oder: es begründe formelles R. Die Stellen der Quellen, in welchen diese Wirkung des Urtheils im Allgemeinen anerkannt wird, sind: 1 25 D. 1, 5, 1. 1 § 10. 1. 3 pr. D. 25, 3, 1. 67 [65] § 2 D. 36, 1, 1. 12 § 3 D. 38, 2, 1. 6 D. 44, 2.

⁴ Es ist ohne Zweifel ein Uebel, wenn in dieser Weise in einem einzelnen Falle das Unrecht zum R. gemacht wird; aber ein viel größeres Uebel ist es, wenn es nie ein Ende des Streitens gibt. Vgl. namentlich Savigny VI § 280. Bülow ACPr. LXII S. 92 fg. greift Savigny an, indem er behauptet, daß Savigny die Kraft auf die Fiction der Wahrheit gründe. Diese Behauptung ist irrig. Für Savigny ist die Fiction der Wahrheit der Ausdruck der Kraft, nicht ihr Grund. Ihren Grund setzt er ausdrücklich in die sonst vorhandene „Gefahr einer völlig grenzenlosen Ungewißheit der R. und Vermögensverhältnisse, die sich durch viele Geschlechter hindurch ziehen kann“. Ob es eine Verbesserung ist, mit Bülow als Grund der Kraft die Verwirkung der unterliegenden Partei (wegen nicht genügender Wahrnehmung ihres R.) anzusehen, kann hier dahingestellt bleiben; ich halte es für eine Verbesserung nicht. S. auch Wach Vorträge S. 133 fg. Ein anderer neuerer Schriftsteller (Köppel [Note *] S. 60 fg.) findet den Grund der Kraft darin, daß das R. nur in dem Ausspruche des Richters zur Wirklichkeit gelange; vorher sei das R. „nur latent, als bloße Potenz“ da (S. 83). Näher ausgeführt in der Schrift: Staat und Gesellschaft, Göttingen 1877, S. 204 fg. Das geht noch über Schulze (§ 44^o 3. C.). Ein ähnlicher Gedanke aber bei Bülow Gesetz und Richteramt. Leipzig 1885. [ACPr. LXXXIII S. 61 fg.] Dawidow Hölde Pand. S. 38, Blaffak röm. Proceßgesetze S. 9 fg. Schuppe Gewohnheitsr. S. 86 fg. 189 fg. S. auch Wach Handb. des deutsch. Civilproceß. I S. 6 fg. Unterscheidend R. Schmidt Klagenänderung S. 181 fg. [Mit Bülow: Regelsberger I § 196].

Voraussetzung der Verurtheilung*.

§ 128.

1. Hört der zur Zeit des Beginnes des Processus begründete Anspruch hinterher auf, begründet zu sein¹, so ist davon auszugehen, daß der Beklagte freigesprochen werden muß; das Princip ist, daß der Beklagte nur dann verurtheilt werden kann, wenn der Anspruch gegen ihn zu der Zeit begründet ist, wo er verurtheilt werden soll². Dabei ist jedoch zu bemerken, daß der Anspruch durch den Beginn des Processus gegen gewisse Aufhebungsgründe unempfindlich wird³,

* A. C. J. Schmid *ACPra.* XXX. 7 (1847).

✓ § 128.

¹ Eine besondere Abhandlung über diesen Fall ist: H. Römer das Erlöschen des klägerischen *R.* nach der Einleitung des Processus in seinem Verhältniß zum Endurtheil (1852). Dazu die Recensionen von Beller und von Dernburg in der *Heidelb. kr. ZS.* I S. 253 fg. S. aber auch Dernburg *Pand.* I § 154. v. Liebermann der Einfluß der Existenz des klägerischen *R.* zur Zeit der *litis contestatio* auf das Urtheil. *Verl. Diff.* 1886.

² Gewöhnlich wird als Princip der entgegengesetzte Satz aufgestellt, hauptsächlich auf Grund von *Gal. IV. 114*, welche Stelle (wahrscheinlich) sagt, daß die *Proculianer* bei *stricti iudicii actiones* im Falle der Befriedigung des Klägers die *Condemnation* dennoch hätten eintreten lassen wollen. Jedoch ist jedenfalls dieser Satz später verschwunden (§ 2 I. 4, 12), und auch für das frühere *r. R.* ist es sehr zweifelhaft, ob aus der Befriedigung des Klägers ein Schluß auf andere Aufhebungsgründe erlaubt ist. Vgl. die guten Bemerkungen von Dernburg *Heidelb. kr. ZS.* S. 261. 262; Rudorff *r. RGesch.* II S. 270. Gegen die herrschende Meinung sprechen I. 16 pr. 1. 27 § 1 D. 6, 1, 1. 64 D. 7, 1, 1. 7 § 7 D. 10, 4, 1. 14 pr. D. 13, 1, 1. 12 § 3. 1. 14 § 1 D. 16, 3, 1. 37 § 6 D. 38, 1. Vgl. Wächter *Erörter.* III S. 124 fg. Cf. XIX. 31, XXXIII. 93. — Processualisches: *CPD.* 251 Abs. 1. [Nach dieser Vorschrift können *Verteidigungsmittel* bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, geltend gemacht werden ohne Unterschied, wann sie entstanden sind. Gemäß *CPD.* 686 müssen sogar *Einwendungen*, welche bis zum Schlusse jener Verhandlung entstehen, in derselben vorgebracht werden; d. h. sie können durch die *Klage* des § 686 nicht mehr geltend gemacht werden. Wenn der Beklagte nach Erhebung der *Klage* den Kläger befriedigt, so ist er als der unterliegende Theil anzusehen und gemäß *CPD.* 87 in die *Kosten* zu verurtheilen, es sei denn, er habe zur Erhebung der *Klage* keine *Veranlassung* gegeben (*CPD.* 89). S. noch *RG.* XXVII S. 365 fg.]

³ Er wird unempfindlich gegen die eintretende Unmöglichkeit der Erfüllung, wenn dabei den Beklagten eine Schuld trifft, unempfindlich in gewissem Umfang gegen den Tod des Berechtigten und Verpflichteten, und nach älterem *r. R.* (I. § 124, 4) unempfindlich gegen eine Verjährung, durch welche das ihm zu Grunde liegende *R.* aufgehoben wird. (Will man dieses Letztere so ausdrücken: nach älterem *r. R.* falle der Anspruch an und für sich weg, die *Condemnation* aber erfolge dennoch, weil der Anspruch zur Zeit des Proceßbeginnes begründet gewesen sei, so gibt man damit einmal, wenigstens was die obligatorischen Ansprüche

und ferner, daß das römische Recht allerdings in Einer Beziehung ausnahmsweise lediglich auf die Begründung des Anspruchs zur Zeit des Beginns des Processus sieht, so daß eine später eintretende Aenderung nicht schadet. Wenn nämlich ein Anspruch nur auf dasjenige geht, worum der Beklagte aus einer gewissen Thatfache reicher ist, so soll für die Frage, ob eine Bereicherung vorhanden sei oder nicht, die Zeit des Beginnes des Processus, nicht die Zeit, wo das Urtheil gesprochen wird, maßgebend sein⁴.

2. Wenn der zur Zeit des Proceßbeginnes nicht begründete Anspruch vor dem Urtheil begründet zu sein anfängt, so ist es jedenfalls ungerecht, daß der Kläger definitiv abgewiesen werde; wenn nicht in diesem Proceffe für ihn gesprochen wird, so muß ihm die Möglichkeit einer anderen Klage gewährt werden. Ob er auf dieselbe verwiesen werden soll, ist eine Frage, die nach dem jetzt⁵ gelten-

angeht, den Sinn der Quellen nicht wieder [perpetuatur actio, obligatio, f. § 124¹⁷]; jedenfalls aber darf man darin keinen Beweis für das in der vorigen Note gelegnete Princip sehen, da es sich hier um Wiederaufhebung eines Gewinnes handelt, welcher dem Beklagten lediglich durch die Dauer des Processus zugegangen ist [f. o. § 124 zu ⁸]).

⁴ L. 36 [37] pr. § 1 D. 3, 5, l. 20 D. 4, 2, l. 34 pr. D. 4, 4, l. 7 pr. § 3 D. 24, l. 1. 47 D. 46, 3, f. jedoch auch l. 36 § 4 D. 5, 3. S. auch noch l. 4 § 1. l. 6 § 4 D. 39, 3 (II § 473¹⁶⁻¹⁹). — Dagegen darf nicht als fernere Ausnahme angeführt werden, daß der mit einem Realanspruch Belangte auch dann condemnirt werde, wenn er nach dem Proceßbeginn das Eigenthum der seine Verhaftung begründenden Sache verliere; denn das ist nur für den Fall bezugt, wo er das Eigenthum durch seine That, also seine Schuld, verliert. Die Stellen, auf welche es hier ankommt, sind l. 1 § 12. 13. 16 D. 9, 1, l. 37. l. 38 pr. D. 9, 4, f. namentlich l. 1 § 13. l. 38 pr. cit. — Mandry S. 247 ist der Meinung, daß „das Verfahren der RCPD.“ für die im Text genannte Bestimmung „keinen Raum mehr lasse“. Ich halte es für zu gewagt, dieser Bestimmung eine rein processualische Bedeutung zuzuschreiben. Nur wird auch für sie der Proceßbeginn nach CPD. 289 zu bestimmen sein.

⁵ Das r. R. geht von dem Princip aus, daß das in der intentio Bezeichnete zur Zeit des Proceßbeginnes vorhanden sein müsse, das in der intentio nicht Bezeichnete nur zur Zeit des Urtheils. In diesem Sinne heißt es in l. 23 D. 5, 1: „Non potest videri in iudicium venisse id, quod post iudicium acceptum accidisset, ideoque alia interpellatione opus est“, vgl. l. 35 eod. und l. 30 pr. D. 15, 1 (f. unten). Anwendungen des Principis sind folgende. Bei der Eigenthumsklage muß das Eigenthum zur Zeit des Proceßbeginnes vorhanden sein (vgl. l. 11 § 4. 5 D. 44, 2, Savigny VI S. 67), bei der Exhibitionsklage das Interesse des Klägers (l. 7 § 7 D. 10, 4); dagegen schadet es bei beiden Klagen nicht, daß der Besitz des Beklagten erst hinterher eingetreten sei (l. 27 § 1 D. 6, 1, l. 7 § 4. l. 8 D. 10, 4), ebensowenig bei der Erbschaftsklage (l. 18 § 1 D. 5, 3, l. 16 pr. eod.) und bei der Klage aus dem Hinterlegungsvertrage (l. 1 § 21 D. 16, 3). Ferner genügt es für die Klage aus dem

den Proceßrecht nur dahin beantwortet werden kann, daß die Geltendmachung einer während des Processus entstandenen Thatfache zulässig ist, so weit darin nicht eine Aenderung der Klage liegt⁶.

Pfandverträge, daß die Zahlung der Schuld nur vor dem Urtheil eingetreten sei (I. 9 § 5 D. 13, 7 [obwohl dieß in der intentio (in factum concepta) stand! (Genel Edict S. 201.)]; bei der Klage aus dem Auftrag ist es nicht nöthig, daß die Handlung des Beauftragten, welche dem Anspruch seine concrete Richtung gibt, z. B. wirkliche Einziehung der Schuld, die eingezogen werden sollte, schon beim Beginn des Processus vorgenommen gewesen sei (I. 17 D. 17, 1, vgl. Savigny VI S. 68); die actio de peculio setzt nur voraus, daß zur Zeit des Urtheils etwas in peculio sei (I. 30 pr. D. 15, 1, I. 7 § 15 D. 42, 4 — auch ohne daß etwas beim Proceßbeginn in peculio ist, „tenet actio de peculio“ und „intenditur recto“). Die römische Regel ist natürlich ohne Umdeutung heutzutage unanwendbar; über die Umdeutungsversuche, die man gemacht hat, s. die früheren Ausgaben dieses Lehrbuchs [bis zur 5.] und Keller S. 190 fg., Savigny S. 73 fg., Wächter Erörter. III S. 126 fg., Bangerow I § 160 Anm. Nr. III 3, Briegleb verm. Abhandl. I Nr. 5, Weßell Civilpr. § 14^{97. 98}). — Nach der Vorschrift des c. R. soll die Regel des r. R. eine Ausnahme erleiden, wenn in der Klage ein Erwerbsgrund für das geltend gemachte R. nicht angegeben worden ist; in diesem Fall soll es genügen, daß das R. nur vor dem Urtheil erworben worden sei. C 3 in VI^o 2, 14.

⁶ Die RCPD. schreibt vor, „daß Angriffsmittel . . . bis zum Schluß derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, geltend gemacht werden können“ (251). Zwischen Angriffsmitteln, welche vor, und solchen, welche nach dem Beginn des Processus entstanden sind, wird nicht unterschieden. S. auch das. 240. Die Unzulässigkeit der Klageänderung [ohne Einwilligung des Beklagten (vgl. 241)] ist ausgesprochen in § 235 Abs. 2, 3. [In der Berufungsinstanz ist Aenderung der Klage selbst mit Einwilligung des Gegners unzulässig (489).] Eine unzulässige Klageänderung liegt namentlich auch dann vor, wenn für den erhobenen Anspruch ein anderer „Grund“ geltend gemacht wird, 230 Abs. 2, 2. [vgl. 240]. Bei dinglichen Ansprüchen bleibt es zweifelhaft, ob als Grund des Anspruchs das dingliche R. oder die das dingliche R. begründende Thatfache anzusehen ist. Die CPD. hat leider diese Frage nicht entschieden, so daß sich die Controverse des früheren gem. Proceßr. fortzieht. Es ist in dieser Beziehung auf die Darstellungen des Civilprocessus zu verweisen. Im Besonderen vgl. Bach Vorträge S. 15 fg. [2. Aufl. S. 19 fg.], Petersen in Gruch. Beitr. XXVIII S. 657, Fitting 3S. f. CP. IX S. 69 fg., v. Liebermann a. a. D. S. 80 fg., R. Schmidt Klageänderung S. 147 fg., Fuchs Gruch. Beitr. XXIX S. 635 fg., Wach das. XXXIII S. 1 fg. RG. X S. 434, XI S. 242. S. f. XXXIX. 144. 145. [Seuffert CPD. 240. 230, 3, IV und die dort gegebene Literaturübersicht. Für richtig halte ich die Ansicht, daß der Klagegrund das dingliche R., nicht dessen Erwerbsgrund, die Geltendmachung eines neuen Erwerbsgrundes also keine Klageänderung ist.] — In der früheren gemeinlichen Praxis war namentlich die Frage streitig, ob eine Verurtheilung zu erfolgen habe, wenn die eingeklagte Schuld erst während des Processus fällig werde. In überwiegendem Maße ist diese Frage bejaht worden (s. die früheren Ausgaben [bis zur 5.]); nach der CPD. darf ihre Bejahung nicht bezweifelt werden. RG. I S. 425, VIII S. 415. [S. f. L. 48 (RG). Seuffert CPD. 239, 2 Abs. 2. Eine andere Frage ist es, ob eine Ver-

[Im § 68. ist die Frage, welchen Einfluß es hat, wenn Voraussetzungen der Beurtheilung nach Erhebung der Klage fortfallen oder eintreten, principieell nicht entschieden. Es wird bei der Grundanschauung des Textes auch unter der Herrschaft des BGB. sein Bewenden haben müssen.

1. Der Kläger ist also abzuweisen, wenn sein Anspruch zur Zeit des Urtheils nicht mehr begründet ist. Selbst der Satz, daß bei Bereicherungsklagen über das Vorliegen der Bereicherung nur die Zeit der Erhebung der Klage entscheide, ist dem BGB. fremd; der Schuldner haftet auch bei solchen Ansprüchen von der Rechtsgiltigkeit an nur „nach den allgemeinen Vorschriften“ (318 Abs. 4), d. h. denen, welche überhaupt über die Haftung des Schuldners nach Eintritt der Abhängigkeit gelten (ob. § 124 S. 550).

2. Der Eintritt neuer dem Kläger günstiger Thatfachen kann in den Grenzen geltend gemacht werden, welche die Vorschriften über die Klageänderung ergeben. Das BGB. ändert hier nichts. Daß Klageerhebung über einen erst später fällig werdenden Anspruch zulässig ist, läßt BGB. 291 erkennen. Als Regel aber ist festzuhalten, daß nur geklagt werden kann auf Leistungen, welche spätestens zur Zeit des Urtheils fällig sind. Es ist jedoch in Aussicht genommen, in der EPO. (231 a) zu bestimmen, daß, wenn die Geltendmachung einer nicht von einer Gegenleistung abhängigen Geldforderung oder die Geltendmachung des Anspruchs auf Räumung eines Grundstücks, eines Wohnraums oder eines anderen Raumes an den Ablauf einer Kündigungsfrist geknüpft ist, Klage auf künftige Zahlung oder Räumung auf Grund der mit der Klage verbundenen oder ihr vorausgegangenen Kündigung erhoben werden kann. Ebenso soll bestimmt werden (EPO. 231 b), daß bei wiederkehrenden Leistungen auch wegen der erst nach Erlassung des Urtheils fällig werdenden Leistungen Klage auf künftige Zahlung erhoben werden kann (Denkschr. Anl. II S. 319). Auf Grund des Zurückbehaltungsrechts (BGB. 273), insbesondere wegen mangelnder Gegenleistung (322) findet Beurtheilung zur Leistung Zug um Zug statt. (274 Abs. 1. 322 Abs. 1). Hat der Kläger vorzuleisten, so kann er erst, wenn der Gegner im Annahmeverzuge ist, auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung klagen (322 Abs. 2). Im Falle der Beurtheilung zur Erfüllung Zug um Zug kann der Gläubiger seinen Anspruch ohne Bewirkung der ihm obliegenden Leistung im Wege der Zwangsvollstreckung verfolgen, wenn der Schuldner im Verzuge der Annahme ist (274 Abs. 2).

urtheilung auch über einen erst nach dem Urtheil fällig werdenden Anspruch ergehen kann. Dieß ist nur in besonders gearteten Fällen zu bejahen; vgl. ob. § 43^{6a} und f. EPO. 672 Abs. 1. Dernburg I § 154 II, 1, c. Auch kann unter Umständen eine Beurtheilung von Bedingungen abhängig gemacht werden, z. B. von einer vorherigen Sicherheitsleistung, oder einer Vorleistung des Klägers; auch kann die Beurtheilung auf Leistung gegen Gegenleistung lauten (f. EPO. 664. 671. 672. 779.). Bestritten und nicht unzweifelhaft ist, ob in Ansehung der Zwangsvollstreckung die letztere Beurtheilung ebenso zu behandeln ist, wie die Beurtheilung zur Leistung nach Vorleistung. Dagegen Seuffert EPO. 664, Ripp Beurtheilung zu Willenserklärungen (Wieler Festgabe für Jhering S. 104 fg.); dafür Bach Vorträge S. 322 fg.; weitere Literatur bei Seuffert a. a. D. Für den Fall der Beurtheilung zur Abgabe einer Willenserklärung ist die Frage zweifellos zu bejahen (EPO. 779 Abs. 1), vgl. noch Dernburg a. a. D.]

Diese Vorschrift ist für anwendbar erklärt auch auf den Fall der Verurtheilung zur Leistung nach Empfang der Gegenleistung (§22 Abs. 3). Hierbei müßte aber berücksichtigt werden, daß der Annahmeverzug des Gegners bereits Voraussetzung dieser Verurtheilung ist, seine Feststellung also nach dem Urtheil keine Schwierigkeiten mehr bereiten darf. Damit stimmen leider die in Aussicht genommenen Vorschriften der C.P.D. nicht überein. Bei der Verurtheilung zur Erfüllung Zug um Zug kann der Gläubiger eine vollstreckbare Ausfertigung des Urtheils nur auf Anordnung des Vorsitzenden erlangen (C.P.D. 666 Deutschr. Anl. II S. 335). Er kann sie sich geben lassen auf Grund des Beweises, daß der Schuldner in Ansehung der ihm gebührenden Leistung befriedigt ist oder sich im Verzuge der Annahme befindet. Lautet die Verurtheilung auf Abgabe einer Willenserklärung, so ist dieß der einzige Weg. In anderen Fällen kann der Gläubiger die vollstreckbare Ausfertigung auch ohne jenen Beweis verlangen. (C.P.D. 664 a. a. D.) Wählt er das letztere, so muß der Gerichtsvollzieher den Schuldner bei Beginn der Zwangsvollstreckung in Annahmeverzug setzen (C.P.D. 676 a. a. D. S. 338); eine gerichtliche Vollstreckungsmaßregel ist aber auf Grund einer so ertheilten Ausfertigung überhaupt nicht zu erlangen. (C.P.D. 684 Abs. 4 a. a. D. S. 339.) Alle diese Vorschriften sollen auch für die Verurtheilung zur Leistung nach Empfang der Gegenleistung gelten. Dieß ist ungereimt, weil hier bereits urtheilsmäßig feststeht, daß der Beklagte im Annahmeverzuge ist. Die unberechtigten praktischen Schwierigkeiten, welche dem Gläubiger aus den vorgeschlagenen Bestimmungen erwachsen, mindern sich freilich, wenn man annimmt, daß der Vorsitzende den Beweis des Annahmeverzuges aus dem Urtheil selbst entnimmt und daraufhin die vollwirksame vollstreckbare Ausfertigung anordnet. Dieß bleibt aber eine juristische Ungereimtheit und praktisch bleibt die unnütze Schwierigkeit bestehen, daß überhaupt der Gläubiger die vollstreckbare Ausfertigung nur auf Anordnung des Vorsitzenden erhält. Vgl. hierüber (die neue Fassung der Vorschläge ist noch schlimmer als die frühere) Ripp a. a. D. (*) S. 109 fg., Wach Vorträge 2. Aufl. S. 326. fg. **.]

Rechtskraft des Urtheils.

§ 129.

1. Das verurtheilende Urtheil gibt dem Kläger einen neuen und selbständigen Grund, Befriedigung seines Anspruchs zu verlangen. Der Kläger braucht auf das ursprüngliche Rechtsverhältniß nicht mehr zurückzugehen, und ebensowenig braucht er sich aus dem ursprünglichen Rechtsverhältniß Einwendungen gefallen zu lassen; er hält dem Gegner das Urtheil entgegen und verlangt von ihm, daß er dem Urtheil gehorche; thut der Gegner das nicht, so tritt unmittelbar Zwang gegen ihn ein¹. Insofern kann man sagen, daß für den

§ 129.

¹ Natürlich nicht ohne Antrag des Klägers. Derselbe war auch nach früherem gemeinen Proceßr. keine Klage, weil er von dem Richter keine Entscheidung verlangte; man sprach von *imploratio iudicis* (vgl. Buchta II S. 214 fg., Savigny VI

Kläger durch das Urtheil ein neuer Anspruch begründet werde, und in der That findet sich diese Auffassung in den Quellen nicht bloß ausgesprochen², sondern in einzelnen Anwendungen auch praktisch durchgeführt³. Aber diese Auffassung wird nie durchgeführt zum

§ 295*, Wegeß Civilproc. § 47 hinter¹¹⁵). R. R.: Eisele Abhandlungen zum r. Civilproc. S. 127 fg. Für das jetzt geltende R. kommt hinzu, daß der Antrag auf Zwangsvollstreckung nicht nothwendig an das Gericht geht. CPD. 674. Etwas Anderes ist die Klage auf Erlaß eines Vollstreckungsurtheils in Betreff einer an sich der Vollstreckung nicht fähigen Entscheidung. CPD. 660. 868 [wieder etwas anderes die Klage auf Ertheilung der Vollstreckungs-Clausel nach] CPD. 667 [704].

² Das r. R. sagt, aus dem Urtheil entsche die actio iudicati: in l. 4 § 7 D. 42, 1 ist geradezu von einer „obligatio quae ex causa iudicati descendit“, in l. 8 § 3 D. 46, 2 von einer „obligatio iudicati“ die Rede (in l. 3 § 11 D. 15, 1 heißt es: „iudicati velut obligatio“). Vgl. l. 9 § 8 D. 15, 1, l. 16 § 6 D. 20, 1, l. 37 § 6 D. 38, 1. — Ueber die processualische Bedeutung der actio iudicati im heutigen R. (ob sie neben der imploratio iudicis ein zweites und selbständiges Hülfsmittel zur Geltendmachung des Urtheils sei) wurde in dem früheren gemeinen R. gestritten. Wegeß Civilproc. § 47¹¹⁵, Buchta II S. 214 fg., Savigny VI § 295*, Renaud Civilproc. § 159. Vgl. auch Degenkolb Einlassungszwang und Urtheilsnorm S. 80 fg. Cf. IX. 336, XI. 104, XVI. 269, XVII. 192, XX. 190, XXIV. 290, XXIX. 276; XVI. 268. Jedenfalls nach der CPD. hat sie eine selbständige processualische Bedeutung nicht mehr. Mandry 281. S. aber auch Cf. XLII. 3 (HG.). [Die Frage ist keine bloß terminologische, sondern es fragt sich, wie weit im Gegensatz zum Vollstreckungsauftrag an den Gerichtsvollzieher (CPD. 674) und zu Anträgen auf gerichtliche Vollstreckungsmaßregeln (CPD. 729 fg. 773—775) der Weg der Klage im ordentlichen Civilproceß zu betreten ist. Das Reichsgericht nimmt mit Recht an, daß auf Erfüllung des Urtheils Klage erhoben werden kann in den Fällen, in welchen wegen eines rlichen Hindernisses nicht ohne weiters Urtheil die Zwangsvollstreckung zu erlangen ist. Zu beachten ist namentlich, daß, wenn die in dem Urtheil enthaltene Entscheidung nicht zur Zwangsvollstreckung reif ist, sie der Vollstreckbarkeit nur durch eine zweite Klage zugeführt werden kann. Diese Klage nimmt die Kraft des früheren Urtheils, so weit sie reicht, zum Klaggrunde. So insbesondere, wenn auf Grund eines Feststellungsurtheils eine Leistungsklage erhoben wird. — Die CPD. kennt kein besonderes Verfahren zur Aufklärung von Dunkelheiten oder Widersprüchen der in dem Urtheil getroffenen Entscheidung (abgesehen von der Berichtigung offenerbarer Versen im Sinne der § 290 CPD.). (Cf. XLIV. 226.) In solchen Fällen kann der Kläger versuchen, das Urtheil in dem Sinne, in welchem er es auslegt, zur Vollstreckung zu bringen und Einwendungen des Gegners gemäß CPD. 685 abwarten. Er kann aber zweifellos auch mittels neuer Klage vorgehen und Interpretation des Urtheils erstreiten. Immer ist der Weg der Klage zu beschreiten, wenn der Kläger bei einem nicht auf Gelbleistung gerichteten Urtheil statt anderer Methoden der Zwangsvollstreckung sein Interesse verlangt (CPD. 778).]

³ Der Urtheilsanspruch ist vererblich, wenn auch der Klagenanspruch es nicht war, und ebensowenig unterliegt er der Verjährung des Klagenanspruchs, l. 6 § 3 D. 42, 1. Er erfaßt das Peculium, auch wenn der Anspruch es nicht that, l. 3 § 11 D. 15, 1. In l. 3 pr. C. 7, 54 wird das Aufhören des Zinseufers

Nachtheile des Klägers; wo der Kläger durch dieselbe Schaden erleiden würde, wird die andere Seite der Sache, welche ebenso wahr und wahrer ist, herausgekehrt, nämlich die, daß der durch das Urtheil begründete Anspruch materiell kein anderer ist, als der in der Klage geltend gemachte, daß das Urtheil einen Anspruch nicht sowohl schafft als anerkennt⁴. Das Verhältniß ist also kein anderes, als das in Folge des Proceßbeginnes eintretende; auch durch das Urtheil wird nicht der bestehende Anspruch aufgehoben und ein anderer an dessen Stelle gesetzt: es erhält nur der von Anfang an vorhandene Anspruch durch das Urtheil seine definitive Gestaltung⁵.

2. Das freisprechende Urtheil beseitigt den klägerischen Anspruch, wenn er wirklich begründet war, so daß er fortan nicht mehr vorgebracht werden kann; geschieht es dennoch, so wird ihm aus dem Urtheil eine Einrede, die Einrede der abgeurtheilten Sache, entgegen gesetzt⁶. Daß die Beseitigung des klägerischen Anspruchs eine natürliche Verbindlichkeit mit den Wirkungen, deren eine solche Verbindlichkeit fähig ist, übrig lasse, ist eine nicht zu rechtfertigende Behauptung⁷; nur das wird zugestanden werden dürfen, daß die freiwillige

nach gefälligem Urtheil darauf zurückgeführt, daß jetzt eine neue Verbindlichkeit vorliege (vgl. ^{6a}). S. auch l. 37 § 6 D. 38, 1.

⁴ Deswegen dauert nach dem Urtheil die Verhaftung des Bürgen fort (l. 8 § 3 D. 46, 1, l. 28 C. 8, 40 [41]) und der Verpfändete, welcher im Verzug war, hört durch das Urtheil nicht auf, es zu sein (l. 3 pr. D. 22, 1). Die Fortdauer des Pfandr. (l. 13 § 4 D. 20, 1, l. 8 C. 8, 13 [14]) gehört nicht hierher; sie erklärt sich schon daraus, daß „suas condiciones habet hypothecaria actio“ (vgl. oben § 112⁵).

⁵ Auch für das Urtheil ist die Frage, ob es eine Novation enthalte, vielfach aufgeworfen und oft bejaht worden. Man hat sich dafür auf Gai. III. 180 und l. 3 C. 7, 54 berufen. Aber diese Stellen haben gegenüber den in der vorigen Note angeführten Thatsachen keine Beweiskraft. Ueber die letzte Stelle im Besonderen s. Wächter Erörter. III S. 48 und Windscheid die Actio zc. S. 116. Im Allgemeinen vgl. Wächter a. a. O. S. 47 fg., Buchta II S. 209 fg., Savigny V § 268^c und S. 307, Bekker processual. Consumtion S. 293 fg., Windscheid die Actio zc. § 12, Wegeh. Civilproc. § 47 z. A., Unger II § 133, Pernice Parerga II S. 46. 53. Vgl. Cf. VIII. 92, XXIX. 83, XXXII. 187. Die Bestimmung des r. R., daß, wenn der Urtheilsanspruch nicht binnen vier Monaten erfüllt werde, der Schuldner 12 pCt. Zinsen zahlen, dafür aber auch während der bezeichneten Zeit aller weitere Zinsenlauf aufhören solle, (l. 1. 2. 3 C. 1, 54, l. 13 C. 4, 32.) gilt heutzutage nicht mehr. Sie ist aufgehoben durch das EG. z. CPD. § 14 Abs. 2, 4. Auch für das frühere gem. R. wurde die Geltung dieser römischen Vorschrift bestritten. Savigny VI S. 412, Rommensen Beitr. III S. 247, Wegeh. Civilpr. § 47^{100-110b}.

⁶ Die *exceptio rei iudicatae*.

⁷ Die Frage ist sehr bestritten. Für die Fortdauer der natürlichen Verbind-

Erfüllung des mit Unrecht abgesprochenen Anspruchs nicht unter den Begriff der Schenkung fällt⁸.

[3. Bei dem Urtheil auf eine Feststellungsklage ist zu unterscheiden. a. Wird die Klage wegen mangelnden Interesses an der alsbaldigen Feststellung zurückgewiesen, so entsteht keine Rechtskraft über den Inhalt der begehrten Feststellung. b. Wird einer positiven Feststellungsklage gemäß erkannt, so ist der Inhalt der in dem Urtheil enthaltenen Feststellung der Rechtskraft theilhaftig. c. Wird eine positive Feststellungsklage als unbegründet abgewiesen, so ist das contradictorische Gegentheil der begehrten Feststellung rechtskräftig festgestellt; wenn also z. B. die Feststellung einer Forderung, eines

sichkeit haben sich unter den Neueren erklärt namentlich Hieruff S. 43* (für das heutige R. behauptet dieser Schriftsteller jedoch das Gegentheil), Buchla I S. 315 fg. (mit derselben Unterscheidung, f. II S. 200. 201), Fein ACPr. XXVI S. 162 fg. 359 fg., Ryls Lehre von den Schulverhältnissen I S. 39; dawider v. d. Pfordten ACPr. XXIV S. 108 fg., Flach JS. f. GR. u. Pr. XIX S. 397 fg., Wächter Erbrt. III S. 135 fg., Bangerow § 173 Anm. 1, Scheurl tr. VZS. IV S. 525 fg., Voß ACPr. LVIII S. 360 fg.; einzelne Wirkungen der natürlichen Verbindlichkeit sprechen ab Savigny Obligationenr. I S. 81 fg., Schwaneert Naturalobligationen S. 439 fg., Dernburg Pfandr. II S. 585. 586. Compensation 2. Aufl. S. 471. Pand. II § 5¹², f. auch Westerburg APraktW. R. F. IX S. 362 fg. Entscheidend für die hier verteidigte Meinung ist, daß darin ja eben die Bedeutung der Kraft des Urtheils besteht, daß durch dasselbe das Verhältniß der Parteien definitiv festgestellt werden soll; ferner die Befreiung der Pfänder durch das freisprechende Urtheil (l. 13 D. 20, 6, gegen welche Stelle l. 27 D. 20, 1 selbst dann nichts vermögen würde, wenn es auch nöthig wäre, sie von einem Urtheil zu verstehen [Proceßverjährung!] — die Fortdauer des Pfandr. beweist nicht für die natürliche Verbindlichkeit, wohl aber seine Nichtfortdauer gegen dieselbe). Von der anderen Seite beruft man sich auf l. 38 und l. 60 pr. D. 12, 6. Aber die erste Stelle schließt das Rückforderungs- des Gezahlten offenbar deswegen aus, weil sie annimmt, der Zahlende habe gewußt, daß er nicht zu zahlen brauche (durch das „iudex . . male absolvit“ soll erklärt werden, wie der Zahlende dazu komme, dennoch zu zahlen). Mehr Schwierigkeit macht l. 60 cit. Man erwäge aber Folgendes. Die Stelle entscheidet, daß der wahre Schuldner, welcher zahle, ohne den Ausgang des Proceßes abzuwarten, nicht mit Berufung darauf zurückfordern könne, daß er möglicherweise, wenn er den Proceß fortgesetzt hätte, hätte freigesprochen werden können. Diese unzweifelhaft richtige Entscheidung motivirt sie nun nicht damit, daß er eben als wahrer Schuldner gezahlt habe, sondern mit der Berufung darauf, daß er auch im Falle der Freisprechung nicht hätte zurückfordern können, weil er immerhin debitor naturalis geblieben wäre. Diese unwichtige Motivirung einer richtigen Entscheidung reicht nach meiner Ueberzeugung nicht hin, um die oben angeführten Gründe zu überwinden. Vgl. auch Wegell Civilproc. § 47 hinter¹. Cf. XXXIII. 339 (RDCG.). [Regelsberger I § 196, IV. Hoeniger Bleibt der mit Unrecht absolvirte Schuldner naturaliter verpflichtet? Erl. Diss. 1897. Resultat: Rein.]

⁸ Es ist hier das § 112^{5a} Gesagte zu wiederholen.

Eigenthums verlangt wurde, so steht fest, daß der Kläger diese Rechte nicht hat. d. Wird einer negativen Feststellungsfrage gemäß erkannt, so ist die in dem Urtheil enthaltene Negation rechtskräftig festgestellt. e. Wird eine negative Feststellungsfrage als unbegründet abgewiesen, so ist bestritten, ob, aber zu bejahen, daß hiermit die Position rechtskräftig feststeht, deren Negation die Klage verfolgte. Hatte der Kläger z. B. die Feststellung begehrt, daß er nicht Schuldner des Beklagten sei, so liegt in der Abweisung die Feststellung, daß er es ist⁹.

4. Die Urtheile, welche einer Klage der in § 122⁷ a. E. bezeichneten Art stattgeben, setzen mit Rechtskraft die Rechtswirkungen, auf deren Eintritt sie gerichtet sind; sie begründen z. B. Eigenthum, heben eine Ehe (durch Scheidung) auf.

5. Die Rechtskraft des Urtheils besteht im öffentlichen Interesse und beruht auf einem Satze des zwingenden Rechts. Die Parteien können auf die Wirkungen der Rechtskraft nicht verzichten¹⁰. Etwas anderes ist der Verzicht auf die Ansprüche, welche das Urtheil zuerkennt, oder die Uebernahme der Verpflichtungen, von welchen es absolvirt hat, oder die Beseitigung von Rechtswirkungen, welche es im Falle 4 geschaffen hat¹¹. Nicht entgegen steht der Annahme der

[⁹ RG. XXIX S. 345 fg. hat sich jetzt dieser Auffassung angeschlossen. Auch Wach Vorträge S. 138 vertritt dieselbe. Im übrigen vgl. zu 3 die Litteratur bei Seuffert CPD. 231, 10.]

[¹⁰ Hierzu und zum Folgenden Fischer in Beller und Fischer Beiträge z. Erläut. des I. E. BGB. §. 6. S. 139 fg., Hölder ACPr. LXXIII S. 153 fg., Pand. S. 391, Regelsberger I § 196 zu¹⁴ und in vorzüglicher Ausführung, Bülow ACPr. LXXXIII S. 1 fg.; vgl. auch die das. S. 8⁹ ferner Genannten. Zustimmung Kleinfeller fr. BZS. XXXVII S. 104 fg., Dertmann Vergleich (1895) S. 206 fg.; dagegen für das r. R. Pergament Sav.-ZS. XVI S. 359; zweifelnd Witthoff Hat das rkräftige Urtheil . . . absoluten Charakter . . .? Erl. Diff. 1896 (f. bef. S. 45 fg.). Processualisch kommt der Satz des Textes dadurch zum Ausdruck, daß das Gericht die Zulässigkeit der Mittel und des Einspruchs von Amtswegen zu prüfen und diese Mittel zu verwerfen hat, wenn sie unzulässig sind, sollten auch die Parteien über ihre Zulässigkeit einverstanden sein (CPD. 306. 497. 529). — Es gibt auch umgekehrt keine gültige Vereinbarung der Kraft eines nicht rkräftigen Urtheils (RG. XXXVI S. 381 fg.). Herbeiführung der Kraft durch Verzicht auf Mittel ist etwas anderes.]

[¹¹ Der Verzicht auf die Kraft des Urtheils würde nur die vor dem Urtheil bestehende Ungewißheit wiederherstellen, nicht aber identisch sein mit einem Verzicht des Klägers auf den geltend gemachten Anspruch. Freilich kann der Verzicht auf die Geltendmachung des Urtheils eine Ausdrucksform für den Verzicht auf die zuerkannte Stellung sein; dann ist dieser Verzicht (im allgemeinen) gültig.]

absoluten Rechtskraft auch der Satz, daß dieselbe im zweiten Proceß unberücksichtigt bleibt, wenn ihr thatsächlicher Grund in diesem Proceß parteiseitig keine Erwähnung findet¹². Dieß beruht auf der Verhandlungsmaxime. Die Rechtskraft ist aber nicht nur dann zu berücksichtigen, wenn die daran interessirte Partei, sondern auch dann, wenn der Gegner sie in dem zweiten Proceß erwähnt hat. Der besonderen Anrufung im Sinne des ob. § 47 C. 177 fg. Gesagten bedarf die Rechtskraft nicht¹³.]

[§ 68. vgl. § 131.]

§ 130*.

Die Einrede der abgeurtheilten Sache setzt nicht nothwendig voraus, daß der zurückgewiesene Kläger ganz das Gleiche vorbringe, was er in dem früheren Proceß vorgebracht hat; ja sie setzt nicht nothwendig voraus, daß es ein zurückgewiesener Kläger sei, welcher zum zweiten Mal auftritt, sie kann auch einem verurtheilten Beklagten entgegenstehen¹. Hierüber ist im Einzelnen Folgendes zu bemerken.

1. Die Einrede der abgeurtheilten Sache wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der in dem früheren Proceß vorgebrachte Anspruch gegenwärtig unter Aenderung des rechtlichen Gesichtspunktes, unter Berufung auf einen andern Rechtsatz, wieder vorgebracht wird. In-

[¹² Die Gültigkeit des Verzichts auf die Kraft würde bedeuten, daß, wer verzichtet hat, die Kraft nicht mehr geltend machen kann, auch wenn er will.]

[¹³ Fischer a. a. O. C. 139 unt., Bülow a. a. O. C. 28 fg. machen mit Recht darauf aufmerksam, daß die Kraft schon im Formularproceß nicht immer *ope exceptionis*, sondern zum Theil *ipso iure* wirkt (Gai. IV, 106—108); aber auch soweit ersteres der Fall war, folgt daraus nichts über die Bedeutung der Kraft im heutigen R. (vgl. ob. § 47¹ und Bülow C. 21 fg.). Von den Gründen, welche es rechtfertigen, eine Einrede nur auf besondere Anrufung zu berücksichtigen (ob. C. 177 fg.) trifft hier keiner zu.]

* Dig. 44, 2 de exceptione rei iudicatae.

¹ Das römische Recht sagt, die *exceptio rei iudicatae* sei begründet: „*quo-§ 130. tiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur*“, l. 3. l. 7 § 1. 4. l. 19. l. 22. l. 30 § 1 D. 44, 2. In anderen Stellen wird verlangt, daß es sich in dem zweiten Proceß um „*eadem res*“ handle, l. 5. l. 7 pr. l. 14 pr. l. 27 D. 44, 2. Man wird hier unter *eadem res* nichts Bestimmteres verstehen dürfen, als was das Wort sagt: dieselbe Sache (Streitsache). Bethmann-Hollweg r. Civilpr. II § 111⁴⁶ bezieht die „*eadem res*“ auf die negative, die „*eadem quaestio*“ auf die positive Function der *exc. rei iudicatae* (s. diesen § a. C.) [Vgl. Dernburg I § 162, 4.] Die jetzt geltende, von der C.P.D. 293 aufgestellte Regel ist enger. Nach derselben wird kräftig nicht die in einem Proceß über eine streitig gewordene Frage getroffene Entscheidung, sondern nur die über den erhobenen Anspruch getroffene. C. 21a.

dem entschieden ist, daß ein Anspruch nicht begründet sei, ist entschieden, daß er überhaupt, nicht bloß, daß er nach diesem oder jenem rechtlichen Gesichtspunkt nicht begründet sei².

2. Berufst man sich für das in dem früheren Proceß in Anspruch Genommene gegenwärtig auf einen andern Thatbestand (Erwerbgrund)³ so ist zu unterscheiden³, ob es ein dingliches oder ein obligatorisches Recht ist, welches geltend gemacht wird. Ist es ein obligatorisches Recht, so ist durch Aenderung des Erwerbgrundes die Einrede der abgeurtheilten Sache ausgeschlossen; das frühere Urtheil hat nicht entschieden, daß ein obligatorisches Recht dieses Inhalts, sondern, daß ein obligatorisches Recht dieses Inhalts auf Grund dieses Thatbestandes nicht begründet sei⁴. Ist es dagegen ein dingliches Recht, so ist trotz des geänderten Erwerbgrundes die Einrede der abgeurtheilten

² Wenn Jemand den Anspruch erhebt, daß ein von ihm Beauftragter ihm eine bestimmte Summe Geldes, welche er für ihn eingezogen habe, herausgebe, und sich dafür auf die Grundsätze vom Auftragsvertrag beruft (*actio mandati*), aber abgewiesen wird, so kann er nicht dieselbe Summe Geldes ein zweites Mal mit Berufung auf die römischen Grundsätze von der freiwilligen Geschäftsführung (*negotiorum gestio*) oder mit Berufung darauf einklagen, daß der Gegner aus seinem Vermögen ohne rechtfertigenden Grund bereichert sei (*condictio sine causa*), l. 5 D. 44, 2 (eine Stelle, welche, wenn sie ursprünglich ohne Zweifel von der *cautio iudicio sisti* [oder vielmehr vom *vadimonium* vgl. Venel Edict S. 400, Ripp *Vitiidenuntiation* S. 116 fg., J. C. Naber, *observatiunculae de i. Rom. II.*] gehandelt hat, doch jedenfalls von den Compilatoren auf die *exceptio rei iudicatae* bezogen worden ist). S. XXIV. 278. Wer mit der Klage auf Rücknahme der gekauften Sache wegen Fehlerhaftigkeit derselben (*actio redhibitoria*) abgewiesen worden ist, kann nicht ein zweites Mal auftreten und sich darauf berufen, er könne verlangen, daß der Kaufpreis um so viel gekürzt werde, als die Sache wegen des Fehlers weniger werth sei (*actio quanti minoris*), nun aber sei sie ihm gar nichts werth, also müsse ihm doch das Gezahlte gegen Rückgabe der Sache wiedergegeben werden; und ebenso gilt das Umgekehrte. L. 25 § 1 D. 44, 2. Vgl. R. Schmidt Klagenänderung S. 222².

³ Vgl. hierzu im Besonderen noch Voigt *condictiones ob causam* § 29, Fhering Geist des r. R. III S. 39 fg.

³ Zu allgemein ist es, wenn für die *exceptio rei iudicatae* überhaupt in l. 27 D. 44, 2 Identität der „*causa proxima actionis*“, in l. 14 pr. eod. Identität der „*causa petendi*“ verlangt wird, wie letztere Stelle im Verlaufe (§ 2) selbst anerkennt.

⁴ L. 14 § 2 D. 44, 2 „*Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod, cum eadem res ab eodem mihi debeat, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitatur*“. Es kann nicht ein Urtheil, welches eine Kauforderung auf 100 abspricht, einer Darlehnsforderung auf 100 entgegengesetzt werden. Vgl. l. 22 i. f. D. 44, 2, l. 18 D. 44, 7, l. 93 § 1 D. 32. S. V. 237, XXIV. 279, XXXVII. 159. Vgl. R. Schmidt Klagenänderung S. 223.

Sache dennoch begründet; das frühere Urtheil hat entschieden, daß ein Recht dieses Inhalts an dieser Sache, nicht bloß, daß auf Grund dieses Thatbestandes ein Recht dieses Inhalts an dieser Sache nicht begründet sei⁵. Jedoch ist dieß nur unter der Voraussetzung wahr, daß nicht durch die Klage die Verhandlung auf einen bestimmten Erwerbgrund beschränkt worden ist. In der bloßen Nennung eines Erwerbgrundes darf eine solche Beschränkung nur dann gefunden werden, wenn man von der Ansicht ausgeht^{6a}, daß die Nennung eines Erwerbgrundes in der Klage nothwendig sei⁶. Selbstverständlich ist,

⁵ L. 14 § 2 cit. „At cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur; neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest“. L. 11 § 5 eod.: — „qualecunque et undecunque dominium adquisitum habuit, vindicatione prima in iudicium deduxit“. L. 11 § 1. l. 30 pr. D. 44, 2, l. 159 D. 50, 17, l. 3 § 4 D. 41, 2.

^{6a} Bgl. § 128^o.

⁶ Ueber diesen Punkt herrscht viel Streit. Was das r. R. angeht, kommen in Betracht l. 11 § 2 und l. 14 § 2 D. 44, 2. In früherer Zeit galt es für unzweifelhaft, daß in diesen Stellen der Satz enthalten sei, daß durch Nennung eines bestimmten Erwerbgrundes in der Klage die Kraft des Urtheils auf diesen Erwerbgrund beschränkt werde. Hiergegen trat Buchta (Rhein. Mus. II S. 251 fg. III S. 467 fg. [1828. 1829], ff. Schriften Nr. IX) auf, indem er die entscheidenden Worte „causa adiecta“ und „non expressa causa“ erklärte: wenn später ein anderer Erwerbgrund eingetreten ist, und: da der Erwerbgrund, wie es nothwendig ist, nicht genannt ist. Buchta sind andere Schriftsteller gefolgt, so Bangerow I § 173 Anm. 1 Nr. IV a. E., Buchta I S. 145, Sintenis I § 34^o und Erläuterungen I S. 220 fg.; gegen ihn s. namentlich Savigny VI Weil. XVII, Briegleb vermischte Abhandlungen I Nr. 3, Bekker fr. VJZ. X S. 407 fg., [Hölder S. 389⁷.] Auch ich halte die Buchta'sche Erklärung nicht für richtig, glaube aber andererseits nicht, daß die angeführten Stellen einen Beweis dafür enthalten, daß nach heutigem R. die Nennung des Erwerbgrundes in der Klage die Kraft des Urtheils für jeden andern Erwerbgrund unbedingt ausschliesse. Denn auch nach r. R. hatte die Nennung des Erwerbgrundes als solche diese Wirkung nicht; es war vielmehr ein Zusatz in der intentio oder eine praescriptio nöthig, also eine Beschränkung der Verhandlung auf diesen einen Punkt. Eine solche Beschränkung liegt aber in der Nennung eines Erwerbgrundes nur unter der im Text bezeichneten Voraussetzung. Das war schon nach früherem gem. Proceßr. so, und ist in gleicher Weise wahr für das R. der OBD. Gehört der Erwerbgrund [wie anzunehmen ist] nicht zum „Grund des erhobenen Anspruchs“ (OBD. 230), so wird durch die wirkliche Nennung eines Erwerbgrundes das R. des Klägers nicht ausgeschlossen, im Lauf der Verhandlung jeden andern Erwerbgrund geltend zu machen (OBD. § 240. 251), [und dem entspricht es, daß die Kraft des Urtheils jeden Erwerbgrund erlobigt, welcher (angeblich) entstanden ist bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht (OBD. 251), gleichviel, ob er thatsächlich geltend gemacht ist, oder nicht.] Bgl. noch Buchta II S. 192 fg., Wächter II S. 445, Schmid Handb. des gem. deutsch. bürg. R. I S. 318—322, Pagenstecher Lehre vom Eigenthum III S. 18—22,

daß die Einrede der abgeurtheilten Sache auch dann nicht begründet ist, wenn der jetzt vorgebrachte Erwerbgrund später ist, als das früher gefällte Urtheil; dasselbe hat natürlich das dingliche Recht nicht für alle Zeiten negirt, sondern nur für die Zeit, wo das Urtheil gefällt worden ist⁷.

3. Die Entscheidung über das Ganze ist auch die Entscheidung über den Theil; wem das Ganze abgesprochen ist, dem ist auch der Theil abgesprochen. Das gilt nicht bloß von dem Gegenstande des Rechts⁸, sondern auch von dem Rechte selbst⁹. Nur muß, damit die Einrede der abgeurtheilten Sache begründet sei, der Theil auch wirklich als Theil, und nicht als ein Selbständiges in Anspruch genommen werden¹⁰⁻¹². Handelt es sich nicht von dem Verhältniß eines Ganzen zu seinem Theil, sondern nur von einem Mehr oder Minder, so ist zu sagen, daß zwar die Aberkennung des Minder auch die Aberkennung des Mehr enthält¹³, dagegen die Aberkennung des Mehr die

Regell Civilproc. § 47⁶⁰⁻⁶³, Cf. I 123, XXIX. 81, vgl. XXVII. 278, XXXII. 359. Für das R. der CPD.: Freudenstein S. 129 fg., Bach Vorträge S. 23. [2. Aufl. S. 27 fg.*] Cf. XLII. 331. [Für Beschränkung der Akraft auf den vorgebrachten Erwerbgrund: Dernburg I § 163, II, 1, Wendt S. 278, Hegelsberger I § 197, II, A, Pand. Civilpr. I § 53, 3.]

⁷ L. 11 § 4. 5. l. 25 pr. D. 44, 2, l. 10 D. 44, 1, l. 25 § 1. l. 42 D. 40, 12.

⁸ Zu allgemein ist es daher, wenn in l. 12. 13 D. 44, 2 für die exc. rei iudicatae überhaupt „idem corpus“, „eadem quantitas“ verlangt wird. Vgl. auch l. 14 pr. eod.

⁹ L. 7 pr. D. 44, 2. „Si quis, cum totum petisset, partem petat, exceptio rei iudicatae nocet; nam pars in toto est. Eadem enim res accipitur et si pars petatur eius, quod totum petitum est. Nec interest, utrum in corpore hoc quaeratur, an in quantitate vel in iure“. So ist z. B. nicht bloß die Entscheidung über das R. auf das Gebäude die Entscheidung über das R. auf die Baumaterialien, sondern auch die Entscheidung über das Erbr. (die Gesamtheit der vom Erblasser hinterlassenen Vermögensre) die Entscheidung über die einzelnen Erbschaftsre. Vgl. l. 3. l. 7 pr. § 4. 5. l. 21 § 1. 3 D. h. t., l. 22 § 8 D. 46, 8 (l. 27 § 8 D. 2, 14). [Hölder S. 389 zu⁶.]

¹⁰⁻¹² Daraus erklärt sich l. 7 § 2 D. 44, 2. — „is, qui insulam petit, si cementa vel tigna vel quid aliud suum petat, in ea condicione est, ut videatur aliud petere; etenim cuius insula est, non utique et cementa sunt“. In den früheren Ausgaben [bis zur 5.] war an dieser Stelle hinzugefügt: umgekehrt ist auch die Entscheidung über den Theil die Entscheidung über das Ganze; wem der Theil als Theil abgesprochen ist, dem ist auch das Ganze abgesprochen; ebenso ist die Entscheidung über den einen Theil die Entscheidung über den andern Theil. Das ist nach r. R. wahr (l. 7 § 4. 5 D. 44, 2, s. auch Cf. XXV. 182), beruht aber auf der Akraft der f. g. Entscheidungsgründe, und ist daher durch CPD. § 293 beseitigt. [Hölder S. 389 zu⁶.] Vgl. Ziff. 6.

¹³ L. 26 pr. D. 44, 2. (Die Aberkennung einer Dienstbarkeit auf Erhöhung

Aberkennung des Minder nur dann, wenn der Sinn des Urtheils ist, daß das Mehr nicht gebühre, nicht der, daß nicht das Mehr gebühre¹⁴.

4. Zudem dem Kläger ein seiner Natur nach ausschließliches Recht zuerkannt wird, wird damit zu gleicher Zeit erkannt, daß dieses Recht dem Beklagten nicht zustehe. Bringt derselbe daher später dieses Recht klagend vor, so steht ihm aus dem ihn verurtheilenden Erkenntniß die Einrede der abgeurtheilten Sache entgegen¹⁵.

5. In den bisher betrachteten Fällen enthält das früher gefällte Urtheil die Entscheidung über den jetzt vorgebrachten Anspruch unmitttelbar. Dasselbe kann aber auch für die Entscheidung über den jetzt vorgebrachten Anspruch mittelbar bestimmend sein. Wenn nämlich der in dem früheren Urtheil zurückgewiesene Anspruch eine nothwendige Voraussetzung des jetzt vorgebrachten bildet, so ist durch das

der Oberfläche bis zu 10 Fuß enthält die Aberkennung der Dienstbarkeit auf Erhöhung bis zu 20 Fuß). Vgl. Cf. V. 236. Dieß gilt auch nach der CPD. (vgl. Riff. 6). Es ist eine logische Consequenz des Urtheils, welches 100 abpricht, daß dem Kläger nicht 100+x gebühre. Doch ist dieß ein sehr bestrittener Punkt, und jedenfalls ist mit Bittelmann 3S. f. CP. VII S. 354 fg. eine Ausnahme für den Fall zu machen, wo der eingeklagte und abgesprochene Theil der Forderung in der Weise individualisirt war, daß für ihn die Möglichkeit eines besonderen rechtlichen Schicksals bestand. Schmidt Klagenänderung S. 232 fg. Muskat 3S. f. CP. XII S. 395 fg., Kohler das. XIV S. 397 fg., Schollmeyer ACPr. LXXVI S. 489 fg., [Kohler und Schollmeyer sind mit Recht für die Beschränkung der Kraft auf den Theilanspruch auch im Falle der Abweisung. Ebenso Pland Civiltpr. I § 53 zu ²⁰. Vgl. noch Cf. L. 52 (RG.).]

¹⁴ Wenn gesprochen ist: dem Kläger gebühren die eingeklagten 10 nicht, so ist damit gesprochen, es gebühre ihm nichts. Wenn gesprochen ist: dem Kläger gebühren nicht 10, so ist die Frage, ob ihm nicht 9 oder 8 oder irgend eine andere Quantität unter 10 gebühre, offen gelassen, oder es ist ihm geradezu eine bestimmte Quantität unter 10 zugesprochen. Von dem ersten Fall handeln l. 7 pr. D. 44, 2 (v. idem erit probandum), l. 21 § 2. l. 30 pr. eod. Wo es sich von einem wirklichen Ganzen handelt, ist der zweite Fall gar nicht möglich; denn das Ganze ist eine Einheit, ein seinen Theilen gegenüber Selbständiges, ein anderes Ding als seine Theile und daher der Spruch: nicht das Ganze gebührt, nothwendigerweise - das Ganze gebührt nicht.

¹⁵ L. 40 § 2 D. 3, 3, l. 15. l. 30 § 1 D. 41, 2, l. 19 eod. L. 40 § 2 cit.: — „cum iudicatur, rem meam esse, simul iudicatur, illius non esse“. L. 15 cit.: — „Si meam esse (hereditatem pronuntiatum est), nocet tibi rei iudicatae exceptio, quia eo ipso, quod meam esse pronuntiatum est, ex diverso pronuntiatum videtur, tuam non esse; si vero meam non esse, nihil de tuo iure iudicatum intelligitur, quia potest nec mea hereditas esse nec tua“. Auch hier steht die CPD. nicht entgegen; sie verbietet nicht, die logische Consequenz der über den erhobenen Anspruch gefällten Entscheidung zu ziehen. Mandry § 24¹² a. G., Freudenstein S. 106.

Urtheil mittelbar auch der jetzt vorgebrachte zurückgewiesen, und steht demselben daher die Einrede der abgeurtheilten Sache entgegen¹⁶. Ebenso kann das frühere Urtheil entgegengesetzt werden, wenn der in demselben zurückgewiesene Anspruch in einer späteren Sache als Einrede wiederholt wird¹⁷.

6. Wie aber ist es in dem umgekehrten Fall, wenn der jetzt vorgebrachte Anspruch in einer früheren Sache als Voraussetzung eines andern Anspruchs oder als Einrede gegen denselben verhandelt und in dieser Eigenschaft verworfen worden ist: kann auch die Vorentscheidung des früheren Urtheils dem jetzt vorgebrachten Anspruch entgegengesetzt werden¹⁸? Dieselbe Frage wiederholt sich für die Entscheidungen über die Thatfachen, auf Grund derer das frühere Urtheil

¹⁶ Das Urtheil, welches Eigenthum abspricht, steht entgegen dem Theilungsanspruch (l. 8 D. 44, 2, l. 1 § 1 D. 10, 2, l. 18 D. 44, 1, ebenso beim Erbr., l. 8. l. 11 § 3 D. 44, 2, l. 25 § 8 D. 10, 2), dem Anspruch auf die Früchte (l. 18 D. 44, 1) und den Zuwachs (l. 26 § 1 D. 44, 2, l. 33 § 1 D. 7, 1), dem Anspruch auf eine dem betreffenden Grundstück zustehende Dienstbarkeit (l. 16 D. 44, 1), dem von dem Eigenthum abgeleiteten Pfandanspruch (l. 11 § 10 D. 44, 2, l. 3 § 1 D. 20, 1). In gleicher Weise ist für den Pfandanspruch das Urtheil über die Forderung, für welche das Pfandr. bestellt ist, bestimmend (l. 13 D. 20, 6), das Urtheil über die Vaterschaft bestimmend für den Alimentenanspruch (l. 7 D. 25, 3). Vgl. auch l. 1 § 4 D. 43, 30, l. 8 § 1 D. 2, 4. — Mit dem, was zuvor gesagt worden ist, daß die Entscheidung über das Eigenthum auch für das R. über die Früchte maßgebend sei, steht in scheinbarem Widerspruch l. 7 § 3 D. 44, 2. Ueber die verschiedenen Vereinigungsversuche (das non vor nocet zu streichen? das erste Urtheil für den Kläger lautend? die Früchte kraft anderen R. gefordert? die Einrede nur nach der Regel vom Ganzen und Theil geleugnet?) s. Savigny VI S. 508. Buchla I S. 141, Vangerow I § 173 Anm. 1 Nr. V. 3. b, Bekker S. 237. 238. 247, Unger II § 132⁹⁴, Wegell Civilproc. § 47⁴¹, Windscheid die Actio r. r. S. 97. 98, Krüger S. 164 fg., Göppert über die organischen Erzeugnisse S. 192 fg. — Zu der citirten l. 33 § 1 D. 7, 1 ist noch zu vergleichen l. 14 § 1 D. 44, 2 und Windscheid die Actio r. r. S. 98. 99, Wegell § 47⁴⁸⁻⁵², Krüger S. 170. 171. — Auch hier ergibt sich aus der Vorschrift der C.P.D. eine entgegengesetzte Entscheidung nicht. Mandry a. a. D.

¹⁷ Wenn z. B. ein früher zurückgewiesener Forderungsanspruch als Compensationsseinrede, ein früher zurückgewiesener Eigenthumsanspruch als Einrede gegen die Publicianische Klage benutzt wird. Von dem letzteren Fall handelt l. 24 D. 44, 2, von dem ersteren die Entscheidung bei Cf. VII. 299. 300. Die Einrede der abgeurtheilten Sache wird hier zur Replik der abgeurtheilten Sache.

¹⁸ Ist also z. B. die Einrede der abgeurtheilten Sache begründet, wenn nach Verwerfung eines Servitutenanspruchs wegen mangelnden Eigenthums des herrschenden Grundstücks dieses Eigenthum, wenn nach Verwerfung einer Compensationsseinrede die Forderung, auf welche dieselbe gestützt worden ist, geltend gemacht wird?

zu seinen Entscheidungen über die Rechte, und so zuletzt zu seiner Hauptentscheidung gelangt ist: kann auch einer in diesem Prozesse vorgebrachten thatsächlichen Behauptung, welche in dem früheren Prozesse zurückgewiesen worden ist, die Einrede der abgeurtheilten Sache entgegengesetzt werden? Die Beantwortung dieser Frage, welche man in nicht passender Weise als Frage nach der Rechtskraft der Entscheidungsgründe bezeichnet hat¹⁹, war vor der Reichsivilproceßordnung sehr bestritten²⁰ und nicht unzweifelhaft²¹. Durch die Reichs-

¹⁹ Die Bezeichnung ist aus einem doppelten Grunde nicht passend: 1) weil es sich jedenfalls nur um richterliche Entscheidungen handelt und die Erwägungen, durch welche der Richter zu denselben gelangt, die man doch auch nicht anders als Entscheidungsgründe nennen kann, ganz gewiß nicht rkräftig werden; 2) weil diese Bezeichnung die ganz falsche Vorstellung hineinzuziehen geeignet ist, als handele es sich hier um den Gegensatz zwischen dem was als „Urtheil“ und dem was als „Entscheidungsgründe“ äußerlich bezeichnet wird. Savigny gebraucht die Ausdrücke: subjective Gründe, objective Gründe oder Elemente des Urtheils. Ueber die Frage, ob nicht nach der GPD. in der That bloß das in der Urtheilsformel Aufgenommene rkräftig werde, s. Wach Vorträge S. 107 fg. [2. Aufl. S. 142 fg.], Freudenstein S. 76 fg., Klöppel S. 31, Mandry S. 283, welche sich sämmtlich für die Verneinung der bezeichneten Frage aussprechen; sie wird aber von den Proceßschriftstellern vielfach bejaht (auf Grund der Vorgeschichte des § 293). So auch S. XL. 66. [Seuffert GPD. 293, 3, c. Dort auch weitere Litteratur.]

²⁰ Für ihre Bejahung namentlich Savigny VI § 291—293. 298; ferner Wächter II S. 577 fg., Bangerow I § 173 Anm. 1 Nr. III. V, Baher Vorträge S. 434 fg., Schäffer 3S. f. GH. u. Pr. II. F. XII S. 247 fg., Windscheid die Actio r. c. S. 69 fg., Erdmann S. 83 fg., und was das heutige R. angeht: Hierulff S. 260 und Buchka II S. 184 fg., während diese letzteren Schriftsteller für das r. R. entgegengesetzter Ansicht sind (S. 248 fg., I S. 300—312), ebenso Bethmann-Hollweg r. Civilproc. II S. 649 fg. Für die unbedingte Bejahung auch dieses Lehrbuch in den früheren Ausgaben [schon die 5. nicht ohne Zweifel]. Für das heutige wie für das r. R. haben die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt: Beller proc. Consumtion § 15. 18. 19, Prinz I S. 153 fg. (vgl. 2. Aufl. I S. 330 fg. 335), Wegell Civilproc. § 47 von ²⁴ an, Krüger S. 179 fg. 213 fg., Busch ACPr. XLV S. 287 fg., Unger II S. 421 fg. (dessen Darstellung besonders hervorzuheben ist). Vgl. auch Einde ACPr. XXXIII S. 315 fg., Volgiano 3S. f. GH. u. P. R. F. XXI S. 30 fg., Kleinschrod über die processualische Consumtion und die Kraft des Urtheils S. 148 fg. (welcher zwischen Entscheidungen über „Thatsachen“ und Entscheidungen über das im Partei-Anspruch zu Grunde liegende „Verhältniß“ unterscheiden will, zu den „Thatsachen“ aber auch z. B. Eigenthum und Forderung rechnet), Schott r. R. § S. XIX S. 490 fg. Die Praxis war der bejahenden Ansicht günstig. Vgl. S. I. 367, II. 250, V. 236, VIII. 99. 171, IX. 86, X. 294, XVIII. 181, XX. 189, XXIV. 89. 90. 91, XXV. 278 (MTHG.), XXVII. 68, XXXVII. 243. 244. Blätter f. RAnw. Ergänz.-Bd. zum 31. und 32. Jahrg. S. 242. Vgl. auch S. VIII. 334. 335, XIII. 72. 298, XV. 171. S. andererseits S. X. 295, XXIV. 92, XXV. 183,

civilproceßordnung ist sie in negativem Sinne entschieden worden^{21a}. Eine Ausnahme macht die Reichscivilproceßordnung nur für die Entscheidung über eine compensationsweise geltend gemachte Gegenforderung in Betreff desjenigen Betrags, mit welchem aufgerechnet werden soll^{21b}. Es steht aber den Parteien frei, im Laufe des Processes die Feststellung des den Grund des Anspruches oder der Einrede bildenden Rechtsverhältnisses durch einen besonderen darauf gerichteten Antrag (Erweiterung des Klagantrags bez. Erhebung einer Widerklage) zu verlangen^{21c}; die über dieses Verlangen ergehende Entscheidung

XXVII. 69. 179, XXVIII. 254, XXIX. 175, XXXI. 73, *Prakt. R. F.* IX S. 425 fg. Vgl. auch *Stf.* XXVII. 67.

²¹ Das Quellenmaterial ist im Wesentlichen folgendes. Einerseits I. 7 § 1 D. 16, 2 und I. 7 [8] § 2 D. 3, 5, I. 1 D. 44, 2, I. 6 § 4 D. 4, 9, vgl. auch I. 13 § 2 D. 12, 2; andererseits I. 1 C 3, 8, I. 5 § 8. 9 D. 25, 3 und I. 15 § 4 D. 42. 1, I. 17 D. 44, 1, I. 23 D. 44, 2. Das Nähere in den früheren Auflagen [bis zur 5.].

^{21a} *CPD.* 298 Abs. 1. „Urtheile sind der Kraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist“. Frage: kann nicht in der Entscheidung über den damals erhobenen Anspruch auch die Entscheidung des jetzt erhobenen liegen, ohne daß über den letzteren ein Anspruch gethan ist? Vgl. ¹⁶. Sehr weit geht in der Bejahung der aufgeworfenen Frage Köpffel S. 99 fg., welcher u. A. behauptet (S. 111), daß die Entscheidung über den Zinsanspruch eine rkräftige Entscheidung über den Bestand der Hauptschuld enthalte. Das ist ein bedenkliches Hinüberschwanken nach der Kraft der Entscheidungsgründe. Ganz anders das Urtheil des *RG.* 82 82 (Entscheid. VII S. 354). Die aufgeworfene Frage wird aber voraussichtlich Theorie und Praxis noch vielfach beschäftigen. *RG.* XI S. 384. *Stf.* XLII. 332 (*RG.*) [Vgl. *Dernburg* I § 163, II, 2, *Wendt* S. 276 fg. — *RG.* XXXVIII S. 172 fg.]

^{21b} *CPD.* 298 Abs. 2. Die Processualisten streiten darüber, ob nicht die Beschränkung auf die Höhe des aufzurechnenden Betrages dann wegzufallen habe, wenn die Gegenforderung verworfen sei. Vgl. *Wilmowski-Levy* I S. 402 und die Citate das., *Schollmeyer* die Compensationseinrede im deutschen Reichs-Civilproc. (1884) S. 117 fg. Es kommt hierbei auch die in Note ¹⁹ berührte Frage in Betracht. [Für die Beschränkung der Kraft auch im Falle der Verwerfung der Forderung mit Recht:] *Köhler* *Zeits. f. CPr.* XIV S. 397 fg., [Derelbe *Beiträge z. Civilpr.* S. 452 fg., *Schollmeyer* a. a. D. und *ACPr.* LXXVI S. 439 fg. bes. S. 486 fg., *Regelsberger* I § 197 zu ¹², *Pland* *Civilpr.* I § 53 zu ⁴⁸. Die Möglichkeit, daß der Beklagte alle Theile seiner Gegenforderung hinter einander zur Compensation gestellt hat, und deshalb die Verwerfung der Compensationseinrede Kraft über die ganze Gegenforderung schafft, besteht allerdings, aber selbstverständlich ist dieß durchaus nicht. (So *Schollmeyer* 487 fg. gegen *Seuffert* *CPD.* 294. 4). *Regelsberger* I § 196¹³ verlangt im Anschluß an *Mähr* *tr. Zeits.* XXV S. 550 gegen *Stf.* XLVIII. 146 (*RG.*) in nicht recht klarer Weise eine ausdehnende Interpretation der Vorschrift über die Compensationseinrede. S. dagegen *Wach* *Vortr.* S. 139 fg.]

^{21c} *CPD.* 253.

wird rechtskräftig, wie die über den erhobenen Anspruch selbst^{21a}. —

Die im Vorstehenden entwickelte Bedeutung der Einrede der abgeurtheilten Sache ist nicht diejenige, welche diese Einrede ursprünglich im römischen Recht gehabt hat. Ursprünglich war die Bedeutung derselben nicht, daß durch sie der Inhalt, sondern daß das Dasein eines früheren Urtheils geltend gemacht werden sollte. Die Regel lautete nicht, daß nicht mehr vorgebracht werden könne, wogegen entschieden sei, sondern, daß ein Anspruch nicht mehr vorgebracht werden könne, über welchen entschieden sei²². Man nennt diese ursprüngliche Function der Einrede der abgeurtheilten Sache die negative Function^{22a}. In fortschreitender Entwicklung aber hat das römische Recht erkannt, daß die bezeichnete Regel nicht im Stande sei, der Rechtskraft des Urtheils vollständige Geltung zu verschaffen, und es ist diejenige Regel zur Geltung gelangt, welche im Vorhergehenden entwickelt worden ist — s. g. positive Function der Einrede der abgeurtheilten Sache²³. Jedoch ist diese positive Function nicht unbe-

^{21a} Rißpffel S. 93 fg. 110 will die Kraft nur dann eintreten lassen, wenn der Beklagte in seiner Person ein das R. des Klägers ausschließendes R. behauptet, nicht schon dann, wenn er das R. des Klägers nur bestritten hat.

²² Die durch die *litis contestatio* begründete *exceptio rei in iudicium deductae* verwandelt sich mit dem Urtheil in die *exceptio rei iudicatae*. Nach *Genel Edictum perpetuum* S. 403 gab es nur Eine einheitliche *exceptio*: die *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*. Davüber Eisele *Abhandl. zum r. Civilproc.* S. 4 fg.

^{22a} In nicht glücklicher Weise. Vgl. Windscheid die *Actio r. r.* S. 110 fg.

²³ Die Betrachtung, von welcher das r. R. ausgegangen ist, ist folgende sehr nahe liegende: kein Kläger kann über den in den Proceß eingeführten Anspruch ein zweites Urtheil begehren; denn entweder ist für ihn entschieden worden, dann hat er in dem Urtheil seine Befriedigung — oder es ist gegen ihn entschieden worden, dann verdient er keine Befriedigung. Man wurde jedoch bald auf Fälle aufmerksam, in denen der Satz sich als trügerisch erwies, daß der siegreiche Kläger durch das erstirrene Urtheil Befriedigung habe, in denen der siegreiche Kläger trotz des Urtheils sich genöthigt sah, auf den früher gemachten Anspruch zurückzukommen. In solchen Fällen half man sich damit, daß man dem Kläger gegen die *exceptio rei iudicatae* eine *replicatio rei secundum se iudicatae* gab; von derselben ist noch die Rede in l. 9 § 1 D. 44, 2, l. 16 § 5 D. 20, 1, vgl. auch l. 9 pr. D. 44, 2. Noch entscheidender aber trat das Ungenügende jener Auffassung hervor, als man sich zum Bewußtsein zu bringen begann, daß die *auctoritas rei iudicatae* verletzt werden könne, auch ohne daß der abgewiesene Kläger mit dem nämlichen Anspruch auftrete, wenn z. B. der in der Eigenthumsklage besiegte Beklagte seinerseits auf Eigenthum klage. In solchen Fällen lag über den jetzt vorgebrachten Anspruch eben kein Urtheil vor; sollte er deswegen zugelassen werden? Nein, sagte man; denn durch das frühere Urtheil ist der jetzt vorgebrachte Anspruch mit aberkannt. So hatte man auch in diesen Fällen eine *exc. rei iudicatae*,

Windscheid, *Pandekten*. 8. Aufl. I. Band.

stritten; von Anderen wird behauptet, daß das römische Recht über die negative Function nie hinausgekommen sei^{23a}. Unter denjenigen jedoch, welche für das classische römische Recht die doppelte Function der Einrede der abgeurtheilten Sache anerkennen, ist Streit darüber, ob die negative Function noch im Justinianischen bez. heutigen Rechte ihre Geltung behalten habe²⁴. Ueberwiegende Gründe sprechen für

mur eine *exc. rei iudicatae* ganz anderen Sinnes, eine Einrede nicht der gesprochenen, sondern der abgesprochenen Sache.

^{23a} „Die Entdeckung der Einrede der Akraft in ihren zwei verwandten, aber verschiedenen, Gestalten oder Functionen ist das glänzende Verdienst des Werks von Keller (§ 28. 29. 30)“. So Savigny VI S. 20. In der neueren Zeit ist aber diese Keller'sche, durch ihn für lange Zeit zur allgemeinen Herrschaft gelangte Lehre bestritten worden von Keller in seiner Schrift über processualische Consumtion (namentlich S. 13 fg. 132 fg.), f. auch Actionen I S. 349 fg. (vgl. unten); ihm sind gefolgt Dernburg Heidelb. fr. ZS. II S. 347 fg. und Preuß. Privatr. I § 136, Brinz § 45. 46, Rudorff r. RGesch. II S. 262⁵, Westerb. Prax. R. J. IX S. 374 fg. Diese Schriftsteller sehen in der *exc. rei iudicatae* lediglich ein weiteres Organ der processualischen Consumtion, und leugnen daher die positive Function ganz. Ihre Lehre scheidet aber an dem nachgewiesenen Umfang derselben. S. Windscheid die *Actio re. re.* § 10 namentlich S. 104 fg., Krüger S. 136 fg., Bethmann-Hollweg r. Civilproc. II S. 636 fg., Kleinschrod processualische Consumtion und Akraft des Civilurtheils S. 215 fg. In seiner Schrift über die Actionen a. a. D. will jetzt Keller „das Vorkommen einer auf den materiellen Inhalt einer Sentenz Bezug nehmenden Exception“ „nicht gerade unter die Unmöglichkeiten stellen“; aber dieß sei keine auf *res iudicata* formulierte und technisch *exceptio rei iudicatae* gezeigene Einrede gewesen, auch dürfe eine Einrede dieser Art nur „in den wenigen Fällen“ anerkannt werden, wo sie von den Quellen direct bezeugt sei. Vermittelnd auch Westerb. a. a. D. S. 388 fg., Dernburg I § 162, 3. Brinz 2. Aufl. § 96, indem er an der lediglich negativen Function der *exc. rei iudicatae* festhält, bestreitet jetzt, daß dieselbe Organ der processualischen Consumtion sei; sie mache zwar die Thatsache, nicht den Inhalt des Urtheils, aber die Thatsache des Urtheils ohne Vermittelung der processualischen Consumtion geltend. Dieser Gedanke findet sich in der Schrift von Kümelin, zur Lehre von der *exceptio rei iudicatae*, Tübingen 1875, dahin zugespitzt, daß die *exc. rei iudicatae* ausschließlich die positive Function habe. Die *replicatio rei secundum me indicatae* leugnet Kümelin ganz; die Stellen, in welchen sie vorkommt, enthielten eine „unrichtige Entscheidung“. Vgl. über diese Schrift Heyßler in Grünh. ZS. III S. 179 fg., Hegelsberger fr. ZS. XVIII S. 198 fg. [[§ 61 der S. 386 fg. 390 fg. sieht die positive und die negative Function als zusammenfallend an]]. [Hegelsberger I § 196⁹ nimmt an, daß die Ersetzung der negativen Function der Akraft durch die positive im r. R. nicht zum Abschluß gekommen ist, hält aber die Streitfrage für praktisch bedeutungslos.]

²⁴ Daß die *exc. rei iudicatae* in ihrer negativen Function mit der *exc. rei in iudicium deductae* fortgefallen sei, behaupten Savigny § 282, Wächter Erörterungen III S. 41 fg., Vangerow I § 173 Anm. 1 Nr. III. S. auch F. Brud. die Wirkung des rkräftigen Erkenntnisses auf den vom Richter übergangenen Zinspunkt (1873). Dagegen nehmen eine consummirende Akraft des

die Verneinung dieser Frage bereits nach Justinianischem Recht^{24a};

Urtheils auch für das Justinianische bez. heutige R. an Bethmann-Hollweg r. Civilproc. II § 111. III § 156, Weßell Civilproc. § 47, Unger II S. 682—685 und § 132^{4a}, Buchta II S. 211 fg., Wenbt S. 275. Diese Ansicht hat praktische Bedeutung für den Fall (s. aber auch Cf. XLII. 225. 258), wo ein Anspruch nicht in demjenigen Umfang geltend gemacht worden ist, in dem er geltend gemacht werden konnte, in welchem Fall die Frage entsteht, ob das Erkenntniß über den Anspruch in der Begrenzung, wie er vorgebracht worden ist, die Möglichkeit ausschließt, das im ersten Prozesse nicht Geforderte in einem zweiten Prozesse nachzufordern. Vom Standpunkt der bezeichneten Ansicht muß die Ausschließung behauptet werden, in gleicher Weise, wie sie von den Anhängern der bloß negativen Function der *exc. rei indicatas* behauptet wird, vgl. in dieser Beziehung namentlich Westerburg *PraktRW. R. F.* IX S. 225 fg. 387 fg. X S. 29 f. *Fadda le usuro quae officio iudicis praestantur*, Roma 1886, p. 26 sg. [Hölder S. 388.] So ist auch erkannt worden Cf. VI. 165, VII. 14, XII. 92, XVIII. 175, XXII. 264. Anders das. XXXVI. 16 (RG.), XXXVIII. 93.

^{24a} Zugabe ist, daß aus dem Wegfall der consumirenden Kraft der *Litiscontestatio* der Wegfall der consumirenden Kraft des Urtheils nicht mit Nothwendigkeit folgt. Das r. R. konnte jene fallen lassen, und diese festhalten; es sind zwei verschiedene Sätze: über dieselbe Sache nicht zwei Gerichte, und: über dieselbe Sache nicht zwei Urtheile. Aber eine andere Frage ist, ob das entwickelste r. R. das Princip der processualischen Consumtion überhaupt in der Strenge aufrecht erhalten hat, daß dadurch nicht bloß eine zweite Klage über das Aberkannte, sondern auch eine zweite Klage über Dasjenige ausgeschlossen werden sollte, über welches in dem ersten Proceß gar nicht verhandelt worden war. Hat das r. R. feststehendermaßen das Consumtionsprincip in der Sache aufgegeben, so weit es den Kläger hinderte, das ihm Zuerkannte zu verfolgen: konnte es dann nicht weiter gehen, und das Consumtionsprincip aufgeben auch zu Gunsten des dem Kläger nicht Aberkannten? Und es ist schwer, diese Frage zu verneinen Angesichts von Entscheidungen, wie sie sich finden in l. 13 pr. D. 14, 3, l. 30 § 4 D. 15, 1, l. 1 § 10 D. 15, 2, l. 46 § 5 D. 26, 7, l. 2 C. 3, 1. Geht aus diesen Stellen nicht hervor, daß das Urtheil der Nachforderung des in dem ersten Prozesse nicht Geforderten dann nicht entgegenstehen soll, wenn der Kläger es beschweigen nicht gefordert hat, weil er nicht wußte, daß es ihm gebühre, oder weil es ihm zu jener Zeit noch nicht gebührte? Von der anderen Seite beruft man sich zwar auf l. 4 C. 4, 34, l. 4 § 3 D. 9, 4, l. 1 C. 2, 26 [27], l. 4 C. 3, 1, l. 3 C. 7, 51. Aber die Bestimmung der letzten Stelle ist offenbar rein positiver Natur, und den übrigen Stellen gegenüber bleibt die Annahme möglich, daß sie (in ihrem ursprünglichen Sinn oder im Zusammenhang der Compilation) zu beziehen seien entweder auf einen Fall des Nichtforderns im Bewußtsein der Zuständigkeit des R. zum Fordern, oder auf den Fall des Sichberuhigens bei dem ergangenen Urtheil trotz der Nichtzuerkennung des Geforderten (vgl. l. 13 C. 4, 32). Hiernach würde es sich für das heutige R. nur darum handeln, ob der Schlußsatz der *replicatio* gegen die an und für sich begründete *exc. rei indicatas* noch aufrecht zu erhalten sei, wofür sich wohl Niemand begeistern wird. Vgl. Meyßner *3S.* f. d. deutsche R. XVII S. 1 fg. (1857) und, was den Fall der Nichtzuerkennung des Geforderten angeht, einerseits Savigny VI S. 301 fg., andererseits Brud a. a. D. S. 38 fg., Westerburg S. 166 fg., Cf. I 869, X. 297, XXXVI.

für das heutige Recht steht ihre Verneinung theils fest²⁵, theils kann sie kaum zweifelhaft sein²⁶.

[§ 68. vgl. § 131.]

§ 131.

In demselben Umfange, in welchem die wiederholte Vorbringung eines in einem früheren Urtheil zurückgewiesenen Punktes ausgeschlossen ist, in demselben Umfange ist auch ausgeschlossen die Befreiung eines in einem früheren Urtheil anerkannten¹. Aus der Geltend-

16 (RG.), XXXVIII. 98. — Wächter Erdrer. III S. 42. 49. 55 (vgl. Württemb. Privatr. II § 54¹⁵⁻¹⁶), obgleich er die negative Function der *ex rei iudicatae* für das neueste römische und heutige R. verwirft, kommt doch, was die besondere hier behandelte Frage angeht, zu dem gleichen Resultat wie die oben genannten Schriftsteller (vgl. auch Savigny VI S. 304 in Verbindung mit S. 452), auf Grund der Annahme, daß jedes Urtheil, indem es zuerkennt, was es zuerkennt, das Mehr aberkennt. Aber ist das nicht ein Rückfall in die Lehre von der consummirenden Kraft des Urtheils, und darf man sagen, daß ein Urtheil die Macht oder auch nur den Willen habe, über etwas zu erkennen, was gar nicht gefordert worden ist? Vgl. Cf. XII. 91; anders X. 296, XIX. 191, XXII. 264, Welterburg a. a. O. S. 252 fg.

²⁵ Für den Fall, daß nach Eintragung der Hauptforderung eine Nebenforderung geltend gemacht wird. C. 3. C. P. D. § 14, 5. [Seuffert Comm. h. l. — Wenn im zweiten Prozesse nicht ein anderer Anspruch aus demselben Verhältnisse, sondern derselbe Anspruch in größerem Umfange als zuvor erhoben wird, so ist die Einrede der Kraft begründet, und zwar in ihrer positiven Function. Wenn z. B. der Kläger 50 M. eingeklagt hat, nicht als Theil des ihm zustehenden Kaufpreises, sondern als den Kaufpreis, so stellt das Urtheil den Umfang des ganzen Anspruchs auf 50 M. fest, und der Kläger kann ebensowenig später mit der Behauptung auftreten, daß er größer, wie der Beklagte mit der Behauptung, daß er kleiner sei. (Vgl. Hölder S. 388⁴.)]

²⁶ Mandry S. 254. Mit Recht schreibt derselbe der vorgenannten Vorschrift principielle Bedeutung zu. S. auch Ruhstrat ACPr. LXV S. 281 fg. [Die negative Function der Kraft ist m. E. auch im heutigen R. insoweit anzuerkennen, daß keine Partei gegen den Gegner über Punkte, in Ansehung deren sie eine kräftige Entscheidung in der Hand hat, ohne besonderes Schutzinteresse aufs Neue processiren kann. Wenn z. B. der Kläger eine kräftige Verurtheilung erstritten hat, so kann er nur von dem Urtheil gemäß der C. P. D. Gebrauch machen, nicht aber z. B. zur Umgehung der Vorschriften des § 669 C. P. D. eine zweite Klage erheben. Ist der Kläger abgewiesen, so kann der Beklagte nicht auf Feststellung der Nichtexistenz des abgewiesenen Anspruchs klagen, auch dann nicht, wenn der Kläger das Urtheil unrichtig schilt, oder dessen Existenz leugnet; der Beklagte hat auch dann kein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung (C. P. D. 231); seinem Interesse genügt vollkommen die Ausfertigung des Urtheils, welche er sich geben lassen kann. Anders liegt die Sache für beide Parteien dann, wenn Streit über die Interpretation des Urtheils besteht (vgl. ob. § 129³).]

§ 131.

¹ Dieser Satz, welcher sich unmittelbar aus dem Wesen der Kraft ergibt, ist deswegen nicht weniger sicher, weil er in den Quellen bei weitem weniger hervorgehoben wird, als sein Gegenstück. Vgl. I. 11 § 3. I. 12 D. 12, 2, I. 8 § 1 D.

machung dieser Seite der Rechtskraft ergibt sich zwar keine Einrede, da die Einrede ihrem Begriffe nach nur gegen eine Behauptung möglich ist; es ist jedoch das Wesen des hier stattfindenden Verhältnisses kein anderes, als in dem zuvor betrachteten Fall. Wie dort die Behauptung, so wird hier die Bestreitung durch die Berufung auf das rechtskräftige Urtheil gelähmt; in Folge davon gilt sie als nicht gemacht und der Richter legt das bestrittene Recht seinem Urtheil zu Grunde, als wäre eine Bestreitung nicht erfolgt². Im Einzelnen ist zu erwähnen, daß in der Zuerkennung des Ganzen eine Zuerkennung des Theils ebenso liegt, wie dieß oben von der Abweisung bemerkt worden ist; daß ebenso ein zuerkanntes Recht auch dann nicht weiter bestritten werden kann, wenn auf Grund desselben etwas Anderes in Anspruch genommen wird³, oder wenn es einem Anspruch des Gegners als Einrede entgegengesetzt wird⁴.

[Das **§§** beschäftigt sich mit der Rechtskraft des Urtheils nicht, sondern überläßt dieselbe durchaus dem Proceßrecht. In der **CPD.** soll die Hauptbestimmung aufrecht erhalten werden, derzufolge Urtheile der Rechtskraft nur insoweit fähig sind, als über den durch die Klage oder die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist (**CPD.** 293 Abs. 1). Die Bestimmung, daß die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer mittels Einrede geltend gemachten Gegenforderung bis zur Höhe desjenigen Betrages, mit welchem aufgerechnet werden soll, der Rechtskraft fähig ist (**CPD.** 293 Abs. 2), soll in Folge der Grundauffassung des **VB.** von der Aufrechnung eine andere Gestalt gewinnen. Da die Aufrechnungserklärung (die auch im Proceße abgegeben werden kann) bewirkt, daß

2, 4, l. 15 § 2 D. 5, 2, l. 1 § 16. l. 2 D. 25, 3, l. 50 § 1 D. 30, l. 12 § 3 D. 38, 2, l. 6 D. 40, 14, l. 18 D. 44, 1. Windscheid die *Actio re. C.* 109—112, Unger II S. 672 fg. Die Gründe, aus denen Pfeiffer *ACPra.* XXXVII S. 98 fg. 244 fg. diese Wirkung des Urtheils bestritten hat, sind ungenügend; vgl. Windscheid a. a. O. S. 109²⁰, dagegen aber wieder für das classische R. Dernburg *Pfandr.* I S. 558 und Preuß. *Privatr.* I § 137²⁰ [Band. I § 163¹³], überhaupt Westerbürg *APraktRW.* N. F. IX S. 376 fg. Daß diese Wirkung des Urtheils nicht zur vollständigen Anerkennung gelangt sei, behauptet Krüger S. 174 fg., f. auch Brinz 2. Aufl. § 99. Uebereinstimmend mit dem hier Vorgetragenen Cf. I. 282, VI. 67, VIII. 304, IX. 336, XXV. 183, XXVII. 68. 69, XXIX. 82; dagegen, in einem allerdings besonderen Falle, IV. 226.

² Das Urtheil steht also dem Geständniß gleich: es begründet eine Ausnahme von dem Satz, daß das Bestrittene für den Richter nicht vorhanden sei, bis der Behauptende es bewiesen habe. Man kann auch sagen, das Urtheil begründe eine *praesumptio iuris et de iure* (§ 133¹⁰).

³ *J. B.* auf Grund des zuerkannten Eigenthums die Früchte der Sache, l. 18 i. f. D. 44, 1.

⁴ *J. B.* eine zuerkannte Forderung als *Compensations*einrede.

die aufgerechneten Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, wo sie einander compensabel gegenüber traten, so ist die Entscheidung, daß eine zur Aufrechnung gebrachte Gegenforderung bestanden hat, unmittelbare Vereinnung des Bestehens der Klageforderung in Höhe des aufgerechneten Betrages, und daß diese Entscheidung der Rechtskraft fähig ist, bedarf keiner besonderen Bestimmung. Ebenso wenig aber bedarf es einer Bestimmung des Inhalts, daß das Urtheil Rechtskraft über die aufgerechnete Gegenforderung schaffe. Denn ihrer anderweitigen Geltendmachung steht die Einwendung der von dem früheren Beklagten erklärten Aufrechnung entgegen. Würde die Aufrechnungserklärung bestritten werden, so würde nicht die Rechtskraft des früheren Urtheils, sondern die Beweisraft seines Thatbestandes (C.P.D. 285) dem entgegenstehen. Daß die Aufrechnung die Forderung des Beklagten getilgt hat, könnte nur bestritten werden durch Bestreiten der vormaligen Existenz der Klageforderung; so viel aber wird man zweifellos als rechtskraftfähigen Sinn der Entscheidung, welche wegen Aufrechnung abweist, ansehen müssen, daß die Klageforderung vor der Aufrechnung bestand; die Schranke des § 293 Abs. 1 C.P.D. überschreitet man damit nicht. (Vgl. Seuffert J.C. f. C.Pr. XVI S. 469 fg., Prot. d. II Comm. S. 9288 fg.) Dagegen soll C.P.D. 293 Abs. 2 die Bestimmung enthalten: die Entscheidung, daß eine zur Aufrechnung gebrachte Gegenforderung nicht besteht, ist bis zur Höhe des Betrags, für welchen die Aufrechnung geltend gemacht worden ist, der Rechtskraft fähig. Damit ist die bisherige Streitfrage (§ 130^{21b}) entschieden. (Denkschr. Anl. II S. 321). C.P.D. 293 a (a. a. O.) soll die Wirkung des rechtskräftigen Urtheils dahin bestimmen, daß das Zuerkannte nicht mehr bestritten, das Aberkannte nicht mehr geltend gemacht werden kann. Im Uebrigen ist nur für einige Specialfälle die Abänderung des Urtheils wegen veränderter Umstände vorgesehen (C.P.D. 293 b. 293 c), auf eine ins einzelne gehende Normirung der objectiven Grenzen der Rechtskraft dagegen verzichtet. Der Rechtszustand, wie er auf Grund der C.P.D. sich gestaltet hat, bleibt also in dieser Beziehung aufrecht erhalten. Die absolute Bedeutung der Rechtskraft im Sinne des § 129, 5 Bemerkten wird auch unter der Herrschaft des BGB. zu verteidigen sein. Der I. Entw. hatte in § 191 Abs. 2 vorgeschlagen: „Auf diese Wirkung des rechtskräftigen Urtheils kann verzichtet werden. Das Gericht darf dieselbe nur berücksichtigen, wenn sie geltend gemacht wird“. Diese Bestimmungen wurden von der Mehrheit der II. Comm. zunächst (Prot. S. 505 fg.) gebilligt, dann aber (Prot. S. 8391 fg. vgl. 9287) gestrichen und zwar der erste Satz (Verzichtbarkeit) nicht als verwerflich, sondern als unerheblich, der zweite als nach geltendem Proceßrecht selbstverständlich. Das letzte ist zutreffend, wenn darunter nicht mehr als die Wahrung der Verhandlungsmaxime verstanden wird (vgl. § 129 zu¹²); das Motiv der Streichung des ersten Satzes dagegen läßt sich sehr bestreiten; jedenfalls aber zwingt dieses Motiv nicht, den Verzicht auf die Rechtskraft für gültig zu halten.]

§ 132. *

[I.] Die Rechtskraft des Urtheils wirkt nur zwischen den Parteien,

zwischen welchen dasselbe ergangen ist; Dritten kann das Urtheil weder in seiner negativen Wirkung (§ 130), noch in seiner positiven (§ 131) entgegengesetzt werden¹. Die Dritten müßten denn das Urtheil als für sich wirkend anerkannt haben, was nicht bloß hinterher, sondern auch im Voraus, nicht bloß ausdrücklich, sondern auch stillschweigend geschehen kann². Aber auch abgesehen von der Anerkennung muß derjenige, welcher sein Recht von einem Andern ableitet, sich das gegen diesen Andern gesprochene Urtheil gefallen lassen³; wogegen er aber

¹ L. 2 C. 7, 56. „Res inter alios indicatae neque emolumentum § 132. afferre his, qui non iudicio interfuerunt, neque praecudicium solent irrogare“. L. 7 § 4 D. 44, 2. „Et generaliter, ut Iulianus definit, exceptio rei indicatae obstat, quotiens inter eadem personas eadem quaestio revocatur“. L. 1. 3. 22. 29 eod., l. 63 D. 42, 1, l. 2 C. 8, 35, [36]. Zu l. 29 cit. vgl. Bergas § 36. f. RÖ. XII S. 184 fg.

² Eine im Voraus und stillschweigend abgegebene Anerkennung liegt vor, „cum quis de ea re, cuius actio vel defensio primum sibi competit, sequentem agere patiat, veluti si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris, aut maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dotem acceptae, aut possessor venditorem de proprietate rei emtae“, l. 63 D. 42, 1. Anders wenn „ex duobus heredibus debitoris alter condemnatur: nam alteri integra defensio est, etiamsi cum coherede suo agi scierit“. Der Unterschied liegt darin, „quod, qui scit coheredem suum agere, prohibere eum, quominus uti velit propria actione vel defensione utatur, non potest; is vero, qui priorem dominum defendere causam patitur, ideo propter scientiam praescriptione rei quamvis inter alios indicatae summovetur, quia voluntate eius de iure, quod ex persona agentis habuit, iudicatum est (l. 63 cit.)“. Vgl. c. 25 X. 3, 27. Keller Criticonfest. und Urtheil S. 368 fg., Savigny VI S. 476—479, Freudentheil RÖPra. XLII S. 84 fg., R. Binding das. XLVII S. 259 fg. (welcher den Pfandfall der Stelle gut aus der alten fiducia erklärt, vgl. l. 3 pr. D. 20, 1, l. 11 § 10 D. 44, 2 und die Worte der Stelle „qui priorem dominum defendere causam patitur“). [Binder S. 24 fg.] Cf. VII. 170. [RÖ. XXXVI S. 53 fg.] Hierher ist auch der Fall der laudatio auctoris (§ 196^b) zu stellen. CPD. 73 Abf. 4. [Binder S. 41 fg.] Nach r. R. gehört hierher auch der Fall der Stellvertretung, da das Urtheil nicht, wie es bei uns der Fall ist, auf den Kopf des Vertretenen, sondern auf den Kopf des Vertreters gestellt wurde. Vgl. l. 4. l. 11 § 7. l. 25 § 2 D. 44, 2 und Keller Criticonfest. und Urtheil § 39—44. [Binder S. 22 fg. S. 29³⁴.]

³ Das gilt nicht bloß für den Gesamt- sondern auch für den Sondernachfolger, und nicht bloß für den Erwerb durch Anachfolge, sondern für jeden anderen abgeleiteten Erwerb. L. 9 § 2. l. 11 § 3. 9. 10. l. 28 D. 44, 2, l. 25 § 8 D. 10, 2, l. 3 § 1 D. 20, 1. Natürlich wird vorausgesetzt, daß das Urtheil vor dem abgeleiteten Erwerbe liege: ein späteres Urtheil schadet dem Erwerber ebensowenig, wie eine spätere das R. des Urhebers vernichtende Thatsache. L. 11 § 10. l. 29 § 1 D. 44, 2, l. 3 pr. D. 20, 1. Vgl. Cf. VI. 67, VIII. 303. 304. Grundlos ist die Behauptung Dernburg's I § 164⁵, daß entscheidend sei nicht die Zeit des Urtheils, sondern die Zeit der Klageerhebung. Er

auch umgekehrt sich auf das für denselben gesprochene Urtheil berufen kann. Ferner gibt es einige mehr positive Ausnahmen von der aufgestellten Regel. 1. Wenn ein Recht ungetheilt mehreren Personen oder gegen mehrere Personen zusteht, so wirkt das von dem einen Mitberechtigten oder dem einen Mitverpflichteten erstrittene Urtheil auch zu Gunsten des anderen Mitberechtigten und des anderen Mitverpflichteten⁴. Dagegen wirkt das gegen den einen Mitverpflichteten erstrittene Urtheil gegen den anderen Mitverpflichteten nicht⁵, und das gegen den einen Mitberechtigten erstrittene Urtheil wirkt gegen den anderen Mitberechtigten nur dann, wenn der unterliegende Mitberechtigte zur alleinigen Verfügung über das Recht befugt war⁶.

beruft sich auf l. 11 § 10 D. 44, 2, aber f. l. 9 § 2 eod. (die mit l. 11 cit. eine Einheit bildet): „petiero et vicero“, l. 11 § 3 eod.: „petioris et victus fueris“, dann wieder „petissom“. CPD. 665. Veräußerung während des Processes: § 125, 1. [Mit Windscheid für das r. R. Binder S. 14 fg. Mit Dernburg Regelsberger I § 198². Ihrer Ansicht ist beizutreten. Für das heutige R. ist zu ihren Gunsten CPD. 286 unmittelbar entscheidend.]

⁴ L. 4 § 3 D. 8, 5. „Si fundus, cui iter debetur, plurium sit, unicuique in solidum competit actio . . . et victoria et aliis proderit“. Ebenso hilft nach l. 42 § 3 D. 12, 2 das von einem Correal Schuldner erstrittene absolute Urtheil dem Mitschuldner. S. auch l. 6 § 4 D. 4, 9 (dazu Hartmann ACPr. L. S. 129 fg.). Ders. 3 S. f. Schweizer. R. N. F. VI S. 124. Daß in gleicher Weise das von einem Correalgläubiger erstrittene Urtheil dem andern Correalgläubiger hilft, darf arg. l. 4 § 3 cit. nicht bezweifelt werden. Doch sind beide zuletzt genannten Sätze nicht allgemein anerkannt, vgl. II § 295⁹ und Savigny Obl. I S. 191. Dernburg I § 164¹¹, § 255⁷. Vgl. CPD. 753 Abf. 4. [Hölzer S. 390, 1 beschränkt die hier fragliche Ausnahme auf den Fall der von einem Miteigenthümer des herrschenden oder des dienenden Grundstücks erstrittenen günstigen Entscheidung im Servitutenproceß. S. (noch enger) Binder S. 48 fg. Zu CPD. 753 Abf. 4 vgl. Binder S. 44 fg.]

⁵ Das Gegentheil wird behauptet für den Fall, wo ein Servitutenanspruch gegen den einen der Eigenthümer des dienenden Grundstücks siegreich durchgeführt wird. So z. B. Savigny VI S. 481, Baron Gesamtvverhältnisse S. 160 fg., Steinlechner das Wesen der juris communio II S. 223 fg., Burdhard actio aquae pluviae arcendae S. 517 fg. Aber das hieße nichts Anderes, als dem Miteigenthümer das R. geben, das gemeinschaftliche Grundstück einseitig mit einer Servitut zu belasten. Durch l. 4 § 4 D. 8, 5 wird diese Behauptung nicht bewiesen. Dagegen auch Cf. XXXI. 74, XXXVI. 265. Ebenfalls dagegen Kümelin die Theilung der Re S. 69. [Für Binder S. 50 fg.]

⁶ So wirkt die Abweisung des einen Correalgläubigers auch gegen den anderen Correalgläubiger, arg. l. 28 pr. D. 12, 2; doch ist auch dieses bestritten, f. II § 295⁹. [Dagegen auch Binder S. 53 fg.] Anders bei der untheilbaren Obligation, II § 299¹⁰. Ebenfowenig wirkt die Abweisung des einen Miteigenthümers, welcher für das gemeinschaftliche Grundstück eine Servitut in Anspruch genommen hat, gegen den andern Miteigenthümer. [Binder S. 50 fg.] Das Gegentheil sagt nicht l. 19 D. 8, 5, auch nicht l. 30 [31] § 7 D. 3, 5. Wächter

2. Wenn das persönliche Verhältniß einer Partei im Streite mit derjenigen Person festgestellt worden ist, welche dabei zunächst theilhaftig ist, so wirkt diese Feststellung auch gegen Dritte⁷. 3. Das zwischen dem gesetzlichen und dem Testamentserben über die Gültigkeit des Testaments ergangene Urtheil ist maßgebend auch für die Vermächtnisnehmer⁸, und überhaupt für Alle, für oder gegen welche sich aus der Gültigkeit oder Ungültigkeit des Testaments Ansprüche ergeben⁹. 4. Ist auf Grund eines Notherbenrechts von Jemandem, welchem dieses Notherbenrecht nicht zusteht, ein das Testament umstoßendes Urtheil erwirkt worden, so kann sich darauf der wirkliche Notherbe berufen^{10. 11. 12}.

[II. Urtheile, welche auf Grund einer Klage der im § 127^{7 a. G.} bezeichneten Art, nicht verurtheilen oder Rechtsverhältnisse feststellen,

Württemb. Privatr. II § 73⁹⁰. Auch hier aber wird das Gegentheil behauptet, s. die in der vorigen Note Genannten, Elvers Servitutentehre S. 800. Vgl. CPD. § 758 Abs. 4.

⁷ Wenn die Vaterschaft dem Vater gegenüber festgestellt ist, ist sie auch den Geschwistern gegenüber festgestellt, l. 1 § 16. l. 2 D. 25, 3; ist dem Kinde gegenüber festgestellt, daß Jemand nicht Vater sei, so kann derselbe das Kind auch nicht von einem Dritten abfordern, l. 1 § 4 D. 43, 30. Gleiche Kraft ist dem Urtheil beizulegen, wenn die Existenz einer Ehe zwischen den Ehegatten festgestellt oder negirt worden ist. Bei den Römern gehörte auch der Fall der Freiheit und Freigeborenenheit hierher, l. 25 D. 1, 5, l. 42 pr. D. 9, 4, l. 14 D. 37, 14, l. 5 C 7, 19. In allen diesen Fällen wirkt jedoch das Urtheil gegen Dritte nicht so weit, daß denselben benommen wäre, zu behaupten, daß sie selbst die bei dem Verhältniß unmittelbar Theilhaftigen seien. So kann das Urtheil über die Vaterschaft nicht demjenigen entgegengesetzt werden, welcher selbst behauptet, der wahre Vater zu sein. Vgl. l. 42 D. 40, 12, l. 1. 5. D. 40, 14. Keller Titulcont. und Urtheil § 47, Wächter Württemb. Privatr. II S. 571, Buelow de praejudicialibus formulis (Wratislaviae 1859) p. 49 sqq. Enger Savigny VI S. 472—473, Weßell Civilproc. § 47⁸⁴ fg., Renaud Civilproc. § 160⁸¹. Cf. III. 388, XXXVI. 82. XLV. 162. [Enger auch Binder S. 64 fg., Hölder S. 390, 2 nennt nur den Fall des Processes um Vaterschaft.]

⁸ L. 3 pr. D. 20, 1, l. 14 D. 49, 1, l. 50 § 1 D. 30, 1. 8 § 16. l. 17 § 1 D. 5, 2, l. 12 pr. § 2 C. 3, 31.

⁹ L. 50 § 1 i. f. D. 30, 1. 15 § 2 D. 5, 2. Vgl. Weßell Civilproc. § 47⁸². Vgl. III § 584¹⁰. [Hölder S. 390, 2, Binder S. 70 fg. Enger fallen den Satz Dernburg I § 164, d, Regelsberger I § 198 zu⁹.]

¹⁰ L. 6 § 1 D. 5, 2. Vgl. III § 584⁹⁰.

¹¹ Ueber die Wirkung des Urtheils über eine im Concurs geltend gemachte Forderung für die sämtlichen Concursgläubiger s. RD. 135 (133 Abs. 2). Mandry S. 255. Bach Handb. des Civilproc. I S. 624. [Binder S. 45 fg.]

[¹² Etwas anderes als die Kraftwirkung des Urtheils gegen Dritte ist es, daß der Nebenintervenient und Derjenige, welchem der Streit verkündet wurde, gemäß CPD. 65. 71 Abs. 3 im Verhältniß zur Hauptpartei (dem Streitverkünder) mit der Behauptung der Unrichtigkeit des Urtheils nicht gehört werden.]

sondern Rechtswirkungen begründen, müssen grundsätzlich Rechtskraft im Verhältniß zu allen dritten besitzen¹³.]

[Auch die subjectiven Grenzen der Rechtskraft hat das **EG.** selbst im Allgemeinen nicht geregelt, sondern der **CPD.** überwiesen. Nach den in Aussicht genommenen Bestimmungen der **CPD.** (Denkschr. Anl. II S. 321 fg.) und einigen verstreuten Vorschriften des **BGB.** soll sich die Sache gestalten, wie folgt:

- I. 1. Die Rechtskraft wirkt für und gegen die Parteien (293d);
2. für und gegen diejenigen, welche nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit ihre Rechtsnachfolger geworden sind (293d; s. auch **CPD.** 236 Abs. 3 und ob.

[¹³ Die Abjudication im Theilungsproceß begründet Eigenthum, und wer durch Abjudication Eigenthümer wurde, ist allen Dritten gegenüber ebenso als Eigenthümer legitimirt, wie Derjenige, der aus anderem Grunde Eigenthum erwarb. Nur ist die Abjudication eine derivative Erwerbssart und der Abjudicator muß im Streifalle beweisen, daß er und sein Theilungsgegner vor der Abjudication Miteigenthümer waren; aber aus dem Grunde, weil einen Dritten die Kraft der Abjudication nicht binde, kann niemand die jetzige Stellung des Abjudicators als Alleineigenthümers des ihm Zugeschlagenen angreifen, während ein Urtheil, welches Eigenthum feststellt, den Dritten überhaupt nicht bindet. Wenn die Wiedereinsetzung eines Minderjährigen (im Allgemeinen; vgl. § 120^a) nur in personam ertheilt wird, so bedeutet dieß, daß er, wenn die Sache bereits an einen Anachfolger seines Mitcontrahenten gekommen ist, diesem gegenüber die Wiedereinsetzung nicht erstreiten kann. Ist aber der Minderjährige in ein verlorenes Eigenthum wieder eingesetzt, so kann ein Dritter, nicht bloß, zufolge der allgemeinen Regel, wenn er nach Abhängigkeit des Restitutionsanspruches Anachfolger des Gegners des Minderjährigen geworden ist, sondern auch, wenn er die Sache hat, ohne Anachfolger des Gegners zu sein, nur in Frage ziehen, ob der Restituirte vor der Wiedereinsetzung Eigenthümer war; daß er aber unter dieser Voraussetzung es durch die Restitution wieder geworden ist, kann er nicht anfechten; die Restitution hat also absolute Geltung. Die Ehescheidung vernichtet die Ehe mit absoluter Wirkung. Insbesondere ist auch für Urtheile, welche auf Abgabe einer Willenserklärung lauten, und welche die Bedeutung haben, die Folgen zu setzen, welche die Willenserklärung ihrerseits herbeiführen würde, zu behaupten, daß ihre Kraft an die regelmäßigen persönlichen Grenzen der Kraft nicht gebunden ist; sie wirken vielmehr für und gegen alle Dritte soweit, wie die Willenserklärung selbst wirken würde, welche sie ersetzen. 3. B. die Verurtheilung zur Bestellung einer Servitut verschafft dem Sieger, vorausgesetzt daß der Verurtheilte die erforderliche Verfügungsgewalt über die belastete Sache hatte, die Servitut als dingliches, allen Dritten gegenüber wirksames R., während die rückständige Feststellung der Existenz einer Servitut weit beschränktere Wirkung haben würde. Vgl. Ripp (§ 128^a) S. 69 fg. Die enge personelle Begrenzung der Kraft des Urtheils bei der Leistungs- oder Feststellungsklage hängt damit zusammen, daß das Urtheil den Streit zweier Parteien entscheiden will. In den Fällen aber, wo das Urtheil in dem hier fraglichen Sinne Folgen begründen will, steht es, wenn auch aus dem Streit erwachsend, doch principiell auf demselben Boden, wie andere, Folgen begründende Thatsachen, z. B. Parteierklärungen, oder privatlich erhebliche Staatswillenserklärungen außer dem Urtheil (Großjährigkeitserklärung, Vertragsbestätigung u. s. w.) Grenzen für die Wirkung des Urtheils ergeben sich hier nur aus den Grundsätzen vom derivativen Erwerb.]

§ 125 S. 553). Also wirkt das Urtheil zwischen dem cedirten Schuldner und dem Cedenten gegen den Cessionar, wenn die Cession nach Eintritt der Rechtshängigkeit erfolgt ist. Es wirkt aber nach BGB. 407 Abs. 2 gegen den Cessionar auch dann, wenn die Abtretung vor Eintritt der Rechtshängigkeit geschah, es wäre denn, daß der Schuldner bei Eintritt der Rechtshängigkeit die Abtretung kannte.

3. Die Rechtskraft wirkt für und gegen diejenigen, welche nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit den Besitz der im Streit befangenen Sache in solcher Weise erlangt haben, daß eine der Parteien mittelbarer Besitzer geworden ist. (293 d; vgl. BGB. 868).

4. In beiden vorgenannten Fällen finden aber die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten ableiten, entsprechende Anwendung (293 d Abs. 2; s. auch CPD. 288 und ob. § 125 S. 553); also in den Fällen, in welchen der Rechtsnachfolger, der Erwerber des Besitzes, welcher von einem Nichtberechtigten erworben hat, dem Angriff des Berechtigten nicht ausgesetzt ist, wirkt gegen ihn auch nicht die Rechtskraft des zu Ungunsten seines Rechtsurhebers (oder des mittelbaren Besitzers), erlassenen Urtheils. Nicht in gutem Glauben ist der Erwerber, welcher bei schwebendem Proceß erwirbt, schon dann, wenn er die Rechtshängigkeit kennt oder in grober Fahrlässigkeit nicht kennt (vgl. BGB. 932 Abs. 2). Es hilft ihm nichts, geglaubt zu haben, daß sein Rechtsurheber in dem Proceße Recht habe. Es soll jedoch bestimmt werden, daß, wenn der Rechtsstreit einen Anspruch aus einer eingetragenen Realkast, Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld betrifft, die Entscheidung im Falle einer Veräußerung des belasteten Grundstücks gegen den Rechtsnachfolger auch dann wirksam und vollstreckbar ist, wenn dieser die Rechtshängigkeit nicht gekannt hat, sei es auch ohne jedes Verschulden; erfolgt aber die Veräußerung des Grundstücks im Wege der Zwangsversteigerung, so ist gegen den Ersteher die Entscheidung nur dann wirksam und vollstreckbar, wenn die Rechtshängigkeit spätestens im Versteigerungstermin vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten angemeldet ist. Vgl. den Zusatz zu § 293 d und den § 238 a in der Anl. I d. Denkschr. z. Entw. d. Zwangsversteigerungsges. (Seym. S. 124 fg.).

5. Bei Gesamtschulden und Gesamtsforderungen, sowie bei Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern im Falle der Untheilbarkeit der Leistung ist die Rechtskraft durchaus beschränkt auf die Personen, zwischen denen das Urtheil ergeht. (BGB. 425. 429. Abs. 3. 431. 432 Abs. 2.) Das Gleiche gilt bei der Rechtsgemeinschaft.

6. Ein Urtheil, welches zwischen einem Vorerben (vgl. BGB. 2100 fg.) und einem Dritten über einen gegen den Vorerben als Erben gerichteten Anspruch, oder über einen der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstand ergeht, wirkt für und gegen den Nacherben, wenn es vor Eintritt der Nacherbfolge rechtskräftig geworden ist (293 e).

7. Ein Urtheil, das zwischen einem Testamentsvollstrecker (vgl. BGB. 2197 fg.) und einem Dritten über ein der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegendes Recht (vgl. BGB. 2205 fg.) oder über einen gegen den Nachlaß gerichteten Anspruch, in Ansehung dessen der Testamentsvollstrecker zur Führung des Rechtsstreits berechtigt ist, (vgl. BGB. 2213) ergeht, wirkt für und gegen den Erben (293 e).

8. Die Ausnahmefälle des Textes unter I, 3. 4 fallen fort.

9. Ein Urtheil, welches das Bestehen oder Nichtbestehen einer Ehe feststellt, oder auf eine Ehe-Anfechtungs- oder -Nichtigkeitsklage ergeht, wirkt für und gegen alle, sofern es bei Lebzeiten beider Ehegatten rechtskräftig wird. Bei der Nichtigkeitsklage findet eine Ausnahme statt im Falle von BGB. 1326 (CPD. 584 b Denkschr. Anl. II S. 327).

10. Ein Urtheil, welches das Bestehen oder Nichtbestehen eines Eltern- und Kindesverhältnisses oder eines Verhältnisses elterlicher Gewalt zwischen den Parteien feststellt, wirkt für und gegen alle, wenn es bei Lebzeiten der Parteien rechtskräftig wird. Die Feststellung des Bestehens wirkt aber gegenüber einem Dritten, welcher das elterliche Verhältniß oder die elterliche Gewalt für sich in Anspruch nimmt, nur dann, wenn er an dem Rechtsstreite theilgenommen hat (d. h. als Haupt- oder Nebenintervenient). (CPD. 592a. 592d a. a. D. S. 328. 329). Der Rechtsstreit über die außereheliche Vaterschaft wird von der Vorschrift des § 592d überhaupt nicht betroffen (592e a. a. D. S. 329.)

11. Inwieweit ein Urtheil, welches im Proceß eines Ehegatten gegen Dritte über vermögensrechtliche Ansprüche ergeht, für und gegen den andern Ehegatten wirkt, hängt mit dem Verfügungsrecht des proceßirenden Ehegatten nach den Grundfäden des ehelichen Güterrechts zusammen. Vgl. darüber BGB. 1380. 1400. 1401. 1407. 1443. 1449. 1450. 1454. 1460 Abs. 2. 1519. 1525 Abs. 2. 1549. s. auch 1344.

12. Rechtskraft gegen Personen, welche im Sinne des Textes zu ² das Urtheil als für sich verbindlich anerkannt haben, findet nicht statt. Ein solches Anerkenntniß kann aber die gewöhnlichen Wirkungen eines außergerichtlichen oder gerichtlichen Geständnisses oder eines vertragsmäßigen Anerkenntnisses haben.

II. In Ansehung der Urtheile, welche Rechtswirkungen begründen wollen, ist es auch als Sinn des BGB. anzusehen, daß sie absolut, im Verhältniß zu allen Dritten wirken, soweit nicht das Gesetz ihre Wirkung beschränkt. So wirken absolut die Zuthellung im Theilungsurtheil (BGB. 752. 2042), die Ehescheidung (1564), das Urtheil, welches die Verwaltung und Nutznießung des Mannes nach § 1418 aufhebt (vorbehältlich der Bestimmung in § 1424), das Urtheil, welches die Rechte des Mannes nach § 1425 wieder herstellt. Das Urtheil, welches die Gütergemeinschaft oder Errungenschaftsgemeinschaft oder Fahrnißgemeinschaft aufhebt (1468. 1469. 1542. 1549), wirkt Dritten gegenüber nur nach Maßgabe des § 1435 (1470. 1545. 1549). Diese Einschränkung besteht nicht für das Urtheil, durch welches die fortgesetzte Gütergemeinschaft aufgehoben wird (1496). Das Urtheil, durch welches dem Vater oder der Mutter die elterliche Gewalt entzogen wird, wirkt absolut, vorbehältlich der Bestimmung in § 1682 (1680 Abs. 2. 1686). Die Rechtskraft der Ausschlußurtheile ist nicht bloß in dem Sinne gegen jeden Dritten wirksam, daß, wenn mehrere Ausgeschlossene denkbar sind, jeder von dem Ausschluß betroffen wird, wer es auch sei, soweit nicht besondere Beschränkungen aufgestellt sind (927 Abs. 2), sondern solche Urtheile haben auch in dem Sinne persönlich unbeschränkte Rechtskraft, daß die Folgen, welche das Gesetz an das Ausschlußurtheil knüpft, grundsätzlich mit objectiver Geltung eintreten; so die Präsumtion, welche die Todeserklärung (ein Ausschlußurtheil) begründet (18); der Erwerb der Hypothek durch den Eigentümer auf Grund des Ausschlußurtheils

(1170 Abf. 2), ähnlich der Anspruch des § 800 gegen den Aussteller der Schuldverschreibung auf den Inhaber (obwohl gegen diesen das Ausschlußurtheil nicht ergeht).]

Anhang. Der Beweis.

§ 133.

Die Lehre vom Beweise ist keine Lehre des materiellen Rechts, sie gehört dem Proceßrechte an. Aber sie hat Seiten, welche zu dem materiellen Rechte in unmittelbarer Beziehung stehen. Diese sind hier darzustellen.

1. Wer muß beweisen?¹ Der Kläger muß diejenigen Thatfachen² beweisen³, welche er zur Begründung des von ihm geltend

¹ Aus der Literatur über die Lehre von der Beweislast ist hier hervorzu- § 133.
heben: Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß Nr. VI
(1805, 3. Ausg. besorgt von Heffter 1845). Bethmann-Hollweg Versuche
Nr. V (1827). Heffter in den Zusätzen zu der angeführten Schrift von Weber
S. 202 fg. [1845]. S. Gerber Beiträge zur Lehre vom Klaggrunde und der
Beweislast (1858). Langenbeck die Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitig-
keiten II S. 248—358 (1869). Maron über Beweislast, Einreden und Excep-
tionen (1861). Burdhard die civilistischen Präsumtionen S. 125—165 (1866).
Fitting die Grundlagen der Beweislast (1888. 3S. f. CPr. XIII S. 1 fg.).
Unger II S. 555 fg. Weßell Civilproc. § 15. [Dernburg I § 156, 3.
§ 159, Hölder § 68, Regelsberger I § 195, Wach Handb. d. Civilpr. I S.
125 fg., Vorträge S. 210 fg., Pland Civilproc. II § 107, Seuffert CPD.
256, 3, Bähr Jahrb. f. Dogm. XXV S. 394 fg. (1887), Reinhold Lehre
vom Klaggrunde, den Einreden und der Beweislast (1888), derselbe 3S. f.
CPr. XX (1894) S. 113 fg., Fischer in Bekker n. Fischer Beitr. z. Erläut. d.
I. C. BGB. S. 9 (1889) S. 18 fg., Fhering Besißwille (1889) S. 144 fg.,
Hüppner Sächf. Arch. f. bürg. R. u. Pr. I S. 641 fg. (1891), Veßinger die
Beweislast im Civilpr. (1894), dazu Kleinfeller fr. WJS. XXXVII S. 188
fg. Wach a. a. D. sagt mit Recht, daß die Sätze über die Beweislast processualische
sind. S. auch Regelsberger a. a. D. zu², Reinhold 3S. a. a. D. S. 113*
S. 129 fg., Veßinger S. 295 fg. Aber diese Sätze knüpfen an materiellrechtliche
an und beeinflussen in concreto die materiellen Private nachdrücklich. Vgl.
Kleinfeller a. a. D. S. 201 fg.]

² Sätze bilden keinen Gegenstand des processualischen Beweises. Aufgabe
der Parteien ist Herbeischaffung der Thatfachen; die Rechtsregeln thut der Richter
aus dem Seinigen dazu. Iura novit curia. Allerdings gibt es Fälle, in
welchen die officielle Kenntniß eines Satzes dem Richter nicht zugemutet werden
kann (z. B. wenn der Satz einem der Zeit oder dem Ort nach entlegenen R.
oder dem Gewohnheitsr. angehört); in solchen Fällen muß freilich die Partei,
welche Anwendung dieses Satzes verlangt, dem Richter Ueberzeugung von dem-
selben verschaffen; aber das ist kein processualischer, nach den Regeln des Proceßr.
zu führender Beweis. Vgl. § 14²⁻³, § 17²⁻⁴. Weßell Civilproceß § 20, 2,
Bayer Vorträge S. 681—684. CPD. § 265.

³ Vorausgesetzt, daß sie bestritten und bestrittbar sind. Was nicht be-
stritten (was vor Gericht in diesem Proceß zugestanden) ist, muß der Richter

gemachten Anspruchs behaupten muß⁴. Zu behaupten braucht er aber: a) nur solche Thatfachen, welche den geltend gemachten Anspruch zu begründen im Stande sind, nicht solche, aus welchen seine

ohne Weiteres seinem Urtheil zu Grunde legen, ganz abgesehen davon, ob er von der Wahrheit desselben überzeugt ist oder nicht; es genügt, daß die Partei will, daß es als wahr angenommen werde (CPD. 261 [262. 263]). Unbestreitbar sind einmal die s. g. notorischen Thatfachen (CPD. 264), sodann diejenigen, deren Bestreitung eine Regel verbietet, z. B. die durch kräftiges Urtheil festgestellten (vgl. ¹¹). [Die Akraft betrifft (mit einer Ausnahme) nicht Thatfachen, sondern Verhältnisse; vgl. ob. § 127^a.] Ueber das Geständniß s. Bethmann-Hollweg Veruche Nr. IV, Savigny VII § 303—308 [Demelius die confessio im röm. Civilproceß und das gerichtl. Geständniß der neuesten Proceßgesetzgebung (1880), Pand Civilpr. I § 62—64, Seuffert CPD. 261—263], über die Notorietät Wegell Civilproceß § 20 Nr. 3, Bayer S. 719 fg. [Pand I S. 446 fg. II S. 162, Seuffert CPD. 264, Stein das private Wissen des Richters, bes. § 9, Bach Vorträge S. 208 fg.].

⁴ Das Princip der Beweislast ist ein sehr einfaches: beweisen muß, wer behauptet, nicht wer bestreitet. „Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat“ (l. 2 D. 22, 3); — „cum per rerum naturam factum negantis nulla probatio est“ (l. 23 C. 4, 19). Deshwegen liegt der Beweis zunächst dem Kläger ob, da dieser zunächst der Behauptende ist, nicht dem Beklagten. „Semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit“ (l. 21 D. 22, 3, l. 8. 20 C. 4, 19.). Aber in der Einnrede behauptet auch der Beklagte; daher „in exceptionibus dicendum est, rem partibus actoris fungi oportere“ (l. 19 pr. l. 25 § 2 D. 22, 3.) Die Frage ist nur, wie viel jede Partei behaupten muß, um zum Siege zu gelangen. Was man gewöhnlich die Frage nach der Beweislast nennt, ist eigentlich die Frage nach der Behauptungslast. — Ein böses Mißverständniß des Satzes „ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat“ ist es, wenn man unter negare nicht Bestreitung einer gegnerischen Behauptung, sondern Behauptung einer negativen Thatfache versteht. Was eine Partei behaupten muß, muß sie auch beweisen, ohne Unterschied, ob es eine positive oder negative Thatfache ist. Vgl. Bethmann-Hollweg Veruche S. 324—331. [Regelsberger I § 195 zu ¹⁰, Pand a. a. D. ⁷, Hüppner a. a. D. S. 648 fg.] A. M. Fitting a. a. D. S. 17 fg. [Gegen ihn Reinhold ZS. f. Cr. XX S. 113 fg. Fitting a. a. D. stellt als Hauptregeln der grundsätzlichen Beweislast auf: 1) wer ein Interesse daran hat, daß die Wirkung bezw. Gegenwirkung einer Vorschrift als eingetreten anerkannt werde, muß die thatsächlichen Voraussetzungen derselben nöthigenfalls beweisen (S. 60); die Ordnung ist ein System von Regel- und Ausnahmenvorschriften, woraus sich Wirkungen und Gegenwirkungen ergeben (S. 40 fg.). 2) Nur die behauptete Veränderung eines früheren Zustandes, nicht die Fortdauer desselben bedarf des Beweises (S. 60). Dieß ist der Sinn des Satzes affirmanti, non neganti incumbit probatio (S. 17 fg.). Die Regeln der grundsätzlichen Beweislast werden aber von gewissen andern durchkreuzt, so daß die wirkliche Beweislast nicht immer der grundsätzlichen entspricht (S. 24. 65 fg.); solche Durchkreuzung erfolgt durch Erfahrungsvermutungen auf Grund der Regeln des Lebens (S. 65 fg.) und durch Rechtsvermutungen (S. 74 fg.). Auch Regelsberger a. a. D. S. 696 betont den Einfluß, den die Auffassung des Lebens vom Normalen und Abnormen auf die Beweislast hat.] [[§ 133 S.

gegenwärtige Existenz hervorginge. Thatsachen dieser letzteren Art gibt es nicht; beruft sich der Gegner darauf, daß der einmal entstandene Anspruch gegenwärtig nicht mehr existire, so ist es an ihm, Thatsachen zu behaupten und zu beweisen, welche den Anspruch aufzuheben im Stande waren⁵. b) Dem Anspruch kann, obgleich er begründet ist, eine Thatsache entgegenstehen, welche seine Wirksamkeit hemmt; es ist nicht an dem Kläger, die Abwesenheit solcher Thatsachen zu behaupten und zu beweisen, sondern der Beklagte muß ihr Dasein behaupten und beweisen⁶. c) Eine Thatsache kann einen Anspruch zu begründen an und für sich im Stande sein, ohne daß sie ihn unter allen Umständen erzeugt, ihrer rechtserzeugenden Kraft können sich Hindernisse entgegenstellen; für solche Hindernisse gilt dasselbe, was zuvor bemerkt wurde, es muß nicht der Kläger ihre Abwesenheit, sondern der Beklagte ihr Dasein behaupten und beweisen⁷.

375 fg.: Bewiesen werden müssen diejenigen Thatsachen, welche die Existenz des geltend gemachten Rechtsverhältnisses in Ermangelung anderer sie ausschließender Thatsachen begründen. Die Abwesenheit der letzteren nennt §. negative Existenzbedingungen des Rechtsverhältnisses und billigt daher (§. 342) Fitting's Theorie]. [Dernburg a. a. O. geht davon aus, daß der Kläger die vobegründenden Thatsachen, der Beklagte die Einreden beweisen müsse, daß dieß aber Modificationen aus Billigkeitsrücksichten erleide: Umkehrung der Beweislast, wenn durch vertragswidriges Verhalten der einen Partei der andern der Beweis wesentlich erschwert wird (so mit Recht auch RG. XX §. 6 und dort Citirte; S. L. 33), kein Beweis zu verlangen für das, was man wissen muß und worüber man leicht Auskunft geben kann, regelmäßig keine Beweispflicht für bloße Negativen. Veringer S. 297 gibt eine Grundregel der Beweislast an, welche mit derjenigen Windscheids sachlich übereinstimmt: „Jede Partei hat die ihr vortheilhaftesten (einführungs- und beweisbedürftigen proceßerheblichen Thatbestandsmerkmale (einzuführen und bezw.) zu beweisen, widrigenfalls dieselben unberücksichtigt bleiben. (Proceßerheblich nennt B. die materielllich erheblichen Thatsachen, deren Einführung in den Proceß nicht durch processuale Vorschriften ausgeschlossen ist [S. 286], und es ist natürlich, daß nach dem Beweis z. B. von Verteidigungsmitteln, die auf Grund des § 252 CPD. zurückgewiesen werden, nicht weiter zu fragen ist.) Gegen die Beweisbedürftigkeit von Negativen erklärt sich B. S. 301 fg., f. auch S. 366; sollte höchst eventuell eine solche Beweisbedürftigkeit anzuerkennen sein, so sei dennoch auf Grund der freien Wahrscheinlichkeitswürdigung dem Gegner der Gegenbeweis des Positiven abzuverlangen.] — Aenderung der Beweislast bei der negativen Feststellungslage: RG. IX §. 337. [Hamburger Beweislast bei negativer Feststellungslage (Erl. Diss. 1894), Veringer S. 367.]

⁵ L. 12 D. 22, 3, l. 1 C. 4, 19.

⁶ Mit anderen Worten: Einreden im civilrechtlichen Sinne (römische exceptiones) muß der Beklagte beweisen. Vgl. ⁴.

⁷ Mit anderen Worten: auch die Einreden im processualischen Sinne muß der Beklagte beweisen. Beispiel: wer sich auf eine Willenserklärung beruft, braucht nicht die Geistesgesundheit ihres Urhebers nachzuweisen, der Gegner muß den

— Für die Vertheidigung des Beklagten sind die gleichen Grundsätze maßgebend, wie für den Angriff des Klägers. Auch der Beklagte braucht nur diejenigen Thatfachen zu behaupten und zu beweisen, welche an und für sich fähig sind, die zur Vertheidigung angerufene rechtliche Wirkung zu einer an und für sich begründeten zu machen, mag diese Wirkung ein eigener Anspruch sein, wie z. B. bei der Compensationseinrede, oder Wiederaufhebung des klägerischen Anspruchs, oder Lähmung seiner Wirksamkeit, oder Ausschließung seiner Entstehung. Und wie die Vertheidigung des Beklagten, ist natürlich auch die Gegenvertheidigung des Klägers zu behandeln u. s. w. — Wie aber in Gemäßheit der hier aufgestellten Regeln im einzelnen Fall das zu behauptende und zu beweisende Material unter die Parteien zu vertheilen sei, und namentlich was dazu gehöre, damit man sagen könne, eine rechtliche Wirkung sei an und für sich begründet und nur gehemmt, und damit von einer an und für sich wirkenden Thatfache geredet werden könne: das sind Fragen, die nur aus der besonderen Natur der zur Frage stehenden Rechtsverhältnisse beantwortet werden können, und dieß eben ist die civilrechtliche Seite der Lehre von der Beweislast, wegen deren es nothwendig war, hier ihre Principien darzulegen⁸.

2. Was die Beweisgründe und Beweismittel angeht, so ist darüber an diesem Orte Folgendes zu bemerken.

a. Der Beweis kann unter Anderem⁹ geführt werden durch Verweisung auf Schlüsse aus anderen feststehenden Thatfachen, in welchem

Wahnsinn darthun (I. 5 C. 6, 36); ebensowenig braucht er die Nichtzurücknahme der Willenserklärung zu beweisen, der Beweis der Zurücknahme trifft den Gegner (I. 22 D. 22, 3, I. 22 D. 31, I. 11 § 12 D. 32); der Vermächtnißnehmer braucht nicht zu beweisen, daß die Vorschrift des Falcidischen Gesetzes nicht Platz greife, der beschwerte Erbe muß darthun, daß sie Anwendung finde (I. 17 D. 22, 3).

⁸ Eine Reihe von hierher gehörigen Fällen ist zusammengestellt bei Unger II § 123²²⁻²⁵ und ©. 468—471. § 129²⁶⁻²⁹ und ©. 572—577, ferner bei Maxen ©. 109 fg. [Einzelnes vgl. ob. § 75¹. § 86⁴⁻⁶. § 96². § 103^{1a}. § 121³ unt. § 148 zu⁴. § 162 a zu⁵. § 196, I. § 198 zu¹⁴⁻¹⁶. II § 321 zu³ fg. § 334 zu¹. § 402¹. § 410⁴. § 426, 5. § 429. § 445³ a. ©. § 475⁷. III § 564². § 566⁰. § 583 zu⁵. § 587 zu⁴. § 615. — Cf. L. 5. 187. — H.G. XXVII ©. 354 fg., XXVIII ©. 29 fg. ©. 176 fg., XXIX ©. 139 fg., XXXIII ©. 352 fg., XXXIV ©. 223 fg. Reichhaltige Präjudiciensammlung bei Vespinger ©. 1 fg.]

⁹ Außerdem durch Verweisung auf eigene sinnliche Wahrnehmung oder auf glaubwürdige Aussagen anderer Personen (Beweis durch Augenschein, Zeugen, Sachverständige, Urkunden, Eid).

Fälle man von einem indirecten (künstlichen) oder Vermuthungsbeweise spricht. Solche Schlüsse sind entweder der eigenen Einsicht des Richters überlassen, oder sie sind vom Rechte einerseits autorisirt und andererseits dem Richter zur Pflicht gemacht¹⁰. In welchen Fällen dieß Letztere der Fall sei, ist wieder eine im Civilrecht bei der Darstellung der einzelnen Materien zu beantwortende Frage¹¹.

b. Durch den Eid des Behauptenden kann der Beweis regelmäßig nur dann geführt werden, wenn die Gegenpartei sich damit zufrieden erklärt hat, daß seinem Eide geglaubt werde¹², oder wenn der Richter ihm die Ergänzung eines unvollständigen Beweises durch Eid gestattet¹³. Ausnahmsweise hatte nach römischem Recht der Behauptende in gewissen Fällen das Recht, auch ohne diese Voraussetzungen durch seinen Eid zu beweisen¹⁴. Dieses Recht ist durch die

¹⁰ In diesem Falle spricht man von einer *Avermuthung*, s. g. *praesumptio iuris* im Gegensatz zur *praesumptio facti s. hominis*. Vgl. über die *Avermuthungen*: Unger § 130 und die neueste (etwas breite, aber sonst gute) Darstellung von Burdhard, die civilistischen Präsumtionen (1866). Wächter I § 101. [Hölzer S. 379 fg. 383 fg., Regelsberger I § 196, II, 4. Fitting a. a. O. S. 65 fg., Jhering Besitzwille S. 151 fg.] — Die *CPD.* hat die in den Landestren aufgestellten *Avermuthungen* ausdrücklich für nicht aufgehoben erklärt. *CG.* 16, 1, vgl. 14, 3. *RG.* XIII S. 7. — Bei den *Avermuthungen* findet noch der Unterschied statt, daß das *R.* entweder den Gegenbeweis zuläßt, daß der von ihm autorisirte Schluß in dem vorliegenden Falle nicht zutrefte, oder daß es diesen Gegenbeweis ausschließt. In dem letzteren Falle spricht man von einer *praesumptio iuris et de iure* (sc. *contrarii probationem non admittens*). Vgl. c. 30 X. 4, 1, übrigens auch Burdhard S. 369 fg.

¹¹ Beispiele von (widerlegbaren) *Avermuthungen* in: l. 12 D. 1, 5 in Verbindung mit l. 6 D. 1, 6 (§ 56 b¹⁻²), l. 3 C. 10, 22 (II § 344, 3). — Von *Avermuthungen* wird übrigens auch da gesprochen, wo ein *Mag.*, ohne eine Schlußfolgerung zu autorisiren, vorschreibt, daß eine gewisse Thatsache ohne Beweis als feststehend angenommen werden soll. Beispiele in: l. 9 § 1. 4. l. 22. 23 D. 34, 5, l. 26 pr. D. 23, 4 (§ 53⁴), l. 51 D. 24, 1 (II § 509⁴⁶).

¹² S. g. *iusiurandum voluntarium*, Haupt- oder *Schiedseid*. Vgl. Savigny VII § 309—314. *CPD.* 410 fg.

¹³ S. g. *iusiurandum suppletorium*, *Erfüllungseid*. Ist nicht das Uebergewicht des Bewiesenen auf Seite des Behauptenden, so erkennt der Richter in gleicher Weise auf Wegräumung des gelieferten Anfangs von Beweis durch den Eid des Leugnenden, s. g. *iusiurandum purgatorium*, *Reinigungseid*. Für beide Eide braucht man heutzutage den Ausdruck *iusiurandum necessarium*. *CPD.* 437 [fg. Es kommt nach der *CPD.* für die Frage, welcher Partei der Eid aufzuerlegen ist, nicht mehr schlechthin darauf an, auf wessen Seite das Uebergewicht des bisherigen Beweises ist. Es braucht auch eine andere Beweisaufnahme gar nicht voranzugehen. Vgl. Seuffert *Comm. h. l.*]

¹⁴ *Iusiurandum in litem*, *Schätzungs- oder Würderungseid*. Dig. 12, 3, Cod. 5, 53 de in litem iurando. Schröder *JS.* f. *CR.* u. *Pr.* VII S.

Reichscivilproceßordnung aufgehoben worden¹⁵.

[Das **GG.** hat keine allgemeine Vorschriften über die Beweislast gegeben (E. I 193—198 sind gestrichen), wohl aber durch die Fassung seiner Vorschriften in vorzüglicher Weise hervortreten lassen, was als Regel- und was als Ausnahmevorschrift anzusehen ist, so daß man in sehr zahlreichen Fällen die Beweislast unmittelbar aus dem Gesetz ablesen kann, obwohl ihrer nicht gedacht ist. (vgl. z. B. 985 und 986; 1004 Abs. 1 und Abs. 2; 987. 989 und 990. 992.) Hierauf hat die Darstellung der einzelnen Lehren Rücksicht zu nehmen. Außerdem hat das **BGB.** in einer Reihe von einzelnen Fällen ausdrückliche Vorschriften über die Beweislast aufgestellt (282. 345. 358. 363. 442. 542 Abs. 3. 636 Abs. 2. 2336 Abs. 3). Die **CPD.** soll als § 264a die Vorschrift aufnehmen: „Thatsachen, für deren Vorhandensein das Gesetz eine Vermuthung aufstellt, bedürfen keines Beweises. Der Beweis des Gegentheils ist zulässig, sofern nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt. Dieser Beweis kann auch durch Eideszuschreibung gemäß § 410 ff. geführt werden.“ (Denkschr. Anl. II S. 320.) (Die letztere Bestimmung tritt irriger Anwendung des § 411 **CPD.** auf die hier fraglichen Fälle entgegen.) Vermuthungen ohne Ausschluß des Gegenbeweises stellt das **BGB.** nicht selten auf (18. 19. 20. 484. 891. 938. 1006. 1258 Abs. 2. 1362. 1527. 1540. 1591 Abs. 2. 2009. 2255 Abs. 2. 2365.) Dabei ist zu beachten, daß diese Vermuthungen zum Theil nicht auf juristische Thatsachen, sondern unmittelbar auf Verhältnisse gestellt sind (891. 1362. 1527. 2365). Der zugelassene Gegenbeweis ist aber auch dann auf Thatsachen zu richten, welche das vermuthete Verhältniß ausschließen. Weil es Vermuthungen gibt, welche auf Rechtsfolgen gerichtet sind, so lassen sich unbedenklich auch solche Sätze als Vermuthungen bezeichnen, in denen festgestellt wird, daß etwas im Zweifel anzunehmen ist (oder ähnlich), auch wenn das Anzunehmende keine Thatsache, sondern eine Rechtsfolge ist (vgl. § 84 a. E.). Vermuthungen, welche den Gegenbeweis ausschließen, wollte man in das **BGB.** nicht aufnehmen, glaubte aber in dem angeführten § 264a gleichwohl auf solche Fälle Rücksicht nehmen zu müssen, weil dergleichen in solchen Reichs- und Landesgesetzen außerhalb des **BGB.** vorkomme, welche in Geltung blieben (Prot. d. II. Comm. S. 527). Allein die Ansicht, daß das **BGB.** keine unwiderlegbaren Rechtsvermuthungen kenne, ist nicht haltbar. Die unwiderlegliche Rechtsvermuthung ist nicht der (sinnlose) Befehl an Richter und Parteien, an das Vorhandensein des so

356 fg. VIII S. 159. 160, Mommsen Beitr. z. Obligationenr. III S. 259—265, Glück XII S. 398—482, Bangerow I § 171, Sittenis II S. 80—90, Weßell Civilproc. § 28 Nr. 1. Das iusiurandum in litem griff Platz bei den auf restituere und exhibere gerichteten actiones arbitrariae und bonae fidei, wenn der Anspruch durch Arglist des Beklagten unerfüllt blieb. Das Nähere in früheren Ausgaben [bis zur 5.]

¹⁵ **CPD.** 260. „Ist unter den Parteien streitig, ob ein Schaden entstanden sei, und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufe, so entscheidet hierüber das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freiem Ermessen . . . Das Gericht kann anordnen, daß der Beweisführer den Schaden oder das Interesse eidlich schätze. In diesem Fall hat das Gericht zugleich den Betrag zu bestimmen, welchen die eidliche Schätzung nicht übersteigen darf. Die Vorschriften über den Schätzungseid werden aufgehoben.“ [Vgl. noch **CPD.** 266.]

vom Gesetz Vermutheten zu glauben, sondern vielmehr der Befehl, das Rechtsverhältniß so zu ordnen (und sich nach dieser Ordnung zu richten), wie es unter der Voraussetzung der Wahrheit der vermutheten Thatsache sich gestalten würde. *M. a. B.* die unwiderlegliche Rechtsvermuthung ist eine Fiction (Fitting a. a. O. (1) S. 77 fg.). Fingirt werden, wie vermuthet werden, können nicht bloß Thatsachen, sondern auch Rechtsverhältnisse und Rechtsfolgen. Fictionsen beider Art enthält das *BGB.* ziemlich zahlreich (vgl. ob. § 67 a. E.; auch § 72 S. 291 fg.).]

V. Cautionen*.

§ 134.

Außer dem in den vorigen §§ dargestellten gerichtlichen Schutz gibt es noch andere Mittel, welche den Zweck haben, die Verwirklichung des einem Rechte entsprechenden Zustandes zu sichern. Man faßt sie zusammen unter der allgemeinen Bezeichnung Cautionen. Dieselben haben im Einzelnen eine verschiedene Richtung.

1. Es soll dadurch das Recht der Möglichkeit wirksamer Bezweifelung entzogen werden¹. Diesem Zweck dienen vor Allem die Beweismittel²; es gehört dahin aber auch die Zusammenfassung des vorhandenen Rechtsverhältnisses in einen neuen, seinen Inhalt und seine Begrenzung feststellenden Vertrag³ (s. g. Verbalcaution).

2. Es soll dadurch der gute Wille des Verpflichteten gesichert werden. Zu diesem Ende dienen Strafversprechen^{3a} und Eid⁴.

* Wächter Bürrt. Privatr. II. § 52, Sintenis I § 35. [Dernburg I. § 167. 168, Regelsberger I § 189, Gierke I § 98.]

¹ Vgl. Bähr Anerkennung § 1. 2.

² Für den Sprachgebrauch der Quellen: l. 2 § 1 D. 2, 14: „si debitori meo § 134. reddiderim cautionem“ —; l. 47 § 1 eod.: „instrumentum . . cuiuscunque summae . . cautiones ex quocunque contractu“ — l. 15 D. 22, 3: „cautione exsoluti fideicommissi“. Andere Stellen für Dieses und das Folgende bei Gneist formelle Verträge S. 238 fg. [Sicherung des Beweises: *CPD.* 447 fg.]

³ Vgl. II § 412a. Nach *v. Re* diente zu diesem Zwecke der Stipulationsvertrag. Deswegen heißt auch die Stipulation cautio, und selbst dann, wenn durch sie das AVerhältniß erst erzeugt wurde (z. B. cautio damni insecti). Gewöhnlich wurde über die Stipulation eine Urkunde errichtet; daraus entsteht die Bedeutung von cautio = Stipulationsurkunde. Vgl. z. B. l. 31 D. 12, 6. l. 122 § 5 D. 45, 1, l. 6 pr. D. 18, 7; l. 1 § 4 D. 46, 5; l. 40 D. 12, 1, l. 25 § 4 D. 22, 3, l. 11 § 2 D. 45, 2. — Nach einer Vorschrift Justinian's soll, wenn (in einem letzten Willen) eine cautio auferlegt sei, darunter nur eine Stipulation verstanden werden, l. 3 C. 6, 38. Es unterliegt keinem Zweifel, daß für eine heutzutage Jemandem auferlegte „Sicherheit“ diese Interpretationsvorschrift nicht maßgebend sein kann (obgleich Justinian neben den Ausdruck cautio die Ausdrücke securitas, ἀσφάλεια stellt).

^{3a} Darüber das Nähere II § 285—286.

⁴ Cautio iuratoria, § 2 I. 4, 11. Der Eid tritt hier als promissorischer,

3. Es soll dadurch die Verwirklichung des Rechts gegen factische Hindernisse, wobei von vorzugsweiser Wichtigkeit die Unzureichendheit der Vermögensmittel des Verpflichteten ist, gesichert werden (s. g. Realcaution). Diesem Zweck dienen Bürgschaft⁵, Pfandbestellung⁶, Hinterlegung eines Gegenstandes bei einem unbetheiligten Dritten⁷, richterliche Einweisung in den Besitz einer Sache oder eines Vermögens⁸, richterliche Arrestverfügung⁹ und einstweilige Verfügung¹⁰.

[1. Das **§§** gibt über die Art, wie Jemand Sicherheit zu leisten hat, in den §§ 232 fg. allgemeine Vorschriften, welche in allen Fällen anzuwenden sind, in denen Jemandem kraft objectiver Rechtsnorm oder auf Grund Rechtsgeschäfts eine derartige Verpflichtung obliegt, soweit nicht besondere Vorschriften ein

nicht als assertorischer auf. Vgl. oben § 83a und II § 288. 324.

⁵ Satisfactio, s. g. cautio fideiussoria. L. 1 D. 2, 8, l. 188 § 1 D. 50, 16. Vgl. l. 1 § 5—8 D. 46, 5. Wo Bürgschaft gemäß einer Vorschrift geleistet werden muß (eine durch Vorschrift auferlegte cautio nennt man heutzutage cautio necessaria), ist nach r. R. der Fiscus befreit, und bei Stadtgemeinden genügt Verbalcaution, l. 1 § 18. l. 6 § 1 D. 36, 3, l. 3 § 1. 5 D. 35, 3, vgl. l. 2 § 1 D. 23, 5. Für processualische Cautionen ist diese Bestimmung durch **CPD.** 101 beseitigt, ebenso die fernere Bestimmung des r. R., daß bei diesen Cautionen Grundbesitzern, einschließlich der emphyteutischen Besitzer (l. 15 D. 2, 8, l. 26 § 6 C. 1, 4, l. 4 § 1 C. 3, 2, l. 12 pr. C. 12, 19), und solchen Personen, die keinen Bürgen finden können (Nov. 112 c. 2 pr., vgl. jedoch l. 7 § 2 D. 2, 8), die Bürgschaft gegen eibliches Versprechen erlassen werden solle. Für das r. R. vgl. noch l. 17 pr. C. 12, 1, l. 12 pr. C. 12, 19, l. 3 § 3 C. 12, 29 [30]. Uebrigens dehnen diese Bestimmungen des r. R. in Betreff der processualischen Cautionen die Erkenntnisse in **Sf. XV. 105, XXIV. 131** und die das. citirten Schriftsteller auf die cautio usufructuaria (§ 204⁶) aus. Vgl. l. 6 D. 35, 3. [[**RG. XXIV S. 154**: Die gesetzliche Verpflichtung ist gewohnheitsmäßig nicht in eine Verpflichtung zur Bürgenstellung oder einer andern Art der Realcaution nach Ermessen des Richters verwandelt, sondern es hat nur der Verpflichtete das Recht sich durch genügende Pfandbestellung zu befreien.]]

⁶ S. g. cautio pignoratitia. L. 1 § 9 D. 37, 6, l. 4 § 8 D. 40, 5.

⁷ Sequestratio. Dieselbe kann sowohl durch die Parteien, als durch den Richter erfolgen. L. 17 D. 16, 3, l. 110 D. 50, 16, l. 22 § 8 D. 24, 3, l. 3 § 6 D. 43, 30. Vgl. II § 380.

⁸ Missio in possessionem. Dig. 42, 4 quibus ex causis in possessionem eatur. Aus der Nichtzulassung oder Verdrängung des Eingewiesenen entsteht für denselben ein Anspruch auf Leistung des Interesses, l. 1 pr. — § 5 D. 43, 4. **S. II § 469, 1.**

⁹ Personal- oder Realarrest. **CPD.** 796 fg. [„Persönlicher Sicherheitsarrest“: 798; „dinglicher Arrest“: 797.]

¹⁰ **CPD.** 814 fg. Wendt **S. 237. 238.** [Zu den einstweiligen Verfügungen gehört auch die richterliche Sequestration(?), **CPD.** 817 Abs. 2. Vgl. noch **GH. 3. CPD.** 16, 4.]

Anderes bestimmen. Ob und inwieweit die Vorschriften der §§ 101 fg. C.P.D. eine Abänderung erfahren werden, bleibt abzuwarten. Fälle der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung im O.G.B. zeigen 1061. 1067 Abs. 2. 1218 Abs. 1. 1391. 2128. In derselben Weise aber sind die §§ 282 fg. anwendbar, wenn jemand nicht sowohl zur Sicherheitsleistung verpflichtet ist, als vielmehr einer anderen Verpflichtung durch Sicherheitsleistung entgegen oder durch dieselbe einen sonstigen rechtlichen Vortheil erkaufen kann. (52 Abs. 2. 257. 258. 278 Abs. 3. 321. 509 Abs. 1. 562. 738 Abs. 1. 775 Abs. 2. 811 Abs. 2. 867).

Die Sicherheit ist in erster Linie auf eine der unter a—e bezeichneten Weisen zu leisten, zwischen denen der Verpflichtete wählen kann:

a) Hinterlegung von Geld oder kurshabenden mündelmäßig zugelassenen Inhaber- oder in blanco indossirten Ordrepapieren (nebst Zinsscheinen u. s. w. und Erneuerungsscheinen). Der Kurswerth muß mindestens $\frac{1}{3}$ der zu leistenden Sicherheit betragen. (282 Abs. 1, 284.) Durch die Hinterlegung erwirbt Derjenige, zu dessen Gunsten die Sicherheit geleistet wird, Pfandrecht an dem hinterlegten Objecte, eventuell, wenn nämlich nach Landesrecht die Hinterlegung Eigenthum auf den Fiscus oder die Hinterlegungsstelle überträgt, an der Forderung auf Rückgabe (283). Der Cavent ist befugt, die Hinterlegungsobjecte gegen andere umzutauschen (Geld gegen zulässige Papiere, solche gegen andere, Papiere gegen Geld) (285).

b) Verpfändung von Buchforderungen gegen das Reich oder einen Bundesstaat (282 Abs. 1, 2); hiermit kann Sicherheit nur in derselben Höhe geleistet werden, wie mit den Werthpapieren, deren Aushändigung der Cavent gegen Vöschung seiner Forderung verlangen kann (286).

c) Verpfändung beweglicher Sachen, deren Schätzungswerth mindestens $\frac{1}{3}$ der Höhe der zu leistenden Sicherheit beträgt. Verderbliche oder besonders schwer aufzubewahrende Sachen können zurückerwiesen werden. (282 Abs. 1, 3. 287.)

d) Bestellung von Hypotheken an inländischen Grundstücken. (282 Abs. 1, 4.) Es steht an einer Vorschrift darüber, wie die Hypothek beschaffen sein muß um zur Sicherheitsleistung tauglich zu sein. Es wird aber mit Pland Comm. S. 289 anzunehmen sein, daß § 288 Abs. 1 (vgl. e) analoge Anwendung findet.

e) Verpfändung von Forderungen, für die eine Hypothek (nicht bloße Sicherungshypothek) an einem inländischen Grundstück besteht, oder von Grundschulden oder Rentenschulden an inländischen Grundstücken (282 Abs. 1, 5. 288 Abs. 2), wenn sie den Voraussetzungen entsprechen, unter denen am Orte der Sicherheitsleistung Mündelgeld in ihnen angelegt werden darf. (288 Abs. 1).

f) Kann die Sicherheit auf keine dieser fünf Weisen geleistet werden, so ist die Stellung eines tauglichen Bürgen zulässig (282 Abs. 2), d. h. eines solchen, der ein angemessenes Vermögen besitzt und seinen allgemeinen Gerichtsstand im Inlande hat. (289 Abs. 1.) Er muß sich schriftlich unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage verbürgen. (289 Abs. 2.) Die Sicherheitsleistung durch Bürgen schließen aus 278 Abs. 3. 1218 Abs. 1.

g) Wird die Sicherheit ohne Verschulden des Berechtigten unzureichend, so ist sie zu ergänzen oder zu erneuern.

h) In einigen Fällen entscheidet über die Art der Sicherheitsleistung, wie über ihre Höhe und die Frage, ob sie einzutreten hat, richterliches Ermessen (848 Abs. 2. 845. 1580 Abs. 1. 1668. 1844.)

Das Zwangsversteigerungsgesetz ordnet die Sicherheitsleistung selbständig (§§ 67—69. 61. 85. 153 Abf. 2). Im Falle des § 153 ist wohl gemeint, daß das Gericht auch die Art der Sicherheitsleistung bestimmt.

2. Sicherungsmittel außer der Sicherheitsleistung sind im BGB. namentlich die Eintragung einer Vormerkung in das Grundbuch (883 fg.) oder eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit desselben (899). Vgl. ferner 1052. 2128 Abf. 2. — 1392 fg. 1667. 2116 fg. — 1716. Ueber Vertragsreproduction vgl. unt. § 312, über Anerkennung unt. § 412a, über Vertragsstrafe unt. §§ 285. 286. Der Eid als Sicherungsmittel für die Erfüllung einer Verpflichtung ist abgeschafft. Beweismittel, Arrest und einstweilige Verfügungen gehören in das Proceßrecht. (Vgl. übrigens BGB. 716 cit. und Denkschrift Anlage II S. 350 (§§ 796. 822a.))

Anhang zum 2. Buche.

Von den Privilegien*.

§ 135.

Privilegium im dem hierher gehörigen Sinn (Privilegium im engeren Sinn) ist die einer individuellen Person oder einer individuellen Sache oder einem individuellen Rechtsverhältniß [[oder einer Mehrheit von individuellen Personen]] [Sachen oder Rechtsverhältnissen]* gewährte Rechtsbegünstigung, im Gegensatz zu derjenigen Rechtsbegünstigung, welche einer Klasse von Personen, Sachen oder Rechtsverhältnissen zugesprochen wird (Privilegium im weiteren Sinn)¹.

* Glüd I § 98—100. II § 101—110 (1790. 1791). Hufeland Geist des r. R. I S. 211—295 (1814). Schläyer ZS. f. CR. u. Pr. R. J. XII S. 58 fg. (1855). Gerber Lübinger ZS. f. Staatswiss. Jahrg. 1871 S. 430 fg. (auch in den gesamm. Abhandlungen I Nr. 13). Pfaff und Hofmann Comm. z. österr. BGB. I S. 305—352. Rierulff S. 53 fg. Wächter Württ. Privatr. II § 2. 3. 22. 50. 122. Unger I S. 587 fg. II S. 312 fg. Holzschuher I § 13. Brinz I § 69—72. Vetter I § 27. [Dernburg I § 85, Regelsberger I § 30, Gierke I § 34.]

*) Thon. Arch. f. off. R. V S. 149 fg. [[Das Charakteristische der Individualnorm besteht nicht darin, daß sie lediglich einem Einzelwesen etwas anbefiehlt. Kennzeichen ist vielmehr, daß der Thatbestand (in seiner Einheit oder Vielheit) an welchen Gebot oder Verbot angeknüpft ist, bereits gegeben ist oder doch als demnächst gegeben in Betracht gezogen wird, und daß sich mithin der Imperativ in diesem einen Thatbestand erschöpft. Hierin liegt der Unterschied von der abstracten Norm, welche für die Zeit ihrer Geltung unter Voraussetzung eines bestimmten Thatbestandes, so oft sich derselbe auch verwirklichen mag, im Voraus ihren Imperativ ausspricht.]]

§ 135. [1 § 29⁴.] Daß zur Bezeichnung auch der Abenachtheiligung weder der Ausdruck privilegium in den Quellen gebraucht wird (in l. 1 § 2 D. 1, 4 findet sich der Ausdruck constitutio personalis), noch nach dem Sprachgebrauch des Lebens unser Ausdruck Privilegium gebraucht werden kann, ist an dem bezeichneten Orte

Der Ausdruck Privilegium überhaupt bezeichnet an und für sich nicht bloß die verschaffte günstige Rechtsstellung, sondern auch, und zwar in erster Linie, den die günstige Rechtsstellung begründenden Rechts-satz². Bei den Privilegien im engeren Sinn tritt aber diese letzte Bedeutung in den Hintergrund oder verschwindet ganz³; im Folgenden wird nur die erste zu Grunde gelegt.

Die Privilegien können den verschiedensten Inhalt haben⁴. Es gibt nicht bloß privatrechtliche Privilegien, sondern auch solche, welche dem öffentlichen Rechte angehören. Sie können die Befugniß zu einer Thätigkeit geben (oder nehmen), oder die Befugniß, Anderen etwas zu verbieten⁵, oder die Befugniß zu einer Unterlassung⁶. Sie können entweder Rechte und Verpflichtungen begründen, oder nur die Möglichkeit gewähren, Rechte zu erwerben, oder rechtlich thätig zu werden⁷.

Die Privilegien sind persönliche, wenn sie eine Person, sachliche, wenn sie eine Sache oder ein Rechtsverhältniß begünstigen⁸. Die persönlichen Privilegien sind nicht nothwendigerweise an die Person gebunden; sie können auch auf die Rechtsnachfolger übertragbar sein⁹.

§ 136.

Privilegien werden begründet

1) durch staatliche Verleihung. Die staatliche Verleihung ist entweder¹

bereits bemerkt worden. Gewöhnlich aber wird die Definition so allgemein gestellt, daß sie die Abenachtheiligung mit umfaßt. Es kann darüber hinweggesehen werden, weil die Abenachtheiligung einer individuellen Person oder Sache oder eines individuellen Verhältnisses, wenn sie überhaupt vorkommt, jedenfalls von verschwindender Seltenheit ist. Vgl. Wächter § 3¹².

² Vgl. § 29 zu ⁴.

³ Vgl. § 136⁵.

⁴ Vgl. Gerber a. a. O. S. 477 fg., Brinz a. a. O. § 70.

⁵ Ein solches Verbotungs-r. kam früher namentlich häufig bei Gewerbsprivilegien vor; der Inhaber des Gewerbsprivilegiums konnte den betreffenden Gewerbsbetrieb jedem Andern untersagen. Ueber privilegierte Gewerbs-r. überhaupt vgl. Schmid ACPr. XXXIV S. 1 fg. 174 fg. (1861). GewD. 7—10.

⁶ Z. B. Privilegium der Steuerfreiheit.

⁷ Beispiele: Ertheilung eines Moratoriums, Legitimation eines unehelichen Kindes; Dispensation von einem Egehinderniß, Ertheilung der venia aotatis.

⁸ Privilegia personae, rei, causae. Vgl. § 29⁶. Beispiele: 1) A wird legitimirt; 2) dem Grundstück A wird ein R. auf Wasserbezug aus einem öffentlichen Gewässer oder Steuerfreiheit (l. 1 § 43 D. 43, 20, l. 3 § 1 D. 50, 15) verliehen; 3) es wird einer gewissen Creditoperation das Borr. bewilligt, daß die aus ihr entstandenen Forderungen Verzug ohne Mahnung erzeugen sollen.

⁹ Darüber, ob das Eine oder das Andere der Fall ist, und wenn Uebertragbarkeit stattfindet, in welchem Umfange sie stattfindet, läßt sich eine allgemeine Regel nicht aufstellen. Vgl. l. 1 § 43 cit.

¹ Vgl. hiezu Fhering der Zweck im Re I S. 339 fg.

a) ein Act der Gesetzgebung. In diesem Fall beruht das Privilegium auf einem Rechtsatz, welcher in der individuellen von ihm hervorgebrachten rechtlichen Wirkung aufgeht; objectives und subjectives Recht fallen zusammen². Oder

b) die staatliche Verleihung ist ein Gesetzgebungsact nicht. Die Verleihung geht aus von einem staatlichen Organe, welches die Macht, objectives Recht zu schaffen, nicht besitzt³, oder doch in der Verleihung des Privilegiums objectives Recht nicht schaffen will. In diesem Fall ist der dem Privilegium zu Grunde liegende und ihm seine rechtliche Existenz sichernde Rechtsatz eine Rechtsregel⁴; objectives und subjectives Recht decken sich nicht, und es findet daher das gleiche Verhältniß statt, wie bei dem Privilegium im weiteren Sinne⁵. Ist das Privilegium unter Voraussetzung eines gewissen Sachverhaltes ertheilt, so kann der Geltendmachung des Privilegiums die Unwahrheit dieses Sachverhaltes entgegengesetzt werden⁷.

2. Die Frage, ob ein Privilegium auch durch Gewohnheitsrecht begründet werden könne, ist streitig⁸. Es wird zu sagen sein, daß

² Von dieser Art war z. B. das den Erben Schiller's durch ein Württembergisches Gesetz vom Jahr 1839 gewährte Nachdrucksprivilegium. Vgl. Wächter § 2^o. Ein Beispiel aus dem älteren r. R. gewährt die arrogatio per populum, aus der neuesten Zeit das Reichsbankgesetz 14 § 75 § 1.

³ Dazu gehört in constitutionellen Staaten auch der Landesherr. Wo der Landesherr für die Erlassung von Gesetzen an die Zustimmung einer Volksvertretung nicht gebunden ist, hat er auch unbeschränkte Privilegienhoheit. Vgl. hierüber, und im Besonderen über die früheren deutschen Zustände, Gerber in dem oben citirten Aufsatz.

⁴ Eine Regel des Inhalts, daß eine günstige Ausnahmestellung alle Personen, Sachen, Verhältnisse haben sollen, welche von einem gewissen staatlichen Organ werden bezeichnet werden.

⁵ Nur daß die Regel bei den Privilegien im weiteren Sinn einen anderen Inhalt hat; sie lautet, daß eine günstige Ausnahmestellung alle Personen, Sachen, Verhältnisse haben sollen, denen eine gewisse Eigenschaft zukommt.

⁶ Auch die Regel in diesem Fall Privilegium zu nennen (vgl. § 135 zu ²) ist nach dem Sprachgebrauch unmöglich.

⁷ Daß die vorausgesetzten Thatfachen nicht, oder daß außer den vorausgesetzten Thatfachen noch andere wahr seien, s. g. exceptio sub- et obreptionis. In dieser Beziehung finden die Grundsätze unserer Quellen von den Rescripten analoge Anwendung, l. 2—5 C. 1, 22, l. 2 C. 3, 11, c. 2. 3. 20 X. 1, 3, c. 7 X. 2, 22. Cf. VIII. 108, IX. 245, XIII. 4. Buchta § 14. [Regelsberger I § 30 zu ¹⁴. A. M. und wie mir scheint richtiger. Dernburg I § 85 zu ⁹⁻¹⁰.]

⁸ Davider die Erkenntnisse bei Cf. I. 3, II. 122, IX. 116, X. 190, XI. 2, XIII. 1, XIX. 1. 104 Nr. I, XXI. 10, XXXVI. 172; ferner ein Aufsatz von Wachsmuth im Magaz. für Hannover'sches Recht VII S. 325, auch Pfeiffer

Gewohnheitsrecht principiell nicht ausgeschlossen sei, daß es aber schwer sein werde, daß sich in Beziehung auf ein individuelles Rechtsverhältniß ein Gewohnheitsrecht bilde. Eher wird sich ein Gewohnheitsrecht des Inhalts bilden können, daß ein bestimmtes staatliches Organ die Macht habe, Privilegien zu verleihen.

3. Ob ein Privilegium durch Verjährung begründet werden kann, hängt von seinem Inhalt ab. In letzter Linie greift hier, wie überall, die unvordenkliche Verjährung (§ 113) aushelfend ein⁹.

§ 136a.

Beendet werden Privilegien durch den Wegfall ihrer Voraussetzungen¹, Verzicht des Berechtigten, aufhebenden Rechtsatz. Ein solcher Rechtsatz ist in seiner Freiheit so wenig beschränkt, wie ein Rechtsatz überhaupt beschränkt ist, daher namentlich auch an die Zustimmung des Berechtigten nicht gebunden. Ob der durch einen Rechtsatz seines Privilegiums Beraubte Entschädigung in Anspruch nehmen könne, ist keine privatrechtliche Frage². Die Frage, ob das nicht durch einen Act der Gesetzgebung verliehene Privilegium von dem staatlichen Organ, welches dasselbe verliehen hat, wieder zurückge-

prakt. Ausführ. II S. 9—10. VII S. 180 (dieser jedoch mit einer Beschränkung). Dafür Cf. II. 251, III. 1. 256, IV. 94, X. 4, XIV. 193, XVIII. 105, XIX. 104 Nr. II. Hieruff Entscheidungen des OAG. zu Lübed 1865 Nr. 51, und ein anderer Aufsatz im Magazin für Hannover'sches Recht von Pape VIII S. 163 fg., [Regelsberger I § 30⁹, Gierke I § 34¹⁰.] Vgl. noch RG. XI S. 212, Bekker I S. 127.

⁹ In der Frage, wie sie gewöhnlich gestellt wird: kann ein Privilegium durch Herkommen (Observanz) begründet werden? liegen die beiden, nicht immer gehörig unterschiedenen Fragen: 1) kann ein Privilegium durch Gewohnheitsr. begründet werden? 2) kann es durch (unvordenkliche) Verjährung begründet werden? Vgl. Leonhard Verh. des 16. deutschen Juristentages I S. 260. Es findet sich übrigens auch die Auffassung, daß in dem Herkommen, der langdauernden Übung, eine stillschweigende Uebereinkunft oder Anerkennung liege. Cf. II. 122, III. 256, IV. 94, IX. 243, XIX. 1. [M. E. geht die Frage, ob ein Privilegium durch Verjährung (bestimmte oder unvordenkliche [dazu ob. § 113⁹] begründet werden kann, von einem irrigen Begriff des Privilegiums aus. Privilegium ist, dieß ist m. E. auch Windscheids Grundauffassung, ein R. oder eine Stellung niemals um des Inhaltes sondern immer um des Entstehungsgrundes willen: Entstehung durch individuelle Anorm oder durch staatliche Ausnahmeverfügung auf Grund allgemeiner Anorm. Ein R., das durch Verjährung entsteht, ist nie ein Privilegium, auch wenn es einen Inhalt hat, der durch Privilegirung begründet werden könnte.]

¹ J. B. Tod des Berechtigten bei Privilegien, welche an die Person geknüpft § 136a. sind; Ablauf der Zeit, für welche das Privilegium verliehen ist.

² Cf. XIX. 213.

nommen werden könne, läßt sich in dieser Allgemeinheit nicht entscheiden; es kommt auf den Inhalt des zu Grunde liegenden Rechts-satzes an^{2a}. Was die Aufhebung durch Verjährung angeht, so entscheiden hier, wie bei der Begründung durch Verjährung, die allgemeinen Grundsätze von der Verjährung³.

[Das **GG.** hat eine allgemeine Lehre von den Privilegien nicht aufgestellt. Es beschäftigt sich mit einzelnen Privilegien in dem hier fraglichen Sinne (S. 22. 80. 795. 1723), hat aber jedes der in Frage kommenden Verhältnisse auf ihm eigenthümliche Weise geordnet. Die Ertheilung von privatrechtlichen Privilegien durch Landesgesetz oder auf Grund von Landesrechtsätzen ist für die Zukunft nur möglich in Angelegenheiten, in denen überhaupt angeht des **GG.** das Landesrecht aufrecht erhalten ist. Selbst über sein eigenes Gut kann der Staat unter Umgehung der allgemeinen privatrechtlichen Formen durch Landesgesetz dinglich nur verfügen, soweit **GG.** und **EG.** dieß gestatten (vgl. **EG.** 126). Dagegen hat das **GG.** die möglichen Entstehungsgründe von Obligationen nicht erschöpfen wollen, und es unterliegt daher keinem Zweifel, daß der Staat sich sowohl durch Gesetzgebungsact, wie durch Verwaltungsact nach Maßgabe des Landesrechts vermögensrechtlich verpflichten, z. B. den Hinterbliebenen eines verdienten Beamten eine Rente aussetzen kann. Nicht berührt wird auch die Zulässigkeit von Verwaltungsverfügungen, die nur privatrechtlichen Reflex haben, z. B. Bewilligung einer Namensänderung. In wie weit Privilegien, welche vor dem Inkrafttreten des **GG.** ertheilt sind, durch dessen Inkrafttreten Modificationen erleiden, richtet sich nach den Uebergangsvorschriften. (Vgl. z. B. **EG.** 153). Subjective Privatrechte, welche durch Privilegium begründet sind, sind in dieser Beziehung nicht anders zu behandeln als solche, welche auf anderem Wege entstanden sind.]

[^{2a} Dernburg I § 85 zu ¹⁰⁻¹⁴, Regelsberger I § 80, II, 5, a, Gierke I § 80, II, 5, b.]

³ Vgl. I. 1 D. 50, 11 und c. 6. 15 X. 5, 33. Fritz **ZE.** f. **GR.** u. **Pr.** IV S. 201 fg. (1831), Steppes das. XIV S. 126 fg. (1840). Wangerow I § 116 Anm. Hierulff Entscheidungen des **DNB.** zu Lübeck 1867 S. 970. 971.

Drittes Buch.

Das Sachenrecht.

Erstes Kapitel.

Allgemeines.

I. Begriff und juristisch bedeutende Verschiedenheiten der Sachen.

Begriff der Sache. Körperliche und unkörperliche Sachen.
§ 137.

Das Sachenrecht enthält die Grundsätze über die Rechtsverhältnisse an Sachen (§ 13. 38. 145. 146).

Bei der Bestimmung des Begriffs der Sache ist davon auszugehen, daß unter Sache verstanden wird das einzelne Stück der vernunftlosen Natur¹. Hiermit ist gesagt, daß zum Begriff der Sache das Moment der realen Existenz, der Körperlichkeit, gehöre. Es ist jedoch dem positiven Recht unbenommen, bloß gedachte Dinge als Gegenstände von Rechtsverhältnissen, durchweg oder in einzelnen Beziehungen, zu behandeln, wie körperliche². Insofern es dieß wirklich

¹ Der weitere Sinn des Ausdrucks Sache, in welchem er nicht bloß das § 137. real Existirende, sondern auch das Gedachte bezeichnet, ist für das R. unbrauchbar. Vgl. jedoch die folgende Note. [Wann ist eine Sache dieselbe die sie war? vgl. Fischer das Problem der Identität und der Neuheit mit bes. Berücksichtigung der Specification. Dresl. Festgabe f. Jhering II (1893), dazu Hellmann fr. ZS. XXXVII S. 365 fg., vgl. unt. § 187.]

² Das Gedachte ist für das R. nicht Sache, aber das Gedachte kann für das R. Sache sein, wie für das R. Person sein kann, was in Wirklichkeit nicht Person ist. Man muß sich nur vor dem Irrthum hüten, als ob das Gedachte, wenn es vom Re als Sache, d. h. als Gegenstand von Verhältnissen, behandelt wird, nun auch sofort in allen Stücken unter die gleichen Grundsätze gestellt würde, wie die körperliche Sache. Wie weit das R. gehe, ist für jede Kategorie von juristischen Sachen besonders zu bestimmen. Vgl. ⁶ a. E. ¹⁰. [Streitig ist, ob der

thut, wird man passend von unkörperlichen Sachen reden dürfen². Was das römische Recht angeht, so kommen hier in Frage Rechte und Sachgesammtheiten. Inwiefern Rechte (Vermögensrechte) als mögliche Gegenstände von Rechtsverhältnissen angesehen werden können, ist bereits oben (§ 48a) bemerkt worden. Darüber, ob Sachgesammtheiten⁴ Gegenstände von Rechten bilden können, wird gestritten⁵. Die

elektrische Strom körperliche Sache ist oder nicht. Dagegen Regelsberger I § 96¹; dafür Dernburg I § 67², Gierke I § 31³. Letztere berufen sich auf RG. XVII S. 269 fg. Dort ist aber nur entschieden, daß der elektrische Strom eine Sache im Sinne des preuß. AR. I, 11, 981 ist, welche Bestimmung ebenso wie AR. I, 2, 3 nicht nothwendig eine körperliche Sache voraussetzt. Die Ansicht, daß man die Elektrizität sich als eine körperliche Sache vorstellen könne, obwohl sie es, wie ausdrücklich gesagt wird, nicht sei, ist für die Entscheidung des Gerichts nicht der Pfeiler. Wenn diejenige physikalische Theorie Recht behält, welche den Unterschied zwischen Körper und Kraft leugnet, ist es um die ganze bisherige Lehre von den Sachen geschehen; wenn die Elektrizität physikalisch als ein Körper nachgewiesen wird, wird sie das R. als körperliche Sache anerkennen müssen; so lange aber naturwissenschaftlich die Elektrizität nur für eine Erscheinung an Körpern gilt, ist sie auch rechtlich keine körperliche Sache. Jedenfalls sollte man Demjenigen, der dieser Ansicht huldigt, nicht wie Dernburg a. a. O. thut, vorwerfen, daß nach seiner Meinung die Elektrizität herrenlos, also dem Diebstahl und der Unterschlagung preisgegeben sei. Jene Ansicht sagt nur, und mit Recht, daß der Schutz des Interesses an der Elektrizität auf anderem Wege gesucht werden muß, als durch ihre Behandlung als einer körperlichen Sache. Wenn straflich ein solcher Weg nicht gegeben ist, was hier dahingestellt bleiben kann, so möge man ihn schaffen; civillich fehlt es an ausreichendem Anhalt schon im gemeinen R. durchaus nicht. Schon die Römer würden in der f. g. Entwendung elektrischen Stroms die zweifellosen Merkmale des *furtum usus*, begangen an den körperlichen Einrichtungen, in welchen der Strom fluthet, erkannt haben. Bei *culposo* Ableitung des Stromes liegt eine Beschädigung derselben körperlichen Sachen in ihrem damaligen Werthzustande vor; dergleichen sind die Grundsätze von der ungerechtfertigten Bereicherung anwendbar. Freilich führt dieß alles nur zu obligatorischem Schutz; aber sollte dieser wirklich nicht genügen? Sollte es wirklich nöthig sein eine *vindication* des Stromes zu construiren, oder die Möglichkeit zu eröffnen, den Strom (nicht die Maschine) zu verpfänden oder sonst dinglich zu belasten? Würde die Anerkennung der Möglichkeit, den Strom aus der Concursmasse des Gegners auszufondern, auf praktische Bedeutung Anspruch haben?]

² Die unkörperlichen Sachen in diesem Sinn sind aber nicht die *res incorporales* der Quellen. Wenn die Quellen von *res incorporales* reden, so meinen sie damit nicht Gegenstände von Rechtsverhältnissen, sondern Vermögensbestandtheile (§ 42). [Vgl. über körperliche und unkörperliche Sachen Bekker I § 70 z. Anf. und zu v. 4, Dernburg I § 67, Hölder S. 134 fg., Regelsberger I § 96, I. II. Gierke I § 31, II, 1.]

⁴ Die f. g. *universitates rerum distantium* (vgl. § 138²). Man nennt sie auch wohl *universitates rerum* schlechthin, obgleich der Ausdruck *universitas* (vgl. § 42², § 57²) gerade zur Bezeichnung der aus getrennten Theilen bestehenden Sachganzen in den Quellen nicht häufig ist; er findet sich in l. 70 § 3 D. 7, 1. Gebräuchlicher ist der Ausdruck *corpus*, und namentlich wird dieser Ausdruck in

Frage ist zu bejahen für Heerden⁶ und andere Naturganze⁷; was

der Hauptstelle, l. 30 pr. D. 41, 3 (§ 138), angewendet, wo die Sachgesamtheiten den körperlichen Sachen als „*corpora*“ besonderer Art entgegengesetzt werden. S. auch § 18 I. 2, 20, l. 23 § 5 D. 6, 1, l. 195 § 3 D. 50, 16. Man darf sich durch diesen Ausdruck nicht verführen lassen, die Sachgesamtheit im Sinn der Quellen als etwas Körperliches aufzufassen, wie das thun Warnkönig ACPr. XI S. 179 fg., Brinz I S. 470. 655, Baron Gesamtverhältnisse § 2, Göppert in der unten genannten Schrift S. 51. 55. 93. 98. 111; *corpus* bezeichnet in der That hier nur das Einheitliche. Gegen Göppert speciell, welcher den Ausdruck auf die Heerden und ähnliche Naturganze beschränkt, und das Entscheidende in dem die Heerden zusammenhaltenden Naturtrieb sieht: *corpus familiae* in l. 195 § 3 D. 50, 16, *corpus patrimonii* in l. 20 D. 4, 2, l. 25 § 16 D. 5, 3 u. a. m. Was gegen das Gesagte Birkmeyer Vermögen S. 110⁸⁶¹ und Gierle Genossenschafts. III S. 33⁷⁶ bemerken, ist ohne Ueberzeugungskraft. — Eine besondere Abhandlung über die *universitates rerum distantium* ist die von Warnkönig ACPr. XI. 9 (1828). S. ferner Baron Gesamtverhältnisse § 2 (1864). Göppert über einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen nach r. R. (1871).

⁶ Aber erst in der neueren Zeit. Früher war die herrschende Meinung für die Gleichstellung der Sachgesamtheiten mit den körperlichen Sachen (vgl. die Citate bei Girtanner Jahrb. f. Dogm. III S. 207 fg.), und so noch in der neueren Zeit: Puchta § 35, Arndts § 48, Sentenis I S. 432 fg., namentlich auch Girtanner selbst a. a. O. S. 95 fg., Bekker Pand. I S. 296 fg., [[Fadda-Bensa I, 2 p. 445 sr.]], [Gierle I § 31 zu²¹]. Dagegen aber: Wächter Erörterungen I S. 17 fg., Unger Lehrb. I S. 483 fg. und Jahrb. f. Dogm. XII S. 273—276, Brinz I S. 475. 545. 653 fg.), Bangerow I § 71 Anm. a. E. (in der 7. Aufl., anders noch in der 6.), Pagenstecher Lehre vom Eigenthum III S. 71 fg., Dernburg Pfandr. I § 59, Pand. I [§ 68, 3] § 226², Exner die Lehre vom Aserwerb durch Tradition S. 215—243 (welchem folgen v. Schey Grünh. 3S. VIII S. 116 fg., Randa Eigenthumsr. § 3 z. A.), Bachmann zur Lehre vom Eigenthumswerb durch Accession S. 65 fg., Göppert (*) S. 49 fg. 94 fg., Brodowski r. Privatr. II S. 34 fg., Rohler Jahrb. für Dogm. XXIV S. 291 fg., Hölder S. 136 fg., Wendt § 33 [Regelsberger I § 97 S. 371 fg.]. Im Einzelnen weichen diese Schriftsteller noch von einander ab, vgl. ⁶. Vgl. noch Birkmeyer Vermögen S. 115 fg. Interessante Betrachtungen über den Begriff der Gesamtsache, jedoch ohne Beziehung auf das r. R., bei Till Grünh. 3S. XII S. 736 fg. [Ueber Früchte bei Sachgesamtheiten und über *fructus* als *universitas* vgl. Petrazzini (unt. § 144¹²), über *vindicatio gregis* f. noch denselben Einkommen I S. 119 fg., Friedmann, welche Bedeutung kommt der in den römischen Quellen anerkannten *vindicatio gregis* zu? Bresl. Diff. 1896. Ueber Pampaloni rivista ital. per lo scienzo giuridiche X p. 268 sg. f. Schneider fr. 33S. XXXVI S. 50 fg.]

⁶ L. 1 § 3. l. 2. l. 3 pr. l. 23 § 5 D. 6, 1, l. 21 § 1 D. 44, 2. In diesen Stellen wird die *Vindicatio* einer Heerde als solcher anerkannt, auf Grund davon daß der Kläger behaupten könne, die Heerde als solche sei sein, unabhängig von dem rlichen Verhältniß der einzelnen Stücke, und es wird daraus gefolgert, daß der Beklagte auch diejenigen Stücke, welche als einzelne nicht im Eigenthum des Klägers stehen, herausgeben müsse, nur nicht die in seinem eigenen Eigenthum stehenden (l. 2 cit.). Ein anderes Resultat freilich ziehen aus diesen

Sachgesamtheiten anderer Art angeht, sprechen überwiegende Gründe für ihre Verneinung⁹. Jedenfalls verlieren die in der Sachgesamtheit zusammengefaßten Sachen dadurch, daß sie als juristische Einheit anerkannt werden, nicht ihre Existenz als einzelne Sachen, und können daher als einzelne einem andern Rechte unterworfen sein, als dasjenige ist, in welchem sie als Bestandtheile des Ganzen stehen⁹.

Stellen die in der vorigen Note genannten Schriftsteller. Dieselben behaupten übereinstimmend (so weit sie sich über diese Frage aussprechen), daß der Beklagte diejenigen Stücke nicht herauszugeben brauche, welche nicht im Eigenthum des Klägers stehen, im Uebrigen weichen ihre Auffassungen sehr von einander ab. Einige nehmen an, daß wenn der Kläger sein Eigenthum an der Mehrzahl der Stücke bewiesen habe (l. 2 cit.), der Beklagte das fremde Eigenthum für die übrigen beweisen müsse (so Exner, Unger in den Jahrb., und wohl auch Bchmann), Andere verlangen von dem Kläger den Beweis des Eigenthums für alle einzelne Stücke. Einige sehen in der vindication der Heerde eine Mehrzahl von vindicationen, Andere eine einige vindication (vgl. in dieser Beziehung auch Jhering Geist des r. R. III S. 38²²), auch wohl auf Grund eines an der Heerde stattfindenden Eigenthums, welches dann aber keine andere Bedeutung haben soll, als die formale, als Grundlage der vindication zu dienen (Brinz, Unger in den Jahrb.). Auch von einer Eigenthumsklage ohne Eigenthum wird gesprochen (Pagenstecher). Es ist übrigens zuzugeben, daß die hier vertretene Auslegung keine den Zweifel ausschließende Kraft hat, und so wird denn diese Controverse wohl eine von den vielen Controversen unserer Wissenschaft bleiben, die nicht sterben. Was speciell l. 21 § 1 D. 41, 2 angeht, so ist die hier verworfene Ansicht in der üblen Lage, den ersten Theil der Stelle dahin interpretiren zu müssen, daß die exceptio rei iudicatae nur für die bereits früher in der Heerde befindlich gewesen Stücke Platz greifen soll, während für die hier verfochtene Ansicht dem zweiten Theil der Stelle gegenüber ein Ausweg in der Verweisung auf das § 130, 3 Gesagte bleibt. Daß die Heerde kein Gegenstand des Besitzes ist, ist anerkanntermaßen kein Gegenargument gegen die hier verteidigte Ansicht, s. ².

⁷ Wie z. B. V. Vienstschwärme. Das Entscheidende ist, daß das Ganze gebildet, zusammengehalten und erhalten wird durch etwas in den einzelnen Stücken selbst Liegendes. [Dieses Moment will auch Hölder S. 137 beachtet wissen, mißt ihm aber beschränktere Bedeutung bei als Windscheid.]

⁸ Anders frühere Auflagen dieses Lehrbuchs. Aber die Quellenzeugnisse reichen nicht über die Heerde hinaus, und von den „*armamenta navis*“ heißt es ausdrücklich, daß dieselben „*singula erunt vindicanda*“ (l. 3 § 1 D. 6, 1). S. auch l. 79 pr. D. 32. „*Si chorus aut familia legetur, perinde est, quasi singuli homines legati sint*“. Dazu kommt, daß, wenn man über die Naturgangen hinausgeht, eine Grenze schwer zu finden ist. Vgl. in dieser Beziehung Warnkönig a. a. D. S. 177 fg., Girtanner S. 213 fg. Stellen wie l. 13 l. 34 pr. D. 20, 1, l. 22 D. 30, l. 65 § 1 D. 31, l. 68 § 2. l. 69 D. 7, 1 erklären sich aus Willensinterpretation. — Was die Praxis betrifft vgl. die Ausführungen bei Girtanner S. 210 fg. und Cf. XV. 187 (wo ein Theaterinventar als einiges Resubject anerkannt wird mit der Wirkung, daß das Pfandprivilegium wegen Verwahrung auch die später erworbenen Stücke ergreife). — Haufen gleichartiger Sachen: Karlowa Grünh. 3S. XII S. 412 fg.

⁹ Vgl. § 138 a. E.

Geht man über den Kreis des römischen Rechts hinaus, so müssen auch Geistesproducte: wissenschaftliche und Kunstwerke, Erfindungen zc. zc. als unkörperliche Sachen in dem hierher gehörigen Sinne bezeichnet werden. Das moderne Recht behandelt dieselben als Gegenstände von Rechtsverhältnissen, wie körperliche Sachen¹⁰.

[Das § 90. (90) sagt: Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände. Diese Interpretationsvorschrift betrifft aber natürlich nur den Begriff der Sache im Sinne des BGB. und seines GG. sowie im Sinne der im Anschluß an das BGB. ergehenden Reichsgesetze, von denen (im Zweifel wenigstens) anzunehmen sein wird, daß sie dem Sprachgebrauch des BGB. folgen werden. Was sonst ein in Geltung bleibendes oder künftig zu erlassendes Gesetz unter Sache versteht, wird unabhängiger Auslegung unterstehen. Um andere Rechtsobjecte außer den körperlichen Sachen mit zu umfassen, gebraucht das BGB. den Ausdruck Gegenstand. (B. B. 256. 260. 273 Abs. 2. 591. 597. 1085—1088. 2374. 2375.) Inbegriffe von Sachen sind folgerichtig im Sinne des BGB. nur Inbegriffe körperlicher Sachen (92 Abs. 2. 1035). Inbegriffe von Gegenständen sind Inbegriffe von körperlichen und unkörperlichen Sachen (260). Rechte an einem Inbegriff von Sachen oder Gegenständen sind im BGB. Rechte an den einzelnen dazugehörigen Sachen oder Gegenständen. Dies zeigt deutlich § 1085, und es steht dem die Thatfache nicht im Wege, daß für Rechte, welche an mehreren Sachen (Gegenständen) als zu einem Inbegriff vereinigten stattfinden, wie im gemeinen Recht, so auch im BGB. zum Theil besondere Vorschriften gelten (1035. 1048. 1086—1089. Vgl. auch Mot. III S. 512 fg.)]

¹⁰ Wenn man aber demgemäß von einem geistigen Eigenthum spricht (so auch die deutsche Reichsverfassung Art. 4, 6, nicht die neueren Reichsgesetze), so ist dieser Ausdruck allerdings insofern von sehr zweifelhaftem Werthe, als er geeignet ist, zu der Annahme zu verleiten, als seien hier ohne Weiteres die Grundsätze von dem Eigenthum an körperlichen Sachen maßgebend. Vgl. § 168 a. E. Hierher gehören folgende Reichsgesetze: vom 11. Juni 1870 betr. das Urheber. an Schriftwerten, Abbildungen, musikalischen Compositionen und dramatischen Werken; vom 9. Januar 1876 betr. das Urheber. an Werken der bildenden Künste; vom 10. Januar 1876 betr. den Schutz der Photographien gegen unbefugte Nachbildung; vom 11. Januar 1876 betr. das Urheber. an Mustern und Modellen, [v. 1. Juni 1891 betr. den Schutz von Gebrauchsmustern]; Patentgesetz vom 25. Mai 1877. [Desgl. v. 7. Apr. 1891.] Vgl. Stobbe III S. 1 fg. Dernburg Preuß. Privatr. II § 304 fg. Kohler Jahrb. f. Dogm. XVIII S. 129 fg. (1880). Gierke JS. f. PH. XXIX S. 266 fg. (1888). Kohler Arch. f. H. u. WR. XLVII S. 167 fg. (1886). Vgl. auch Fhering Jahrb. für Dogm. XXIII S. 303 fg., welcher die actio iniuriarum für die zutreffende Klage hält. [Regelsberger I § 94, III. § 102, II, Gierke I § 31 zu ¹⁰ ¹¹, Dertmann Jahrb. f. Dogm. XXXI S. 449 fg. (1892), Adler WR. X S. 104 fg., Kohler das. S. 241 fg. (1895).] — Eigenthum an Zeitungen: Kohlert JS. f. PH. VI S. 65 fg.

Einfache und zusammengesetzte Sachen*.

§ 138.

Die Sachen bilden entweder eine natürliche Einheit¹, oder sie sind aus einer Mehrheit von Sachen, von denen jede für sich eine natürliche Einheit bildet, zusammengesetzt. Die zusammengesetzten Sachen sind entweder solche, deren Bestandtheile körperlich mit einander verbunden sind, oder solche, bei denen dieß nicht der Fall ist. Von den zusammengesetzten Sachen der zweiten Art² ist bereits im vorigen § die Rede gewesen. Die zusammengesetzten Sachen, deren Bestandtheile körperlich mit einander verbunden sind, bilden entweder in dieser Verbindung ein neues einheitliches Ganze³, oder sie bilden ein solches Ganze nicht, so daß nichts vorhanden ist, als was vor der Verbindung vorhanden war, nur statt mehrerer unverbundener Sachen mehrere verbundene⁴. Bilden sie ein neues einheitliches Ganze, so kann, wie bei der Sachgesamtheit, ein doppeltes Rechtsverhältniß vorkommen, erstens ein Rechtsverhältniß am Ganzen und insofern an den zu demselben gehörigen Bestandtheilen, zweitens, vorausgesetzt daß die Bestandtheile in der Verbindung ihre besondere Existenz nicht verlieren, ein Rechtsverhältniß an diesen Bestandtheilen als besonderen Sachen. Nur ist der Unterschied gegenüber den Sachgesamtheiten

* Unger I § 52. Venz R. des Besitzes S. 118—129. Göppert über einheitliche, zusammengesetzte und Gesamt-Sachen nach r. R. (1871). [Dernburg I § 68, 1, 2, Hülder S. 135 fg., Bekker I § 71, Wendi S. 72 fg., Hegelsberger I § 96, III, Gierke I S. 274.]

§ 138. ¹ L. 30 pr. D. 41, 3. — „Tria . . . genera sunt corporum. Unum, quod continetur uno spiritu, et Graece ἡνωμένον vocatur, ut homo, lignum, lapis et similia“. Spiritus — die ἔξις der Stoiker, d. h. der die Naturdinge durchdringende und ihre Wesenheit ausmachende Theil der allgemeinen Weltseele, des πνεύμα. Göppert S. 20 fg. 38 fg. Seneca (Nat. Quaest. 2. 2. Epist. 102. 6) gibt das griechische ἡνωμένον durch die Ausdrücke unum und continuum wieder.

² L. 30 cit. — „Tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura (non) soluta, sed uni nomini subiecta, veluti populus, legio, grex.“

³ L. 30 cit. — „Alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus, constat, quod συνημμένον vocatur, ut aedificium, navis, armarium“. Συνημμένον — connexum in den Pandektenausgaben. Vgl. Göppert S. 38¹. Der Ausdruck universitas wird auch für diese Art von zusammengesetzten Sachen gebraucht, z. B. in l. 23 pr. D. 41, 3 („universitas aedium“). Vgl. § 137⁴.

⁴ Hierher zählt l. 5 § 1 D. 6, 1 den Fall, wo Blei und Silber zusammengeschmolzen wird. L. 12 § 1. l. 27 § 2 D. 41, 1.

der, daß das Rechtsverhältniß an den Bestandtheilen als besonderen Sachen so lange ruht, als die körperliche Verbindung dauert, und erst dann wieder auflebt, wenn die Bestandtheile als für sich bestehende Sachen auch äußerlich wiederhergestellt sind⁵.

[Das §§§. setzt den Begriff der Bestandtheile einer Sache als bekannt voraus; man wird darunter, wie früher, solche Sachen zu verstehen haben, welche in der unter ihnen bestehenden körperlichen Verbindung ein einheitliches Ganzes bilden. Das BGB. bestimmt aber den Begriff der wesentlichen Bestandtheile. Es sind diejenigen, welche von einander nicht getrennt werden können, ohne daß der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird (93). Solche Bestandtheile können nicht Gegenstand besonderer Rechte sein (93). Demgemäß umfaßt eine rechtliche Verfügung über eine Sache mit Nothwendigkeit die sämtlichen wesentlichen Bestandtheile derselben. Der Grundsatz ist jedoch nicht absolut durchgeführt. Er ist in seiner Anwendung wesentlich beschränkt durch die Bestimmung des § 95 Abs. 1 S. 2, nach welcher Gebäude oder andere Werke, welche nach den allgemeinen Grundsätzen wesentliche Bestandtheile des Grundstücks sein würden, diese Eigenschaft nicht erhalten, wenn sie in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstück mit diesem verbunden werden. Eine fernere Beschränkung liegt darin, daß an hängenden Früchten, trotzdem sie wesentliche Bestandtheile des Grundstücks sind (94 Abs. 1), dennoch das Pfändungspfandrecht nach CPD. 714 und das gesetzliche Pfandrecht nach BGB. 865 möglich ist. Denn daß auch das letztere nicht etwa erst mit der Abtrennung der Früchte entsteht, kann nicht bezweifelt werden; es würde ja sonst bei einer vor der Trennung erfolgten Pfändung das Pfändungspfandrecht dem gesetzlichen Pfandrecht des Verpächters vorgehen, und damit würde der Schutz illusorisch werden, welchen das Gesetz dem Verpächter zugebacht hat. Das Pfändungspfandrecht aus CPD. 714 soll übrigens auch zurückstehen hinter den Rechten der Gläubiger, welche ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück haben, und die Pfändung soll nach der Beschlagnahme der Früchte im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen nicht mehr zulässig sein. (Vgl. CPD. 714 in der Fass. der Anl. I der Denkschr. z. E. d. Zwangsversteigerungsges.) In dem Doppelcharakter der Früchte als wesentlicher Bestandtheile des Grundstücks und als selbständiger Sachen überwiegt also der erstere Zug. Der Besitz, obwohl er die Merkmale des subjectiven Rechts aufweist, ist doch im BGB. schon durch die Anordnung außerhalb des Kreises der dinglichen Rechte gestellt, und wie Besitz an Theilen einer Sache möglich ist (BGB. 865), so muß er auch an einem Bestandtheil möglich sein. Wenn Besitz an einem einzelnen Zimmer eines Hauses stattfinden kann, so muß er auch an dem ganzen Hause im Gegensatz zum Grundstück stattfinden können, selbst wenn das Haus wesentlicher Bestandtheil des Grundstücks ist.

Bestandtheile, welche nicht im Sinne des Gesetzes wesentliche sind, können unbeschränkt Gegenstand besonderer Rechte sein, und es kann vom Standpunkte

⁵ L. 23 pr. § 2 41, 3, l. 7 § 10 D. 41, 1, l. 2 D. 43, 18, l. 44 § 1 i. f. D. 44, 7, l. 44 D. 6, 1, l. 40 D. 19, 1. Das Nähere unten § 188. 189. [CPD. 714 vgl. 709 kennt existentes Pfandr. an ungetrennten Früchten.]

des BGB. aus auch nicht gesagt werden, daß diese Rechte bis zur Trennung der Bestandtheile ruhen. Eine Verfügung über eine Sache umfaßt natürlich im Zweifel ihre sämtlichen auch unwesentlichen Bestandtheile; es können aber die unwesentlichen ausgenommen werden. Vgl. auch Pand Comm. § 93, 2. Ueber Bestandtheile von Grundstücken s. unt. § 139.]

Bewegliche und unbewegliche Sachen*.

§ 139.

Die körperlichen Sachen sind entweder bewegliche, d. h. solche, bei welchen eine Ortsveränderung möglich ist¹, oder unbewegliche, d. h. solche, bei welchen eine Ortsveränderung nicht möglich ist. Unbeweglich sind nur die Grundstücke², d. h. die begrenzten Theile der Erdoberfläche³. Ein in mancher Beziehung wichtiger Unterschied zwischen den Grundstücken ist, ob sie bebaut sind, oder ob sie zu Culturzwecken dienen. Dieser Gegensatz wird passend durch die Ausdrücke: Gebäudegrundstücke, Feldgrundstücke bezeichnet⁴. — Der Gegensatz zwischen den

* Böding I § 74, Sinenis I S. 416—418, Wächter I § 61. Württ. Privatr. II § 37, Unger I § 48. [Dernburg I § 74, Bekker § 72 z. Anf., Hölber § 32, Regelsberger I § 98.]

§ 139. ¹ Ob sie ihren Ort durch eigene Kraft zu verändern im Stande sind (res moventes), oder nicht (res mobiles i. e. Sinne), ist juristisch gleichgültig. Bei den Römern konnte hier der Ausdruck *moventia* Veranlassung zu einer Frage geben. L. 93 D. 50, 16; vgl. l. 15 § 2 D. 42, 1.

² Res soli, fundi, praedia. L. 115. 211 D. 50, 16. Im engeren Sinne bezeichnet fundus nicht das Grundstück überhaupt, sondern den Gegensatz zu dem Gebäudegrundstück. Gai. II. 42, l. 1 § 3. 6 D. 43, 16. Schiffe im BGB.: Goldschmidt Handelsr. I (II) § 60^a. Vgl. auch Stobbe I § 63¹⁵⁻¹⁹. Cf. XXVIII. 2.

³ Zum Grundstück gehört auch der unter und über demselben befindliche Raum, l. 13 § 1 D. 8, 4, l. 24 § 12. l. 26 D. 39, 2. l. 1 § 12 D. 39, 3, l. 1 pr. l. 9. 14. 15 D. 8, 2, l. 8 § 5. l. 14 § 1 D. 8, 5, l. 22 § 4 D. 43, 24. Die Erstreckung des Eigenthums auf den einen und den andern Raum leugnet Werenberg Jahrb. f. Dogm. VI S. 12 fg., aus sehr ungenügenden Gründen, unter denen eine bedeutende Rolle spielt, daß die Luft *res communis* sei. S. dawider Jhering das. S. 85 fg., Hesse das. S. 393 fg. [Pampaloni Arch. giur. XLVIII p. 32 sg. (1892).] Die mit dem Grund und Boden verbundenen beweglichen Sachen, wie namentlich Pflanzen und die auf demselben zu einem Gebäude zusammengefügte Materialien, sind Bestandtheile einer unbeweglichen Sache; insofern sie aber als für sich bestehende Sachen aufgefaßt werden, müssen sie nach wie vor als bewegliche behandelt werden. Cf. XVIII. 207, XXV. 6. Vgl. § 144². [§ 188.]

⁴ Die Quellen sagen: praedia urbana, praedia rustica, l. 198 D. 50, 16, § 1 I. 2, 3, l. 1 pr. D. 8, 4 (vgl. aber auch l. 2 pr. D. 8, 3, l. 4 § 1 D. 20, 2). Zu welcher Klasse die nicht bebauten, aber auch zur Gewinnung von Früchten nicht geeigneten Grundstücke gehören, ist in den Quellen nicht entschieden; vgl. Wächter Württemb. Privatr. II S. 214, Roth I § 75²⁴.

beweglichen und unbeweglichen Sachen ist für die germanische Rechtsanschauung wichtiger als für die römische. Namentlich damit hängt es zusammen, daß dieser Gegensatz in Deutschland auf die unkörperlichen Sachen, d. h. die übrigen Vermögensstücke, übertragen worden ist⁵.

[Auch im BGB. ist der Gegensatz der beweglichen und der unbeweglichen Sachen, von wesentlich einschneidenderer Bedeutung als im römischen Rechte.

1. Unbewegliche Sachen sind auch hier zunächst die Grundstücke. Daß zu dem Grundstück auch der Raum darüber und der Erdkörper unter der Oberfläche gehört, ist anerkannt (90b). Ueber den Begriff der Bestandtheile eines Grundstücks (*) gibt das BGB. folgende Entscheidungen: a. Zu den wesentlichen Bestandtheilen eines Grundstücks gehören die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen, insbesondere Gebäude (94 Abs. 1). Sind aber solche Sachen erweislich nur zu einem vorübergehenden Zwecke mit dem Grund und Boden verbunden, so sind sie überhaupt nicht Bestandtheile des Grundstücks, bleiben also bewegliche Sachen (95 Abs. 1). Zu den wesentlichen Bestandtheilen eines Gebäudes gehören die zu dessen Herstellung eingefügten Sachen. Dagegen sind Sachen, welche nur zu einem vorübergehenden Zweck in ein Gebäude eingefügt sind, überhaupt nicht Bestandtheile des Gebäudes (95 Abs. 2). Daß das Gesetz auch von Bestandtheilen eines Gebäudes spricht und nicht ausschließlich von solchen eines Grundstücks, erklärt sich daraus, daß das Gebäude seinerseits nicht nothwendig Bestandtheil des Grundstücks ist. Das ist nämlich nicht bloß in dem soeben angeführten Falle ausgeschlossen, sondern es ist auch, wie bereits § 138 bemerkt ist, ein Gebäude oder anderes Werk dann nicht Bestandtheil des Grundstücks, wenn es in Ausübung eines Rechtes an einem fremden Grundstück (z. B. Erbbaurecht [1012], Grunddienstbarkeit [1021], beschränkte persönliche Dienstbarkeit [1090]) von dem Berechtigten mit dem Grundstück verbunden ist (95 Abs. 1). Im Allgemeinen muß dann ein solches Werk als bewegliche Sache aufgefaßt werden; anders bei dem Erbbaurecht. Denn da für dieses Recht die Vorschriften über Grundstücke gelten (1017), so wird man auch das in seiner Ausübung errichtete Gebäude als unbewegliche Sache ansehen müssen; das Gebäude ist Bestandtheil des Erbbaurechts, wie sonst das

⁵ Unsere Quellen setzen die *res mobiles* und *immobiles* den *res* (*iura*, *nomina*, *actiones*, *res incorporales*, *iura incorporalia*) entgegen, l. 7 § 4 D. 15, 1, l. 15 § 2 D. 42, 1, l. 2 3 C. 7, 37, l. un. § 7 C. 5, 13. Wenn aber in Deutschland eine Abbestimmung oder eine Privatdisposition einen Unterschied zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen macht, wohin sind dann die *res* zu rechnen? Natürlich die *res* an fremden Sachen zu dem beweglichen oder unbeweglichen Vermögen, je nachdem ihr Gegenstand eine bewegliche oder unbewegliche Sache ist; aber man streitet in Betreff der Forderungs*res*. Es wird im Zweifel anzunehmen sein, daß es auch hier auf den (mittelbaren) Gegenstand des Forderungs*res* ankommt, ob derselbe ein Grundstück ist, oder nicht, vgl. l. 15 D. 50, 17, l. 143 D. 50, 16. Andere zählen die Forderungs*res* unter allen Umständen zu dem beweglichen Vermögen, weil sie unmittelbar nie auf ein Grundstück, sondern auf eine Handlung gehen. Vgl. Wächter I S. 284. Württemb. Privatr. II S. 223—227, Unger I S. 394—400, Dernburg Pfandr. I S. 505, Stobbe § 63 Nr. II, Roth I S. 426 fg. RG. XVII S. 57.

Gebäude Bestandtheil des Grundstücks. Bei der Grunddienstbarkeit, welche als Bestandtheil des herrschenden Grundstücks gilt (s. unt.) kann man schwanken, ob die dazu gehörige Anlage auf dem dienenden Grundstück ebenfalls als Bestandtheil des herrschenden Grundstücks oder als bewegliche Sache und Zubehör (97) des herrschenden Grundstücks anzusehen ist. b. Die Erzeugnisse eines Grundstücks sind wesentliche Bestandtheile desselben, solange sie mit dem Boden zusammenhängen. Samen wird mit dem Aussäen, eine Pflanze mit dem Einpflanzen wesentlicher Bestandtheil des Grundstücks (94 Abs. 1), beides abweichend vom gemeinen Recht (vgl. unt. § 188 zu ¹), aber auch hier gilt, daß Same und Pflanze nicht Bestandtheile werden, wenn Säen und Pflanzen nur zu vorübergehendem Zweck erfolgt (95 Abs. 1), z. B. die aufgegangenen Pflänzchen sollen alsbald weiter verpflanzt werden; oder die Pflanze soll nur vorübergehend zur Decoration dienen. c. Ein Grundstück kann zum Bestandtheil eines andern gemacht werden (BGB. 890 Abs. 2, GrbbD. 5). d. Rechte, welche mit dem Eigenthum an einem Grundstück verbunden sind, sind nicht Bestandtheile des Grundstücks, aber gelten als solche, jedoch nicht als wesentliche Bestandtheile (96). Die Frage also, ob an ihnen besondere Rechte möglich sind, ist von Fall zu Fall zu prüfen. Sie ist indessen für die sämmtlichen in dem BGB. selbst behandelten Rechte, welche mit dem Eigenthum an einem Grundstück verbunden sind, Grunddienstbarkeiten (1018 fg.: vgl. jedoch 1025), das zu Gunsten des jeweiligen Eigenthümers eines Grundstücks bestellte dingliche Vorkaufsrecht (1108) und ebensolche Reallasten (1110; vgl. jedoch 1109) zu verneinen. Vgl. auch 1069 Abs. 2. 1274 Abs. 2.

2. Anlangend die Frage, in wieweit Rechte dem unbeweglichen Vermögen zugehören (²) ist im Sinne des BGB. zu sagen: Rechte, welche nach dem Obigen Bestandtheile von Grundstücken sind, sind damit für Bestandtheile einer unbeweglichen Sache erklärt, und es bedurfte namentlich einer besonderen Vorschrift des Inhalts nicht, daß diese Rechte der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterliegen; die Zwangsvollstreckung in das Grundstück ergreift sie von selbst (vgl. EPD. 757 in der Fass. der Anl. I der Denkschr. z. E. d. Ges. üb. d. Zwangsversteigerung u. d. Zwangsverwaltung). Andere Rechte an Grundstücken stehen zwar unter dieses ihres Objectes willen unter dem Grundbuchzwange (873 fg.), gehören aber ihrerseits in Ansehung der Zwangsvollstreckung nur dann zum unbeweglichen Vermögen, wenn sie ein Blatt im Grundbuche erhalten können (§ 757 cit.). Dieß gilt im BGB. selbst nur von dem Erbbaurecht (GrbbD. 7), über welches, wie bemerkt, das BGB. allgemein bestimmt, daß darauf die Vorschriften über Grundstücke Anwendung finden (1017 Abs. 1). In aufrecht erhaltenem Landesrecht gibt es noch andere eines eigenen Grundbuchblattes fähige Gerechtigkeiten (vgl. Preuß. Berggesetz 24 6 65 § 50, preuß. Eigenthumsvererbges. 5/5 72 § 68, preuß. GrbbD. § 3, preuß. Zwangsvollstrec.-Ges. 13/7 83 §§ 155 fg. EG. z. BGB. 67, GrbbD. 83, EG. z. Zwangsversteig.-Ges. 2. — S. ferner EG. z. BGB. 63. 68, GrbbD. 84. Außerdem gehören in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen in das Schiffsregister eingetragene Schiffe (EPD. 757 a. a. O.; vgl. auch das. 757 a. 757 f.). Der Begriff des unbeweglichen Vermögens ist aber hiermit nicht für jede Rechtsvorschrift festgestellt, die mit diesem Begriff operirt. Der Katalog des unbeweglichen Vermögens in Betreff der Fahrnißgemeinschaft (1551 Abs. 2) ist erheblich weiter gefaßt.]

Verbrauchbare, abnützbarc Sachen.

§ 140.

Verbrauchbar sind diejenigen Sachen, deren bestimmungsgemäßer Gebrauch in einer Zerstörung ihrer körperlichen Integrität besteht¹. Andere Sachen werden zwar durch den Gebrauch, zu welchem sie bestimmt sind, nicht sofort zerstört, aber allmählig in einen Zustand versetzt, in welchem sie nicht mehr fähig sind, ihrer Bestimmung gemäß verwendet zu werden; man nennt sie passend abnützbarc Sachen².

In einem ganz besonderen Sinne wird das Geld eine verbrauchbare Sache genannt. Es ist verbrauchbar, insofern es nicht gebraucht werden kann, ohne für den Gebrauchenden unterzugehen³.

[Nach dem § 88. sind verbrauchbare Sachen diejenige beweglichen Sachen, deren bestimmungsgemäßer Gebrauch in dem Verbrauch oder in der Veräußerung besteht (92 Abf. 1). Hiermit ist die Verbrauchbarkeit des Geldes in richtiger Weise zu einem allgemeineren Begriffe verwerthet (vgl. ³). Als verbrauchbar gelten auch bewegliche Sachen, die zu einem Waarenlager oder einem sonstigen Sachinbegriff gehören, dessen bestimmungsmäßiger Gebrauch in der Veräußerung der einzelnen Sachen besteht (92 Abf. 2). Auch dieß ist billigenwerth, fordert aber vorsichtige

¹ So Getreide, Wein zc. Die Quellen sagen: *res quae usu consumuntur*, § 140. *tolluntur*, *quae in abusu sunt*, *quae usu continentur*, z. B. § 2 I. 2, 4, I. 5 § 1. I. 7 D. 7, 5. Der deutsche Ausdruck verbrauchbar ist hergebracht; besser sollte man sagen verbrauchliche Sachen oder Verbrauchssachen. Ueber die Begriffsbestimmung s. Wächter I § 63, Unger I S. 401. [Dernburg I § 75, 2, Vetter I § 72 zu 7 s. Hölder S. 152, Regelsberger I § 100. Zu Roguin *les choses fungibles et les choses de consommation*, *Recueil inaugural de l'Université de Lausanne* (1892) p. 133 suiv. vgl. unt. § 141⁶.]

² Kleider z. B. werden durch den ordnungsmäßigen Gebrauch, welcher von ihnen gemacht wird, nicht aufgebraucht, aber allmählig in Lumpen verwandelt. In I. 1 D. 7, 5 werden von den Sachen, welche usu tolluntur, diejenigen, die usu minuuntur, unterschieden. Im weiteren Sinne kann man aber auch von den letzteren sagen, daß sie usu consumuntur, und das sagt z. B. § 2 I. 2, 4 wirklich von den Kleidern.

³ Dadurch, daß das Geld ausgegeben wird, „consumitur pecunia“ s. z. B. I. 32 D. 4, 4, I. 13 D. 12, 1 u. a. m. Auch die Äußerung des § 2 I. 2, 4 in Betreff des Geldes: „in ipso usu assidua permutatione quodammodo exstinguitur“ ist nach dem Zusammenhang unzweifelhaft von der Verbrauchbarkeit des Geldes, nicht von der allmählichen Abnützbarkeit der einzelnen Geldstücke zu verstehen. Vgl. übrigens § 186¹⁰. [Vetter a. a. D. zu ³ sagt mit Recht allgemeiner, daß verbrauchbar sind die Sachen, deren normaler Gebrauch im Fortgeben besteht, obwohl er als Beispiele nur Geld und Geldsurrogate nennt; s. auch Dernburg a. a. D. zu ³.]

Interpretation. Die Sachen im Lager des Antiquitätenhändlers sind verbrauchbar; hat ein Sammler sich entschlossen, die Gegenstände seiner Sammlung zu verkaufen, so sind sie wohl nicht verbrauchbar, ebensowenig wie eine Taschenuhr, deren Eigentümer sie verkaufen möchte, nach Abs. 1 zu einer Sache wird, deren bestimmungsgemäßer Gebrauch in der Veräußerung besteht.]

Gattungs- oder vertretbare, nicht vertretbare Sachen*.

§ 141.

Die Sachen pflegen für den Verkehr in Betracht zu kommen entweder in ihrer individuellen Bestimmtheit, oder nach der Gattung, zu welcher sie gehören; die letzteren Sachen nennt man Gattungssachen, oder auch, weil bei ihnen jedes zu dieser Gattung gehörige Sachindividuum durch jedes andere zu derselben gehörige Sachindividuum vertreten werden kann, vertretbare Sachen¹. Bei den Gattungs- oder vertretbaren Sachen muß in jedem einzelnen Fall die Quantität näher bezeichnet werden, um welche es sich handelt; weshalb man sie auch Quantitätsfachen nennen kann.² Eine andere, und noch

* Hieruff S. 313—317, Böding I § 77, Wächter I § 62. Württemb. Privatr. II § 38, Unger I § 50, Jhering Jahrb. f. Dogm. IV S. 400 fg., Goldschmidt Handelsr. I (II) § 61. Karlowa Grünh. ZS. XVI S. 406—456 (1889). [Dernburg I § 75, 1, Bekker I § 72 zu ^{bb} 19, Hölder S. 152 fg., Regelsberger I § 99, Halpert über die jurist. Natur der Vertretungssachen Göt. Diff. 1888.]

§ 141. ¹ Der Begriff Gattungssache wird in l. 2 § 1 D. 12, 1 durch den Ausdruck *res quae in genere suo functionem recipiunt per solutionem* [magis] quam specie bezeichnet. Der Ausdruck *species* zur Bezeichnung des Sachindividuum gegenüber der nur generisch bezeichneten Sache, dem *genus*, kommt auch in anderen Stellen vor, z. B. l. 54 pr. l. 83 § 5 D. 45, 1 (vgl. aber auch l. 29 D. 46, 3, wo gerade die Gattungssachen „*res quae communi specie continentur*“ genannt werden); ein entsprechender Ausdruck ist *corpus*, z. B. in l. 30 pr. l. 34 § 3. 4. l. 51 D. 30. Die Bezeichnung vertretbare Sache ist aufgebracht von R. S. Zachariä (Böding § 77⁵), wird getabelt von Savigny (VI § 268^b) als „ohne hinzugefügte Erklärung kaum verständlich, da auch alle anderen Sachen einer Vertretung (durch Geldentschädigung) empfänglich sind“.

² Die Quellen sagen: *res quae numero pondere mensura consistunt, constant, continentur, valent*, z. B. pr. l. 3, 14, l. 2 § 1 D. 12, 1, l. 42 D. 23, 3, l. 1 § 2 D. 44, 7, l. 1 § 7 D. 35, 2. Statt Quantitätsfachen sagt Savigny (VI S. 123) Quantitäten — weniger passend; Wein, Del zc. kommt in einem gegebenen Fall nur als Quantität in Betracht, aber ist selbst keine Quantität. Der Ausdruck *quantitas* bedeutet in den Quellen zunächst Geldsumme; erst in zweiter Linie wird er auch zur Bezeichnung von Quantitäten anderen Inhalts gebraucht: vgl. l. 34 § 3. 6 D. 30, l. 87 pr. D. 31, l. 94 § 1 D. 46, 3, l. 15 § 4 D. 7, 1, l. 19 § 1 D. 34, 2.

immer die gebräuchlichste, Bezeichnung für sie ist: fungibele Sachen³. Besonders wichtig unter den Sachen dieser Art ist das Geld.

Nicht zu verwechseln mit dem Gegensatz zwischen Vertretbarkeit und Unvertretbarkeit der Sachen ist der Gegensatz zwischen ihrer generischen oder individuellen Bestimmtheit^{3a}. Der Gegensatz zwischen der Vertretbarkeit und Unvertretbarkeit beruht auf einem objectiven Maßstab, der Verkehrssitte, welche mit den natürlichen Eigenschaften der Sachen zusammenhängt. Den Gegenstand eines gegebenen Rechtsverhältnisses kann sowohl eine zur Klasse der vertretbaren Sachen gehörige Sache in ihrer individuellen Bestimmtheit bilden^{3b}, als eine zur Klasse der unvertretbaren gehörige nach ihrem Gattungsverhältniß⁴. Fast überflüssig ist, gegen die Identificirung des Begriffs vertretbare Sachen mit dem Begriff verbrauchbare Sachen zu warnen. Die Verwechslung dieser Begriffe, welche früher häufig war⁵, hat ihre Veranlassung darin, daß die verbrauchbaren Sachen regelmäßig von dem Verkehr auch als vertretbare behandelt werden; aber nicht ist auch das Umgekehrte wahr⁶.

³ Der barbarische und ganz unbezeichnende Ausdruck *res fungibilis* ist nach I. 2 § 1 D. 12, 1 (¹) wie es scheint von U. Zasius (zu § 30 I. de act. Nr. 17. 18) erfunden. Savigny VI § 268^a, Stinzing Gesch. der deutsch. RW. I S. 166.

^{3a} Um diesen Punkt hat sich namentlich Goldschmidt a. a. O. verdient gemacht.

^{3b} Vgl. z. B. I. 24 D. 16, 3, I. 30 § 6. I. 34 § 4 D. 30, I. 37 D. 45, I. Dingliche Re sind nur an individuell bestimmten Sachen möglich.

⁴ Vgl. z. B. I. 2 § 1. I. 54 pr. I. 117 D. 45, 1, I. 37 pr. I. 110 D. 30. Vgl. II § 255¹⁷.

⁵ Sie findet sich noch in dem Preussischen (I. 2 § 120. 121, I. 14 § 83 fg., I. 21 § 173), Oesterreichischen (Art. 971. 983) und Französischen (Art. 1874) Gesetzbuch.

⁶ Man denke z. B. an Nadeln, Bücher 2c. Vgl. über das Verhältniß beider Begriffe noch H. Bürkel Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch (München 1864) ✓ S. 8—19. [Roguin (§ 140¹) führt aus, daß der Begriff der Verbrauchbarkeit juristisch ganz unhaltbar sei; die Verbrauchbarkeit sei identisch mit der Vertretbarkeit. Diese hänge ausschließlich von der Parteiintention ab; Fungibilität liege nämlich vor, wenn nach der Parteiintention die Sache durch eine andere gleicher Art ersetzt werden könne. Das R. könne nur Präsumtionen der Fungibilität aufstellen. Besonders heftig polemisiert Roguin dagegen, Verbrauchbarkeit und Vertretbarkeit als natürliche Eigenschaften der Sachen aufzufassen. Diese Auffassung wäre in der That unrichtig; jene Begriffe knüpfen an die Art und Weise an, wie die Menschen sich der Sachen zu bedienen und über sie zu verfügen pflegen; aber hierbei sind die Menschen doch durch die natürlichen Eigenschaften der Objecte theils gefesselt, theils geleitet. Wenn das R. eine Sache fungibel nennt, so knüpft es seinerseits an die durchschnittliche Verkehrssitte an; seine Bestimmung ist aber mehr als eine Präsumtion zur Aufhellung der Parteiintention

[Das **§§** ist für die Definition der vertretbaren Sachen auf die Begriffsbestimmung der classischen römischen Juristen zurückgegangen: vertretbar sind solche bewegliche Sachen, die im Verkehre nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen (91). Der Begriff ist von dem der verbrauchbaren Sachen unabhängig.]

Sachtheile*.

§ 142.

Von Theilen einer Sache spricht man in einem vierfach verschiedenen Sinn.

1. Theil als Stück einer einfachen* Sache (§ 138). Der Theil in diesem Sinne existirt vor seiner Absonderung als besondere Sache nicht, und ist daher kein möglicher Gegenstand eines besonderen Rechtsverhältnisses. Die Möglichkeit eines besonderen Rechtsverhältnisses an ihm beginnt erst mit seiner Absonderung; dann ist er aber auch nicht mehr Theil, sondern für sich bestehende Sache. Mit anderen Worten: der Begriff des Theils in diesem Sinne bezieht sich auf die Vergangenheit, nicht auf die Gegenwart der Sache¹. — Die Absonde-

darüber, ob die Sache durch eine andere gleicher Art soll ersetzt werden können. Wenn vertretbare Sachen mit der Bestimmung der demnächstigen Rückleistung gleicher Sachen gleicher Art gegeben werden, so finden die Grundsätze vom Darlehn Anwendung; geschieht das gleiche mit unvertretbaren Sachen, so steht das Rechtsverhältniß unter den Grundsätzen vom Tausch, und das ist kein bloßer Unterschied der Worte und keine bloße gesetzgeberische Kunstlei, sondern es hat das R. wohlbegründeten Anlaß gehabt, für die im Verkehre regelmäßig als vertretbar aufgefaßten Sachen das besondere Institut des Darlehns auszubilden. Auch die Eliminirung des Begriffs der Verbrauchbarkeit ist Roguin nicht gelungen. Es bleibt im Thatbestande ein der Vertretbarkeit gegenüber selbständiger Begriff, daß gewisse Sachen nach ihrer herkömmlichen Zweckbestimmung dem Verbrauch gewidmet zu sein pflegen. Wenn bei diesen Sachen der Nießbrauch die Form annimmt, daß die Sachen in das Eigenthum des Nießbrauchers übergehen, und er demnächst nur in genere zu restituiren hat (vgl. übrigens § 206*), so ist das durch jenen Thatbestand unmittelbar motivirt, und will man es durch Bezugnahme auf die mutmaßliche Parteiintention motiviren, so hat man doch für diese Mutmaßung keinen anderen Grund, als eben die Verbrauchbarkeit der Sache, woraus denn gerade die selbständige Bedeutung des Begriffs der Verbrauchbarkeit erhellt.]

* v. Buchholz Versuche Nr. 4. Wächter *ACPr.* XXVII. 7 (1844) und *Handbuch* § 45. Böcking I § 75, Sintenis I S. 435—437, Unger I § 51. Ueber den Begriff des Theils vgl. auch G. Rümelin *Jahrb. f. Dogm.* XXVIII S. 387 fg. und die daselbst Citirten. [Dernburg I § 76, Wendt § 32, 4, Beller I § 72 zu * fg. § 32, Sölber S. 149 fg., Regelsberger I § 51, VI. § 101.]

§ 142. [*] Ober zusammengesetzten; denn auch von einer zusammengesetzten Sache sind doch Theile im Gegensatz zu Bestandtheilen denkbar.]

¹ Vgl. I. 6 § 1 D. 8, 4: — „si divisit fundum regionibus. et sic

zung, durch welche der Theil zum besonderen Rechtsobject gemacht wird, braucht nicht nothwendigerweise in der Aufhebung des körperlichen Zusammenhanges zu bestehen². Bei Grundstücken ist eine solche Aufhebung nicht einmal möglich³; bei beweglichen Sachen ist sie möglich und gewöhnlich, aber nicht nothwendig⁴. In Betracht kann auch kommen, ob eine reale Zerlegung der Sache ohne Verletzung ihres Wesens möglich ist oder nicht⁵.

2. Theil als Stück einer zusammengesetzten Sache, welches Stück mit den anderen Stücken der Sache kein einheitliches Ganzes bildet. Theile in diesem Sinne sind im juristischen Sinne keine; die körperliche Verbindung, in welcher sie stehen, ändert an ihrem rechtlichen

partem tradidit pro diviso, potest alterutri servitutem imponere, quia non est pars fundi, sed fundus“. L. 25 § 1 D. 50, 16. „Q. Mucius ait, partis appellatione rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter, partis appellatione utrumque significari“.

² Auf den Fall, wo sie in der Aufhebung des körperlichen Zusammenhanges nicht besteht, bezieht sich der Begriff der *communio pro diviso*, l. 5 § 16 D. 27, 9, l. 29 D. 41, 1. Vgl. Roth bayr. Civilrecht II S. 54 fg. [2. Aufl. v. Becher S. 161 fg.]

³ Theilung eines Brunnens: Cf. XXII. 119.

⁴ L. 36 D. 8, 2, l. 83 D. 17, 2. L. 8 D. 6, 1 leugnet nur, daß an nicht körperlich abgetrennten Theilen einer beweglichen Sache Besitz möglich sei. Die Meisten nehmen auf Grund dieser Stelle an, daß an Theilen beweglicher Sachen ohne reale Zerlegung eine Verschiedenheit des Rechtsverhältnisses überhaupt nicht stattfinden könne. Allerdings steht mit l. 83 D. cit., was den in derselben behandelten Fall betrifft, l. 19 D. 10, 3 in Widerspruch; aber es ist ungerechtfertigt, die letzte Stelle der ersten vorzuziehen, und nicht umgekehrt. Vgl. jedoch Bangerow I § 329 Anm. 2, Steinlechner das Wesen der *juris communio* I S. 42. II S. 35, Dernburg I § 76⁴; im Uebrigen Wächter a. a. D. S. 158 fg. 176 fg., Unger § 51¹⁰, Ed. fr. DZS. XIX S. 225, Randa Eigenthumsr. § 9^o, Hölzer P. I § 32^o. [Dekker I § 72^o. — Regelsberger I § 101^o hält nicht nur gesondertes Recht, sondern auch gesonderten Besitz ohne reelle Theilung der beweglichen Sache für möglich. Gegen beides treffend [[Eisfeldt Jahrb. f. Dogm. XXXI S. 360 fg. (1892)], APra. LXXXIV S. 305 fg. (1895), Czuhlarz Grünh. JS. XXI S. 508 fg. 1894.]

⁵ Die in der vorigen Note genannten Stellen sprechen nur von Holz und Stein. — Auf die Möglichkeit, eine Sache ohne Verletzung ihres Wesens in Theile zu zerlegen, bezieht sich was man den juristischen Begriff der Theilbarkeit genannt hat. Dieser Begriff kommt aber nur in Betracht, wenn „mehrere Personen bei der Theilung einer Sache in Gegensatz kommen und es sich dabei vom Re und der rlichen Ausgleichung handelt“ (Wächter a. a. D. S. 172). Zur Theilbarkeit in diesem Sinne ist übrigens ferner noch erforderlich, daß durch die Theilung auch der Gesamtwertb der Sache nicht wesentlich beeinträchtigt werde. L. 26 § 2 D. 30, l. 35 § 3 D. 6, 1, l. 34 § 2 C. 8, 53 [54], § 5 J. 4, 17.

Einfache und zusammengesetzte Sachen*.

§ 138.

Die Sachen bilden entweder eine natürliche Einheit¹, oder sie sind aus einer Mehrheit von Sachen, von denen jede für sich eine natürliche Einheit bildet, zusammengesetzt. Die zusammengesetzten Sachen sind entweder solche, deren Bestandtheile körperlich mit einander verbunden sind, oder solche, bei denen dieß nicht der Fall ist. Von den zusammengesetzten Sachen der zweiten Art² ist bereits im vorigen § die Rede gewesen. Die zusammengesetzten Sachen, deren Bestandtheile körperlich mit einander verbunden sind, bilden entweder in dieser Verbindung ein neues einheitliches Ganze³, oder sie bilden ein solches Ganze nicht, so daß nichts vorhanden ist, als was vor der Verbindung vorhanden war, nur statt mehrerer unverbundener Sachen mehrere verbundene⁴. Bilden sie ein neues einheitliches Ganze, so kann, wie bei der Sachgesamtheit, ein doppeltes Rechtsverhältniß vorkommen, erstens ein Rechtsverhältniß am Ganzen und insofern an den zu demselben gehörigen Bestandtheilen, zweitens, vorausgesetzt daß die Bestandtheile in der Verbindung ihre besondere Existenz nicht verlieren, ein Rechtsverhältniß an diesen Bestandtheilen als besonderen Sachen. Nur ist der Unterschied gegenüber den Sachgesamtheiten

* Unger I § 52. Venz R. des Besizes S. 118—129. Göppert über einheitliche, zusammengesetzte und Gesamt-Sachen nach r. R. (1871). [Dernburg I § 68, 1, 2, Hölder S. 135 fg., Bekker I § 71, Wendt S. 72 fg., Regelsberger I § 96, III, Gierke I S. 274.]

§ 138. ¹ L. 30 pr. D. 41, 3. — „Tria . . . genera sunt corporum. Unum, quod continetur uno spiritu, et Graece ἡνωμένον vocatur, ut homo, tignum, lapis et similia“. Spiritus — die ἕξις der Stoiker, d. h. der die Naturdinge durchdringende und ihre Wesenheit ausmachende Theil der allgemeinen Weltseele, des πνεῦμα. Göppert S. 20 fg. 38 fg. Seneca (Nat. Quaest. 2. 2. Epist. 102. 6) gibt das griechische ἡνωμένον durch die Ausdrücke unitum und continuum wieder.

² L. 30 cit. — „Tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura (non) soluta, sed uni nomini subiecta, veluti populus, legio, grex.“

³ L. 30 cit. — „Alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus, constat, quod συνημμένον vocatur, ut aedificium, navis, armarium“. Συνημμένον — connexum in den Pandektenausgaben. Vgl. Göppert S. 38¹. Der Ausdruck universitas wird auch für diese Art von zusammengesetzten Sachen gebraucht, z. B. in l. 23 pr. D. 41, 3 („universitas aedium“). Vgl. § 137⁴.

⁴ Hierher zählt l. 5 § 1 D. 6, 1 den Fall, wo Blei und Silber zusammengeschmolzen wird. L. 12 § 1. l. 27 § 2 D. 41, 1.

der, daß das Rechtsverhältniß an den Bestandtheilen als besonderen Sachen so lange ruht, als die körperliche Verbindung dauert, und erst dann wieder auflebt, wenn die Bestandtheile als für sich bestehende Sachen auch äußerlich wiederhergestellt sind⁵.

[Das **§§** setzt den Begriff der Bestandtheile einer Sache als bekannt voraus; man wird darunter, wie früher, solche Sachen zu verstehen haben, welche in der unter ihnen bestehenden körperlichen Verbindung ein einheitliches Ganzes bilden. Das **BGB** bestimmt aber den Begriff der wesentlichen Bestandtheile. Es sind diejenigen, welche von einander nicht getrennt werden können, ohne daß der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird (**§8**). Solche Bestandtheile können nicht Gegenstand besonderer Rechte sein (**§9**). Demgemäß umfaßt eine rechtliche Verfügung über eine Sache mit Nothwendigkeit die sämmtlichen wesentlichen Bestandtheile derselben. Der Grundsatz ist jedoch nicht absolut durchgeführt. Er ist in seiner Anwendung wesentlich beschränkt durch die Bestimmung des **§ 95 Abs. 1 S. 2**, nach welcher Gebäude oder andere Werke, welche nach den allgemeinen Grundsätzen wesentliche Bestandtheile des Grundstücks sein würden, diese Eigenschaft nicht erhalten, wenn sie in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstück mit diesem verbunden werden. Eine fernere Beschränkung liegt darin, daß an hängenden Früchten, trotzdem sie wesentliche Bestandtheile des Grundstücks sind (**§4 Abs. 1**), dennoch das Pfändungspfandrecht nach **CPD. 714** und das gesetzliche Pfandrecht nach **BGB. 585** möglich ist. Denn daß auch das letztere nicht etwa erst mit der Abtrennung der Früchte entsteht, kann nicht bezweifelt werden; es würde ja sonst bei einer vor der Trennung erfolgten Pfändung das Pfändungspfandrecht dem gesetzlichen Pfandrecht des Verpächters vorgehen, und damit würde der Schutz illusorisch werden, welchen das Gesetz dem Verpächter zugebracht hat. Das Pfändungspfandrecht aus **CPD. 714** soll übrigens auch zurückstehen hinter den Rechten der Gläubiger, welche ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück haben, und die Pfändung soll nach der Beschlagnahme der Früchte im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen nicht mehr zulässig sein. (Vgl. **CPD. 714** in der Fass. der **Anl. I** der **Denkschr. z. E. d. Zwangsversteigerungsges.**) In dem Doppelcharakter der Früchte als wesentlicher Bestandtheile des Grundstücks und als selbständiger Sachen überwiegt also der erstere Zug. Der Besitz, obwohl er die Merkmale des subjectiven Rechts aufweist, ist doch im **BGB** schon durch die Anordnung außerhalb des Bereiches der dinglichen Rechte gestellt, und wie Besitz an Theilen einer Sache möglich ist (**BGB. 865**), so muß er auch an einem Bestandtheil möglich sein. Wenn Besitz an einem einzelnen Zimmer eines Hauses stattfinden kann, so muß er auch an dem ganzen Hause im Gegensatz zum Grundstück stattfinden können, selbst wenn das Haus wesentlicher Bestandtheil des Grundstücks ist.

Bestandtheile, welche nicht im Sinne des Gesetzes wesentliche sind, können unbeschränkt Gegenstand besonderer Rechte sein, und es kann vom Standpunkte

⁵ L. 23 pr. § 2 41, 3, l. 7 § 10 D. 41, 1, l. 2 D. 43, 18, l. 44 § 1 i. f. D. 44, 7, l. 44 D. 6, 1, l. 40 D. 19, 1. Das Nähere unten § 188. 189. [**CPD. 714** vgl. 709 kennt existentes Pfandr. an ungetrennten Früchten.]

des BGB. aus auch nicht gesagt werden, daß diese Rechte bis zur Trennung der Bestandtheile ruhen. Eine Verfügung über eine Sache umfaßt natürlich im Zweifel ihre sämmtlichen auch unwesentlichen Bestandtheile; es können aber die unwesentlichen ausgenommen werden. Vgl. auch Pfand Comm. § 93, 2. Ueber Bestandtheile von Grundstücken s. unt. § 139.]

Bewegliche und unbewegliche Sachen*.

§ 139.

Die körperlichen Sachen sind entweder bewegliche, d. h. solche, bei welchen eine Ortsveränderung möglich ist¹, oder unbewegliche, d. h. solche, bei welchen eine Ortsveränderung nicht möglich ist. Unbeweglich sind nur die Grundstücke², d. h. die begrenzten Theile der Erdoberfläche³. Ein in mancher Beziehung wichtiger Unterschied zwischen den Grundstücken ist, ob sie bebaut sind, oder ob sie zu Culturzwecken dienen. Dieser Gegensatz wird passend durch die Ausdrücke: Gebäudegrundstücke, Feldgrundstücke bezeichnet⁴. — Der Gegensatz zwischen den

* Böding I § 74, Sintenis I S. 416—418, Wächter I § 61. Würt. Privatr. II § 37, Unger I § 48. [Dernburg I § 74, Bekker § 72 z. Anf., Höber § 32, Regelsberger I § 98.]

§ 139. ¹ Ob sie ihren Ort durch eigene Kraft zu verändern im Stande sind (res se moventes), oder nicht (res mobiles i. e. Sinne), ist juristisch gleichgültig. Bei den Römern konnte hier der Ausdruck moventia Veranlassung zu einer Frage geben. L. 93 D. 50, 16; vgl. l. 15 § 2 D. 42, 1.

² Res soli, fundi, praedia. L. 115. 211 D. 50, 16. Im engeren Sinne bezeichnet fundus nicht das Grundstück überhaupt, sondern den Gegensatz zu dem Gebäudegrundstück. Gai. II. 42, l. 1 § 3. 6 D. 43, 16. Schiffe im HGB.: Goldschmidt Handelsr. I (II) § 60^a. Vgl. auch Stobbe I § 63^{15—19}. Cf. XXVIII. 2.

³ Zum Grundstück gehört auch der unter und über demselben befindliche Raum, l. 13 § 1 D. 8, 4, l. 24 § 12. l. 26 D. 39, 2. l. 1 § 12 D. 39, 3, l. 1 pr. l. 9. 14. 15 D. 8, 2, l. 8 § 5. l. 14 § 1 D. 8, 5, l. 22 § 4 D. 43, 24. Die Erstreckung des Eigenthums auf den einen und den andern Raum leugnet Werenberg Jahrb. f. Dogm. VI S. 12 fg., aus sehr ungenügenden Gründen, unter denen eine bedeutende Rolle spielt, daß die Luft res communis sei. S. darüber Fhering das. S. 85 fg., Hesse das. S. 393 fg. [Pampaloni Arch. giur. XLVIII p. 32 sg. (1892).] Die mit dem Grund und Boden verbundenen beweglichen Sachen, wie namentlich Pflanzen und die auf demselben zu einem Gebäude zusammengefügte Materialien, sind Bestandtheile einer unbeweglichen Sache; insofern sie aber als für sich bestehende Sachen aufgefaßt werden, müssen sie nach wie vor als bewegliche behandelt werden. Cf. XVIII. 207, XXV. 6. Vgl. § 144². [§ 188.]

⁴ Die Quellen sagen: praedia urbana, praedia rustica, l. 198 D. 50, 16, § 1 I. 2, 3, l. 1 pr. D. 8, 4 (vgl. aber auch l. 2 pr. D. 8, 3, l. 4 § 1 D. 20, 2). Zu welcher Klasse die nicht bebauten, aber auch zur Gewinnung von Früchten nicht geeigneten Grundstücke gehören, ist in den Quellen nicht entschieden; vgl. Wächter Würtemb. Privatr. II S. 214, Roth I § 75²⁴.

beweglichen und unbeweglichen Sachen ist für die germanische Rechtsanschauung wichtiger als für die römische. Namentlich damit hängt es zusammen, daß dieser Gegensatz in Deutschland auf die unkörperlichen Sachen, d. h. die übrigen Vermögensstücke, übertragen worden ist⁵.

[Auch im *ABG.* ist der Gegensatz der beweglichen und der unbeweglichen Sachen, von wesentlich einschneidenderer Bedeutung als im römischen Rechte.

1. Unbewegliche Sachen sind auch hier zunächst die Grundstücke. Daß zu dem Grundstück auch der Raum darüber und der Erdbörper unter der Oberfläche gehört, ist anerkannt (905). Ueber den Begriff der Bestandtheile eines Grundstücks^(*) gibt das *ABG.* folgende Entscheidungen: a. Zu den wesentlichen Bestandtheilen eines Grundstücks gehören die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen, insbesondere Gebäude (94 Abs. 1). Sind aber solche Sachen erweislich nur zu einem vorübergehenden Zwecke mit dem Grund und Boden verbunden, so sind sie überhaupt nicht Bestandtheile des Grundstücks, bleiben also bewegliche Sachen (95 Abs. 1). Zu den wesentlichen Bestandtheilen eines Gebäudes gehören die zu dessen Herstellung eingefügten Sachen. Dagegen sind Sachen, welche nur zu einem vorübergehenden Zweck in ein Gebäude eingefügt sind, überhaupt nicht Bestandtheile des Gebäudes (95 Abs. 2). Daß das Gesetz auch von Bestandtheilen eines Gebäudes spricht und nicht ausschließlich von solchen eines Grundstücks, erklärt sich daraus, daß das Gebäude seinerseits nicht nothwendig Bestandtheil des Grundstücks ist. Das ist nämlich nicht bloß in dem soeben angeführten Falle ausgeschlossen, sondern es ist auch, wie bereits § 138 bemerkt ist, ein Gebäude oder anderes Werk dann nicht Bestandtheil des Grundstücks, wenn es in Ausübung eines Rechtes an einem fremden Grundstück (z. B. Erbbaurecht [1012], Grunddienstbarkeit [1021], beschränkte persönliche Dienstbarkeit [1090]) von dem Berechtigten mit dem Grundstück verbunden ist (95 Abs. 1). Im Allgemeinen muß dann ein solches Werk als bewegliche Sache aufgefaßt werden; anders bei dem Erbbaurecht. Denn da für dieses Recht die Vorschriften über Grundstücke gelten (1017), so wird man auch das in seiner Ausübung errichtete Gebäude als unbewegliche Sache ansehen müssen; das Gebäude ist Bestandtheil des Erbbaurechts, wie sonst das

⁵ Unsere Quellen setzen die *res mobiles* und *immobiles* den *Res* (*iura*, *nomina*, *actiones*, *res incorporales*, *iura incorporalia*) entgegen, l. 7 § 4 D. 15, 1, l. 15 § 2 D. 42, 1, l. 2 3 C. 7, 37, l. un. § 7 C. 5, 13. Wenn aber in Deutschland eine Bestimmung oder eine Privatdisposition einen Unterschied zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen macht, wohin sind dann die *Res* zu rechnen? Natürlich die *Res* an fremden Sachen zu dem beweglichen oder unbeweglichen Vermögen, je nachdem ihr Gegenstand eine bewegliche oder unbewegliche Sache ist; aber man streitet in Betreff der Forderungs*res*. Es wird im Zweifel anzunehmen sein, daß es auch hier auf den (mittelbaren) Gegenstand des Forderungs*res* ankommt, ob derselbe ein Grundstück ist, oder nicht, vgl. l. 15 D. 50, 17, l. 143 D. 50, 16. Andere zählen die Forderungs*res* unter allen Umständen zu dem beweglichen Vermögen, weil sie unmittelbar nie auf ein Grundstück, sondern auf eine Handlung gehen. Vgl. Wächter I S. 284. Württemb. Privatr. II S. 223—227, Unger I S. 394—400, Dernburg Pfandr. I S. 505, Stobbe § 63 Nr. II, Roth I S. 426 fg. *RG.* XVII S. 57.

Gebäude Bestandtheil des Grundstücks. Bei der Grunddienbarkeit, welche als Bestandtheil des herrschenden Grundstücks gilt (s. unt.) kann man schwanken, ob die dazu gehörige Anlage auf dem dienenden Grundstück ebenfalls als Bestandtheil des herrschenden Grundstücks oder als bewegliche Sache und Zubehör (97) des herrschenden Grundstücks anzusehen ist. b. Die Erzeugnisse eines Grundstücks sind wesentliche Bestandtheile desselben, solange sie mit dem Boden zusammenhängen. Samen wird mit dem Aussäen, eine Pflanze mit dem Einpflanzen wesentlicher Bestandtheil des Grundstücks (94 Abs. 1), beides abweichend vom gemeinen Recht (vgl. unt. § 188 zu 7), aber auch hier gilt, daß Same und Pflanze nicht Bestandtheile werden, wenn Säen und Pflanzen nur zu vorübergehendem Zweck erfolgt (95 Abs. 1), z. B. die aufgegangenen Pflänzchen sollen alsbald weiter verpflanzt werden; oder die Pflanze soll nur vorübergehend zur Decoration dienen. c. Ein Grundstück kann zum Bestandtheil eines andern gemacht werden (BGB. 890 Abs. 2, GrbbD. 5). d. Rechte, welche mit dem Eigenthum an einem Grundstück verbunden sind, sind nicht Bestandtheile des Grundstücks, aber gelten als solche, jedoch nicht als wesentliche Bestandtheile (96). Die Frage also, ob an ihnen besondere Rechte möglich sind, ist von Fall zu Fall zu prüfen. Sie ist indessen für die sämmtlichen in dem BGB. selbst behandelten Rechte, welche mit dem Eigenthum an einem Grundstück verbunden sind, Grunddienbarkeiten (1018 fg.: vgl. jedoch 1025), das zu Gunsten des jeweiligen Eigenthümers eines Grundstücks bestellte dingliche Vorkaufsrecht (1108) und ebensolche Reallasten (1110; vgl. jedoch 1109) zu verneinen. Vgl. auch 1069 Abs. 2. 1274 Abs. 2.

2. Anlangend die Frage, in wie weit Rechte dem unbeweglichen Vermögen zugehören⁵⁾ ist im Sinne des BGB. zu sagen: Rechte, welche nach dem Obigen Bestandtheile von Grundstücken sind, sind damit für Bestandtheile einer unbeweglichen Sache erklärt, und es bedurfte namentlich einer besonderen Vorschrift des Inhalts nicht, daß diese Rechte der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterliegen; die Zwangsvollstreckung in das Grundstück ergreift sie von selbst (vgl. CPD. 757 in der Fass. der Anl. I der Denkschr. z. E. d. Gef. üb. d. Zwangsversteigerung u. d. Zwangsverwaltung). Andere Rechte an Grundstücken stehen zwar um dieses ihres Objectes willen unter dem Grundbuchzwange (873 fg.), gehören aber ihrerseits in Ansehung der Zwangsvollstreckung nur dann zum unbeweglichen Vermögen, wenn sie ein Blatt im Grundbuche erhalten können (§ 757 cit.). Dieß gilt im BGB. selbst nur von dem Erbbaurecht (GrbbD. 7), über welches, wie bemerkt, das BGB. allgemein bestimmt, daß darauf die Vorschriften über Grundstücke Anwendung finden (1017 Abs. 1). In aufrecht erhaltenem Landesrecht gibt es noch andere eines eigenen Grundbuchblattes fähige Berechtigtheiten vgl. Preuß. Berggesetz 24 § 65 § 50, preuß. Eigenthumsenerwerbsges. 5/5 72 § 68, preuß. GrbbD. § 3, preuß. Zwangsvollstred.-Ges. 13/7 83 §§ 155 fg. EG. z. BGB. 67, GrbbD. 83, EG. z. Zwangsversteig.-Ges. 2. — E. ferner EG. z. BGB. 63. 68, GrbbD. 84. Außerdem gehören in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen in das Schiffsregister eingetragene Schiffe (CPD. 757 a. a. O.; vgl. auch das. 757 a. 757 f.). Der Begriff des unbeweglichen Vermögens ist aber hiermit nicht für jede Rechtsvorschrift festgestellt, die mit diesem Begriff operirt. Der Katalog des unbeweglichen Vermögens in Betreff der Fahrgemeinschaft (1551 Abs. 2) ist erheblich weiter gefaßt.]

Verbrauchbare, abnützbare Sachen.

§ 140.

Verbrauchbar sind diejenigen Sachen, deren bestimmungsgemäßer Gebrauch in einer Zerstörung ihrer körperlichen Integrität besteht¹. Andere Sachen werden zwar durch den Gebrauch, zu welchem sie bestimmt sind, nicht sofort zerstört, aber allmählig in einen Zustand versetzt, in welchem sie nicht mehr fähig sind, ihrer Bestimmung gemäß verwendet zu werden; man nennt sie passend abnützbar Sachen².

In einem ganz besonderen Sinne wird das Geld eine verbrauchbare Sache genannt. Es ist verbrauchbar, insofern es nicht gebraucht werden kann, ohne für den Gebrauchenden unterzugehen³.

[Nach dem *§§* sind verbrauchbare Sachen diejenige beweglichen Sachen, deren bestimmungsgemäßer Gebrauch in dem Verbrauch oder in der Veräußerung besteht (92 Abs. 1). Hiernit ist die Verbrauchbarkeit des Geldes in richtiger Weise zu einem allgemeineren Begriffe verwerthet (vgl. ³). Als verbrauchbar gelten auch bewegliche Sachen, die zu einem Waarenlager oder einem sonstigen Sachinbegriff gehören, dessen bestimmungsmäßiger Gebrauch in der Veräußerung der einzelnen Sachen besteht (92 Abs. 2). Auch dieß ist billigenwerth, fordert aber vorfichtige

¹ So Getreide, Wein &c. Die Quellen sagen: *res quae usu consumuntur*, § 140. *tolluntur*, *quae in abusu sunt*, *quae usu continentur*, z. B. § 2 I. 2, 4, 1. 5 § 1. 1. 7 D. 7, 5. Der deutsche Ausdruck verbrauchbar ist hergebracht; besser sollte man sagen verbrauchliche Sachen oder Verbrauchsfachen. Ueber die Begriffsbestimmung s. Wächter I § 63, Unger I S. 401. [Dernburg I § 75, 2, Bekker I § 72 zu 79. Hölder S. 152, Regelsberger I § 100. Zu Roguin *les choses fongibles et les choses de consommation*, *Recueil inaugural de l'Université de Lausanne* (1892) p. 133 suiv. vgl. unt. § 141⁶.]

² Kleider z. B. werden durch den ordnungsmäßigen Gebrauch, welcher von ihnen gemacht wird, nicht aufgebraucht, aber allmählig in Lumpen verwandelt. In 1. 1 D. 7, 5 werden von den Sachen, welche usu tolluntur, diejenigen, die usu minuuntur, unterschieden. Im weiteren Sinne kann man aber auch von den letzteren sagen, daß sie usu consumuntur, und das sagt z. B. § 2 I. 2, 4 wirklich von den Kleidern.

³ Dadurch, daß das Geld ausgegeben wird, „consumitur pecunia“ s. z. B. 1. 32 D. 4, 4, 1. 13 D. 12, 1 u. a. m. Auch die Aeußerung des § 2 I. 2, 4 in Betreff des Geldes: „in ipso usu assidua permutatione quodammodo exstinguitur“ ist nach dem Zusammenhang unzweifelhaft von der Verbrauchbarkeit des Geldes, nicht von der allmählichen Abnützbarkeit der einzelnen Geldstücke zu verstehen. Vgl. übrigens § 186¹⁶. [Bekker a. a. O. zu ³ sagt mit Recht allgemeiner, daß verbrauchbar sind die Sachen, deren normaler Gebrauch im Fortgeben besteht, obwohl er als Beispiele nur Geld und Geldsurrogate nennt; s. auch Dernburg a. a. O. zu ⁹.]

Interpretation. Die Sachen im Lager des Antiquitätenhändlers sind verbrauchbar; hat ein Sammler sich entschlossen, die Gegenstände seiner Sammlung zu verkaufen, so sind sie wohl nicht verbrauchbar, ebensowenig wie eine Taschenuhr, deren Eigentümer sie verkaufen möchte, nach Abs. 1 zu einer Sache wird, deren bestimmungsgemäßer Gebrauch in der Veräußerung besteht.]

Gattungsz- oder vertretbare, nicht vertretbare Sachen*.

§ 141.

Die Sachen pflegen für den Verkehr in Betracht zu kommen entweder in ihrer individuellen Bestimmtheit, oder nach der Gattung, zu welcher sie gehören; die letzteren Sachen nennt man Gattungszsachen, oder auch, weil bei ihnen jedes zu dieser Gattung gehörige Sachindividuum durch jedes andere zu derselben gehörige Sachindividuum vertreten werden kann, vertretbare Sachen¹. Bei den Gattungsz- oder vertretbaren Sachen muß in jedem einzelnen Fall die Quantität näher bezeichnet werden, um welche es sich handelt; weswegen man sie auch Quantitätssachen nennen kann.² Eine andere, und noch

* Hierulff S. 313—317, Böding I § 77, Wächter I § 62. Württemb. Privatr. II § 38, Unger I § 50, Fhering Jahrb. f. Dogm. IV S. 400 fg., Goldschmidt Handelsr. I (II) § 61. Karlowa Grünh. Zs. XVI S. 406—456 (1889). [Dernburg I § 75, 1, Bekker I § 72 zu ^{bb} 19, Schäfer S. 152 fg., Regelsberger I § 99, Halpert über die jurist. Natur der Vertretungszsachen Göt. Diff. 1888.]

§ 141. ¹ Der Begriff Gattungszsache wird in l. 2 § 1 D. 12, 1 durch den Ausdruck *res quae in genere suo functionem recipiunt per solutionem* [magis] quam specie bezeichnet. Der Ausdruck *species* zur Bezeichnung des Sachindividuum gegenüber der nur generisch bezeichneten Sache, dem *genus*, kommt auch in anderen Stellen vor, z. B. l. 54 pr. l. 83 § 5 D. 45, 1 (vgl. aber auch l. 29 D. 46, 3, wo gerade die Gattungszsachen „*res quae communi specie continentur*“ genannt werden); ein entsprechender Ausdruck ist *corpus*, z. B. in l. 30 pr. l. 34 § 3. 4. l. 51 D. 30. Die Bezeichnung vertretbare Sache ist aufgebracht von R. S. Zachariä (Böding § 77⁵), wird getadelt von Savigny (VI § 268^b) als „ohne hinzugefügte Erklärung kaum verständlich, da auch alle anderen Sachen einer Vertretung (durch Geldentschädigung) empfänglich sind“.

² Die Quellen sagen: *res quae numero pondere mensura consistunt, constant, continentur, valent*, z. B. pr. l. 3, 14, l. 2 § 1 D. 12, 1, l. 42 D. 23, 3, l. 1 § 2 D. 44, 7, l. 1 § 7 D. 35, 2. Statt Quantitätssachen sagt Savigny (VI S. 123) Quantitäten — weniger passend; Wein, Del zc. kommt in einem gegebenen Fall nur als Quantität in Betracht, aber ist selbst keine Quantität. Der Ausdruck *quantitas* bedeutet in den Quellen zunächst Geldsumme; erst in zweiter Linie wird er auch zur Bezeichnung von Quantitäten anderen Inhalts gebraucht: vgl. l. 34 § 3. 6 D. 30, l. 87 pr. D. 31, l. 94 § 1 D. 46, 3, l. 15 § 4 D. 7, 1, l. 19 § 1 D. 34, 2.

immer die gebräuchlichste, Bezeichnung für sie ist: fungibele Sachen³. Besonders wichtig unter den Sachen dieser Art ist das Geld.

Nicht zu verwechseln mit dem Gegensatz zwischen Vertretbarkeit und Unvertretbarkeit der Sachen ist der Gegensatz zwischen ihrer generischen oder individuellen Bestimmtheit^{3a}. Der Gegensatz zwischen der Vertretbarkeit und Unvertretbarkeit beruht auf einem objectiven Maßstab, der Verkehrssitte, welche mit den natürlichen Eigenschaften der Sachen zusammenhängt. Den Gegenstand eines gegebenen Rechtsverhältnisses kann sowohl eine zur Klasse der vertretbaren Sachen gehörige Sache in ihrer individuellen Bestimmtheit bilden^{3b}, als eine zur Klasse der unvertretbaren gehörige nach ihrem Gattungsverhältniß⁴. Fast überflüssig ist, gegen die Identificirung des Begriffs vertretbare Sachen mit dem Begriff verbrauchbare Sachen zu warnen. Die Verwechslung dieser Begriffe, welche früher häufig war⁵, hat ihre Veranlassung darin, daß die verbrauchbaren Sachen regelmäßig von dem Verkehr auch als vertretbare behandelt werden; aber nicht ist auch das Umgekehrte wahr⁶.

³ Der barbarische und ganz unbezeichnende Ausdruck *res fungibilis* ist nach I. 2 § 1 D. 12, 1 (¹) wie es scheint von U. Zasius (zu § 30 I. de act. Nr. 17. 18) erfunden. Savigny VI § 268*, Stinzing Gesch. der deutsch. R. II. I S. 166.

^{3a} Um diesen Punkt hat sich namentlich Goldschmidt a. a. D. verdient gemacht.

^{3b} Vgl. z. B. I. 24 D. 16, 3, I. 30 § 6. I. 34 § 4 D. 30, I. 37 D. 45, 1. Dingliche Re sind nur an individuell bestimmten Sachen möglich.

⁴ Vgl. z. B. I. 2 § 1. I. 54 pr. I. 117 D. 45, 1, I. 37 pr. I. 110 D. 30. Vgl. II § 255¹⁷.

⁵ Sie findet sich noch in dem Preussischen (I. 2 § 120, 121, I. 14 § 88 fg., I. 21 § 173), Oesterreichischen (Art. 971, 983) und Französischen (Art. 1874) Gesetzbuch.

⁶ Man denke z. B. an Nadeln, Bücher etc. Vgl. über das Verhältniß beider Begriffe noch S. Bürkel Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch (München 1864) S. 8—19. [Roguin (§ 140¹) führt aus, daß der Begriff der Verbrauchbarkeit juristisch ganz unhaltbar sei; die Verbrauchbarkeit sei identisch mit der Vertretbarkeit. Diese hänge ausschließlich von der Parteiintention ab; Fungibilität liege nämlich vor, wenn nach der Parteiintention die Sache durch eine andere gleicher Art ersetzt werden könne. Das R. könne nur Präsumtionen der Fungibilität aufstellen. Besonders heftig polemisiert Roguin dagegen, Verbrauchbarkeit und Vertretbarkeit als natürliche Eigenschaften der Sachen aufzufassen. Diese Auffassung wäre in der That unrichtig; jene Begriffe knüpfen an die Art und Weise an, wie die Menschen sich der Sachen zu bedienen und über sie zu verfügen pflegen; aber hierbei sind die Menschen doch durch die natürlichen Eigenschaften der Objecte theils gefesselt, theils geleitet. Wenn das R. eine Sache fungibel nennt, so knüpft es seinerseits an die durchschnittliche Verkehrssitte an; seine Bestimmung ist aber mehr als eine Präsumtion zur Aufhellung der Parteiintention

[Das § 99. ist für die Definition der vertretbaren Sachen auf die Begriffsbestimmung der classischen römischen Juristen zurückgegangen: vertretbar sind solche bewegliche Sachen, die im Verkehre nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen (91). Der Begriff ist von dem der verbrauchbaren Sachen unabhängig.]

Sachtheile*.

§ 142.

Von Theilen einer Sache spricht man in einem vierfach verschiedenen Sinn.

1. Theil als Stück einer einfachen* Sache (§ 138). Der Theil in diesem Sinne existirt vor seiner Absonderung als besondere Sache nicht, und ist daher kein möglicher Gegenstand eines besonderen Rechtsverhältnisses. Die Möglichkeit eines besonderen Rechtsverhältnisses an ihm beginnt erst mit seiner Absonderung; dann ist er aber auch nicht mehr Theil, sondern für sich bestehende Sache. Mit anderen Worten: der Begriff des Theils in diesem Sinne bezieht sich auf die Vergangenheit, nicht auf die Gegenwart der Sache¹. — Die Absonde-

darüber, ob die Sache durch eine andere gleicher Art soll ersetzt werden können. Wenn vertretbare Sachen mit der Bestimmung der demnächstigen Rückleistung gleicher Sachen gleicher Art gegeben werden, so finden die Grundsätze vom Darlehn Anwendung; geschieht das gleiche mit unvertretbaren Sachen, so steht das Rechtsverhältniß unter den Grundsätzen vom Tausch, und das ist kein bloßer Unterschied der Worte und keine bloße gesetzgeberische Künstelei, sondern es hat das H. wohlbegründeten Anlaß gehabt, für die im Verkehre regelmäßig als vertretbar aufgefaßten Sachen das besondere Institut des Darlehns auszubilden. Auch die Eliminirung des Begriffs der Verbrauchbarkeit ist Roguin nicht gelungen. Es bleibt im Thatbestande ein der Vertretbarkeit gegenüber selbständiger Begriff, daß gewisse Sachen nach ihrer herbunmlichen Zweckbestimmung dem Verbrauch gewidmet zu sein pflegen. Wenn bei diesen Sachen der Nießbrauch die Form annimmt, daß die Sachen in das Eigenthum des Nießbrauchers übergehen, und er demnächst nur in genere zu restituiren hat (vgl. übrigens § 206*), so ist das durch jenen Thatbestand unmittelbar motivirt, und will man es durch Bezugnahme auf die muthmaßliche Parteiintention motiviren, so hat man doch für diese Muthmaßung keinen anderen Grund, als eben die Verbrauchbarkeit der Sache, woraus denn gerade die selbständige Bedeutung des Begriffs der Verbrauchbarkeit erhellt.]

* v. Buchholz Versuche Nr. 4. Wächter ACPr. XXVII. 7 (1844) und Handbuch § 43. Böcking I § 75, Sintenis I S. 435—437, Unger I § 51. Ueber den Begriff des Theils vgl. auch G. Rümelin Jahrb. f. Dogm. XXVIII S. 387 fg. und die daselbst Citirten. [Dernburg I § 76, Wendt § 92, 4, Bekker I § 72 zu ⁵ fg. § 32, Hölder S. 149 fg., Regelberger I § 51, VI. § 101.]

§ 142.

[*] Ober zusammengesetzten; denn auch von einer zusammengesetzten Sache sind doch Theile im Gegensatz zu Bestandtheilen denkbar.]

¹ Bgl. l. 6 § 1 D. 8, 4: — „si divisit fundum regionibus, et sic

zung, durch welche der Theil zum besonderen Rechtsobject gemacht wird, braucht nicht nothwendigerweise in der Aufhebung des körperlichen Zusammenhanges zu bestehen². Bei Grundstücken ist eine solche Aufhebung nicht einmal möglich³; bei beweglichen Sachen ist sie möglich und gewöhnlich, aber nicht nothwendig⁴. In Betracht kann auch kommen, ob eine reale Zerlegung der Sache ohne Verletzung ihres Wesens möglich ist oder nicht⁵.

2. Theil als Stück einer zusammengesetzten Sache, welches Stück mit den anderen Stücken der Sache kein einheitliches Ganzes bildet. Theile in diesem Sinne sind im juristischen Sinne keine; die körperliche Verbindung, in welcher sie stehen, ändert an ihrem rechtlichen

partem tradidit pro diviso, potest alterutri servitutem imponere, quia non est pars fundi, sed fundus“. L. 25 § 1 D. 50, 16. „Q. Mucius ait, partis appellatione rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter, partis appellatione utrumque significari“.

² Auf den Fall, wo sie in der Aufhebung des körperlichen Zusammenhanges nicht besteht, bezieht sich der Begriff der communio pro diviso, l. 5 § 16 D. 27, 9, l. 29 D. 41, 1. Vgl. Roth bayr. Civilrecht II S. 54 fg. [2. Aufl. v. Becker S. 161 fg.]

³ Theilung eines Brunnens: Cf. XXII. 119.

⁴ L. 36 D. 8, 2, l. 83 D. 17, 2. L. 8 D. 6, 1 leugnet nur, daß an nicht körperlich abgetrennten Theilen einer beweglichen Sache Besitz möglich sei. Die Meisten nehmen auf Grund dieser Stelle an, daß an Theilen beweglicher Sachen ohne reale Zerlegung eine Verschiedenheit des Verhältnisses überhaupt nicht stattfinden könne. Allerdings steht mit l. 83 D. cit., was den in derselben behandelten Fall betrifft, l. 19 D. 10, 3 in Widerspruch: aber es ist ungerechtfertigt, die letzte Stelle der ersten vorzuziehen, und nicht umgekehrt. Vgl. jedoch Bangerow I § 329 Anm. 2, Steinlechner das Wesen der juris communio I S. 42. II S. 35, Dernburg I § 76⁴; im Uebrigen Wächter a. a. D. S. 158 fg. 176 fg., Unger § 51¹⁹, Cf. fr. RJS. XIX S. 225, Randa Eigenthumsr. § 9⁶, Hölber P. I § 32². [Bekker I § 72⁷. — Regelsberger I § 101⁸ hält nicht nur gesondertes Recht, sondern auch gesonderten Besitz ohne reelle Theilung der beweglichen Sache für möglich. Gegen beides treffend [[Eisele Jahrb. f. Dogm. XXXI S. 360 fg. (1892)], UCPrä. LXXXIV S. 305 fg. (1895), Czupharz Grünh. JS. XXI S. 508 fg. 1894.]

⁵ Die in der vorigen Note genannten Stellen sprechen nur von Holz und Stein. — Auf die Möglichkeit, eine Sache ohne Verletzung ihres Wesens in Theile zu zerlegen, bezieht sich was man den juristischen Begriff der Theilbarkeit genannt hat. Dieser Begriff kommt aber nur in Betracht, wenn „mehrere Personen bei der Theilung einer Sache in Gegensatz kommen und es sich dabei vom Ne und der rlichen Ausgleichung handelt“ (Wächter a. a. D. S. 172). Zur Theilbarkeit in diesem Sinne ist übrigens ferner noch erforderlich, daß durch die Theilung auch der Gesamtwertb der Sache nicht wesentlich beeinträchtigt werde. L. 26 § 2 D. 30, l. 35 § 3 D. 6, 1, l. 34 § 2 C. 8, 53 [54], § 5 J. 4, 17.

Verhältnisse nichts⁶.

3. Theil als Stück einer zusammengesetzten Sache, welches Stück mit den anderen Stücken der Sache ein einheitliches Ganzes bildet (Bestandtheil)⁷. Ueber das rechtliche Verhältniß des Theils in diesem Sinne ist oben (§ 138) gehandelt worden. S. auch § 188. 189.

4. Theil als Antheil. Der Antheil ist Rechnungstheil, Bruchtheil, also etwas nicht in sinnlicher Wirklichkeit Existirendes; daher die Ausdrücke: intellectuellder Theil^{7a}, ungetheilter Theil⁸. Wenn der Antheil trotzdem, daß er in Wirklichkeit nicht existirt, als Gegenstand von Rechten aufgefaßt wird⁹, so ist dieß so zu verstehen, daß durch ihn das Maß dessen bezeichnet werden soll, was dem Berechtigten von der Sache gebührt, von ihrem Nutzen und bei der Auseinandersetzung mit den Mitberechtigten von der Sache selbst, und was er seinerseits zu dem durch die Sache verursachten Aufwand beizutragen hat¹⁰.

⁶ L. 27 § 2 D. 41, 1, l. 12 § 1 eod.; l. 17 pr. D. 19, 1, l. 245 pr. D. 50, 16.

⁷ Daß der Bestandtheil, „pars“ sei, leugnen l. 36 D. 21, 2, l. 13 § 2 D. 46, 4.

^{7a} L. 5 pr. D. 45, 3. „Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus, utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant, quam corpore“. Vgl. auch l. 66 § 2 D. 31.

⁸ Pars indivisa, pars pro indiviso. L. 5 D. 7, 1, l. 5 pr. D. 45, 3 (7a): l. 1. 64 D. 21, 2, l. 43 pr. D. 41, 2, l. 7 pr. D. 44, 2.

⁹ Eigenthum: s. z. B. die Stellen der vorigen beiden Notizen, mit Ausnahme der l. 5 D. 7, 1. Nießbrauch: z. B. l. 5 cit., l. 50 eod., l. 25 D. 7, 4. Pfandbr.: z. B. l. 3 § 2 D. 20, 4, l. 7 § 4 D. 20, 6.

¹⁰ Vgl. Ed. fr. BZS. XIX S. 287, Brinz I § 131, Eisele ASPra. LXIII S. 29 fg., Kanda Eigenthumstr. § 9⁷. Uebereinstimmend in der Sache auch G. Rümelin die Theilung der Re S. 73 fg., der aber nicht von intellectueller, sondern von „anbefohlener“ Theilung geredet wissen will. Vgl. über diese Schrift Scheurl fr. BZS. XXV S. 525 fg., Ubbelohde Gött. gel. Anzeigen 1883 S. 784 fg., Krasnopolski Grünh. ZS. XII S. 501 fg., und jetzt Rümelin selbst Jahrb. für Dogm. XXVIII S. 386 fg. Keinen Fortschritt kann ich erkennen in dem, was jetzt Scheurl in der Schrift: Theilbarkeit als Eigenschaft von Den, Erlangen 1884, lehrt, daß getheilt seien die Wirkungen des R. Vgl. über diese Schrift Merkel fr. BZS. XXVIII S. 1 fg. Ich selbst habe in früheren Auflagen dem im Text Gesagten den Ausdruck gegeben: getheilt sei zwischen den Mitberechtigten der Werth der Sache, der Antheil beziehe sich auf den Werth der Sache. Dieser Ausdruck ist angenommen worden von Steinlechner das Wesen der iuris communio (I S. 28 fg. 85 fg. II S. 248 fg.), hat aber andererseits vielfache Anfechtungen gefunden, und ich glaube jetzt, man thut besser, ihn aufzugeben; jedenfalls fördert er nicht. (Was ist Werth? Ist Werth die Brauchbarkeit der Sache oder ein Urtheil über ihre Brauchbarkeit? Auch wenn man unter Werth die Brauchbarkeit der Sache versteht, spricht doch das R. dem Berechtigten nicht sowohl einen Antheil an der Brauchbarkeit der

Ueber die Auffassung, daß der Antheil sich auf das Recht beziehe^{10a}, f. Note ¹¹.

[1. Im *§ 88* ist anerkannt, daß man an einem Theil einer Sache, also nicht bloß einer unbeweglichen, Besitz haben kann (865). Genannt sind als Beispiele abgeforderte Wohnräume oder andere Räume, aber dieß begründet keinerlei einschränkende Interpretation. Auch haben die *Not. (III S. 114)* die Anwendung des *Saches* auf bewegliche Sachen zwar als selten, aber doch als möglich angesehen. Hieraus folgt freilich nicht unmittelbar, daß auch dingliche Rechte im Sinne des *BGB.* an einem nur abgegrenzten, nicht körperlich abgetrennten, Theil einer beweglichen Sache möglich wären (vgl. ob. § 138 S. 609). Allein man muß doch sagen, wenn es möglich ist, einen solchen Theil zu besitzen, so steht man nicht ein, warum es nicht auch möglich sein sollte, sein Eigenthümer zu sein, das Eigenthum an ihm durch Uebergabe gemäß § 929 zu übertragen u. f. w.

Sache zu, als vielmehr an dem, was kraft ihrer Brauchbarkeit von ihr genommen werden kann. Vgl. über den Werthbegriff namentlich *Goldschmidt Handelsr. 2. Aufl. II S. 71 fg.*, *Neumann in Schönberg's Handb. d. polit. Oekonomie I S. 156 fg.*) — *Wächter a. a. D. S. 162 fg.* (*Württemb. Privatr. § 43¹², Pand. I § 64*) lehrt (unter Zustimmung von *Unger I S. 416*), bei der intellectuellen Theilung sei allerdings die Sache nicht getheilt, aber sie werde als getheilt gedacht (*Pand.:* „jeder auch der geringste physische Punkt der Sache“). So jetzt auch *Scheurl a. a. D. S. 23 fg.*, der aber hinzufügt, diese gedachte Theilung sei keine Fiction, sondern eine wirkliche Theilung der Wirkungsfähigkeit der Sache, und insofern ihrer selbst. *Sachtheilung* nimmt auch *Göppert fr. PZS. XIV S. 549 an:* die *res communis* sei die gemeinschaftliche Vertkörperung der *Sach-*quoten.

^{10a} Diese Auffassung, die übrigens auch mit der im Vorstehenden bezeichneten verbunden wird, ist immer noch die herrschende. *S. z. B. Rierulff S. 325—328, Böcking I S. 264, Arndts § 58, Wächter und Unger a. a. D., Ed* doppelseitige *Klagen S. 92 fg.* und *fr. PZS. XIX S. 236 fg.*, *Prodlowski r. Privatr. II S. 188 fg.*, *G. Rümelin Theilung der Re S. 25 fg. 73 fg.*, *Kanda Eigenthumsr. § 9 Note 7*, *Scheurl (10)*, *Wendt Faust. S. 118, Pand. § 116, [Bekker I § 92.]* Die Ungetheiltheit des *R.* wird vertheidigt von *Steinlechner* in der in der vorigen Note citirten *Schrift* und *Eisele ACPr. LXIII S. 27 fg.*, v. *Schey Grünh. ZS. VIII S. 131 fg.* Uebereinstimmend auch *Kohler* in *Buchelt's ZS. f. franz. Civl. VIII S. 188.* *Regelsberger Grünh. ZS. III S. 700 fg.* zweifelt, erklärt sich aber *das. VI S. 742 fg.* gegen *Steinlechner*. [Vgl. jetzt denselben *Pand. I § 51, VI bef. 20.* *Hölber S. 151 fg.* steht in der *Gemeinschaft* keinerlei *Theilung.*]

¹¹ Die bezeichnete Auffassung hat die Ausdrucksweise der Quellen für sich. *S. z. B. I. 11 D. 8, 1, 1. 7 § 3 D. 40, 12 (pars domini), 1. 40 § 4 D. 39, 2, 1. 50 pr. D. 30 (portio domini), 1. 7 pr. 1. 37 D. 45, 3 (dominica portio), 1. 49 D. 7, 1 (quadrans ususfructus).* Von der anderen Seite kann ein *R.* jedenfalls in dem Sinne nicht getheilt sein, daß es nur zum Theil besteht. In welchem anderen Sinne soll es denn getheilt sein? Die bezeichnete Ausdrucksweise der Quellen ist in gleicher Weise ungenau, wie die andere, welche den Antheil auf die Sache bezieht. Sie ist aber bequemer, wie jene, und in diesem Sinne nicht zu verwerfen. Näheres § 169a^b.

2. Als theilbar ^(*) sieht das BGB. eine Sache an, wenn sie sich ohne Verminderung ihres Werthes in Theile (und zwar gleichartige, von denen hier die Rede ist, im Gegensatz zu Bestandtheilen) zerlegen läßt (752).

3. Für die intellectuellen Theile hat das BGB. den Ausdruck Bruchtheile angenommen (310. 311. 741. 1008. 2087 fg.) Es sieht im Falle der Gemeinschaft nach Bruchtheilen die Sache als getheilt an. (1095. 1106. 1114.)]

Zubehörungen*.

§ 143.

Zubehörungen (Pertinenzen) sind solche Sachen, welche ohne Bestandtheile einer andern Sache zu sein¹, zu einer andern Sache in einem solchen Verhältniß stehen, daß sie nach der Verkehrsauffassung als in dieser Sache begriffen angesehen werden². Der Begriff der Zubehörung hat seine juristische Bedeutung darin, daß jede rechtliche Verfügung, welche über eine Sache getroffen wird, auch die Zubehörungen derselben ergreift³, [wenn sie nicht deutlich ausgenommen

* Gesterbing Irrthümer der Relehrten S. 300—390 (1818), Funke die Lehre von den Pertinenzen (1827), Göppert über die organischen Erzeugnisse S. 58—80 (1869), Wechmann der Kauf II S. 369 fg., Kierulff S. 330—338, Wächter I § 81, Sintonis I § 427—430, Wächter I § 65, Württemb. Privat. II S. 242—259, Unger I § 53—55, Befeler § 78, Stobbe I § 65, Roth I § 81, Bekker I § 74, Kohler Jahrb. für Dogm. XXVI S. 1—184 (1878), 20. Juristentag. Gutacht. v. Sachenburger III S. 122 fg., Kohler III S. 145 fg., Verhandl. IV S. 138 fg. 423 fg. [Dernburg I § 77, Hölber § 35, Wendt § 34, Regelsberger I. § 102, I. IV—V.]

§ 143. ¹ Dieser negative Theil der Begriffsbestimmung ist bis in die neuere Zeit verkannt worden. Und doch ist das rliche Verhältniß der Bestandtheile ein ganz anderes, viel weiter gehendes, als das der Zubehörungen. Der Bestandtheil folgt in aller und jeder Beziehung dem H. des Ganzen, dessen Bestandtheil er ist, die Zubehörung nur in der im Text genannten. Der Bestandtheil hat (als solcher) für das H. kein selbständiges Dasein, die Zubehörung nur keine selbständige Bedeutung. Wächter I S. 296 fg. (Erörterungen I S. 36 fg., Württemb. Privat. II S. 243—249), Unger I S. 427—444. S. jedoch auch Dernburg I § 77 ¹¹. Kohler a. a. O. S. 24 fg. 30. 45 fg. 67 fg. 111 fg. Cf. XLIV. 164.

² „Quae quasi pars aedium habentur“, l. 13 § 31 D. 19, 1 ^(*). L. 49 D. 19, 1, l. 3 § 1 D. 33, 6, l. 12 § 23. 24 D. 33, 7.

³ L. 13 § 31 D. 19, 1. „Aedibus distractis vel legatis ea esse aedium solemus dicere, quae quasi pars aedium vel propter aedes habentur“. L. 91 § 5 D. 32. Ähnliche Verfügung: auch die durch Gesetz getroffene. Beispiel: gesetzliche Hypothek. Kohler S. 5. 82 fg. — Es versteht sich von selbst, daß die Auslegung in einem gegebenen Fall möglicherweise noch weiter führen kann, so daß außer den Zubehörungen einer Sache noch andere Sachen als in der Verfügung mitumfaßt angesehen werden müssen, vgl. z. B. l. 3 § 1 D. 33, 6, l. 3 § 11. l. 4 D. 33, 9); aber wenn man deswegen, wie namentlich Wächter

werden]. Damit eine Sache als Zubehörung angesehen werden könne, ist erforderlich, daß sie zum bleibenden Dienst einer andern bestimmt⁴, und diese Bestimmung bereits verwirklicht sei⁵; aber nicht Alles, bei welchem diese Voraussetzung zutrifft, ist nach der Verkehrsauffassung Zubehörung⁶. Verbindung ist für den Begriff der

a. a. D. thut, diese Sachen ebenfalls Pertinenzien nennt und sie den „natürlichen“ oder „präsumtiven“ Pertinenzien gegenüber stellt, so ist das verwirrend. Denn der Begriff der Pertinenz hat eben darin seine Bedeutung, daß er bestimmend ist für den Umfang einer Willenserklärung, während in dem genannten Fall umgekehrt der aus anderen Gründen festgestellte Umfang der Willenserklärung bestimmend ist für die Annahme, daß eine Sache als Zubehörung gemeint sei. Vgl. namentlich Unger I §. 447—453. Göppert a. a. D. will Alles auf Willensinterpretation gestellt und demnach die ganze Lehre von den Zubehörungen beseitigt wissen, obgleich doch auch er einen Unterschied macht zwischen der Auslegung einer Verfügung aus andern Gründen und der Bestimmung des Sinns derselben „nach den Gewohnheiten des Verkehrs“, „nach allgemeiner Anschauung im Verkehr“. Dagegen halte ich Göppert's Opposition gegen den gewöhnlich gelehrtens Satz, daß Alles Zubehörung sei, welches einer andern Sache bleibend diene, für gerechtfertigt (*). Bekker a. a. D. §. 311: was nach allgemeinen Interpretationsregeln vom Verfügenden mitgemeint ist. S. auch Hölder §. 163 fg. 170 fg. Dagegen Rohler §. 6. 41. 83. Bekker unterscheidet aber von den Pertinenzien im weitern Sinne die Pertinenzien im engerm Sinne: Sachen, welche im Zweifel als im Eigenthum des Eigenthümers der Hauptsache stehend zu gelten haben; die thatsächlichen Voraussetzungen dieser Pertinenzqualität befriedigend festzustellen, sei aber unthunlich.

⁴ L. 17 § 7 D. 19, 1. „Labeo generaliter scribit, ea, quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, aedificii esse, quae vero ad praesens, non esse aedificii, ut puta fistulae temporis quidem causa positae non sunt aedium, verum tamen si perpetuo positae fuerint, aedium sunt“. L. 26 pr. D. 33, 7, l. 242 § 4 D. 50, 16. Cf. VII. 286, XVIII. 8, XXXIII. 193, Buchta und Budde Entscheidungen des OAG. zu Hofrod V. 23. Wer kann eine Sache zur Pertinenz machen? Rohler §. 69 fg. [Cf. XLVIII. 274.] Lösung des Pertinenzverbandes; das. §. 100 fg. [RG. XXVIII §. 149. XXXIV §. 167 fg.]

⁵ L. 17 § 10. 11 D. 19, 1. „Ea quae ex aedificio detracta sunt, ut reponantur, aedificii sunt; at quae parata sunt, ut imponantur, non sunt aedificii. Pali, qui vineae causa parati sunt, antequam collocentur, fundi non sunt; sed qui exemti sunt hac mento ut collocentur, fundi sunt“. L. 18 § 1 eod., l. 83 § 5 D. 45, 1.

⁶ So ist das Bücherbrett und der Bücherschrank nicht Zubehörung der Bücher, das Futteral nicht Zubehörung des Silbergeschirrs, l. 52 § 3. l. 53 D. 32, vgl. l. 100 § 3 eod. Zubehörung ist eben nicht, was nicht als in einer andern Sache begriffen gilt. Andere Beispiele aus den Quellen sind folgende. Die Gefäße, in welchen Wein oder trockene Verzehrungsgegenstände aufbewahrt werden, sind nicht Zubehörung des Aufbewahrten. L. 3 § 1 D. 33, 6: — „non pars sunt vini vasa“. L. 14 vgl. l. 15 eod., l. 3 § 11. l. 4 D. 33, 9. Statuen sind Zubehörung des Gebäudes, wenn sie zur Architektur gehören, nicht wenn sie: „ornatus . . aedium causa parantur, non quo aedes perficiantur“. L. 245

Zubehörung weder erforderlich noch genügend⁷. Im Uebrigen können nicht bloß unbewegliche Sachen Zubehörungen haben, sondern auch bewegliche⁸, und jene nicht bloß bewegliche, sondern auch unbewegliche⁹.¹⁰

Weiter als der Begriff der Zubehörung ist der Begriff der Nebensache (Accession). Nebensache ist jede Sache, welche zu einer andern Sache in einem Abhängigkeitsverhältnisse steht. Der Begriff ist wegen seiner Unbestimmtheit juristisch unbrauchbar¹⁰.

pr. D. 50, 16, l. 12 § 23 D. 33, 7. Zubehörungen eines Gebäudes sind Schlüssel, Schlösser, Vorfenster und Vorthüren, Holzdecken, welche im Winter auf den Steinboden gelegt werden, Brunnendeckel, Röhren zur Wasserleitung — Zubehörung eines Landgutes Dünger und Streu, Zubehörung eines Weinberges die Rebpfähle. L. 13 § 31 — l. 18 D. 19, 1, l. 242 § 2. 4. l. 245 D. 50, 16. Die Grenze ist hier der Natur der Sache nach eine flüssige und eben nur nach der Verkehrsauffassung zu ziehen. So schließt das r. R. sehr bestimmt das Gutsinventar aus dem Begriff der Zubehörungen aus (l. 1 pr. l. 2 § 1 D. 33, 7, l. 14 D. 33, 10), während in deutschen Particularren häufig das Gegentheil bestimmt ist. Stobbe a. a. O. Nr. V. Köhler S. 12 fg. 117 fg. 147 fg. Maschinen und andere zu einem Gewerbebetriebe dienenden Gegenstände: Cf. VII. 286, XVIII. 207, XXIX. 5. 6 (Bl. f. Anw. zum. in Bayern XXXVII. S. 335 fg. 361 fg.), XXXVI. 256, XXXVII. 89. 286, XL. 178, XLIII. 93 [[XLVII. 181]]. Buchta und Budde Entscheid. des OVG. zu Hofod V. 23, IX. 4. RG. II S. 251, XX S. 208, vgl. IX S. 169 fg. Mobiliar eines Courhauses, Gasthofes: Cf. XLIII. 258 (RG.) RG. XV S. 215. Kirchen, Köhler S. 117 fg. Bergwerke das. S. 178 fg. [[Mühleneinrichtung, Cf. XLV. 73.]]

⁷ L. 17 pr. D. 19, 1. „Fundi nihil est, nisi quod terra se tenet (f. aber auch § 2 eod.), aedium autem multa esse, quae aedibus adfixa non sunt, ignorari non oportet, ut puta seras, claves, claustra. Multa etiam defossa esse, neque tamen fundi aut villae haberi, ut puta vasa vinaria torcularia, quoniam haec instrumenti magis sunt, etiamsi aedificio coharent“. L. 17 § 10. 11. l. 18 § 1 eod., l. 12 § 25 D. 33, 7, l. 83 § 5 D. 45, 1, l. 2 D. 47, 12; l. 245 pr. D. 50, 16. Doch ist die körperliche Verbindung, wengleich nicht entscheidend, doch auch nicht ohne Bedeutung für die Zubehörungsqualität. Vgl. Cf. XVII. 207 und die anderen am Schluß der Note⁶ citirten Erkenntnisse.

⁸ Dieß wird nicht von Allen anerkannt, so nicht von Böcking I § 81⁴; aber es folgt aus der Natur der Sache, und wird durch Stellen wie l. 242 pr. D. 50, 16, l. 44 D. 21, 2, l. 100 § 3 D. 32 nicht widerlegt; vgl. Wächter S. 302 (Wirtt. Privatr. S. 257). Köhler S. 128 fg.

⁹ L. 20 § 1 D. 8, 5, l. 91 § 4. 5 D. 32. Cf. XXII. 214. A. R. Göppert a. a. O. S. 65 fg. Brugi Arch. giur. XXVII p. 57 sg. (tr. BZS. XXX S. 51).

[¹⁰ Pertinenz kann auch eine Sache sein, welche im Eigenthum eines andern als des Eigenthümers der Hauptsache steht. RG. XXVIII S. 148.]

¹⁰ Zu den Nebensachen werden gerechnet außer den Zubehörungen: Früchte, partus ancillae, der im Grundstück gefundene Schatz, alluvio, avulsio, alveus derelictus, insula in flumine nata. Köhler S. 42: Pertinenzien sind keine Nebensachen, sondern Hülfssachen.

[1. Zubehör im Sinne des § 97 sind bewegliche Sachen, welche ohne Bestandtheile der Hauptsache zu sein, deren wirtschaftlichem Zwecke zu dienen bestimmt sind (vgl. zu ⁴) und zu ihr in einem dieser Bestimmungen entsprechenden räumlichen Verhältnisse stehen (vgl. ⁵). Sind aber auch diese Voraussetzungen gegeben, so ist die Sache nicht Zubehör, wenn sie erweislich im Verkehr nicht als Zubehör angesehen wird (§ 97 Abs. 1). Die Zubehöreigenschaft ist ferner dann nicht gegeben, wenn die Benutzung der Sache für den wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache nur eine vorübergehende ist (§ 97 Abs. 2). Die Zubehöreigenschaft wird folgerichtig aufgehoben, wenn entweder die Zweckbestimmung der bisherigen Zubehörsache oder das erforderliche räumliche Verhältniß aufgehoben wird. Die Zubehöreigenschaft bleibt aber nach ausdrücklicher Vorschrift bestehen, wenn die Trennung nur eine vorübergehende ist (§ 97 Abs. 2) und das gleiche wird gelten müssen, wenn das Zubehörstück nur vorübergehend einem fremdartigen Zwecke dienstbar gemacht wird. Die Beschränkung des Zubehörbegriffs auf bewegliche Sachen schließt die Möglichkeit aus, daß ein Grundstück Zubehör eines andern sein könnte; es kann nur dem andern als Bestandtheil zugeschieden werden (ob. § 139 S. 612). Sachen, welche mit einem Grundstück verbunden sind, sind entweder dessen Bestandtheile geworden (a. a. O. S. 611 fg.) oder sie sind bewegliche Sachen im Rechtsinne geblieben und können also auch Zubehör sein. Im § 98 gibt das BGB. einige Vorschriften darüber, welche Sachen bei einem Gebäude und bei einem Landgute dem wirtschaftlichen Zwecke der Hauptsache zu dienen bestimmt sind; das Gesetz erklärt aber diese Sachen nicht für Zubehör, die Frage also, ob das nach § 97 erforderliche räumliche Verhältniß vorliegt, und ob nicht eine die Zubehöreigenschaft ausschließende Thatsache vorhanden ist, bleibt von Fall zu Fall zu prüfen. Das BGB. hat nicht den allgemeinen Satz, daß Verfügungen oder Rechtsätze über die Hauptsache das Zubehör ergreifen, falls sie nicht besonders ausgenommen werden, aber es hat doch in einer Reihe von einzelnen Zusammenhängen sich in diesem Sinne ausgesprochen (314. 498 Abs. 1. 926 Abs. 1 S. 2 1031. 1062. 1096. 1120. 1135. 1265 Abs. 1.)

2. Der Begriff der Nebensache ist auch im BGB. von keiner allgemeinen Bedeutung. Vgl. 470. 651 Abs. 2.]

Organische Erzeugnisse und Früchte*.

§ 144.

Die organischen Erzeugnisse einer Sache sind, so lange sie mit

* Heimbach die Lehre von der Frucht (1843). Wächter I § 66, Württ. Privat. II S. 259—269, Erörter. I. S. Janke das Frucht. des redlichen Besitzers und des Pfandgläubigers (1862) S. 4—19. Göppert über die organischen Erzeugnisse (1869). Zu letzterer Schrift: Hartmann fr. BZS. XI S. 508 fg., Böding I § 79. 80, Sintenis I S. 422—426, Unger I § 56. [Czypcharz Glück 41 42 I S. 389¹. (Die Darstellung S. 389 fg. ist vielfach für den Fruchtbegriff wichtig, obwohl ihm nicht gewidmet). Bekker I § 73. Hölder § 34. Wendt § 35. Regelsberger I § 103. v. Petrazzini die Fruchtverteilung beim Wechsel des Nutzungsberechtigten Berl. 1892. Dazu Leonhard Sav. 3 S. XIV S. 275 fg., Hellmann fr. BZS. XXXVI S.

der Mutter Sache verbunden sind, Theile derselben¹, ein Rechtsverhältniß an ihnen als besonderen Sachen ist nicht möglich². Nach ihrer Trennung sind sie neue Sachen, deren rechtliches Verhältniß durch das an der Mutter Sache stattfindende Rechtsverhältniß naturgemäß beeinflusst³,

- ✓ 75 fg. v. Petrażycki die Lehre vom Einkommen 2 Bde. Berl. 1898. 1895. Dazu Fuchs sächs. Arch. f. RR. u. Pr. V S. 592. 830. Matthiass CBl. f. RW. XIII S. 232 fg. (B. I). Achilles das. XV S. 38 fg. (B. II). Cf Samml. v. Vorträgen über d. E. BGB. §. 1 (Allg. Thl.) S. 32 fg. — Dernburg I § 78 folgt Petrażycki (vgl. ¹².)

§ 144. ¹ L. 44 D. 6, 1. „Fructus pendentes pars fundi videntur“. L. 40 D. 19, 1: — „arborum, quae in fundo continentur, non est separatam corpus a fundo“. L. 25 § 6 D 42, 8, 1. 12 § 11 D. 33, 7. Sie sind Theile im eigentlichen Sinn (§ 142, 1), nicht Bestandtheile (das. 3), weil ein Rechtsverhältniß an ihnen als besonderen Sachen nicht möglich ist. S. die folgende Note.

² S. die Stellen § 188¹. Göppert S. 149 fg. Cf. XIX. 123, XXXII. 207, XXXV. 274, XXXVII. 856, XLII. 10, XLIII. 3 (RG.) (unrichtig das. XVIII. 209). Vgl. § 238^{5a}. — Nähere Ausführung. a) Ein Rechtsverhältniß an ihnen als besonderen Sachen ist nicht möglich. Nicht etwa nur, daß ein solches Rechtsverhältniß sich während der Dauer der Verbindung nicht entfalten und geltend machen kann; sondern es kann nicht entstehen. Beweis hierfür ist, daß nach l. 26 § 1 D. 41, 1 die mit einer fremden Sache organisch verbundene Sache definitiv in das Eigenthum des Eigenthümers der Sache fällt, mit welcher sie verbunden ist, d. h. daß sie nach ihrer Trennung nicht an den früheren Eigenthümer zurückfällt. Kann an einer organisch verbundenen Sache ein entstandenes R. nicht fortbestehen, so kann ein R. an ihr auch nicht entstehen. Nur vereinzelt hat sich in der römischen Jurisprudenz eine entgegengesetzte Auffassung insofern geltend gemacht, als wenigstens nach Einer Meinung dem Sklavenkinde und dem Thierjungen im Mutterleibe das Vitium der Furtivität aufgedrückt werden konnte (l. 26 D. 1, 5, l. 48 § 5 D. 47, 2, andere Meinungen in l. 10 § 2 D. 41, 3, l. 4 § 17 cod.). b) Daraus, daß an ungetrennten Erzeugnissen als besonderen Sachen ein Rechtsverhältniß nicht begründet werden kann, folgt nicht, daß sie nicht als besondere Sachen den Gegenstand von gültigen Kgeschäften und anderen Kacten bilden könnten; sie sind dazu fähig als res futurae. L. 8 D. 18, 1: — „fructus et partus futuri recte emuntur“. L. 15 pr. D. 20, 1. „Et quae nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecae dari possunt, ut fructus pendentes, partus ancillae, fetus pecorum“. Cf. XXXVIII. 18, XLIV. 165. Aber ein gegenwärtiges R. an dem Erzeugniß kann dadurch nicht begründet werden, und daher auch ein R. an dem getrennten Erzeugniß nur unter der Bedingung, daß es durch die Trennung in das Eigenthum des Verleiher's des R. gelangt. R. M. in dieser letzteren Beziehung Göppert S. 234 fg. (vgl. § 230¹⁰), indem er geltend macht, daß die Frucht auch vor ihrer Trennung, wenngleich Theil der Mutter Sache, immerhin existire (S. 158 fg.). Aber sie existirt als besondere Sache nicht für das Recht (lit. a). § 142⁴ steht nicht entgegen, denn dort handelt es sich von ungetrennten Theilen einer Sache, die mit dem Ganzen gleichartig sind.

Wie Göppert auch Parlowa Kgeschäft S. 40. Legislatorisches: Verhandl. des 16. deutsch. Juristentags. I S. 230 fg. (D. Mayer), des 17. II S. 42 fg. (Cf.)

³ Was sich namentlich in dem Satz zeigt, daß Eigenthum an der Mutter Sache Eigenthum an dem Erzeugniß gibt (§ 186³).

aber nicht mit Nothwendigkeit bestimmt ist⁴.

Früchte⁵ sind: a) diejenigen organischen Erzeugnisse einer Sache, in denen der Ertrag derselben sich darstellt, d. h. der Nutzen, welchen die Sache ohne Verringerung ihrer Substanz gewährt⁶ und durch dessen Gewährung ihre wirthschaftliche Bedeutung bestimmt wird⁷; b) die von einer Sache als Ertrag gewährten Sachen auch dann wenn sie nicht zu den organischen Erzeugnissen gehören⁸. c) Im

⁴ Der Ausführung der entgegengesetzten Ansicht ist das Buch von Göppert gewidmet. Nach dieser Ansicht faßt das r. R. das getrennte Erzeugniß nicht als neue Sache, sondern als Substanztheil auf; ist dieß richtig, so ist die Erstreckung des R. der Mutter Sache auf das Erzeugniß logische Consequenz. Vgl. § 226a¹¹ a. E. Doch gibt Göppert selbst zu, daß das r. R. diese Auffassung nicht unbedingt durchgeführt habe (S. 164 fg.), und die gegen ihn sprechenden l. 10 § 2 D. 41, 3 und l. 7 § 3 D. 44, 2 weiß er nur in sehr gezwungener Weise zu beseitigen (in der ersten Stelle sollen die Worte „nec enim esse partum rei furtivae partem“ nur sagen, daß der getrennte partus keine wirkliche pars der Mutter Sache mehr sei, in der zweiten soll Eigenthumsverlust während des Processes und vorherige Abtrennung der zur Zeit des Proceßbeginnes pendenten Früchte zu supponiren sein). Ganz auf der Auffassung des Erzeugnisses als eines Substanztheils beruht die Entscheidung in l. 44 § 2 D. 41, 3; aber diese Entscheidung ist von der späteren Jurisprudenz verworfen worden (l. 4 § 18. l. 33 pr. eod.). — Die Göppert'sche Ansicht ist übrigens nicht neu; sie kann vielmehr als die herrschende bezeichnet werden, namentlich wird sie auch von Savigny Besiß S. 313 (276) vertreten. Vgl. Göppert S. 176 fg. Gegen diese Ansicht und für die hier vertheidigte haben sich ausgesprochen: Scheurl Beiträge I Nr. 11 Bangerow I § 326 Anm. I, Dernburg Pfandr. I S. 445 (Pand. I § 78¹⁴), Bremer fr. WZS. X S. 38 fg. 57, 65, Hartmann a. a. O., Köppen der Fruchtwerb des b. f. possessor S. 3, Höber Pand. I S. 160 fg.; für dieselbe Brinz I § 145 z. A., Czylharz Fortf. von Glück Buch 41 I S. 396 fg. Vgl. noch Thomßen Verhandl. d. 17. deutsch. Juristentags I S. 301 fg. 327.

⁵ Fructus. Die ursprüngliche Bedeutung des Wortes fructus ist: Genuß. In diesem Sinn wird in zahlreichen Stellen der Quellen gefragt, ob etwas in fructu sei, ob es in fructu numeratur, in fructu habetur (vgl. l. 28 D. 22, 1, l. 7 § 13. l. 14 D. 24, 3, l. 48 § 6 D. 47, 2), und wird von fructus „eorum quoque quae usui non fructui sunt“ gesprochen (l. 64 D. 6, 1, vgl. l. 4 § 2. l. 6 § 6 D. 8, 5; l. 4 D. 7, 7). S. noch l. 26 D. 22, 1, l. 49 eod., l. 19 pr. eod. Göppert S. 21 fg.

⁶ Daher sind Bäume eines Grundstücks Frucht desselben nur dann und insoweit, wenn und inwieweit sie nach den Grundfäden einer vernünftigen Wirthschaft geschlagen zu werden bestimmt sind. L. 7 § 12 D. 24, 3, l. 10. 11. 12 pr. D. 7, 1. [Petražycki (*) Einkommen I S. 125 fg.]

⁷ Daher zählt das r. R. die Kinder einer Sclavin nicht zu den Früchten, „quia non temere ancillae eius rei causa comparantur, ut pariant“, l. 27 pr. D. 5, 3. Vgl. l. 68 pr. D. 7, 1, l. 28 § 1 D. 22, 1. Etwas anders Göppert S. 28 fg.; ganz abweichend Böcking I § 79⁶. Aus dem gleichen Grund gehört der auf einem Grundstück gefundene Schatz nicht zu den fructus, l. 7 § 12 D. 24, 3.

⁸ So Steine, Sand, Kreide. L. 77 D. 50, 16. „Frugem pro reditu Bindschaid, Pandekten. 8. Aufl. I. Band.

weiteren Sinn wird auch derjenige Ertrag, welchen nicht die Sache selbst gewährt, sondern welcher von ihr durch Vermittelung eines Rechtsverhältnisses gewonnen wird⁹, zu den Früchten gezählt¹⁰. Man spricht in diesem Fall von juristischen Früchten, im Gegensatz zu den natürlichen^{11, 12}.

[Das § 93. hat den engeren Begriff der Früchte und den weiteren der Nutzungen.

1. Früchte a) einer Sache sind α) deren Erzeugnisse, und zwar ohne jede Einschränkung (99 Abs. 1); es kommt nicht darauf an, ob die Sache zur Gewinnung solcher Erzeugnisse bestimmt ist, und nicht darauf, ob sie nach ordnungsmäßigen wirtschaftlichen Grundsätzen gewonnen werden; β) die sonstige Ausbeute,

appellari, non solum quod ex frumentis vel leguminibus, verum et quod ex vino, silvis caeduis, cretifodinis, lapidicinis capitur“. L. 7 § 13. 14. l. 8 D. 24, 3, l. 9 § 2. 3. l. 13 § 5 D. 7, 1. Allerdings wird durch die Wegnahme dieser Sachen die Substanz des Grundstücks verringert; aber die Verringerung erscheint als keine, weil das Grundstück fortfährt, solche Sachen zu gewähren. Insofern aber dieß möglicherweise auch nicht der Fall sein kann, gehören die „lapides“ nicht nothwendig zu den Früchten. Wenn es in l. 7 § 13 D. 24, 3 heißt: „nec in fructu marmor est, nisi tale est, ut lapis ibi renascatur“, so muß dahin gestellt bleiben, wie das gedacht ist; jedenfalls wird daraus in der Stelle nicht die Consequenz gezogen, daß der Marmor nur unter der bezeichneten Voraussetzung nach dem R. der Frucht behandelt werde, sondern lediglich die Consequenz, daß nur unter dieser Voraussetzung Ersatz für die Anlage des Marmorbruchs begehrt werden könne. S. auch l. 18 pr. D. 23, 5, und vgl. über die verschiedenen Ansichten Schröder ACBra. XLIX S. 246 fg., Göppert S. 24 fg., Gyllharz Dotatr. S. 238⁷, auch Mommsen zu dieser Stelle in der Note I seiner Ausgabe.

⁹ Was „non natura pervenit, sed iure percipitur“ l. 62 pr. D. 6, 1.

¹⁰ So namentlich Miethgelber und Zinsen. L. 38 § 13 D. 22, 1 („fructus praediorum urbanorum“); l. 8 § 2 D. 42, 5. Gewöhnlich aber wird von Miethgelbern und Zinsen gesagt, sie seien nicht eigentlich Früchte, sondern sie würden als Früchte angesehen — pro fructibus accipiuntur, loco sunt fructuum, vicem fructuum obtinent, in fructu numeranda sunt. L. 29 D. 5, 3, l. 19 pr. l. 34 l. 36 D. 22, 1. Ja in l. 121 D. 50, 16 heißt es geradezu: „usura pecuniae quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, i. e. nova obligatione“. Vgl. l. 39 § 1 D. 30, l. 60 [58] § 5 D. 36, 1, l. 11 D. 39, 5, l. 83 pr. D. 32. Zinsen: reditus pecuniae, l. 24 D. 19, 5, l. 30 pr. D. 34, 4. — Die Opposition, welche neuerlich Stammler Nießbrauch an Forderungen S. 61 fg. gegen die hergebrachte Bestimmung des Begriffs der juristischen Früchte erhoben hat, wiederholt doch wohl nur das in der citirten l. 121 D. 50, 16 Gesagte. Hölzer I S. 158 fg.

¹¹ Man sagt: fructus civiles, naturales. Die Ausdrücke civilis und naturalis in diesem Sinne sind quellenmäßig (vgl. § 148¹³), obgleich sie in Verbindung mit fructus nicht vorkommen.

[¹² Eine ganz neue Theorie der Frucht sucht v. Petrażycki (*) zu vertheidigen. Seine Werke enthalten ausgezeichnete Untersuchungen vieler Einzelfragen, und insbesondere ist die Darlegung, inwiefern die Früchte einer Sachgesamtheit

welche aus der Sache ihrer Bestimmung gemäß gewonnen wird (99 Abs. 1). Es ist aber nur erforderlich, daß die Sache überhaupt zur Gewinnung derartiger Ausbeute, wenn auch nicht ausschließlich, bestimmt ist (Ehongrube, Steinbruch), und es kommt wie im vorigen Falle nicht darauf an, ob die Ausbeutung nach wirtschaftlichen Grundsätzen erfolgt. γ) Die Erträge, welche die Sache vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt (99 Abs. 3); z. B. Verpachtung, also die juristischen Früchte im Sinne des gemeinen Rechts, wohl zu unterscheiden von dem Erlös, den die Sache durch ihre Veräußerung gewährt. δ) Als Früchte eines Rechts kommen nur Parallelen zu β und γ in Frage. Früchte eines Rechts sind nämlich (wie β) die Erträge, welche das Recht seiner Bestimmung gemäß gewährt, insbesondere bei einem Recht auf Gewinnung von Bodenbestandtheilen die gewonnenen Bestandtheile (99 Abs. 2). Diese sind dann also einmal Früchte des Grundstücks

sich anders gestalten als die Früchte einer einzelnen Sache, vgl. bes. Einkommen I S. 95 fg., die Betrachtung der Activa und Passiva der Früchte (daf. S. 143 fg.) und der Nachweis der Zusammenfassung der Früchte zur Einheit (fructus als universitas) (daf. S. 200 fg.) hochverdienstlich. Aber die Grundanschauung über den Fruchtbegriff, von welcher Petrażycki ausgeht, kann nicht als richtig anerkannt werden. Nach P. ist das Wesen des Fruchtbegriffs in Verhältnissen der Personen zu den wirtschaftlichen Gütern und unter einander zu suchen (subjective, relative Fruchttheorie), nicht aber in der objectiven Natur der Sachen, oder in objectiven Verhältnissen zwischen den Sachen (absolute, objective Fruchttheorie (S. 12 fg.). Ein und dieselbe Sache kann im Verhältniß zu einer Person Frucht, im Verhältniß zu einer andern Kapital sein, z. B. wenn jemand ein Landgut mit den vorhandenen Früchten zu Nießbrauch bekommt oder bona fide kauft, so sind die vorhandenen Früchte für ihn Kapital (S. 13 fg.). Dieß ist richtig, aber doch ein längst anerkannter Satz. Daß ein Verhältniß zwischen zwei Sachen für den Fruchtbegriff nicht wesentlich ist, lehrt nach P. der Umstand, daß es Früchte von solchen Dingen gibt, die nur abstracte Begriffe sind (fructus poculii, dotis u. s. w.) (S. 31 fg.), daß die Früchte ihrerseits manchmal immaterielle Erscheinungen sind (universitas) (S. 33) und daß bei körperlichen Früchten körperlicher Sachen das Verhältniß zwischen beiden sehr verschiedenartig gestaltet sein kann (Kalb und Kuh, Pflanze und Grundstück [das Grundstück nicht Muttersache, sondern nur Raum und Nahrungsquelle], Jagdthier und Grundstück, abgehende Stücke und Heerde (S. 33 fg.). Aber aus allem dem folgt nicht, daß es aussichtslos wäre, aus diesen verschiedenen Erscheinungen abstrahirend ein allgemeines Verhältniß der Frucht zur Sache zu bestimmen. Der civilrechtliche Fruchtbegriff entspricht nach P. den Merkmalen des Einkommens (S. 41). Einkommen im privatwirtschaftlichen Sinne sind diejenigen Einnahmen, welche ohne Minderung des Stammvermögens erzielt werden, wiederkehren und den Consumtionsfonds bilden, d. h. richtiger (subjectiv) diejenigen, welche der Wirth erzielt, ohne durch seine Handlungen gegen das Postulat der Erhaltung des Kapitals zu verstoßen, diejenigen, deren Wiederkehr in jeder Wirthschaftsperiode er hofft, und über welche hinaus er nicht konsumiren soll (S. 35 fg.). Zu unterscheiden ist dabei das Bruttoeinkommen und das Reineinkommen, d. h. der Gesamtwertb des Bruttoeinkommens vermindert um die Kosten (S. 51 fg.). Die Darstellung der Einkünfte von einzelnen Kapitalstücken, welche der Verfasser S. 78 fg. gibt, zeigt nun aber seiner Grundauffassung zum Trog, wie sehr objectiv gegebene Verhältnisse das Vorliegen der von ihm geforderten Merkmale des Fruchtbegriffs beeinflussen; wie es denn auch von vornherein gar

und andererseits Früchte des Rechts. Früchte des Rechts sind auch (wie γ) die Erträge, welche es vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt. Es kann also zu ganz verwickelten Fruchtbegriffen kommen. Hat ein Nießbraucher eines Grundstücks dasselbe verpachtet, so sind die Früchte desselben zunächst Früchte der Sache, sodann Früchte des Nießbrauchs und bleiben dieß trotz der Verpachtung (581); endlich aber sind sie Früchte des Pachtrechts, und Frucht des Nießbrauchs ist das Pachtgeld. Die engeren Einschränkungen des Fruchtbegriffs, welche das gemeine Recht aufstellt (*), hat das BGB. nicht adoptirt, aber durch Einzelsvorschriften in der Tendenz jener Einschränkungen zu wirken gesucht. (581. 993. 1039. 2133.)

nicht zweifelhaft sein kann, daß die Verhältnisse, in welche sich der Mensch zu wirtschaftlichen Gütern setzen will (s. oben), die Frage zumal, ob er die Wiederkehr eines Gewinnes erhoffen kann, von der natürlichen Beschaffenheit der Sachen sehr wesentlich abhängig ist. So begegnet es dem Verfasser auch, daß er wie jeder Anhänger der objectiven Fruchttheorie ohne alles Subjective und Relative sagt: die *insula in flumine nata*, der consolidirte Nießbrauch sind nicht Frucht (S. 82), andererseits einen langen objectiven Katalog von Früchten aufstellt (S. 85 fg.). Die Verwahrung, welche gegen dieses „Mißverständnis“ S. 126 eingelegt wird, kann m. E. dem Verfasser nichts helfen; denn es macht den Fruchtbegriff nicht zu einem subjectiven, daß die Mehre von der Frucht keinen Boden der Anwendung findet, wenn an einem Grundstück keinerlei Verhältniß besteht. Die Eintheilung der Früchte in *fructus civiles* und *naturales* hält P. für wissenschaftlich völlig werthlos (S. 262 fg.). Er meint, daß diese Eintheilung höchstens für die Lehre vom Fruchtwerb Bedeutung haben könne, leugnet seinerseits aber auch diese Bedeutung. „Es gibt keinen einzigen Satz über den Einkommenserwerb, welcher den *fructus naturales* im Gegensatz zu den *fructus civiles* oder umgekehrt eigen wäre“ (S. 264). Zunächst aber ist es nicht berechtigt, aus der Wissenschaft jeden Begriff zu verbannen, welchem nicht ihm allein eigenthümliche Sätze entsprechen. Wir bedürfen vielfach der Auffstellung auch solcher Begriffe, die uns die Uebersicht über eine Fülle von Erscheinungen ermöglichen oder erleichtern, selbst wenn für die ganze Fülle dieselben Sätze gelten. Ferner aber kann es nicht zweifelhaft sein, daß der Fruchtbegriff seinen Ausgang von den *fructus naturales* genommen hat und erst später auf Zinsen, Miethgeld u. s. w. übertragen ist. Eine Wissenschaft, die wie die unserige mit Recht glaubt, auch in die geschichtliche Entwicklung der Dinge Einsicht gewinnen zu müssen, wird wohl nicht in der Lage sein, wo sie mit ein paar Worten der Gegenüberstellung diese Entwicklung aufklären kann, dieß als wissenschaftlich völlig werthlos über Bord zu werfen. Drittens aber ist praktisch der Gegensatz nicht gleichgültig. Zugabe, daß auf *fructus naturales* und *civiles* die gleichen Sätze der Fruchtlehre Anwendung finden, so bleibt es immer wichtig, zu betonen, daß ein Theil dieser Früchte selbständige Sachen sind, welche als Früchte nur durch die rlichen Beziehungen erscheinen, in welche sie zu einer andern Sache treten (*fructus civiles*), der andere Theil dagegen zunächst Bestandtheil der Hauptsache ist und erst durch Separation selbständige Sache wird (*fructus naturales*). Auf die Früchte der letzteren Art finden außer den Sätzen über die Früchte die Sätze über die Bestandtheile einer Sache Anwendung, auf die der ersteren Art dagegen nicht. Wild und Fische werden freilich nicht durch Separation, sondern durch Occupation erworben (P. S. 264); aber man ist auch nicht gehindert, sie eben deswegen von dem Begriff der *fructus naturales* auszuschließen und dem der *fructus civiles* zu überweisen.]

2. Nutzungen ist der gemeinsame Begriff für Früchte und Gebrauchsvorteile einer Sache oder eines Rechts zusammengenommen (100; vgl. z. B. 292 Abf. 2. 302. 347. 379 Abf. 2. 987 fg.)

3. Für die Fälle, in denen Jemand berechtigt ist die Früchte einer Sache oder eines Rechts bis zu einer bestimmten Zeit oder von einer bestimmten Zeit an zu beziehen, oder die Lasten einer Sache von einer bestimmten Zeit an oder bis zu einer solchen zu tragen hat, geben §§ 101. 103 Auseinanderlegungsvorschriften. § 102 regelt das Abzugsrecht, welches demjenigen, der Früchte herauszugeben hat, wegen der Kosten derselben zusteht.]

II. Rechtsverhältnisse an Sachen.

§ 145.

Die Sachen sind bestimmt, der Befriedigung menschlicher Bedürfnisse und der Erreichung menschlicher Zwecke zu dienen. Die rechtliche Form, in welcher sie dieß thun, ist regelmäßig die, daß für sie der Wille eines bestimmten Individuums oder einer Mehrheit bestimmter Individuen mit Ausschluß aller anderen Individuen maßgebend ist. Erfasst dabei der berechtigte Wille die Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen, so bezeichnen wir das Rechtsverhältniß als Eigenthumsrecht; erfasst er sie nur in dieser oder jener einzelnen Beziehung, so sprechen wir von einem Rechte an fremder Sache. Aber auch schon die bloße thatsächliche Geltendmachung des Willens für die Sache, der Besitz, ist ein Rechtsverhältniß, welches wichtige rechtliche Folgen hat. Vom Besitz, Eigenthumsrecht, Rechten an fremder Sache ist im Folgenden näher zu handeln.

§ 146*.

Das Rechtsverhältniß, welches an Sachen stattfindet, kann aber auch in einer anderen Weise geordnet sein, so, daß für die Sache nicht der Wille eines oder mehrerer bestimmten Individuen ausschließlich maßgebend ist, sondern daß sie dem gemeinen Gebrauche hingegeben sind. Diese Ordnung des Verhältnisses hat ihren Grund theils in der natürlichen Beschaffenheit der Sachen, welche eine andere Art der Verwendung nicht zuläßt, theils in der den Sachen durch

* Zu § 146 und 147 vgl.: Böding I § 69—71, Sintonis I § 40, Wächter I § 60 (Württ. Privatr. II § 44), Unger I § 46, Brinz I § 125—128, Gerber § 62, Beseler § 76, Stobbe I § 64, Roth I § 79, Vetter I § 70. 76—78. [Dernburg I § 69—73, Hölder § 31, Wendt § 31, Regelsberger I § 107—117, Kollath die Geltung der römisch-rlischen Grundsätze über die res extra commercium im heutigen R. Bresl. Diff. 1894.]

menschliche Willkür gegebenen Bestimmung. Es findet dabei aber noch der Unterschied statt, daß entweder nichts vorhanden ist, als die Rechtsregel, nach welcher die Sache zum gemeinen Gebrauche bestimmt ist, oder daß hinter der durch diese Rechtsregel gewährten Gebrauchs- befugniß ein Eigenthumsrecht steht, welches sich geltend macht, sobald jene wegfällt oder soweit sie nicht Platz greift.

Im Einzelnen gehören hierher folgende Sachen.

1. Die uns umgebende Luft. An ihr ist aus natürlichen Gründen eine irgend welche Privatberechtigung nicht möglich¹.

2. Aus natürlichen Gründen ist auch das Meer mit seinen Küsten dem Gebrauche Aller hingegeben². Jedoch sind die im Meere und auf dessen Küsten gemachten Anlagen der Privatberechtigung nicht entzogen³, und was die Küsten des Meeres angeht, so bilden dieselben immerhin einen Theil des Gebietes des betreffenden Staates, und daher ist für die Art und Weise ihrer Benützung die Gesetzgebung dieses Staates maßgebend⁴.

3. In Betreff der auf dem festen Lande befindlichen Gewässer⁵

§ 146. ¹ § 1. 5 I. 2, 1 (- 1. 2 § 1 D. 1, 8).

² Die Küste reicht so weit, wie die höchste Flut steigt, § 3 I. 2, 1, l. 96 pr. l. 112 D. 50, 16.

³ § 1 I. cit., l. 4 pr. D. 1, 8, l. 5 § 1. l. 6 pr. l. 10 D. eod. l. 14 pr. l. 30 § 4 D. 41, 1.

⁴ Dieß erstreckt sich sogar auf die Küstengewässer (den Küstensaum). Vgl. überhaupt Hefster europ. Völkerr. (4. Aufl.) § 73—76a, Bluntschli das moderne Völkerr. der civilisirten Staaten (3. Aufl.) § 302. 309. 310. 322. In den Quellen wird zwar die Meeresküste dem Meere selbst als *res communis omnium* gleichgestellt (§ 1. 5 I. cit.), und als absolut herrenlose Sache bezeichnet (l. 14 pr. D. 41, 1). Aber andererseits heißt es doch, daß zu Anlagen auf der Meeresküste und im Meere obrigkeitliche Erlaubniß erforderlich sei (l. 50 D. 41, 1, l. 3 § 1 D. 43, 8), und in l. 3 pr. eod. wird geradezu gesagt: „*litora, in quae populus Romanus imperium habet, populi Romani esse arbitror*“. Daher kann der Staat auch Sonderberechtigungen an der Meeresküste und dem Küstensaum verleihen. L. 14 D. 47, 10. [Gemeinlich nimmt Staatseigenthum am Meeresufer an: Dernburg I § 69 zu⁹⁻¹⁰. Unterscheidend für r. und heutiges R.: Regelsberger I § 108, 3.] [[S. auch Pampaloni sulla condizione giuridica delle rive del mare in diritto Romano e odierno Boll. dell' istituto di diritto Romano IV p. 197 sg.]]. [Dazu Schneider tr. BZS. XXXVI S. 41 fg.]

⁵ Das „Wasserrecht“ hat eine sehr umfangreiche Literatur. Vgl. Gesterding ACPr. III S. 60 fg. (1822). C. Fr. Günther *quaestionum de iure aquarum spec. I—V* (1826—1830). Funke ACPr. XII S. 274 fg. 432 fg. (1829). Hofmann *Versuche in Bearbeitung des r. R. §. 2* (1831). Kori ACPr. XVIII S. 37 fg. (1835). Ebers *Beiträge zum Wasserr. Themis R. §. I* S. 413 fg., auch besonders abgedruckt (1841). Schwab ACPr. XXX

ist zu unterscheiden zwischen der fließenden Wasservelle als solcher und der Gesamtheit des Gewässers. Jene ist nicht faßbar und daher kein denkbare Gegenstand einer Privatberechtigung⁶, während bei der Gesamtheit des Gewässers eine solche nicht unmöglich ist. Von der andern Seite hat die Natur nicht alle Gewässer dazu bestimmt, der ausschließlichen Herrschaft Eines oder Einzelner unterworfen zu sein; die größeren Gewässer haben die natürliche Bestimmung, dem gemeinen Gebrauche zu dienen. Eine feste Grenze ist hier der Natur der Sache nach schwer zu ziehen, und das römische Recht hat dieß nicht versucht; indem es den Satz aufstellt, daß die Flüsse dem gemeinen Gebrauche unterworfen seien, nicht aber die Bäche⁷, definirt es den Fluß als ein Gewässer, welches sich von dem Bache durch

Beilageh. (1847). Börner das. XXXVIII S. 149 fg. 359 fg. (1855). Ende-
mann das ländliche Wasserr. (turfessisches R. auf Grundlage des gemeinen, 1862).
Heimbach Alexic. XIV S. 86 fg. (1862). Hesse Jahrb. f. Dogm. VII S.
179 fg. (1865). Kappeler der Begriff des öffentlichen Wasserlaufs, entwickelt
aus den Quellen des r. R. (1867). Darüber Berchtold fr. BZS. XIII S.
140 fg. Hesse die Verhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn 2. Aufl. § 45 fg.
(1880). Randa das Eigenthumsr. S. 51 fg. (1884). [2. Aufl. 1893. S. 59 fg.].
S. auch die Lehrbücher des deutschen Privatr.: Eichhorn § 267. 268, Mitter-
maier I § 222—223, Gerber § 61. 63, Beseler § 197 (3. Aufl. § 200),
Bluntschli § 76 fg., Stobbe § 64, Roth Bayr. Civill. III § 282—293.
— Uebersicht über den gegenwärtigen Zustand in Deutschland: Brückner Annalen
des deutschen Reichs. 1877 S. 1—77. Neubauer Zusammenstellung des in
Deutschland geltenden Wasserr., einschließlic des Mühlen-, Flößerei- und Flößgr.,
unter Benützung amtlicher Materialien (1881). S. auch Baron Begriff und Be-
deutung des öffentlichen und privaten Wasserlaufs nach alten und neuen Gesetzen,
ZS. f. vgl. RW. I S. 261 fg. II S. 51 fg. [Randa, das östereich. Wasserr.
3. Aufl. 1891. Dazu Ofner Grünh. ZS. XX S. 226 fg.]

⁶ In diesem Sinne wird in § 1 I. cit. die aqua profluens neben Luft und Meer zu den res omnium communes gerechnet. Vgl. übrigens auch Hesse a. a. D. S. 204 fg., Kappeler S. 43 fg., Brinz I S. 453. 461, Kohler Jahrb. f. Dogm. XVIII S. 179—180. [v. Hippel Ist Diebstahl an fließendem Wasser möglich? Hall. Diff. 1895.]

⁷ Von dem Bache muß dasselbe gelten, was l. 1 § 4 D. 43, 12 von dem flumen privatum (f. ⁹) sagt, daß er „nihil differt a ceteris locis privatis“. L. 1 pr. § 1 eod. Uebrigens ist dieß ein bestrittener Punkt. Vielfach wird behauptet, daß das r. R. alle beständig fließenden Gewässer, die Bäche nicht ausgenommen, dem gemeinen Gebrauche unterwerfe. S. namentlich Börner a. a. D. S. 155 fg., Hesse Jahrb. a. a. D. S. 181 fg., Kappeler S. 84 fg. Randa a. a. D. § 4⁹. S. f. XIV. 201, XVIII. 7, XIX. 118, XXXIV. 92, 267; XXI. 12, XXIII. 207, XXVII. 204. 206. Buchta u. Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock V S. 68. VII S. 223 fg. (= S. f. XXVII. 204). RG. VIII S. 134, XII S. 183, XV S. 184, XXIII S. 147. [[Quelle: S. f. XLVII 186.]] [XLVII. 261. (RG.) Adolf Meyer das R. an der Wasserquelle. Gött. Diff. 1895.]

seine Größe oder durch die Auffassung der Umwohnenden unterscheide⁸. Es fügt aber noch die Beschränkung hinzu, daß Flüsse, welche nicht beständig fließen dem gemeinen Gebrauche nicht unterworfen seien⁹. — Näher bestimmt sich der Gebrauch, welcher von den öffentlichen Gewässern gemacht werden darf, durch die Vorschriften des betreffenden Staates¹⁰. Die Befugniß zur Erlassung derselben ist ein Ausfluß des Hoheitsrechts des Staates, und darf nicht etwa auf ein zu Grunde liegendes Eigenthumsrecht desselben zurückgeführt werden¹¹. Dagegen kommt in Deutschland das s. g. Wasserregal des Staates, insofern durch dasselbe dem Staate ein vorzugsweises Recht auf gewisse Arten der Nützung der öffentlichen Gewässer gewährt wird, in Betracht¹².

⁸ L. 1 § 1 D. 43, 12. „Flumen a rivo magnitudine discernendum est, aut existimatione circumcolentium“.

⁹ L. 1 § 3 eod. „Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non. Publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit (über diesen Begriff § 2 eod.). Haec sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis“. Daher heißt es in l. 4 § 1 D. 1, 8: „flumina paene omnia publica sunt“, welches paene freilich in dem entsprechenden § 2 I. 2, 1 weggelassen ist. — Daß das heutige gem. R. noch weiter gehe, und auch alle nicht schiff- und stößbaren Flüsse aus der Reihe der öffentlichen Gewässer ausschreibe, ist ein oft behaupteter, aber nicht nachgewiesener Satz. Man beruft sich hauptsächlich auf Sachsenp. II. 28 § 4. „Svelk water strames vliit, dat is gemene to varene unde to vischene inne“. Aber abgesehen davon, daß hier sehr wahrscheinlich stehendes Wasser überhaupt im Gegensatz des stehenden gemeint ist (den Gegensatz bildet das „watere an wilder wage“ des § 1 eod., und wilde wage ist nach der Glosse — „het water, dat sie wegitt na deme winde unde anders nicht“), ist nicht abzusehen, wie der Sachsenspiegel einen Satz des heutigen gem. R. darzuthun vermag. Vgl. noch Görlicher Landr. Kap. 94 § 1: „jeglich vlizinde wasser heizet des riches strasse“. S. jedoch auch Beseler § 200², Stobbe § 64³¹. Ebenjowenig kann ein das r. R. abänderndes Gewohnheitsr. nachgewiesen werden. Vgl. noch Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock VII S. 225 [Dernburg I § 73, 1.] — Flußbett: S. XXI. 212.

¹⁰ L. 17 D. 8, 8, l. 2 D. 43, 12, l. 1 § 42 D. 43, 20. [S. L. 75 (RG.)] Es steht natürlich auch im Belieben des Staates, Fremde auszuschließen, oder nur mit Beschränkungen zuzulassen.

¹¹ Gegen die Annahme eines solchen öffentlichen Eigenthumsr. sprechen die Sätze, daß die im Flusse entstandene Insel und daß das verlassene Flußbett den anstoßenden Grundeigenthümern gehören, § 22. 23 I. 2, 1. Vgl. S. XXII. 212, XXX. 114 Nr. I. [S. XLVII. 180.] A. M. Pernice Labes I S. 276 fg., Burcharbi 3S. f. Reichs- und Landesr. I S. 107 fg., Prodlowski Privatr. II S. 51 fg. [Dernburg I § 73⁴.]

¹² So ist das R. der Fischerei in den öffentlichen Gewässern in vielen Staaten Deutschlands Regal. Beseler § 197 (200) Nr. VII, Gerber § 94, Stobbe § 150 Nr. IV. Ueber das s. g. Mühlenregal vgl. Gerber § 63 g. E., Beseler § 197 (200) Nr. VI, Stobbe § 64 a. E. Man pflegt in dem Wasserregal aber auch Befugnisse des Staates zu befaßen, welche lediglich Ausflüsse seines Hoheitsr. sind. Vgl. Gerber a. a. D.

Auch Privatpersonen können an öffentlichen Gewässern ein, den gemeinen Gebrauch nicht ausschließendes, vorzugsweises Nützungsrecht durch Privilegium oder unvordenkliche Verjährung erwerben¹³. So weit die Benützung der öffentlichen Gewässer dieß nöthig macht, können auch ihre Ufer von Jedermann benützt werden; im Uebrigen sind dieselben Gegenstand des Privateigentums¹⁴.

4. Sachen, welche durch menschliche Bestimmung dem gemeinen Gebrauch gewidmet sind, wie Straßen, Wege, Plätze, Brücken, öffentliche Gebäude, Festungswerke *cc.*¹⁵, hören dadurch nicht auf, im Eigenthum des betreffenden Staates oder der betreffenden Gemeinde¹⁶,

¹³ Vgl. die in Note ¹⁰ citirten Stellen und l. 3 § 4 D. 43, 20. Rappeler S. 116 fg. 123 fg. C. f. XX. 203, XXI. 193, XXII. 10. 117, XXIII. 110, XXX. 114 Nr. 3. 4.

¹⁴ L. 5 pr. D. 1, 8, l. 15. l. 30 § 1 D. 41, 1, l. 3 D. 43, 12. Begriff des Ufers: C. f. XXVIII. 7.

¹⁵ Als „*loca quae publico usui destinata sunt*“ sind sie *res publicae*, wie die öffentlichen Flüsse. L. 2 § 2—5 D. 43, 8; über öffentliche Wege insbesondere f. l. 2 § 22. 23 eod. Der gemeine Gebrauch ist nicht notwendigerweise ein allgemeiner Gebrauch, wie sich z. B. bei öffentlichen Gebäuden und Festungswerken zeigt. Dernburg I § 71: gemeiner Gebrauch oder öffentlicher Dienst. [Diese Fassung ist als richtig anzuerkennen.] Vgl. Bitter I S. 334. — Mit dem Ausdruck *res publicae* werden aber auch solche Sachen bezeichnet, welche, ohne dem gemeinen Gebrauch unterworfen zu sein, sich von anderen Sachen nur dadurch unterscheiden, daß ihr Eigenthümer nicht eine Privatperson, sondern der Staat oder eine Gemeinde ist. L. 2 § 4 D. 43, 8. l. 6 pr. l. 72 § 1 D. 18, 1, l. 17 D. 50, 16. Im engeren und ursprünglichen Sinne sind übrigens nur die Sachen des *populus Romanus res publicae*. L. 15 D. 50, 16. „*Bona civitatis abusive publica dicta sunt; sola enim ea publica sunt, quae populi Romani sunt*“. Vgl. l. 16. 17 eod. Ueber die letztere Stelle f. Dernburg (¹⁷) S. 4 Anm. *, und überhaupt Rappeler S. 3—4.

¹⁶ In l. 6 § 1 D. 1, 8 heißt es von den Sachen, „*quae in civitatibus sunt, theatra et stadia et similia, et si qua alia sunt communia civitatum*“, sie seien „*universitatis*“, in keinem anderen Sinne als wie dieß zugleich von dem „*servus communis civitatis*“ gesagt wird, und daß die genannten Sachen den Römern als *res publicae* galten, wenn sie auch in jener Stelle als solche nicht bezeichnet werden, ist unzweifelhaft, § 2 I. 3, 19, l. 83 § 5. l. 137 § 6 D. 45, 1, l. 2 § 3 D. 43, 8. Ferner stützt § 39 I. 2, 1 die Entscheidung, daß der „*in publico loco vel fiscali*“ gefundene Schatz zur Hälfte dem *fiscus* bez. der *civitas* gebühre, auf den Satz, daß der auf fremdem Grund und Boden gefundene Schatz zur Hälfte an den Eigenthümer falle; welches Argument dadurch nicht abgeschwächt wird, daß in l. 3 § 10 D. 49, 14 dem *Fiscus* als solchem ein H. am Schatz zuerkannt wird. Andererseits sagt nun zwar l. 1 pr. D. 1, 8, von den *res publicae*, daß sie „*nullius in bonis esse creduntur*“, und man wird diesen Anspruch mit Rücksicht darauf, daß die Stelle unmittelbar zuvor auch die *res hereditariae* als *res nullius* bezeichnet, nicht von einem Neugnen des Eigenthums gegenüber dem Corporations- oder Staatseigenthum verstehen dürfen,

möglicherweise auch einer Privatperson^{16a}, zu stehen. Dieses Eigenthum tritt hervor, sobald die öffentliche Bestimmung der Sache wegfällt, und auch während ihrer Dauer, soweit sie nicht entgegensteht¹⁷.

Sondern wird zugeben müssen, daß dadurch das Eigenthum an res publicae überhaupt negirt werden soll, so daß, wenn nun die Stelle hinzusetzt: „ipsi us enim universitatis esse creduntur“ darunter eben nur der an diesen Sachen stattfindende Gemeingebrauch verstanden werden darf. Aber diese Ungenauigkeit der Auffassung erklärt sich leicht aus dem großen Umfang, in welchem bei den res publicae der Gemeingebrauch das Eigenthumsr. verdeckt; für die äußere Erscheinung freilich tritt das Eigenthum hinter dem Gemeingebrauch fast vollständig zurück. So ist es auch begreiflich, daß in den Quellen die res publicae dieser Art zu den Sachen, welche bloß deswegen res publicae sind, weil das Subject des Eigenthums der Staat oder eine Gemeinde ist, in Gegensatz gebracht werden. S. die Stellen in Note¹⁸.

^{16a} L. 2 § 22. 23 D. 43, 8. Kappeler S. 12 fg. Wappäus (§ 147) S. 114 fg. A. M. Eisele (¹⁷) S. 30 fg. Vgl. Cf. IX. 135, XVII. 5, XXXIV. 7, XXXVII. 285. Buchta u. Budde Entscheidungen des OAG. zu Moskau V S. 293.

¹⁷ S. § 39 I. 2, 1 (¹⁶). Vgl. auch die Stellen der Note¹⁴. — Nach einer anderen Auffassung sind wenigstens die öffentlichen Sachen des Staates dem Eigenthumsr. ganz und vollständig entzogen; es wird behauptet, daß sie nur dem Hoheitsr. des Staates unterworfen seien. Nach dieser Ansicht fällt auch, was die öffentlichen Staatsfachen noch an Privatnutzung gewähren, z. B. das an den Seiten der öffentlichen Wege wachsende Gras, dem Staate kraft seines Hoheitsr. zu; sie muß ferner annehmen, daß, wenn die öffentliche Sache durch eine Bestimmung des Staates dem gemeinen Gebrauche entzogen wird, durch dieselbe zugleich für den Staat ein Eigenthumsr. erzeugt werde; sie muß endlich auch den Gemeinden an ihren öffentlichen Sachen ein dem Hoheitsr. des Staates entsprechendes öffentliches R. zuschreiben. — Die hier bezeichnete Frage ist in der neueren Zeit mit Lebhaftigkeit verhandelt worden bei Gelegenheit eines Streites zwischen den Cantonen Basel-Stadt und Basel-Land über das durch den Abbruch der Festungswerke der Stadt Basel gewonnene Terrain. In diesem Streite haben Gutachten abgegeben: Keller (zwei), Jhering (ebensfalls zwei), Dornburg; Keller und Jhering gegen, Dornburg für die hier verteidigte Ansicht. Das erste Gutachten Keller's ist gedruckt unter dem Titel: Gutachten die Festungswerke der Stadt Basel nach dem gegenwärtigen Verhältnisse betreffend. Langenthal, Buchdruckerei von Friedrich Herzog, 1861; das zweite Gutachten Keller's findet man in der Schrift (von J. Rüttimann): Nachtrag zu dem Gutachten betreffend die Basler Festungswerke zc. Zürich, Druck von Drell, Füßli und Comp., 1860. Das erste Gutachten Jhering's ist erschienen: Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1862 [vermischte Schr. S. 103 fg.]; das Gutachten Dornburg's: Halle, C. C. W. Pfeffer, 1862. Erwiderung Jhering's: Basel, Bahmaier's Buchdruckerei (C. Schulze), 1862. Jhering hat übrigens von Anfang an das staatliche Hoheitsr. weniger betont, als Keller, und erkennt jetzt an (über den Grund des Besitzschutzes, 2. Aufl. von 1869 S. 151), daß der Anspruch des Staates auf die Nebenerträge der res publicae so wie das im Falle der Verwandlung einer res publica in eine res privata ihm anfallende Eigenthum „über den Gesichtspunkt eines hoheitlichen R. ... hinausreicht und diesem R. einen privatrechtlichen Charakter verleiht“ (womit zu vergleichen ist das zweite Gutachten S. 23). Für das hinter dem R.

So lange die öffentliche Bestimmung der Sache dauert, entscheiden über ihre Benützung die von der competenten Behörde getroffenen Anordnungen¹⁸. Eine mit dem gemeinen Gebrauch verträgliche Bevorzugung Einzelner der Gesamtheit gegenüber ist auch hier nicht ausgeschlossen¹⁹.

Die Handhabung der Ordnung in der Benützung der dem gemeinen Gebrauch hingegebenen Sachen erfolgt entweder auf polizeilichem Wege, oder dadurch, daß gegen den Verlezer ein Privatanspruch gewährt wird. Das Erste gehört nicht in das Privatrecht, von dem Zweiten wird des Näheren im Obligationenrecht die Rede sein²⁰.

[§§. f. § 147.]

des Gemeingebrauchs stehende Eigenthum neuerdings: Wappäus a. a. D. S. 85 fg., Berchtold a. a. D. S. 131 fg., Kappeler a. a. D. S. 4 fg., Bruns in v. Hlg. Encycl. I § 18, Pernice Pabeo I S. 267 fg., Burchardi ZS. f. Reichs- und Landesr. I S. 107 fg. (welcher auch die Flüsse einschließt), Bekker ZS. f. vergl. RW. II S. 35 Band. I S. 335 fg., Prodlowski r. Privatr. II S. 46 fg., Gierke Genossenschaftsr. III S. 55, Wächter I S. 275, Hölder Band. I S. 145 fg. [Dernburg I § 71 zu 7.] Dagegen: Lang Württ. Sachn. § 17². Eisele, über das Verhältniß der res publicae in publico usu nach r. R., akadem. Programm 1873, schreibt dem Staate und der Gemeinde ein „publicistisches Eigenthum“ zu, und will damit ausdrücken, daß den res publicae die Zweckbestimmung zum Gemeingebrauch immanent sei, nicht etwas von Außen Hinzukommendes, sondern etwas durch ihren Begriff Gegebenes. Im Uebrigen erkennt er an, daß dieses publicistische Eigenthum, wo der publicus usus nicht entgegensteht, dem Privateigenthum „gleichwerthig“ sei, daß auch nach Aufhebung des publicus usus sich das publicistische Eigenthum sofort in Privateigenthum für das Subject des bisherigen publicistischen Eigenthums verwandele. Ich weiß nicht, ob nicht dieses „publicistische Eigenthum“ in der Wirklichkeit nichts Anderes ist, als das gewöhnliche Eigenthum, welches die der Sache aufgedrückte Zweckbestimmung zum publicus usus zu respectiren hat. S. auch Hölder fr. VZS. XVI S. 443 fg., Gierke a. a. D. — Das R. des Gemeingebrauchs selbst faßt Thering jetzt Geist des r. R. III zu 471 fg. der Zweck im R. I S. 466 fg. (2. [u. 3.] Aufl.) als eigenes R. des Bürgers auf, nicht als auf Gestattung (Ordnung) des Staates oder der Gemeinde beruhend. Für das r. R. theilt diese Ansicht auch Bruns ZS. f. R.Gesch. III S. 206—208; für das heutige findet er sie „etwas bedenklich“. Dagegen: Neuer Wesen und Arten der Privatverhältnisse S. 131, Eisele a. a. D. S. 17 fg. 27 fg., Brinz I S. 464 fg. Vgl. auch Gierke a. a. D. S. 45 fg.

¹⁸ Namentlich auch über die Zulassung von solchen Personen, welche dem betreffenden Staate und der betreffenden Gemeinde nicht angehören. S. XXIX. 213, XXXIV. 90. 91.

¹⁹ L. 18 § 1 D. 39, 3, l. 2 pr. § 10. 15—17 D. 43, 8, l. 1 pr. D. 43, 9, l. 3 § 4 D. 43, 24. Kappeler S. 116 fg. Bekker Band. I S. 343 unt. S. f. XLII. 194 (R.G.).

²⁰ S. II § 467.

§ 147*.

Die für den gemeinen Gebrauch bestimmten Sachen sind durch diese ihre Bestimmung dem Verkehre entzogen, d. h. es können an ihnen nicht nach den für andere Sachen geltenden Grundsätzen, und im Besonderen nicht in Widerspruch mit dem ihnen aufgedrückten Rechtsverhältniß des gemeinen Gebrauchs, Rechte erworben werden¹. Rechtsgeschäfte auf Leistung einer solchen Sache sind Rechtsgeschäfte auf eine unmögliche Leistung, worüber das Nähere im Obligationenrecht vorgetragen werden wird². Insofern ihre Bestimmung für den gemeinen Gebrauch wegfallen kann, sind sie auch fähig, Verkehrsgegenstände zu werden.

Die Eigenschaft, dem Verkehr entzogen zu sein, ist keine ausschließliche Eigenschaft der für den gemeinen Gebrauch bestimmten Sachen. Sie zeigt sich namentlich auch bei den für den Gottesdienst geweihten Sachen und den Begräbnißplätzen³. Wenn das römische Recht noch weiter ging, und diese Sachen, als aus dem Bereiche menschlichen Rechts ganz ausgeschieden, für unfähig erklärte, im Eigenthum zu stehen³, so gilt dieß für das heutige Recht nicht mehr; nach

* Wappäus zur Lehre von den dem Verkehr entzogenen Sachen nach r. und heutigem R. Göttingen 1867. Darüber Berchtold fr. VJZ. XIII S. 119 fg. Vgl. auch Ehöl Handelsr. I § 205.

§ 147. ¹ L. 34 § 1 D. 18, 1. „Omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit; quas vero natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est“. L. 6 pr. eod., § 2 I. 3, 19, l. 83 § 5. l. 137 § 6 D. 45, 1. In Betreff der Erfügung s. § 182. 183. — Andere (so auch Eisele a. a. D. S. 13 fg.) sehen das Wesen der s. g. res extra commercium darin, daß an ihnen Eigenthum unmöglich sei. Dagegen beweisen die in § 146^{1a} und in diesem § Note ⁶ genannten Stellen und die römische Formel der Interdiction des Verschwenders: „ob eam rem tibi ea re commercioque interdico“ (Paul. sent. III. 4a § 7). Vgl. auch die Definition bei Ulp. XIX. 5: „commercium est emendi vendendique in vicem ius“. Aber freilich, was ein Privatmann nicht erwerben kann, das kann er auch nicht „habere vel possidere vel persequi“ (l. 34 § 1 cit.). Wappäus S. 1—8 stellt den Begriff des extra commercium esse zwar nicht auf den Ausschluß des Eigenthums, aber doch immer auf Abschlus (Ausschluß einzelner Re, Ausschluß der Re einzelner Personen, Ausschluß einzelner Re für einzelne Personen). S. dagegen auch l. 62 D. 41, 1. Vgl. Randa Eigenthum § 3³.

^{1a} S. II § 315.

² Res sacrae und religiosae nach römischer Bezeichnungsweise. [Dernburg I § 70, Regelsberger I § 109.]

³ § 7—9 I. 2, 1, l. 6 § 2. l. 9 D. 1, 8. Diese Unfähigkeit schloß jedoch ein privatives Begräbniß nicht aus. L. 4 D. 11, 8, l. 3 pr. § 9. 10. l. 6 D.

heutigem Recht stehen die geweihten Sachen im Eigenthum der betreffenden Kirchengemeinde, möglicherweise auch im Privateigenthum⁴, die Begräbnisplätze im Eigenthum der betreffenden Kirchen- oder politischen Gemeinde, oder auch im Privateigenthum⁵. Auch andere Sachen können durch besondere factische Verhältnisse oder rechtliche Bestimmungen dem Verkehr entzogen, oder es kann der Verkehr an ihnen mehr oder minder erschwert sein, worüber sich im Allgemeinen nichts Näheres sagen läßt⁶.

47, 12, 1. 4. 6. 8. 13 C. 3, 44, 1. 2 § 2 D. 43, 1. Vgl. 1. 21 C. 1, 2, rubr. C. 7. 38 ne rei dominicae vel templorum vindicatio temporis praescriptione summoveatur. Thering Geist d. r. R. III zu ⁴⁷³ fg. Darüber, daß die res sacrae und religiosae dem Verkehr entzogen sind, s. die in Note¹ genannten Stellen. Zu den res divini iuris zählt das r. R. noch die res sanctae, d. h. die durch eine besondere Sanction gegen Verletzung geschützten Sachen (§ 10 I. 2, 1, 1. 6 § 2. 1. 8. 9 § 3. 4 D. 1, 8). Etwas Entsprechendes haben wir in unseren befriedeten Sachen, deren Begriff aber bloß für das Strafr. Bedeutung hat.

⁴ J. B. Privatkapellen, Kirchenstühle: RÖ. XII S. 136, XVI S. 159. — Schon Justinian gestattete Veräußerung der beweglichen res sacrae zum Zweck der Loskaufung von Gefangenen und der Deckung von Kirchenschulden, § 8 I. 2, 1, 1. 21 C. 1, 2, Nov. 120 c. 10. Vetter Pand. I § 77 Beil. II.

⁵ Walter Kirchenr. § 246. 262 (7. Aufl.), Richter-Dove-Kahl Kirchenr. § 305. Friedberg Kirchenr. § 176. 177. Wappäus S. 49—73. Cf. VI. 140. C. Fadda sul diritto di sepolcro. Fano 1888.

⁶ In l. 1 § 2 D. 20, 3 wird der Begriff der res „cuius commercium non est“, auf die res litigiosa wegen des für dieselbe geltenden Veräußerungsverbotes, in l. 39 § 10 D. 30 auf die zum patrimonium Caesaris gehörigen Sachen, weil ihre Veräußerung einen besonderen Befehl desselben voraussetze, bezogen. Vgl. noch l. 1 C. 1, 10. Eisenbahnen: RÖ. XVIII S. 342. Verbotene Sachen (durch gesetzliche Bestimmung verbotene Sachen), wie z. B. verbotene Waffen, verbotene Bücher sind dem Verkehr in demselben Sinn entzogen, wie die römischen res sacrae und religiosae, d. h. es ist an ihnen ein R. überhaupt unmöglich, vgl. l. 4 § 1 D. 10, 2. Reichsges. 74 69 § 2. 3 (von der Kinderpest ergriffenes Vieh). Reichsges. 37 78 § 10. 12 (ungefesselte Spielarten). [StGB. 40. 41. 42. 152. 295. 360 a. E. 367 a. E., Gef. betr. das Urheber. u. s. w. 11 6 70 § 21. § 25. Alters- u. Invaliditätsversicherungsges. 22, 6 89 § 155, Sprengstoffges. 96 84 § 1 fg. u. a. m. W. E. ist das Verbot des Herstellens, Habens, Feilhaltens u. s. w. von gewissen Sachen oder die Androhung ihrer Einziehung, Unbrauchbarmachung, Vernichtung niemals die Verfassung des Privatlichen und des damit zusammenhängenden straflichen Schutzes in Betreff derselben. So auch Regelsberger I § 111.] Hierhin gehört auch der menschliche Leichnam. Vgl. Wappäus S. 17 fg. 47 fg., Goldschmidt Handelsr. 2. Aufl. II § 60^{3b-4}, [[Fadda-Bensa I p. 612—627.]] Dernburg I § 69⁵⁻⁶, Vetter I S. 331, Hölder S. 144. E. Cramer die Behandlung des menschlichen Leichnams im Civil- und Criminalr. Zürich 1885. [A. Cramer lieber das R. in Bezug auf den menschlichen Körper. Verh. Diff. 1887. Schultheis lieber die Möglichkeit von Privatverhältnissen am menschlichen Leichnam und Theilen desselben. Hall.

[Das BGB. hat allgemeine Vorschriften über Privatrechtsunfähigkeit, Beschränkung der Privatrechtsfähigkeit von Sachen oder Beschränkungen des Verkehrs mit solchen nicht gegeben.

1. Die Motive (III S. 26) sehen es mit Recht als selbstverständlich an, daß solche Gegenstände, welche, wie die atmosphärische Luft, das offene Meer, vermöge ihrer natürlichen Beschaffenheit der thatsächlichen Beherrschung durch menschliche Willkür entzogen sind, nicht Gegenstand von Rechten sein können.

2. Das Wasserrecht ist in vollem Umfange dem Landesrecht überlassen (EG. 65). Unter Wasserrecht versteht man oft nur das Recht der Landgewässer, und es kann also zweifelhaft sein, ob das Recht des Seestrandes unter die Vorschrift des Art. 65 fällt. Verneint man es, so kommt jedoch in Betracht, daß die öffentlich-rechtliche Regulirung des Verkehrs am Seestrande und der Benutzung desselben vom BGB. jedenfalls nicht berührt ist, und daß die Rechte des Staates am Seestrande, soweit sie als Regalien aufzufassen sind, gemäß EG. 73 aufrecht erhalten sind; ferner aber, daß das bisher landesrechtlich begründete Eigenthum des Staates am Seestrande (preuß. WR. II, 15, 80) ein erworbenes Privatrecht an einem bestimmten Grundstück ist, welches das BGB. nicht entzieht. Auf die Landgewässer finden gemäß EG. 63 im Gebiete des gemeinen Rechts die bisherigen Sätze Anwendung. Ein besonderer Satz des Wasserrechts ist es aber nicht, daß die Wassergrundstücke nicht in das Grundbuch eingetragen werden; es bedarf daher einer besonderen landesherrlichen Verordnung gemäß GrbbD. 90, wenn öffentliche Gewässer vom Grundbuch ausgeschlossen werden sollen.

3. Das bisherige Recht der dem öffentlichen Gebrauch oder dem öffentlichen Dienst gewidmeten Objecte ist nicht allgemein aufrecht erhalten. Das Staats- oder Gemeindeeigenthum an solchen Sachen, schon im gemeinen Recht mit Sicherheit zu behaupten, kann vom Standpunkte des BGB. aus gewiß nicht angezweifelt werden. Im Uebrigen bedarf es der Einzelprüfung, um festzustellen, wie weit gemeinrechtliche Sätze auf die fraglichen Sachen noch Anwendung finden. Die gemeinrechtliche Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung in dieselben besteht fort. Denn nach § 15, 4 EG. 3. CPD. bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung gegen den Fiskus, Gemeinden und andere Communalverbände unberührt, und diese Bestimmung ihrerseits bleibt nach EG. 3. BGB. 52

Diff. 1888. Für Eigenthumsunfähigkeit des Reichthums mit Recht Regelsberger I § 110, II. Dernburg a. a. O.² meint, die Eigenthumsunfähigkeit der ungetrennten Theile des lebenden menschlichen Körpers erstreckte sich in gewissem Maße auch auf künstliche Ergänzungen des Körpers und künstliche Gliedmaßen. Hieraus folgert er die Unpfändbarkeit des künstlichen Beines des Invaliden. Diese Unpfändbarkeit ist anzuerkennen, soweit die fraglichen Gegenstände dem Schuldner unentbehrlich sind, bedarf aber insoweit nicht der von D. gegebenen bedenklichen Begründung, sondern kann a minori ad majus aus CPD. 715. 1 gefolgert werden. So auch Regelsberger I § 110 zu², der es nur unterläßt, die Unpfändbarkeit auf die unentbehrlichen Stücke einzuschränken. Unter mehreren künstlichen Beinen, Brillen, Perrücken würde wohl im Zweifel nur ein Exemplar unpfändbar sein. Abgetrennte Stücke des lebenden Körpers sind eigenthumsfähig. Dernburg I § 69 vor², Sölber S. 144, Regelsberger I § 110, I, Fadda-Bensa I p. 610 sg.]

in Kraft. Handelt es sich um eine private mit dem Rechte des Gemeingebrauchs belastete Sache, z. B. um einen Hof mit öffentlicher Durchgangsgerechtigkeit, so hat die Zwangsvollstreckung gegen den Eigenthümer dieses Recht zu respectiren. Von dem Grundbuchzwange können durch landesherrliche Verordnung befreit werden: Grundstücke des Fiscus oder gewisser juristischer Personen (nach Auswahl des Landesrechts) und ohne Beschränkung auf Grundstücke von öffentlicher Zweckbestimmung; ferner die öffentlichen Wege, sowie solche Grundstücke, welche einem dem öffentlichen Verkehr dienenden Bahnunternehmen gewidmet sind, ohne Rücksicht auf die Persönlichkeit des Eigenthümers (GrdbD. 90). Daß im Uebrigen auch Staats- und Gemeinde-Grundstücke, auch wenn sie öffentlichem Zwecke dienen, grundsätzlich dem Rechte des BGB. unterliegen, bestätigt die eben bemerkte Ausnahmevorschrift ebenso wie einige andere (EG. 106. 126). Öffentlichrechtliche Vorschriften über öffentliche Sachen, also insbesondere Regulirungen des Gemeingebrauchs bleiben bestehen, aber der besondere privatrechtliche Schutz solcher Sachen, wie ihn das gemeine Recht kannte, besteht nicht mehr; von den Vorschriften über die Ersetzung und über die Herleitung der Rechte von Nichtberechtigten sind vielmehr auch jene Sachen nicht befreit.

3. In entsprechender Weise bleiben auch die Begräbnißplätze und die dem Gottesdienst geweihten Sachen besonderen Vorschriften insoweit unterworfen, als diese Vorschriften nicht privatrechtlicher Natur sind; privatrechtliche Vorschriften über dieselben dagegen gelten nur fort, sofern sie besonders aufrecht erhalten oder zugelassen sind. So können auch für Grundstücke von Kirchen oder Kirchengemeinden landesherrliche Verordnungen gemäß GrdbD. 90 erlassen werden. Vgl. ferner EG. 133. Soweit das Vermögen einer kirchlichen Corporation von Staatsbehörden verwaltet wird, findet auf dasselbe EG. z. CPD. 15, 4 Anwendung (vgl. ob. 2). Im Uebrigen kann man die Unpfändbarkeit der hier fraglichen beweglichen Objecte nur aus den durch CPD. 715, 6. 10 gebotenen Analogieen verteidigen und von hier aus auch zu der Annahme gelangen, daß untermehr Kirchen und Begräbnißplätze der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen nicht unterliegen, obwohl der in Aussicht genommene § 757 CPD. (Anl. I der Denkschr. z. E. d. Zwangsverf.-Ges.) sie nicht ausnimmt und auch das Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung eine solche Ausnahme nicht enthält. Man stößt aber hier doch auf allerlei Schwierigkeiten. Man wird z. B., wenn auf einem Grundstück eine Hypothek lastet und dann eine Kirche darauf gebaut wird, doch sagen müssen, daß dieß den Rechten des Gläubigers nicht nachtheilig sein kann. Oder wenn zu einem privaten Gute eine Kapelle nebst Kirchengewölbe gehört, so wird die Zwangsvollstreckung in das Gut diese Gegenstände mitumfassen können. Ob der private Eigenthümer dem Gottesdienst geweihter Objecte sie dieser Bestimmung entziehen kann, wird privatrechtlich nur davon abhängen, ob ihm ein Benutzungsrecht Dritter, insbesondere der Kirche entgegensteht. Dieses Recht könnte auch zum Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung führen (CPD. 690).

4. Der Körper des Lebenden und seine Bestandtheile sind im Sinne des BGB. sicher keine Sachen, abgetrennte Stücke des Körpers sind es unbedenklich; ob es der Leichnam ist, kann als durch das BGB. entschieden nicht angesehen werden; der alte Streit wird also wohl fortbauern.

5. Verbotene Sachen betreffend ist auch unter der Herrschaft des BGB. nur zu sagen, daß der Sinn des einzelnen Verbotsgesetzes, der Bestimmung über Einziehung u. f. w. entscheidet (vgl. § 147^o).]

Zweites Kapitel.

Der Besitz^o.

I. Begriff und rechtliche Bedeutung des Besitzes.

A. Sachbesitz.

§ 148.

Eine Sache besitzen heißt, sie thatsächlich in seiner Gewalt haben¹. Diese thatsächliche Gewalt kann eine rechtlich gerechtfertigte

* Dig. 41, 2 de acquirenda vel amittenda possessione. Cod. 7, 32 de acquirenda et retinenda possessione. Das Hauptwerk über diesen Gegenstand, die Grundlage aller späteren Forschungen, ist das von Savigny: das R. des Besitzes, 1. Aufl. 1803, 6. Aufl. 1836, 7. Aufl., herausgegeben von Rudorff mit einem Anhang, 1865. (Im Folgenden citirt: Savigny schlechthin, die Seitenzahlen der 7. Aufl. in Klammern.) Neuere Schriften sind: Bruns das R. des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. 1848. Venz das R. des Besitzes und seine Grundlagen. 1860. (S. über diese Schrift die streng richtende Kritik von Esmarck fr. BZS. IV S. 190 fg.) Randa der Besitz nach österr. R. mit Berücksichtigung des gem. R., des preuß., franz. und ital., des sächs. u. zürich. Gesetzbuchs (1865). 4. Aufl. 1895 (Nach dieser 4. Aufl. wird hier citirt. Ueber die erste Arndts krit. BZS. VIII S. 378 fg. Vgl. auch Grünh. ZS. V S. 720 Note^{*}.) Meißcheider Besitz und Besitzschutz. 1875. 1876. (Der Grundgedanke dieser Schrift ist, daß die Lehre vom Besitz im r. R. einen einheitlichen Ausdruck nicht gefunden habe, und daß die mittelalterliche Entwicklung aus dem Besitz ein R. zum Besitze gemacht habe. Anzeigen dieser Schrift von Randa in der fr. BZS. XVIII S. 321 fg. und in Grünh. ZS. III S. 701 fg., von Scheurl Zeitschrift für Literaturzeit. 1876 Nr. 20, von Pernice ZS. f. RH. XXII S. 415 fg. Ueber und gegen die Anzeigen von Randa Meißcheider fr. BZS. XIX S. 210 fg.) B. v. Liebe der Besitz als R. in thesi. 1876. (Darüber Randa Grünh. ZS. IV S. 368 fg. und fr. BZS. XIX S. 451 fg.) Kinkel die Grundlagen des r. Besitzes. 1883. (Zusammenstellung einer Reihe von Aufsätzen, die seit 1877 in Gruch. Beitr. erschienen sind. Darüber Goldschmidt ZS. f. RH. XXX S. 283 fg., Merkel Mecklenb. ZS. f. RH. u. RW. IV S. 200 fg., Bähr fr. BZS. XXVII S. 171 fg.) Besser das R. des Besitzes bei den Römern. 1880. (Auch Besser wirkt, wie Meißcheider, der römischen Besitzlehre Unfertigkeit vor. Vgl. § 148¹¹. Anzeigen seiner Schrift: Kinkel Gruch. Beiträge XXV S. 497 fg., Brinz fr. BZS. XXIII S. 388 fg., Drukker nieuwe hydragon for rechtsgelcerdheid en wetgeving 1881 p. 365 fg.; gegen Brinz Besser Sav.-ZS. V S. 154 fg.) H. Duncker die Besitzfrage und der Besitz. 1884. (Darüber Bähr fr. BZS. XXVII S. 168 fg.) — Ueber die seltsamen Ansichten, welche Seitz in seinem Aufsatz in Grünh. ZS. VI S. 397 fg. 559 fg. 694 fg. (1879) und in der Schrift: das heutige positive und nationale Besitzr. in seiner Unabhängigkeit von der röm. possessio (1880), vgl. dazu jetzt

Grundlagen der Geschichte der röm. possessio (1884), vertritt f. Meißner v. Grund. Beitr. XXV S. 495 fg., Nyl ZS. f. JH. XXIII S. 388 fg. 416 fg., Drukker a. a. O. p. 365 fg., Bähr fr. BZS. XXVII S. 163 fg. — Noch zu beachten ist der von Buchta verfaßte Artikel Besitz in Weiske's *Revue*, und sogleich hier zu nennen, obgleich sie nur einen Theil der Lehre vom Besitz umfaßt, die geistreiche Schrift von Jhering über den Grund des Besitzeschutzes, 1. Aufl. v. (auch in Jahrb. f. Dogm. IX S. 1 fg.) 1868, 2. Aufl. 1869 (im Folgenden nach beiden Auflagen citirt, die Seitenzahlen der zweiten Auflage in Klammern). Ueber diese Schrift: R. Schmid fr. BZS. XII S. 70 fg. — Strohal *Succession* v. in den Besitz nach r. u. heut. R. 1885. *Rniep Vacua possessio*, 1. Bd. 1885, Graf Pininski der *Thatbestand des Sachbesitzerwerbes*. 1. Bd. 1885. 2. Bd. 1888. [Vgl. § 153².] v. Scheurl zur Lehre vom r. Besitz. (der „weiteren Beitr. z. Bearbeit. des r. R.“ 4. Heft) 1886. [Tartufari della *acquisizione e della perdita del possesso*. Milano vol. I. 1887. vol. II. 1888.] Bähr zur Besitzlehre, Jahrb. f. Dogm. XXVI S. 224—340. 1888. Goldschmidt Studien zum Besitz. 1888. W. Stünzling der Besitz. 1. Th. 1. Buch. 1889. [[Der selbe zur Besitzlehre (1892 vorzugsweise polemisch)]. Jhering der Besitzwille. 1889. Ueber die Schriften von Pininski I und Strohal f. *Regelsberger* *Witt. gel. Anz.* 1885 S. 873 fg., *Ed ZS. f. JH.* XXXII S. 594—602, über die von Strohal, Pininski (I), Rniep, Scheurl, f. Hölder fr. BZS. XXIX S. 414 fg., über die von Rniep und Scheurl *Pfersche Grünh.* ZS. XV S. 278 fg., über die von Strohal, Pininski (I), Scheurl, Bähr *Drukker Rechtsgeleerd magazyn* 1888 p. 541 fg. Ueber die Schrift von Jhering über den Besitzwille f. *Baron* Jahrb. f. Dogm. XXIX S. 192 fg., [XXX S. 197 fg.], *Kunze* zur Besitzlehre, für und wider Rudolf von Jhering, Leipzig 1890, *Ascoli Bull. dell' istituto di diritto romano* II p. 295 s., [dazu Schneider fr. BZS. XXXVI S. 44], *Zoll Grünh.* ZS. XVII S. 697 fg. [Fischer *Sammlung v. Vorträgen über d. E. BGB.* §. III Sachen. S. 21. 22^b (1896)], *Hähn* die herrschende und die Jhering'sche Theorie des Besitzes. *Erk. Diff.* 1896.] Ueber Pininski *Zoll Grünh.* Zeitschr. XVII S. 707 fg. [zu Jhering, *Kunze*, *Stünzling*: *Hölder* fr. BZS. XXXIV S. 219 fg.] *Neuestens* Jhering in dem von Conrad zc. herausgegebenen *Handbuch der Staatswissenschaften* I S. 406 fg., 1890. [abgedruckt Jahrb. f. Dogm. XXXI S. 41 fg. f. auch XXX S. 216.] [[*Bekker* zur Reform des Besitzr. Jahrb. f. Dogm. XXX S. 255—362 (keine Darstellung des r. R., obwohl auf das r. R. Bezug genommen wird, vielmehr Gedanken über die Zukunftsgestaltung des Besitzr. Grundauffassung: was wir Besitz nennen, sind verschiedene Thatbestände, an welche aus Zweckmäßigkeitsgründen rliche Folgen (286 fg. 306 fg.) angeknüpft sind. Wille ist nicht wesentlich erforderlich. Im besonderen nicht bei beweglichen Sachen; hier ist entscheidend der Gewahrsam, d. h. die häusliche Gewalt. Strohal Jahrb. f. Dogm. XXIX S. 336 fg. XXXI S. 1 fg. handelt de lege ferenda entgegen dem E. BGB. Schuppe das R. des Besitzes 1891. Firsch die Principien des Sachbesitzerwerbes und Verlustes nach r. R. (Leipz. 1892)]. [Dazu G. A. Veist fr. BZS. XXXVI S. 182 fg.] [[*Karlowa* r. *Agesch.* II S. 310 fg., gegen Jhering S. 332 fg.¹]]. [Klein *Sachbesitz* und *Erstzünge* Verl. 1891 (dazu *Dertmann Grünh.* ZS. XX S. 189 fg.). *Riccobono* la teoria del possesso nel diritto Romano *Arch. giur.* L p. 227 sg. 1893 (dazu Schneider fr. BZS. XXXVI S. 492 fg.) *Riccobono* *AGPra.* LXXX S. 124 fg. (1893). *Pfersche* österr. *Sachenr.* B. I. Wien 1893. *Saleilles* étude sur les éléments constitutifs de la possession (*Revue Bourguignonne de l'enseignement supérieur* III p. 121

sein oder nicht; für den Begriff des Besitzes ist dieß gleichgültig. In dem wir von Besitz reden, sehen wir von dem Rechte zu besitzen ab ².

Der Besitz, obgleich kein Recht, hat rechtliche Folgen. In dieser Beziehung ist aber zu unterscheiden zwischen den verschiedenen Arten des Besitzes. Es kommt auf den Zustand des Inneren des Besitzenden an. Der Besitzende kann möglicherweise den Willen haben, die Sache für sich zu besitzen; oder er kann die Sache für einen Anderen besitzen wollen, wie z. B. derjenige thut, dem eine Sache geliehen, dem sie vermietet worden ist ^{2a}; oder es ist endlich auch möglich, daß

- *suiv. 697 suiv. (1893). Berta appunti sulla distinzione fra possesso e*
- *detenzione in diritto Romano. Bern. Diss. 1893. Kömpler der Begriff des*
- *Gewahrsams im Civil- und Strafr. Gbtt. Diff. 1894. Vermond théorie*
- *générale de la possession. Paris 1895. Scillamà sistema generale del*
- *possesso vol. I. Genova 1895. Dieses Werk, berechnet auf 5 Bände, deren vor-*
- *liegende erster eine propedeutica und die ontologia del possesso enthält, be-*
- *rücksichtigt in reichem Maße moderne Gesetzgebungen. Für das römische R. habe*
- *ich es nicht fruchtbar finden können.]*

§ 148. ¹ Die deutsche wie die römische Sprache bezeichnen dieses Verhältniß nach einer sehr concreten Auffassung. L. 1 pr. D. 41, 2. „*Possessio appellata est . . . a sedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit . . .*“ Vgl. J. Grimm das Wort des Besitzes. Eine linguistische Abhandlung. Berlin 1850.

² „*Nihil commune habet possessio cum proprietate*“, l. 12 § 1 D. 41, 2. „*Separata esse debet possessio a proprietate*“, l. 1 § 2 D. 43, 17. L. 2 eod., l. 3 § 5. l. 52 pr. D. 41, 2. Es ist eine Unart der Sprache des Lebens, daß sie gern Besitz sagt, wo sie Eigenthum meint; den Anfänger dagegen ausdrücklich zu warnen, erscheint nicht überflüssig. Uebrigens ist auch der Sprache unserer Quellen diese Unart nicht ganz fremd. *Possessio* bezeichnet ihnen auch, was wir Besitzung, *possessor*, was wir Grundbesitzer, Gutsbesitzer nennen, vgl. z. B. l. 78 D. 50, 16, l. 15 D. 2, 8. Auf demselben Zuge beruht die Identificirung der Sache mit dem Eigenthumstr. an der Sache, woraus die Unterscheidung zwischen *res corporales* und *res incorporales* entstanden ist.

[[^{2a} Kunze S. 85 fg. und an den das. angef. DD.: es ist von dem Begriff des Besitzes auszugehen; die Detention setzt Besitz (*suo nomine*) eines Andern voraus.]] [Die Folge dieser Ansicht ist, daß der Detentor stets juristischer Besitzer ist, wenn es an einem andern juristischen Besitzer fehlt. So auch Hölder fr. WZS. XXXIV S. 236 fg., der S. 252 hinzufügt: Der Inhabungswille schließt den Besitzwillen stets eventuell, in Ermangelung besonderer Ausschließungsgründe in sich. Dieser letztere Satz ist aber sicher zu bestreiten und m. E. die Möglichkeit einer Detention ohne dahinterstehenden juristischen Besitzer nicht zu beanstanden, was selbst Jhering Besitzwille S. 425 unbedenklich anerkennt; s. auch Weiß das R. des Finders, Gbtt. Diff. 1891 S. 32; dafür auch Riccobono ACPr. LXXX S. 124 fg., dessen Interpretation von l. 5 pr. D. 10, 4 freilich nicht einwandfrei ist. R. nimmt an, daß Celsus in den Worten: *verum est aut horrearium possidere aut certe ille est qui possit exhibere*, zwei thatsächliche Möglichkeiten unterscheidet, während Celsus m. E. auf zwei rliche Auffassungen hinweist, deren erste zu befolgen er Bedenken trägt; deswegen geht er auf die zweite, für seinen

er gar keinen Willen im Betreff seines Besitzes hat, indem ihm alles Bewußtsein vom Besitze fehlt.

Der Besitz, bei welchem das Bewußtsein des Besitzens und somit aller Wille des Besitzers fehlt, hat rechtliche Folgen nicht; er ist ein dem Rechte gleichgültiges Factum³.

Der Besitz, welcher durch den Willen des Besitzers festgehalten wird, mag dieser Wille auf ein Besitzen für sich oder auf ein Besitzen für einen Andern gerichtet sein, hat diejenige rechtliche Bedeutung, welche einem jeden thatsächlichen Zustande zukommt, der durch die Macht und den Willen einer Person besteht. Insofern nämlich dieser Zustand dem Rechte nicht entspricht, liegt in der Festhaltung desselben eine Rechtsverletzung, die einen Anspruch auf Wiederaufhebung der Verletzung und gegebenen Falls ein Klagerrecht begründet (§ 122). Von der anderen Seite gewährt das thatsächliche Bestehen eines Zustandes demjenigen, welcher ihn mit seinem Willen festhält, den Vortheil, daß er im Prozesse der Beklagte, somit frei vom Beweise ist, und daß er gegen die Klage des Gegners, wie Einreden überhaupt, so namentlich auch einredeweise solche Ansprüche geltend machen kann, durch deren Befriedigung die Durchführbarkeit des gegnerischen Anspruchs rechtlich bedingt ist (i. g. Retentionsrecht). Eigenmacht des Gegners darf er durch Selbstvertheidigung zurückweisen. Alles dieses gilt, wie für thatsächliche Zustände überhaupt, so auch für den Besitz⁴.

praktischen Zweck ausreichende zurück. Immerhin aber sieht man, daß Celsus den Satz, der Detentor sei in Ermangelung eines andern juristischen Besitzers selber im juristischen Besitz, nicht anzuerkennen geneigt ist.]

³ Vgl. Bruns S. 466. 467. Rudorff Anhang Nr. 2. Fhering Besitzwille S. 28. [Saleilles p. 122 suiv. Dernburg I § 174, 1.] [[Einen rerblichen Besitz ohne jeden Willen vertheidigt Bekker Jahrb. f. Dogm. XXX S. 286 fg. 311 fg. vgl. ob.*]] [So schon vor ihm Randa § 1 zu¹¹. Dagegen für das römische, dafür in Bezug auf das preuß. R.: Römpker (*).] [[Schuppe (*) S. 103 fg. 110: bei Sachen, welche sich innerhalb des von mir besessenen Raumes befinden, setzt das R. den Besitzwillen voraus.]] [Vgl. noch 4a.]

⁴ L. 9 D. 6, 1, l. 3 § 15. l. 4. l. 5 pr. § 1 D. 10, 4; § 4 I. 4, 15, l. 5 pr. D. 7, 6, l. 21 D. 22, 3; l. 1 C. 8, 4 (Savigny § 3 Nr. 5). In Betreff der Freiheit des Besitzers von der Beweislast vgl. noch Hedemann Erwerb und Schutz der Servituten (1864) S. 100 fg., und dazu Rudorff Anhang Nr. 9. In Betreff der Selbstvertheidigung: Randa § 6^o. Das R. der Selbstvertheidigung steht dem Besitzer in fremdem Namen auch gegen denjenigen zu, in dessen Namen er besitzt; aber daraus folgt nicht, daß nicht in dem Festhalten der Sache gegen dessen Willen eine Besitzverletzung liegt. Doch sind die Meinungen getheilt. Vgl. Ziebarth die Realexecution und die Obligation S. 10 fg. 124 fg., Bekker R. d. Bes. S. 280 fg., Wendt Faust. S. 176 fg. Auch II § 400¹.

Viel wichtiger sind die rechtlichen Folgen desjenigen Besitzes, welcher der Ausdruck des Willens die Sache für sich zu haben, welcher die thatsächliche Verwirklichung des Willens^{4a} sich die Sache anzueignen ist. Dieser Besitz wird nämlich

1) in gewissem Maße rechtlich geschützt^{4a}. Der Schutz, welchen

^{4a} [In seinem Handexemplar hat Windscheid die Worte thatsächliche Verwirklichung des Willens unterstrichen und dazu Schriftsteller citirt, welche ebenfalls betonen, daß das corpus possessionis als die Verwirklichung des Besitzwillens aufgefaßt werden muß, nämlich] [[Fhering Besitzwille S. 22. 36, Kunze S. 92 fg., Kohler ACPr. LXIX S. 151, Bekker R. d. Ref. S. 160, Firsch]], [welch letzterer allerdings das Verhältniß noch anders ansieht und das corpus poss. nur als eine Voraussetzung der thatsächlichen Gewalt aufsaßt, während das Moment im animus poss. liege (S. 22. 718). Dem thatsächlichen Verhältniß ohne den Willen spricht Windscheid zu³ jede rliche Bedeutung ab. Richtiger wäre es allerdings (Fhering S. 23 fg.), ihm auch den Namen des Besitzes zu verlagern.]

^{4a} Der Grundgedanke den Fhering'schen Schrift über den Besitzwillen ist, daß das r. R. im Princip den Besitz als solchen, gleichgültig ob in eigenem oder in fremdem Namen, geschützt, und nur aus praktischen Gründen in gewissen Fällen den Besitzschutz dem Besitzer entzogen und einem Andern verliehen habe, wodurch dann dieser zum Besitzer im Rinn, jener zum Detentor geworden sei. Was Fhering für diese Ansicht an Quellenbeweis glaubt beibringen zu können, findet sich S. 341 fg. Einigermassen berührt sich mit der Ansicht Fhering's die von Pininski II S. 148—280, indem auch dieser Schriftsteller annimmt, daß der Ausgangspunkt des r. R. gewesen sei, den Besitz als solchen zu schützen, nur daß Pininski die Bedeutung des Gegensatzes zwischen Besitz in fremdem und in eigenem Namen nicht leugnet, sondern nur die Voraussetzung des Besitzes in fremdem Namen abweichend von der herrschenden Ansicht bestimmt (§ 155^{4a}). [Der Grundanschauung Fhering's sind beigetreten: Baron (*), Appleton (6) p. 91 suiv., Berta (*), Vermond (*) p. 88 suiv. Vermond entwickelt aber eine eigenthümliche und m. E. unhaltbare Ansicht darüber, wie juristischer Besitz und Detention sich von einander unterscheiden. Nach ihm ist juristischer Besitzer jeder, welcher die Sache einseitig ergriffen oder tradirt erhalten hat unter Umständen, welche es nicht als unmöglich erscheinen lassen, daß er Eigenthümer ist. (p. 289 suiv. p. 317). Daß der Dieb besitzt (p. 294 suiv.) rechtfertigt Vermond damit, daß der, welcher die Sache wegnimmt, möglicher Weise doch schon vorher Eigenthümer ist; dann aber sieht man nicht ein, warum nicht auch derjenige Besitzer wird, dem die Sache auf Grund Miethvertrages oder zur Leihe übergeben wird; denn die Möglichkeit, daß er Eigenthümer ist, ist keineswegs ausgeschlossen. Gegen Fhering's Grundauffassung erklären sich Kunze, Schuppe, Hölder (*), Firsch (*) bes. S. 688 fg., Karlowa (*), Ed Windscheid und Fhering (1893) S. 30 fg., Dertmann (*) S. 202, Riccobono ACPr. LXXX S. 124 fg., Röppler (*) S. 9, Randa (*) S. 50 fg., Fahn (*), Dernburg I § 172. Obwohl D. sich Fh. nahe fühlt, bleibt er doch dabei, daß in der Regel nur der den Besitzschutz hat, welcher für sich besitzt (s. auch D. § 174, 2), will freilich andererseits den Besitz derer, die ohne diese Absicht als juristische Besitzer anerkannt werden, nicht als etwas Anomales gelten lassen. Scillamà p. 268 sg. trägt die herrschende Lehre vor, ohne sich um Fhering's

Buch über den Besitzwillen zu kümmern. Uebertreibend finden die Theorie Jherings: Ascoli, Schneider (*). Fischer (*), der jedem Versuch, die alte Theorie wieder zu beleben, mit Zuversicht die völlige Erfolglosigkeit prophezeit, sagt doch S. 22^o, daß Jhering vielleicht in der Annahme der Bedeutungslosigkeit des animus rem sibi habendi zu weit geht. Das ist aber gerade der Punkt, auf den es ankommt. S. Riccobono (*) nimmt folgende geschichtliche Entwicklung an: Zuerst wurde jur. Besitz und Detention nach der causa detentionis unterschieden; dann kam die Ansicht auf, welche den animus rem sibi habendi oder rem alii habendi für das unterscheidende Merkmal hielt; diese Ansicht ist die des Justinianischen R., welches aber noch Spuren der älteren Auffassung enthält. Für Pfersche (*) stand die entscheidende Bedeutung des Willens, die Sache als die seinige zu behalten, durch § 309 oest. BGB. fest; er nimmt nur an, daß dieser Wille nicht bewiesen zu werden braucht, sondern sein Fehlen eine vom Gegner zu beweisende Einrede begründet (S. 100 fg. 107. 114). [In Windscheids Papieren finden sich eine Reihe von Blättern mit Aufzeichnungen über die Jhering'sche Theorie. Zur Aufnahme in das Lehrbuch sind sie in der vorliegenden Gestalt nicht bestimmt gewesen, sondern, wie es scheint, zu einem selbständigen Aufsatz. Einige sind Materialiensammlungen, und vereinzelt Bemerkungen. Es liegt aber auch eine zusammenhängende Darstellung vor, die der Verfasser wahrscheinlich noch weiter auszuführen gedachte, die aber auch so, wie sie ist, eine in den Hauptgedanken fertige Kritik der Ansicht Jherings bildet, und die ich hier nicht fehlen lassen zu dürfen glaube. Das Manuscript enthält am Rande einige Citate aus Kunze und Baron. Da jedoch Windscheid die Stellen nicht genau bestimmt hat, wo sie eingefügt werden sollten, so habe ich diese Citate ganz fortgelassen; ebenso einige andere unwesentliche Randbemerkungen und den Eingangssatz, der eine andere Fassung des ersten Satzes dieser Anmerkung enthält. Dagegen habe ich die am Rande stehenden Verweisungen auf Jhering in den Text eingefügt und an einigen Stellen diese Verweisungen ergänzt, auch ein paar offenbare Schreibversehen berichtigt, und die verkürzte Citirweise durchgeführt, die auch sonst in dieser Auflage beobachtet ist. Mit diesen Maßgaben lautet die Handschrift:]

I. Das römische Recht. [Folgt der Eingang inhaltsgleich dem Anfang dieser Note.]

Dagegen: 1. Die Unterscheidung zwischen dem Besitz in eigenem und in fremdem Namen ist vom r. R. jedenfalls für die Erztigung anerkannt. Dieß bedarf keines Beweises. Es kann sich also für den Besitzer in fremdem Namen nur um den Besitzschutz handeln.

2. Die Hauptfälle, in welchen J. ein „Besitzhinderniß“ annimmt (allgem. Gedanke: Rechtlosigkeit des Detentors gegen d. Besitzhervn, S. 43) sind folgende:

a. Der Besitzer ist hausunterworfen (Eclave, Hauskind zc. zc. S. 63. 365). „Besitzer“ ist der Gewalthaber. Grund: es ist unerträglich, daß der Unterworfenen den Besitzschutz gegen den Gewalthaber habe. Frage: warum wird denn dem Unterworfenen der Besitzschutz gegen Dritte entzogen? J. antwortet: weil er dem Gewalthaber gegeben wird. Frage: 1) warum wird er dem Gewalthaber gegeben? J. antwortet: weil er dem Unterworfenen gegenüber geschützt sein muß. Frage: warum wird ihm dann der Besitzschutz gegen Dritte gegeben? 2) Warum wird der Besitzschutz dem Unterworfenen deswegen entzogen, weil er dem Gewalthaber gegeben wird? J. antwortet: weil plures in solidum possidere non possunt (S. 65). Aber dieser Satz ist wahr nur, wenn unter Besitz ein thatsächliches Verhältniß, nicht wenn, wie hier, darunter eine Stellung verstanden wird.

b. Das Abhängigkeitsverhältniß des Pächters und Miethers einer unbeweglichen Sache (Ausgangspunkt d. r. R.: Partialpacht). (§. 117 fg.] S. auch 366 fg.) Es wiederholt sich die Frage: wenn zugegeben wird, daß der Verpächter zc. zc. des Besitzeschutzes gegen den Pächter zc. zc. bedarf, warum wird der Besitzeschutz dem Verpächter zc. zc. auch gegen Dritte gegeben und dem Pächter zc. zc. auch gegen Dritte entzogen?

c. Der Miether einer beweglichen Sache, der Commodatar, Depositär einer bew. S. [§. 129 fg.] Fher. sagt: eigentlich hätten sie den Besitzeschutz haben sollen; aber unmöglich konnte man es bei der Miethe einer bew. S. anders halten, als bei der Miethe einer unbeweglichen, und bei dem Commodat, Depositum einer bew. S. anders als bei der Miethe. Fhering selbst nennt das „Begriffszwang“ [§. 129] und freilich ist es ein Stück Begriffsjurisprudenz, schlimmer als Alles, was J. jemals der heutigen Wissenschaft vorgeworfen hat. Was er ihr vorwirft, hat doch immer zum Inhalt: Ausbeutung eines Begriffs ohne Beachtung, ob zu dem Thatbestande eines Begriffs andere Elemente hinzutreten, welche rliche Beachtung verdienen. Hier aber wird ein Satz, welcher für einen gewissen Thatbestand gerecht ist, auf einen anderen Thatbestand übertragen, bloß deswegen, weil der Satz nun einmal da ist.

d. Besitzwerb in fremdem Interesse (zunächst gleichgültig ob durch Stellvertreter oder Ersatzmann). Wegen des fremden Interesse wird der Besitzeschutz dem Erwerber entzogen und demjenigen, der das Interesse hat, gegeben. Frage: warum denn nicht auch Eigenthum, oder, wenn eine Forderung erworben worden ist, die Forderung? Eine Ausnahme soll aber für den Ersatzmann deswegen gelten, damit er für seine Ersatz-Ansprüche gegen den Geschäftsherrn aus der Geschäftsführung nicht schutzlos sei. S. 380 [fg.]. Aber wie, wenn er keinen Ersatzanspruch hat — er hat geschenkt, es ist ihm das Geld für den Ankauf eingehändigt worden?

3. Es ist festzustellen, daß, wenn J. dem Gewaltunterworfenen zc. zc. den Besitz abpricht und ihn dem Gewalthaber zc. zc. zuspricht, er unter Besitz nicht mehr ein thatsächliches Verhältniß versteht, sondern eine Stellung. Hiergegen soll ein grundsätzlicher Widerspruch nicht erhoben werden. Jede Besitztheorie, von welcher Art sie auch sein mag, muß mit der Thatsache rechnen, daß die Quellen in gegebenen Fällen die Besitzvorthelle gewähren, obgleich der Besitz thatsächlich nicht vorhanden ist, und nicht gewähren, obgleich er vorhanden ist, und daß sie im ersten Falle sagen: es sei Besitz vorhanden, im zweiten: es sei Besitz nicht vorhanden. Befragt werden kann nur, ob sie in diesen Fällen unter Besitz geradezu die Besitzvorthelle verstehen (Vellei), oder ein, obgleich es nicht vorhanden ist, als vorhanden angenommenes thatsächliches Verhältniß. Aber, was J. für sich in Anspruch nimmt, wird er auch seinen Gegnern gewähren müssen.

4. Die Quellen.

a. Paulus trägt die Theorie von der Verschiedenheit des Besitzes je nach der Richtung des Besitzeswillens ausdrücklich vor. Aber er wird derworfen als ein „Fanatiker der Construction“. Fhering S. 366: „Außer bei Paulus . . . ist in den Quellen keine sichere Spur des animus possidendi zu entdecken“.

b. Nun findet sich eben dieselbe Construction bei Celsus, l. 18 pr. D. 41, 2 (S. 212: „mißlungener Constructionsversuch“), Gajus, l. 2 D. 17, 2 (S. 215: „Constructionsversuch“), Ulpian l. 77 D. 6, 1. J. führt diese Stellen selbst an S. 211 fg. 215. Ich füge noch hinzu l. 9 § 9 D. 12, 1, (Ulpian): wenn hier der Depositär „animo coepit possidere“, so muß doch wohl dasjenige, was ihm bisher zum Besitz gehört hat, der animus sein.

c. In l. 47 D. 41, 2 heißt es, daß der Deponent den Besitz verliere, sobald du, der Depositar „tibi possidere neque reddere constitueris“. Der Deponent verliert den Besitz durch die veränderte Willensrichtung des Depositars. Die Stelle ist von Papinian, welcher also der fünfte im Bunde ist. Und in dieser Stelle handelt es sich um mehr als einen Constructionsversuch, es handelt sich um eine sachliche Entscheidung, da ja das Depositum, anders als in l. 9 § 9 D. 12, 1, fortbauert — die Verpflichtung des Depositars hört dadurch nicht auf, daß er sich entschließt, sie nicht zu erfüllen.

d. Die in Kap. XV von Jh. angezogenen Stellen — sein eigentliches Beweismaterial, der Ausgangspunkt seiner Auffassung (Vorrede S. 6).

a. l. 21 D. 41, 1, l. 44 § 4. 7 D. 41, 3. Ein Gewaltfreier, welcher sich irrtümlicher Weise für einen Gewaltunterworfenen hält, oder ein Gewaltunterworfener, welcher rückwärts (durch den Tod des Vaters apud hostes) gewaltfrei wird, ufucupirt, wird Eigentümer durch Tradition, also besitzt. Jh. [S. 343 fg.]: und doch hat er nicht den Willen, für sich zu besitzen. Hiergegen ist zu bemerken:

aa. Die angezogenen Stellen sind ohne alle Beweiskraft, soweit sie von einer Peculiarfrage handeln. Bei einer solchen Sache wird durch den Willen des Inhabers des Peculiums, die Sache für dieses Vermögen („quasi patrimonium“) zu haben, der richtige Besitzwillen hergestellt, weßwegen scientia domini etc. nicht erforderlich ist (l. 44 § 1 D. 41, 2, l. 47 D. 41, 3 (Vehrb. § 175^a, § 176^a).

bb. So weit die Stellen von einer Sache handeln, die keine Peculiarfrage ist, muß gefragt werden, ob die Annahme nothwendig ist, daß der Gewaltunterworfene für den Gewalthaber besitzen wolle. Kann er nicht auch den Willen haben, für sich zu besitzen? Trotz dieses Willens hätte er, wenn er gewaltunterworfen gewesen wäre, nicht besitzen können, weil er nihil suum habere potest und „possessio non tantum corporis sed et iuris est“ (l. 49 § 1 D. 41, 2) — auf welches Hinderniß die citirte l. 44 § 4 D. 41, 3 geradezu hinweist: „quamvis eum se per errorem putet, qui rem ex causa peculiari quaesitam nec possidere possit“.

cc. Zugegeben die Stellen nehmen an, daß der Hausunterworfene für den Gewalthaber besitzen wolle, so liegt hier einer der unter 3 bezeichneten Fälle vor, in denen aus einem „praktischen“ Grunde ein Besitzvortheil (Erfüllungslage) gewährt wird, obgleich der Besitz nicht vorhanden ist. Der praktische Grund ist, daß der Gewaltunterworfene den Willen gehabt haben würde, für sich zu besitzen, wenn er nicht im Irrthum gewesen wäre. Der Satz: plus est in re quam in opinione wird ja auch sonst in Anwendung gebracht.

β. l. 60 § 1 D. 19, 2. Wenn durch den Tod des Pächters das Pachtverhältniß geendigt wird, so dauert dennoch der Besitz des Verpächters in der Person des Erben des Pächters fort. Natürlich: weil der Erbe immer noch für den Verpächter besitzen will. Jh. [S. 347 fg.] nimmt aber an, der Erbe des Pächters habe von dem Pachtverhältniß nichts gewußt und deswegen die Sache für eine eigene des Pächters gehalten. Diese Annahme ist weder nothwendig, noch natürlich. Es ist wenig wahrscheinlich, daß der Pächter ein Pachtgut mit einem Eigenthumsgut verwechselt haben sollte.

γ. l. 21 D. 41, 3. [Jh. S. 346 fg.] Der gutgläubige Besitzer einer fremden Sache, welcher sie dem Eigenthümer vermietet, hört auf zu besitzen, weil der Miethvertrag ungiltig ist. Diese Stelle spricht am Meisten für J. Aber auch hier ist der Ausweg nicht abgeschnitten, daß aus einem „praktischen“ Grund ein

Besitzvorteil nicht gewährt wird, obgleich der Besitz vorhanden ist. Der praktische Grund ist, weil der Miether nicht verpflichtet ist, die Sache herauszugeben, sondern nur irrtümlich glaubt, verpflichtet zu sein.

§. 1. 13 D. 39, 5 [Jh. S. 345 fg.]. Ein gegentheiltiger Wille des Empfängers, der nicht ausgesprochen ist, kommt nicht in Betracht. Indem er der Erklärung des Tradenten nicht widerspricht, eignet er sich dieselbe an.

a. Nemo sibi causam possessionis mutare potest. [Jh. S. 357 fg.] Die Regel will nichts sagen, als daß der Besitzer durch seinen Willen nicht That-sachen schaffen könne, von welchen die Qualität seines Besitzes abhängt.

II. Die heutige juristische Methode. Zugegeben, daß die Unterscheidung von Besitz und Detention je nach der Richtung des Besitzwillens nicht römisch, daß sie eine Erfindung der heutigen Jurisprudenz ist: was folgt daraus für den Vorwurf, welcher ihr gemacht wird, daß sie nur auf die logischen Konsequenzen der Begriffe, nicht auf den „Zweck“ sehe?

Die heutige Jurisprudenz stellt den Satz auf: geschützt wird der Besitz, welcher Verwirklichung des Aneignungswillens ist, ein anderer Besitz wird nicht geschützt. Das ist keine Begriffsreiterei, es ist Geltendmachung eines praktischen Gesichtspunktes.

Die Frage: warum soll der Besitz überhaupt geschützt werden, ist keine müßige, sie ist gar nicht zu umgehen. Hinter dem Possessorium folgt das Petitorium, wer im Possessorium gesiegt hat, kann im Petitorium unterliegen; warum läßt man ihn denn überhaupt siegen, wenn ihm der Sieg nicht definitiv nützt, warum vor die endgiltige Entscheidung eine provisorische vorschieben? Wer sich diese Frage vorlegt, kommt leicht zu dem Resultate, daß legislatorisch aller Besitzschutz verwerflich sei — und, nebenbei gesagt, bin ich in einem gewissen Maße dieser Ansicht; wenn ich die Materie legislatorisch zu ordnen hätte, würde ich im Possessorium petitorische Einreden zulassen, wo dann der Streit um den Besitz zu einem Streit um die Beweisposition werden würde. Aber wenn sich ein positives R. einmal entschließt, den Besitz als solchen zu schützen, hat es alle Veranlassung, sich die Frage vorzulegen, ob es dabei nicht gewisse Grenzen einhalten will. Eine mögliche Grenze ist nun die durch den Aneignungswillen bezeichnete. Man kann ja die Berechtigung dieser Grenzziehung bestreiten, man kann sagen, daß hier einem tatsächlichen Verhältnis eine Bedeutung beigelegt werde, die ihm nicht gebührt, daß es falsch gewerthet sei. Gut, so bestreitet man die Berechtigung eines praktischen Gesichtspunktes; wie das „Begriffsjurisprudenz“ sein soll, ist mir unerfindlich.

Ich weiß nicht, ob ich nöthig habe, die Kategorie Aneignungswille inhaltlich zu rechtfertigen. Jedenfalls ist sie damit nicht widerlegt, daß nachgewiesen wird, (S. 321 fg.) Aneignungswille sei nicht der Wille Eigentum auszuüben — was jedenfalls ich nicht behauptet habe (mein Lehrbuch § 149^b). Das Strafgesetzbuch spricht von „Absicht“, sich die Sache „zuzueignen“.]

[Auch der Herausgeber bekennt sich zu der Ansicht, daß die Grundauffassung Fherings nicht haltbar ist, daß vielmehr, so vielfältig auch aus praktischen Gründen oder in Konsequenz anderer Prinzipien von dem r. R. Ausnahmen aufgestellt sind, doch die grundsätzliche Bedeutung des animus rem sibi habendi anzuerkennen ist. Sie besteht ebendarin, daß derjenige welcher die Sache mit dem Zueignungswillen hat, juristischer Besitzer ist, wofern nicht aus besonderen Gründen ihm der juristische Besitz abgesprochen wird, und daß andererseits derjenige, welcher die Sache mit dem animus rem alii habendi hat, juristischer Besitzer nicht ist, wenn ihm nicht ausnahmsweise juristischer Besitz zugesprochen wird. Es verschlägt nichts, daß der Zueignungswille nicht bewiesen zu werden braucht; denn es gibt ja auch sonst materiellrechtlich wesentliche Dinge (z. B. bona fides bei der

der bezeichnete Besitz im römischen Recht gefunden hat, beruht auf einem doppelten Gesichtspunkt.

a) Eigenmächtige Eingriffe in diesen Besitz erklärt das römische Recht als solche für Unrecht, und gewährt gegen dieselben dem Besitzer einen Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes. Die processualische Form dieses Anspruchs im römischen Recht war die des Interdicts; deswegen spricht man auch von Interdictenschutz⁵

Erkennung, geistige Gesundheit bei Geschäften), die nicht beweisbedürftig sind, sondern deren Gegentheil bewiesen werden muß. Uebrigens dürfte richtig sein (Kunze S. 88 fg. und wie mir scheint auch Fhering selbst S. 177) daß, wenn ein äußerer Zustand bewiesen ist, der sich als Besitz darstellt, (z. B. die Sache befindet sich in meinem Hause) nicht einmal das Habenwollen im Sinne Fherings bewiesen werden muß. Im Uebrigen kann man sich zunächst für die einseitige Besitzergreifung das Erforderniß des Aneignungswillens in keinem Falle nehmen lassen. Wenn Jemand mir heimlich ein Buch wegnimmt, um es zu lesen und dann wieder an seinen Ort zu stellen, so ist er Detentor; nimmt er es, um es für sich zu behalten, so ist er juristischer Besitzer, und es ist in diesen und allen ähnlichen Fällen m. E. ohne die Beachtung der verschiedenen Willensrichtung gar nicht auszukommen. In den Fällen der Uebergabe einer Sache kann man praktisch richtig sagen, es entscheide der juristische Zusammenhang der Uebergabe über die Frage, ob der Empfänger juristischen Besitz erhalte oder Detentor werde. Damit ist aber die grundsätzliche Bedeutung des Zueignungswillens nicht beseitigt, sondern es sind zunächst die Fälle als Ausnahmen auszuscheiden, in denen aus besonderen Rücksichten juristischer Besitz ohne Aneignungswillen anerkannt wird, (unt. § 154) und im Uebrigen kommen einige Sätze in Betracht, welche nicht bloß vom Besitzwillen sondern vom Willen im Re überhaupt gelten. So der Satz (Windscheid ob. I, 4, d, d), daß der Empfänger, welcher nimmt, indem er dem erklärten Willen des Gebers nicht widerspricht, beurtheilt wird, als habe er dieser Erklärung sich angeschlossen, auch wenn er in der Stille anders denkt, ferner der Satz, daß man im Zweifel beurtheilt wird, als habe man den Willen, den vernünftige und redliche Leute unter den obwaltenden Umständen zu haben pflegen; endlich der, daß man nicht Perplexes wollen kann. Wenn der Commodatar, der Miether Detentor wird, so erklärt sich dieß aus dem ersten und zweiten der obigen Hilfsätze; der dritte dient z. B. zur Aufklärung darüber, warum es nicht möglich ist zu vereinbaren, daß der Pächter und Miether trotz Aufrechterhaltung dieser Verhältnisse juristischen Besitz erhalten sollen, was Fhering S. 352 aus l. 10 D. 41, 2 mit Recht ableitet. Diese Entscheidung harmonirt mit der Willensstheorie durchaus: wer als Miether haben will, kann nicht für sich besitzen wollen, wer für sich besitzen will, kann nicht als Miether für den Vermietter haben wollen.]

⁵ Historische Frage: war der Schutz des Besitzes auch die ursprüngliche Function der römischen Interdicta, oder war ihre ursprüngliche Function eine andere? Regelung der Parteirolle im Eigenthumsprocesse? So namentlich Beller S. 92 fg., Bähr S. 240 fg. Schutz des Verhältnisses am ager publicus? Niebuhr röm. Geschichte II S. 168 fg., Savigny § 12a, neuerdings Dernburg Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des r. R. (1883); gegen letzteren Beller Sav.-ZS. V S. 143 fg.; dagegen wieder Dernburg

und Interdictenbesitz. Der Interdictenschutz ist der Ausdruck der Anerkennung der Thatsache als solcher. Der durch den Willen einer Person begründete und festgehaltene thatsächliche Zustand einer Sache soll geachtet werden, bis er durch die vom Staate aufgestellten Organe der Rechtsordnung für dem Rechte nicht entsprechend erklärt worden ist; wer ihm gegenüber seinen Willen durch eigene Macht durchsetzt, begeht, wie sehr auch der Inhalt seines Willens berechtigt sein mag, ein formales Unrecht⁶.

I § 171. Vgl. auch Meißner §. 51 fg. [Für die Entwicklung des Besitzschutzes aus dem Schutz der possessiones agri publici erklärt sich auch Capone Arch. giur. L p. 3 sg. 132 sg. 306 sg. 528 sg. LI p. 158 sg.; vgl. dazu Schneider fr. BZS. XXXV S. 488 fg.] [Pflüger die f. g. Besitzlagen des r. R. — Leipzig, 1890 [dazu Lotmar fr. BZS. XXXIV S. 85 fg.]: die possessoriischen Interdicte (einschließlich der int. recuperandae und adipiscendae poss.) dienen lediglich zum Zweck der Regulirung der Partierollen]. [Pflüger hat dieß aber ACPr. LXXIX S. 435⁷⁴ zurückgenommen und lehrt nur noch, daß dieser Zweck bei den interd. retinendae possessionis vorkomme. Auch für diese befreitet solchen Zweck Ubbelohde Interdicte V, 1 S. 625 fg. — Klein (*) S. 86 fg. nimmt für das interdictum uti possidetis vier Perioden der Entwicklung an. I. Durchführung der Vindicirertheilung im Legislationenproceß (S. 91 fg.; genauere Bestimmung S. 94), II. Schutz des Besitzes während des Eigenthumsstreites, losgelöst von einer Vindicirertheilung (S. 100 fg.), III. außerprocessuales Besitzschutzmittel, d. h. unabhängig vom Eigenthumsstreit, jedoch ohne Beseitigung der Function II (S. 112 fg.), IV. Zuerkennung der Beklagtenrolle für die Zwecke der inzwischen aufgetretenen einseitigen Vindicirertheilung, jedoch ohne Verdrängung der Functionen II. III (S. 122 fg.). Dieselben vier Phasen hat auch das interd. utrubi, fraglich nur ob die III. auch hier die Brücke von der II. zur IV. bildet (S. 134 fg.). Gegen den Ausgang von der Vindicirertheilung f. Dertmann (*) S. 203, Ubbelohde a. a. O. S. 627 fg.]

⁶ Für die Beantwortung der weiteren Frage, welches der Grund sei, aus welchem das r. R. der Thatsache des Besitzes als solcher Anerkennung gewährt habe, bieten unsere Quellen keinen Anhalt, und es ist nicht gestattet, dasjenige was wir als Grund des dem Besitze gebührenden Schutzes zu erkennen glauben, in das r. R. hineinzutragen. Diesen Standpunkt macht mit Energie Bekker R. des Besitzes geltend (vgl. fr. BZS. XVIII S. 20 fg., Aktionen II S. 328. 329, f. übrigens auch Meißner §. 51 fg.), und ich erkenne die Berechtigung desselben bereitwillig an. Deswegen habe ich den in früheren Auflagen enthaltenen Bericht über die zahlreichen Ansichten, welche in Betreff des philosophischen Grundes des Besitzschutzes aufgestellt worden sind, gestrichen, indem ich auf die Uebersichten bei Savigny S. 46 (60) fg., Rudorff Anhang Nr. 19, Randa § 8, Jhering Besitzschutz S. 4 fg., Meißner § 29 fg., Kinkel S. 199, [Dernburg I § 170, Capone Arch. giur. L p. 9 sg., Appleton (f. u.) p. 17 suiv.] verweise, und nur hervorhebe, daß unter diesen Ansichten diejenige im Vordergrund steht, welche, im Einzelnen in verschiedenen Wendungen, den Grund des Schutzes des Besitzes in der Bedeutung sieht, welche dem Willen als solchem zukomme. [So auch Hirsch S. 27. 37 fg.] Dagegen Scheurl S.

33 fg. — Nicht übergangen werden darf die von Ihering a. a. O. aufgestellte Ansicht; dieselbe bezieht sich aber, wie der Verf. jetzt ausdrücklich erklärt (Scherz und Ernst in der Jurisprudenz S. 323) nicht auf den philosophischen Grund des Schutzes des Besitzes, sondern auf den Grund des Schutzes des Besitzes im r. R. Nach dieser Ansicht wird der Besitz nicht um seiner selbst willen geschützt, sondern um des (weniger möglicher als wahrscheinlicher Weise, vgl. a. a. O. S. 25 fg. 45 fg.) hinter ihm stehenden Eigenthums willen: „der Schutz des Besitzes . . . ist eine nothwendige Vervollständigung und Ergänzung des Eigenthumschutzes, eine dem Eigenthümer zugeachtete Beweiserleichterung, die aber nothwendigerweise auch dem Nichteigenthümer zu Gute kommt“. Hiergegen: a) Wenn der Besitz um des Eigenthums willen geschützt wird, so kann er nicht gegen das Eigenthum geschützt werden: nun aber ist es, wie auch Ihering selbst anerkennt, der Fundamentalsatz der Besitzeschutzlehre, daß im Possessorium petitorische Einreden ausgeschlossen sind, selbst wenn sie sofort liquid sind. Das r. R. gestattet den Gegenbeweis des Eigenthums sogar gegenüber dem redlichen Besitz, um wie viel mehr hätte es ihn dem bloßen Besitz gegenüber gestatten müssen, wenn es den Schutz desselben als Mittel des Eigenthumschutzes angesehen hätte. [Hirsch S. 7 fg., Ed (**) S. 30]. b) Geschützt wird nicht der Besitz als solcher, sondern nur der in gewisser Weise gestörte und verletzte Besitz: die Ihering'sche Beweiserleichterung kommt nicht dem Besitzer als solchem, sondern nur demjenigen Besitzer zu Gute, in dessen Besitz wider seinen Willen eingegriffen worden ist — sie hat ihren Grund in dem gegen den Besitzer verübten Unrecht. Vgl. S. 93. 106. 110. 111. 113. 126. 131. 132. Ihering hat also, wie mir scheint, dem Besitzeschutz mehr einen andern Ausdruck, als einen neuen Grund gegeben. Für Ihering haben sich ausgesprochen: Hauser in seiner Schrift über die Stellvertretung im Besitze S. 7. 8. 13 fg. und 3 S. f. Reichs- und Landestr. I S. 37 fg., Reuling 3 S. f. 5 R. XIII S. 320 fg., f. auch Lang Württemb. Sachnr. § 9¹ [Vermond (*) p. 16 suiv.]; gegen ihn: Schmid a. a. O., Arndts 7. Aufl. § 135², Dernburg Preuß. Privatr. I § 156. [[Pand. I § 170 zu 6 fg.]] [Daf. zu 10: „Die Unantastbarkeit unserer thatsächlichen Vermögensstellung ist eine der Bedingungen des geordneten Zusammenlebens.“] Bruns in v. Holtz. Encycl. I § 31 und in seiner Schrift über die „Besitzlagen des r. und heutigen R.“ (Weimar 1874) S. 274 fg., Bekker Aktionen II S. 329, Meißner S. 47. 48, Randa S. 78 fg., Brinz 2. Aufl. I S. 729 fg., Wächter II S. 45 fg. Neuerdings wird die Ihering'sche Auffassung wieder im Wesentlichen (nur mit Ausdehnung auf den Abesitz) vertreten in folgendem Werke: La posesion, apuntes et fragmentes de una nueva teoria posesoria. Por Ramon de Dalmau et de Olivart, Marqués de Olivart. Barcelona 1884. Dieses Werk, welches nach des Verf. Absicht die philosophische Einleitung zu einer Darstellung des Besitzesr. aller Zeiten und aller Völker sein soll, gereicht der spanischen Wissenschaft zur Ehre. Vertheidigung Ihering's gegen den oben bei a geltend gemachten Grund: Besitzwille S. 430¹. Vermittelnd Scheurl S. 30 fg. [[Kunze S. 105 fg.: Proceß- und Usucapionswerth des Besitzes, Schutz des öffentlichen Friedens]] [als zusammenwirkende Elemente für die Schöpfung des Besitzschutzes]. [[Schuppe: das R. schützt die Thatfache, es erwartet den Beweis eines besseren R. des Andern]] [vgl. bef. S. 25 fg. — J. Appleton essai sur le fondement de la protection possessoire (Paris 1892 [thèse von Lyon]) bef. p. 90 suiv.: der Besitzschutz ist durch verschiedenartige Aequitäts- und Utilitätsgründe ins Leben gerufen; in den interdicta retinendae poss. überwiegt die Idee einer Beweiserleichterung für den Eigenthümer, bei den interdicta recuperandae

b. Der Besitz, obgleich nur Thatsache, hat doch für den Besitzer Werth. Unter diesem Gesichtspunkt hat das römische Recht auf den bezeichneten Besitz die Grundsätze von der ungerechtfertigten Bereicherung angewendet (II § 421 fg.); an wen ein fremder Besitz ohne rechtfertigenden Grund gelangt ist, der muß ihn dem früheren Besitzer zurückerstatten⁷.

2. Der bezeichnete Besitz führt unter gewissen Voraussetzungen, im Allgemeinen wenn er redlich und gerechtfertigt ist, durch seine Fortsetzung zum Eigenthum; seine Dauer verwandelt die Thatsache in Recht⁸.

3. Unter anderen Voraussetzungen gewährt der bezeichnete Besitz Eigenthum sofort. Dieß ist dann der Fall, wenn die in Besitz genommene Sache eine herrenlose war, oder der bisherige Eigenthümer Eigenthum und Besitz an derselben zu dem Ende aufgegeben hat, damit der neue Erwerber sie als eigene habe⁹.

Bei dieser weitaus überwiegenden Wichtigkeit der rechtlichen Folgen, welche an den mit dem Aneignungswillen verbundenen Besitz geknüpft sind, ist es erklärlich, daß dieser Besitz in der Rechtsprache Besitz schlechtthin genannt wird¹⁰. Zur Unterscheidung beider Arten des Besitzes, des Besitzes mit und des Besitzes ohne Aneignungswillen, dienen die Ausdrücke: juristischer und natürlicher Besitz. Der natürliche Besitz heißt auch Inhabung, Detention.

Der Ausdruck Besitz hat aber noch einen anderen, noch juristischeren Sinn. Es kommt nämlich vor, daß obgleich in einem gegebenen Fall das thatsächliche Haben oder der Aneignungswille nicht vorhanden ist, das Recht die an den juristischen Besitz angeknüpften Vortheile dennoch gewährt. Dann wird im juristischen Sprachgebrauche nicht gesagt, es seien die Besitzesvortheile ohne den Besitz

poss. die Idee der Ausgleichung eines Delicts. Korniger Grünh. 3S. XXII (1895) S. 625 fg.: der Besitzschutz eingeführt als eine „Anfechtungsnorm“ (S. 637 fg.) zur Lösung der Collision zweier (problematischer) Eigenthumsrechte (S. 645 fg.).]

⁷ Das Nähere in § 161.

⁸ Durch Fortsetzung des Besitzes wird die Sache er-fessen, usu-capitur. — Die Publicianische Klage und die bevorzugte Stellung gegenüber den Früchten der Sache setzen nicht redlichen Besitz, sondern nur redlichen Erwerb voraus. S. § 166.

⁹ Savigny (S. 12 [33. 34]), welchem die Meisten folgen, will den Eigenthumserwerb durch Occupation und Tradition unter den Wirkungen des Besitzes nicht mit aufgezählt wissen, weil der Grund des Eigenthums hier nicht „der Besitz

vorhanden, sondern geradezu, es sei Besitz vorhanden. Man hat also dann einen juristischen Besitz, welcher kein wirklicher Besitz ist. In gleicher Weise wird, wenn, wie das ebenfalls vorkommt, in einem gegebenen Fall die Besitzesvorteile nicht gewährt werden, obgleich juristischer Besitz in dem vorher angegebenen Sinn vorhanden ist, im juristischen Sprachgebrauch nicht gesagt, es sei zwar Besitz vorhanden, aber ohne Besitzesvorteile, sondern geradezu, es sei kein Besitz vorhanden. Man hat also dann einen Besitz, der in dem einen Sinn ein juristischer Besitz ist, in dem andern Sinn nicht¹¹⁻¹².

[§§§. f. nach § 155.]

als eigener, dauernder Zustand“ sei. Das ist gewiß richtig; aber deswegen ist es doch nicht weniger der Besitz, welcher Eigenthum wirkt, freilich in Verbindung mit Anderem — aber das ist auch bei der Erfindung der Fall. Und auch was den Besitzeschutz angeht, s. § 150, 3 a. E.

¹⁰ L. 18 pr. D. 41, 2: — „nec idem est possidere et alieno nomine possidere; nam possidet, cuius nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium“.

¹¹ Diese rliche Beimischung des Begriffs des Besitzes wird in den Quellen sehr bestimmt anerkannt. Wenn es auf der einen Seite heißt, der Besitz sei eine „res facti“, „plurimum facti habet“, und daraus die Unanwendbarkeit von Bestimmungen hergeleitet wird, welche bloß das Rliche zum Gegenstand haben (l. 1 § 3. 4 D. 41, 2, l. 19 D. 4, 6), so wird auf der andern Seite gesagt: „non tantum corporis sed et iuris est“, „plurimum ex iure mutuatur“, und es wird damit umgekehrt die Anwendbarkeit solcher Bestimmungen gerechtfertigt (l. 49 pr. § 1 D. 41, 2). Daß auch l. 10 C. 7, 32 hierher zu beziehen sei, ist wenig wahrscheinlich. Vgl. Savigny S. 154. 210 (141. 193), Böding § 126¹. — Es kommt auch vor, daß bei nicht vorhandenem Besitze die Besitzesvorteile nur theilweise gewährt, daß sie bei vorhandenem nur theilweise abgesprochen werden. Dann wird gesagt, der Besitz sei in dieser oder jener Beziehung vorhanden oder nicht vorhanden. Vgl. l. 1 § 15 D. 41, 2, l. 16 D. 41, 3. — Veller R. des Besitzes (s. namentlich S. 333) macht aus der im Text bezeichneten Ausdrucksweise den römischen Juristen einen schweren Vorwurf. Ich halte denselben nicht für gerechtfertigt. Veller geht davon aus, possessio bezeichne in unseren Quellen bald die thatsächliche Voraussetzung der Rfolge, bald die Rfolge selbst. Das ist nicht meine Ansicht. Nach meiner Ansicht bezeichnet possessio immer ein thatsächliches Verhältniß, nur bald ein wirklich vorhandenes, bald ein als vorhanden angenommenes. Indem die römischen Juristen in den im Text bezeichneten Fällen nicht von Rfolgen des Besitzes, sondern von Besitz sprachen, erzielten sie eine Einheitlichkeit und Bequemlichkeit der Terminologie, die, wenn sie gefehlt hätte, schwer vermißt worden sein würde. Wenn Veller noch weiter geht und behauptet, daß die römischen Juristen nicht bloß im Ausdruck nicht unterscheiden, sondern auch die Begriffe selbst durcheinandergeworfen hätten, so hat er dafür nicht den Beweis erbracht. Wichtig ist allerdings, daß sich ein Princip nicht erkennen läßt, nach welchem im r. R. der Besitz als vorhanden angenommen wird, obgleich er nicht wirklich vorhanden ist. So hätte z. B. Nichts das r. R. gebindert, den Besitz für vererblich und für einen Gegenstand des postliminium zu erklären,

was es nicht gethan hat (l. 23 pr. D. 41, 2, l. 19 D. 4, 6). S. auch § 152^a. Wie hier im Wesentlichen: Brinz I § 135, Scheurl S. 36, 37, Hölder fr. BZS. XXIX S. 374. [[Karlowa v. Rgešč. II S. 390.]] Schwantend Strohal Succession S. 36—42. 142. Vgl. auch Vähr S. 254. 269⁴².

¹² Ueber die Ausdrucksweise der Quellen bemerkt man Folgendes. 1) Das tatsächliche Haben ohne den Aneignungswillen wird *naturalis possessio* genannt; andere Ausdrücke dafür sind: *esse in possessione, tenere, naturaliter tenere*. L. 3 § 3. l. 12 pr. D. 41, 2, l. 3 § 15. l. 4 D. 10, 4, l. 2 § 1 D. 41, 5, l. 10 § 1. l. 49 pr. D. 41, 2, l. 9 D. 6, 1. Ueber *detinere* vgl. Bekker S. 324. Im Gegensatz hierzu heißt das tatsächliche Haben mit dem Aneignungswillen *civilis possessio* oder *possessio* schlechtthin; s. die citirten Stellen. Wird es aber als solches vom Re nicht anerkannt, so wird auch *possessio* oder *civilis possessio* gefolgnet, und das Verhältniß wieder als *naturalis possessio, naturaliter tenere, corporaliter tenere* bezeichnet. L. 7 § 1 D. 10, 4, l. 38 § 7. 8 D. 45, 1, l. 24. 49 § 1 D. 41, 2, l. 2 § 2 D. 41, 5. Umgekehrt, wenn ein solches Verhältniß vom Re angenommen wird, ohne daß es wirklich vorhanden ist, so wird gesagt, es sei *possessio* vorhanden: der Ausdruck *civilis possessio* kommt hier (zufälligerweise) nicht vor. L. 1 § 15 D. 41, 2, l. 16 D. 41, 3. 2) Die Ausdrücke *civilis* und *naturalis* werden aber auch zur Bezeichnung eines andern Gegensatzes gebraucht, nämlich zur Bezeichnung des vom Re gebilligten und nicht gebilligten Besitzes; in diesem Sinne wird dem beschenkten Ehegatten *civilis possessio* abgesprochen und nur *naturalis possessio* zugesprochen. L. 1 § 9. 10 D. 43, 16, l. 26 pr. D. 24, 1, l. 1 § 2 i. f. D. 41, 6. 3) Die Grundlage dieses zweifachen Sinnes der Ausdrücke *naturalis* und *civilis possessio* ist die gleiche; sie bezeichnen in beiden Fällen den Gegensatz zwischen dem Besitz nach der natürlichen und dem Besitz nach der juristischen Auffassung, nur daß dieser Gegensatz in beiden Fällen in einer verschiedenen Wendung auftritt, das eine Mal auf die juristische Anerkennung, das andere Mal auf die juristische Billigung bezogen ist; hier kommt nur die erstere Auffassung in Betracht. 4) Die Ausdrücke *naturalis* und *civilis* bezeichnen den Gegensatz zwischen dem Natürlichen und dem Juristischen, zwischen dem, was nach der natürlichen, und dem, was nach der juristischen Auffassung das ist, was das Wort bedeutet, nicht bloß an dieser Stelle: vgl. z. B. *naturales liberi, naturalis — civilis cognatio* (I § 56a), *naturalis — civilis obligatio* (II § 287), *naturalis — civilis solutio* (l. 107 D. 46, 3), „*bonorum appellatio aut naturalis aut civilis est*“ (l. 49 pr. D. 50, 16), *probrum natura — civiliter turpe* (l. 42 D. eod.), *civilis computatio* (I § 103^a), *naturale pignus* (l. 2 C. 8, 50 [51]), *naturalis interruptio* (l. 5 D. 41, 3, vgl. das „*usurpare ex iure civili*“ bei Cic. de orat. III. 28), „*naturaliter videtur ad mortuum pertinere locus, in quem infertur*“ (l. 4 D. 11, 7), *naturale dominium* der Ehefrau an der Dos (II § 496^b), „*factum magis demonstramus quam ad ius civile referimus obligationem*“ (l. 41 D. 15, 1). 5) Es ist aber festzuhalten, daß der Gegensatz zwischen dem Natürlichen und dem Juristischen nicht notwendigerweise ein fester ist, daß je nach der Verschiedenheit des angelegten Maßstabes von einem und demselben Ding das Prädicat des Natürlichen bez. des Juristischen sehr wohl gelten kann und nicht gelten kann. So ist das Haben mit dem Aneignungswillen Besitz nach der juristischen Auffassung gegenüber dem Haben ohne diesen Willen, welches letztere Haben nur von der natürlichen Auffassung Besitz genannt wird; wird aber in einem gegebenen Fall das Haben mit dem Aneignungswillen als solches vom R. nicht anerkannt, wie z. B. das Haben des Aunfähigen, das Haben eines

§ 149.

Die Elemente des Begriffs des juristischen Besitzes sind angegeben worden: 1) die thatsächliche Gewalt über die Sache, 2) der Wille, die Sache für sich zu haben, der Aneignungswille. Diese Elemente müssen noch näher bestimmt werden.

Unter thatsächlicher Gewalt über die Sache ist zu verstehen die thatsächliche Gewalt über die Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen, wobei aber sogleich hier zu bemerken ist, daß die thatsächliche Gewalt über die Sache auch durch Vermittelung eines Andern gehabt werden kann¹. Ebenso ist unter dem Aneignungswillen

Theils im Ganzen, welcher für das R. keine selbständige Existenz hat, so ist es auch wieder kein Haben für die juristische, sondern nur für die natürliche Auffassung. Der Pfandgläubiger ist bloß-Besitzer nach der natürlichen Auffassung, insofern er nicht den Willen hat, für sich zu haben (I. 3 § 15. I. 5 pr. D. 10, 4), Besitzer nach der juristischen Auffassung, insofern er geschützt wird wie derjenige, welcher mit diesem Willen besitzt (I. 1 § 15 D. 41, 2, I. 16 D. 41, 3); es ist nur Zufall, daß der Pfandgläubiger nicht auch *civilis possessor* genannt wird, wo dann die scheinbare Verwirrung noch größer sein würde. Hinzufügen läßt sich noch eine nach dieser Seite nicht beachtete Stelle, I. 3 § 13 D. 41, 2; hier wird das Besitzen mit unmittelbarer körperlicher Berührung *naturalis possessio* genannt gegenüber dem *sub custodia habere*; die Meinung ist, daß es doch schon eine juristischere Auffassung sei, wenn auch das Letztere *possessio* genannt werde. — Die hier vorgetragene Ansicht über den Sinn von *civilis* und *naturalis possessio* ist nicht die herrschende. Als herrschende kann immer noch die von Savigny (Besitz § 7) entwickelte angesehen werden, obgleich in der neueren Zeit gewichtige Gegner gegen dieselbe aufgetreten sind. Nach Savigny bezeichnet *civilis possessio* den mit den Erfordernissen ausgestatteten Besitz, *naturalis possessio* aber: 1) den mit diesen Erfordernissen nicht ausgestatteten, 2) den durch Interdicte nicht geschützten Besitz; *civilliter non possidere* soll ebenfalls einen doppelten Sinn haben, sowohl bezeichnen, daß kein Erfordernisbesitz, als daß aus juristischen Gründen kein Besitz stattfindet. Von Anderen ist dieser Savigny'schen Meinung gegenüber eine ältere vertheidigt worden, wonach *civilis possessio* einfach den gegen Eigenmacht geschützten, *naturalis possessio* den gegen Eigenmacht nicht geschützten Besitz bezeichnet. Ueber die Unhaltbarkeit der einen und der anderen Auffassung s. namentlich Bangerow I § 199 Anm., vgl. auch Bruns § 7, Brinz 1. Aufl. § 29. Diese Schriftsteller (vgl. auch Arndts § 136²) vertheidigen nach dem Vorgange von Burchardi *ACPr.* XX S. 14 fg. eine mittlere Meinung, welche im Wesentlichen mit der hier entwickelten übereinstimmt. Vgl. außerdem noch Savigny § 10 und S. LI—LXVII [158—170], Bruns S. 106 fg. 253 fg. 369 fg. 388, Kierulff S. 343 fg., Pfeiffer was ist und gilt im r. R. der Besitz? (1840) S. 4 fg., Sintenis I § 42²¹⁻²⁴, Rudorff Anhang Nr. 20—28. 40, Meißneider S. 77 fg., Brinz 2. Aufl. I S. 500. 501, Bekker *H. d. Bes.* S. 151, Wächter II S. 53 fg., Dernburg I § 175. Scheurl S. 22 fg. *civ. p.* = der Besitz, der mit Eigentum nach *ius civile* verbunden ist oder solches bewirken kann.

der Wille zu verstehen, die Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen sich anzueignen. Wer die Sache nur in dieser oder jener einzelnen Beziehung, oder auch in mehreren und selbst vielen einzelnen Beziehungen, thatsächlich in der Gewalt hat oder sich aneignen will, ist juristischer Besitzer nicht¹. Dagegen thut es dem juristischen Besitz keinen Eintrag, daß die thatsächliche Gewalt oder der Aneignungswille in einer einzelnen Beziehung, oder auch in mehreren und selbst vielen einzelnen Beziehungen, fehlt²; die Beziehungen, welche übrig bleiben, werden von der thatsächlichen Gewalt und dem Aneignungswillen immerhin nicht als diese einzelnen ergriffen, sondern als Stücke

§ 149. ¹ Wenn Jemand die Kräfte, durch welche er eine Sache thatsächlich beherrscht, mir in der Weise zur Verfügung stellt, daß für dieselben mein Wille entscheidend sein soll, so habe ich die thatsächliche Gewalt über die Sache in der nämlichen Weise, als wenn ich die Sache mit meinen eigenen Kräften beherrsche. L. 18 pr. D. 41, 2: *possidet, cuius nomine possidetur; procurator alienae possessioni praestat ministerium*“. Das Nähere in der Lehre vom Erwerbe des Besitzes. — Brinz 2. Aufl. I § 125 will gar nicht von thatsächlicher Gewalt, sondern von thatsächlicher Verbindung (der Sache mit der Person) geredet wissen. Ist damit etwas Anderes gewonnen, als ein Bild? [Neuerdings ist die Aufmerksamkeit besonders auf die im Leben sehr zahlreichen Fälle gelenkt worden, in denen Jemand nicht für eine anderen detinirt, sondern ihm nur Beihilfe in der Ausübung des Besitzes leistet. So ist es namentlich, wenn das Gesinde Sachen der Herrschaft in Händen hat, nicht nur in Ansehung der Objecte, mit welchen oder an welchen das Gesinde arbeitet (das Küchengeräth, die zu reinigenden Kleider), sondern auch in Ansehung des Mobiliars des Gesindekammerzimmers, der Livree. Ebenso liegt die Sache bei dem Epbesteck, dem Trinkglas in der Hand des Gastes im Wirthshaus. Die entscheidende Frage ist, ob demjenigen, welcher die Sache in die Hand bekommt, die volle Gewalt über dieselbe anvertraut ist, oder ob die Sache noch der Aufsicht und Einwirkung des Besitzers unterstehen soll. Wann das eine und wann das andere anzunehmen ist, kann freilich nur nach der Verkehrssitte ermessen werden. Die praktische Bedeutung der Unterscheidung liegt darin, daß der Detentor sich vertheidigen darf, wenn der Besitzer ihm die Sache wegnehmen will, der bloße Besitzgehülfe dagegen nicht. Vgl. Pininski II S. 252 fg., Jhering Besitzwille S. 510 fg., bei dessen momentanen Detentionsverhältnissen (S. 512 fg.) in der eben bezeichneten Weise unterschieden werden muß, Strohal Jahrb. f. Dogm. XXIX S. 354 fg., Baron Jahrb. f. Dogm. XXX S. 219 fg., Hölder fr. WZS. XXXIV S. 231 fg., 250 fg., der aber die Nothwehrfrage anders u. m. E. unrichtig beurtheilt, Venel Jahrb. f. Dogm. XXXVI S. 84 fg. (I. 9 D. 41. 2: S. 84¹)].

² Juristischer Besitzer ist also z. B. nicht der Nießbraucher, obgleich derselbe, was den Gebrauch und Genuß der Sache angeht, die thatsächliche Gewalt über die Sache nicht nur hat, sondern auch für sich haben will.

³ So wenig wie der Nießbraucher selbst juristischer Besitzer ist, so wenig schließt er den Besitz des Eigenthümers aus, obgleich er in wesentlichen Beziehungen die thatsächliche Gewalt über die Sache nicht für diesen, sondern für sich haben will, und wenngleich der Eigenthümer diesen seinen Willen anerkennt.

der Gesamtheit⁴. — Da unter den Rechten das Eigenthumsrecht das Recht ist, die Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen für sich zu haben, so kann man die zum juristischen Besitze erforderliche thatsächliche Gewalt und den zu demselben erforderlichen Willen auch bezeichnen als diejenige thatsächliche Gewalt und denjenigen Willen, wie sie der Eigenthümer haben darf⁵.

Daß es Fälle gibt, in welchen einer Person Besitz zugeschrieben wird, deren Wille von der hier bezeichneten Art nicht ist⁶, thut nach

⁴ Aus demselben Grund wird das Eigenthum durch ein an der Sache stattfindendes partielles R. nicht ausgeschlossen. S. das im Texte unmittelbar Folgende.

⁵ Der Besitz ist das thatsächliche Abbild (Scheurl S. 16: die sichtbare Gestalt) des Eigenthums; derselbe Willensinhalt, welcher rlich anerkannt das Eigenthum ausmacht, macht, indem er sich thatsächlich zur Geltung bringt, den Besitz aus. Deshalb darf man aber den Besitz nicht, wie man gethan hat, die Ausübung des Eigenthums nennen; die Ausübung des Eigenthums ist er gewiß nicht, weil das Eigenthum noch in ganz anderer Weise ausgeübt werden kann, als durch Besitz, z. B. durch Zerstörung der Sache. Ob man den Besitz eine Ausübung des Eigenthums nennen darf, hängt davon ab, was man sich unter Ausübung eines R. denkt. Versteht man darunter die thatsächliche Geltendmachung des das R. charakterisirenden Willensinhaltes, so ist der Besitz gewiß eine Ausübung des Eigenthums; versteht man darunter die Geltendmachung jenes Willensinhaltes als eines rlich anerkannten (§ 121), so ist er es ebenso gewiß nicht. Der Dieb z. B., der doch unzweifelhaft juristischen Besitz hat, will ebensowenig Eigenthümer (Eigenthumsberechtigter) sein, als er glaubt, Eigenthümer zu sein. Was die Auffassung der Quellen angeht, so nennen dieselben zwar den Besitz eine Ausübung des Eigenthums nicht: es ist jedoch zu bemerken, daß sie den Nießsitz (§ 151) als Ausübung des R. allerdings bezeichnen (l. 25 D. 8, 6, l. 7 D. 43, 19). S. darüber § 163^o Bif. 3, und vgl. auch § 152²¹ a. G. — Gewöhnlich wird der zum juristischen Besitz erforderliche Wille nicht, wie hier geschehen ist, als Wille, wie ihn der Eigenthümer haben darf, sondern als Wille, wie ihn der Eigenthümer hat, bezeichnet. Genau ist das nicht, da das Eigenthumsr., wie jedes andere R., von dem realen Wollen unabhängig ist. Es ist auch nicht ungefährlich, da dadurch der zuvor bezeichnete Irrthum nahe gelegt wird, als müsse der Besitzer, wenn sich auch kein R. zuschreiben, doch wie der Eigenthümer ein R. in Anspruch nehmen. Die Quellen sprechen sich über die Natur des zum juristischen Besitz erforderlichen Willens nicht näher aus, sie sagen einfach: der Wille (animus, affectus) müsse auf juristischen Besitz (possidere) gerichtet sein. Nach Vorgang des in griechischen Quellen (Theoph. II § 4. III. 29 § 2, Basil. 50. 2. 7, Harmen. 2. 1 § 4) vorkommenden Ausdrucks *ουχ η δεσποζοντος* sagt man heutzutage: animus domini. Diejenigen, welche nicht zugeben, daß der Besitzeswille als Wille, Eigenthum auszuüben, gefaßt werden dürfe, übersetzen den griechischen Ausdruck mit animus dominantis oder animus dominandi. Diesem letzteren Ausdruck entspricht der hier gebrauchte Ausdruck Aneignungswillen. Vgl. Bruns S. 469. 474. [Im Wesentlichen mit dem Text übereinstimmend:] Kuntze S. 83 fg. [119. 121, Hirsch S. 537 fg. (vgl. unt. § 53^o).]

⁶ Man pflegt diese Fälle unter dem Namen des abgeleiteten Besitzes zusammenzufassen. Ihre vollständige Aufzählung gehört in die Lehre vom Erwerbe des Bindschreib. Pandekten. 8. Aufl. I. Band.

dem im § 148 Bemerkten der Richtigkeit der aufgestellten Begriffsbestimmung keinen Eintrag; es sind dieß Ausnahmen, in welchen aus juristischen Gründen als vorhanden angenommen wird, was in der That nicht vorhanden ist⁷.

[§ 68. f. nach § 155.]

Besitzes; als Beispiele mögen einstweilen dienen der Besitz des Pfandgläubigers und desjenigen, welcher eine Sache precario empfangen hat.

⁷ Indem man die anomale Natur dieser Fälle verkannte, hat man sich Mühe gegeben, entweder den zum juristischen Besitz erforderlichen Willen in einer Weise zu bestimmen, daß derselbe sich auch in diesen Fällen als vorhanden ergebe (Guyet Abhandlungen Nr. 6 und 3 S. f. CR. u. Pr. IV S. 361 fg., Warntönig ACPr. XIII S. 169, Hierulff S. 353 fg., Pfeiffer [§ 148¹⁹ a. E.] S. 63 fg., G. E. Schmidt das Commodatum und Precarium S. 21 fg. und 3 S. f. CR. u. Pr. XX S. 112 fg., Böcking I S. 449—450, Venz S. 101—116, Dernburg Pfandr. II S. 62 fg.), oder nachzuweisen, daß in diesen Fällen der animus rem sibi habendi gar nicht fehle (v. Schröder 3 S. f. CR. u. Pr. II S. 233 fg., vgl. Bartels das. IV S. 177 fg., neuerdings H. Duncker die Besitzfrage und der Besitz [1884] S. 163 fg., Scheurl S. 19 fg. 46 fg., Kunze S. 54 fg. 67 fg.). Diese Versuche sind aber sämtlich mißlungen (vgl. Savigny S. 145—150 [134—137] und Rudorff Anhang Nr. 39. 86, Weischeder S. 8. fg.). Das Richtige ist einfach, daß hier kraft positiver Abbestimmung (aus verschiedenen Gründen, vgl. § 154) ein Besitzvorteil gewährt wird auch ohne ein dazu der Regel nach nothwendiges Erforderniß; wird dieß nun so ausgedrückt, es sei auch in diesen Fällen Besitz vorhanden, so heißt das, jenes Erforderniß werde als vorhanden angenommen, obgleich es nicht vorhanden ist (§ 148 a. E.). In anderer Weise hat Savigny § 9 die Sache zu vermitteln gesucht; indem er hier unter possessio Besitzesr. versteht, nimmt er eine Uebertragung des dem Verpfänder z. eigentlich zustehenden Besitzesr. auf den körperlichen Inhaber an; woher auch der Ausdruck abgeleiteter Besitz. Dieser Auffassung, welche auch jetzt noch als die herrschende bezeichnet werden kann (dafür namentlich Puchta § 125, Bruns § 2, Bangerow § 200 Anm. 1, Arndts § 135, Brinz S. 64—66. 2. Aufl. I S. 517—518 [dieser letztere aber mit der Modifikation, daß er eine eigentliche Succession in den Besitz annimmt, was Savigny leugnet], Rudorff a. a. O. Nr. 89 — dawider außer den oben Genannten Roschirt ACPr. VIII S. 9—11, Sintenis 3 S. f. CR. u. Pr. VII S. 223 fg. 414 fg. und System § 42¹³, vgl. Savigny S. 144. 150 [135. 138]), fehlt es an allem Anhalt in den Quellen. Wie hier Randa § 1²⁴, Bruns in v. Holz. Enycl. I § 30 a. E., auch Wächter II S. 43 fg. Weischeder a. a. O. lehnt sowohl diese Auffassung als die Idee des abgeleiteten Besitzes ab, und verzichtet seinerseits auf die Ermittlung eines den römischen Bestimmungen über animus possidendi zu Grunde liegenden einheitlichen Gedankens. S. auch S. 59 fg. 64 fg. Ebenso Dernburg Besitz (§ 148¹⁹) S. 60 fg. Pand. I § 172. Ueber Bekker's Auffassung R. d. Ref. S. 159 fg. möchte ich in Kürze nicht referiren. S. übrigens § 154⁴⁻⁶. Pininski II S. 26 fg.: bei dem abgeleiteten Besitz hat der Inhaber den Willen, für einen Andern zu besitzen, aber das Recht steht in seinem Benehmen den Willen ausgedrückt, für sich zu besitzen S. 275. 280.). [S. noch Baron Jahrb. f. Dogm. XXIX S. 205 fg.] Die neuerdings von Mandry ACPr. LXIII S. 1 fg. gegebene besondere Bestimmung des Begriffs des animus possidendi geht nicht von den Fällen des

§ 150.

Es ist ein alter und immer wieder von Neuem entbrennender Streit, ob der Besitz Factum oder Recht ist¹.

1. Nach dem Sinne, welchen die Sprache des Lebens mit den

f. g. abgeleiteten Besitzes, sondern von den Fällen des Finders und des negotiorum gestor aus, denen Mandry gern Besitz verschaffen möchte. Mandry meint: der Besitzeswille unterscheide sich von dem Detentionswillen nur dadurch, daß die Absicht nicht darauf gerichtet sei, den juristischen Besitz eines Andern fortzusetzen oder einem Andern solchen Besitz zu erwerben, vielmehr sich selbst zum juristischen Besitzer zu machen. Aber heißt das etwas Anderes als: Besitzeswille ist Besitzeswille? Uebrigens findet sich die gleiche Auffassung schon bei Warnkönig (f. ob.). [Kunze §. 67 fg.: der Finder hat jur. Besitz, weil er den Willen hat, die Sache eventuell für sich zu haben. Hölder fr. BZS. XXXIV §. 248 fg., Dernburg I § 173 a. E. geben dem Finder jur. Besitz nach Analogie des Sequesters; diese Analogie kann aber nicht anerkannt werden. — Jhering Besitzwille §. 422 fg.: der Finder bekommt den Besitz als Ersatzmann. Hirsch §. 678 fg.: der Finder hat jur. Besitz, weil er die Sache beherrschen will, um dem Eigenthümer die Möglichkeit der Wiedererlangung zu eröffnen. Für den jur. Besitz des Finders auch: Haß die Klagen des Verlierers gegen den Finder. Gött. Diff. 1890 §. 18, Buchholz die gefundene Sache. Erl. Diff. W.-S. 1893/4 § 11, Lenel Jahrb. f. Dogm. XXXVI §. 60 fg. Bedenken gegen den jur. Besitz des Finders machen geltend Weiß das R. des Finders. Gött. Diff. 1891 §. 30 fg., Sieveking der Finder und die gefundene Sache. Erl. Diff. 1896; bestimmt dagegen: Freitag die Besitzverhältnisse an der gefundenen Sache. Erl. Diff. 1896.]

¹ S. die Ueberflchten bei v. Canstein Grünh. ZS. V §. 724 fg. und § 150. Randa § 3⁷. Ich hebe folgendes hervor. Savigny § 5 lehrt, der Besitz sei ursprünglich Factum, aber wegen der an ihn angeknüpften rlichen Folgen und weil es Fälle gebe, in denen die Re des Besitzers von jenem Factum unabhängig seien, zugleich R. Wenn Gans (System des r. Civitr. im Grundrisse [1827] §. 202 fg., über die Grundlage des Besitzr., eine Duplik zc. [1839]), den Besitz für ein R. erklärte, und zwar näher für „anfangendes Eigenthum“, so lag dem die Hegel'sche Idee von der Relativität alles R. zu Grunde; der Sache gegenüber, war die Meinung, sei die Beherrschung als solche R.; aber sie weiche der von dem allgemeinen Willen anerkannten Beherrschung, dem Eigenthum, wie dieses dem Vertrag zc. In der neueren Zeit nimmt Jhering Geist des r. R. III §. 89 fg. mit Lebhaftigkeit für den Besitz den Charakter als R. in Anspruch, weil er rlich geschütztes Interesse sei (vgl. § 37⁹). Neuestens Jhering Handwörterbuch der Staatswissenschaften I §. 414 fg. J. erachtet es als selbstverständlich und keines Beweises bedürftig, daß die an den Besitz angeknüpfte rechtliche Folge = Besitz sei. Ebenso streitet für die Natur des Besitzes Vetter R. des Bes. (vgl. auch fr. BZS. XVIII §. 12 fg.), indem er unter possessio die Folgen des Besitzes versteht. Für ein R. erklären den Besitz auch von Canstein a. a. O. und Rindel §. 36 fg. [Hirsch §. 89 fg. §. 48 fg., Scillamà p. 363 sg. (p. 409 sg.) Ein Verhältniß: Hölder §. 254.] Wenn man sich durch Dunder's (§ 148 Note *) Schrift durchgelesen hat, so erfährt man, daß zwar der Besitz kein R. sei, — aber das Eigenthum auch nicht! Vgl. dazu § 37⁹ a. E. [Der Besitz eine Thatfache: Kunze §. 105. 118. — Der Besitz ist ein Recht im Sinne von CPD. 690: RG. XXXIV §. 424.]

Worten verbindet, bezeichnet das römische Wort *possessio* wie das deutsche Wort Besitz eine Thatsache, und nichts als eine Thatsache. Allerdings sind an diese Thatsache rechtliche Folgen angeknüpft²; aber dadurch wird sie nicht zum Rechte. Man müßte sonst auch den Vertrag und das Testament ein Recht nennen. Es ist unbestritten, daß auch unsere Quellen das Wort *possessio* in diesem Sinne gebrauchen.

2. Es ist aber wahr, daß das römische Recht unter Umständen die rechtlichen Folgen des Besitzes eintreten läßt, ohne daß die Thatsache des Besitzes vorhanden ist, und nicht eintreten läßt, obgleich sie vorhanden ist. Und es ist ferner wahr, daß die Quellen in diesen Fällen sagen, es sei *possessio* vorhanden oder nicht vorhanden³.

3. Hierdurch entsteht Raum für die Frage, ob nicht für den juristischen Sprachgebrauch ein doppelter Sinn von *possessio* anzunehmen ist: *possessio* als Thatsache und *possessio* als Rechtsstellung. Nur wenn man diese Frage bejaht, kann man möglicherweise dazu gelangen, daß *possessio* auch⁴ ein Recht bezeichne. Aber auch dann nur möglicherweise: denn daß der Besitz in Verbindung mit anderen Thatsachen Factor des Eigenthumserwerbes ist, wird man nicht ein Recht des Besitzers nennen können, und das Verbot der Eigenmacht kommt hier nur dann in Betracht, wenn man annimmt, daß nicht erst aus der Eigenmacht ein Recht des Besitzers entstehe, sondern der Besitzer ein Recht auf Unterlassung der Eigenmacht habe⁵. Gegen diese Annahme spricht aber der feststehende Satz, daß im Besitzproceß die Vertheidigungen aus dem Recht an der Sache unzulässig sind⁶.

² Diese rlichen Folgen werden in den Quellen auch wohl als *ius possessionis* bezeichnet. L. 44 pr. D. 41, 2, l. 2 § 38 D. 43, 8, l. 5 § 1 D. 48, 6. In der zweiten Stelle wird der Ausdruck auf den natürlichen Besitz angewendet (*vv. vel conductionis*). In l. 10 C. 7, 32 ist *ius possessionis* = *ius possidendi*, auch wohl in l. 5 C. 7, 16.

³ Vgl. § 148 a. E.

⁴ Auch; nicht immer, aber doch in den genannten Fällen.

⁵ Dieß behauptet namentlich Bruns Besitzlagen S. 61 fg. 268 fg. S. auch Randa S. 363. Strohal S. 142 fg., Hölder fr. VJchr. XXX S. 375 fg.

⁶ [S. unt. § 158.] Petitörische Vertheidigung ist selbst der *actio Publiciana* gegenüber zulässig; der Besitzanspruch aber wäre nach der bezeichneten Auffassung nichts als eine abgeschwächte *Publiciana* (Abschwächung der Voraussetzungen und der Kraft). Vgl. Bruns Besitzfl. S. 290. Cf. XXXVII. 290. — Das im Text bezeichnete Argument habe ich schon früher geltend gemacht (5. Aufl. § 148^a a. E.), und was Bruns darauf geantwortet hat (v. Holtz. Encycl. I § 31) entbehrt der überzeugenden Kraft.

4. Ich für meinen Theil bejahe auch die zu 3 aufgeworfene Frage nicht. Ich sehe darin, daß die Quellen um der rechtlichen Folgen willen possessio als vorhanden oder nicht vorhanden bezeichnen, keine Nothigung zu der Annahme, daß sie die rechtlichen Folgen selbst possessio nennen. Die Einheitlichkeit des Sprachgebrauchs bleibt gewahrt, wenn angenommen wird, daß sie sagen wollen, die Thatsache des Besizens sei für das Recht vorhanden oder nicht vorhanden⁷. —

Die Stelle des Besizes im System des Rechts bestimmt sich dadurch, daß er Rechtsverhältniß zur Sache ist. Er ist das unmittelbarste und einfachste Rechtsverhältniß zur Sache; deswegen wird er an die Spitze des Sachenrechts gestellt⁸.

[§§. f. nach § 155.]

B. Rechtsbesitz.

§ 151.

Wenn vorher der Satz aufgestellt worden ist, daß zum juristischen Besitz die thatsächliche Gewalt über die Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen und der Wille, sich die Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen anzueignen, erforderlich sei, so hat damit nicht gesagt sein sollen, daß die thatsächliche Gewalt über die Sache in einer einzelnen Beziehung, verbunden mit dem Willen, sich die Sache in dieser Beziehung anzueignen (sich diese Beziehung der Sache anzueignen), ohne rechtliche Bedeutung sei. Vielmehr kann ein solches Verhältniß sehr wohl die gleiche rechtliche Bedeutung haben, wie der Besitz der Sache und hat sie sogar regelmäßig, so daß es also gegen eigenmächtige Störung geschützt wird und unter gewissen Voraussetzungen

⁷ Vgl. § 148¹¹.

⁸ Glaubt man das System streng nach den Re. durchführen zu müssen, ohne daß den Rechtsverhältnissen Einfluß auf dasselbe gestattet werden dürfte, so bleibt nichts übrig, als, da die Re. zu welchen der Besitz führt, verschiedenen Lehren angehören, von denselben im allgemeinen Theil zu handeln, wie das auch Manche (vgl. namentlich Böcking I S. 448) thun. Puchta, indem er bloß auf den Schutz des Besizes gegen Eigenmacht Rücksicht nimmt, stellt ihn unter seine „Re an der eigenen Person“ (vgl. § 40¹). Aber es ist in der That nicht abzusehen, wie, um mit Puchta zu reden, das R., den eigenen Willen als frei, d. h. eben als durch Eigenmacht nicht zu verletzenden, wollen zu dürfen, ein R. an der eigenen Person genannt werden kann: in diesem R. wird keine Macht über die eigene Person, sondern eine Macht über fremde Personen gewährt. Vgl. noch Randa § 3¹⁷.

die Grundlage für den Erwerb des Rechts bildet. Ja selbst der Ausdruck Besitz ist auf dieses Verhältniß erstreckt worden; nur spricht man in diesem Falle nicht von einem Besitz der Sache und nicht von einem eigentlichen Besitz, sondern von einem uneigentlichen und einem Rechtsbesitz¹.

Was vorher über die rechtliche Natur des Sachbesitzes bemerkt worden ist, gilt auch für den Rechtsbesitz. In der That sind der Rechts- und der Sachbesitz nur Erscheinungen eines und desselben höheren Begriffes: thatsächliche Herrschaft des Willens über die Sache². Für den Lehrvortrag empfiehlt es sich aber aus Zweckmäßigkeitsgründen, diesen höheren Begriff der Darstellung nicht zu Grunde zu legen, sondern von beiden Arten des Besitzes getrennt zu handeln³. Demgemäß beziehen sich die folgenden §§ 152—162 nur auf den Sachbesitz, von dem Rechtsbesitz handeln die §§ 163 und 164. Der Sachbesitz als eigentlicher Besitz wird Besitz schlechthin genannt werden⁴.

[§§. f. nach § 164.]

§ 151. ¹ Die Quellen sagen: quasi possessio, iuris possessio, iuris quasi possessio. Pr. I. 4, 15 (Gai. IV. 139), l. 10 pr. D. 8, 5, l. 2 § 3 D. 43, 26, l. 2 D. 8, 4, l. 7 D. 43, 19, l. 23 § 2 D. 4, 6. In anderen Stellen wird die Möglichkeit einer possessio an unkörperlichen Sachen ganz geleugnet, l. 3 pr. D. 41, 2, l. 4 § 26 [27] D. 41, 3, l. 1 § 8 D. 43, 3, l. 32 § 1 D. 8, 2.

² Vgl. namentlich Bruns S. 475—479. A. M. Brinz 2. Aufl. I S. 787; gegen denselben Wendt Faust. S. 129. S. über den Begriff des Abesitzes ferner Savigny § 12, Randa § 2. Scheurl S. 62 fg. [Kunze S. 35 fg.; f. auch Baron Jahrb. f. Dogm. XXIX S. 217 fg., Hölder tr. BZS. XXXIV S. 289 fg. 249]. — Die Beschränkung, in welcher der Abesitz die Sache erfaßt, wird durch die Bezugnahme auf das entsprechende R. bezeichnet, weil eine andere gleich kurze Bezeichnung sich nicht darbietet. Dieselbe Auffassung auf den Sachbesitz erstreckt würde denselben als Eigenthumsbesitz erscheinen lassen; aber bei dem Sachbesitz ist die Bezugnahme auf das R. deswegen nicht nöthig, weil der Ausdruck „eine Sache“ besitzen von selbst auf die unbeschränkte Herrschaft über die Sache geht.

³ Die Darstellung würde durch die Zusammenfassung beider Arten des Besitzes schwerfällig werden und an Verständlichkeit einbüßen. Es kommt hinzu, daß der Abesitz entschieden eine spätere Bildung des r. R. ist, gleichsam nur als Anhang zu dem Sachbesitz hinzugefügt worden ist.

⁴ Man kann noch weiter gehen und fragen, ob nicht auch der thatsächlichen Realisirung eines Willens, welcher irgend einen andern Inhalt hat, als die Beherrschung einer Sache, eine entsprechende rliche Bedeutung zukomme? Auch diese Frage ist, zwar nicht vom römischen, aber doch vom heutigen Re, jedenfalls theilweise bejaht worden, und es ist sogar der Ausdruck Besitz auch auf diese Fälle erstreckt worden. Da aber in ihnen der Besitz nicht mehr ein Verhältniß zur Sache ist, so kann von ihnen an dieser Stelle nicht gehandelt werden. S. II § 464.

II. Möglichkeit des Besitzes*.

§ 152.

Der Besitz ist nicht für alle Personen möglich; er ist nicht an allen Gegenständen möglich; es ist nicht ein mehrfacher Besitz an einer und derselben Sache möglich.

1. Der Besitz ist nicht möglich für solche Personen, welche der Vermögensfähigkeit entbehren; wenn sie auch wirkliche Besitzer sein können, so werden sie doch vom Rechte als Besitzer nicht anerkannt¹. Dagegen ist der Besitz nicht unmöglich für solche Personen, welche der physischen Willensfähigkeit entbehren, wie Kinder, Wahnsinnige, juristische Personen; wenn sie auch nicht wirkliche Besitzer sein können, werden sie doch vom Rechte als Besitzer anerkannt².

2. Der Besitz ist nicht möglich aus natürlichen Gründen an unkörperlichen Gegenständen³, aus juristischen an Sachen, welche dem

* Vgl. Jhering Besitzschutz 2. Aufl. S. 148 fg. (Jahrb. f. Dogm. IX S. 122 fg.). Bekker R. d. Bes. S. 152 fg.

¹ L. 49 § 1 D. 41, 2. „Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem § 152. tenere possunt, habere possidere non possunt; quia possessio non tantum corporis, sed et iuris est“. L. 24. 30 § 3 eod., l. 93 D. 50, 17. [Vgl. Kunze S. 50 fg., 99 fg., 123.] Jhering a. a. O. benutzt auch diesen Satz, wie den im Folgenden zu ⁴ genannten, zur Bewahrheitung seiner Theorie über den Grund des Besitzeschutzes. Aber der Schluß: weil nicht geschützt wird der Besitzewille, welcher kein rlich anerkannter sein kann, so wird derjenige Besitzewille, welcher geschützt wird, deswegen geschützt, weil er ein rlich anerkannter sein kann, ist kein notwendiger Schluß. — Von den Gewaltverhältnissen des r. R. haben wir heutzutage nur noch die väterliche Gewalt, und diese ist nicht mehr Grund der Vermögensunfähigkeit, sondern bloß, und zwar in beschränktem Maße, der Erwerbsunfähigkeit, in Betreff des Erwerbes nämlich, welcher aus dem Vermögen des Vaters gemacht wird, § 1 I. 2, 9. Dagegen kommt im heutigen R. auch für den Besitz die Vermögensunfähigkeit der Klosterpersonen (§ 55⁹) in Betracht.

² Erworben werden freilich kann ihnen der Besitz nur durch einen Stellvertreter. L. 1 § 22. l. 2 D. 41, 2, l. 1 § 3. l. 18 § 1 eod., l. 26 C. 8, 53 [54], l. 1 § 20 D. 41, 2. Was Kinder speciell angeht, s. noch § 155¹⁸, was juristische Personen, Brinz 1. Aufl. S. 1080 fg. [2. Aufl. III. S. 517 fg.] und in diesem Lehrbuche III § 531¹⁹. Personen, welche der nöthigen körperlichen Kräfte entbehren, können auch wirkliche Besitzer sein, indem ihnen nämlich Andere ihre Kräfte zur Verfügung stellen.

³ L. 3 pr. D. 41, 2, l. 4 § 26 [27] D. 41, 3. In der f. g. iuris quasi possessio ist der Gegenstand des Habens und Habenwollens doch die körperliche Sache (§ 151). — Ein unkörperlicher Gegenstand ist auch die Sache gesammtheit; daher ist auch an ihr kein Besitz möglich, l. 30 § 2 D. 41, 3. [Dernburg I § 176².] Man kann fragen: warum hat das r. R. nicht auch hier juristischen

Kreise der Privatberechtigung ganz entzogen sind⁴, und an solchen Sachen, welche Bestandtheile einer anderen Sache sind; diese letzteren haben für die juristische Betrachtung, so lange die Verbindung dauert, keine selbständige Existenz⁵. Jedoch ist diese juristische Betrachtung gerade in der Lehre vom Besitze nicht streng durchgeführt worden: die Ersetzung einer Sache soll dadurch nicht unterbrochen werden, daß der Besizer sie zum Bestandtheile einer anderen von ihm besessenen Sache macht⁶. Theile eines Grundstückes können als solche besessen

Besitz anerkannt? Es wird sich nur sagen lassen, daß das r. R. in der Lehre vom Besitze die natürliche Basis ganz nie verlassen hat, und ein Princip in der Grenzbestimmung sich nicht erkennen läßt. Vgl. § 148¹¹ a. E. Zulässigkeit der *interdicta retinendae possessionis* nimmt Meißcheider §. 223 fg. mit Rücksicht auf die Zulässigkeit der *vincitio* (§ 137⁶) an.

⁴ L. 30 § 1 D. 41, 2. Vgl. Kuborff Anhang Nr. 36. Randa § 10. [Klein §. 69¹⁶⁷.]

⁵ L. 7 § 1 D. 10, 4: — „*si rotam meam vehiculo aptaveris, teneris ad exhibendum . . . quamvis tunc civiliter non possideas*“. L. 23 pr. D. 41, 3. „*Eum, qui aedes mercatus est, non puto aliud quam ipsas aedes possidere; nam si singulas res possidere intellegatur, ipsas aedes non possidebit; separatis enim corporibus, ex quibus constant, universitas aedium intellegi non poterit*“. L. 23 § 7 D. 6, 1, l. 30 pr. D. 41, 2. Vgl. § 188^b. Bachmann Eigenthumserwerb durch Accession §. 61⁴. Cf. XXI. 99.

⁶ L. 30 § 1 D. 41, 3. „*Labeo libris epistolarum ait, si is, cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superessent, in aedificium eas coniecisset, nihilominus eum usucapturum, si aedificium possedisset. Quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in annulo gemma? In quo verum est, et aurum et gemmam possideri et usucapi, cum utrumque maneat integrum*“. Die aufgestellte Ansicht ist im Wesentlichen die von Savigny §. 303 fg. LXVII fg. [264—275] entwickelte, von Windscheid in Sell's Jahrb. I §. 449 fg. (1841), Madai ACPra. XXV §. 313 fg. (1842), Binding das. XXVII §. 360 fg. (1844), Bangerow § 204 Anm. 2 verteidigte. Ihr steht eine bunte Mannigfaltigkeit abweichender Ansichten gegenüber. 1) Der aufgestellte Satz ist nur wahr für den Fall, wo eine Sache zum Bestandtheil einer beweglichen Sache gemacht wird; wird eine Sache mit einer unbeweglichen verbunden, so wird der Besitz verloren, und nur aus Billigkeitsrücksichten wird Fortdauer der Ersetzung angenommen, wenn zur Vollendung derselben nicht mehr fehlt als 10 Tage. Thibaut ACPra. VII §. 79 fg. (1824). 2) Der aufgestellte Satz ist auch für den Fall der Verbindung mit beweglichen Sachen nicht wahr; auch in diesem Fall wird der Besitz der verbundenen Sache verloren, und es gilt nur für die Ersetzung die Ausnahme der zehn Tage. Pape JS. f. GR. u. Pr. R. J. IV §. 211 fg. (1847). 3) Durch die Verbindung wird zwar der Besitz verloren und die Ersetzung unterbrochen, aber nach der Aufhebung der Verbindung läuft die frühere Ersetzung fort, und zwar im Fall der Verbindung mit einer beweglichen Sache mit Einrechnung der Zeit, während welcher die Verbindung bestand, im Fall der Verbindung mit einer unbeweglichen ohne diese Einrechnung. Hölzer

werden, da sie in der That selbständige Sachen sind⁷; dagegen ist bei beweglichen Sachen an unabgeordneten Theilen (Theil im Gegensatz von Bestandtheil) Besitz nicht anerkannt⁸. Endlich können auch f. g. intellectuelle Theile, Antheile (§ 142), den Gegenstand des Besitzes bilden; es wird aber dabei erfordert, daß der Besitzeswille auf einen bestimmten Antheil gerichtet sei⁹.

3. An einer und derselben Sache ist nur Ein Besitz möglich; dieß folgt unmittelbar aus dem Begriff des Besitzes als der thatsächlichen Gewalt über die Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen¹⁰. Es kann aber der eine Besitz, welchen die Sache verträgt, mehreren

ACPra. LXI §. 285 fg. 4) Die Verbindung hebt nur dann Besitz und Erftigung nicht auf, wenn sie von der Art ist, daß die verbundene Sache ihre Selbständigkeit nicht verliert. So, mit Abweichungen im Einzelnen, Kierulff §. 375—377, Stephan ACPra. XXXI §. 373 fg. (1848), Böding I § 124¹⁰, Brinz 1. Aufl. §. 181 [2. Aufl. I §. 497¹⁰], Schirmer zu Unterholzner I §. 159 Note **, Penz §. 139 fg., Rudorff Anhang Nr. 81, Randa § 18, Schumacher über tignum und tignum iunctum (Bonn. Diff. 1882). 5) Bei beweglichen Sachen wird immer der Bestandtheil im Ganzen besessen, nicht bloß wenn derselbe früher Gegenstand eines besonderen Besitzes gewesen, sondern auch wenn sogleich das Ganze als solches in Besitz genommen worden ist; bei unbeweglichen Sachen dagegen wird nie der Bestandtheil im Ganzen besessen, auch wenn er vor der Verbindung Gegenstand eines besonderen Besitzes gewesen ist. Unterholzner Verjährungslehre I § 49. 50, Sintenis ACPra. XX §. 75 fg. (1837) und System I §. 449—452, Pang Württ. Sachenr. I §. 19 fg. 6) Es wird auch bei unbeweglichen Sachen immer der Bestandtheil im Ganzen erfassen; l. 30 § 1 cit. repräsentirt die Regel, l. 23 pr. eod. enthält eine Ausnahme. Meißcheider §. 108 fg. Vgl. auch Bachmann Eigenthumswerb durch Accession §. 61⁴. Cf. XVII. 207. J. Hackfeld-Pflüger über Besitz und Erftigung an Theilen einer Sache. Straßburg. Diff. 1886. Scheurl §. 162 fg. Eisele Jahrb. f. Dogm. XXIV §. 500 fg. Hölder fr. BZS. XXIX §. 499 fg. [Dernburg I § 176⁴.]

⁷ L. 26. 43 pr. D. 41, 2. Vgl. § 142¹.

⁸ L. 8 D. 6, 1. Vgl. § 142⁴. S. übrigens auch Randa § 17⁴.

⁹ L. 26 D. 41, 2, l. 3 § 2 eod., l. 32 § 2 D. 41, 3. Das Erforderniß des bestimmten Theils zu beschränken auf den Besitz als Grundlage des Akerwerbes (Exarbitio, Usucapio), so daß der Schutz gegen Dritte auch bei Unbestimmtheit des Theils nicht ausgeschlossen wäre? Rudorff Anhang Nr. 78, Büff APraktRW. N. F. III §. 116—117, Steinlechner das Wesen der juris communio II §. 17. Cf. XXVIII. 11. Steinlechner a. a. O. §. 23 ist der Ansicht, daß der Besitz eines intellectuellen Theils nur im Falle des Mitbesitzes (¹²) möglich sei. S. noch Bekker R. d. Def. §. 111.

¹⁰ L. 3 § 5 D. 41, 2: — „plures eandem rem in solidum possidere non possunt; contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris . . . Non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris“. L. 5 § 15 D. 13, 6.

Personen zustehen¹¹), dieselben haben dann, entsprechend ihrem Besitzeswillen, die Besitzesvorthelle zusammen¹². Nur ein scheinbarer Widerspruch gegen den aufgestellten Satz ist es, wenn die verschiedenen Besitzesvorthelle zwei verschiedenen Personen zugeschrieben, und in Folge davon beide als Besitzer anerkannt werden¹³.

[§ 68. f. nach § 155.]

¹¹ Die Neueren bezeichnen dieses Verhältniß als *compossessio*.

¹² Der Inhalt ihres Besitzeswillens ist der, daß sie die Sache für sich zusammen haben wollen. Daß dabei jeder einen bestimmten Antheil für sich haben wolle, ist nicht nothwendig. Dieß letztere könnte nur deswegen bezweifelt werden, weil da, wo Einer nicht mit einem Andern zusammen den Besitz der Sache, sondern für sich den Besitz eines Antheils haben will, die Richtung des Willens auf einen bestimmten Antheil allerdings erforderlich ist (?). Aber das erklärt sich daraus, daß es ohne diese Richtung in der That dem Besitzeswillen an der gehörigen Bestimmtheit fehlen würde, während der vereinte Wille, der die ganze Sache umfaßt, an einem solchen Mangel nicht leidet. Dieß ist der Sinn von l. 32 § 2 D. 41, 3. „*Incertam partem possidere nemo potest. Ideo si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat, neminem eorum mera subtilitate possidere Labeo scribit*“. Indem die zuvor bezeichnete Consequenz eine *mera subtilitas* genannt wird, wird sie zurückgewiesen (vergl. l. 51 i. f. D. 9, 2, l. 3 § 1 D. 34, 4). Jedoch ist über die richtige Auslegung dieser Stelle viel Streit. Vgl. Böcking I § 24^{11*}. Rudorff zu Fuchta's Vorles. I S. 484¹ und Anhang Nr. 79, Meißner S. 214 fg., Randa § 17¹⁷, Steinlechner a. a. O. S. 18 fg., Miescher ACPr. LIX S. 200 fg., Bekker S. 112. Pininski II S. 192¹. [Dernburg I § 169¹¹.] — Ueber das Verhältniß der Mitbesitzer zu einander s. noch Büff ACPr. III S. 113 fg., Hesse ACPr. N. F. IV S. 116 fg., Miescher ACPr. LIX S. 149 fg., Rümelin die Theilung der Me S. 104 fg., Wendt Jauftr. S. 119 fg. Bähr Jahrb. f. Dogm. XXVI S. 302. [Wille die Klagen der Mitbesitzer gegen einander. Hall. Diff. 1890.] (Wendt citirt noch eine Jenenser Inaug.-Dissertation: Dulz, Sind die Besitzinterdicte unter Mitbesitzern zulässig? 1882.) Büff bestreitet, daß den Mitbesitzern gegen einander Besitzeschutz überhaupt (auch bei *certa pars*) gewährt werde; er hat keine Nachfolger gefunden. S. l. 3 § 1 D. 39, 1, l. 1 § 7. l. 3 § 9. l. 4 D. 43, 17, l. 12 D. 10, 3. Bei der Beantwortung der Frage, welche Handlungen eines Mitbesitzers eine Verletzung des Besitzes des andern Mitbesitzers enthalten, ist davon auszugehen, daß bei Mangel besonderer Vereinbarung in dem Willen Mitbesitzer zu sein „die Ermächtigung an die Genossen (liegt), sämtliche Handlungen vorzunehmen, welche nothwendig sind, um sich den verhältnißmäßigen Nutzen der Sache zu verschaffen, vorausgesetzt daß dadurch der eigene Nutzen nicht geschädigt wird“ (Miescher). Eine Aenderung dieses Willens kann die Einwirkung des Genossen nicht zu einer Besitzverletzung machen; nicht einmal eine tatsächliche Verhinderung wäre dazu im Stande, vielmehr würde umgekehrt in ihr eine Verletzung des Besitzes des Genossen liegen. Entsteht aber Streit darüber, welche Handlungen von dieser Art sind, so muß zur petitorischen Erlebigung (*actio communi dividundo*) gegriffen werden. Aus der Praxis: Cf. XIII. 24, XIV. 37, XVII. 47, XXIX. 217, XXX. 232, XXXII. 16. [XLVI. 85 a. C.] AC. XIII S. 179. [Ulbbelohde Interdicte V, 1 S. 547—558.]

¹³ So bei der Verpfändung (l. 1 § 15. l. 36 D. 41, 2, l. 16 D. 41, 3),

III. Erwerb des Besitzes.

§ 153.

Der Besitz wird dadurch erworben, daß die beiden Momente seines Begriffes, tatsächliche Gewalt und Aneignungswille, in einem gegebenen Fall zur concreten Wirklichkeit gelangt sind¹. Genauer: er wird dadurch erworben, daß der Aneignungswille in dem Haben der tatsächlichen Gewalt verwirklicht ist^{1a}.

Die Erlangung der tatsächlichen Gewalt² über die Sache setzt nicht körperliche Berührung der Sache voraus³. Wer sich in Gegen-

beim Precarium (l. 3 § 5 D. 41, 2, l. 15 § 4 D. 43, 30). Vgl. § 148¹¹ a. E. — Eine später verworfene Meinung des Trebatius nahm an, daß auch der mit Unrecht des Besitzes Beraubte noch als juristischer Besitzer neben dem wirklichen Besitzer anerkannt werden müsse, l. 3 § 5 D. 41, 2, l. 3 pr. D. 43, 17. Vgl. Savigny S. 183 (173) fg. (über l. 17 pr. D. 41, 2 das. S. 192² [180¹], aber auch Rudorff Anhang Nr. 43), Rieruff S. 369^{**}, Keller S. 222—223, F. Witte 3S. f. GR. u. Pr. R. F. XVIII S. 250 fg., Fitting ACPr. LV S. 315 fg., Meißcheider S. 86 fg., Bekker R. d. Vel. S. 109 fg., Wendt Faust. S. 163 fg. Kniep S. 182 fg., Scheurl S. 41 fg., Pfflüger (§ 148²) S. 77 fg. [[Ubbelohde Interdicta II S. 189 fg.]]. [S. auch § 159¹⁰.]

¹ L. 3 § 1 D. 41, 2: — „apiscimur possessionem corpore et animo, § 153. neque per se animo aut per se corpore“. L. 8 eod., l. 153 D. 50, 17; Paul. sentent. V. 2 § 1.

^{1a} Die tatsächliche Gewalt muß der Ausdruck des Aneignungswillens sein. Es reicht nicht hin das Nebeneinandersein von tatsächlicher Gewalt und Aneignungswille; es ist eine Beziehung zwischen beiden nötig. Der Aneignungswille muß auf die Sache als eine in der tatsächlichen Gewalt befindliche gerichtet sein. Vgl. namentlich Pininski (§ 148²) I S. 88 fg. 152 fg.

² Savigny § 14—18. Venz S. 168. 211. 262 fg. Randa § 11. Fhering Besitzschuß S. 136 fg. 168 fg. (160 fg. 194 fg.) Meißcheider S. 227—259. Bekker R. d. V. S. 182 fg. Rindell S. 201 fg. Baron Jahrb. f. Dogm. VII S. 38 fg. (1865), [[ACPr. LXXVIII S. 303 fg.]]. Exner Aserwerb durch Traditio S. 86 fg. (1867). Pininski (§ 148²). Diese gut geschriebene Schrift macht dem Scharfsinn und dem Talente des Verfassers Ehre, aber ich fürchte, sie wird nicht überzeugen. Vgl. ⁹. [[Zu vergl. die Note ¹⁰ citirte Schrift von Biermann.]] [Dernburg I § 178, Tartufari I p. 20 sg.]

³ Das war früher die herrschende Ansicht, eine Ansicht, welche ihren hauptsächlichsten Grund darin hatte, daß man die Erlangung der tatsächlichen Gewalt als Ergreifung, Apprehension, bezeichnete. In den Fällen, in welchen nach Ausweis der Quellen körperliche Berührung nicht nötig ist, sprach man dann von einer fingirten, symbolischen Apprehension (Tradition). Gegen die bezeichnete Ansicht erklärt sich ausdrücklich l. 1 § 21 D. 41, 2: — „non est enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu“. Savigny § 14, Exner Aserwerb durch Traditio S. 153 fg., Goldschmidt Handelsr. I S. 641 fg. (1. Aufl.). Pininski II S. 115 fg.

wart der Sache befindet, hat, wenn ihn sonst nichts an der Möglichkeit hindert, nach Belieben auf sie einzuwirken⁴, die thatsächliche Gewalt über die Sache nicht minder, als wer sie in Händen hält oder mit Füßen betritt⁵. Auch die Gegenwart bei der Sache ist nicht erforderlich, wenn ein anderes Verhältniß derselben die Möglichkeit beliebiger Einwirkung sichert. So erstreckt sich namentlich die thatsächliche Gewalt über ein Gebäude oder einen sonstigen abgeschlossenen Raum auf die in dem Gebäude oder dem Raum befindlichen beweglichen Sachen⁶. Eine feste, alle denkbaren Fälle unmittelbar entscheidende Regel läßt sich nicht geben⁷; ergänzend muß das richterliche Ermessen

⁴ Gewöhnlich setzt man hinzu: und jede fremde Einwirkung auf die Sache zu verhindern (Savigny § 2 [16]). Mir scheint das nicht richtig: es ist nicht erforderlich, daß man mächtiger sei, als alle Anderen, denen es in den Sinn kommen möchte, auf die Sache einzuwirken, sondern nur, daß gegenwärtig keine fremde Macht die unserige ausschließt. S. auch Eyner Akwerb durch Tradition §. 88⁷, und vgl. noch Fitting 3S. f. §R. XVIII §. 340.

⁵ L. 79 D. 46, 3. „Pecuniam, quam mihi debes, aut aliam rem si in conspectu meo te ponere iubeam, efficitur, ut et tu statim libereris, et mea esse incipiat. Nam tum, quod a nullo corporaliter eius rei possessio detinetur, acquisita mihi et quodammodo longa manu tradita existimanda est“. L. 1 § 21 D. 41, 2, l. 31 § 1 D. 39, 5. Cf. XXII. 15. Unbewegliche Sachen: l. 18 § 2 D. 41, 2, l. 3 § 1 cod., l. 77 D. 6, 1. Daß bei unbeweglichen Sachen zum Besitzerverb bloße Gegenwart bei der Sache nur im Fall der Tradition genüge (Pininski I §. 184 und die daselbst Citirten), ist eine Behauptung, welche sich in willkürlicher Weise mit l. 3 § 1 cit. in Widerspruch setzt. Umgekehrt behaupten Dernburg I § 178 g. E. und Bähr Jahrb. f. Dogm. XXVI §. 316 fg., daß an unbeweglichen Sachen durch Tradition Besitz auch ohne Gegenwart bei denselben erworben werden könne, ohne quellenmäßige Begründung. Vgl. ¹⁰ Cf. XII. 5, XIII. 296, XXXIV. 13, XXXV. 188.

⁶ L. 18 § 2 D. 41, 2. „Si venditorem quod emerim deponere in mea domo iusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit“. L. 9 § 3 D. 23, 3.

⁷ Summam tamen hanc puto esse“, sagt l. 55 D. 41, 1, nachdem sie eine Reihe von besonderen Entscheidungsmomenten in Betracht gezogen hat, „ut si in meam potestatem pervenit, meus factus sit“ was Besitzerverb voraussetzt. — Besondere Entscheidungen der Quellen sind folgende. Ein Thier, welches man verfolgt, besitzt man nicht schon, wenn man es verwundet hat, „quoniam multa accidere possunt, ut eam non capiamus“, l. 5 § 1 D. 41, 1; dagegen besitzt man das Thier, welches sich in einer von uns gelegten Schlinge gefangen hat, vorausgesetzt daß uns der Zutritt zu der Schlinge nicht versperrt ist, l. 55 D. eod. [S. auch Saleilles (§ 148*) p. 150 suiv. p. 726 suiv. Vgl. auch ⁸]. Ebenso besitzt man das Wild im Thierpark, die Fische im Fischteich (Besitz an Park und Teich vorausgesetzt), l. 3 § 14. 15 D. 41, 2 (vgl. Baron Jahrb. §. 68—79); aber man besitzt nicht den wilden Bienenschwarm auf oder im Baum, und ebensowenig die von diesem Schwarm bereiteten Honigwaben, l. 5 § 2. 3 D. 41, 1, l. 26 pr. D. 47, 2 (vgl. übrigens Gimmertal ACPr.

eintreten⁸.

Ist die Sache bereits der thatsächlichen Gewalt eines Andern unterworfen, so setzt die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über dieselbe Beseitigung der bestehenden thatsächlichen Gewalt voraus.

LV §. 129 fg.). Man besitzt ferner nicht die in dem von uns besessenen Grundstück vergrabene Sache, l. 15 D. 10, 4, l. 44 pr. D. 41, 2, obgleich darüber bei den römischen Juristen Meinungsverschiedenheit bestand, l. 3 § 3 D. eod. [Vroh zur Interpretation der l. 15 D. ad exhib. (X, 4) Erl. Diff. 1892.] Auch der Besitz des Schlüssels gibt nicht Besitz der verschlossenen Sachen (der Schlüssel kann uns abhanden kommen, die Sachen können mittelst eines andern Schlüssels weggenommen werden), l. 74 D. 18, 1, aus welcher Stelle zu erklären sind l. 9 § 6 D. 41, 1, l. 1 § 21 D. 41, 2, wenn nicht auch hier ein Widerstreit der Meinungen vorliegt. Die gegentheilige Entscheidung bei Cf. III. 5. Vgl. Goldschmidt Handelsr. I § 67². Eine besondere, mit seiner allgemeinen Auffassung (s. unten) zusammenhängende Erklärung der genannten Stellen bei Baron Jahrb. a. a. D. S. 128 fg. [[Cf. XLVI. 169: Uebergabe der Schlüssel gewährt möglicher Weise nicht einmal Detention.]] [Vgl. auch ⁸.]

* Die mehr früher, als gegenwärtig herrschende Meinung definiert die zum Besitzwerb nötige thatsächliche Gewalt nach Savigny als: unmittelbare und gegenwärtige Möglichkeit beliebiger (und ausschließlicher, vgl. ⁴) Einwirkung auf die Sache. Diese Formulierung ist in der neueren Zeit angegriffen worden, namentlich von Brinz, Baron, Jhering, Strohal, Pininski a. a. DD. S. unten. Eine „Modification“ derselben bei Goldschmidt Handelsr. I. 2 S. 1233 Möglichkeit der Einwirkung, welche nach vernünftiger Lebenssitte als eine gegenwärtige betrachtet wird; dagegen Meißcheider S. 227¹; vgl. Kanda § 11⁶ (der selbst an der Savigny'schen Formulierung [im Ganzen] festhält S. 39 fg. 403 fg.), Pininski I S. 55. Goldschmidt Studien zum Besitz. (1888) S. 2 fg.: ein Machtverhältniß, welches dem Gemeinbewußtsein als thatsächliche Herrschaft erscheint. Ähnlich wie Goldschmidt Handelsr. Bruns in v. Holtz. Encycl. § 30, Bekker S. 190, Kohler Grünh. JS. XIV S. 164. Kunze S. 102 fg. [: es entscheidet die jeweilige Verkehrsanschauung und der mos regionis]. [[Seß Abhandlungen aus dem Civil- u. Strafr. Hamb. 1892 S. 1 fg.: „Nach der Ansicht der Verkehrsgenossen.“ „Sicherheit der künftigen Einwirkung.“]] Ueber und gegen die Ansicht von Lang S. 170 fg. s. Baron Jahrb. S. 39—52, Meißcheider S. 230, über und gegen die von Baron s. Kanda § 11¹¹, Rudorff Anhang N. 11, Erner S. 109 fg., Meißcheider S. 230. — Ein Versuch einer neuen Formulierung des Begriffs der Macht über die Sache bei v. Liebe S. 5 fg. Vgl. noch Cosack der Besitz des Erben S. 18 fg. — Nach Jhering's (a. a. D.) Ansicht hat die Apprehension gar nicht die Bedeutung der Erlangung der thatsächlichen Gewalt, sondern die der Constatirung des Eigenthumswillens. Diese Constatirung, führt Jhering weiter aus, hat im Uebrigen dadurch zu geschehen, daß man die Sache in eine Lage bringt, wie sie der Eigenthümer zu haben pflegt, bei Grundstücken aber, welche frei und offen liegen, genügt Gegenwart der Parteien beim Grundstück, welche Gegenwart aber eben nur Form des Ausdrucks des Willens, nicht Mittel der Begründung der thatsächlichen Gewalt ist. Diese Ansicht hat auf den ersten Blick etwas Anmuthendes, ja Bestechendes, ja Versteckendes auf die Art und Weise des Eigenthümers einen festen Anhalt für die Entscheidung von Detailfragen zu gewähren scheint — obgleich doch auch in dieser Beziehung

zu fragen wäre, warum von Art und Weise des Eigentümers, und nicht allgemeiner von Art und Weise desjenigen, der sich eine Sache aneignen will, gesprochen werden soll; die Art und Weise desjenigen, der sich eine Sache aneignen will, ohne Eigentum zu sich zuzuschreiben oder in Anspruch zu nehmen, ist keine andere, als die des Eigentümersberechtigten. Es scheidet aber Ihering's Ansicht nach meiner Meinung an dem besonderen R. der frei und offen liegenden Grundstücke (*). Ihering hat weder nachgewiesen, warum die Constatirung des Eigentumswillens bei diesen in anderer Weise zu erfolgen habe, als bei den übrigen Sachen (f. S. 176 [200]), noch, daß die Auffassung der Gegenwart beim Grundstück als eines Mittels zur Constatirung des Eigentumswillens quellenmäßig ist. S. gegen Ihering auch Randa § 1a S. 87 fg., Pininski I S. 160 fg. 880 fg., Strohal Succession S. 127 fg. S. andererseits Scherl S. 73, welcher Schriftsteller aber im Princip an Savigny's Lehre festhält. Im Uebrigen wird nicht bestritten werden dürfen, daß Ihering's Polemik gegen die Savigny'sche Formulirung manches Treffende enthält, und auch ich bin dadurch bestimmt worden, sie in früheren Ausgaben dieses Lehrbuchs festgehalten worden war, fallen zu lassen. Im Wesentlichen übereinstimmend mit dem hier Gelehrten Erner a. a. O. und Meißcheider a. a. O. (welcher übrigens auch hier dem r. R. Unklarheit, Unsicherheit und Unfertigkeit vorwirft). — Strohal Succession S. 67 fg. verlangt (für den Besitzwerb an besitzlosen Sachen, vgl. ¹⁰) die „factische auf Dauer veranlagte Ausübung des wesentlichen Eigentumsinhalts“. Dagegen Hölder tr. BZS. XXIX S. 402 fg., Ed ZS. f. JH. XXXII S. 600 fg. — Pininski will an die Stelle der Kategorie der tatsächlichen Gewalt die Kategorie des wirtschaftlichen Dienens der Sache, der wirtschaftlichen Verbindung der Sache mit der Person, setzen. Das sind doch nur Bilder, und die wirtschaftliche Verbindung, wie mir scheint, ein recht unbrauchbares Bild; unter dem Dienen der Sache aber, sollte man sagen, läßt sich nichts Anderes verstehen, als daß die Sache der Person gehorcht, und sie gehorcht der Person dann, wenn die Person die Macht hat, über sie zu verfügen. Durch die Schrift von Pininski geht aber noch ein anderer Gedanke, nämlich daß der Besitz nur dadurch erworben wird, daß die Person der Sache die Bestimmung zum wirtschaftlichen Dienen durch eine Behandlung ihres Körpers ausdrückt. In Folge davon sieht Pininski in jedem in den Quellen erkennbaren Fall des Besitzwerbes ohne körperliche Behandlung eine Ausnahme, die er zu rechtfertigen sich für verpflichtet hält und bemüht ist, und beschränkt theilweise die Quellenentscheidungen gegen ihren Wortlaut, wie er denn im Besonderen das *introitus in fundum* der Quellen als „wirtschaftliches Beziehen“ erklärt und der ihm sehr unbequemen l. 13 § 2 D. 41, 2 (*demonstratio ex turre*) einen ganz engen Raum anweist. Pininski's Grundauffassung hat Anklang gefunden bei Hegelsberger Gött. gel. Anz. 1885 S. 886; gegen dieselbe Lotmar Jarnde's litt. Centralblatt 1885 S. 1419 fg., Zöll Grünh. Zeitschr. XIII S. 254 fg., Ed ZS. f. JH. XXXIV S. 594 fg., Hölder tr. BZS. XXXII S. 971 fg. — Statt von wirtschaftlicher Verbindung spricht Brinz von tatsächlicher Verbindung. Vgl. § 149¹. [[Schuppe (§ 148*) setzt an die Stelle der tatsächlichen Gewalt die Kategorie der tatsächlichen Benützung, welche die Benützung anderer ausschließt. Dazu gehöre allerdings auch tatsächliche Gewalt; welche? hänge von der Natur der Sache ab (was ist nothwendig, damit die Verwendung der Sache möglich sei?) Benützung sei auch die Nichtveränderung der räumlichen Lage, in welcher die Sache sich befindet (S. 18 fg. 68 fg. 99 fg. 127 fg.). — Beller: „Gewahrjam“ f. ob. § 148*.]] [Salvoilles (§ 148*) p. 728 suiv. kommt zu dem Ergebnis: das *Corpus possessionis* ist ein Thatbestand, welcher geeignet ist,

Die Beseitigung kann mit oder ohne Willen des Inhabers der bestehenden tatsächlichen Gewalt erfolgen. Mit seinem Willen: insbesondere^{8a} durch Uebergabe (Tradition) der Sache⁹. Besondere Regeln

zwischen demjenigen, auf den er sich bezieht, und der Sache, die er zum Object hat, eine dauerhafte Beziehung der wirtschaftlichen Aneignung klar zu stellen, eine Beziehung der Ausbeutung der Sache im Dienste der Person (p. 758)]. Klein § 148 (*) §. 1—85 [untersucht die Entwicklung der Erfordernisse des Besitz-erwerbes im r. R. Er nimmt an, daß bei Mobilien das körperliche Berühren, bei Grundstücken das Betreten ursprünglich als unerlässlich galt, im Laufe der Zeit aber die Ansicht auftrat und mehr und mehr Boden gewann, daß der Besitz auch ohne diese beiden Acte erworben werden könne. §. auch Saleilles (§ 148* p. 132 suiv.). Das Erforderniß des animus hält Kl. für höchst auffällig und künstlich. Er glaubt, daß die Erfordernisse des Besitz-erwerbes sich nach dem Muster des Mancipationsactes festgestellt haben, während doch eher umgekehrt anzunehmen ist, daß in den Mancipationsact ein Act der Besitzergreifung, wie man sie schon damals verstand, Aufnahme gefunden hat. Vgl. auch gegen Klein Dertmann (§ 148*) §. 199 fg. — Hirsch (das.) verlangt zum Besitz-erwerb den Willen, Besitzer zu sein, d. h. die Sache in ihrer Totalität, in der Allgemeinheit ihrer Beziehungen zu beherrschen, (man kann auch sagen animus domini) (§. 537 fg.), eine Aeußerung dieses Willens, d. h. eine Aeußerung, durch welche hinlänglich deutlich der Allgemeinheit gegenüber zu Tage tritt, daß nunmehr dieser Wille für diese Sache der entscheidende ist (§. 57) und endlich, daß der Verwirklichung des Besitzwillens weder räumlich noch zeitlich irgend ein Hinderniß entgegenstehe, also Gegenwart der Person (§. 55) nämlich bei der zu erwerbenden Sache. Daß nun in l. 55 D. 41, 1 Gegenwart des Schlingensellers bei der Schlinge zum Besitz-erwerb vorausgesetzt werde (§. 62 fg.), mag man für möglich halten, obwohl es m. E. zu verwerfen ist; daß die Uebergabe von Waaren mittels Uebergabe der Schlüssel zum Speicher, der sie enthält, Uebergabe vor dem Speicher voraussetzt, (§. 133 fg.) mag nach l. 74 D. 18, 1 angenommen werden, obwohl es m. E. richtiger ist, nach l. 9 § 6 D. 41, 1, l. 1 § 21 D. 41, 2, § 45 I. 2, 1 dieß Erforderniß nicht anzunehmen; dagegen auch Saleilles p. 703 suiv.; ein Grundstück, das man von einem Thurme sieht (§. 199 fg.) (l. 18 § 2 D. 41, 2), mag allenfalls noch als gegenwärtig angesehen werden; daß aber in derselben Stelle der Verkäufer bei Niederlegung der Waaren im Hause des abwesenden Käufers zugleich als Vertreter des letzteren handelt, also ein Vertreter des Empfängers bei der Tradition anwesend ist (§. 157 fg.), ist doch nichts als ein Verlegenheitsausweg (§. dagegen auch Leist fr. BZS. XXXVI §. 191, Saleilles p. 139 suiv.⁷⁾ Vermond p. 44 suiv.: Principiell ist körperliche Ergreifung erforderlich, sie kann aber im Falle der Tradition ersetzt werden durch Herstellung der Möglichkeit unmittelbarer Ergreifung oder durch Niederlegung im Hause.]

^{8a} Vgl. § 155^{ac}.

⁹ Die Quellen sagen sowohl tradere rom als tradere possessionem. Im engeren Sinne bezeichnet aber der Ausdruck tradere nur die unmittelbare Uebergabe von Hand zu Hand, und ist daher nur auf bewegliche Sachen anwendbar; specielle Ausdrücke für die Besitzübergabe bei Grundstücken sind: inducere in possessionem, mittere in possessionem. Zur Verstärkung wird zu possessio das Wort vacua hinzugefügt: tradere vacuum possessionem, mittere oder inducere in vacuum possessionem. Vgl. l. 36 D. 2, 14, l. 77 D. 6, 1, l.

gelten für diesen Fall des Besizerwerbes nicht¹⁰. Dagegen gilt für

4 pr. D. 22, 1, l. 18 § 2. l. 33. 34 pr. D. 41, 2, l. 5. 12 D. 43, 16, l. 35 § 1 D 39, 5. Zu l. 33. 34 pr. citt. vgl. Kohler ACPr. LXIX S. 176 fg., Pininski II S. 28 fg. — Eine außerordentlich eigenthümliche Ansicht über „vacuae possessionis traditio“ hat in der neueren Zeit Esmarch in seiner unter diesem Titel erschienenen Schrift (1878) aufgestellt. Nach dieser Ansicht soll unter vacuae possessionis traditio nicht körperliche Hingabe zu verstehen sein, sondern ein auf Ueberlassung des Besizes gerichteter Vertrag, durch welchen der Besiz nicht als körperliches Haben, sondern als Vermögensding, mit der Bedeutung auf den Nehmer übergehe, daß dieser das H. erwerbe, den Nutzen und Ertrag der Sache seinem Vermögen einzurechnen und sich der Sache einseitig zu bemächtigen, sowie alle sonstigen an den Besiz sich anknüpfenden Vortheile, wie z. B. die Beflagtenrolle, Freiheit von Caution, auch dem Tradenten gegenüber den Interdictenschutz, erlange. Man darf behaupten, daß Esmarch diese weitgehenden Aufstellungen nicht bewiesen hat. Dawider auch § 51 der fr. VZS. XVI S. 538 fg., Wendt Faust. S. 233 fg., Pininski I S. 309 fg.; nicht ganz ablehnend Randa § 15¹⁴; theilweise zustimmend Brunner zur Geschichte der röm. u. germ. Urkunde I S. 119⁵. — Tradens bezeichnet nicht nothwendig die Uebergabe zu juristischem Besiz. Vgl. z. B. l. 20 D. 13, 6, l. 1 § 36. 37 D. 16, 3, l. 31 D. 19, 2. Die Einheit des Traditionsactes betont Kohler ACPr. LXIX S. 152 fg. Vgl. dagegen Rniep Vacua possessio S. 308 fg.

¹⁰ Die l. 1 C. 8, 53 [54] beantwortet nicht die Frage, ob Besiz erworben, sondern ob er mit Willen des bisherigen Besizers erworben sei. Vgl. über diese Stelle Savigny S. 244—247 (220—221), Rudorff Anhang S. 562 und Nr. 63, Holzschuher II § 106 Nr. 1 a, Baron (*) S. 62, Erner (*) S. 156, Jhering Besitzschutz S. 206 der 2. Aufl., Dernburg Preuß. Privatr. I § 152⁵. Pand. I § 178¹⁵, Goldschmidt Handelsr. 1. Aufl. I S. 639—640, Brunner (*) S. 115 (welcher eine Singularität für Slaven annimmt), Pininski I S. 399 fg. (ebenso). Scheurl S. 100, Goldschmidt Studien zum Besiz. S. 4. [Saleilles p. 715 suiv.] — Der im Texte aufgestellte, im Uebrigen allgemein anerkannte Satz ist in der neueren Zeit von zwei Schriftstellern bestritten worden. 1) Brinz Jahrb. des gem. R. III S. 16 fg. (1859) und Pand. 2. Aufl. § 138 (s. auch S. 503) leugnet ihn für den Fall, wo die Traditio den Besiz als solchen zum Gegenstand habe, nicht das Eigenthum. Er behauptet, in dem bezeichneten Falle liege eine Succession in den Besiz vor. Besiz also werde nur insofern erworben, als der Uebertragende selbst besize und das Uebertragungsgeschäft gültig sei. Aber warum sollte derjenige, welchem eine Sache von einem Andern übergeben worden ist, genöthigt sein, sich auf die Traditio zu berufen, und sich demnach die Fehler der Traditio anrechnen zu lassen, warum sollte er nicht einfach dabei stehen bleiben können, daß er die Sache habe und haben wolle? Brinz meint (Pand. S. 511), er wolle den Besiz nur aus des Besizers Hand haben, nicht einseitig; das Gegentheil leuchte nicht ein. Ist das ein Beweis? Ich weiß doch nicht, ob nicht mit dem gleichen Recht gesagt werden könne, der Brinz'sche Satz leuchte nicht ein. Unter den von Brinz angeführten Quellenstellen ist diejenige, welche verhältnismäßig noch am meisten für ihn spricht, l. 11 D. 41, 1; aber auch diese will nicht sagen, daß, wer von einem Pupillen ohne Auctoritas des Tutor erwerbe, nicht Besizer werde, sondern nur, daß er nicht durch die — rlich nicht anerkannte — Veräußerung des Pupillen Besizer werde (vgl. Savigny S. 418⁵ [S. 355⁴]). Vgl. gegen Brinz auch H. Witte ZS. f. CM. u. Pr.

den Fall, wo die thatsächliche Gewalt ohne den Willen des bisherigen Inhabers erlangt wird, die positive Vorschrift, daß der Besitz an

R. F. XVIII S. 237—249, Sintenis § 44^a, Bangerow I § 202 Anm. (7. Aufl.), Randa § 15, Rudorff Anh. Nr. 15. Besser R. d. Bes. S. 312 nimmt auf Grund von l. 11 cit. eine „Spaltung unter den römischen Besitzlehren“ an. 2) Was Brinz von der possessionis traditio, lehrt Esmarck (*) von der „vacuae possessionis traditio“. Wenn in Folge von vacuae possessionis traditio der Besitz wirklich ergriffen werde, so sei das nicht Occupation, sondern Ausübung des bereits erworbenen „Besitzes“ (f. *), also unwirksam, wenn durch das Uebertragungsgeschäft wegen eines juristischen Mangels „Besitz“ nicht erworben worden sei. Ein Mehreres an Quellenmaterial, als von Brinz, ist in dieser Schrift nicht beigebracht. Vgl. auch Randa § 15¹⁴, Brinz Pand. 2. Aufl. I S. 508. — Seit dem Erscheinen der 6. Auflage hat der Gedanke der Succession in den Besitz weitere Verbreitung gefunden. Der Ausgangspunkt dabei ist die Auffassung des Besitzes als einer Stellung (§ 148¹¹). In der That, wenn der Besitz nicht ein tatsächliches Verhältniß, sondern eine Stellung ist, so läßt sich aus logischen Gründen nicht bestreiten, daß diese Stellung übertragen werden könne; es ist nur zu fragen, ob das r. R. in der Loslösung des Besitzes von seiner thatsächlichen Grundlage bis zu diesem Punkte fortgeschritten sei. Hierher gehört vor allem das bereits § 148* citirte Werk von Strohal, Succession in den Besitz nach r. u. heut. R., 1885. Doch verlangt Strohal für den Besitzwerb desjenigen, der durch den Besitzübertragungsvertrag zum Besitzer gemacht werden soll, für die regelmäßigen Fälle noch „ein gewisses Traditions corpus“ (Betreten des Grundstücks, Gegenwart der Sache, Uebergabe der Schlüssel, Signiren, Uebergabe der Erwerbsurkunde); ganz fehle es an dem „Traditions corpus“ bei der brevi manu traditio, dem constitutum possessorium und der societas omnium bonorum. Gegen Strohal hat sich ausgesprochen Kohler Grünh. JS. XIV S. 162 fg. Anders die Besprechungen der Strohal'schen Schrift von Regelsberger, Ed, Pfersche. Regelsberger Gdt. gel. Anzeigen 1885 S. 886: die allmähige Verflüchtigung des körperlichen Momentes und die Anerkennung einer Succession in den Besitz sind die Ausläufer der Entwidlung; Ed JS. für HR. XXXII S. 601: die Abschwächung des Traditions corpus muß folgerichtig zur Succession in den Besitz führen, dieselbe ist für das heutige R. nicht abzuweisen; Pfersche Grünh. JS. XIV S. 164. Und schon vor Strohal Seligsohn Gruch. Beitr. XXVI S. 316 fg. 593 fg., 1882: in den Besitz kann succedit werden, insofern Besitz = ius possessionis ist. Einen ganz anderen Begriff verbindet mit dem Ausdruck Succession in den Besitz Scheurl. Er versteht darunter (S. 10. 11. 77. 78. 86 fg.) nicht die Succession in die Stellung des Tradenten, sondern in das natürliche Verhältniß desselben zur Sache. Ebenso, wenn ich ihn recht verstehe, Hölder fr. VJS. XXIX S. 408 fg. [Gegen die Succession Dernburg I § 177 a. E., für dieselbe Hirsch S. 258 fg. Tartufari I p. 40. 77 sg., Biermann traditio ficta. Stuttgart. 1891. S. 395 fg. vgl. S. 144. 213. 288 fg.] — Dieß leitet über zu dem nicht bloß von diesen Schriftstellern, sondern auch sonst mehrfach in der neueren Literatur ausgesprochenen Gedanken, daß an das „Traditions corpus“ geringere Anforderungen zu stellen seien, als an das „Occupations corpus“, m. a. W. daß das Vorhandensein der thatsächlichen Herrschaft beim Traditionsempfänger eher anzunehmen sei, als bei dem Occupanten, eben wegen der für den Tradenten bereits begründeten thatsächlichen Herrschaft, auf welche er zu Gunsten des Empfängers verzichte. Freilich führt

einem Grundstück durch heimliche Bemächtigung nicht erworben werden kann. Das Nähere hierüber in der Lehre vom Verlust des Besizes.

§ 154.

Der Aneignungswille* kann ausdrücklich erklärt werden, oder was das Gewöhnlichere ist, in anderen Handlungen hervortreten¹; er kann sogleich bei der Erlangung der thatsächlichen Gewalt vorhanden sein, oder derselben erst nachfolgen².

diese an und für sich gewiß berechtigte Auffassung in ihrer Steigerung oder Ueberspannung zurück zu dem Satze, daß der Besiz durch bloßen Vertrag übertragen werde, ohne daß Gegenwart des Besizerwerbers bei der Sache erforderlich sei, wie dieß wirklich Bähr Jahrb. für Dogm. XXVI S. 316 fg. behauptet. Ebenso Dernburg I § 178 g. E. [[Biermann a. a. D. (Die Praxis ist von jeher geneigt gewesen, die Besizübertragung durch bloße Erklärung anzunehmen.) S. nam. S. 363 fg.]] [S. 396 fg.] Pininski II S. 1 fg., indem er auf die von Brinz aus seiner Auffassung gezogenen praktischen Consequenzen zurückgreift, behauptet, daß zwar nicht der Besizerwerb des Traditionsempfängers überhaupt, aber wohl sein Besizerwerb in den Fällen des „abgeschwächten Traditions corpus“ von der Gültigkeit des Traditionsgeschäfts und von dem Vorhandensein des Besizes in der Person des Tradenten abhängt. — Geht nach heutigem Handelsr. der Besiz durch Uebergabe des Commolements oder anderer Waarenpapiere über? Vgl. Thöl Handelsr. I § 80, Jhering Jahrb. f. Dogm. I S. 176 fg.; Exner a. a. D. S. 186 fg. und fr. BZS. XIII S. 313 fg.; Goldschmidt Handelsr. 1. Aufl. I § 73 fg., Hauser Stellvertreter im Besize S. 86 fg. (vgl. § 155^a). Cf. I. 8. 396, II. 86, IV. 232, VI. 241, VII. 8. Besizübertragung an Schiffen durch Uebergabe der Eigenthumspapiere? Vgl. Savigny 7. Aufl. S. 323¹, Goldschmidt Handelsr. S. 639, Hauser a. a. D. S. 55 fg.; Goldschmidt a. a. D. § 79¹⁰, Exner fr. BZS. XIII S. 307 fg.

§ 154.

* Von dem „animus possidendi“ handelt Pininski (§ 148 Note *) im Besonderen II S. 148 fg. 367 fg. 539 fg. Der Grundgedanke seiner Ausführungen ist, daß entscheidend sei nicht der innere Willensentschluß, sondern die äußere Willenserklärung. Ueber die Auffassung Jhering's in seiner Schrift über den Besizwillen f. § 148^a. [Ueber Klein und Hirsch f. ob. § 153^a.] Beweis des Besizwillens: Jhering a. a. D. S. 167 fg. [[Jh. sieht einen Vortheil seiner Theorie darin, daß sie vom Beweise des Besizwillens entbindet.]] Kunze S. 88 fg. [[es muß vom Gegner das Fehlen des animus possid. bewiesen werden.]] [Dazu ob. § 148^a a. E. — Tartufari I p. 208 sg.]] [Besiz ohne Willen: f. § 148³].

¹ Vgl. Cf. XIII. 82, XVIII. 13. Liegt in der Zeichnung einer Sache der Ausdruck eines Aneignungswillens? Möglicherweise ja, möglicherweise nein; 1. 1 § 2. 1. 15 [14] § 1 D. 18, 6. Savigny S. 351 (225), Randa § 11¹⁰, Regelsberger ACPr. XLIX S. 193, Goldschmidt Handelsr. I § 68. [Saleilles p. 708 suiv.] Für die Besizergreifung als Regel, indem er 1. 1 § 2 cit. aus der Besonderheit des Falls erklärt, Kohler in Grünh. BZS. XII S. 1 fg. Zustimmung Dernburg I § 178¹. Vgl. Cf. III. 143. XL. 182 (RG.) [Pininski I S. 295 fg., Hirsch S. 162 fg. — Anschlag: Cf. L. 260.]

² Die Quellen sprechen in diesem Falle davon, daß „solo animo acquiritur

Der Wille, die Sache für sich, wie eine eigene, zu haben, ist zum Erwerbe des Besitzes nicht immer nöthig; in folgenden Fällen wird juristischer Besitz auch ohne diesen Willen anerkannt (s. g. abgeleiteter Besitz, § 149 Note 6. 7):

1) beim Pfandgläubiger; jedoch behält der Verpfänder den Erfindungsbesitz³;

2) bei demjenigen, der eine Sache vergünstigungsweise, aber zum vollen Haben, empfangen hat⁴, auch hier jedoch unbeschadet des

possessio⁴, l. 3 § 3 D. 41, 2, l. 9 § 9 D. 12, 1. Wird der Aneignungswille in Folge einer Gestattung desjenigen gefaßt, für welchen der Inhaber bisher die thatsächliche Gewalt ausübte, so nennt man das heutzutage *brevis manu traditio* (im Gegensatz zu der *longa manu traditio* der l. 79 D. 46, 3); die Quellen sagen: „*res pro tradita est*“, l. 62 pr. D. 21, 2, l. 9 § 1 D. 6, 2. Vgl. l. 9 § 5 D. 41, 1. Cf. XXXIV. 276. Pininsti II S. 100 fg.

³ L. 1 § 15 D. 41, 2, l. 16 D. 41, 3, l. 36 D. 41, 2, l. 15 § 2 D. 2, 8, l. 35 § 1, l. 37 D. 13, 7, l. 40 pr. D. 41, 2. Vgl. Cf. XXXVII. 7. Die genannten Stellen reden nur von dem Faustpfandgläubiger; für die Gleichstellung des (den natürlichen Besitz erlangenden) Hypothekargläubigers s. Sintenis Pfandr. S. 230 und prakt. Civilr. I § 71¹⁰, Bruns S. 5. 6, Dernburg Pfandr. II S. 53 fg., [Pfand. I § 173, 4], Rudorff Anhang Nr. 86 a. G., Stölzel ACpra. XLV S. 364 fg.; dawider Savigny S. 337³ [294²], Vangerow I § 200¹ Nr. 1. a. Der Grund, weshalb dem Pfandgläubiger der Besitzschutz gegeben worden ist, ist ein rein historischer. Savigny S. 337 fg. (294 fg.). Beller R. d. Bef. S. 163 fg. nimmt an, der Besitz des Faustpfandgläubigers sei Ersatz für den demselben in Folge der „Unfertigkeit“ des r. R. nicht gewährten Rbesitz. Vgl. dazu Wenbt Fauststr. S. 143 fg. Eine andere Auffassung bei Kohler pfandliche Forschungen S. 166 fg. [Vgl. noch Runtze S. 59 fg., Hölder fr. RZS. XXXIV S. 247 fg., Tartufari I p. 291 sg.]

⁴ L. 4 § 1 D. 43, 26, l. 2 § 3. l. 6 § 2 eod., l. 10 § 1 D. 41, 2. Ueber den muthmaßlichen Grund s. ⁷ a. a. Vgl. auch II § 376². In der neueren Zeit ist von verschiedenen Seiten behauptet worden, der Empfänger der precario gegebenen Sache habe den *animus possidendi* wirklich. Hierher gehören Dankwardt Jahrb. f. Dogm. XIV S. 308 fg., Kanda S. 675 fg., Ubbelohde ACpra. LIX S. 236. Dankwardt: „Er wird Besitzer, weil er sich für die Dauer des Verhältnisses, also bis auf Weiteres als Eigentümer der Sache, diese wie ein Geschenk ansehen soll.“ Kanda S. 676: „Derjenige, dem die Ausübung eines R. auf Widerruf zugestanden worden ist, übt dasselbe bis zum erfolgten Widerruf wie ein R., für sich, — in eigenen Namen aus.“ Ubbelohde: „In der precario concessio liegt die Willenserklärung des precario dans an den Precaristen: hier hast du den Körper der Sache, mache damit, was dir beliebt; nur behalte ich mir vor, nach meiner Willkür die Sache zurückzunehmen.“ Nach meiner Meinung enthält es einen Widerspruch, zu sagen, daß der Empfänger des Precariums die Sache wie eine eigene, und zugleich daß er sie als eine dem Geber auf dessen Verlangen herauszugebende haben wolle. Sollte die bezeichnete Auffassung richtig sein, so müßte der Empfänger zeitweiliger Eigentümer werden wollen. Beller S. 175 fg. erklärt den Besitz des Precaristen in gleicher Weise wie den des Faustpfandgläubigers (³); denn „mit dem

beim Hingebenden zurückbleibenden Erfindungsbesitzes⁵;

3) beim Sequester, wenn es die Absicht der Partien gewesen ist, daß auf ihn Besitz übergehen solle, was bei der Sequestration einer streitigen Sache ohne Weiteres anzunehmen ist^{6 7 8}.

[§ 68. f. nach § 155.]

Precarium wird dem Empfänger eine Art von R. an der Sache eingeräumt.“ Scialoja in Studi giuridici e storici pubblicati per l' VIII centenario dell' Università di Bologna p. 3 s. Scheurl S. 52 fg. Bähr Jahrb. f. Dogm. XXVI S. 298 fg. Jhering Besitzwille S. 389 fg. Kunze S. 54 fg. [S. 62 fg.: In den quellenmäßig bezeugten Fällen hat der Precarist zugleich Eigenthümerinteressen. Tartufari I p. 266 sg. Dernburg I § 173, 2.]

⁵ So erklären sich am einfachsten l. 15 § 4 D. 43, 26, l. 3 § 5 D. 41, 2 L. 13 § 7 D. 41, 2 hat weder ursprünglich von der Erfindung gehandelt, noch kann diese Stelle im Sinne der Justinianischen Compilation auf die Erfindung bezogen werden, da in den Erfindungsbesitz des Einen der Besitz eines Andern nur dann eingerechnet werden kann, wenn dieser selbst Erfindungsbesitz hatte, was bei dem Empfänger des Precarium gewiß nicht der Fall ist. Vgl. § 181¹⁰. Doch nehmen Andere, und namentlich Savigny S. 196—199 (183—185), auf Grund dieser Stelle Aufhören auch des Erfindungsbesitzes für den Geber an. Umgekehrt läßt v. d. Hagen (über den nach l. 15 § 4 D. 43, 26 stattfindenden Besitz des precario rogatus und des rogatus, Hamm 1840), welchem Rudorff Anhang Nr. 48. 49 folgt, für den Geber auch den Interdictenbesitz fortbauern. Ebenso Dankwardt Jahrb. f. Dogm. XIV S. 303 fg. Gegen Weides Bangerow I § 200 Anm. 1 Nr. 3. c. Bekker R. d. Bef. S. 176 nimmt Uneinigkeit der Juristen an.

⁶ Von diesem letzteren Falle handelt l. 17 § 1 D. 16, 3 (vgl. pr. eod.), während l. 39 D. 41, 2, welche den Nachweis der bezeichneten Absicht verlangt, von der Sequestration im Allgemeinen spricht. Andere bringen beide Stellen dadurch in Einklang, daß sie in der ersten zu den Worten „deposita est“ als Subject nicht res sondern possessio beziehen; hiernach wäre der Beweis der bezeichneten Absicht unter allen Umständen erforderlich. So namentlich Savigny S. 347 (302), Bruns S. 7, Bangerow I § 200 Anm. 1 Nr. 2. d. Dagegen Böding § 123¹⁰, Ruther Sequestration und Arrest S. 226 fg. Der Letztere sucht die Vereinigung in einer besonderen Auslegung der l. 39 cit.; die Worte derselben „si hoc aperte fuerit approbatum“ sollen von einem „allgemeinen Gewohnheitsr.“ verstanden werden müssen. Es leuchtet nicht ein, was durch diese gezwungene und nahezu unmögliche Auslegung gewonnen wird. S. noch Dernburg Besitz S. 64¹. Pand. I § 173, 5. — Bekker R. d. Bef. S. 180 fg. zweifelt, ob die dem Sequester gewährte possessio juristischer Besitz sei. Mandry ACPr. LXIII S. 17 fg. findet die Erklärung des Besitzes des Sequester in der von ihm aufgestellten Definition des animus possidendi (§ 149¹ a. E.). — J. Boigt der Besitz des Sequester nach dem r. R. 1885. (Darüber Zoll Grünh. 3S. XIV S. 234 fg. Hölber fr. BZS. XXIX S. 480 fg.) Scheurl S. 50 fg. Jhering Besitzwille S. 382 fg. [Kunze S. 66 fg., Hölber fr. BZS. XXXIV S. 237 fg. 248.]

⁷ Von den Meisten wird zu diesen Fällen noch der des Emphyteuta, von Vielen auch der des Superficiar hinzugefügt. Dafür spricht der große Umfang der diesen Personen zustehenden Re, wodurch deren Erscheinung ganz nahe an die

Erscheinung des Eigenthums heranrückt, und daß wahrscheinlich nichts Anderes als die Aehnlichkeit der Erscheinung mit der Erscheinung des Eigenthums der Grund ist, warum selbst das Verhältniß des Precaristen, dessen Wille doch weit hinter dem jener Personen zurückbleibt, als Besitz anerkannt wird. Aber ein Beweis ist das doch immer noch nicht — darf aus Einer Abweichung von der *ratio iuris* auf eine andere geschlossen werden? Und ein Beweis ist auch in dem, was man sonst angeführt hat, nicht enthalten. Man hat sich darauf berufen, daß der *Emphyteuta* und der *Superficiar utilis rei vindicatio* und *utilis negatoria* und *confessoria actio* haben — nach diesem Argument müßte auch der (nicht detinirende) Pfandgläubiger Besitz haben (l. 16 D. 8, 1, l. 16 § 3 D. 20, 1); darauf, daß der *Emphyteuta* die Früchte ohne *Perception* erwerbe, so wie auf die *Pererbllichkeit* und *Veräußerlichkeit* seines *R.* — soll darin ein anderes Argument liegen, als das zu Anfang erwähnte, so ist zu antworten, daß das *R.* des *Emphyteuta* bei aller Steigerung doch immer ein *R.* an fremder Sache geblieben ist, er also nicht den Willen hat, die Sache wie eine eigene zu haben; auf l. 15 § 1 D. 2, 8 — aber die von der Pflicht zur *Cautio* befreiende „*possessio*“ dieser Stelle hat offenbar und anerkanntermaßen einen ganz besonderen Sinn, und in den Worten: „*qui agrum vectigalem possidet*“ das *possidere* als Bezeichnung gerade juristischen Besitzes zu pressen, hier wo es auf juristischen oder nichtjuristischen Besitz, Besitz oder Nichtbesitz, gar nicht ankommt, ist willkürlich; endlich neuerdings auf die Analogie des *ager publicus* — obgleich die Anwendung der *possessorischen Interdicte* auf denselben doch keineswegs sicher ist — und auf die Analogie des *ager provincialis*; das letztere Argument ist nicht ohne Bedeutung, obgleich doch auch hier gefragt werden muß, ob nicht das Eigenthum des römischen Volkes am *fundus provincialis* in viel weiterem Sinne eine bloße theoretische Bedeutung gehabt habe, als das Eigenthum am gewöhnlichen *fundus vectigalis*. Für die *Superficies* ist ein Gegenbeweis in l. 3 § 7 D. 43, 17 enthalten; man hat, um demselben zu entgehen, zu dem sehr unjuristischen Auskunftsmittel gegriffen, einen Besitz am Gebäude ohne den Grund und Boden anzunehmen. Vgl. für die hier nicht angenommene Ansicht Savigny S. 336. 319 (293. 281), Rierulff S. 360. 361, Bruns S. 8—10, Bangerow I § 200 Anm. 1 Nr. 2. b. c., Böcking I § 126⁶⁻⁷ und Grundriß II § 82¹, Sintonis I § 55¹⁰. § 56¹², Schmidt (von Plänenau) Jahrb. d. gem. R. III S. 251¹⁰, Baron Gesamtverhältnisse S. 109. 120, Dankwardt Jahrb. f. Dogm. XIV S. 329, Dernburg I § 173, B. § 259 zu¹². § 260 zu⁹, Fhering Besitzwille S. 370 fg. 385 fg. [Kunze S. 65 fg.]; dawider Savigny S. 331 fg. (298 fg.) (in Betreff der *Superficies*), Rudorff 3S. f. gesch. RW. XI S. 229—233 und Anhang zu Sav. Nr. 85, Arndts 3S. f. CR. u. Pr. R. F. III S. 367 fg. (1847) und Pand. 195³, Emmerich 3S. f. CR. u. Pr. R. F. XVII S. 1 fg. (1860). XX S. 177 fg. (1863), Wächter das *Superficiar-* oder *Platzr.* in: Sammlung von Abhandlungen der Mitglieder der Juristenfacultät zu Leipzig, erster Band (1868) S. 45 fg. (in Betreff der *Superficies*), Degenkolb Platzr. und Miethe (1867) § 11 fg. (ebenso). Hölder fr. V3S. XXXIV S. 237 (*Emphyteuse*). Tartufari I p 282 sg. (*Superficies*) p. 286 sg. (*Emphyteuse*); bei der *Superficies* nimmt aber Tartufari (p. 284 sg.) neben der *iuris possessio* Sachbesitz des *Superficiars* an dem Banwerk an.]

⁶ Ueber den Findex vgl. § 149⁷.

Erwerb des Besitzes durch Stellvertreter*.

§ 155.

Der Besitz kann auch durch einen Anderen erworben werden¹.

1) Dieß ist zunächst so zu denken, daß durch den Anderen nur das Moment der thatsächlichen Gewalt beschafft wird. Ich habe in meiner thatsächlichen Gewalt auch dasjenige, was ein Anderer in seiner thatsächlichen Gewalt hat, vorausgesetzt daß dieser des Willens ist, es nicht für sich, sondern für mich zu haben². Daher besitze ich, was ein Anderer mit dem bezeichneten Willen in seiner thatsächlichen Gewalt hat, vorausgesetzt daß ich des Willens bin, es für mich zu haben³.

a. Wille des Inhabers der thatsächlichen Gewalt, die Sache für

✓ * P. Hauser Stellvertretung im Besitze. Leipzig 1871. (Darüber Exner fr. BZS. XIII S. 305 fg. und Reuling BZS. f. HR. XVI S. 320 fg.), Schloßmann der Besitzerwerb durch Dritte. Leipzig 1881. (Darüber Baron fr. BZS. XXIII S. 511 fg., Kohler Deutsche Literaturzeit. 1882 S. 399 fg., Krüger AcPra. LXVI S. 155 fg., Et BZS. f. HR. XXX S. 289 fg., Czchlarz Grünh. BZS. X S. 145 fg., Mittels Stellvertretung S. 51 fg. Gegen Czchlarz Schloßmann das. S. 583 fg.). — Kniep Vacua possessio S. 210 fg., Schöurl S. 120 fg., Pininski II S. 212 fg. [Tartufari I p. 316 ag., Penel Jahrb. f. Dogm. XXXVI S. 42 fg.]

§ 155. ¹ L. 53. l. 20 § 2 D. 41, 1, § 5 I. 2, 9, l. 1 C. 4, 27, l. 1. 8 C. 7, 32, Paul. sentent. V. 2 § 2. Schloßmann a. a. D. sucht auszuführen, daß das r. R. im Princip Besitzerwerb durch Dritte nicht anerkannt habe, nicht wegen principielle Verwerfung der directen Stellvertretung, sondern wegen des Grundsatzes: per liberam personam acquiri non potest, welchem Grundsatz Schloßmann eine besondere, auf den Schutz der persönlichen Freiheit gerichtete Bedeutung beilegt. Eine Ausnahme habe das r. R. nur für den tutor, den curator und den procurator gemacht; dieser procurator sei aber eine ganz besondere Person gewesen, nicht ein Beauftragter, sondern eine Art Factotum, ein Mann für Alles, ein Alterego (S. 89 fg.). Procuratoren dieser Art seien dem heutigen Leben unbekannt; daher seien für das heutige R. die römischen Bestimmungen auf Leben zu übertragen, der für einen Andern nicht suo nomine Besitz ergreife. Schloßmann hat nur Widerspruch gefunden. Mich hat er ebensowenig überzeugt wie die anderen oben Genannten. Pininski II S. 220 fg. [Vgl. Penel S. 80 fg. unt. 7a.]

² Er muß die Sache für mich haben wollen in der Gesamtheit ihrer Beziehungen, was nicht voraussetzt, daß er sie in jeder einzelnen Beziehung für mich haben will (§ 149). So besitze ich durch den Nießbraucher nicht weniger, als durch den Pächter oder denjenigen, welcher die Sache in meinem Auftrag für mich in Besitz genommen hat.

³ Paul. sentent. V. 2 § 1. „Possessionem adquirimus (et) animo et corpore; animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno“. L. 3 § 12 D. 41, 2. — „animo nostro, corpore etiam alieno possidemus“.

den Andern zu haben^{3a}. Ohne diesen Willen wird der Andere nicht Besitzer⁴; daher kann durch eine willensunfähige Person für einen Andern Besitz nicht erworben werden⁵. Ob dieser Wille vorhanden ist oder nicht, ist eine thatsächliche Frage, welche im einzelnen Fall beantwortet werden muß. Hervorzuheben ist: 1) daß, wer in Folge des Auftrags eines Andern die thatsächliche Gewalt über eine Sache erlangt, nicht nothwendigerweise den Willen zu haben braucht, die Sache für den Andern zu besitzen, sondern daß sein Wille auch darauf gerichtet sein kann, zunächst für sich Besitz zu erwerben, und erst hinterher den Andern zum Besitzer zu machen⁶; 2) daß, wer eine Sache mit dem Auftrage übernimmt, sie an einen Andern abzuliefern, im Zweifel nicht für diesen Andern besitzen will, sondern für den Auftraggeber^{6a}. 3) Bei der Tradition ist entscheidend für die Willens-

^{3a} Der Grundgedanke der Ausführungen Pininski's a. a. D. ist, daß es nicht auf den inneren Willen ankomme sondern auf den äußeren Willensausdruck. S. aber auch § 149⁷ a. E.

⁴ L. 1 § 20 D. 41, 2. „Per procuratorem tutorem curatoremvo possessio nobis acquiritur; cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam duntaxat suam accommodarent, nobis non possunt acquirere“. Dieß gilt selbst für den Sklaven, l. 1 § 19 eod. Vgl. übrigenß Mandry das gem. Familiengüter. I S. 79.

⁵ L. 1 § 9. 10 D. 41, 2.

⁶ Durch diese Unterscheidung löst sich der scheinbare Widerspruch folgender Stellen: l. 13 pr. vgl. l. 20 § 2 D. 41, 1, l. 42 § 1 D. 41, 2. — l. 59 D. 41, 1, l. 2 C. 7, 10, l. 135 § 2 D. 45, 1. u. a. m. Vgl. Savigny S. 345¹ (306³ a. E.), v. Scheurl Beiträge I S. 309. 310. 318 (Jahrb. f. Dogm. II S. 26²), Bremer ZS. f. CR. u. Pr. N. F. XI S. 236—249 (1854), Jhering Jahrb. f. Dogm. I S. 324—335 (1857), Bremer ZS. f. CR. u. Pr. N. F. XX S. 40 fg. 90 fg. (1862). A. M. Schloßmann a. a. D., welcher die zuerst genannten Stellen aus dem von ihm aufgestellten Begriff des procurator (¹) erklärt und behauptet, der bloße Mandatar habe nach r. R. den Besitz für sich auch dann erworben, wenn er ihn für den Mandanten habe erwerben wollen (S. 80). Pininski II S. 216 fg. — Im Besonderen über den Einkaufskommissionär s. Goldschmidt Handelsr. 1. Aufl. I S. 615 fg., Grünhut R. des Kommissionshandels § 42, S. V. 112. 253, XII. 122, XXX. 231. Vgl. noch das. X. 134, VII. 7 (Frachtfuhrmann); II. 286, V. 56. 60, VIII. 76, IX. 128 (Spediteur); f. ferner die in Note⁸ citirten Erkenntnisse. Goldschmidt Handelsr. 1. Aufl. I S. 617 fg. 753 fg.

^{6a} Vgl. l. 2 § 6 D. 39, 5, l. 8 C. 4, 10. Anders, wenn die Sache im Auftrage desjenigen übernommen wird, an welchen sie abgeliefert werden soll, l. 65 pr. D. 41, 1, l. 14 § 17 D. 47, 2. Besondere Anwendung auf Frachtfuhrmann, Eisenbahn, Post, Schiffer, Spediteur: Goldschmidt Handelsr. 1. Aufl. I S. 617 fg. S. f. II. 286, V. 60, VII. 7, VIII. 76, IX. 128, XV. 48. — Eine Ausnahme nimmt Goldschmidt § 73—76 für den Fall des Connossements an, ebenso für jeden andern Fall, wo die Uebergabe in dem Sinn geschieht, daß die Auslieferung des Gutes nur an den legitimirten Inhaber eines vom Ueber-

richtung des Empfängers die Erklärung des Tradenten, in dem Sinn daß, wenn der Empfänger gegen dieselbe keinen Widerspruch einlegt, obgleich er sich über ihren Inhalt nicht im Irrthum befindet, er sich eben dadurch diesen Inhalt aneignet, und ein etwa bei ihm vorhandener gegentheiliger Wille, weil nicht geäußert, nicht in Betracht kommt^{7-7a}. — Der Wille, die Sache für einen Andern zu haben,

nehmer ausgestellten Empfangscheines (Ladeschein und Lagerchein des HGB., aber nicht diese allein, s. Goldschmidt S. 755 fg.) gegen Rückgabe desselben erfolgen solle; in diesem Fall gehe der Wille des Uebernehmers dahin, die Sache für denjenigen zu betitulen, welchem er zur Auslieferung verbunden sei. Im Wesentlichen übereinstimmend Hausser S. 86 fg., im Resultat des Besitzüberganges auf den Empfänger des Connossements auch Meißcheider S. 302 fg., Randa Eigenthumsr. § 12¹⁰. Beachtenswerthe Gründe dagegen bei Exner fr. PZS. XIII S. 314 fg. Dafür RÖ. V S. 79 fg. — Hausser S. 62 fg. nimmt auch in dem Falle sofortigen Besitzwerb durch den Adressaten an, wo das Gut an eine von ihm bezeichnete Person zur einstweiligen Aufbewahrung für ihn übergeben worden ist; vgl. hierzu Goldschmidt § 66²⁰⁻²², auch Exner fr. PZS. XIII S. 309 fg.

⁷ Dieß gilt 1) für den Fall, wo dem Empfänger für einen Andern übergeben wird, und sein nicht geäußertes Wille darauf gerichtet ist, den Besitz für sich zu erwerben. Von diesem Falle ist zu verstehen l. 13 D. 39, 5. Früher lehrte man auf Grund dieser Stelle, daß bei der Tradition der Wille des Tradenten in Betreff der Person des Besitzwerbers schlechthin entscheidend sei. Savigny S. 353 (306). Es ist das Verdict Bremer's PZS. f. GR. u. Pr. N. F. XI S. 249 fg., dieser Erklärung gegenüber die ältere des Donellus wieder zur Geltung gebracht zu haben, durch welche der Inhalt der Stelle mit anerkannten A Grundfäßen in Einklang tritt; s. auch Jhering Jahrb. f. Dogm. I S. 320, Scheurl das. II S. 26 zur Lehre vom r. Besitzr. S. 127, Schirmer PZS. f. GR. u. Pr. N. F. XI S. 458 fg. XIV S. 167 fg., P. Witte das. XVIII S. 286 fg., Bremer das. XX S. 53 fg., Meißcheider S. 271 fg., Wächter I S. 69, Pininski II S. 542 fg.; dawider mit ungenügenden Gründen Exner Besitzwerb durch Tradition S. 186²⁹, s. auch Randa § 20²⁷. Eine besondere Auffassung bei Hausser S. 19 fg. Wenn die genannten Schriftsteller (theilweise) ferner behaupten, daß l. 37 § 6 D. 41, 1 von dem umgekehrten Fall zu verstehen sei, wenn der Empfänger seinen gegentheiligen Willen beim Empfang an den Tag gelegt habe (in besonderer Weise auch hier Hausser S. 20), so ist dieß zwar viel weniger unzweifelhaft; es ist jedoch zuzugeben, daß, wenn die genannten Stellen überhaupt vereinigt werden sollen, diese Erklärung immer noch den Vorzug verdient vor der gewöhnlichkeit (so auch neuerdings Zoll in dem unten bezichneten Aufsatz): nihil agetur, d. h. ex mente procuratoris, anders ex mente tradentis. Was Bangerow I § 205 hiergegen bemerkt, übersieht, daß l. 37 § 6 cit. zunächst nicht vom Besitz, sondern vom Eigenthumserwerbe spricht. S. auch Arndts § 140⁴. Andere nehmen einen Widerspruch der Quellen an, s. Bangerow u. Exner a. a. O., Brinz 2. Aufl. I S. 521. Einen Widerspruch nehmen auch an Bekker S. 218 und Schloßmann Grünh. PZS. VIII S. 429 fg.; aber der Erste versteht die Stellen von dem Fall eines Mißverständnisses, der Zweite sucht auszuführen, daß die Stellen nicht die Besitzes- sondern nur die Eigenthumsfrage behandeln, und zwar nur für den Fall der Schenkung. Mit den beiden

letzten Punkten ist einverstanden Zoll Grönh. JS. IX S. 37 fg.; gegen denselben im Uebrigen Schloßmann das. IX S. 329 fg. In l. 43 § 1 D. 47, 2 tritt Besitzergwerb für den vom Tradenten Bezeichneten deswegen nicht ein, weil dieser den Besitzswillen nicht hat (der Empfänger ist „falsus procurator“). Für den Widerspruch Pininski a. a. D. S. 544 fg., ein Vereinigungsversuch bei Scheurl a. a. D. S. 128. Die hier aufgestellte Regel gilt aber 2) in gleicher Weise auch für den umgekehrten Fall, wo der Tradent dem Empfänger für sich (den Empfänger) zu übergeben erklärt, und dieser den nichtausgesprochenen Willen hat, den Besitz für einen Andern zu erwerben. D. h. es wird auch in diesem Fall durch die Tradition Besitzer der vom Tradenten Bezeichnete, also der Empfänger, nicht der Andere; es kann freilich der Empfänger den Andern sofort zum Besitzer machen (durch constitutum possessorium, Note⁶). A. M. Bremer JS. f. CR. u. Pr. N. F. XX S. 25 fg. (1863), indem er den Traditionswillen dahin auslegt, daß derselbe die Person des Habensollenden unbestimmt lasse. M. E. ist dieß zwar möglich, aber nicht notwendig; wer es in einem gegebenen Fall behauptet, wird es nachweisen müssen. So auch Thering Jahrb. f. Dogm. I S. 319 fg., Pagenstecher Eigenthum II S. 204. 205, während Randa S. 566 fg. (vgl. denf. Eigenthumstr. S. 259 fg.), Arnolds § 145², Dernburg Preuß. Privatr. I § 154², Meißcheider sich für die Ansicht Bremer's erklären. Vgl. auch Häuser S. 18, Exner Akwerb durch Tradition S. 139⁴⁶, Goldschmidt Handelsr. I S. 66⁷. S. noch Puchta de dominio rerum per procuratorem acquirendo (fl. civil. Schriften Nr. XXXII), Scheurl Beiträge I S. 208 fg. Ein Beweis für die hier verteidigte Ansicht, wenn gleich kein durchaus entscheidender, liegt auch in l. 13 pr. D. 41, 1 (Gegenbemerkungen von Bremer S. 52. 53). Cf. XV. 100. 3) In gleicher Weise gilt endlich die aufgestellte Regel auch für den Fall, wo der Tradent für A zu übergeben erklärt und der Empfänger den nicht ausgesprochenen Willen hat, für B zu nehmen. Vgl. Cf. XXX. 8, XLII. 283. 285. RG. XI S. 128. [Witten der Diffens über die Person des Empfängers beim Traditionserwerb durch Stellvertreter. Hall. Diff. 1895 bef. S. 50 fg.]

[⁷ Eine ganz andere Theorie über den Besitzergwerb durch Stellvertreter verteidigt Venel (*). E. führt aus: Der l. 1 § 20 D. 41, 2 liegt zwar die Auffassung zu Grunde, daß die Frage wem der Vertreter den Besitz erwerbe, sich nach seinem Willen entscheide; dieß ist aber nur eine theoretische Construction, welche den römischen Einzelentscheidungen gegenüber nicht ins Gewicht fallen kann, wenn sie praktisch unmöglich ist (S. 45). Das letztere ist der Fall, weil die Richtung des Willens des Vertreters nicht zu ermitteln ist (S. 46 fg.) und weil, selbst wenn das der Fall wäre, die Abordnung verständiger und erträglicher Weise danach über Besitz (und Eigenthum) nicht entscheiden könnte (S. 50 fg.). Entscheidend ist vielmehr die durch die causa der Besitzergwerbung objectiv bezeichnete typische Interessenlage (S. 58. 60. 67. 68 fg.). Diese Lehre ist mit gewohntem Scharfsinn im Einzelnen durchgeführt, aber m. E. gleichwohl nicht haltbar. Allerdings entscheidet bei jeder Uebergabe über die Frage, ob überhaupt juristischer Besitz oder nur Detention übergeht, der rliche Zusammenhang, in welchem die Uebergabe erfolgt. (Vgl. ob. §§ 148⁴⁴.) Daß jedoch eine zum Zwecke der Eigenthumsverschaffung erfolgende Tradition juristischen Besitz überträgt, steht fest. Die Frage, auf wen Besitz und Eigenthum übergehe, wird durch die causa der Leistung allerdings beeinflusst und zwar wegen des zwischen Tradition und causa obwaltenden Verhältnisses von Zweck und Mittel, ein Gedanke, der auch bei l. S. 66 zum Durchbruch kommt. Es ist also im Allgemeinen ganz richtig, daß,

wenn einem Vertreter tradirt wird, zur Erfüllung einer für den Vertretenen begründeten Forderung, gleichviel, ob diese durch den Vertretenen selbst oder durch ein in seinem Namen geschlossenes Rgeschäft des Vertreters begründet wurde, unmittelbar der Vertretene juristische Besitz und Eigenthum erwirbt (R. §. 58 fg.); denn nur dieß ist das geeignete Mittel, die causa, die Tilgung der Verbindlichkeit, zu erreichen, und steht fest, daß dieß der Zweck der Uebergabe war, so ist anzunehmen, daß auch das Mittel gewollt wurde. Wenn aber Tradent und Empfänger um einen einfachen Fall zu nehmen, ausdrücklich erklären, daß der Empfänger selbst Besitzer und Eigenthümer werden sollte, obwohl als causa traditionis die Tilgung der Forderung des Vertretenen verabredet wird, so findet nicht Besitz- und Eigenthumsübergang dem erklärten Willen zuwider an den Vertretenen statt, sondern gemäß dem Parteiwillen an den Vertreter und die causa traditionis wird verfehlt, oder wird erst nachträglich erreicht, wenn der Gläubiger das beobachtete Verfahren rathabirt. Wenn der Zweck der Befreiung des Tradenten durch Uebereignung der Sache an den Vertreter erreicht werden kann, wegen eines zweiten zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen vereinbarten Causalverhältnisses, z. B. weil der Vertretene dem Vertreter die Sache schenken oder das zu erhebende Geld zu Darlehn geben wollte, so nimmt R. (S. 61 fg.) nicht nur an (worin ihm beizutreten ist), daß der Tradent den Vertretenen direct zum Besitzer und Eigenthümer machen kann, sondern daß dieß der unvermeidliche Erfolg der Tradition ist, und dieß kann nicht zugegeben werden. R. meint (S. 66), daß in solchem Falle der Empfänger für sich erwirbt, selbst wenn der Tradent erklärt, daß der Vertretene erwerben solle. Ich halte dieß für richtig, falls der Empfänger Besitz und Eigenthum für sich erwerben will. Denn wenn ich die im Besitz und Eigenthum eines Andern stehende Sache auf dessen vorgängige Gestattung an mich nehmen kann mit der Wirkung, daß ich daran Besitz und Eigenthum erwerbe (unt. § 172²⁰), so muß ich ebenso auch mit einer in diesem Augenblick mir für jenen Andern tradirten Sache verfahren können. Wenn aber der Empfänger (trotzdem er es nach Gestattung des Vertretenen dürfte) Besitz und Eigenthum sich nicht aneignen will, so wird es ihm nicht aufzudrängen sein. Gesezt, er habe dem Tradenten die Absicht des Gläubigers, daß ihm die Sache geschenkt werden solle, erzählt, der Tradent aber Bedenken darüber gehabt, ob er auf diese Weise von seiner Schuld sicher loskomme, und es habe daraufhin der Empfänger sich ernstlich bereit erklärt, die Sache namens des Gläubigers in dessen Besitz und Eigenthum zu übernehmen, so kann m. E. der Empfänger nicht selbst Besitzer und Eigenthümer werden; die Entscheidung kann nur entweder dahin ausfallen, daß der Vertretene beides geworden oder der Tradent es geblieben ist. Ebenso liegt die Sache, wenn der Empfänger das zu erhebende Geld als Darlehn behalten soll (R. §. 66), aber vor Erhebung desselben anderweitig aus der Verlegenheit kommt und sich das Geld für den Gläubiger tradiren läßt. Sodann sagt R. (S. 67): Wer, sei es auch im Interesse und Auftrag eines Andern, Besitz erwirbt auf Grund eines auf ihn selbst bezüglichen Causalverhältnisses, erwirbt Besitz und Eigenthum der Regel nach für sich selber. Vgl. S. 57. 67 fg. So namentlich der f. g. indirecte Stellvertreter, der das obligatorische Rgeschäft, zu dessen Erfüllung tradirt wird, im eigenen Namen abgeschlossen hat. Die vorbehaltene Ausnahme betrifft procurator, Vormund und gewisse diesen von R. gleichgestellte Personen (f. unt.). Auch hier ist richtig, daß, da der Vertreter selbst Gläubiger ist, die Tradition zum Zwecke der Erfüllung seiner Forderung normaler Weise zu seinen eigenen Gunsten erfolgen wird. Allein jeder Gläubiger kann eine Leistung zu Gunsten eines Andern als genügende Erfüllung seiner Forderung annehmen. Wie

also hier der Vertreter den Schuldner anweisen könnte, direct dem Vertretenen zu tradiren, so kann er auch namens desselben sich tradiren lassen. Es bedarf freilich, damit er unmittelbar für den Vertretenen erwerbe, des Auftrags des letzteren oder seiner nachträglichen Genehmigung. Der Auftrag dazu ist möglicher, freilich nicht nothwendiger Weise als ein eventuellet in dem Auftrag zur indirecten Stellvertretung zu finden; denn es ist möglich, daß dem Auftraggeber der directe Erwerb vollkommen genchm ist und er nur nicht in obligatorische Beziehungen zu dem Mitcontrahenten treten wollte. Ist diese Annahme nicht begründet, so kann man nur zu dem Ergebniß kommen, daß, wenn der indirecte Vertreter sich in dem Sinne tradiren läßt, daß Besitz und Eigenthum auf den Vertretenen übergehen sollen, dieß der Rathabition des Vertretenen bedarf, nicht aber, daß trotz der gegentheiligen Absicht der Vertreter für sich erwirbt. Auch das kann nicht anerkannt werden, daß bei verweigerter Rathabition derjenige, welcher für einen andern auftraglos erwarb, selbst als Besitzer (L. S. 60) und sogar als Eigenthümer (L. S. 112) dasieht. Auch in Ansehung des Besitzes wird dieß durch l. 13 § 12 D. 5, 3 nicht bewiesen. (Wer für einen andern einseitig den Besitz einer Erbschaft ergriffen hat und nach verweigerter Rathabition sie nicht herausgeben will, ist natürlich praedo, und wer durch Tradition für einen Andern erwarb, kann nach verweigerter Rathabition sich selbst in den juristischen Besitz setzen, wenn er anfängt, die Sache wie eine eigene zu behandeln. Er wird aber nicht juristischer Besitzer durch die verweigerter Rathabition). V's. Ausführungen über Unmöglichkeit eines anticipirten constitutum possessorium (S. 69 fg.) mögen richtig sein (s. jedoch ²⁾), beseitigen aber die obigen Sätze nicht. Eine besondere Stellung gibt L. S. 80 fg. dem Procurator, d. h. dem ständigen Bewalter eines größeren Kreises von Geschäften, dem Vormund, und für das heutige R. dem Diensthoten und Geschäftsangestellten. Diese sollen, auch wenn sie das Kaufgeschäft in eigenem Namen abschließen, Besitz und Eigenthum mit Nothwendigkeit für den Herrn erwerben, wenn die gemachte Anschaffung innerhalb ihres Auftrags liegt (oder von dem Herrn genehmigt wird) und zugleich bei der Anschaffung selbst oder spätestens bei der Besitzergreifung hervorgetreten ist, daß die genannten Personen als Wirthschaftsorgan ihres Herrn handeln, womit sich die Bedeutung ihrer Willensrichtung nothwendig wieder einstellt trotz der Bemerkung S. 88¹. Daß hier im r. R. eine Besonderheit vorlag, ist nicht zu bezweifeln; ihre genauere Begrenzung und ihre Gründe zu untersuchen, würde hier zu weit führen. Für das heutige R. dürfte maßgebend sein, daß, wenn die genannten Personen sich als Wirthschaftsorgan ihres Herrn zu erkennen geben, meistens auf Contrahiren in dessen Namen zu schließen und kein Zweifel daran ist, daß sie für den Herrn Besitz und Eigenthum erwerben sollen und wollen. Zu leugnen aber ist, daß, wenn sie im eigenen Namen contrahiren, sie dennoch wie L. will, nothwendig für den Herrn erwerben. Angenommen ein stadtkannter Schuldenmacher sendet seinen zu guten Verhältnissen gekommenen Bedienten in ein Geschäft, um für ihn eine Kiste Cigarren zu holen. Der Händler will dem Herrn nicht creditiren, der Bediente hat auch schon mit der Erstattung von Auslagen seitens seines Herrn üble Erfahrungen gemacht, und beide werden einig, daß der Bediente die Cigarren gegen Zahlung aus eigener Tasche für sich selbst kauft und eigenthümlich tradirt erhält und sie seinem Herrn nur gegen baare Erstattung der Kosten übergeben solle. Nach L. müßte hier dennoch, da die Beziehung des Geschäfts zur Wirthschaft des Herrn keineswegs aufgehoben ist, der Herr Besitz und Eigenthum erwerben (S. 91) und befugt sein, die Waare auch im Widerspruch mit dem erklärten Willen des Bedienten (und ohne zu zahlen)

braucht nicht sogleich von Anfang an vorhanden zu sein; er kann auch hinterher gefaßt werden, nachdem der Inhaber bis dahin für sich (oder für einen Dritten) hat besizen wollen^a. Ein Weiteres als der kundgegebene Wille des Inhabers, für den Vertretenen zu besizen, ist in diesem Fall für den Besizerwerb des Vertretenen nicht erforderlich^a. Eine andere Frage ist aber, ob dieser Besizerverschaffung als solcher die rechtliche Wirkung der Tradition, und im Besonderen die Wirkung der Eigenthumsverschaffung (§ 172) zukommt. Diese Frage ist zu verneinen^b. Die bezeichnete Besizerverschaffung hat die rechtliche

an sich zu nehmen (§. 92). Dieß wäre m. E. ein himmelschreiendes Ergebniß. — Auch für die Occupation glaubt U. seine Theorie verwerthen zu können. (§. 58 fg. §. 67). Er geht so weit, zu behaupten, daß, wenn Jemand in meinem Auftrage Schmetterlinge fängt oder Muscheln sucht, er Besitz und Eigenthum nothwendig für mich erwirbt.]

^a L. 18 pr. D. 41, 2. Die Neueren haben für diesen Fall den Ausdruck *constitutum possessorium* erfunden. Savigny § 27, Randa § 20 von 18^{aa} an, Exner Ackerwerb durch Tradition §. 142 fg., Hauser §. 46 fg. I. P. Verloren het *constitutum possessorium* in het romeinsche recht. Utrecht 1867. J. Harburger das *constitutum possessorium* im römischen und heutigen R. Münch. Diss. 1881. Darüber Leonhard tr. RZS. XXIII §. 311 fg., Arasnopolski Grünh. RZS. IX §. 419 fg., Rniep *Vacua possessio* §. 322 fg. Scheurl §. 108 fg. Pininski II §. 238 fg. Thering Besitzwille §. 210 fg. S. auch die von Exner, Behrend und Leonhard für den 15. deutschen Juristentag über die Frage: ob und unter welchen Voraussetzungen das *constitutum possessorium* mit der Wirkung der Besitzübertragung für bewegliche Sachen auszustatten ist? erstatteten Gutachten, Verhandlungen I §. 3 fg. 72 fg. 91 fg. Die Verhandlungen selbst: II §. 84 fg. [Piermann *traditio ficta* §. 51 fg. 105 fg. 190 fg. 238 fg. 308 fg. 399 fg. 402 fg. Tartufari I p. 383 sg. Pitten (?) §. 93 fg. Ueber Abschluß eines *constitutum possessorium* durch den Detentor mit einem Dritten: vgl. Pöckel kann von demjenigen, welcher nicht selbst Besizer sondern nur Stellvertreter eines dritten Besizers ist, durch e. p. der Besitz einer Sache auf einen Andern übertragen werden? Erl. Diss. 1892. Zurhellen kann derjenige, welcher nicht selbst Besizer, sondern nur Stellvertreter eines dritten Bes. ist, durch e. p. den Besitz der Sache weiter übertragen? Erl. Diss. 1896. Gegen solche Möglichkeit Piermann h. 401¹¹⁰. *Rein anticipiertes constitut. poss.*: Venel (*) §. 69 fg. Zweifelnd darüber für das heutige R. Piermann §. 402 fg.; der im älteren gem. R. ein solches constit. anerkannt findet; seine Ausführungen sprechen aber nicht sehr dafür (I. §. 118. 204. 252 fg. 314).]

^{aa} Es ist nicht einzusehen, wesswegen die nackte Erklärung: Hiermit erkläre ich fortan den Besitz für A haben zu wollen, den A (seinen Willen vorausgesetzt) nicht zum Besizer machen sollte. Insofern kann mit Vöhr Urtheile des Reichsgerichts §. 66 gesagt werden, daß das Gericht, welches nach dem Grunde dieser Erklärung fragen wollte, sich einer „unberechtigten Neugierde“ schuldig machen würde. Vgl. die folgende Note a. E.

^b Savigny polemisiert gegen die Meinung Aelterer, daß das *constitutum possessorium* etwas Besonderes, und daher auf die in den Quellen genannten

Wirkung der Tradition nur dann, wenn ein Grund vorhanden ist, kraft dessen der bisherige Besitzer einstweilen die Detention behält⁹⁰.

speciellen Fälle zu beschränken sei. Diese Meinung wird gegenwärtig von Niemandem mehr getheilt, und es ist allgemein anerkannt, daß das constitutum auf Anwendung eines feststehenden Grundsatzes beruht. Dagegen ist in der neueren Zeit das Bestreben erwacht, das Constitutum in anderer Weise einzuschränken, und zwar in der Weise, daß für dasselbe, wie man es ausgedrückt hat, eine causa detentionis verlangt wird. So namentlich Erner a. a. O. (s. auch fr. VJS. XIII S. 306 fg.), ferner Meißner S. 290, Verloren, Leonhard, Behrend a. a. O., Kniep, Scheurl, Pininski, Jhering. Dieser Opposition habe auch ich mich angeschlossen; ich glaube sie aber jetzt nur für die Tradition in dem im Text bezeichneten Sinn, nicht für die Besitzverschaffung, aufrecht erhalten zu sollen. Zwar hat man gesagt, Erner a. a. O., Randa S. 465 fg., eine Besitzverschaffung durch Constitutum könne ohne causa detentionis gar nicht vorkommen; wenn keine causa detentionis vorliege, sei die Erklärung, für den Andern besitzen zu wollen, „leere Formel“, also nicht ernstlich gemeint. Aber das leuchtet nicht ein. Es ist kein Grund vorhanden, die Ernstlichkeit der Besitzübertragungserklärung zu bestreiten, welche bloß zu dem Ende erfolgt, damit dem Erfordernisse der Tradition für den Eigenthumserwerb genügt sei. Uebereinstimmend Dernburg I § 181. Kroschel ACPr. LXXII S. 256 fg. verlangt zwar keine causa detentionis, aber, daß der Wille für den Andern zu besitzen thatsächlich hervorgetreten sei, z. B. durch Beiseitelegung der Sache. Für die Entbehrlichkeit der causa detentionis auch bei der Besitzübertragung zum Zweck der Eigenthumsverschaffung Goldschmidt Studien zum Besitz. S. 14. 15. [Auch Biermann S. 399 fg. vgl. S. 107 fg. S. 195 fg. S. 245 fg. 315 fg. tritt für das abstracte const. poss. (ohne causa detentionis) ein, und zwar (S. 400) auch in Ansehung des Eigenthumsüberganges.]

⁹⁰ Es wird z. B. die Sache dem Inhaber vermietet oder es wird ihm der Nießbrauch an derselben bestellt. L. 77 D. 6, 1, 1. 28. 1. 35 § 5 C. 8, 53 [54]. Oder er ist Vermögensverwalter für den Andern, oder socius omnium honorum. L. 2 D. 17, 2. Dagegen genügt nicht die Erklärung, daß hiermit der Besitz übertragen sei. L. 48 D. 41, 2. Es muß vorliegen, daß, wenn die Sache körperlich wäre übergeben worden, sie zurückgegeben worden sein würde; dieses Hin- und Hergeben kann erspart werden. Wer behalten soll, braucht nicht erst hinzugeben; aber es kann nicht das Hingeben durch Haben im Namen des Andern schlechthin ersetzt werden. Es ist eben nicht anzuerkennen, daß Uebergabe (Tradition) und Besitzverschaffung identisch seien. Bei der s. g. brevi manu traditio (§ 154⁹) halten die Quellen es nicht für unnöthig, ausdrücklich hervorzuheben, daß das vorliegende Verhältniß die Tradition ersetze, und hier, beim Constitutum, steht die l. 48 cit. entgegen. Goldschmidt Handelsr. 1. Aufl. I S. 610 hilft sich ihr gegenüber durch die mißliche Annahme, daß sie nicht von einer Traditionserklärung rede, sondern von einer Anerkennung der geschesehenen Tradition. Goldschmidt verlangt aber für die Wirksamkeit der Traditionserklärung Acceptation von Seiten des Erwerbers. Hauser S. 49 rechtfertigt in Ansehung an die hier vertheidigte Meinung die Wirksamkeit der Traditionserklärung damit, daß bei ihr immer ein genügender Grund der Inhabung vorliege, „sei es auch nur der der Aufbewahrung der Sache bis zur Auslieferung“. Vöhr Urtheile des Reichsgerichts S. 48 (s. auch fr. VJS. XXVII S. 189 fg.) lehrt, daß nicht nur das constitutum schlechthin, sondern schon die Eigenthumsübertragungserklärung

b) Was den Besitzeswillen desjenigen angeht, für welchen der Inhaber die thatsächliche Gewalt haben will, so ist eine besonders häufige und wichtige Weise der Aeußerung dieses Willens die, daß Jemand den Auftrag erteilt, eine Sache für ihn in Besitz zu nehmen. Dabei fragt es sich, welchen Grad der Bestimmtheit dieser Auftrag haben müsse. Es ist zu sagen, daß es für den Besitzerwerb des Auftraggebers weder erforderlich ist, daß der Auftrag auf eine bestimmte seinem Bewußtsein vorschwebende Sache, noch auch nur, daß er auf einen bestimmten Act der Inbesitznahme gerichtet sei. So genügt namentlich der Auftrag zur Verwaltung des gesammten Vermögens; durch jede Inbesitznahme, welche bei Ausführung desselben der Verwalter für den Geschäftsherrn vornimmt, wird der Letztere ohne Weiteres Besitzer⁹. Allerdings ist aber in den hier genannten Fällen

als solche das Eigenthum übergeben mache. „Wenn auch im r. R. der Eigenthumsübergang durch den Gedanken des Uebergangs der possessio vermittelt wurde, so ist es doch nach heutigem R. nicht nöthig, daß dieser vermittelnde Gedanke zum Ausdruck gelange. Der vereinbarte „Eigenthumsübergang“ zieht den Uebergang der possessio von selbst nach sich.“ Beweis ist nicht erbracht. Auch nicht Jahrb. f. Dogm. XXVI S. 329. Doch ist dafür, daß in der Eigenthumsübertragungserklärung als solcher die Erklärung des Willens, für den Andern zu besitzen, enthalten sei, und damit das Eigenthum übergehe, erkannt worden bei Sf. VI. 310. Dawider aber das. XIX. 15, XXII. 58, XXIV. 211, XXV. 98, XXXIV. 13. Dafür daß durch die Erklärung, der Andere solle Besitzer sein, oder es solle ihm tradirt sein, Eigenthum nicht übergehe: X. 229, XIII. 296, XXXIV. 13. Daß durch die bloße Erklärung, für den Andern besitzen zu wollen, das Eigenthum auf denselben übergehe, nimmt an das OLG. zu Kiel, Sf. XXXIX. 190. Dagegen hat sich für die hier vertretene Ansicht ausgesprochen das OLG. zu Moskau, Medlenb. 3S. f. RPsfl. u. RW. III S. 154 (Sf. XL. 8) und VII S. 57, und hat sich wohl aussprechen wollen das RG. 8 11 81, Entscheid. V S. 181 (dasselbe sagt aber: es müsse vorliegen, daß wenn hingegeben worden wäre, zurückgegeben werden müßte — was nicht anerkannt werden kann). Sf. XLII. 281 (RG. 25 4 87) läßt die Frage unentschieden. Ueber die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Constitutivwille angenommen werden dürfe, vgl. noch Sf. V. 258, XII. 122, XXX. 119, XXXIV. 270, XXXIX. 291 (RG.). RG. XIX S. 252. Besonders: 1) Liegt ein constitutum vor, wenn verabredet wird, daß die veräußerte Sache einstweilen, oder so lange, bis sie abgefordert werde, beim Veräußerer bleiben solle? Dawider Sf. XIX. 15, XXV. 98, XXXVII. 192 und das bei Bähr Urtheile des RG. S. 54 citirte Erf. des RG. 303 81. 2) Hauser S. 64 fg. findet ein Constitutum auch in der Versendung der verkauften Waare für den Fall, wo vom Erfüllungsort oder von einem Zwischenort durch eine vom Käufer bezeichnete Person versendet wird. Dawider Erner fr. RPS. XIII S. 311 fg., Goldschmidt Handelsr. 1. Aufl. I S. 680 fg., Meißcheider S. 298 fg. Sf. XXX. 120.

⁹ Die Quellen sagen: per procuratorem etiam ignoranti acquiritur possessio, § 5 I. 2, 9, 1. 49 § 2 D. 41, 2, 1 1 C. 7, 32, 1. 47 D. 41, 3.

der Vertreter Mehr als Organ der Beschaffung der thatsächlichen Gewalt, er ist auch zugleich Vermittler des Willensmomentes; der-

Aber freilich ist es bestritten, wie weit der Sinn dieses Satzes reicht. An und für sich ist ein Dreifaches möglich. 1) Dieser Satz will sagen, daß, wenn Jemand den Auftrag zu der Inbesitznahme einer speciell bezeichneten Sache gegeben habe, es nicht nöthig sei, daß er die Ausführung seines Auftrages erfahren habe; so (wie es scheint) Savigny S. 365 (315). 2) Er will sagen, daß der Auftraggeber auch von der für ihn in Besitz genommenen Sache kein Bewußtsein zu haben brauche, wie in dem Fall, wo er dem Beauftragten eine mehr oder minder freie Auswahl unter verschiedenen Sachen überlassen hat; so Puchta im Rechtslex. II S. 61, Scheurl Veitr. I S. 217. 3) Er will sagen, daß der Auftraggeber auch davon kein Bewußtsein zu haben brauche, daß überhaupt für ihn etwas in Besitz genommen werde, wie eben derjenige, welcher einem Andern die Verwaltung seines ganzen Vermögens übertragen hat. So — im Widerspruch gegen die bis dahin herrschende Ansicht — Bremer JS. f. OR. u. Pr. R. Z. XI S. 211 fg. (1854); gegen seine Ausführungen Schirmer das. XIV S. 167 fg. (1857), und gegen diesen wieder Bremer das. XVII S. 193 fg. (1860). Ich nehme keinen Anstand, mich für die Bremer'sche Ansicht zu erklären; so auch Arndts § 140², Sintenis I § 44²¹, Wächter II S. 68, Randa § 20¹³, Rudorff Anhang Nr. 93, Erner Aserwerb durch Tradition S. 133²⁰, Goldschmidt Handelsr. I § 66², Hauser S. 16, Meischeider S. 281 fg., Zimmermann Stellvertretende Negotiorum Gestio S. 209 fg., Hellmann Stellvertretung S. 100 fg., Bekker S. 208, Pininski II S. 222¹; anders Brinz S. 1603 fg. (2. Aufl. I S. 519). Die Quellen machen keinen Unterschied zwischen den verschiedenen Arten der procuratores (vgl. außer den oben genannten Stellen noch l. 13 pr. l. 20 § 2. l. 53 D. 41, 1, l. 1 § 20 D. 41, 2), und ursprünglich geht der Ausdruck procurator sogar nur auf den Generalbevollmächtigten (l. 1 § 1 D. 3, 3, vgl. Pernice Libeo I S. 490 fg.). Paul. sentent. V. 2 § 2 ist vom nicht beauftragten Geschäftsführer zu verstehen; ebenso verlangt l. 42 § 1 D. 41, 2 nur für diesen die Genehmigung des Geschäftsherrn, und das Gleiche gilt für l. 23 [24] D. 3. 5 (Darüber, daß auch der nicht Beauftragte procurator genannt wird, s. Bremer XI S. 221³, Wlassal Neg. gestio S. 43 fg.) Will man die Bremer'sche Ansicht nicht annehmen, so muß man die Grenze nicht bei Nr. 3, sondern bei Nr. 2 machen. Zwischen Nr. 2 und Nr. 3 gibt es keine feste Grenze (Bremer XI S. 216. XVII S. 215), und was den Besitzeswillen angeht, so besteht zwischen dem Falle, wo ich Jemandem den Auftrag gebe, mir auf dem Pferdemarkte ein von ihm auszusuchendes Pferd zu kaufen, und dem Falle, wo ich ihm den Auftrag gebe, mir Alles zu kaufen, was er bei Verwaltung meines Vermögens für nöthig erachten werde, nicht der mindeste Unterschied; in keinem der beiden Fälle ist der Besitzeswille unvermittelt vorhanden, in beiden aber wirklich vorhanden durch die Vermittlung des Vertreters. S. auch die folgende Note. Uebereinstimmend mit der hier vertretenen Ansicht (Sf. II. 135, V. 106, X. 134, f. auch XXIII. 15, XLII. 283, RG. XIX S. 250; dawider Sf. III. 10, VIII. 231 theilweise). — Schloßmann S. 130 fg. bezieht den Satz: per procuratorem ignoranti possessio adquiritur auf den von ihm aufgestellten Begriff des procurator (¹), und läßt demnach den Geschäftsherrn durch den procurator in diesem Sinne auch ohne allen Auftrag den Besitz erwerben. Für das heutige R. überträgt er das auf Jeden, für den ein Anderer Besitz erwirbt (S. 168 fg.).

jenige, für welchen er den Besitz erwerben will, hat den Besitzeswillen nur insofern, als derselbe sich durch den erteilten Auftrag im Voraus das Wollen seines Vertreters als sein Wollen angeeignet hat¹⁰. Das gleiche Verhältniß findet im Fall der Genehmigung einer durch einen nicht beauftragten Vertreter geschenehen Besitzergreifung statt, was die Zeit vor der Genehmigung angeht^{10a}.

2. Dies leitet über zu denjenigen Fällen, in welchen der Besitz durch einen Vertreter ohne allen eigenen Willen des Besitzerverwerbers erworben wird. Diese Fälle sind: a) der Fall des Peculiarerwerbs¹¹; b) der Fall, wo der Vertreter einer juristischen Person¹² für diese,

¹⁰ Vgl. § 78¹¹. So erklärt sich l. 34 § 1 D. 41, 2, in welcher Stelle es heißt, daß ich bei eigenem Irrthum über die in Besitz genommene Sache durch meinen nicht irrenden Stellvertreter Besitz erwerben kann. So erklärt sich ferner, daß die Anerkennung des Erwerbes des Besitzes durch Stellvertreter auf utilitatis ratio und kaiserliche Constitutionen zurückgeführt wird (l. 1. 8 C. 7, 32, l. 11 § 6 D. 13, 7, § 5 l. 2, 9, vgl. l. 41 D. 41, 3) Daß ich Besitz erwerben kann durch Jemanden, der mir bloß seine körperlichen Kräfte zur Disposition stellt, ist ein so selbstverständlicher Satz, daß es, um ihm Anerkennung zu verschaffen, nimmermehr der Geltendmachung von Zweckmäßigkeitsrücksichten und kaiserlicher Gesetzgebung bedurft hätte, wogegen es sich hier um eine Anwendung des vom r. R. principieil verworfenen Grundsatzes der Stellvertretung handelt. Andererseits liegt in den beiden hier bezeichneten römischen Entscheidungen auch wieder ein neuer Beweis dafür, daß der Auftrag wirklich den Besitzerverb in dem im Text bezeichneten Umfang begründet. S. übrigens auch; Prinz l. Aufl. S. 1606.

^{10a} Mit andern Worten: die Genehmigung der Besitzergreifung (l. 42 § 1 D. 41, 2, Paul. sentent. V. 2 § 2) hat, wie jede Genehmigung, rückwirkende Kraft. Sie kann rückwirkende Kraft haben in dem angegebenen Sinne, und es muß ihr rückwirkende Kraft beigelegt werden nach der allgemeinen Vorschrift der l. 25 C. 5, 16 (§ 74^a). Die Frage ist übrigens strittig. Gegen die rückwirkende Kraft: Savigny S. 365² (S. 316¹), Chambon Regotiorum Gestio S. 171 fg., Hauser S. 26 fg., Cf. III. 10; für dieselbe Randa § 20¹⁰, Meißcheider S. 288, Erner Aserwerb durch Tradition S. 184, Goldschmidt Handelsr. I § 66⁴, v. Seuffert Matihabition S. 75, Zimmermann Stellvertretende Regotiorum Gestio S. 220 fg., Mandry ACPra. LXIII S. 11.

¹¹ L. 1 § 5. l. 3 § 12. l. 24. l. 44 § 1 D. 41, 2, l. 31 § 3. l. 47 D. 41, 3. Dieser Erwerb wird zwar in l. 1 § 5 D. 41, 2 (vgl. l. 44 § 1 eod.) auf die in der Concession des Peculiums liegende allgemeine Willenserklärung zurückgeführt, so daß er ganz auf gleicher Linie stehen würde, wie der Erwerb durch den Generalbevollmächtigten; aber daß dieß nicht der eigentliche Grund sein kann, geht daraus hervor, daß in dieser Weise auch willensunfähige Personen erwerben können, l. 1 § 5. l. 32 § 2 D. 41, 2. Der wahre Grund liegt in der eigenthümlichen Anstellung des Peculiums, als eines Theils des Gesamtvermögens, welcher in der Person des factischen Inhabers selbständig geworden ist. Vgl. Mandry Begriff und Wesen des Peculium (1869) S. 48—51. Familiengüter. II S. 127 fg.

¹² L. 1 § 22. l. 2 D. 41, 2, in Verbindung mit l. 7 § 3 D. 10, 4. Vgl.

der Vormund für den Bevormundeten¹³ den Besitz erwirbt.

[Zu §§ 148—155. Völker der Besitz beweglicher Sachen. Nach der 2. Lesung des E. c. BGB. Jahrb. f. Dogm. XXXIV S. 1 fg. — Das Besitzrecht des BGB. läßt sich besser darstellen, wenn man die in den vorigen §§ erörterten Fragen zusammenfaßt. Das BGB. hat eine Unterscheidung wie die gemeinrechtliche zwischen Detention und juristischem Besitz nicht aufgenommen. Der I. Entw. freilich hatte noch Besitz und Inhabung unterschieden und den Besitz mit der herrschenden gemeinrechtlichen Theorie als eine durch den Willen, die Sache als die Seinige zu haben, qualificirte Inhabung bezeichnet (797). Den Besitzschutz aber hatte bereits der I. Entw. jedem Inhaber gewähren wollen (815. 819. 820). Die II. Comm. hat den Begriff der Inhabung beseitigt, keineswegs aber die Bedeutung des Willens, die Sache als eigene zu haben, ganz über Bord geworfen. Wer eine Sache als ihm gehörend besitzt, ist im Sprachgebrauch des BGB. Eigenbesitzer (872). In den Fällen, in welchen gemeinrechtlich ein juristischer Besitzer durch einen Detentor den Besitz ausübt, sind jetzt beide Besitzer, und zwar ist derjenige, für welchen nach den Begriffen des gemeinen Rechts der andere bestimmte, mittelbarer Besitzer (BGB. 868); man kann also den anderen den unmittelbaren Besitzer nennen, obwohl das Gesetz diesen Ausdruck nicht enthält. Von dem unmittelbaren Besitzer, der einen mittelbaren neben sich hat, ist aber zu unterscheiden der bloße Besitzgehilfe (BGB. 865).

I. Der unmittelbare Besitz. 1. Dieser wird nach dem Ausdruck des Gesetzes durch die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache erworben (854 Abs. 1).

a. Man hat hier trotz der neueren Anfeindungen (§ 153^a) eine alte Formel beibehalten. Es bleibt aber der Feststellung durch Wissenschaft und Praxis überlassen, was thatsächliche Gewalt ist, und man wird dabei natürlich an die bisherigen Ergebnisse der Forschungen anknüpfen. M. E. ist die Formel des Gesetzes immer noch ein brauchbarer Ausdruck für ein im Leben höchst mannich-

Randa S. 540 fg. Kunze S. 100.

¹³ L. 13 § 1 D. 41, 1, l. 1 § 20 D. 41, 2. Wie der Vormund wird im heutigen R. auch der Testaments-executor zu behandeln sein. s. III § 567'. — Besonders gilt für Kinder. Der Satz, daß sie auch physisch willensunfähig sind, ist gerade in der Lehre vom Besitzerverwerb nicht streng durchgeführt worden. In Folge davon ist anerkannt, daß sie nicht bloß durch den Vormund Besitz erwerben können, sondern auch in eigener Person mit Unterstützung des Vormunds (auctoritate tutoris), ja, wenn ihnen etwas geschenkt wird, selbst ohne Unterstützung des Vormundes, l. 32 § 2 D. 41, 2, l. 3 C. 7, 32. Freilich ist die Interpretation dieser Stellen, und namentlich, daß in der letzten von aller Unterstützung des Vormundes abgesehen werde, vielfach bestritten. S. Savigny § 21, Buchta Rhein. Mus. V S. 33 fg. (fl. Schr. Nr. 19) und Vorlesungen I Beil. XI, Denzinger ACPr. XXXI S. 268 fg. 425 fg., Bangerow I § 204 Anm. 1, Lenz S. 158—168, Meißner S. 201 fg., Rudorff Anhang Nr. 77, Esmarck vacuae possessionis traditio S. 71 fg., Dernburg I § 179^a. [Kunze S. 100 fg. [[Hölder Pand. S. 205 fg.]]. Siepmann Besitzerverb des Kindes. Götting. Diss. 1892. Impubes: vgl. Savigny S. 282 fg. Bangerow a. a. O. Ziff. 2. Klein S. 49 fg. (dazu Vertmann S. 202.)

faltiges Etwas, welches sicherer auch durch die neueren Formulierungen nicht getroffen wird.

b. Wenn der Erwerber in der Lage ist, die thatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben, so genügt zu seinem Besitzwerb die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers (854 Abs. 2). Das gemeinrechtliche Auge kann leicht verführt werden, diese Bestimmung auf den Fall der *traditio brevi manu* (ob. § 154²) zu beziehen, welche von der entsprechenden Vorschrift des I. Entw. (§ 803 Abs. 2) auch mitbetroffen werden sollte (Mot. III S. 94). Nachdem aber nunmehr der gemeinrechtliche Detentor bereits Besitzer ist, so kann in den gemeinrechtlichen Fällen der *traditio brevi manu* nur noch die Aufgabe des danebenstehenden mittelbaren Besitzes in Frage kommen, eventuell verbunden mit Uebertragung des Eigenthums (929). Der § 854 Abs. 2 trifft nur solche Fälle, in denen derjenige, welchem der Besitz zugewandt werden soll, die thatsächliche Gewalt noch nicht hat, aber der unmittelbaren wirklichen Ausübung derselben keinerlei Hinderniß im Wege steht (Mot. III S. 93 vgl. auch Prot. d. II. Comm. S. 3344). Man ging von dem Unterschiede aus, der zwischen Besitzübertragung und einseitiger Besitzergreifung zu machen sei, und der in der That nicht unberechtigt ist (vgl. ob. § 153¹⁰). Allerdings läßt sich formell bemängeln, daß zwischen schon vorhandener thatsächlicher Gewalt und der Lage, die Gewalt über die Sache auszuüben, kein Unterschied sei. Welche praktischen Fälle genannt sind, dürfte inbeßten klar sein: kauft jemand z. B. ein ihm frei zugängliches Grundstück, so kann es ihm durch Einigung übergeben werden, ohne daß er es betritt, kauft er ein Klasten Holz, dessen Lagerstätte im offenen Walde ihm bekannt ist, so ist nicht erforderlich, daß er nach der Einigung hingehet und an ihm eine körperliche Besitzhandlung vornehme. Es ist auch zuzugeben, daß sein thatsächliches Verhältniß zu diesen Objecten vor der Besitzübergabe durch Einigung ein anderes ist, als nachher. Wenn eine Sache in fremdem Besitz steht, so weiß man, daß man über sie nicht verfügen darf und normaler Weise nicht ungestraft verfügen kann, und hierin liegt für den normalen Menschen ein thatsächliches Hinderniß, es zu thun; dieses Hinderniß entfällt durch die auf den Besitzübergang gerichtete Einigung mit dem bisherigen Besitzer, und insofern kann man sehr wohl sagen, daß erst durch diese Einigung sich die thatsächliche Gewalt vollendet. Vorausgesetzt ist natürlich, daß der Uebergebende im Momente der Einigung noch Besitzer ist. War ihm von einem Dritten schon vorher der Besitz entzogen, so steht dieser Besitz der von den Parteien bei ihrer Einigung vorausgesetzten Möglichkeit der thatsächlichen Verfügung über die Sache entgegen, und die Einigung kann den Besitz nicht mehr verschaffen. Erfolgt dagegen die Entziehung nach der Einigung, so ist der dadurch Verletzte derjenige, auf welchen der Besitz durch die Einigung übergegangen war.

c. Soweit es sich um die Besitzübergabe handelt, kann es ein *constitutum possessorium* in dem gemeinrechtlichen Sinne (ob. § 155 zu ⁸ 9.) nach BGB. nicht mehr geben, denn dieser Vorgang besteht darin, daß ein bisheriger juristischer Besitzer sich zum Detentor im Namen eines andern degradirt, der nun juristischer Besitzer wird. Im BGB. aber ist der Detentor immer Besitzer; es kann nur noch vorkommen, daß er durch Vertrag einen andern zum mittelbaren Besitzer macht, während er selbst unmittelbarer Besitzer bleibt. Dieß kann in Verbindung mit der Eigenthumsübertragung geschehen (930); diese Verbindung ist aber nicht nothwendig. Wenn

z. B. der Eigentümer einen Nießbrauch bestellt, so findet nach § 1032 der § 930 entsprechende Anwendung. Es kann also die Uebergabe dadurch ersetzt werden, daß z. B. der Eigentümer von dem Nießbraucher pachtet. Dann ist der Eigentümer unmittelbarer, der Nießbraucher mittelbarer Besitzer. Der Nießbrauchsbesteller hat freilich in einem solchen Falle außer seiner Stellung als unmittelbarer Besitzer auch diejenige des weiteren mittelbaren Besitzers (s. unt. II, 4). Dieß ist nicht ohne praktische Bedeutung; es gibt ihm die Eigenthumspräsumtion des § 1006.

d) Liebt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen Andern in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältniß aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Andern Folge zu leisten hat, so ist nur der Andere Besitzer (855). Betroffen sind damit im Großen und Ganzen die oben § 149¹ bezeichneten Fälle der bloßen Besitzgehülfen im Gegensatz zu den Detentoren *alieno nomine*, aber zum Theil auch wohl solche Personen, die man gemeinrechtlich als Detentoren anerkennen mußte. Wenn das Gesetz sagt, daß die fraglichen Personen die tatsächliche Gewalt ausüben, so muß es davon ausgehen, daß sie sie haben, und dieß ist auch der Grund, weshalb es eine besondere Vorschrift für erforderlich hält, um ihnen den Besitz abzusprechen, den sie nach § 854 haben würden. Jedenfalls würde man nur in einem Theil der hierhergehörigen Fälle ohne die Vorschrift des § 855 zu dem gleichen praktischen Ergebnis kommen können, indem man betonte, daß durch die Aufsicht des Geschäftsherrn oder Hausherrn, durch die Ertheilung und Befolgung seiner Befehle in Bezug auf die Sache sich seine überwiegende tatsächliche Gewalt über dieselbe manifestirt. — Vgl. Bekker a. a. O. S. 9 fg. 42 fg., Wendt ACPr. LXXXVII S. 64 fg.

e) Das BGB. verlangt für den Besitz keinerlei Willen, sondern nur die tatsächliche Gewalt; insofern also eine solche ohne jeden Willen möglich ist, ist auch Besitz ohne Willen vorhanden. Dieser Gedanke ist neuerdings schon im gemeinen Recht vertreten worden (vgl. ob. § 148², auch Bekker a. a. O. S. 31 fg.). Schon die Mot. z. I. Entw. (III S. 81) wollten für die Inhabung das Erforderniß des Willens nicht als unerläßlich anerkennen, und das gleiche war die Ansicht der II. Comm. in Betreff des Besitzes (Prot. S. 3336 fg.). Die Absicht war namentlich, für Fälle, wie die Niederlegung der für jemand bestimmten Sache in seinem Hause, den Besitzschutz von der Frage nach seinem Besitzwillen, der oft nur durch willkürliche Fiktionen construirt werden könne, unabhängig zu machen, und den Besitzschutz für willensunfähige Personen außer Zweifel zu stellen. Diese Absicht ist anerkennenswerth, aber das zu ihrer Verwirklichung gewählte Mittel nicht ohne schwere Bedenken. Für die Frage des Besitzes an Sachen, die in meinen Machtbereich, insbesondere in mein Haus gekommen sind, gab nach der bisher herrschenden Meinung die Frage, ob ich sie haben wollte oder nicht, ein in vielen Fällen zur Abschneidung anderer Zweifel ausreichendes Kriterium, welches man nun verliert und durch die intricate Frage danach, wem eigentlich die tatsächliche Gewalt zusteht, ersetzen muß. Den im Vorzimmer abgelegten Hut des Besuchers, das vom Handwerker über Mittag oder Nacht zurückgelassene Geräth, die mit unserer Erlaubniß auf der Hausdielen abgestellte fremde Sache besaßen und detinirten wir nach der herrschenden gemeinrechtlichen Auffassung nicht, weil wir es nicht wollten.

Nunmehr entscheidet dieß nicht mehr, und es wird zweifelhaft, ob der Herr des Hauses, oder der Fremde die thatsächliche Gewalt über die Sache haben. Die II. Comm. erkennt an, daß in zahlreichen Fällen die Herstellung einer thatsächlichen Gewalt ohne Willen nicht möglich ist; es fehlt aber an dem Beweise, daß man ohne Willen von einer thatsächlichen Gewalt in einem rechtlich brauchbaren Sinne überhaupt sprechen kann. Versucht man das Willenselement für nicht unerläßlich zu erklären, so ist zu befürchten, daß man zur Unterscheidung des Besitzers von dem Nichtbesitzer in der Frage des Vorliegens oder Nichtvorliegens der thatsächlichen Gewalt zu schlimmeren Willkürlichkeiten seine Zuflucht nehmen muß, als die gemeinrechtliche herrschende Meinung beschuldigt wird in der Frage des Besitzwillens auszuüben. Es ist m. E. durchaus keine unberechtigte Fiction, sondern entspricht den Thatsachen, daß jemand den Besitzwillen im Voraus in Bezug auf die in seinen Briefkasten eingelegten Objecte hat, wenn sie zu denen gehören, die herkömmlich dort eingelegt zu werden pflegen, oder daß er den Empfangswillen hat in Bezug auf ein gelaufenes Object, dessen Ankunft er erwartet und das in seiner Abwesenheit bei ihm niedergelegt wird. Es ist andererseits kein hinlänglicher Grund vorhanden, Jemandem den Besitz zuzusprechen an Sachen, die für ihn in seinem Hause niedergelegt werden, wenn sich ein Empfangswille gar nicht finden läßt, wenn er vielleicht gar die Empfangnahme abgelehnt hat. Man erklärt damit solche Sachen durchaus nicht für besitzlos; man muß nur, was dem gemeinen Recht unzweifelhaft entspricht, hinzufügen, daß die Sache in solchem Falle im Besitz des Tradenten verbleibt.

f) Daß geschäftsunfähige Personen, anders als im gemeinen Recht (§ 152²), durch eigene Handlungen Besitz erwerben können, wenn sie nur die Sache in ihre thatsächliche Gewalt bringen, kann nach BGB. keinen Zweifel leiden. Denn da das Gesetz den Besitzwillen überhaupt nicht für unerläßlich hält, kann es auch an der juristischen Mangelhaftigkeit des Willens keinen Anstoß nehmen, und die Anerkennung des Besitzes der Willensunfähigen war gerade einer der Zwecke, um derenwillen man das Erforderniß des Besitzwillens fern hielt. Der gesetzliche Vertreter eines Geschäftsunfähigen kann, wiederum anders als im gemeinen Recht (§ 155¹³), für denselben unmittelbaren Besitz nicht erwerben. Veranlaßt er, daß eine Sache dem Geschäftsunfähigen überliefert wird, so erwirbt der Geschäftsunfähige den Besitz durch eigene Handlung. Läßt der gesetzliche Vertreter die Sache sich selbst übergeben, so wird er unmittelbarer, der Vertretene mittelbarer Besitzer (unt. II, 1, b).

g) Juristische Personen (vgl. ob. § 152 zu ²) können nicht nur keinen Willen, sondern auch keine thatsächliche Gewalt haben; ihr Vermögen kann sich immer nur in den Händen ihrer höheren oder niederen Organe befinden. Man könnte daraus, folgern, daß die juristische Person immer nur mittelbaren Besitz an Sachen hätte, welche sich im unmittelbaren Besitz ihrer Organe befinden, und daß auch im Falle des § 865 die Besitzgehülfen dem unmittelbaren Besitz der oberen Organe der juristischen Person dienen. Allein es ist für zweifellos zu halten, daß die Sachen, welche im Vermögenscomplex einer juristischen Person sich thatsächlich befinden, von ihr unmittelbar besessen werden; auch die obersten Organe der juristischen Person, welche die thatsächliche Gewalt für dieselbe ausüben, sind dann nur als Besitzgehülfen anzusehen. Dieß gilt ebensowohl von dem Grundstück der juristischen Person und allem darauf befindlichen Inventar, wie von der

bescheidenen Vereinscassette, die der Vorstand im Hause hat. Vom Besitz einer Behörde spricht BGB. 988 offenbar im Sinne des unmittelbaren Besitzes. Freilich ist auch mittelbarer Besitz der juristischen Person sehr wohl möglich, z. B. wenn sie etwas vermietet oder einem Dritten in Verwahrung gegeben hat, und es wird sich nicht leugnen lassen, daß unter Umständen dieser Dritte auch ein Organ der juristischen Person sein kann. Es wird aus näherer Würdigung der Umstände des Einzelfalles zu entscheiden sein, ob mittelbarer oder unmittelbarer Besitz der juristischen Person vorliegt.

h) Stellvertretender Erwerb des unmittelbaren Besitzes ist danach möglich durch die Organe einer juristischen Person für diese (vgl. ob. § 155¹²). Ferner ist er möglich, wenn der Vertreter eine der im § 855 genannten Personen ist. Ein solcher Vertreter wird die Sachen, die er für den Hausherrn, Geschäftsherrn in Empfang nimmt, ebensowenig in eigenen Besitz bekommen, wie diejenigen, an welchen er die tatsächliche Gewalt für denselben bereits ausübt. Es bedarf natürlich der sorgfältigen Unterscheidung, ob die Sache dem Vertreter für den Herrn oder für sich selbst übergeben wird. Es wird aber, um das erstere anzunehmen, nichts weiter zu verlangen sein, als daß nach dem Sinn, welcher der Abrede zwischen dem Uebergebenden und dem Empfänger unter Berücksichtigung der Verkehrssitte beizumessen ist, die Sache unmittelbar in den Kreis derjenigen eintreten sollte, an welchen der Empfänger in der im § 855 bestimmten Weise für den Herrn die tatsächliche Gewalt ausübt. Ein stiller Vorbehalt, die Sache für sich zu behalten, würde dem Empfänger nicht zu eigenem Besitz verhelfen (vgl. ob. § 155 zu 7). Der Wille des Herrn, Besitz an der Sache zu erwerben, ist nicht erforderlich, da das Gesetz diesen Willen als unerläßlich für den Besitzwerb überhaupt nicht betrachtet. Vielmehr treten in den Besitz des Herrn alle Objecte, welche der Besitzgehilfe in den Kreis der von ihm für den Herrn beherrschten Sachen aufnimmt, mag diese auch außerhalb seiner Aufträge oder selbst wider ausdrückliches Verbot geschehen. — Gehört der Vertreter nicht zu den im § 855 genannten Personen, so erwirbt er stets den unmittelbaren Besitz für sich und für den Vertretenen nur den mittelbaren (s. unt. II, 1, b).

i) Personen, welche wegen Vermögensunfähigkeit keinen Besitz haben könnten (vgl. ob. § 152, 1), gibt es nach BGB. nicht.

k) Der Besitz ist auch möglich an Theilen einer Sache, d. h. an körperlichen Theilen der unzerlegten Sache (865). Das Gesetz nennt als Beispiele abge sonderte Wohnräume oder andere Räume. Es können aber, entgegen dem gemeinen Recht (ob. § 152⁵) auch Theile beweglicher Sachen in Frage kommen (s. ob. § 142 S. 619) und der Bestandtheil (vgl. ob. § 152⁵⁻⁶), der doch auch zugleich ein Theil ist, wird nicht anders zu behandeln sein, selbst wenn er ein wesentlicher Bestandtheil ist. Wie ein abgesonderter Raum, so muß auch ein ganzes Gebäude auf fremdem Grund als Gegenstand des Besitzes anerkannt werden. (S. ob. § 138 S. 609). Nach BGB. 887 ist es möglich auf fremdem Grundstück in Ausübung eines Rechtes ein Gebäude oder ein anderes Werk zu besitzen. Dieser Besitz und sein Schutz hängt nicht von dem Beweise ab, daß das Recht wirklich besteht, und somit das Gebäude oder Werk nicht Bestandtheil des Grundstücks ist (95 Abs. 1 S. 2). Selbst der Beweis des Gegentheils wäre im Besitzproceß als eine petitorische Einrede nicht zu hören (868). In Fällen dieser Art ist aber zu beachten, daß der Besitzschutz sich nothwendig

auch darauf erstrecken muß, daß die Anlage da verbleibe wo sie ist; ein Besitz dieser Art ist zugleich eine Belastung, Beschränkung des Besitzes an dem Grundstück. Auch ein Baum auf fremdem Grundstück wird ein Gegenstand des Besitzes sein können.

l) An Sachgesamtheiten kennt das Gesetz wie das gemeine Recht (ob. § 152³) keinen Besitz, sondern nur an Sachen, d. i. an körperlichen Gegenständen (90). Ein solcher ist die Sachgesamtheit nicht, trotzdem sie aus körperlichen Sachen besteht.

m) Sachen, an welchen kein Besitz möglich ist, sind nach BGB. nur solche, welche überhaupt der menschlichen Verfügung durch ihre Natur entzogen sind, wie Sonne, Mond und Sterne, Meer, Luft.

n) Gemeinschaftlichen Besitz mehrerer an einer Sache (vgl. § 152 zu ¹¹ 9) kennt das Gesetz (866). Es hat dabei aber nicht die Vorstellung eines nach Bruchtheilen getheilten Besitzes und kennt auch nicht den Besitz eines einzelnen idealen Antheils (vgl. § 152 zu ⁹).

2. Der unmittelbare Besitz gewährt folgende Rechtsstellung.

a) Der Besitzer darf sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren. (859 Absf. 1).

α) Verbotene Eigenmacht liegt vor, wenn Jemand dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht oder ihn darin stört, es wäre denn, daß das Gesetz die Handlung gestattet. (Darüber das Nähere in der Lehre von den Besitzklagen.) Ein durch verbotene Eigenmacht erlangter Besitz ist „fehlerhaft“ und die Fehlerhaftigkeit muß der Nachfolger im Besitz gegen sich gelten lassen, wenn er Erbe des Besitzers ist oder die Fehlerhaftigkeit des Besitzes bei dem Erwerbe kennt (858 Absf. 2). Dieß ist wichtig für die Besitzklagen; das Erwehrensrecht dagegen steht auch dem fehlerhaften Besitzer zu.

β) Das Erwehrensrecht des Besitzers ist ein Nothwehrrecht (s. ob. § 123 S. 540), und obwohl das Gesetz es selbständig hinstellt, darf doch als sicher gelten, daß diejenigen Grenzen, welche der Nothwehr vorgeschrieben sind, auch bei der Besitzvertheidigung innegehalten werden müssen, sofern nicht das Gesetz diese Grenzen durch Sondervorschrift erweitert hat. Also ist insbesondere gemäß § 227 Absf. 2 nur diejenige Gewalt für zulässig zu halten, welche zur Abwehr des Angriffs erforderlich ist. Dagegen ist das Moment der Gegenwärtigkeit des Angriffs für die Besitzvertheidigung nach zwei Seiten gemildert und das Erwehrensrecht zum Selbsthülfsrecht erweitert.

γ) Wird eine bewegliche Sache dem Besitzer mittels verbotener Eigenmacht weggenommen, so darf er sie dem auf frischer That betroffenen oder verfolgten Thäter mit Gewalt wieder abnehmen (859 Absf. 2). Hierzu ist auch der Besitzgehülfe des § 855 befugt (860). Es kann fraglich erscheinen, ob der Angriff des Diebes schon vollendet ist, wenn er in meinem Zimmer die Uhr in die Hand genommen, sie eingesteckt, das Stiegenhaus erreicht hat, schon auf der Straße ist. M. E. ist zwar auch im Sinne des allgemeinen Nothwehrrechtes der Angriff des auf frischer That verfolgten Diebes noch nicht vollendet, trotzdem sein Delict im strafrechtlichen Sinne vollendet ist, sobald er die Sache in der Hand hat. Wer aber hierüber anders denkt, hat in der angeführten Bestimmung die Stütze, um dem Besitzer das Recht zu gewaltfamer Wiedererlangung der Sache zuzusprechen.

Der Unterschied ist dann aber der, daß nur der Besitzer und der Besitzgehilfe im Sinne des § 855 dem Thäter die Sache gewaltsam abnehmen dürfen, während, wenn man den Angriff noch nicht als vollendet ansieht, nach § 227 Abs. 2 auch jeder Dritte dazu befugt ist. Man wird zwar die Bestimmung des § 860 nicht so eingeschränkt verstehen dürfen, daß der Besitzgehilfe nur dann eingreifen darf, wenn gerade diese Sache zu seinem Ressort gehört, sondern annehmen müssen, daß es genügt, wenn der Eingreifende überhaupt zu dem Gefinde oder dem Geschäftspersonal des Besitzers gehört; denn soweit nöthig auf die Sachen des Herrn auch außerhalb ihres engeren Dienstkreises zu achten, liegt wohl stets in den Verpflichtungen des Personals. Deshalb wird man nicht bezweifeln können, daß die Köchin denjenigen, der ein Buch vom Schreibtisch des Herrn entwendet, nach § 859 Abs. 2 verfolgen darf. Immerhin aber darf dieß jedenfalls nicht ein dritter freiwilliger Helfer und darum ist es wünschenswerth den Angriff nicht zu früh als vollendet anzusehen, und damit das Eingreifen des Nachbarn, des Passanten auf der Straße, der den Dieb davonlaufen sieht, abzuschneiden.

3) Wird dem Besitzer eines Grundstücks der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen, so darf er sofort nach der Entziehung sich des Besitzes durch Entsetzung des Thäters wieder bemächtigen (859 Abs. 3). Auch dieses Recht ist in gleicher Weise dem Besitzgehilfen gewährt (860). Sofort, nicht unverzüglich, also nicht bloß ohne schuldhaftes Zögern, sondern überhaupt nur in einem so unmittelbaren Anschluß an die That des andern, daß man von einem Sofort nach vernünftiger Auffassung des Lebens sprechen kann. Die gemeinrechtliche Zulässigkeit der Wiederentsetzung sofort nach erlangter Kenntniß des Besitzers von dem Eindringen des andern (unt. § 156^a) ist beseitigt.

s) In dem beschriebenen Umfange findet das Erwehrungs- und Selbsthilfsrecht des Besitzers und seiner Besitzgehilfen auch gegen denjenigen statt, welcher die Fehlerhaftigkeit des Besitzes gegen sich gelten lassen muß (859 Abs. 3). Die Anwendung dieses Satzes ist aber eine praktisch beschränkte. (S. auch Bekker a. a. O. S. 18.) Man muß etwa an den Fall denken, daß der Dieb die Sache dem bereitstehenden Helfer zugesteckt hat und nun dieser verfolgt wird.

7) Soviel die reine Besitzfrage angeht, kommt aber ferner in Betracht, daß sowohl die Klage wegen Besitzentziehung, wie diejenige wegen Besitzstörung nach BGB. ausgeschlossen sind, wenn der entzogene oder gestörte Besitz dem Entzieher oder Störer gegenüber fehlerhaft und in dem letzten Jahre vor der Entziehung oder Störung erlangt worden ist (861 Abs. 2. 862 Abs. 2). Es ist also die Besitzklage nicht bloß ausgeschlossen, wenn eine nach § 859 erlaubte Handlung begangen wurde, sondern immer, wenn nur derjenige, dem der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen wurde, binnen Jahresfrist sich den Besitz eigenmächtig von dem fehlerhaften Besitzer wieder verschafft. Es waltet aber der große Unterschied ob, daß bei Innehaltung der Grenzen des § 859 der Thäter auch nicht schadensersatzpflichtig ist, während er bei Ueberschreitung dieser Grenzen wegen unerlaubter Handlung auf Schadensersatz belangt werden kann (823 fg.). Befreit hiervon ist er jedoch dann, wenn seine Handlung durch § 229 fg. gedeckt ist (s. ob. § 123 S. 542 fg.).

7) Mitbesitzer haben im Verhältniß zu einander keinen Besitzschutz, soweit es sich um die Grenzen des den Einzelnen zustehenden Gebrauchs handelt (866).

Man wird dieß unbedenklich dahin ausdrücken können: Sie haben gegen einander Besitzschutz gegen Entziehung (Verdrängung aus dem Mitbesitz), aber nicht gegen Störung. Und zwar findet insoweit nicht nur keine Besitzklage statt, sondern auch nicht das dem Besitz eigenthümliche Erwehrungsrecht; denn auch dieß gehört zum Besitzschutz. Wohl dagegen bleibt jedem unter ihnen das allgemeine Nothwehr- und Selbsthülfsrecht der §§ 227, 229. Haben die Mitbesitzer, z. B. eines Hauses, einzelne Theile der Sache, z. B. getrennte Wohnungen, jeder für sich inne, so ist jeder Alleinbesitzer seines Theils.

δ) Das Erwehrungsrecht steht dem Besitzer auch gegen die Besitzgehülfen, dem unmittelbaren Besitzer auch gegen den mittelbaren zu. Vgl. Bekker a. a. O. S. 45 fg.; auch unt. II, 2, a.

γ) Eine besondere Betrachtung verdienen die ob. 1, k ange deuteten Fälle der Besitzcollision. Wenn Jemand einen Andern in dem Besitze eines Theils einer Sache stört, die er ganz besitzt, oder ihm den Besitz eines solchen Theils entzieht, so liegt das Verhältniß nicht anders, als wenn Entziehung oder Störung sich auf eine ganze Sache bezögen. Wenn aber jemand für sich einen Besitz begründet, der den Besitz eines andern belastet, z. B. auf fremdem Grundstück ein Werk herstellt, welches er besitzt, so fragt sich, wie sich hier das Besitzverteidigungsrecht gestaltet. Denn da selbst der fehlerhafte Besitzer das Bertheidigungsrecht hat, so hat an und für sich der Besitzer der Anlage dieses Recht selbst dann, wenn die Errichtung verbotene Eigenmacht war. Allein nach der Analogie des § 859 Abs. 3 darf der Grundbesitzer die Anlage sofort nach ihrer Errichtung wieder beseitigen und dagegen hat der Besitzer der Anlage kein Bertheidigungsrecht. Hat der Grundbesitzer dieß versäumt, so ist eine spätere Beseitigung seinerseits verbotene Eigenmacht, deren sich der Besitzer der Anlage erwehren darf. Für die Besitzklage ergibt sich aus § 864, 862, daß binnen eines Jahres nach der Errichtung der Anlage der Grundbesitzer auf ihre Beseitigung, von da an der Besitzer der Anlage auf deren Aufrechterhaltung klagen kann s. ob. ζ und unten nach § 159. Möglicherweise kann auch eine Collision zwischen Rechtsbesitz und Sachbesitz eintreten. Das Bertheidigungsrecht steht hier dem Rechtsbesitzer zu (s. unt. nach § 164).

β) In dem Erwehrungsrecht liegt von selbst, daß der Besitzer abwarten kann, ob ihm jemand im Wege der Klage die Sache abzustreiten in der Lage ist. Dabei kann in verschiedenem Zusammenhange auch das Recht des Besitzers, die Sache bis zur Befriedigung von Gegenansprüchen zurückzubehalten, in Frage kommen (z. B. BGB. 1000). (Vgl. ob. § 148 vor *). Dem Besitz einer beweglichen Sache stellt das BGB. geradezu die Vermuthung des Eigenthums zur Seite (1006 Abs. 1. 2.).

c. Der Besitzer hat die Besitzklagen. Darüber unt. zu § 158 fg.

d. Ist der Besitz Eigenbesitz, so ist weiter zu beachten, daß das Eigenthum herrenloser beweglicher Sachen dadurch erworben wird, daß man sie in Eigenbesitz nimmt (958), daß bewegliche Sachen vom Eigenbesitzer erfaßt werden können (937 fg.), und daß der Eigenbesitz auch für den Erwerb des Eigenthums an Grundstücken von Bedeutung ist (900, 927). Die Haftung des Grundstücksbesitzers aus § 836 trifft nur den Eigenbesitzer.

3. Ist der Besitz eine Thatfache oder ein Recht (ob. § 150)? R. E. ist diese Frage schief gestellt. Der Besitz ist eine Thatfache; das gilt auch vom Stand-

punkte des BGB. aus; denn er ist nichts als der Zustand, daß eine Person die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat. Dieser Zustand verleiht aber einen Rechtsschutz, der die Merkmale des subjectiven Rechts aufweist, ein klagbares Recht, welches wiederum den Namen Besitz führt. Es wäre falsch, zu sagen, der Besitz ist Thatsache und Recht zugleich, sondern man muß sagen: es gibt zwei Dinge, eine Thatsache und ein subjectives Recht, für welche man sich mit einem und demselben Namen (Besitz) behilft. Daß das BGB. den Namen Besitz für das Recht des Besitzes gebraucht, ist unzweifelhaft. Das Gesetz kann nicht vorschreiben, der Besitz gehe auf die Erben über; wenn es damit eine Thatsache meint, wohl aber, wenn es das Recht des Besitzes meint (857). Eine andere Frage aber ist die, inwieweit man die allgemeinen Vorschriften des BGB. über Rechte auf das Recht des Besitzes anzuwenden hat, oder inwieweit vielmehr dieses Recht wegen seiner eigenthümlichen Natur anders als andere subjectiv Rechte behandelt wird. In dieser Beziehung ist zu beachten, daß der Besitz im Sachenrecht den ersten Abschnitt bildet, dann erst die allgemeinen Vorschriften über die Rechte an Grundstücken folgen. Im Sinne der Vorschriften dieses zweiten Abschnittes ist der Besitz ein Recht an Grundstücken natürlich nicht. Der Besitz ist ein Vermögensvorteil (§ 148, 1, b) auch im Sinne des BGB.; deshalb kann er vermacht werden (2169 Abs. 2. 1939) und es unterliegt keinem Zweifel, daß der Besitz ein möglicher Gegenstand einer Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung ist (812 fg.). Das Besitzrecht des BGB. behandelt die Schadenersatzklage bei Störung und Entziehung des Besitzes nicht, sondern überläßt dieselbe den Vorschriften über unerlaubte Handlungen. Wer die Ansicht theilt, daß die Rechtsstellung des Besitzers im BGB. als ein Recht anerkannt ist, wird den Besitz unter den „sonstigen“ Rechten des § 823 Abs. 1 begreifen; wer aber dieser Ansicht nicht ist, kann die Schadenersatzpflicht des Besitzverlegers auf § 823 Abs. 2 fügen.

Da das BGB. eine Rechtsnachfolge in den Besitz (vgl. ob. § 153¹⁰) in Gestalt des Erbanges anerkennt (857), so hat es keine Bedenken, auch eine Singularsuccession in den Besitz anzuerkennen. Die Uebertragung des Besitzes durch formlosen Vertrag (ob. § 153¹⁰) hat zwar das BGB. nicht statuirt; auch BGB. 854 Abs. 2 ergibt dieß als das Princip des Gesetzes nicht; denn dort ist vorausgesetzt, daß dem Empfänger zur tatsächlichen Gewalt eben nichts mehr als die Zustimmung des bisherigen Besitzers fehlt. Die Idee der Succession verlangt aber auch nichts weiter, als daß der Besitz des Nachfolgers als derselbe Besitz aufgefaßt wird, wie der des Vorgängers (vgl. ob. § 64⁶). Diese Idee hat das BGB. nicht nur bei der Erbfolge, sondern auch sonst. So im § 858 Abs. 2: Nachfolger im Besitze. Ebenso, wenn z. B. in § 221 vorausgesetzt wird, daß eine Sache durch Rechtsnachfolge in den Besitz eines Dritten gelangt ist (ähnlich 943), so ist die Anschauungsweise des Gesetzes nicht, daß der Besitz unter begleitender Nachfolge in ein Recht erworben ist, sondern der Besitz selbst muß als Gegenstand der Succession aufgefaßt werden.

II. Der mittelbare Besitz. (Vgl. Wendt AcPr. LXXXVII S. 40 fg.) Das BGB. bestimmt im § 868: „Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Miether, Bewahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz).“

1. Der mittelbare Besitz hat also die doppelte Voraussetzung,

a) daß jemand die Sache unmittelbar besitzt,

b) daß ein Rechtsverhältniß begründet ist, welches den unmittelbaren Besitzer einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet; dabei ist „auf Zeit“ offenbar nicht zu verstehen als „auf bestimmte Zeit“, sondern es ist nur gemeint, daß der unmittelbare Besitz als etwas Vorübergehendes erscheint, während nach Erledigung des Verhältnisses die Sache in die Hände des mittelbaren Besitzers zu gelangen (man kann nicht schlechtweg sagen, zurückzulehren) hat. Die Ähnlichkeit des Verhältnisses mit den vom Gesetz als Beispiel aufgestellten ist kein festes Kriterium. Bei einem so dauernden Verhältniß wie das Erbbaurecht wird mit Wendt a. a. O. S. 61 der mittelbare Besitz des Grundeigentümers zu leugnen sein. Der § 870 läßt erkennen, daß es stets die Existenz eines Herausgabeanspruchs ist, was den Anspruchsberechtigten zum mittelbaren Besitzer macht. Aber dieser Anspruch braucht nicht unbedingt und unbefristet zu sein; denn natürlich soll der mittelbare Besitz auch vorliegen, solange der unmittelbare Besitzer noch zum Besitz berechtigt ist. Es muß aber ein Anspruch auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses sein; der Eigentümer ist nicht etwa einem beliebigen dritten Besitzer seiner Sache gegenüber als mittelbarer Besitzer anzusehen. (Dagegen auch Wendt a. a. O. S. 45.) Der Anspruch muß ein Herausgabe- und nicht ein Lieferungsanspruch sein. Aus diesem Grunde (andere gibt Wendt a. a. O. S. 63 fg. an) ist der Käufer nicht mittelbarer Besitzer neben dem Verkäufer. Die Unterscheidung von Lieferungs- und Herausgabe-Ansprüchen ist freilich nicht immer klar. Die Beispiele des Gesetzbuchs für den mittelbaren Besitz beziehen sich sämtlich auf Fälle, in denen die Sache dem unmittelbaren Besitzer nicht gehört. Allein als einen Anspruch auf Herausgabe faßt das BGB. auch den Anspruch des Geschäftsherrn auf Ablieferung desjenigen auf, was der Beauftragte, der Geschäftsführer ohne Auftrag aus der Geschäftsbeforgung erlangt (667. 681). Diese Personen sind auch dem Geschäftsherrn gegenüber verpflichtet, interimistisch, d. h. eben bis zur Herausgabe, das Erlangte für den Geschäftsherrn zu besitzen und zu bewahren; das Erlangte, auch wenn in ihrem Eigenthum stehend, kann im Verhältniß zwischen ihnen und dem Geschäftsherrn als (uneigentlich gesprochen) diesem schon gehörig angesehen werden. Daher ist in solchen Fällen der Geschäftsherr als mittelbarer Besitzer anzuerkennen. Auch der gesetzliche Vertreter, welcher Vermögensgegenstände des Vertretenen in Händen hat, ist unmittelbarer Besitzer, während der Vertretene mittelbarer Besitzer ist. Dem Finder, der zur Verwahrung der Sache, also zu deren Besitz, verpflichtet ist (966 Abs. 1), steht der Verlierer als mittelbarer Besitzer zur Seite. (Wendt a. a. O. S. 62 fg. s. auch unt. 5.) Immer kann von mittelbarem Besitz nur dann die Rede sein, wenn der Herausgabeanspruch sich auf eine individuelle Sache bezieht; bei dem depositum irregulare (BGB. 700) ist der Begriff ebensowenig anwendbar, wie wenn der Beauftragte als das Resultat der Geschäftsbeforgung nur eine Geldsumme schuldet.

2. Der mittelbare Besitzer ist in seiner Rechtsstellung erheblich anders zu beurtheilen als der unmittelbare.

a) Er hat nicht das dem unmittelbaren Besitzer durch § 859 verbrieft Erwerbsrecht (so auch Wendt a. a. O. S. 37 fg.); denn damit, daß er für einen Besitzer erklärt ist, sind ihm keineswegs alle Rechte des unmittelbaren Besitzers

beigelegt. Wie der § 869 es für nöthig hält, ihm die Besitzklagen ausdrücklich zuzusprechen, so bestände gleiches Bedürfnis auch in Ansehung des Erwehrungsrechts, wenn es dem mittelbaren Besitzer beigelegt werden sollte. Derselbe kann aber nach den allgemeinen Grundsätzen von der Nothwehr und der Selbsthilfe gegen denjenigen einschreiten, welcher dem unmittelbaren Besitzer die Sache entzieht oder ihn in deren Besitz stört. Und zwar nicht nur, soweit es erlaubt ist, für Dritte in solcher Weise vorzugehen, sondern auch kraft seiner eigenen Rechtsstellung, welche gemäß § 869 BGB. durch verbotene Eigenmacht gegen den unmittelbaren Besitzer verletzt wird. Sobald die Sache dem unmittelbaren Besitzer entzogen sein würde, würde auch der mittelbare Besitz zerstört sein; es ist also der Versuch der Entziehung auch ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff auf den mittelbaren Besitz. Ebenso würde der mittelbare Besitzer nach vollendeter Entziehung Selbsthilfe gemäß § 229 ausüben können. Gegen einen Angriff des mittelbaren Besitzers auf den unmittelbaren steht diesem das Erwehrungsrecht zu; denn er hat es gegen jedermann, und der mittelbare Besitzer ist nirgends ausgenommen. Demgemäß könnte das Erwehrungsrecht dem mittelbaren Besitzer gegen den unmittelbaren selbst dann nicht zustehen, wenn es der mittelbare Besitzer gegen Dritte hätte (s. auch Wendt a. a. D.). Das allgemeine Nothwehrrecht aber kann dem mittelbaren Besitzer gegen den unmittelbaren unter Umständen zukommen. Wenn der letztere die Sache fortwerfen oder einem andern so übergeben will, daß der mittelbare Besitz verloren geht, so begehrt er einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff auf den mittelbaren Besitzer (A. M. Wendt S. 59 fg.).

b) Der mittelbare Besitzer hat Besitzklagen, jedoch principiell nur in der Richtung darauf, daß die Sache ungestört bei dem unmittelbaren Besitzer verbleibe (869; vgl. unt. nach § 159 und nach § 162 a).

3. Bestände der mittelbare Besitz lediglich in dem Anspruch auf Herausgabe, so wäre völlig unzweifelhaft, daß er ein subjectives Recht ist. Allein der Herausgabeanspruch gewährt den mittelbaren Besitz nur in Verbindung mit dem thatsächlichen Umstande, daß der Nießbraucher, Verwahrer u. s. w. die Sache in Händen hat. Deswegen ist der mittelbare Besitz ein Zustand, der das Vorliegen eines Rechts und einer Thatfache voraussetzt, ein Zustand jedoch, welcher eine Rechtsstellung gewährt, der man die Merkmale des subjectiven Rechts nicht absprechen kann. Dieses Recht ist mit dem dasselbe begründenden Zustande homonym. Auch hier freilich gilt wie beim unmittelbaren Besitz (ob. I, 3), daß das subjective Recht des mittelbaren Besitzes nicht in jeder Weise vom BGB. den sonstigen subjectiven Rechten gleichgestellt ist. So gehört insbesondere der mittelbare Besitz eines Grundstücks nicht ins Grundbuch. Das Grundbuch kann aber möglicher Weise über die eine Voraussetzung des mittelbaren Besitzes, den Herausgabeanspruch, Auskunft geben, so im Verhältnis des eingetragenen Eigenthümers und des eingetragenen Nießbrauchers. Succession in den mittelbaren Besitz durch Erbgang ist ebenso anzuerkennen wie beim unmittelbaren Besitz. Bei der Singularnachfolge hat das BGB. für den mittelbaren Besitz folgerichtig anerkannt, daß die Uebertragung durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe erfolgt (870). Ein Wechsel der Subjecte ist aber beim mittelbaren Besitz auch auf Seite des Verpflichteten möglich. Da der unmittelbare Besitz auf die Erben übergeht sammt der Verpflichtung zur Herausgabe, so bleibt der bisherige mittelbare Besitzer nach dem Tode des unmittelbaren

Besitzers in seiner Stellung und hat nur einen andern unmittelbaren Besitzer sich gegenüber. Wenn durch den Tod des unmittelbaren Besitzers dessen Recht zu besitzen, erlischt, wie beim Tode des Nießbrauchers (1061), so gilt das soeben Bemerkte gleichwohl. Denn der Besitz geht trotzdem auf die Erben des Nießbrauchers zugleich mit der Herausgabepflicht über. Es kann aber auch eine Singularnachfolge auf Seite des Verpflichteten eintreten, nämlich durch Schulbüdnahme (414 fg.). Wenn z. B. der Pächter den Pachtvertrag erbt und der Cessionar zugleich die Verpflichtungen daraus übernimmt, so ist von der Uebergabe des Grundstücks an der neue Pächter der unmittelbare Besitzer, der Verpächter bleibt mittelbarer Besitzer.

4. Der mittelbare Besitz kann mehrstufig sein. „Steht der mittelbare Besitzer zu einem Dritten in einem Verhältnisse der in § 868 bezeichneten Art, so ist auch der Dritte mittelbarer Besitzer (871)“. Dieß gilt z. B., wenn der Nießbraucher verpachtet hat; dann ist der Pächter unmittelbarer, der Nießbraucher der I. mittelbare, der Eigentümer der II. mittelbare Besitzer. Ein solches Verhältniß kann der unmittelbare Besitzer herbeiführen, indem er sich zum mittelbaren Besitzer macht und einen unmittelbaren Besitzer unter sich stellt, und zwar auch dann, wenn er es dem mittelbaren Besitzer gegenüber nicht darf, z. B. wenn der Miether ohne Erlaubniß weiter vermietet (549) oder der Entleiher ebenso weiter verleiht (608). Umgekehrt kann aber auch der mittelbare Besitzer einen ferneren mittelbaren Besitzer über sich stellen, z. B. der Eigentümer überträgt das verpachtete Grundstück einem andern zu Eigenthum unter Vorbehalt des Nießbrauchs. Möglicherweise kann auch zwischen den bisherigen mittelbaren und den unmittelbaren Besitzer ein neuer mittelbarer Besitzer eingeschoben werden, z. B. wenn der Verpächter an dem verpachteten Grundstück einen Nießbrauch bestellt (vgl. 571. 577). Gibt der unmittelbare Besitzer den Besitz so auf, daß er nicht mittelbarer Besitzer wird, so ist für den bisherigen mittelbaren Besitzer der Besitz verloren (vgl. Wendt a. a. O. S. 53).

5. Die verschiedenen Fälle, in denen mehreren ein Herausgabanspruch zustehen kann, sei es, daß sie Gesamtgläubiger sind (428), oder daß die Herausgabe als eine untheilbare Leistung an mehrere gemäß § 432 zu erfolgen hat, führen auch zur Anerkennung eines mehrfachen mittelbaren Besitzes. Auch der Finder kann, wenn neben dem Verlierer noch andere Empfangsberechtigte vorhanden sind, mehrere mittelbare Besitzer neben sich haben.

6. Wo das BGB. vom Besitz im Allgemeinen spricht, wird man im Zweifel anzunehmen geneigt sein, daß darunter der unmittelbare und der mittelbare Besitz gemeinschaftlich zu verstehen sind. (Dagegen Wendt a. a. O. S. 48. S. 68 fg.) Dafür spricht, daß auch der mittelbare Besitz den Namen des Besitzes führt; andererseits gebraucht das Gesetz oft den Ausdruck Besitzer ohne Beisatz im ausschließlichen Sinne des unmittelbaren Besitzers (935 Abs. 1. 941. 869). Danach bedarf es der Untersuchung von Fall zu Fall, ob ein vom Besitz ausgesprochener Satz für den mittelbaren Besitz gilt. Dieß wird z. B. für § 268 Abs. 1 nicht zu beanstanden sein. Namentlich aber wird überall da, wo es auf den Eigenbesitz ankommt (ob. I, 2, d) dieser die ihm zugemessenen Rechtsfolgen auch dann haben, wenn er nur mittelbarer Besitz ist. Der Erfindung beweglicher Sachen oder dem Eigentumserwerb aus § 900 oder § 927 wird es nicht im Wege stehen können, wenn der Eigenbesitzer die Sache vermietet hatte; die Haftung des Be-

figers eines Grundstücks gemäß § 836 muß auch den mittelbaren Eigenbesitzer treffen; denn sonst wäre in allen Fällen, wo das Grundstück vermietet ist u. s. w., ein Haftbarer überhaupt nicht vorhanden. — Die Vermuthung des Eigenthums kann, wenn mittelbarer und unmittelbarer Besitzer nebeneinanderstehen, natürlich nur für einen von ihnen gelten und gilt dann ebenso natürlich für den mittelbaren Besitzer (1006 Abf. 3). Im Falle der Mehrstufigkeit des mittelbaren Besizes (ob. 4) muß sie für denjenigen gelten, der vom unmittelbaren Besitzer am entferntesten ist. Hat z. B. jemand eine Sache vermietet, der Mieter sie weitervermietet, so gilt die Präsumtion für den ersten Vermietter. Wenn die Präsumtion unter mehreren auf gleicher Stufe stehenden mittelbaren Besitzern (ob. 5) zu Gute kommt, darüber spricht sich das Gesetz nicht aus, und die Frage dürfte zweifelhaft sein. Ist für Miteigenthum zu präsumiren? Steht die Präsumtion gegen Dritte jedem, im Verhältniß der mittelbaren Besitzer unter sich keinem zur Seite? — Die Vorschrift des § 851 ist zunächst dahin zu verstehen, daß der Beschädiger mit befreiender Wirkung an den unmittelbaren Besitzer leisten kann, wenn er den dahinter stehenden mittelbaren Besitz ohne grobe Fahrlässigkeit nicht kennt. Kennt er ihn aber, so kann er an den mittelbaren Besitzer mit befreiender Wirkung gegenüber dritten Berechtigten leisten, die er ohne grobe Fahrlässigkeit nicht kennt; denn er ist berechtigt, den mittelbaren Besitzer für den Eigenthümer zu nehmen. — Zur Uebertragung des Eigenthums an einer beweglichen Sache bedarf es nicht einmal des mittelbaren Besizes in der Hand des Veräußerers; es genügt die Abtretung des Herausgabeanpruchs des Eigenthümers, auch wenn die Voraussetzungen des mittelbaren Besizes nicht vorliegen (s. ob. 1, b) (931). Ist freilich der Abtretende nicht Eigenthümer, so wird es der gutgläubige Erwerber mit der Abtretung nur, wenn der Abtretende mittelbarer Besitzer ist, während anderen Falls der Besitzerwerb des Cessionars hinzukommen muß (934). Ueber Verpfändung durch den mittelbaren Besitzer vgl. BGB. 1206. Zweideutig ist das BGB. in der Frage, ob gegen den mittelbaren Besitzer die Eigenthumsklage möglich ist (vgl. unt. § 196.)

IV. Verlust des Besizes*.

§ 156.

Der Besitz wird dadurch verloren, daß eines der beiden¹

* Vgl. Jhering in der § 148 Note * cit. Schrift S. 209 fg. Jahrb. f. Dogm. a. a. O. S. 181 fg., Bekker H. d. Bes. S. 220 fg. Scheurl S. 185 fg. Rnisp Vacua possessio S. 299 fg. (S. 93 fg.) Klein (§ 148 *) S. 157—232. [Dernburg I § 182. 183.]

¹ L. 44 § 2 D. 41, 2. — „*possessionem amitti vel animo vel etiam § 156. corpore*“. Wenn es in l. 153 D. 50, 17 heißt; — „*nt . . nulla possessio, acquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum (est)*“, so soll damit nicht gesagt sein, daß der Besitz durch das in contrarium agi beider Momente, sondern, daß er durch das in contrarium agi sowohl des einen als des andern verloren werde. In diesem Sinn kommt das Wort *uterque* in unseren Quellen auch sonst vor, so in l. 1 pr. D. 13, 3, l. 10 § 13 D. 38, 10, l. 16 D. 31; in l. 8 § 4 i. f. C. 6; 61

Momente, auf deren Zusammensein er beruht, aufgehoben wird. Unter Aufhebung ist zu verstehen Verkehrung in's Gegentheil². Das will sagen:

1) was das Moment der thatsächlichen Gewalt angeht, daß der Besitz nicht schon dadurch verloren wird, daß das zu seinem Erwerbe erforderliche körperliche Verhältniß zur Sache in einem gegebenen Augenblick nicht vorhanden ist³, sondern erst dadurch, daß dessen Nichtvorhandensein zu einem festen Zustande wird⁴. Dieß wird bewirkt:

ist es sogar geradezu = alteruter. Savigny § 30. — Eine andere Erklärung geben Kierulff S. 390, 391 und nach ihm Venz S. 212—220 (übereinstimmend Pininski I S. 155). Sie sagen: das Habenwollen ohne thatsächliche Realisirung dieses Willens ist kein wahres Wollen, das thatsächliche Haben ohne das entsprechende Wollen kein wahres Haben; so wird also mit dem einen der Besitzmomente immer auch das andere aufgehoben. Diese Erklärung wäre ganz gut, wenn nur auch die Quellen die Worte in dem Sinne verständen, welchen sie nach jenen Schriftstellern eigentlich haben sollen. Aber man vergleiche z. B. l. 3 § 1 D. 41, 2 (von demselben Verfasser, wie die hier zu erklärende Stelle): — „*apiscimur possessionem animo et corpore, neque per se animo, aut per se corpore*“. S. auch Rudorff Anhang Nr. 100; andererseits Dernburg I § 182¹. — Nach einer älteren, jetzt wieder von Baron Gesamtnverhältnisse S. 95 und Jahrb. f. Dogm. VII S. 57, so wie von Leist über die Wechselbeziehung zwischen dem Abgründungs- und dem Rechtsaufhebungsacte (Zena 1876) S. 30 fg. vertretenen Ansicht soll die l. 153 cit. Beziehung nur auf den Fall haben, wo bei heimlicher Occupation eines Grundstücks „*animo retinetur possessio*“ (*). Dafür spricht l. 8 in Verbindung mit l. 6 § 1 D. 41, 2 und l. 46 in Verbindung mit l. 44 § 1 D. 41, 2. Dagegen Savigny S. 386 (331), Rudorff Anhang Nr. 98. — Ungenauigkeit der Gedankenausbildung nimmt an Bekker S. 231¹. — Kniep S. 135 fg.

² L. 153 D. 50, 17 cit.: — „*ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum (est)*“. Scheurl S. 79, Kniep S. 128 fg.

³ So wird der Besitz eines Grundstücks nicht dadurch verloren, daß der Besitzer sich von dem Grundstück entfernt, auch nicht dadurch, daß er es vielleicht in längerer Zeit nicht wieder besucht, l. 3 § 11 D. 41, 2. l. 1 § 25 D. 43, 16. Der Besitz einer beweglichen Sache wird nicht dadurch verloren, daß sie in die Erde vergraben wird, obgleich Vergrabensein der Sache zum Erwerbe des Besitzes nicht hinreicht (§ 153⁷), und nicht einmal dadurch, daß der Besitzer sich des Ortes, wo sie vergraben ist, augenblicklich nicht erinnert, l. 44 pr. D. 41, 2. Der Besitz an zahmen und gezähmten Thieren wird nicht dadurch verloren, daß sie den Ort des Gewahrsams verlassen, l. 3 § 13. 16 D. 41, 2. l. 4. l. 5 § 4 D. 41, 1. Der Besitz an einem flüchtigen Sklaven dauert (für die römische Annahme) fort „*quod is, quemadmodum aliarum rerum possessionem intervertere non potest, ita ne suam quidem potest*“, l. 15 D. 41, 2. l. 13 pr. eod. Vgl. Kniep S. 144 fg., Goldschmidt Studien zum Besitz. S. 28 fg.

⁴ Dieß liegt nicht vor in den in der vorigen Note bezeichneten Fällen: es hindert den Besitzer nichts, zu dem Grundstück zurückzukehren; die vergrabene Sache kann er wieder ausgraben und eine augenblickliche Schwäche seines Gedächtnisses wird überwunden werden; die draußen sich befindenden Thiere werden wiederkehren

a) durch eine eintretende Unmöglichkeit der Wiederherstellung, vorausgesetzt daß die Unmöglichkeit ihrer Natur nach dauernd ist⁵ und daß

(sie haben „revertendi consuetudinem“). — Muß man in Fällen dieser Art sagen, daß der Besitz fortbauere ohne thatsächliche Gewalt — also daß für die Fortbauer des Besizes eine andere Regel gelte, als für den Erwerb desselben? So frühere Auflagen dieses Lehrbuchs, und auch den Quellen ist diese Auffassung nicht fremd. Sie sagen in Fällen dieser Art, daß animo retinetur possessio (I 3 § 11 D. 41, 2, l. 44 § 2 — l. 46 eod., l. 1 § 25 D. 43, 16, § 5 I. 4, 15). Nichtsdestoweniger ist diese Auffassung kaum die zutreffende. Ein beliebig reproducirbares oder sich von selbst reproducirendes Verhältniß wird mit Recht dem gegenwärtigen gleichgestellt, und im Leben würde es nicht verstanden werden, wenn gesagt werden wollte, daß der Besizer eines Ackers, der ihn Jahr aus Jahr ein bebaut und die Ernte von ihm zieht, die thatsächliche Gewalt über denselben zwar habe, wenn er sich in oder vor dem Acker, aber nicht, wenn er sich in seiner Behausung befinde. Vgl. auch Note². Savigny S. 383 (329) ist der Meinung, daß zwischen den Bedingungen des Erwerbes und der Fortbauer des Besizes zwar kein Unterschied in Betreff des Wesens, aber doch in Betreff des Grades statfinde; auch das scheint mir zu weit gegangen. Vgl. über diese Frage noch Baron Gesamtvverhältnisse S. 100. 101 und Jahrb. f. Dogm. VII S. 56. 113 fg. 143 fg., Randa § 21, Bruns Jahrb. d. gem. R. VI S. 38—46, Dernburg Preuß. Privatr. I § 155³ [Band. I § 182, 1]; über die Auffassung Fhering's s. Note⁷. Pcnz (S. 211. 212) sagt seiner Grundauffassung (§ 150¹) gemäß: der Besitz muß, wie jedes R., fortauern, bis specielle Aufhebungsgründe seine Beendigung herbeiführen. Ebenso Bekker S. 219. Goldschmidt Studien zum Besitz S. 21 fg. [[Kunze S. 95 fg.: es kommt auf die Verkehrsanschauung an.]]

⁵ Ihrer Natur nach nicht dauernd ist z. B. die Unmöglichkeit, welche auf augenblicklicher Schwäche des Gedächtnisses beruht, oder darauf, daß das zahme Thier sich vom Haus entfernt hat (⁴). Ihrer Natur nach dauernd ist namentlich die Unmöglichkeit, welche auf Verdrängung durch einen Andern beruht, l. 1 § 45. 47. 24 D. 43, 16, l. 33 § 2. l. 4 § 22 D. 41, 3, l. 15 D. 41, 2. Zu l. 1 § 47 de vi cit. vgl. Knip S. 198 fg. Ferner: das Grundstück wird vom Wasser occupirt (im Gegensatz vorübergehender Ueberschwemmung), l. 3 § 17. l. 30 § 3 D. 41, 2; die bewegliche Sache fällt in's Wasser, l. 13 pr. D. 41, 2; ich verliere die bewegliche Sache (anders wenn ich sie innerhalb meines Gewahrsams verlege), l. 3 § 13. l. 25 pr. D. 41, 2; das gefangene Thier erlangt seine Freiheit wieder, das zahme verirrt sich, l. 3 § 13. 14 D. 41, 2, l. 3 § 2 D. 41, 1. Specification: l. 30 § 4 D. 41, 2. Fitting ACPrä. XLVIII S. 184 fg. 329. — Der Verdrängung steht es natürlich gleich, wenn sich ein Anderer mit Willen des Besitzers der Sache bemächtigt, nur daß hier der Besitz nicht bloß corpore verloren wird. Durch Ueberantwortung der Sache an einen Andern zum Haben für mich verliere ich ebenso natürlich den Besitz nicht — es müßte denn der Andere sie in Unkenntniß des ihm an der Sache zustehenden Eigentumsr. genommen haben. Diese letztere — allerdings auffallende — Entscheidung steht in l. 21. l. 33 § 5 D. 41, 3, vgl. auch l. 29 D. 13, 7; als Grund wird angegeben, weil in diesem Fall das Ueberlassungsgeschäft nichtig sei. Unterholzner Verjährungslehre I § 131 a. E. II § 239 a. E.; a. W. Arndts Ver. III S. 875 fg., [[Gesammelte Schr. I S. 238]], Knip S. 192 fg., Fhering Besitzwille S. 146 fg.

sie nicht sofort nach ihrem Eintreten wieder beseitigt wird⁶; b) dadurch, daß der Besitzer aus anderen Gründen die Wiederherstellung bleibend unterläßt⁷. — Was die Unmöglichkeit der Wiederherstellung (des erforderlichen körperlichen Verhältnisses zur Sache) angeht, so gilt eine besondere Regel für Grundstücke: bei ihnen führt die Unmöglichkeit der Wiederherstellung und namentlich die auf Verdrängung durch einen Andern beruhende auch dann nicht Verlust des Besitzes herbei, wenn sie (das der Möglichkeit entgegenstehende Hinderniß) beseitigt wird sofort nachdem der Besitzer von dem Eintreten derselben Kenntniß erhalten hat⁸.

⁶ J. B. den Verdränger verdränge ich sofort meinerseits, l. 3 § 9. l. 17 D. 43, 16. Cf. XXXIV. 272. Das mir ent schlüpfte wilde Thier verfolge ich und fange es wieder ein, l. 5 pr. D. 41, 1. Die in's Wasser gefallene Sache wird sogleich wieder herausgezogen, l. 13 pr. D. 41, 2 („post tempus“).

⁷ L. 37 § 1 D. 41, 3. „Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem, quae vel ex negligentia domini vacet, vel quia dominus sine successore decesserit vel longo tempore afuerit“, Bgl. l. 11 C. 8, 4 (§ 160¹). L. 3 § 10 D. 41, 2: der Besitz eines Slaven, welcher frei zu sein behauptet, ist verloren „si diu in libertate moretur“. L. 47 D. 41, 2. Bgl. auch § 157². Fragt man wo hier die Grenze ist, so wird man passend sagen dürfen: die Grenze ist da, wo der Besitzer anfängt sich zur Sache zu verhalten, wie Jemand, der die Sache wie eine eigene haben will, sich erfahrungsgemäß zur Sache nicht verhält. — Fhering Grund d. Besitzeschutzes S. 136 fg. 182 fg. (167 fg. 209 fg.) gründet auf die Art und Weise, wie der „Eigenthümer“ sich der Sache zu bedienen pflegt, die ganze Lehre, wie vom Erwerb (§ 153³), so auch vom Verlust des Besitzes. Ich habe schon oben bemerkt, daß die Art und Weise desjenigen, der den Aneignungswillen hat, ohne Eigenthümer zu sein, keine andere ist, als die des Eigenthumsberechtigten. Aber auch auf die Art und Weise, wie der Aneignungswille sich im Leben zu bethätigen pflegt, kommt es da nicht an, wo eine dauernde Unmöglichkeit der Einwirkung auf die Sache eingetreten ist. Fhering weist die Kategorie der Unmöglichkeit aus der Lehre vom Verlust des Besitzes ganz aus, und so wird ihm der Verlust des Besitzes corpore im Grunde zu einem Verlust animo. Von der anderen Seite soll auch hier bereitwillig anerkannt werden, daß die Polemik Fhering's gegen die herrschende (auch in früheren Ausgaben dieses Lehrbuchs festgehaltene) Lehre, welche ihrerseits das Gewicht ausschließlich auf die Unmöglichkeit legt (in l. 37 § 1 D. cit. nimmt sie Verlust des Besitzes animo an, Savigny S. 424 [360], Bruns Jahrb. d. gem. R. IV S. 40, Randa § 22⁴ fg., vgl. übrigens auch Schirmer ZS. f. CM. u. Pr. N. F. XI S. 401. 402 [wider diesen Rudorff Anhang Nr. 113], Meischke S. 334 fg.), vieles Zutreffende enthält; der im Text unter b) gemachte Zusatz verbannt ihr seine Entstehung. — Gegen den Besitzverlust durch lange Abwesenheit Kniep S. 24 fg.

⁸ Gelingt dem Besitzer der Beseitigungsversuch nicht, oder unterläßt er denselben ganz, so hat er erst jetzt seinen Besitz verloren, nicht sofort mit dem Eintreten der Unmöglichkeit. L. 3 § 7. 8. l. 6 § 1. l. 7. l. 18 § 3. l. 25 § 2. l. 46 D. 41, 2. Daß dieser Satz bei beweglichen Sachen nicht gilt, hebt aus-

2. Ebenso wird, was das Willensmoment angeht, der Besitz nicht dadurch verloren, daß in einem gegebenen Augenblick der Wille die Sache für sich zu haben, nicht vorhanden ist⁹, sondern nur dadurch, daß der Besitzer den Willen faßt (und erklärt), die Sache nicht mehr

drücklich hervor l. 47 D. 41, 2. Als Grund dafür bezeichnet oder vermuthet („forsitan“) diese Stelle die „neglecta atque missa custodia“; also: läßt man bewegliche Sachen nicht aus der Hand, so braucht man nicht zu fürchten, daß ein Anderer sie sich aneigne, oder man wird es doch sogleich erfahren. Sollte dieß der wirkliche Grund sein? Wie kann dem Besitzer zum Schaden angerechnet werden, daß er mit der Sache umgeht, wie jeder auch sorgfältige Besitzer pflegt (in der Stelle ist speciell von Leihen und Inverwahrungsgeben die Rede)? Eher ist daran zu denken, daß bei beweglichen Sachen die Inbesitznahme durch einen Andern hinter dem Rücken des Besitzers regelmäßig die Möglichkeit der Wiedergreifung ausschließen wird. Die Unverbringlichkeit der Grundstücke im Gegensatz zu beweglichen Sachen betonen auch Kierulff S. 399* und Böcking I § 125⁶, die aber zu weit gehen, wenn sie den für Grundstücke geltenden Satz selbstverständlich finden, obgleich er wohl nicht so „merkwürdig“ ist, wie Savigny S. 408 (348) annimmt. Fhering S. 186 (213) sieht in dem Satz den Ausdruck der Regel: wenn der Besitzer den Occupanten nicht vertreibt, verliere er den Besitz deswegen, weil er im kritischen Moment nicht als Eigenthümer hervortrete, und daher nicht früher, bis die Veranlassung, als Eigenthümer hervorzutreten, zu seiner Kenntniß gelangt sei. Ebenso hält Pininski I S. 195 fg. den Satz für eine „Consequenz aus dem Wesen des Besitzverhältnisses“. Strohal Succession S. 114 fg. Kniep S. 447 fg. — Uebrigens läßt dieser Satz eine Reihe von Fragen offen. So namentlich: ist Gewalt gegen den Occupanten erlaubt? kann er auch durch das interdictum uti possidetis vertrieben werden? gilt der Satz auch dem gutgläubigen Occupanten und demjenigen gegenüber, an welchen der Occupant die Detention weiter überträgt? wie ist es, wenn der Besitzer nach erlangter Kenntniß durch Krankheit, Abwesenheit, Wahnsinn u. s. w. an der Vertreibung des Occupanten gehindert wird? hat in der Zwischenzeit der Occupant nicht wenigstens Dritten gegenüber den Interdictenschutz? oder ist wohl gar die Fortdauer des Besitzes des Abwesenden auf sein Verhältniß zum Occupanten zu beschränken? Vgl. darüber namentlich §. Witte JS. f. GR. u. Pr. R. F. XVIII S. 255—269 und Bruns Besitzklagen S. 184—166, außerdem Bruns Jahrb. des gem. R. IV S. 46 fg., Baron Gesamtvorverhältnisse S. 89—107 (Jahrb. f. Dogm. VII S. 144—146), Rudorff Anhang Nr. 106 vgl. 110, Fitting ACPr. LV S. 315 fg., Hauser Stellvertretung im Besitz S. 35 fg., Pernice JS. f. GR. XX S. 689 fg., Meißner S. 323 fg., Randa § 22⁴, Bekker S. 279 fg., Dunder S. 180 fg., Münderloh Sav.-JS. III S. 229 fg., Wendt Faust. S. 166 fg. Kniep S. 365—447. [Saleilles (§ 148*) p. 126 suiv. Christoph über den Besitzverlust an Grundstücken. Wtt. Diff. 1890. Springorum die über die heimliche Occupation fremden Sachbesitzes und ihre Folgen nach gem. R. geltenden Grundsätze. Erl. Diff. 1895.]

⁹ Daß hiermit nicht eine Verschiedenheit der Bedingungen für den Erwerb und die Fortdauer des Besitzes ausgesprochen ist vgl. Note ⁴ liegt auf der Hand. Der Wille bekommt sein rliches Dasein durch die Aeußerung; aber sein rliches Dasein hängt nicht ab von einer fortdauernden Erneuerung der Willensaction.

für sich haben zu wollen¹⁰. Diese Willenserklärung setzt zu ihrer Gültigkeit Handlungsfähigkeit voraus, und daher können handlungsunfähige Personen den Besitz nur durch Aufhebung des Moments der tatsächlichen Herrschaft verlieren¹¹.

Durch den Tod des Besitzers hört zwar der Besitz auf¹², es dauert jedoch, wenn die vom Verstorbenen besessene Sache in der Erbschaft verbleibt, das Erbsitzungsverhältnis fort¹³.

¹⁰ L. 17 § 1 D. 41, 2; — „possessio . . recedit, ut quisque constituit nolle possidere“. L. 3 § 6. l. 30 § 4 eod. Rniep S. 210 fg. Czjhlarz Fortf. von Glück Buch 41 I S. 90 fg. — Frage: ist der Besitz verloren, wenn er zu dem Ende aufgegeben wird, damit ein Anderer ihn erwerbe, und dieser ihn nicht erwirbt? Diese Frage wird verneint von Ulpian und Papinian (l. 34 pr. D. 41, 2, l. 18 pr. D. 43, 16), bejaht von Celsus (l. 18 § 1 D. 41, 2). Die erste Meinung (ein gleicher Widerstreit der Meinungen § 202⁵) ist offenbar die richtigere, weil beide Theile der Willenserklärung in unzertrennbarer Verbindung stehen (Kierulff S. 393, Windscheid Voraussetzung S. 144—146, Scheurl Beiträge I S. 202—205, Exner Aserwerb durch Tradition S. 18⁶⁰, Bälou Proceßreben S. 68⁶⁷), und wäre daher vorzuziehen, auch wenn nicht schon die historische Vereinigung zu demselben Resultate führte (Scheurl a. a. D. S. 204). Umgekehrt meint Brinz S. 71 (2. Aufl. I S. 523 fg.), Celsus habe „nicht so nützlich, aber richtiger gedacht als Ulpian“. Ebenso Randa § 22 von Note⁷⁰ an. Auch Lenz S. 230 fg. ist der Meinung, daß in der Tradition nicht ohne Weiteres die Bedingung des Besitzerwerbes durch den Andern liege. Vgl. noch Bruns Jahrb. des gem. R. IV S. 42. Ueber Vereinigungsversuche s. Randa § 22⁹; dazu selt Mandry ACPr. LXIII S. 9 (hinzuzufügen Dernburg I § 182¹⁰). Eine andere Frage ist, ob nicht in dem angegebenen Fall der Besitz corpore verloren ist. Vgl. Sohm ZS. f. HR. XVII S. 19 fg. Strohal Success. S. 175 fg., Köhler ACPr. LXIX S. 185 fg., Rniep S. 82 fg., Scheurl S. 145 fg., Pininski II S. 53 fg.

¹¹ L. 27. 29 D. 41, 2, l. 11 D. 41, 1, vgl. Vat. fr. § 1 Diese Stellen erklären für ungültig nicht bloß die Willenserklärung des natürlich Willensunfähigen, sondern auch die des juristisch Handlungsunfähigen (pupillus). In dem Letzteren liegt eine wirkliche Abweichung von der Consequenz aus dem Begriffe des Besitzes: aus Gründen wird die Aposition des Besitzes aufrecht erhalten, obgleich die natürliche Thatsache des Besitzes nicht mehr vorhanden ist. Vgl. Randa § 22¹⁰ is.
¹² Bei einem Gestorbenen kann weder von tatsächlicher Gewalt, noch von Aneignungswillen die Rede sein. L. 23 pr. l. 30 § 5 D. 41, 2, l. 1 § 15 D. 47, 4.

¹³ Und bezwungen kann die Erbsitzung vollendet werden, ehe der Erbe durch Bestizergreifung den Besitz erlangt hat. S. § 181⁹. Die Quellen geben diesem Satz aber nicht den Ausdruck, daß der Besitz fortbauere. Nichtsdestoweniger hat es in alter und neuer Zeit nicht an Juristen gefehlt, welche Fortbauer des Besitzes schlechthin angenommen haben; so namentlich Pfeiffer prakt. Ausführungen I Nr. 15, und neuestens Problowski Untersuchungen aus dem Oesterreichischen Civilr. S. 65 fg. R. Privatr. II S. 229 fg. Dawider Mühlenbruch Fortf. von Glück XLIII S. 77 fg. Entscheid. des RG. in Strafsachen X S. 259. Vgl. E. Cosal der Besitz des Erben, Weimar 1877, Bekker S. 289 fg. — Wird eine vom Verstorbenen besessene Sache der Erbschaft entzogen, so hilft die

§ 157.

Was den Besitz angeht, welcher durch einen Stellvertreter ausgeübt wird, so ergibt sich aus dem Begriffe desselben, daß er verloren wird: 1) dadurch, daß der Vertretene den Besitzeswillen aufgibt; 2) dadurch, daß der Vertreter die tatsächliche Gewalt verliert¹, oder aufhört, dieselbe für den Vertretenen haben zu wollen. Jedoch gelten von den unter Ziff. 2 aufgeführten Sätzen eine Reihe von positiven Ausnahmen²: der Besitz wird nicht verloren durch den Tod des Vertreters³, nicht durch die eintretende Willensunfähigkeit desselben³, nicht dadurch, daß er den Besitz aufgibt⁴, vorausgesetzt daß

hereditatis petitio. Vgl. Jhering Grund d. Besitzeschutzes S. 71 (85 fg.) und III § 612, 1.

¹ Auf die Person des Vertretenen kommt es in dieser Beziehung nicht an. § 157. Daher ist bei Grundstücken nicht erforderlich, daß der Vertretene von der durch einen Andern erfolgten Occupation Kenntniß erhalten habe. L. 1 § 22. 45 D. 43, 16, l. 44 § 2 D. 41, 2.

² Andere leugnen, daß die im Folgenden genannten Sätze Ausnahmen, sie glauben, daß dieselben Anwendungen der Regel seien. Wenn der Besitzer die tatsächliche Gewalt nicht mehr durch den Vertreter habe, so folge daraus nicht, daß er sie überhaupt nicht mehr habe; man bedürfe ja keines Vertreters im Besitze. So Hierulff S. 397, Randa § 23, Hauser Stellvertretung im Besitze S. 31 fg., Dernburg Preuß. Privatr. I § 155 a. E. Pand. I S. 433 fg., Scheurl S. 151. Hiergegen spricht das in Note ¹ Bemerkte: daß der Besitz an Grundstücken durch die Occupation eines Dritten auch ohne Wissen des Vertretenen verloren wird. Also hat nach der Auffassung des r. R. der Vertretene die tatsächliche Gewalt in der That nur durch den Vertreter; die tatsächliche Gewalt stellt sich dar in der Person des Vertreters, nicht des Vertretenen. Was hiergegen Dernburg I § 188⁵ bemerkt, wird der l. 1 § 22 cit. nicht gerecht.

³ L. 3 § 8. l. 25 § 1. l. 40 § 1 D. 41, 2.

⁴ So hat Justinian in l. 12 C. 7, 32 entschieden; bei den alten Juristen war dieß streitig, vgl. auf der einen Seite l. 31 D. 4, 3, l. 3 § 8. l. 44 § 3 D. 41, 2; auf der anderen l. 40 § 1. l. 31 eod. — Wird in Folge der Besitzaufgabe des Vertreters die Sache von einem Andern in Besitz genommen, so ist nun freilich der Besitz verloren. Es fragt sich aber, ob auch in diesem Falle bei Grundstücken erforderlich ist, daß der Besitzer von der Occupation des Dritten Kenntniß erhalten habe? Diese Frage muß unbedingt für den Fall bejaht werden, wo die Occupation des Dritten erst nach einem Zwischenraum erfolgt: in diesem Falle wird das occupirte Grundstück so wenig durch einen Vertreter besessen, als wenn von Anfang an keine Vertretung stattgefunden hätte. Die Frage muß aber auch für den Fall bejaht werden, wo die Besitzaufgabe des Vertreters und die Inbesitznahme des Dritten in demselben Momente erfolgen, wo der Vertreter den Besitz zu dem Ende aufgibt, damit Jener ihn habe. Denn da der Vertreter in dem Augenblick aufhört, Vertreter fremden Besitzes zu sein, wo der Dritte den Besitz ergreift, so kann man nicht sagen, daß die Kunde von dieser Besitzergreifung an einen Vertreter des Besitzers gelangt sei (¹). Dafür spricht auch Sinn und Ausdruck der l. 12 C. 7, 32, vgl. namentlich die Worte: „nihil

der Besitzer den eingetretenen Zustand nicht fest werden läßt⁵. Durch den Entschluß des Vertreters, die Sache nicht mehr für den Vertretenen, sondern für sich oder für einen Dritten haben zu wollen, wird der Besitz verloren; jedoch kann natürlich dieser Entschluß rechtlich nicht in Betracht kommen, wenn er nicht geäußert worden ist⁶.

penitus domino praeiudicii generetur“, und ein Gegenbeweis ist auch in I. 44 § 2 D. 41, 2. nicht enthalten (s. ¹). Dieser Punkt ist übrigens sehr bestritten. Vgl. einerseits Savigny S. 441 fg. (372 fg.), Rierulff S. 398, Arndts § 143 Anm., Keller S. 285, Bruns Jahrb. des gem. R. IV S. 43, Fitting 3S. f. 5R. XVIII S. 337 fg., Schirmer 3S. f. deutsche Gesetzgeb. VIII S. 615 fg., Meißcheider S. 350 fg., Randa § 23⁷; andererseits Bangerow I § 209 Anm., S. Witte 3S. f. GR. u. Pr. R. 3. XVIII S. 269—277. 283—285, Bruns Besitzlagen S. 112 fg., Wächter II S. 78, Dernburg I § 183⁸. Bruns beruft sich auf die citirte I. 44 § 2 D. 41, 2, die er, m. E. willkürlich, von einer Occupation nach Aufgeben des Besizes durch den Vertreter versteht. Jhering S. 94 (114) fg. nimmt für den Fall der Veruntreuung des Besizes durch den Stellvertreter Verlust des Besizes, aber interdictum unde vi an. Aber ist es wohl denkbar, daß der Kaiser für den Fall des „prodere possessionem“ etwas Anders habe bestimmen wollen, als für den Fall des „derelinquere possessionem“? Für diesen Fall aber wollte er gewiß Fortdauer des Besizes bestimmen, da sich nur hierauf die Controverse der alten Juristen, welche er entscheiden zu wollen erklärt, bezog. S. auch Bruns Besitzlagen S. 109 fg. Scheurl S. 152 fg., Rniep S. 35 fg., Pininski II S. 87 fg.

⁵ L. 40 § 1 D. 41, 2: — „quo mortuo non statim dicendum eam interpellari, sed tunc demum, cum dominus eam apisci neglexerit“. So wenig die thatsächliche Gewalt fortbauert, wenn die Wiederherstellung des Verhältnisses, in welchem sie sichtbar war, dauernd unterbleibt (§ 156⁷), so wenig kann der ohne thatsächliche Gewalt rlich anerkannte Besitz fortbauern, wenn die Wiederherstellung der thatsächlichen Gewalt selbst dauernd unterbleibt.

⁶ Wenn es in I. 47 D. 41, 2 heißt: „Si rem mobilem apud te depositam aut ex commodato tibi possidere neque reddere constitueris, confestim amissione me possessionem vel ignorantem responsum est“, so will hier das „confestim“ nicht die Nothwendigkeit der Aeußerung des Entschlusses, sondern die Nothwendigkeit der Kenntniß des Vertretenen von demselben verneinen (vgl. I. 44 § 2 — I. 46 eod.). In welcher Weise der Entschluß geäußert worden sei, ist gleichgültig, und namentlich darf nicht verlangt werden (wie mit Savigny S. 430—434 [364—367] die herrschende Meinung thut), daß er bei beweglichen Sachen gerade durch eine körperliche Behandlung derselben an den Tag gelegt worden sei. L. 3 § 18 D. 41, 2 will nicht sowohl contractatio für nothwendig, als bloßes Ableugnen, welches die Absicht die Sache für sich zu haben keineswegs ohne Weiteres voraussetzt (I. 20 D. 41, 2), für nicht hinreichend erklären; so auch I. 1 § 2. I. 68 [67] pr. D. 47, 2. Vgl. Schirmer 3S. f. GR. u. Pr. R. 3. XI S. 397 fg. (1854), S. Witte das. XVIII S. 293—299, Baron Jahrb. f. Dogm. VII S. 146 fg., Meißcheider S. 353 fg., Scheurl S. 158 fg., Pininski II S. 69 fg., Cf. XXVII. 207, RG. XIX S. 239. — Was unbewegliche Sachen angeht, so kann auch in diesem Falle der Besitz nicht ohne Vorwissen des Vertretenen verloren werden; auch in diesem Fall ist es nicht der Vertreter, welcher Kunde von der Besitzergreifung erhält. Auch erlaubt I. 47 D. 41, 2

[I. Im **BGB.** tritt Verlust des unmittelbaren Besitzes ein dadurch, daß der Besitzer die thatsächliche Gewalt aufgibt oder in anderer Weise verliert (856).

1. Auch hier drängt sich das Willensmoment wieder ein. Denn das Aufgeben der thatsächlichen Gewalt wird oft nichts anderes sein, als das äußerlich manifestirte Zurückziehen des Besitzwillens. Wenn jemand eine Sache, die er in der Hand hält, zu seinen Füßen niederwirft in der erkennbaren Absicht, sie nicht mehr haben zu wollen, so verhält er sich äußerlich noch gerade so zu ihr, als wenn er sie hinwarf, um sie demnächst wieder aufzunehmen. Im ersten, nicht im zweiten Falle tritt Besitzverlust ein. In dem I. C. (§ 808) war das ausdrücklich bestimmt und (§ 809) hinzugefügt, daß auf eine derartige Besitzaufgabe durch geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Personen die Bestimmungen über Rechtsaufgabe durch deren Rechtsgeschäfte entsprechende Anwendung finden sollten. Beide Bestimmungen hat die II. Comm. gestrichen (Prot. S. 3345 fg.). Von einem Theil der Commission wurde jedoch dabei der Vorbehalt gemacht, daß es Fälle gebe, in denen die Aufgabe der thatsächlichen Gewalt durch eine ernsthafte Willenserklärung erfolge. Schließt man sich, wie oben geschehen, diesem Vorbehalt an, so entsteht die Frage, ob man nicht auch die Einschränkung gelten lassen muß, daß eine Aufgabe dieser Art nicht beachtet werden kann, wenn sie von einem Veräußerungsunfähigen ausgeht. Allein dieß ist nicht anzunehmen. Das Gesetz gibt keinen Anhalt dafür, und es ist auch ein durchaus erträglicher Rechtszustand, daß z. B. der Minderjährige, der etwas fortwirft, um es nicht mehr zu haben, sich des Besitzschutzes beraubt (der Eigenthumschutz bleibt ihm!). Natürlich aber muß ein ernster Entschluß aus der Handlungsweise entnommen werden können; wenn ein Kind oder ein Wahnsinniger eine Sache bei Seite werfen, wird man diese Ernstlichkeit leugnen und ihnen dadurch den Besitzschutz erhalten können.

2. Im Uebrigen gibt das Gesetz über den Verlust der thatsächlichen Gewalt ebensowenig wie über ihren Erwerb näheren Anhalt und hilft nur noch durch den Satz: durch eine ihrer Natur nach vorübergehende Behinderung in der Ausübung der Gewalt wird der Besitz nicht beendet (856 Abs. 2). Den Satz, daß der Besitz an Grundstücken durch heimliche Occupation seitens eines Dritten nicht verloren geht (§ 156 zu ⁹), hat das **BGB.** nicht adoptirt. Das Wiedervertreibungsrecht ist in engeren Grenzen als im gemeinen Recht (ob. S. 695, 2) zwar anerkannt, aber es wird nicht angenommen, daß der sofort wiedererlangte Besitz nicht verloren gewesen sei (vgl. 859 Abs. 2). Durch den Tod des Besitzers (§ 156 zu ¹²⁻¹³) hört nach **BGB.** der Besitz nicht auf, sondern geht auf die Erben über (857).

3. Der Besitzgehülfe (855) wird oft in der Lage sein, die thatsächliche Gewalt seinem Herrn zu entfremden, sei es daß er die Sache stiehlt, sei es daß er einem Dritten dazu Gelegenheit bietet. Es wird eine derartige Besitzentziehung jedoch nur dann als vollendet angesehen werden können, wenn die Sache aus dem Kreise derer entfernt ist, an welchen der Besitzgehülfe im Sinne des § 855 **BGB.** die thatsächliche Gewalt für den Herrn ausübt. Das Nähere kann nur in Würdigung

einen Schluß a contrario. A. M. J. Witte a. a. O. S. 299—301 wegen I. 12. 18 pr. D. 43, 16, welche Stellen aber von einer Dejection des Besitzers reden (in der Person seines Beauftragten). S. auch Baron a. a. O. S. 162—164. [Gumpert der Verlust des jurist. Besitzes an den Detentor. Erl. Diff. 1896.] ✓

der Umstände des Einzelfalles entschieden werden; m. E. würde z. B. wenn die Magd einen Kessel aus der Küche entwendet und in ihrem Koffer verschließt, der Besitz der Herrschaft entzogen sein.

II. Der mittelbare Besitz wird verloren:

a) wenn der unmittelbare Besitzer den Besitz verliert; denn für die Existenz des mittelbaren Besitzes ist diejenige des unmittelbaren unerlässlich. Macht jedoch der bisherige unmittelbare Besitzer einen Dritten in solcher Weise zum unmittelbaren Besitzer, daß er selbst mittelbarer Besitzer wird, so dauert durch diese Vermittelung auch der bisherige mittelbare Besitz fort. Irgend ein Entschluß des unmittelbaren Besitzers (geäußert oder nicht), seiner Herausgabeverpflichtung nicht nachkommen zu wollen, hebt den mittelbaren Besitz nicht auf. Man könnte ja sagen, der Pfandgläubiger, welcher eine Unterschlagungshandlung begeht, besitzt nicht mehr als Pfandgläubiger im Sinne des § 868 BGB. Allein in solchem subjectiven Sinne ist dieser § nicht zu verstehen; es genügt für den mittelbaren Besitz das objective Bestehen des Verpflichtungsverhältnisses. Das Gesetz rechnet gar nicht mit der Möglichkeit, daß der unmittelbare Besitzer den mittelbaren abschüttelt; es würde sonst nicht unterlassen haben, für diesen Fall Vorkehrung zu treffen.

b) Der mittelbare Besitz geht verloren durch jeden Verlust des Herausgabeanpruchs.

III. Mit dem Uebergang des Besitzes auf einen andern (s. ob. S. 697. 699) ist immer Verlust des Besitzes auf Seiten des bisherigen Besitzers verbunden.]

V. Schutz des Besitzes*.

Einleitung.

§ 158.

Das Maß, in welchem, und die Gesichtspunkte, unter welchen der Besitz rechtlich geschützt wird, sind im Allgemeinen bereits angegeben worden (§ 148 Ziff. 1). Hier ist vom Schutz des Besitzes näher zu handeln¹. Zu Grunde gelegt wird dabei nicht die Verschiedenheit der bezeichneten Gesichtspunkte, welche sich nicht in allen Fällen des Besitzeschutzes geltend macht, sondern der Gegensatz zwischen bloßer Störung und Verlust des Besitzes².

* Pruns die Besitzklagen des r. und heutigen R. 1874. Darüber Pernice *3S. f. 5R. XX S. 636, Vetter fr. 33S. XVIII S. 1 fg.*
§ 158. ¹ Der Besitz bildet auch die Grundlage für wichtige Fälle des Eigentums-erwerbes. Hiervon wird aber besser im Zusammenhange der Lehre vom Eigentum gehandelt.

² Der Schutz des Besitzes gegen Störung ist bloßer Interdictenschutz, beruhend auf der Jurisdiction des Prätors, der Schutz des Besitzes gegen Verlust ist theils Interdictenschutz theils civillicher Actionenschutz (§ 148, 1). — Die Interdicte gegen Störung des Besitzes sind *interdicta retinendae possessionis*, die Interdicte gegen Verlust *interdicta recuperandae possessionis*. Mit den

[Ueber die Besitzklagen des § 158. ist einleitend Folgendes hervorzuheben.

1. Diese Klagen kennen im Gegensatz zum gemeinen Recht keinerlei Berücksichtigung des Schadensersatzes, sondern nur die Wiederherstellung des vorigen Zustandes und die Sicherung gegen später wiederholte Störung. Die Schadensersatzfrage ist also ausschließlich petitorischen Rechtsmitteln überlassen. Dabei ist zu beachten, daß auch aus den dinglichen Ansprüchen die Schadensersatzfrage im BGB. fast verdrängt ist (vgl. z. B. 1004 für die negatorische Eigenthumsklage; die vindicatorische läßt in gewissem Umfange die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches zu; 987 Abs. 2. 989. 990. 992). Der Schadensersatz wird also meistens auf Grund der obligatorischen Vorschriften über unerlaubte Handlungen zu fordern sein; stets sind dabei petitorische Einreden unbeschränkt zulässig. Selbst für den nach Erhebung der Besitzklage eintretenden Schaden, für das Interesse wegen Verzögerung der Restitution, oder wegen schuldhaft herbeigeführter Unmöglichkeit der Restitution gilt nichts anderes.

2. Die Besitzklagen sind nicht ganz frei von petitorischen Elementen. So viel den mittelbaren Besitz angeht, so ist die eine seiner beiden Voraussetzungen, der Herausgabeanspruch, (ob. S. 698, b) rein rechtlicher Natur und ob dieser Anspruch besteht oder nicht, muß im vollen Umfange petitorisch in Angriffs- und Verteidigungsmitteln im Besitzproceß erörtert werden können. Im Uebrigen s. über petitorische Einreden unten.

interdicta retinendae und *recuperandae possessionis* werden in den Quellen die *interdicta adipiscendae possessionis* zusammengestellt; dieselben sind aber nicht *Interdicta* aus Besitz sondern auf Besitz. Ob sie bloß Besitz gewähren, oder den Streit definitiv reguliren, kann hier dahingestellt bleiben. Vgl. mit Savigny § 35 Fhering Grund des Besitzschutzes 2. Aufl. S. 66 fg.; gegen den letzteren Randa § 1^{10a}. [Daß im Besitzproceß s. g. petitorische Einreden, Einreden aus dem R. an der Sache, nicht gehört werden, ist bereits § 150 zu ⁶ bemerkt. Der Satz gilt nicht für die Besitzconditionen (§ 111¹²), sondern nur für die possessorischen Klagen im eigentlichen Sinne (die auf Grundlage der r. *Interdicta* entwickelten), und auch unter ihnen ist das *interdictum de precario* einer petitorischen Einrede zum Theil unterworfen (§ 160²⁰). Im Uebrigen aber ist hervorzuheben, daß dem Beklagten unter Umständen die Geltendmachung eines Rechtsbesitzes zur Seite stehen kann, dessen Schutz dem des Sachbesitzes in derselben Weise vorgeht, wie das *ius in re aliena* dem Eigenthum. Ferner ist mit einer unzulässigen petitorischen Einrede nicht zu verwechseln die Geltendmachung der vom Kläger ertheilten Erlaubniß zur Hinnahme der Sache oder zu der Handlung, welche jetzt als Besitzstörung verfolgt wird. Eine solche Erlaubniß kann leicht mit einer Rückübertragung oder Bestellung identisch, oder mit ihr gepaart sein. Die Geltendmachung der Erlaubniß ist aber nicht petitorische Einrede, sondern sie leugnet, daß eine Besitzentziehung oder Störung wider den Willen des Besitzers vorliege. Dieß ist natürlich zulässig. — Wegen des Ausschlusses der echten petitorischen Einreden muß es der im Besitzproceß unterlegenen Partei freistehen, mittels Klage aus dem R., petitorischer Klage, das praktische Ergebnis des Besitzprocesses anzufechten. — Die Besitzklage und die Klage, durch welche das R. selbst geltend gemacht wird, können nicht in einer Klage verbunden werden. CPD. 232 Abs. 2. Dazu Seuffert Comm. 232, 3. Ueber Widerklage denselben a. a. O. und Dernburg I § 184⁹.]

3. Eine Verbindung der Besitzklage mit einer Klage aus dem Rechte selbst soll auch jetzt nicht zugelassen werden. Durch die vorgeschlagene Neufassung des § 232 Abs. 2 CPO. (Denkschr. Anl. I S. 320) kommt zum Ausdruck, daß nur der Besitzanspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes und auf Beseitigung der Störung im Besitze sowie auf Unterlassung weiterer Störung mit Ansprüchen aus dem Rechte selbst nicht verbunden werden können. Alle Schadenersatzansprüche, weil zu petitorischen Ansprüchen gestempelt, können mit anderen Ansprüchen, aber nicht mit den Besitzansprüchen verbunden werden. Zu der Bestimmung der CPO. (33) über die Zulässigkeit der Widerklage ist bislang eine Aenderung nicht in Aussicht genommen. Es soll also dabei bleiben, daß eine Widerklage insoweit zulässig ist, als sie mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch oder mit den gegen denselben (zulässiger Weise) vorgebrachten Bertheidigungsmitteln im Zusammenhange steht. Danach ist eine petitorische Widerklage gegen eine Besitzklage zulässig, wenn die Voraussetzungen der Geltendmachung petitorischer Einreden nach § 863 gegeben sind, und die Widerklage mit solchen Einreden im Zusammenhange steht, oder wenn sie mit Einwendungen gegen den Herausgabeanspruch im Zusammenhange steht, auf welchem der mittelbare Besitz beruht. Eine possessorische Widerklage gegen ein Petitorium ist unmöglich.]

A. Schutz des Besitzes gegen Störung*.

§ 159.

Gestört, ohne aufgehoben zu werden, wird der Besitz dadurch, daß sich der Wille eines Nichtbesizers in einer einzelnen Beziehung in Widerspruch mit dem Willen des Besitzers für die Sache geltend

* Dig. 43, 17. Cod. 8, 6 uti possidetis. Dig. 43, 31. utrobi. — Besondere Behandlungen dieser Lehre sind: Albert über das interdictum uti possidetis der Römer (1824). Wiederhold das Interdictum uti Possidetis und die Novi operis Nunciatio S. 1—63 (1831). Keller JS. f. gesch. RW. XI S. 287 fg. (1842). Rudorff das. XI S. 331 fg. (1842). §. Witte das interdictum uti possidetis als Grundlage des heutigen possessorium ordinarium (1863). (Darüber A. Schmidt [von Ilmenau] Heidelberg. Jahrb. LVI S. 689—694 und Dernburg fr. WJS. V S. 511—523.) Es die f. g. doppelseitigen Klagen des r. und gem. deutsch. R. S. 28—87 (1870). Krüger kritische Versuche S. 78 fg. 88 fg. (1870). Fitting ACPr. LV S. 304 fg. (1872). Bruns Besitzklagen S. 1—83 (1874). S. ferner Fhering Grund des Besitzschutzes S. 48 (72) fg., Bangerow I § 336 Anm. 1, Pagenstecher röm. Lehre vom Eigentum III S. 225—233. 237—239, Brinz 2. Aufl. § 181. 182, Meißner S. 86—156, Ubbelohde Interdicta V, 1 S. 357—651. 700—710. Diese vorzügliche Darstellung eröffnet einen klaren und tiefen Einblick in die geschichtliche Entwicklung. Sie stellt die beiden Hauptinterdicte: uti possidetis (S.

macht. Dieß kann entweder dadurch geschehen, daß der Andere selbst auf die Sache einwirkt, oder dadurch, daß er dem Besitzer eine Einwirkung auf die Sache unmöglich macht¹. Aus einer solchen Störung entsteht für den Besitzer ein Anspruch², wenn die Störung fortbauert,

357—566) und *utrubi* (§. 566—616) neben einander und behandelt später (§. 700—710) ihre Umwandlung und Verschmelzung im nachclassischen R. Scharf auseinandergehalten werden, wie dieß für das historische Verständniß unerläßlich ist, die *interdicta primaria* und *secundaria* wie überhaupt die einzelnen Stadien, Elemente und Eventualitäten des Verfahrens. Vorbereitet ist die Darstellung durch B. I und II desselben Werkes. Ueber Klein s. § 148² und gegen ihn Ubbelohde V, 1 §. 364 fg. §. 572 fg.]

¹ Beide Fälle faßt das im alten Interdictenverfahren vom Prätor ertheilte § 159. *interdictum* dahin zusammen: es solle der Besitzer nicht verhindert werden, zu besitzen, wie er besitze („*uti possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto*“, l. 1 pr. D. 43, 17). Beispiele: Jemand gräbt, säet, baut auf einem in fremdem Besitz befindlichen Grundstück, er läßt den Rauch von seinem Grundstück auf dasselbe hinüberbringen, er bricht auf seinem Grundstück Steine, so daß die Splitter hinüberfliegen; Jemand (z. B. der Miether) verhindert den Besitzer, auf dem besessenen Grundstück zu bauen, das auf demselben stehende Haus zu repariren, über die auf demselben wachsenden Pflanzen zu verfügen. L. 11 D. 43, 16 (über diese Stelle s. Savigny §. 479² [401⁴], Witte §. 100, vgl. jedoch auch Bruns Jahrb. des gem. R. IV §. 50), l. 8 § 5 D. 8, 5, l. 5 § 10 D. 39, 1, l. 3 § 2—4. 9 D. 43, 17, l. 52 § 1 D. 41, 2, l. 12 D. 10, 3. Rappeyne van de Coppello §. 187 fg. Fhering Jahrb. f. Dogm. XXIII §. 253 fg. glaubt, das *int. uti possidetis* sei nur für Verhinderungen, nicht für positive Eingriffe bezugt. L. 11 D. 43, 11, l. 5 § 10 D. 39, 1. [Dagegen Ubbelohde §. 472 fg.] Liegt eine Besitzstörung auch in der Erwirkung eines Arrestes? Davüber Cf. XXXV. 3. In einem Verbot? Davüber Cf. XLII. 232.

² *Interdictum uti possidetis* bei unbeweglichen, *interdictum utrubi* bei beweglichen Sachen. Im Justinianischen R. ist zwischen beiden Interdicten kein Unterschied mehr, wogegen im klassischen R. das *interd. utrubi* nicht gegenwärtigen Besitz voraussetzte, sondern daß der Kläger während des letzten Jahres länger besessen habe, als der Beklagte, wobei aber auf der einen und der andern Seite der dem Gegner gegenüber *vi clam precario* erlangte Besitz nicht gerechnet wurde (l. un. D. 43, 31, § 4 I. 4, 15 vgl. mit Gai. IV. 150). R. a. B. im klassischen R. gewährte das *interd. utrubi* nur möglicherweise Schutz gegen Störung des Besitzes, dagegen möglicherweise auch Schutz gegen Entziehung. Nichtsdestoweniger wird es als *interd. retinendae possessionis* sehr ausdrücklich bezeichnet. Gai. IV. 148, Paul. *sentent.* V. 6 § 1. S. darüber Schmidt (von Ilmenau) das Interdictenverfahren der Römer §. 69⁵⁶. §. 115⁵⁸, Bruns Besitzklagen §. 167—179, Fhering der Zweck im Re I §. 258—262, Pflüger §. 99 fg. Die *recuperatorische* Wirkung bestreitet Munderloh Sav.-Z. IV §. 82. — Nach klassischem R. entstand der Anspruch nicht aus der Störung als solcher, sondern aus der nach Ertheilung des Interdicts verübten Störung. Im Justinianischen R. ist dieß mit dem Interdictenverfahren selbst weggefallen. Vgl. Keller a. a. D. §. 307 fg., Rudorff a. a. D. §. 359. 360, Bruns R. des Besitzes §. 40—45, Witte §. 98. 99. 102 fg. 117. 128, namentlich Schmidt a. a. D. §. 55—70. 321—331.

auf Wiederaufhebung derselben^a, bei Schuld des Störers auf Leistung des Interesse^b, und soweit das Bedürfnis reicht auf Verbot fernerer Störung unter Androhung einer Strafe^{ab}. Daß gegen die Person des Besitzers Gewalt gebraucht worden sei, ist keine Voraussetzung dieses Anspruchs; es reicht hin, daß gegen seinen Willen, d. h. ohne seine Erlaubnis, gehandelt worden sei^c. Ebenso wenig ist Voraussetzung dieses Anspruchs, daß der Störende den Besitz der Sache für sich selbst in Anspruch nehme, oder auch nur, daß er den Besitz des

^a L. 3 § 9 D. 43, 17. A. M. Bruns Besitzlagen S. 78 fg. Bgl. ^{ab}. [Ubbelohde S. 467 fg.]

^b L. 3 § 11 D. 43, 17. Es ist übrigens nicht allgemein anerkannt, daß (nach Justinianischem Re) auch Ersatz des Interesse gefordert werden könne. Bgl. Krüger S. 110, Fitting S. 336. Dafür Bruns Besitzlagen S. 56 fg. Jhering Jahrb. f. Dogm. XXXIII S. 229 fg. [RG. XXXI S. 181 fg., 184 Jahrb. f. Dogm. XXXV S. 307 fg.] [[Dagegen Pflüger f. unt. ^{ab}.]] Was den Fall angeht, wo dem Störer keine Schuld zur Last fällt f. unten ^{aa} a. E. [Ueber l. 3 § 11 cit. (zu beziehen auf das iudicium fructuarium) f. Ubbelohde V, 1 S. 412. II S. 172 fg.]

^{ab} Bgl. l. 2 § 18 D. 43, 8. J. R. A. § 162. CPD. § 775. S. über diese Frage Savigny S. 489 (409), Bruns R. des Bes. S. 52, Schmidt a. a. D. S. 329, 332, Rudorff S. 357 und Anh. zu Savigny Nr. 141, Witte S. 118 fg., Bruns Besitzlagen S. 48 fg. Bruns hat an dem zuletzt genannten Orte (f. auch in v. Holtz. Enchir. § 32) auszuführen gesucht, daß der Anspruch nicht nebenbei, sondern wesentlich und in erster Linie auf Verbot fernerer Störung gehe. Bruns ist der Ansicht, daß die Bedeutung der prohibitorischen Interdicte für das Justinianische R. nicht, wie die herrschende Meinung annimmt, die sei, daß auch ohne Interdict geklagt werden könne, als sei ein Interdict erlassen worden, sondern die, daß auf das im Interdict enthaltene Verbot geklagt werden könne. Bruns interpretirt in diesem Sinne den § 8 I. 4, 15 und beruft sich außerdem auf l. un. C. 8, 6. Aber die Beweiskraft der letzten Stelle wird dadurch gemindert, daß es sich in derselben nur um Feststellung des Besitzes zum Zwecke der Regulirung der Parteirollen im Eigenthumsstreite handelt, und was die Institutionenstelle angeht, so will sie doch offenbar sagen, daß der Wegfall des ordo iudiciorum lediglich processualische Bedeutung habe, während nach der Bruns'schen Auslegung sich mit diesem Wegfall der Inhalt des zu fallenden Urtheils, also der Inhalt des klägerischen Anspruchs, geändert haben würde. S. auch Randa § 7a¹⁰, Pernice JS. f. JR. XX S. 636 fg., Rappeyne van de Coppello S. 185. [[Wie Bruns auch Pflüger S. 327 fg., der aber ferner behauptet, daß nach Justin. R. mit der utilis actio ex interdicto Schadensersatz wegen vergangener Störung auch nicht verlangt werden könne. Dazu diene allein das interdict. quod vi aut clam. — Ubbelohde Interdicte II S. 463 fg.] [Derfelbe V, 1 S. 460 fg.]

^c Dieß ist der Sinn des prätorischen Spruchs: vim fieri veto. L. 11 D. 43, 16. „Vim facit, qui non sinit possidentem eo, quod possidebit, uti arbitrio suo“. Bgl. l. 8 § 5 D. 8, 5, l. 5 D. 8, 2. Savigny S. 477. 478 (401. 402), Schmidt a. a. D. S. 50, 51, Jhering Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 237 fg.

Gestörten leugne⁵. Ein Anspruch auf Verbot der Störung unter Androhung einer Strafe ist begründet auch bei bloß drohender Störung^{6a}. Wesentlich aber für den Anspruch ist unter allen Umständen, daß der Besitzer nicht den Besitz durch eine gegen den Gegner verübte Eigenmacht erlangt habe; aus einer solchen Eigenmacht kann der Gegner eine Einrede gegen den Anspruch des Besitzers hernehmen⁶.

⁵ Das Letzte hält mit Anderen Bangerow I § 336 Nr. II a. E., auch das Erste halten Wiederhold a. a. D. S. 35 fg. und Sintenis I S. 466 für erforderlich; f. auch Brinz 2. Aufl. I S. 733 fg. S. dagegen Schmidt a. a. D. S. 51²², Witte S. 100 fg. 139, Ed S. 89 fg. 62 fg., Fitting S. 334 fg., Bruns R. des Bes. S. 43 fg. und Besitzlagen S. 70 fg., Bekker R. d. Bes. S. 255. Wenn von diesen Schriftstellern andererseits hervorgehoben wird (f. namentlich auch Bruns Besitzlagen S. 76 fg.), daß ein Angriff auf die Person als solche, ein Angriff auf die Person nicht in ihrer Beziehung zur Sache, zur Begründung der Klage nicht ausreicht, so ist dagegen nichts einzuwenden; nur ist damit nichts gesagt, was nicht schon in dem Begriff der Störung des Besitzes liegt, und jedenfalls darf das Gesagte nicht in dem Sinne verstanden werden, als müsse auch die Absicht der Verletzung auf die Person in ihrer Beziehung zur Sache, nicht auf die Person als solche, gerichtet gewesen sein. Jhering Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 227. Aus der Praxis: S. I. 60, VII. 41 (für die Nothwendigkeit der Behauptung eigenen Besitzes), XXX. 229 (für die Nothwendigkeit der Bestreitung fremden Besitzes); VIII. 49, XII. 33, XIX. 232, XXIII. 136, XXV. 6. S. auch den bei Fitting S. 349 fg. berichteten Fall. — Auch diejenigen Schriftsteller, welche für das Justinianische und heutige R. zugeben, daß das interd. uti possidetis Behauptung eigenen Besitzes in der Person des Störenden nicht voraussetze, sind theilweise anderer Meinung für das Klassische r. R. So früher Bruns das R. des Bes. S. 38 fg., und jetzt noch Krüger a. a. D., Jhering a. a. D. S. 256. Doch geht die Ansicht Krüger's nicht dahin, daß dem im Besitze Gestörten ohne diese Behauptung gar nicht geholfen worden sei, sondern umgekehrt dahin, daß ihm ohne allen Proceß geholfen worden sei (durch ein neues Interdict, secundarium interdictum bei Gal. IV. 170 genannt). Vgl. noch¹¹. Dort auch über die Ansicht Rappelyne's van de Coppello. [Ueber die interdicta secundaria Ubbelohde V, I S. 439—436. II S. 154 fg., 196 fg., Klein S. 131 fg., Pfersche Interdicta S. 87 fg.]

^{6a} Vgl. l. 2 § 18 D. 43, 8. Ed S. 62 fg., Fitting S. 325, namentlich Bruns Besitzlagen S. 67 fg. 73 fg. Bruns beruft sich im Besonderen, und gewiß mit Recht, auch auf die Analogie der actio negatoria (vgl. § 198⁹). — Kann schon wegen beschränkter Störung geklagt werden, so gewiß wegen wirklicher, von welcher der Störende nicht weiß, oder von welcher er nicht weiß daß sie eine Besitzstörung ist, so daß sie unter den Begriff der vis nicht fällt. Bruns Besitzlagen S. 60 fg. Doch kann in diesem Fall Schadensersatz nicht gefordert werden. Vgl. § 198⁵. S. aber auch Bruns S. 57 unt. 58 („die heutige Praxis unterscheidet nicht“). Randa § 7a²⁻⁶. Bestreitung des Besitzes (f. g. Verbalstörung): S. XVII. 45, XXI. 124, XXIV. 34, XXIV. 213, XXXIV. 93. 237. [[S. f. XLVI. 92.]]

⁶ L. 1 pr. D. 43, 17. „Uti eas aedes, quibus de agitur nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis . . .“ L. 1 § 4. 9. l. 2. 3 pr.

Der Anspruch fällt weg gegenüber der Ausbesserung einer Cloake^{6a}. Er dauert nur so lange, wie der Besitz, auf dem er beruht^{6b}, und verjährt in einem Jahre⁷.

Wenngleich es nach dem Gesagten keine nothwendige Voraussetzung dieses Anspruchs ist, daß derjenige, gegen welchen er erhoben wird, sich selbst den Besitz zuschreibe, so ist dieß doch sehr häufig der Fall, wenigstens bei Grundstücken. Sehr häufig wird hier der in Anspruch Genommene, was der Gegner Störung seines Besitzes nennt, als Ausdruck eigenen Besitzes bezeichnen, und sich demzufolge seinerseits nicht minder über Störung im Besitze beklagen, als der Gegner es thut⁸. In einem solchen Falle ist er im Proceffe nicht bloß Be-

D. eod., l. 17. D. 43, 26, § 4 I. 4, 15. Vgl. Schmidt a. a. O. S. 110, 111, Rudorff Anh. zu Sav. Nr. 140. Bähr Jahrb. f. Dogm. XXVI S. 300. [Ubbelohde V, 1 S. 424—431. Ubbelohde nimmt aber an, daß die *exceptio vitiosae possessionis* im classischen R. grundsätzlich dem Eigenthümer nicht entgegensteht (S. 410 fg. vgl. unt. § 160^{1b}); dagegen sei für den *violentus possessor* die Verufung auf sein Eigenthum beseitigt durch l. 7 C. 8, 4 (S. 704 fg.): ebenso sei diesem die *exc. vitiosae possessionis* abgeschnitten (daf.).]

^{6a} L. 1 pr. D. 43, 17. Witte S. 150, 151. S. aber auch Savigny § 46 g. E.

^{6b} § 4 I. 4, 15. Witte S. 143, 145; a. R. Köppen Erbr. § 147. Ganz unzweifelhaft ist die Sache nicht, da die Institutionenstelle wenigstens zunächst die hier in Frage stehende Function des Interdicts nicht im Auge hat.

⁷ Welches aber utiliter berechnet wird. L. 1 pr. D. 43, 17. Im classischen R. bezog sich die Verjährung nicht auf den aus der Störung, sondern auf den aus dem prätorischen Verbot erwachsenden Anspruch. Schmidt a. a. O. S. 119, Witte S. 125, 129, 143, Fenel Edictum perpetuum S. 379. Anders Krüger S. 106 fg. So weit der Gegner aus der Störung bereichert ist, verjährt der Anspruch in der gewöhnlichen Zeit (l. 4 D. 43, 1), und so lange die Störung dauert, verjährt er natürlich gar nicht. Vgl. Cf. XIII. 315. [[Pflüger S. 350 fg.: nach Justin. R. bezieht sich die Verjährung auf die aus der Störung erwachsende prohibitorische *utilis actio ex interdicto*.]] [Ubbelohde V, 1 S. 559 fg. (Jahresfrist für Abschluß der Sponsionen), S. 703 fg. (im Justin. R. einjährige Verjährung der Klage auf Beseitigung einer störenden Aenderung am Grundstück des Klägers).]

⁸ Wegen seiner Gewöhnlichkeit war dieser Fall in der Formel des Interdicts sogleich vorgegeben; das Verbot wurde an beide Parteien gerichtet (l. 1 pr. D. 43, 17: „*uti eas aedes . . possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto*“). D. h. das *interdictum uti possidetis* (und ebenso das *interdictum utrobi*) war ein *interdictum duplex*. Gai. IV. 160, § 7 I. de interd. 4, 15, l. 3 § 2 D. 43, 17, l. 37 § 1 D. 44, 7. [[Ubbelohde, Interdicta I S. 271 fg. nimmt mit Krüger S. 89 an, das Eigenthümliche des *interdictum duplex* liege nicht darin, daß es an beide Parteien gerichtet ist, sondern darin, daß bei ihm die rechtliche Lage beider Parteien gleich, jeder zugleich Kläger und Beklagter ist]]. [Damit ist aber natürlich nicht gezeugnet, daß sich diese *par utriusque litigatoris condicio* formell in der Doppelfassung des Interdictes ausdrückt.]

Klagter, sondern auch Kläger⁹, und kann daher nicht bloß eigene Freisprechung, sondern auch Verurtheilung des Gegners erzielen¹⁰. Streiten zwei Parteien um den Besitz, ohne sich gegenseitig Störung desselben vorzuwerfen oder Verbot künftiger Störung zu verlangen, so ist die Klage, welche sie gegen einander erheben, keine Klage auf Schutz im Besitze, sondern eine gewöhnliche Feststellungsklage (Präjudicialklage)¹¹.

⁹ In einem solchen Falle. Er kann im interdictum uti possidetis Kläger sein, aber er ist es nicht notwendig. Das liegt in der Natur der Sache, und ist nicht bloß heutzutage so, sondern war so auch im klassischen r. R. Das erste interdict gab dem Beklagten die Möglichkeit, als Kläger aufzutreten, aber auch nur die Möglichkeit; um wirklich Kläger zu sein, mußte er sponsio und actio begehren. Ueber die Ansicht, daß er dieß habe thun müssen, s. ⁵. Vgl. Savigny § 37, Bruns (R. d. Bes.) S. 53—56, Witte S. 134, namentlich Ecl. S. 37 fg. 74 fg., jetzt auch Wendt Faust. S. 156 fg. Witte regt den Gedanken an („vielleicht“), ob nicht bei der Erklärung des Beklagten, er sei seinerseits der Besitzer, von einem ausdrücklichen Antrag desselben auf Verurtheilung des Klägers abgesehen werden dürfe. — Verurteilung des Beklagten auf Abseß: Bruns S. 55, Witte S. 112 fg. 142—143, Ecl. S. 92 fg. 55 fg. 79 fg., Krüger S. 104 fg.

¹⁰ Vorausgesetzt natürlich, daß er eigenen Besitz beweist. Savigny (S. 488 [405]) ist der Ansicht, daß er auch schon dann siege, wenn er Fehlerhaftigkeit des Besitzes des Klägers darthue. Dieß haben Andere (Vangerow I § 336 Nr. I. 4. d, Puchta Inst. II § 225¹, Arndts § 172², Keller a. a. D. S. 321, Bruns S. 56—61, Cf. VII. 41 — dawider Sintonis I § 46¹⁹ und neuerdings auch Bruns Jahrb. des gem. R. IV S. 44—45 —) consequent dahin erweitert, daß auch der nicht besitzende Kläger siegen müsse, wenn er Fehlerhaftigkeit des Besitzes des Beklagten darthue. Das Eine und das Andere ist haltbar nur auf dem Standpunkt derjenigen, welche neben der iniusta possessio den Besitz des eigenmächtig Entsetzten fortbauern lassen (l. 3 pr. D. 43, 17), und dieser Standpunkt ist im r. R. nicht zur Geltung gelangt (§ 152¹³). S. Schmidt a. a. D. S. 112—115, Brinz 1. Aufl. S. 82, Fitting S. 306 fg.; dagegen aber wieder Arndts § 172², Rudorff Anhang zu Savigny Nr. 137, und namentlich Witte S. 60—87. 89 fg. 131 fg. 136; gegen den letzteren wiederum Schmidt Heidelb. Jahrb. LVI S. 692—693, Dernburg fr. VJ. S. V S. 520 fg., Meißcheider S. 88 fg. Für die recuperatorische Wirkung neuerdings Krüger S. 93 fg. 112, Brinz 2. Aufl. I S. 743, Dernburg I § 186¹⁶⁻¹⁷, Appelpyne van de Coppello S. 181. Gegen Krüger, jedoch nur für das Justinianische R., Ecl. S. 65 fg. (49 fg.). Gegen die recuperatorische Wirkung Wächter II S. 89 fg., Keller S. 256. 257, Wendt Faust. S. 161 fg. (Auch der neu gelesene § 170 des vierten Buches von Gajus beweist nicht die recuperatorische Wirkung des interdictum uti possidetis, sondern nur die des secundarium interdictum.) — Zu beachten ist bei dieser Frage auch der § 156 zu ⁶ mitgetheilte Satz. Vgl. in dieser Beziehung besonders Fitting S. 314 fg. [Für die recuperatorische Wirkung Pflüger S. 74 fg. Ubbelohde V, 1 S. 424—429. S. noch Pernice Pabeo II, 1 S. 414 fg. (2. Aufl.).]

¹¹ Aber im r. R. wurde sie ebenfalls durch Anwendung der interdicta

Nach der Praxis wird provisorischer Schutz im Besitze schon demjenigen gewährt, welcher die letzte ruhige Besitzhandlung bescheinigen kann. Dieser Besitzeschutz ist aber eben auch nur ein provisorischer; einer weiteren Verhandlung der Parteien darüber, wer wirklich Besitzer sei, wird dadurch nicht präjudicirt¹².

retinendae possessionis erbleigt. (Darüber, wie man sich dabei mit dem Erforderniß der vis absand, s. Bruns S. 43 fg., Schmidt a. a. D. S. 54, 55, Witte S. 48, 53—56, Rudorff Anhang zu Sav. Nr. 31, und namentlich Krüger S. 88 fg. und dazu Bruns Besitzlagen S. 31 fg., Münderloh Sav.-Z. III S. 219 fg. IV S. 61 fg. — es fand eine vis ex conventu statt, Gai. IV. 170. Erner Sav.-Z. VIII S. 167 fg.: imaginäre vis; Rappeyne van de Coppello S. 117 fg.: die vis liegt in der Uebernahme des Processus. [[Pflüger S. 21 fg. 141 fg.: symbolische Gewalt [identisch mit der deductio quae moribus sit.] Ubbelohde Interdicte I S. 260 fg.: für die Sponsionen ist reale vis erforderlich]]. [S. auch denselben V, 1 S. 386 fg.; gegen Pflüger S. 387 fg.¹⁰. Vgl. noch Pfersche Interdicte S. 82 fg.] Ja es wird der Ursprung und sogar das Wesen der interdicta retinendae possessionis darenin gesetzt, daß durch sie die Frage, wer Besitzer sei, zum Zweck des Eigenthumsprocesses habe entschieden werden sollen. Gai. IV. 148, § 4 I. 4, 15, l. 1 § 2. 3 D. 43, 17. Aber diese Aussprüche sind jedenfalls insofern ungenau, als sie die interdicta retinendae possessionis auf die Vorbereitung des Eigenthumsprocesses beschränken, vgl. Note 1⁵. Rudorff S. 384 und Schmidt S. 187 beziehen die bezeichnete Nachricht auf die, wie sie annehmen, spätere Aufstellung der duplex formula interdicti. Dagegen bleiben Andere dabei stehen, daß die bezeichnete Function der interdicta retinendae possessionis in der That die ursprüngliche gewesen sei. S. namentlich Witte S. 111 (gegen diesen Schmidt Heidelb. Jahrb. a. a. D. S. 689—694, Dernburg a. a. D. S. 517—520), Krüger S. 78 fg., Bekker Aktionen II S. 61 fg., Besitz S. 92 fg., Dernburg S. 12 fg. Bruns Besitzlagen S. 17 fg. faßt die Sache jetzt so: die Veranlassung zur Aufstellung der interdicta retinendae possessionis war allerdings die Regulirung der Partierollen im Eigenthumsstreite, aber sie sind über diese Veranlassung hinaus sogleich in voller Allgemeinheit aufgestellt worden. Vgl. dazu Brinz Jen. Literaturzeit. 1874 S. 616 fg., Wendt Faust. S. 37 fg. Rappeyne van de Coppello: das primäre interdictum uti possidetis ist berechnet auf den Fall, daß der Beklagte eigenen Besitz behauptet; thut er dieß nicht, so wird das interdictum secundarium gegen Besitzstörung erlassen. [Ubbelohde V, 1 S. 625 fg. gegen die Aufstellung der interdicta retinendae possessionis zum Zwecke der Regulirung der Partierollen im Eigenthumsstreit; S. 628 fg. (im Grundgedanken mit Karlowa r. Kgesch. II S. 318 fg.): Besitzschutz unmittelbarer Zweck der Besitzinterdicte, zuerst das interdict. de vi armata. Vgl. auch ob. § 148⁶.] — Wenn man heutzutage noch den reinen Besitzestreit als interdictum uti possidetis bezeichnet, so hat das in der That gar keinen Sinn. Auch die summarische Cognition des früheren gemeinen Process. beruhte nicht auf der Interdictsqualität, sondern darauf, daß es sich eben nur um Besitz handelte. Briegleb summ. Proc. S. 510, 511, vgl. Cf. IX. 38, XXXII. 302. S. jetzt auch Ed a. a. D. S. 60 fg. — Klage auf Feststellung, wenn der Beklagte sich den Besitz nicht zuschreibt: Ed S. 64 fg.

¹² Die Verhandlung über die Gewährung dieses provisorischen Schutzes nannte man früher *possessorium summarium* oder *summarissimum*, im Gegen-

[Schutz des Besitzes gegen Störung im *RG.*

I. Schutz des unmittelbaren Besitzes.

1. Wird der unmittelbare Besitzer durch verbotene Eigenmacht in Besitz gestört, so kann er Beseitigung der Störung verlangen; sind fernere Störungen zu besorgen, so kann er auf Unterlassung klagen (862 Abs. 1.).

2. Die Klage wegen Besitzstörung ist (ebenso wie diejenige wegen Besitzentziehung) an die gesetzliche Frist von einem Jahre nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht gebunden (864 Abs. 1.). Diese Frist ist mit einer Verjährung nicht zu verwechseln. Sie kennt keine andere Unterbrechung als diejenige durch Klageerhebung innerhalb des Jahres. Es fragt sich, ob bei einer fortgesetzten Störung deren Beginn oder ihr Ende entscheidet. Bei der Klage auf Beseitigung eines störenden Zustandes wäre es sinnlos, das Jahr von dessen Ende an rechnen zu wollen. Irgend ein Zeitpunkt nach der Herstellung des bestehenden Zustandes aber läßt sich als Anfangspunkt der Frist auch nicht finden; das Gesetz kann also nur meinen, daß die Frist von Begründung des Zustandes an läuft. Ist aber der Besitz durch wiederkehrende Handlungen gestört, so steht m. E. nichts im Wege, daß der Kläger unter Ignorierung der früheren die letzte störende Handlung zum Klagegrunde nimmt, und das Jahr von dieser letzten Handlung berechnet. Hiermit stehen die Vorschriften über den Besitzschutz bei Grunddienstbarkeiten und beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten (1029, 1090 Abs. 2) im Einklang. Wenn Jemand seit längerer Zeit z. B. eine Wegegerechtigkeit ausgeübt hat, so kann er, wenn der Grundbesitzer ihn stört, sich zur Begründung einer Besitzklage nur auf seine Handlungen im letzten Jahr vor der Störung berufen (1029) und auf diese nicht, wenn sie dem Grundbesitzer gegenüber fehlerhaft sind. Wenn ihn also der Grundbesitzer, statt ihn zu stören, gerichtlich belangt, so kann er auch einreduweise sich nur auf seine Besitzhandlungen des letzten Jahres berufen (wenn sie fehlerfrei sind) und nicht etwa mit der Behauptung gehört werden, daß er derartige Handlungen schon seit mehr als einem Jahre fortgesetzt begehre, und hierdurch der ursprüngliche Besitzfehler bereinigt sei. Hatte er ursprünglich mit Bewilligung des Grundbesitzers gehandelt und ist diese, wenn auch rechtswidrig, zurückgezogen, so sind seine nun folgenden Handlungen fehlerhaft, und er kann den Besitzschutz nur auf Grund der dem Verbot (der Störung) innerhalb eines Jahres vorangegangenen Ausübungshandlungen verlangen.

3. Die Einrede des fehlerhaften Besitzes ist gegen die Besitzstörungsklage begründet, wenn der Besitzer dem Störer oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft besitzt und der Besitz in dem letzten Jahre vor der Störung erlangt worden ist. Es ist gleichgültig, ob der Gestörte den Besitz selbst fehlerhaft erlangte, oder ob er nur die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers gegen sich

setzt zum *possessorium ordinarium*. Vgl. über die geschichtliche Entwicklung Bruns S. 182 fg. 200 fg. 375 fg. 397 fg., Meißner S. 142 fg. 161 fg. Jetzt bestimmt sich das Verfahren nach *CPD.* § 815 fg. Vgl. § 814, 819 das. und *Einführungsges.* § 16, 4. Mandry S. 368. [Dernburg I § 187, 4]. Daß bereits ein Proceß bestehe, setzt dieser provisorische Schutz nicht voraus; *RG.* IV S. 405 fg. (= *Sf.* XXXVIII. 295). — Ueber einen anderen Sinn in welchem der Ausdruck *possessorium ordinarium* vorkommt, s. u. § 162^a,

gelten lassen muß, (weil er ihn beerbte oder in Kenntniß des Fehlers erwarb. 858 Abf. 2). In diesem Fall kommt es aber nicht darauf an, wann der Gefürchte den Besitz erwarb, sondern ob sein Vorgänger ihn in dem letzten Jahre (fehlerhaft) erlangte. Von dem Rechtsvorgänger des Störers ist erst in der Reichstagsvorlage die Rede (§ 846 Abf. 5); von einem bezüglichen Antrag bei der Revision durch die II. Comm., welcher der Redactionscommission überwiesen war (Prot. S. 8527), hat diese keinen Gebrauch gemacht. (Entw. II. Bf. § 784 Abf. 2.) Die Denkschrift (S. 111. 112) substituirt dem Rechtsvorgänger ohne weiteres den Vorgänger im Besitz. Allein, wenn Jemand einem andern den Besitz entzogen hat, so kann von diesem andern der Besitz auf einen Dritten nicht übergehen, der andere also nicht Vorgänger eines Dritten im Besitz werden. Der Rechtsvorgänger kann also nur ein solcher sein, von welchem der Besitz auf den Störer übergegangen sein würde, wenn nicht eben die Entziehung inmitten läge. Als einen sicheren Fall dieser Art wüßte ich nur den zu nennen, daß dem Erblasser der Besitz entzogen ist und sein Erbe den Entzieher föhrt.

4. Gegen die Besitzstörungsklage kann die Einrede eines Besitzstandes des Störers begründet sein. Wenn Jemand fehlerfrei eine Anlage auf einem von einem andern bessern Grundstück besitzt, also wegen Störung in dem Besitz desselben seinerseits klagen könnte, so kann er mit Berufung darauf natürlich auch der Besitzklage des Grundbesizers entgegenreten. Ebenso muß derjenige, welcher im geschützten Servitutenbesitz sich befindet (1029. 1090), die Besitzklage des Grundbesizers abwehren können. Genauer gestaltet sich dieß folgendermaßen. Hat Jemand durch verbotene Eigenmacht eine Anlage auf einem von einem andern bessern Grundstück hergestellt, so ist sein Besitz fehlerhaft. Seiner Klage stände die Einrede des fehlerhaften Besitzes entgegen, und er unterliegt der Klage des Grundbesizers. Nach Ablauf eines Jahres aber ist die Einrede des fehlerhaften Besitzes wie die Klage des Grundbesizers erloschen und der Besitzer der Anlage hat nunmehr die Besitzklage seinerseits. In diesem Zusammenhange kommt man auch zur Beantwortung der Frage, ob die Klage wegen Besitzstörung auch gegen denjenigen gerichtet werden kann, der eine störende Borrichtung nicht hergestellt, sondern von dem Störer erworben hat. Hat er den Störer beerbt oder in Kenntniß des Fehlers erworben, so ist sein Verhältniß ebenso wie bei dem Errichter der Anlage zu beurtheilen; denn er muß die Fehlerhaftigkeit des Besitzes der Anlage gegen sich gelten lassen. Das maßgebende Jahr ist aber nicht von seinem Besitzerwerb, sondern von Errichtung der Anlage an zu berechnen. Hat er dagegen gutgläubig erworben, so ist sein Besitz von Anfang an fehlerfrei und der Besitzschutz steht sofort ihm, nicht dem Grundbesizer zu. In Fällen der hier fraglichen Art tritt auch der Rechtsvorgänger des Störers im Sinne des § 862 Abf. 2 (s. ob. 3) in ein etwas anderes Licht. Hier ist er der wahre Rechtsvorgänger des Störers im Besitze. Ist die Anlage diesem gegenüber durch verbotene Eigenmacht hergestellt, so ist die Besitzstörungsklage gegen den jetzigen Grundbesizer nicht begründet, wenn er den Besitzer der Anlage föhrt (vorausgesetzt, daß dieser die Anlage errichtet hat oder den Fehler gegen sich gelten lassen muß). Besteht die Störung in der Ausübung einer Dienstbarkeit durch wiederkehrende Handlungen, so ist, wie bereits oben unter 2 bemerkt ist, jede Handlung für sich zu betrachten. Jede fehlerhafte Ausübungshandlung begründet auf ein Jahr die Besitzstörungs-

Klage des Grundbesizers, jede fehlerfreie gewährt, wenn die Servitut eingetragen ist, dem Servitutbesitzer gemäß § 1029 Schutz gegen eine binnen eines Jahres begangene Störung seitens des Grundbesizers. Klagt der Grundbesitzer wegen einer verbotswidrigen Handlung, so ist es dem Servitutbesitzer unbenommen, sich darauf zu berufen, daß er im letzten Jahre vor dem Verbot (der Störung) die Servitut fehlerfrei ausgeübt habe und sich somit im geschützten Besitz der Dienstbarkeit befinde, dem der Schutz des Grundbesizes natürlich weichen muß.

5. Ein Recht zur Vornahme der störenden Handlung kann nur zur Begründung der Behauptung geltend gemacht werden, daß die Störung nicht verbotene Eigenmacht sei (863). Dieß ist sie möglicherweise schon deswegen nicht, weil sie Besitzvertheidigung ist; hier aber handelt es sich darum, daß ein Recht in dem üblichen Gegensatz zum Besitz geltend gemacht wird und daß die Handlung als Mittel der Nothwehr, der Nothstandsabwehr, oder der Selbsthilfe kraft dieses Rechtes in gesetzlich erlaubter Weise begangen wurde (s. ob. § 123 S. 541 fg.). Es kann aber auch geltend gemacht werden, daß der Besitzer in Form der Rechtsbestellung selbst die Erlaubniß zu der Handlung gegeben habe. Hat er dann, wiewohl rechtswidrig, die Erlaubniß zurückgenommen, so muß unterschieden werden, ob der Störer vor der Zurücknahme seinerseits bereits in einen Besitzstand eingetreten war oder nicht. Verneinenden Falles ist gegen Handlungen, welche nach der Zurücknahme der Erlaubniß begangen wurden, die Besitzklage begründet; bejahenden Falles schützt den Störer sein Besitzstand, nicht sein Recht (vgl. 4).

6. Der Anspruch wegen Besitzstörung erlischt, wenn nach der Störung durch rechtskräftiges, nicht bloß vorläufig vollstreckbares Urtheil festgestellt wird, daß dem Störer ein Recht an der Sache, kein bloß obligatorisches, zusteht, vermöge dessen er die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes verlangen kann (864 Abs. 2). In diesem Falle ist also die petititorische Einrede zugelassen. In den Fällen, in welchen die Klage gegen einen Besitznachfolger des Störers begründet ist, wird es auch genügen, wenn das rechtskräftige Urtheil zu Gunsten dieses Nachfolgers lautet. Es fragt sich, ob nicht die gleichen Sätze gelten, wenn das rechtskräftige Urtheil vor der Störung erging; erlöschen kann dann natürlich der Besitzanspruch nicht, aber seine Entstehung kann verhindert werden. M. E. ist dieß zu bejahen. Es soll nicht im Besitzproceß eine Leistung erstritten werden, die sofort auf Grund eines petititorischen rechtskräftigen Urtheils rückgängig gemacht werden müßte. So liegt die Sache aber auch dann, wenn dieses Urtheil schon vor der seinem Inhalt entsprechenden Störung rechtskräftig wurde.

7. Mitbesitzer haben gegen einander keinen Besitzschutz insoweit es sich um die Grenzen des den Einzelnen zustehenden Gebrauchs handelt. (866.) Es wird also anzunehmen sein, daß sie gegen einander einen possessorsischen Schutz gegen Besitzstörung überhaupt nicht haben (ob. S. 695 fg. 7).

8. Der unmittelbare Besitzer hat den Schutz gegen Besitzstörung auch dem mittelbaren Besitzer gegenüber. Denn nirgends wird er ihm abgesprochen.

9. Das *possessorium summariissimum* ist beseitigt. Einstweilige Verfügungen nach Maßgabe der C.P.O. bleiben zulässig.

II. Der mittelbare Besitzer kann im Besitz nur dadurch gestört werden, daß der unmittelbare Besitzer gestört wird.

1. Der mittelbare Besitzer kann dann dieselben Ansprüche erheben, wie der

unmittelbare (869). Die Ansprüche beider Berechtigten bestehen unabhängig neben einander. Wird der störende Zustand beseitigt, so sind beide befriedigt; eine Doppelbelastung des Störers entsteht also nicht; auch dann nicht, wenn er beiden gegenüber zur Unterlassung fernerer Störungen verurtheilt wird.

2. Möglich ist aber, daß der eine Anspruch Einwendungen ausgesetzt ist, die den anderen nicht treffen. Wenn der mittelbare Besitzer innerhalb des letzten Jahres vor der Störung fehlerhaft von dem Störer den Besitz erlangt hat, so ist sein Anspruch ausgeschlossen. Hat aber der unmittelbare Besitzer diesen Fehler bei seinem Erwerb nicht gekannt, so greift sein Anspruch durch. Möglich ist auch, daß die Handlung mit Zustimmung des mittelbaren Besitzers begangen wurde; in diesem Falle ist sein Anspruch natürlich nicht begründet.

3. Sind mehrere mittelbare Besitzer vorhanden, so bietet die Besitzstörungs-klage keine Schwierigkeiten. Haben z. B. mehrere eine Sache als Gesamtgläubiger vermietet, so kann jeder von ihnen gegen den Besitzstörer auf Beseitigung des störenden Zustandes klagen; die Beseitigung befriedigt sie alle; dergleichen muß sich der Störer gefallen lassen, ihnen allen zur Unterlassung fernerer Störungen verurtheilt zu werden. Nicht anders ist es, wenn die mehreren nicht Gesamtgläubiger sind, aber wegen Untheilbarkeit der Leistung — die Herausgabe der Sache ist untheilbar — die Stellung des § 492 haben. Nicht anders auch, wenn mehrere mittelbare Besitzer hinter einander stehen.

4. Stört der mittelbare Besitzer den unmittelbaren selbst, so ist es selbstverständlich, daß er einen Anspruch aus § 869 nicht hat, während er dem Anspruch des unmittelbaren Besitzers unterliegt. Geht die Störung von einem unter mehreren auf gleicher Stufe stehenden mittelbaren Besitzern aus, so muß man den andern den Anspruch des § 869 gewähren. Stört einer unter mehreren hintereinander stehenden mittelbaren Besitzern, so ist es ebenso, ohne Rücksicht darauf, ob der Störer näher oder ferner dem unmittelbaren Besitzer ist als der Kläger.]

B. Schutz des Besitzes gegen Entziehung*.

1. Das reine römische Recht.

a. Der Interdictenschutz.

§ 160.

Nach dem auf dem prätorischen Edict beruhenden Recht, wie es sich bis Justinian gestaltet hat, wird der Besitz¹ geschützt gegen

* Es erscheint zweckmäßig, bei dieser Lehre von der in diesem Lehrbuch sonst festgehaltenen Methode abzuweichen und die Darstellung historisch zu halten. — Vgl. zum Folgenden außer den im Einzelnen Citirten noch Pagenstecher röm. Lehre vom Eigenthum III S. 283 fg. [Dernburg I § 188. 189.]

§ 160. ¹ Natürlich nur der juristische Besitz. Für die gewaltsame Besitzentziehung ist dieß bestritten worden (namentlich von Thibaut *UCPra.* XVIII S. 361 fg. XXIII S. 173 fg., Sintenis I § 42*); f. dagegen Savigny S. 175 fg. (155 fg.), Bruns S. 62—66, Bangerow I § 199 Nr. 2. c. [Ubbelohde V, 1 S. 16 fg. 29 fg. 156—182.] — Für einen ganz speciellen Fall hat in l. 11 C. 8, 4 Justinian den Nichtbesitzer, dessen Grundstück occupirt worden ist,

Entziehung durch Gewalt und durch Mißbrauch des Vertrauens².

dem Besitzer gleichgestellt. Es ist der Fall, wo der Besitz in Folge von Abwesenheit verloren worden ist (§ 156¹). Savigny f. 569—572 (468—470). Jedoch ist es nicht unbestritten, daß die Stelle Verlust des Besitzes annimmt. Vgl. Witte *z. f. CR. u. Pr. R. F.* XVIII S. 280 fg., *Jhering Grund d. Besitzes* S. 99 (120) fg., *Bruno Besitzlagen* S. 120 fg., *Weischeder* S. 463 fg., *Decker* S. 268 fg., *Pininski I* S. 205 fg., welche Schriftsteller übrigens im Einzelnen wieder unter sich abweichen. Die Sache ist nicht unzweifelhaft. Doch legt ein überwiegendes Gewicht für die hier festgehaltene Meinung in die Waagschale der Ausdruck „*vacua possessio*“, f. l. 37 § 1. l. 4 § 22. 27. [28] D. 41, 3. Bruno a. a. O. S. 131 (ebenso Pininski a. a. O.) interpretirt: *vacua possessio* = Besitz, welcher durch fremde Occupation ohne Kenntniß des Besitzers verloren wird; ich halte diese Auslegung für unmöglich. Bei der Auslegung aber, wonach unter *vacua possessio* ein nicht ausgeübter Besitz zu verstehen sein soll, bleibt unerklärt, warum Justinian nur für *absentes* verfügt. Gegen Bruno gilt zwar dieses Argument nicht, da er die Stelle ausschließlich auf den Fall bezieht, wo der Vertreter eines Abwesenden den Besitz verlassen, und die Sache dann von einem Dritten ohne Kenntniß des Vertretenen occupirt worden sei. Aber es ist auch die Frage, ob in diesem Fall für eine Klage auf Wiedererlangung des Besitzes Raum ist. Vgl. § 157⁴. Von der andern Seite beruft man sich auf die Worte: „*violentia in ablatam possessionem minime praecedente*“. Ich erkläre: da zwar der Besitz verloren worden ist, aber ohne Gewalt — so daß die Negation der *violentia* nicht auf die Occupation, sondern auf den früher eingetretenen Besitzverlust bezogen wird. Vgl. noch *Brinz 2. Aufl. I* S. 748. *Kniep Vacua possessio* S. 24 fg. 464 fg. (gegen den Besitzverlust). [[Ebenso *Pflüger* S. 355 fg. (Justinian habe in l. 11 cit. das in l. 7 § 5 D. 10, 3 [durch Interpolation] genannte interd. de clandestina possessione eingeführt)]. [Auch *Ubbelohde V, 1* S. 692 fg. nimmt an, daß l. 11 cit. fortdauernden Besitz des Abwesenden (solo animo) voraussetzt.]

² Es gibt eine dritte Form eigenmächtiger Besitzentziehung, Inbesitznahme der Sache hinter dem Rücken des Besitzers (*clam*); wie verhält es sich hier mit dem Besitzschutz? Für bewegliche Sachen gewährte das *interdictum utrubi* Hilfe, welches gegenwärtigen Besitz nicht voraussetzte, und bei welchem dem Gegner sein heimlich erworbener Besitz nicht angerechnet wurde, so daß der frühere Besitzer, wenn er nur kein volles Jahr nach der Besitzentziehung verstreichen ließ, immer noch sagen konnte, er habe im letzten Jahre länger besessen als sein Gegner. Durch die im Justinianischen Re erfolgte Gleichstellung des *interdictum utrubi* mit dem *interdictum uti possidetis* ist hier eine (übrigens größtentheils durch die *condictio possessionis* [§ 161] ausgefüllte) Lücke entstanden. Für unbewegliche Sachen ist ein *interdictum de clandestina possessione* auch im neuesten R. kein Bedürfnis, da durch heimliche Occupation eines Grundstücks der Besitz nicht verloren wird, sondern nur, nachdem der Besitzer davon erfahrene, entweder *vi* oder durch den Entschluß des Besitzers (§ 156³ und unt.⁶ a. G.). Wenn nichtsdestoweniger in ganz vereinzelter Weise ein *interdictum de clandestina possessione* erwähnt wird (l. 7 § 5 D. 10, 3, vgl. auch *Cic. in Rullum III. 3* § 11), so erklärt sich das wohl daraus, daß der erwähnte Satz wahrscheinlich nicht zu allen Zeiten gegolten hat. Savigny § 41, vgl. auch *Schirmer z. f. CR. u. Pr. R. F. XI* S. 401 und *z. f. d. deutsche Gesetzgeb. VIII* S. 609 f. Doch haben sich gegen die Annahme eines *interdictum de clandestina possessione* auch für

1. Entziehung durch Gewalt³. Ob die Sache beweglich oder unbeweglich ist, macht keinen Unterschied⁴. Gewalttame Besitzentziehung ist Besitzentziehung durch Geltendmachung physischer Kräfte⁵. Daß es dabei zum Conflict und zu wirklicher Ueberwältigung des Besitzers

die frühere Zeit ausgesprochen §. Witte interd. uti possidetis §. 45. 72 und Baron Gesamtverhältnisse §. 97 fg. Lenel Edict. Perpetuum §. 377¹. [[Pflüger §. 357 fg. vorige Note]] [Ubbelohde V, 1 §. 64 fg.] Gegen Witte Rudorff Anhang zu Sav. Nr. 156.

³ Interdictum unde vi. Dig. 43, 16 de vi et de vi armata, Cod. 8, 4 unde vi. [Ubbelohde Interdicte V, 1 §. 3—198.]

⁴ Zwar das interdictum unde vi bezog sich auf bewegliche Sachen nicht. L. 1 § 3—8 D. 43, 16. Aber die Lücke wurde auch hier im vorjustinianischen Re durch das interdictum utrobi ausgefüllt und ist im Justinianischen Re ausgefüllt durch das Selbsthülfegesetz vom Jahre 389 (l. 7 C. 8, 4). Zwar ist die Meinung Savigny's (S. 527 [437] fg.), daß durch dieses Gesetz geradezu das interdictum unde vi auf bewegliche Sachen erstreckt worden sei, nicht haltbar (§ 6 I. 4, 15); aber ebensovienig läßt sich die Meinung derjenigen billigen (Thibaut ACPr. I §. 105 fg., Buchta § 135^a, Bruns §. 74—76 und Besitzlagen §. 177—178, Bangerow III § 690 Anm. 2, Jhering Grund d. Besitzes §. 136 fg. [2. Ausg.]), welche annehmen, daß durch l. 7 cit. ein neues Klager. überhaupt nicht eingeführt worden sei. Das Gesetz stellt nicht bloß die gewalttame Wegnahme von Sachen unter Strafe, sondern gebietet auch ausdrücklich die Rückgabe des Weggenommenen, und wenn weiter gefragt wird, nach welchen Grundsätzen im Einzelnen dieser durch l. 7 cit. eingeführte Rückgabeananspruch zu beurtheilen sei, so glaube ich, daß man nicht zu weit geht, wenn man den Satz aufstellt, daß im Sinne des Gesetzgebers die Regeln des interd. unde vi zur Anwendung gebracht werden müssen. Man könnte zwar sagen, das Gesetz beziehe sich eben nur auf gewalttame Wegnahme zum Zweck der Selbsthilfe, nicht auf gewalttame Wegnahme als solche. Aber auch abgesehen davon, daß der Wortlaut des Gesetzes zu dieser Beschränkung nicht nöthig (es sagt nur es solle nicht „ante eventum iudicialis arbitrii“ weggenommen werden), so kann doch unmöglich derjenige, welcher eine Gewaltthat übt, ohne das materielle R. für sich in Anspruch zu nehmen, milder beurtheilt werden, als derjenige, welcher behauptet, daß das materielle R. für ihn sei. S. auch Brinz 1. Aufl. §. 86 und 2. Aufl. I §. 746, Rudorff Anhang zu Sav. 152, Schmitt die Selbsthilfe im r. Privatr. (1868) §. 159 fg., Bekker §. 262 fg. [[Pflüger §. 129 fg.]] [Ubbelohde V, 1 §. 10 fg.]

⁵ Beim interdictum uti possidetis ist vis jedes Handeln gegen den Willen des Besitzers (§ 159⁴), beim interdictum quod vi aut clam jedes Handeln gegen Widerspruch (l. I § 5—7 D. 43, 24). Eine solche vis genügt zur Begründung des interdictum unde vi nicht. Hier ist vis „atrox“ erforderlich (l. 1 § 3 cf. § 43 D. 43, 16), mit welchem Ausdruck eben der Gegensatz zu jener anderen Art der vis, nicht etwa eine besonders schwere Gewaltthätigkeit bezeichnet werden soll (vgl. l. 11 § 7 D. 43, 24, Cic. pro Caec. c. 16). S. aber auch Bruns §. 71. 72. Cf. XXVI. 10. 105. — Jhering §. 85 (104) fg. sucht mit Energie eine ältere, früher namentlich von Cujacius vertheidigte Ansicht wieder geltend zu machen, wonach durch die nachconstantinische Gesetzgebung das interd. unde vi (unter der neuen Bezeichnung interdictum

gekommen sei, ist nicht nothwendig; wer sich vor der Entfaltung physischer Kräfte ohne Kampf zurückzieht, ist nicht weniger mit Gewalt verdrängt⁶. Anders wenn Jemand sich durch gedrohte Gewalt zu dem Entschlusse bestimmen läßt, seinen Besitz zu übertragen; der unmittelbare Grund seines Besitzesverlustes ist hier eben die Uebertragung, und nicht die Gewalt⁷. Ob die Verdrängung durch die eigenen Kräfte des Verdrängenden geschieht oder mit Benützung der

oder *actio momenti* oder *momentariae possessionis*) auf jede Besitzentziehung gegen oder ohne Willen des Besitzers soll erstreckt worden sein. Auch hier (vgl. ¹) wird Möglichkeit des Zweifels eingestanden werden müssen; aber auch hier scheinen mir die Gründe gegen die herrschende Meinung nicht entscheidend. Was I. 12 C. 7, 32 und l. 11 C. 8, 4 angeht, s. § 157⁴ und oben¹. Daß die Aufnahme von l. 5 C. 8, 4 in den Titel unde vi den Beziehung auf das interd. unde vi nicht nöthig macht, zeigt l. 1 eod. Was Fhering außerdem vorbringt, scheint mir verhältnißmäßig geringeres Gewicht zu haben. Und nun die bestimmte Wiederholung des alten Res in § 6 I. 4, 15! E. gegen Fhering legt auch die ausführliche Widerlegung von Bruns Besitzlagen S. 84—134. Vgl. noch Fitting 3S. f. RW. XI S. 433. 434, Brinz 2. Aufl. I S. 749 und Jen. Literaturzeitung 1874 S. 617, Lang Württ. Sachn. § 11¹¹, Bekker R. d. Def. S. 261. 354, Pininski I S. 211 fg., Währ Jahrb. f. Dogm. XXVI S. 281 fg. [Im Ganzen gegen Fhering Ubbelohde V, 1, S. 662 fg., f. jedoch E. 678 fg., S. 691 fg. u. vgl. S. 696 fg.]

⁶ Auch das ist nicht erforderlich, daß der Besizer die unmittelbare Nähe der Verdrängungsgewalt abgewartet habe. Ebenfowenig ist nothwendig eigene Inbesitznahme des Verdrängenden, obgleich durch dieselbe am unzweifelhaftesten konstatirt wird, was unter allen Umständen erforderlich ist, daß die physischen Kräfte, vor denen der Besizer sich zurückgezogen hat, zum Zwecke seiner Verdrängung entfaltet worden seien. Paul. sent. V. 6 § 4, l. 1 § 29. l. 3 § 6. 7 D. 43, 16. l. 9 pr. D. 4, 2, l. 33 § 2 D. 41, 8. Vgl. aber auch Bruns S. 69. 70, Bangerow I § 207 Anm. 2. Uebrigens ist der aufgestellte Satz im r. R. nicht von jeher in diesem Umfange anerkannt gewesen, vgl. l. 1 § 29 D. 43, 16. l. 9 pr. D. 4, 2. Kniep *Vacua possessio* S. 50 fg. — Der Satz gilt für alle Fälle der Verdrängung, also auch für den Fall, wo das Grundstück zuerst hinter dem Rücken des Besitzers occupirt worden ist. Auch in diesem Falle ist also weder ein Conflict des Besitzers mit dem Verdrängenden nothwendig, noch auch nur, daß der Besizer sich an Ort und Stelle verfüge, um dadurch die Möglichkeit eines gegen ihn persönlich gerichteten Widerstandes herbeizuführen. A. M. in dieser letzten Beziehung Fhering S. 102 (122) fg.; gegen denselben Bruns Besitzlagen S. 123 fg. 149 fg., welcher ausführt, daß eine an den Verdrängenden gerichtete Aufforderung, den Besitz zu verlassen, genügend sei. Von dem genannten Falle handeln l. 1 § 24. l. 3 § 8. 14 D. 43, 16, l. 6 § 1. l. 25 § 2 D. 41, 2, f. auch l. 18 § 3 D. eod., l. 18 D. 43, 16. L. 25 § 2 cit. enthält entweder eine historische Notiz, oder ist in der von Bruns a. a. O. S. 127 bezeichneten Weise zu erklären. Kniep a. a. O. S. 66 fg. 384 fg., Cf. XXXIII. 196. [Ubbelohde V, 1 S. 37—64.]

⁷ L. 5 D. 43, 16 [Ubbelohde S. 37.]

Kräfte Anderer, ist gleichgültig⁸, wie es andererseits auch gleichgültig ist, ob die Verdrängung in eigenem Namen geschieht oder in fremdem⁹. — Aus der gewaltsamen Besitzentziehung erwächst für den Verdrängten gegen den Verdrängenden ein Anspruch auf Rückerstattung des entzogenen Besitzes und Leistung des vollen Interesse¹⁰; der Anspruch dauert jedoch in dieser Strenge nur ein Jahr, nach dieser Zeit haftet der Verdrängende bloß auf das, was er noch hat¹¹. Seine Erben haften von vornherein nur in dieser milderen Weise¹², und in gleicher Weise haftet derjenige, in dessen Namen die Verdrängung vorgenommen worden ist, ohne daß er Auftrag zu derselben gegeben oder sie genehmigt hat¹³. Abgesehen von diesem Falle haftet der dritte Besitzer nicht¹⁴. — Die Einrede, daß der Kläger seinerseits durch Eigenmacht den Besitz von dem Beklagten erlangt habe, steht diesem Anspruch nicht entgegen¹⁵.

⁸ L. 1 § 12—15. l. 3 § 10—12 D. 43, 16 [Ubbelohde S. 75—96.]

⁹ L. 1 § 10 D. 43, 16.

¹⁰ Ob der Verdrängende den Besitz seinerseits hat oder nicht, ob er ihn überhaupt bekommen hat, und wenn er ihn bekommen hat und nicht mehr hat, in welcher Weise er ihn verloren hat, ist gleichgültig. L. 1 § 13. 42. l. 15. 16 D. 43, 16, l. 4 § 22. l. 33 § 2 D. 41, 3. (Ueber l. 16 cit. s. Savigny S. 535² [443¹], aber auch Rudorff Anhang Ziff. 153). Zur Leistung des Interesse gehört namentlich auch der Ersatz für die durch die Besitzentziehung verlorenen oder beschädigten Sachen, und die dadurch entzogenen Früchte. L. 1 § 31—33. 40. 41. l. 6. 19 D. 43, 16, l. 4 C. 8, 4. Die durch das r. R. dem Kläger erteilte Befugniß, die Höhe des Interesse durch seinen Eid zu beweisen (s. g. iuramentum Zenonianum vgl. Savigny S. 539¹ [446¹], Bangerow I § 171 Num. Nr. 4, Bayer Vorträge § 274, Mehell Civilproceß § 28 Nr. 1 a. G., Sintenis II § 86⁵⁰), ist durch die RCPD. aufgehoben worden, s. § 183¹⁴⁻¹⁵. — Unterschied zwischen Besitzwerth und Sachwerth: einerseits l. 3 § 11 D. 43, 17, allenfalls auch l. 6 D. 43, 16, andererseits l. 1 § 35. 40. 41 D. 43, 16. l. 4 C. 8, 4, l. 8 § 4. 5 D. 43, 26. Mommsen Beiträge II S. 246. 247, Windscheid Heibelb. tr. 3 S. II S. 560, Bruns Besitzn. S. 189—198, Brinz 2. Aufl. I S. 446 fg. und Jenaische Literaturzeitung 1874, S. 619, Randa § 3^{20a}. [Ubbelohde V, 1 S. 116—125. 700.]

¹¹ Das Jahr wird auch hier utiliter berechnet, l. 1 pr. § 39 D. 43, 16. l. 3 § 1 cod., l. 2 C. 8, 4. [Ubbelohde V, 1 S. 114—116. 133—135.] — Ausnahme von der Verjährung: l. 1 C. 8, 5.

¹² L. 1 § 48. l. 2. 3 pr. § 1. l. 9 pr. D. 43, 16. l. 2 C. 8, 4. [Ubbelohde S. 136 fg.]

¹³ L. 1 § 15. l. 4 D. 43, 16. [Ubbelohde S. 79 fg.]

¹⁴ L. 7 D. 43, 16. l. 3 § 10 D. 43, 17. Vgl. Bekker § 251⁶.

¹⁵ § 6 I. 4, 15. Früher galt die Einrede nur gegenüber der vis armata nicht. Savigny S. 540—543 (446—450). S. XXXIV. 274. [Ubbelohde V, 1 S. 96—114. 183—188. 696. Derselbe S. 20 fg. 153 fg. nimmt jedoch an, daß das Interdict bei unbewaffneter Vertreibung grundsätzlich nicht begründet

2. Gegen Entziehung durch Mißbrauch des Vertrauens wird der Besitz geschützt in dem Fall, wo eine Sache einem Andern vergünstigungsweise, d. h. zwar in seinem Interesse, aber auf willkürlichen Widerruf, hingegeben worden ist¹⁶. Der Hingebende kann die Sache zurückfordern bloß auf Grund davon, daß der Empfänger an die Sache gelangt ist wie geschehen¹⁷, ohne sich auf das ihm von dem Em-

war, wenn der Vertreibende Eigenthümer war. Die Gründe sind mindestens beachtenswerth (vor allem Fr. Vat. 312.)]

¹⁶ Dieß ist der Begriff dessen, was die Quellen precarium nennen. Vgl. II § 376.

¹⁷ Der Prätor gab ihm zu diesem Ende das interdictum de precario. Dig. 43, 26 de precario, Cod. 8, 9 de precario et Salviano interdicto. [Ubbelohde Interdicte V, 1 S. 198—357.] — Mit dem interdictum de precario verhält es sich doch nicht ganz gleich, wie mit dem interdictum unde vi. Das interdictum de precario wird nicht erst begründet durch die Verweigerung der Rückgabe, sondern ist begründet sofort durch das „habere precario“. Das interdictum unde vi hat seinen Grund in der fehlerhaften Art und Weise, wie der jetzige Besitzer den Besitz erlangt hat; das interdictum de precario hat seinen Grund in einem Vorgange, welcher als solcher ganz fehlerlos ist. Daß dieß wirklich die Auffassung des r. R. ist, wird unwiderleglich bewiesen durch l. 8 § 7 D. 43, 26. Aber das interd. de precario hat jedenfalls zum Resultat, daß der Besitz gegen eine gewisse Art der Entziehung geschützt wird. Fhering Grund des Besitzes. (S. 97 fg. der 2. Aufl.) und Bruns Besitz. S. 180 fg. (s. auch denf. Besitz S. 62) sprechen dem interd. de precario die Natur eines interd. recuperandae possessionis ganz ab. Fhering beruft sich namentlich auf l. 18 D. 43, 26, wonach der Eigenthümer seine Sache precario geben kann „quamvis non possideat“. Aber wer precario nimmt, macht eben dadurch denjenigen, von welchem er nimmt, zum Besitzer, und deswegen nicht weniger, weil er im gegebenen Fall selbst den Interdictenschutz genießt (vgl. § 154⁴) — oder sollte der Empfänger, auch wenn er sich mit Gewalt gegen den Verleiher verteidigt, nur mit dem interd. de precario haften? Bruns macht geltend, daß auch der natürliche Besitzer precario geben könne, und dann das interd. de precario habe. Ich will das nicht leugnen, obgleich ein unmittelbares Quellenzeugniß dafür nicht vorliegt: aber wenn das interd. de precario auch den natürlichen Besitz schützt, schützt es deswegen nicht den juristischen? Der Grund des interd. de precario ist die Berrückung der räumlichen Verhältnisse, die sich vollzogen hat wie geschehen. Bruns sieht den Grund in der vom Empfänger übernommenen Obligation, die vor der civilen Anerkennung interdictsmäßig wirksam gemacht worden sei. Das ist nicht richtig; nicht derjenige haftet, qui precario rogavit, sondern qui precario habet. L. 4 § 2. l. 6 § 2 D. 43, 26. Daß der Empfänger sich auf sein Eigenthum berufen kann, ist kein Grund gegen die possessoriische Natur des Interdicts. Eigenthum schließt eben das precario habere aus. S. ²⁰. Für die herrschende Meinung auch Brinz 2. Aufl. § 184 und Jen. Literaturzeit. 1874 S. 618, Randa § 7a²² fg.; gegen dieselbe Pernice ZS. f. H. R. XX S. 636, Dankwardt Jahrb. f. Dogm. XIV S. 308 fg., Ubbelohde ACPr. LIX S. 222. [Interdicte V, 1 S. 320 fg. (nach Voebell): das Interdict beruht auf einem Zustande, nämlich dem, daß

pfänger geleistete Restitutionsversprechen berufen zu müssen, obgleich ihm auch dieß freisteht¹⁸. Der Anspruch geht auf das, was der Empfänger noch hat — auf Leistung des Interesse für das, was er nicht mehr hat, nur insofern, als er es durch Arglist oder grobe Fahrlässigkeit verloren hat¹⁹. Eine Einrede aus fehlerhaftem Besitz kann diesem Anspruch nicht entgegengesetzt werden. Dagegen kann der Empfänger sich gegen denselben mit Berufung auf sein Eigenthumsrecht vertheidigen, wenn ihm die Sache als fremde, nicht als eigene, hingegeben worden ist²⁰. Die Verjährung des Anspruchs ist die gewöhnliche dreißigjährige²¹. Der Erbe haftet im Uebrigen wie der Erblasser, aus der Verschuldung des Erblassers aber bloß auf das, was er noch hat²².

b. Der Condictienschutz.

§ 161.

Wiedererstattung entzogenen Besitzes kann auch auf Grund des civilrechtlichen Satzes begehrt werden, daß zurückgefordert werden kann,

der Precarist die Sache, obschon erlaubter Weise, doch ohne rechtlichen Grund hat]. Vgl. noch Meischerer S. 468 fg., Bekker R. d. Bef. S. 122—139. 284. Scialoja sopra il precarium nel diritto romano (Roma 1878) p. 51 s.

¹⁸ Wer etwas als Precarium empfängt, verspricht, indem er es als solches hinnimmt, die Rückgabe (vgl. l. 1 § 2 D. 43, 26). Aber aus dem damit abgeschlossenen Vertrag gewährte das r. R. ursprünglich eine actio nicht, und dieß war eben der Grund, weshalb der Prätor das interdictum de precario aufstellte (l. 14 D. 43, 26, l. 14 § 11 D. 47, 2). Durch die spätere Einführung der actio praescriptis verbis, oder deren Anwendung auf das Precarium (l. 2 § 2. l. 19 § 2 D. 43, 26, Paul. sentent. V. 6 § 10, vgl. auch l. 23 D. 50, 17), ist das Interdict überflüssig gemacht, aber nicht verdrängt worden (obgleich es nach l. 15 § 3 D. 43, 26 durch Stipulation allerdings ausgeschlossen wurde).

¹⁹ L. 2 pr. D. 43, 26 „Ait praetor: quod precario ab illo habes, aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas“. Dem dolus steht auch hier die lata culpa gleich. L. 8 § 3. 5. 6 D. 43, 26, l. 23 D. 50, 17. Vgl. l. 8 § 4 D. 43, 26.

²⁰ Denn „receptum est, rei suae precarium non esse“, l. 4 § 3 D. 43, 26, l. 15 D. 16, 3. l. 45 pr. D. 50, 17; l. 6 § 4 D. 43, 26. Das will sagen: wer eine Sache als fremde precario nimmt, nimmt sie precario unter der Bedingung, daß sie eine fremde ist. [Ubbelohde V, 1 S. 231—235.]

²¹ L. 8 § 7 D. 43, 26.

²² L. 8 § ult. D. 43, 26, l. 2 C. 8, 9. — Bei den römischen Juristen war es übrigens bestritten, ob man vom Erben sagen könne, daß er precario habe. Paul. sentent. V. 6 § 12, l. 12 § 1 D. 43, 26, l. 11 D. 44, 3. Savigny S. 560 (462), Schmidt Interd. S. 164. 165, Ubbelohde ACPr. LIX S. 238 fg. [Der selbe Interd. V, 1 S. 237 fg. 248 fg.]; abweichend Sangerow III § 691 Nr. V. 2, Danlwardt a. a. D. S. 309. Vgl. Budde Entscheid. des OAG. zu Hofstod VII Nr. 43 (= S. XXXIII. 16).

was aus einem Vermögen in das andere ohne rechtfertigenden Grund gekommen ist¹ (§ 148). Diesen Satz hat das römische Recht auf den Besitz erstreckt², welcher, wenngleich kein Recht, doch eine Stellung von Werth ist, durch die Möglichkeit factischen Genusses und durch die Aussicht auf Behalten, wenn von anderer Seite kein Recht auf den Besitz bewiesen wird. Doch tritt diese Seite des Schutzes des Besitzes in den Quellen den Bestimmungen des prätorischen Edicts gegenüber entschieden in den Hintergrund³.

Der Anspruch, welcher aus dem bezeichneten Satze erwächst, ist in allen Fällen begründet, wo Jemandem sein Besitz wider oder ohne seinen Willen entzogen worden ist, vorausgesetzt daß nicht ein besonderer rechtfertigender Grund für die Besitzergreifung des gegenwärtigen Besitzers vorliegt⁴. Er ist also begründet nicht bloß im Falle der gewaltsamen, sondern auch im Falle der heimlichen Besitzentziehung⁵; ferner in allen Fällen der Verbringung durch den Detentor, und zwar nicht bloß gegen diesen selbst, wenn er sich selbst den Besitz aneignet⁶,

¹ L. 1 § 3 D. 12, 7. „Constat id demum posse condici alicui, quod § 161. vel non ex iusta causa ad eum pervenit, vel redit ad non iustam causam“. L. 6 D. 12, 5. C. II § 421 fg.

² Für heimliche und gewaltsame Besitzentziehung: l. 2 D. 13, 3, l. 25 pr. § 1 D. 47, 2; für Besitzverlust durch Veruntreuung: l. 19 § 2 D. 43, 26 (*); für sonstigen Besitzverlust wider Willen des Besitzers: l. 4 § 2 D. 12, 1; für Besitzverlust mit dem Willen des Besitzers: l. 15 § 1 D. 12, 6, l. 31 § 1 i. f. D. 16, 3, l. 46. l. 6 D. 24, 1, l. 9 pr. l. 21 § 2 D. 4, 2; für Besitzverlust durch Verjährung, wenn ein Grund zur Wiedereinsetzung vorhanden ist: l. 23 § 2 D. 4, 6. Vgl. II § 421⁷. [C. auch Hüttenhein die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Besitzverlust. Marb. Diff. 1894. — RG. XXXIV C. 424 (§ 150¹ a. C.).]

³ Daraus erklärt es sich, daß diese Seite des Besitzschutzes in der neueren Zeit wenig beachtet und z. B. in dem Savigny'schen Buche ganz übergangen worden ist. Es ist das Verdienst von Bruns (S. 27—33), sie wieder hervorgezogen zu haben. Rudorff Anh. zu Sav. Ziff. 161. Vgl. noch Bekker fr. BZS. XVIII C. 28 fg. [[Pflüger C. 114 fg.]] [Ubbelohde Interdicte V, 1 C. 651—661. Hofze ACPr. LXXIX C. 206 fg.]

⁴ Vgl. II § 422⁸.

⁵ Hier hatte der Interdictenschutz bei beweglichen Sachen seit dem Wegfall des *interdictum utrobi* in seiner alten Gestalt eine Lücke (§ 160⁹). Bei unbeweglichen Sachen gewährt hier die *condictio possessionis* Hülfe, auch wenn man weder *interdictum uti possidetis* (§ 156 g. C.) noch *interdictum unde vi* (§ 160¹⁰ a. C.) für begründet hält.

⁶ Er ist also begründet nicht bloß gegen denjenigen, welcher *precario* empfangen hat, sondern auch gegen den Depositar, Leih-, Miethe- u. Vgl. l. 19 § 2 D. 43, 26 („cum quid *precario* rogatum . . est, uti possumus . . incerti *condictione*“), wo die *incerti condictio* von einer *condictio rei* nicht verstanden

sondern auch gegen denjenigen, an welchen der Detentor den Besitz gebracht hat⁷: ebenso gegen denjenigen, an den der Besitz in Folge eines Irrthums, oder durch die Einwirkung einer Naturgewalt, oder durch die eigene Bewegungskraft der Sache gelangt ist⁸. Gerichtet ist der Anspruch gegen denjenigen, welcher sich den fremden Besitz wissend, daß ihm kein Recht zum Besitze zustehe, angeeignet hat, auf Leistung des vollen Interesse⁹; abgesehen von diesem Fall haftet der Entziehende nur auf Herausgabe dessen, was er hat oder durch seine Schuld verloren hat¹⁰. Eine Einrede fehlerhaften Besitzes ist gegen diesen Anspruch nicht begründet¹¹; dagegen kann sich der Beklagte

werden kann. Auch l. 13 § 1 D. 13, 3 (— „competit etiam condictio depositae rei nomine“) drückt sich ganz allgemein aus, während l. 4 § 1 D. 12, 1 (— „res pignori data pecunia soluta condici potest“) unmittelbar nur für die *condictio rei* beweist.

⁷ Vgl. § 157⁴.

⁸ Es wird eine Sache irrtümlich bei einem Andern abgegeben, als bei demjenigen, für welchen sie bestimmt ist. Cf. XXXIV. 45. Es wird eine Sache weggeschwemmt. Ein Thier läuft oder fliegt Jemandem zu. Man kann übrigens in diesen Fällen auch von heimlicher Besitzergreifung reden. Nicht gehört hierher der Fall, wo Jemand eine verlorene Sache sich aneignet; denn ist die Sache wirklich verloren, so ist sie eben dadurch dem Besitze entzogen, während in den oben genannten Fällen die Ortsveränderung an sich die Möglichkeit der Wiederherstellung des unmittelbaren Gewaltverhältnisses zur Sache noch nicht ausschließt. So auch Bruns Besitzlagen S. 256, f. aber auch Wächter II S. 100. Vgl. im Allgemeinen Fhering Grund d. Besitzes. S. 83 (102) fg. 105 (125) fg. (dazu aber auch § 160⁵).

⁹ In diesem Falle ist bei beweglichen Sachen ein *furtum* vorhanden (II § 452), und f. l. 3 D. 13, 1, l. 7 § 2. l. 8 pr. § 1. l. 10 pr. i. f. eod. (vgl. damit l. 1 § 31. 41. l. 6 D. 43, 16, l. 1 § 34. 42. l. 19 eod., l. 4 C. 8, 4). Vgl. II § 425. Was Grundstücke angeht, so ist für den Fall gewaltfamer Besitzentziehung eine *condictio* nach Analogie der *condictio furtiva* ausdrücklich anerkannt (l. 1 § 1. l. 2 D. 13, 3, l. 25 § 1 D. 47, 2), und eine andere als gewaltfame Besitzentziehung gibt es bei Grundstücken nicht (§ 160⁵, § 157⁴). Freilich ist dieses Letztere nicht allgemein anerkannt (f. die citirten Stellen), und für die in dieser Beziehung abweichenden Ansichten ist denn auch das im Texte Gesagte zu modificiren. — Principiell abweichend Bruns S. 55 und nach ihm die erste Auflage; übereinstimmend jetzt Bruns Besitzlagen S. 202.

¹⁰ S. II § 424³. Vgl. Pfersche Bereicherungs-Klagen S. 66 fg.

¹¹ a) Nicht die Einrede, daß der Kläger den Besitz fehlerhaft vom Beklagten erlangt habe. A. M. früher Bruns S. 32 mit Berufung auf den hier nicht gebilligten Satz (§ 159¹⁰), daß der unrechtmäßig Verdrängte Sieger im *interdictum uti possidetis* sei; übereinstimmend Besitzl. S. 208. Rudorff Anhang zu Sav. S. 712. 713. denkt an die *exceptio doli* aus der Gegenforderung; aber l. 14 § 2 C. 4, 31 spricht ohne Beschränkung. Bruns Besitzlagen S. 207 fg. verweist auf die Strafe der Selbsthilfe. S. auch Meißcheider S. 76. b) Noch weniger kann sich der Beklagte darauf berufen, daß der Kläger den Besitz fehlerhaft

darauf berufen, daß ihm ein Recht zu besitzen zustehe¹². Die Verjährung des Anspruchs ist die gewöhnliche dreißigjährige. Die Erben haften wie der Erblasser¹³.

2. Nachrömische Sortbildungen*.

§ 162.

Nach der Bestimmung des canonischen Rechts geht der Anspruch aus eigenmächtiger Besitzentziehung nicht bloß gegen den Entziehenden selbst, sondern auch gegen alle Dritte, welche von dem Entziehenden in Kenntniß der Eigenmacht den Besitz erlangt haben¹. Außerdem haften auf Grund des canonischen Rechts die Erben, auch wo der in § 161 bezeichnete Anspruch nicht Platz greift, jedenfalls bis zum Belange der Erbschaft².

Das canonische Recht hat ferner dem eigenmächtig aus dem Besitz Verdrängten die Befugniß gegeben, bis zur erfolgten Wiederherstellung des früheren Zustandes jeden Anspruch des Verdrängenden abzuweisen; jedoch muß er die Eigenmacht binnen 15 Tagen darthun³.

von einem Dritten erlangt habe. A. M. Jhering S. 117 (138), welcher die *condictio possessionis* jedem *improbos possessor* abspricht, unter Berufung auf l. 12 § 1. l. 77 [76] § 1 D. 43, 2. Ebenso Scheurl S. 71. S. dagegen Bruns S. 30 fg., Besizlagen S. 208, Meißcheider S. 76 unt.

¹² Es liegt aber in dieser Berufung nicht sowohl eine Einrede als die Zengnung der Begründetheit des klägerischen Anspruchs. Wenn der Beklagte ein R. zu besitzen hat, so ist die Veränderung, welche in der Vermögenslage der Parteien eingetreten ist, keine ungerechtfertigte, sie ist nicht *sine causa*. A. M. Bruns S. 30, Rudorff S. 712; dagegen Jhering S. 117 (138); hinwieder Bruns Besizlagen S. 208 fg. Wie hier Meißcheider S. 74. 75. Pfersche a. a. O. S. 64 fg. 71 will nur *liquide petitorische* Einreden zulassen. Pflüger S. 128. 127 [[für die Zulässigkeit petitorischer Einreden]]. [Ebenso Volze S. 210. Unterscheidend Ubbelohde V, 1 S. 656 fg.]

¹³ Auch bei der *condictio furtiva*. C. II § 359¹³. § 425⁴. [Dagegen Volze S. 207.]

[* v. Klaeden *actio spolii* in der heutigen Gerichtspraxis. Greifsw. Diff. ✓ 1895. Weiß das Verhältniß der *Spolienklage* zum *interdict. u. vi.* Greifsw. ✓ Diff. 1895.]

¹ C. 18 X. 3, 13 (Innocent. III. a. 1216). Bruns S. 177—181. Be. § 162. *fitzlagen* S. 216—221.

² Nach der im c. R. für die *Delictsansprüche* anerkannten Regel: „*heredes iuxta facultates suas condigne satisfaciant*“ (c. 5 X. 5, 17), was aber die Praxis von jeher in der im Text bezeichneten Weise verstanden hat. C. II § 359¹³.

³ *Exceptio spolii*. C. 1 in VI^o 2, 5 (Innocent. IV. a. 1245). Bruns § 16—23. Cf. XXXIII. 105. 106. [[XLVII. 6.]] Daß die *exceptio spolii* durch die C.P.C. nicht beseitigt worden sei, ist anerkannt in Entscheid. des R.C.

§ 162 a.

Die im Mittelalter in Italien ausgebildete, in Deutschland recipirte Doctrin war bestrebt, den Besitzeschutz noch mehr zu erweitern. In ihrer höchsten Ausbildung ging diese Lehre dahin, daß ein Anspruch begründet sei:

1) in allen Fällen, wo der Besitz unfreiwillig, wenn auch nicht durch fremde Eigenmacht, verloren worden sei;

2) nicht bloß für den juristischen Besitzer, sondern auch für den Inhaber;

3) gegen jeden dritten Inhaber der Sache;

4) es solle der Kläger nicht zu beweisen brauchen, daß er den Besitz unfreiwillig verloren habe, sondern der Beklagte beweisen müssen, daß der Verlust in einer denselben rechtfertigenden Weise eingetreten sei;

5) dieser Anspruch solle in gleicher Weise bei beweglichen wie bei unbeweglichen Sachen gelten, und

6) nur der gewöhnlichen dreißigjährigen Verjährung unterliegen.

In seiner historischen Entwicklung weist dieser exorbitante Besitzeschutz auf zwei verschiedene Wurzeln zurück, und erscheint demnach (in Deutschland) theils als Spolienklage¹, theils als *s. g. possessorium*

VII §. 328 fg. Dawider Kohler Grünh. 38. XIV §. 28 fg. [Unzulässig ist die *exc. spolii* in Ehefachen: RG. XXXI §. 171 fg. Die fünfzehntägige Beweisfrist ist durch CPD. beseitigt.]

§ 162a.

¹ Die Spolienklage ist aus derselben Quelle hergeleitet worden, aus welcher auch die später gesetzlich anerkannte *exceptio spolii* geflossen ist; nämlich aus dem von Pseudo-Isidor aufgestellten, in Gratian's Decret aufgenommenen Satz, daß ihrer Diöcese oder ihres Vermögens beraubte Bischöfe vor der Restitution von jeder Criminalklage frei seien. Hauptstelle in Gratian's Decret ist der berühmte canon *Redintegranda* (c. 3 C. 3 qu. 1). „*Redintegranda sunt omnia expoliatis vel electis episcopis praesentialiter ordinatione pontificum, et in eo loco, unde abscesserant, funditus revocanda, quacunq; condicione temporis, aut captivitate, aut dolo, aut violentia malorum, et per quacunq; iniustas causas res ecclesiae vel proprias, id est suas substantias, perdidisse noscuntur, [ante accusationem aut regularem ad synodum vocationem eorum].* Die eingeklammerten Worte fehlen bei Gratian, und sind erst von den römischen Correctoren des Decrets wieder hinzugefügt worden. Das auf diese Stelle gegründete Klager. (*condictio ex canone [Redintegranda]*) ging mit der italienischen Theorie nach Deutschland über, und nahm hier seit dem Ende des 17. Jahrhunderts den Namen *actio spolii* an. §. über das Nähere der Entwicklung Bruns § 27 (vgl. § 21—23). 32. 44 (§. 373—375). 45 (§. 389—397). 46 (§. 417—419), Maassen Jahrb. des gem. R. III. 8, Heusler die Gewere (1872) §. 318 fg., Meißner §. 144 fg. 163 fg.

ordinarium². Gegen denselben hat sich seit dem 17. Jahrhundert eine lebhaftere Opposition erhoben, welche im 18. Jahrhundert namentlich durch J. H. Böhm er getragen, im 19. durch Savigny in der Theorie fast vollständig zum Siege gelangt ist, aber nicht in gleicher Weise eine feste Praxis herbeigeführt hat³. Auch läßt sich nicht verkennen, daß die alte Lehre nicht in allen Punkten gleich verwerflich ist. Die Ausdehnung des Besitzeschutzes auf jeden Fall unfreiwilligen Besitzverlustes, und zwar ohne Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen, füllt einerseits eine Lücke des römischen Rechts aus (§ 160 Note 2), und ist andererseits theilweise in demselben unmittelbar begründet (§ 161)⁴. Das Letztere gilt auch von der Ausschließung der einjährigen Verjährung⁵. Am wenigsten läßt sich sagen für die Freiheit des Klägers vom Beweise unfreiwilligen Besitzverlustes⁶ und für die unbedingte Haftung des dritten Besitzers⁶;

² Das f. g. *possessorium ordinarium* ist das römische *interdictum uti possidetis*, aber dadurch mit recuperatorischer Wirkung ausgestattet, daß man in Anlehnung an Sätze theils des römischen, theils des deutschen R. den unfreiwillig verlorenen Besitz als fortbauend annahm. Eine besondere Phase der Entwicklung des *ordinarium* ist diejenige, welche in Deutschland im 18. Jahrhundert aufgetreten, aber zu gemeinlicher Anerkennung nicht gelangt ist, daß man auf Grund einer unrichtigen Interpretation des c. 9 X. 2, 19 dasselbe auffaßte als Klage auf Wiedererlangung eines verlorenen titulirten Besitzes; dadurch hörte es ganz auf, Besitzklage zu sein, und das *summariissimum* rückte an die Stelle des *uti possidetis* hinaus. S. über das Nähere Bruns Jahrb. des gem. R. IV S. 33—74. 85—95, Heuzler a. a. D. (1) S. 304 fg. 452 fg., Meißcheider S. 127 fg. 172 fg.

³ Bruns Besitzfl. S. 389—397. 418. 419, vgl. Jahrb. a. a. D. S. 95. Holzschuher II § 90.

⁴ *Condictio possessionis*. Dieselbe ist für den Fall unfreiwilligen Besitzverlustes anerkannt in dem Urtheil bei Cf. XIX. 152, vgl. auch Nr. 153 das. Auch die Zulassung des *interdictum unde vi* in diesem Fall hat übrigens in den Quellen einen Anhalt, nämlich in der Bestimmung über die Zulässigkeit desselben bei Occupation einer *vacua possessio absentis*, l. 11 C. 8, 4. Bruns Jahrb. a. a. D. IV S. 101. 65. Vgl. auch Ziebarth die Realaction und die Obligation (Halle 1866) S. 261—262. Spolienklage: Bruns Besitzfl. S. 250 fg. Cf. V. 23, XIX. 56, XXIII. 137, XXIV. 212, Rierulff Entscheid. des OAG. zu Lübeck 1866 Nr. 4, RG. XIV S. 368.

⁵ Vgl. Cf. VII. 42. 270. XLV. 239.

⁶ Was Bähr Urtheile des Reichsgerichts S. 47 in dieser Beziehung bemerkt, ist nicht zutreffend. Bähr bestreitet, daß der Kläger den unfreiwilligen Besitzverlust zu beweisen brauche, und führt aus, daß der Kläger nicht zu beweisen brauche, daß der Beklagte kein Recht zur Besitzergreifung gehabt habe. Mit Bähr geht Dernburg I § 189¹². [Dagegen RG. XXX S. 110 fg. Vgl. auch S. 139.]

⁶ Der Haftbarmachung des dritten Besitzers liegt die Idee zu Grunde, daß der Besitz Gegenstand der *vindication* sei.

nur so viel läßt sich rechtfertigen, daß der unredliche dritte Besitzer für haftbar erklärt wird⁷. Für die Ausdehnung des Besitzeschutzes auf den Inhaber bietet sich eine theoretische Rechtfertigung nicht dar^{7a}; doch zeigt sich in der neueren Theorie und Praxis die Neigung, zwischen den Inhabern zu unterscheiden, und den Inhaber in eigenem Interesse, namentlich den Miether und den Pächter, dem Besitzer gleichzustellen^{7b, 8}.

⁷ Nach Analogie der Bestimmung des canonischen R. über die Haftung des unredlichen Besitzsuccessors; es ist kein Grund vorhanden, warum derjenige, welcher ohne allen Grund in den Besitz der Sache gelangt, besser gestellt sein sollte. Vgl. Bruns Besitzfl. S. 100. Ziebarth a. a. O. S. 260—261. Wächter II S. 94 u. 99. Cf. XXIII. 137. A. M. aber jetzt Bruns Besitzfl. S. 246 fg.

^{7a} Dieselbe wurde vielfach auf eine irriige Auffassung des r. R. gestützt. Bruns Besitzfl. S. 394. Vgl. das. S. 62 fg. Das r. R. faßt die Inhabung nicht als Verwirklichung eines auf das Haben der Sache, sondern als Verwirklichung eines gegen den Ueberlassenden, Verpächter, Leihverleiher zc. gerichteten Willens auf. Ueber das ältere deutsche R. s. Heusler a. a. O. S. 119 fg. 159 fg., Bruns Besitzfl. S. 228 fg., Stobbe II § 72, 4. 5. § 75, 3. [3. Aufl. (Vehmann) II, 1 § 85, § 89, 2. 3.]

^{7b} Bruns Besitzfl. S. 286 fg. (vgl. auch S. 294 fg.), Stobbe § 77, 6. a. [3. Aufl. (Vehmann) II, 1 § 91, 6, a.] Vähr Urtheile des RG. S. 38 fg. fr. BZS. XXVII S. 181 fg. Derf. Jahrb. für Dogm. XXVI S. 269. 286 fg. Fhering Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 263. 288. Hierher gehört im Besonderen auch das neueste Werk Fhering's, der Besitzwille. Vgl. § 148^a. Erkenntnisse des RG. 9/1 80 (Fenner u. Rede I S. 90) und 21/10 81 (Entscheidungen V S. 164) [[22/6 91 Cf. XLVII. 185]]. Das zweite Erkenntniß stützt sich auf „die Ausbildung, welche die Spolienklage durch die Praxis erhalten hat“. Das stimmt nicht zu Cf. I. 225 (Celle), XXII. 147 (Kostod), XXVI. 11 (DAG. Darmstadt). Die entgegengesetzten Erkenntnisse XXIV. 212 und XXV. 7 sind beide von Wolfenbüttel; das zweite bezeugt keine allgemeine, sondern nur eine Braunschweigische Praxis. Jetzt XL. 96 (DAG. Darmstadt), XLII. 99 (DAG. Jena). S. noch Wendt Faust. S. 6 fg. 176 fg. [RG. XXX S. 137 fg. gewährt Spolienklage jedem Detentor.]

⁸ Delbrück in seiner Schrift über „die dingliche Klage des deutschen R.“, Leipzig 1857 (ein Nachtrag aus Delbrück's Nachlaß Jahrb. für Dogm. X S. 110 fg.) hat nachzuweisen gesucht, daß der Spolienklage und dem poss. ordinarium eine ursprüngliche deutsche Anschauung zu Grunde liege, welche sich in dieser Vertheidigung durch alle Zeiten hindurch erhalten habe, die Anschauung nämlich, daß der bloße ältere Besitz Anspruch auf Schutz gewähre. Delbrück stellt demgemäß folgende Sätze auf, denen er unmittelbar Geltung für das heutige R. zuschreibt. 1) Jeder, welcher einmal besessen hat, kann auf Grund dieses Besitzes von jedem späteren Besitzer Herausgabe der Sache verlangen, wenn derselbe nicht einen Titel für seinen Besitz nachweisen kann, oder daß er schon einmal noch früher als der Kläger besessen habe, oder daß der Kläger die Sache veräußert habe, oder sich in mala fide befinde. 2) Derjenige, welcher den Besitz ohne seinen Willen verloren hat, kann Herausgabe der Sache auch von dem titulirten Besitzer verlangen. 3) In dem einen und dem anderen Falle ist aber der Anspruch kein possessorischer,

[Schutz gegen Besitzentziehung nach §§.]

I. Wird der Besitz dem unmittelbaren Besitzer durch verbotene Eigenmacht entzogen, so kann derselbe die Wiedereinräumung des Besitzes verlangen.

1. Der Anspruch richtet sich gegen denjenigen, welcher ihm gegenüber fehlerhaft besitzt; (861 Abf. 1), d. h.

a) gegen den, der die Entziehung verübt hat (858 Abf. 2 §. 1);

b) dessen Erben (858 Abf. 2 §. 2);

c) gegen den dritten Erwerber, der die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers kennt (858 Abf. 2 §. 2). Gleichgültig ist dabei, ob er direct von dem Entzieher oder von dessen Erben oder von einem Anderen erwarb, der seinerseits die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers kannte. Sobald aber ein Erwerber in gutem Glauben dazwischentritt, hat dieser fehlerfrei erworben und ein weiterer Erwerber erwirbt immer fehlerfreien Besitz, wenn er auch weiß, daß ein Vorgänger seines Vorgängers fehlerhaft besaß.

2. Während nach gemeinem Recht die Einrede des fehlerhaften Besitzes gegen die Spolienklage unzulässig war (§ 160 zu ¹⁵), ist nach B.G.B. der Anspruch wegen Besitzentziehung ausgeschlossen, wenn der entzogene Besitz dem gegenwärtigen Besitzer oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft und in dem letzten Jahre

sondern ein dinglicher, eine vindication. Diese neue Theorie darf, was das geltende R. angeht, gegenwärtig als beseitigt angesehen werden, obgleich der Verfasser des Art. Vindication in Weiske's *Verz.* (XIII S. 106 fg.) sie vollständig aufgenommen hat; gegen dieselbe haben sich erklärt: in einem ausführlichen Aufsatz *Brun's Jahrb. d. gem. R.* IV S. 1 fg. (1860), f. auch *denf. Besitzklagen* S. 212 fg., ferner *Bluntschli tr. Ueberschau* VI S. 189 fg., *Pagenstecher röm. Lehre vom Eigenthum* III S. 207—225, *Sentenis I* § 46²⁴, § 53², *Vangerow I* § 335 a. E., *Wächter II* S. 96 fg., *Goldschmidt Handelsr.* I § 80⁴⁰, *Stobbe II* § 147 a. E. Zwar hat sich *Delbrück* für den ersten der genannten Sätze auch auf gesetzliche Aussprüche berufen (c. 9 X 2, 19 und *B.G.D.* Art. 208); aber f. *dawider Maassen Jahrb. d. gem. R.* II S. 443 fg. und *Brun's a. a. O.* S. 74—85. Auch was das ältere deutsche R. angeht, haben neuere Forschungen *Delbrück's* Aufstellungen im Wesentlichen als unhaltbar zurückgewiesen; nur das darf behauptet werden, daß das ältere deutsche R. bei beweglichen Sachen im Streit um das Haben der Sache (nicht Besitzesstreit) die Geltendmachung unfreiwilligen Besitzverlustes auch Dritten gegenüber gestattet habe. Vgl. *Laband die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Quellen des Mittelalters* (1869) S. 68 fg. 106 fg. 182 fg., *Heusler die Gewere* (1872) S. 71 fg. 254 fg. 304 fg. 451 fg., *Stobbe II* § 73, 3 und § 77, 5 a. E. [3. Aufl. (*Rehmann*) II, 1 § 86, 4—6. § 91, 5 a. E.] — Zu wesentlich gleichen Resultaten wie *Delbrück* ist durch eine andere Art der Beweisführung, die aber weit davon entfernt ist, überzeugend zu sein, übrigens ebenfalls mit Berufung auf das ältere deutsche R., *Ziebarth* in der in *Note* ⁹ genannten *Schrift* S. 257 fg. 292 fg. gelangt. *Dawider Brun's Besitzklagen* S. 212 fg. — Auch *Reischdeber* (S. 127 fg. 144 fg. 154 fg. 166 fg. 247 fg. 356 fg.) hält an dem *Delbrück'schen* Grundgedanken (Zusammenhang des poss. ordinarium und der Spolienklage mit germanischen Ansätzen und petitorischer Natur dieser Mittel) fest, ohne jedoch dem Resultate zuzustimmen, welches *Delbrück* daraus für das geltende R. zieht. [*Wflüger* (§ 148⁹) S. 384 fg.]

vor der Entziehung erlangt worden ist (861 Abs. 2). Hat die Sache nach der ersten Entziehung den Besitzer gewechselt und muß der Nachfolger die Fehlerhaftigkeit gegen sich gelten lassen, so kommt es nicht darauf an, ob er innerhalb des letzten Jahres den Besitz erlangte, sondern darauf, ob die Entziehung, welche er gegen sich gelten lassen muß, innerhalb des letzten Jahres vor sich gegangen ist. Die Einrede ist auch begründet, wenn der entzogene Besitz dem Rechtsvorgänger des gegenwärtigen Besitzers gegenüber fehlerhaft ist. Dieß ist hier zunächst der Vorgänger im Besitz. Wenn A dem B die Sache entzogen hat, hierauf B dem A, und wenn dann die Sache von B an C gelangt ist in solcher Weise, daß er den Besitzfehler des B gegen sich gelten lassen muß, so kann C der Klage des A die Einrede des fehlerhaften Besitzes aus der von A gegen B begangenen Entziehung entgegensetzen. M. E. ist aber auch dann, wenn A dem B die Sache entzogen hat, B von C beerbt wird und nun C dem A die Sache entzieht, die gleiche Einrede begründet (s. ob. S. 720).

3. Ist die Entziehung gesetzlich erlaubt, so ist sie keine verbotene Eigenmacht (858 Abs. 1), begründet also die Besitzklage selbstverständlich nicht. Die Entziehung kann namentlich als Wiederbeschaffung entzogenen Besitzes gemäß § 859 Abs. 2 oder Abs. 3 erlaubt sein oder als Selbsthilfe gemäß § 229 zur Verwirklichung des Anspruchs auf Wiedereinräumung entzogenen Besitzes. In den Fällen des § 859 steht dem Entzieher aber auch die unter 2 besprochene Einrede des fehlerhaften Besitzes zur Seite, und diese ist bequemer, weil statt des „sofort“ des § 859 Abs. 3 oder statt des Momentes der Verfolgung auf frischer That (Abs. 2) nur die Einhaltung der Jahresfrist nachgewiesen zu werden braucht. Ebenso braucht, wenn die Wiederentziehung innerhalb eines Jahres erfolgt, nicht der Nachweis der besonderen Voraussetzungen der Selbsthilfe nach § 229 unternommen zu werden. Ist aber ein Jahr oder mehr seit der ersten Entziehung vergangen, so ist es wichtig, festzuhalten, daß die Wiederentziehung auch jetzt keine verbotene Eigenmacht ist, wenn die Voraussetzungen des § 229 erweislich vorliegen.

4. Ein Recht zum Besitz kann nur zur Begründung der Behauptung geltend gemacht werden, daß die Entziehung nicht verbotene Eigenmacht sei (863). Es ist foeben (3) bemerkt, daß dieser Charakter der Entziehung möglicher Weise auch ohne Behauptung eines Rechts zum Besitze bestritten werden kann. In § 863 aber handelt es sich zunächst darum, daß unter den Voraussetzungen des § 229 eine selbsthilfliche Besitzentziehung auch zur Befriedigung eines Rechts zu besitzen (im Gegensatz zum Besitzanspruch) vorgenommen werden darf. Es ist aber weiter Folgendes zu erwägen. Die Einräumung eines Rechtes zu besitzen durch den Besitzer kann mit der Gestattung der einseitigen Entnahme der Sache verbunden sein. Dann ist entweder diese Einigung schon Uebergabe gemäß § 854 Abs. 2 oder die Tradition vollendet sich mit der Hinnahme durch den Empfänger. Wird ein Vorgang der ersteren oder letzteren Art behauptet, so ist damit geleugnet, daß der Beklagte dem Kläger die Sache ohne seinen Willen entzogen habe, und dieß ist natürlich im Besitzproceß zulässig. Wenn, während der Erwerb in der Lage war, die thatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben, eine Einigung über den Besitzübergang zu Stande gekommen ist, nun aber der bisherige Besitzer seine Zustimmung zur Entnahme der Sache widerruft, so kann dieß den nach § 854 Abs. 2 bereits erfolgten Uebergang des Besitzes nicht mehr ändern, und nimmt der Empfänger

die Sache hin, so übt er seinen Besitz nur aus und begeht keine Entziehung. Hat der bisherige Besitzer einem andern, der im Sinne des § 864 Abs. 2 in der Lage war, die thatsächliche Gewalt auszuüben, den Besitzübergang angeboten und widerrufen, bevor jener acceptirt hat, so entsteht die Frage, ob dieser Widerruf nach den Sätzen vom Widerruf des Vertragsantrages zu beurtheilen ist. Das BGB. spricht im § 864 nicht von Vertrag, sondern von Einigung. Die Mot. (III S. 91) sind von dem allerdings nicht ganz gleichen Standpunkt des I. Entw. aus der Ansicht, daß die Vorschriften über die sachliche Bindung des Offerenten Anwendung finden, wenn der Empfänger in den Fällen der *brevis manu traditio* bereits als Detentor die thatsächliche Gewalt über die zu übergebende Sache ausübt. Auch vom Standpunkt des Gesetzes selbst aus dürfte jedoch im Falle des § 864 Abs. 2 die analoge Anwendung der Vertragsgrundsätze in dem Sinne berechtigt sein, daß auf Grund des Angebots des Tradenten der Erwerber durch seine Annahme den Besitz erlangen kann unter denselben rechtlichen Bedingungen unter denen er einen Vertragsantrag annehmen kann, selbst wenn er (ungültig) zurückgenommen ist (145 fg.). Ist aber der Fall des § 864 Abs. 2 nicht gegeben, so geht der Besitz auf den Erwerber erst über, wenn er auf Grund der Verabredung mit dem bisherigen Besitzer den Besitz thatsächlich ergriffen hat. Wenn daher vorher der Tradent seine Zustimmung zur Tradition zurückzieht, so kann darin zwar eine Verletzung seiner Verpflichtungen liegen; die dennoch erfolgte Besitzergreifung seitens des Gegners aber ist einseitig und verbotene Eigenmacht, wenn nicht ein Fall der ausnahmsweise erlaubten Selbsthilfe vorliegt.

Eine besondere Stellung nimmt gegenüber der Besitzklage die Berufung auf ein rechtskräftig zuerkanntes Recht ein (s. unt. 6).

5. Der Anspruch wegen eigenmächtiger Besitzentziehung erlischt mit dem Ablauf eines Jahres nach der Entziehung, wenn er nicht vorher im Wege der Klage geltend gemacht wird (864 Abs. 1). D. h. es muß die Erhebung der Klage binnen des Jahres stattfinden. (Vgl. ob. S. 719.)

6. Der Anspruch erlischt ferner, wenn nach der Entziehung durch rechtskräftiges (nicht bloß vorläufig vollstreckbares) Urtheil festgestellt wird, daß dem Entzieher ein Recht an der Sache (keine bloße Forderung auf deren Lieferung) zusteht, vermöge dessen er die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes verlangen kann (864 Abs. 2). Das Gesetz spricht nur davon, daß das Recht zu Gunsten des Thäters, hier des Entziehers, festgestellt wird. Es muß aber auch genügen, wenn es zu Gunsten eines der Besitzklage an und für sich ausgesetzten Besiznachfolgers des Thäters festgestellt wird. Ein Urtheil, welches vor der Entziehung rechtskräftig geworden ist, muß die gleiche Wirkung haben (s. ob. S. 721, 6).

7. Ein Mitbesitzer, der aus dem gemeinschaftlichen Besitz von den Uebrigen verdrängt wird, hat gegen sie die Klage wegen Besitzentziehung; denn der § 866 schneidet ihm den Besitzschutz nur ab, soweit es sich um die Grenzen des den Einzelnen zustehenden Gebrauches handelt.

8. Der unmittelbare Besitzer hat die Klage wegen Besitzentziehung auch gegen den mittelbaren Besitzer.

9. Besondere Vorsehrung trifft das Gesetz für den Fall, daß eine bewegliche Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitz eines andern befindliches Wandscheid, Wandetten. 8. Aufl. I. Band.

Grundstück gelangt. (Gemeinrechtlich vgl. unt. § 169²¹, § 456¹⁷, § 460⁴, § 422⁵.) Der Grundbesitzer ist verpflichtet, die Auffuchung und Wegschaffung der Sache zu gestatten, sofern nicht dieselbe inzwischen in Besitz genommen ist. Der Grundbesitzer kann aber Ersatz des entstehenden Schadens verlangen. Ist ein solcher zu besorgen, so kann er die Gestattung verweigern, bis Sicherheit geleistet wird, es wäre denn, daß mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist (867). Wenn eine Sache auf ein von einem andern als dem Sachbesitzer bejessenes Grundstück gelangt, so ist es möglich, aber nicht nothwendig, daß der Sachbesitzer damit den Besitz der Sache verliert. Wenn der Gärtner sein Geräth in dem von ihm zu bearbeitenden Garten über Nacht zurückgelassen hat, sei es absichtlich oder aus Vergeßlichkeit, so hat er es noch im Besitz. Wenn einem Vorübergehenden vom Winde der Hut in den fremden Garten entführt wird, so hat er noch den Besitz; denn er kann im Allgemeinen darauf rechnen, daß er ungehindert in den Garten eintreten kann, um ihn wieder zu holen. Ebenso behält derjenige den Besitz, der seine Sache auf fremdem Grundstück versteckt hat. Holen diese Personen ihre Sache ungehindert wieder, so hat § 867 nur die praktische Bedeutung, daß sie zum Ersatz des dadurch etwa entstandenen Schadens verpflichtet sind, auch wenn sie nicht der Bormurf eines Verschuldens trifft. Werden sie dagegen an dem Wiedereintritt in das Grundstück gehindert, so haben sie nunmehr den Besitz der Sache m. E. verloren, und damit ist keineswegs gesagt, daß durch diese Verhinderung der Grundbesitzer den Besitz der Sache erhält. Es ist möglich, daß er ihn nicht will, und möglich, daß er ihn nicht erhalten kann, weil er z. B. seinerseits das Versteck nicht kennt. Der § 867 ist in Fällen der beschriebenen Art ebenso anwendbar, wie wenn der Besitz unmittelbar durch das Gelangen der Sache auf das fremde Grundstück verloren wäre. Dieß muß so sein, weil die Klage wegen Besitzentziehung nur gegen den (fehlerhaften) Besitzer geht (861), und das ist der Grundbesitzer in den beschriebenen Fällen nicht. Hat aber der Grundbesitzer den Besitz der Sache ergriffen, so ist § 867 unanwendbar, gleichviel, ob der frühere Besitzer erst durch die Besitzergreifung des Grundbesitzers den Besitz verloren hatte, oder ob dieser Verlust schon vorher eingetreten war. Es findet aber in dem ersten Falle die Klage wegen Besitzentziehung gegen den Grundbesitzer statt, im letzten nicht; in diesem Falle ist vielmehr der ehemalige Besitzer auf die Eigenthumsklage oder die Klage aus dem älteren Besitz nach § 1007 angewiesen. Unter Umständen kann auch der Grundbesitzer Finder im Sinne des § 965 fg. sein. Uebrigens ist die Anwendung des § 867 auch dann ausgeschlossen, wenn ein anderer als der Grundbesitzer den Besitz der Sache ergriffen hat. Den gleichen Anspruch, welchen nach § 867 der Besitzer hat, hat nach § 1015 der Eigenthümer einer Sache, die sich auf einem von einem andern bejessenen Grundstück befindet. Der Grundbesitzer ist durch diesen Doppelanspruch des Besitzers und des Eigenthümers der Sache nicht gefährdet; er braucht ja nur beide an der Auffuchung und Fortschaffung der Sache nicht zu hindern. Wer sie findet und nimmt, berührt ihn nicht. Schadenseratz und ev. Sicherheitsleistung kann er von jedem in Ansehung seiner Handlungen fordern.

10. Die Klage des früheren Besitzers aus § 1007 ist nicht possessorischer, sondern petitorischer Natur, und besser bei der rei vindicatio zu behandeln.

11. Im Sinne der Bestimmungen des BGB. über ungerechtfertigte Be-

reicherung ist auch der Besitz ein etwas, was durch Leistung oder in sonstiger Weise auf Kosten eines andern ohne rechtlichen Grund erlangt werden kann (812) (f. ob. § 161).

12. Das Precarium als besonderes Institut ist dem BGB. unbekannt, und aus der Leihe (598 fg.) findet keine Besitzlage statt. (Vgl. ob. § 160, 2.)

II. Schutz des mittelbaren Besitzers (Wendt ACPr. LXXXVII S. 52 fg.). Dem mittelbaren Besitzer kann der Besitz nur dadurch entzogen werden, daß derselbe dem unmittelbaren Besitzer entzogen wird.

1. Alsbald steht der Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes diesem zu; der mittelbare Besitzer kann aber auch seinerseits verlangen, daß der Besitz dem unmittelbaren Besitzer wieder eingeräumt wird. Kann oder will dieser den Besitz nicht wieder übernehmen, so kann der mittelbare Besitzer verlangen, daß ihm selbst der Besitz eingeräumt wird. Möglicher Weise aber ist der Anspruch des mittelbaren Besitzers ausgeschlossen, während der des unmittelbaren besteht. Wenn nämlich der mittelbare Besitzer den Besitz innerhalb des letzten Jahres vor der Entziehung fehlerhaft von dem Entzieher erlangt hat, so ist sein Anspruch ausgeschlossen, nicht aber der des unmittelbaren Besitzers, vorausgesetzt, daß dieser bei seinem Erwerb den Fehler nicht kannte. Zweifellos hat der mittelbare Besitzer auch dann keinen Anspruch, wenn er seinerseits der Entziehung zugestimmt hatte. Wenn der Dritte die Sache mit Willen des unmittelbaren, wider Willen des mittelbaren Besitzers hingenommen hat, so hat keiner von beiden einen Besitzanspruch; denn dann ist verbotene Eigenmacht gegen den unmittelbaren Besitzer nicht begangen. Stehen mehrere mittelbare Besitzer hinter einander, so können sie die Klage auf Rückgabe der Sache an den unmittelbaren Besitzer neben einander erheben. In dem Anspruch auf Auslieferung der Sache an den Kläger selbst geht aber wohl derjenige, welcher dem unmittelbaren Besitzer am nächsten steht, dem ferner Stehenden vor. Stehen mehrere mittelbare Besitzer neben einander als Gesamtgläubiger, so kann m. E. jeder die Auslieferung der Sache fordern; sind sie nicht Gesamtgläubiger, so ist wohl nach Analogie des § 432 Abs. 1 zu entscheiden, dessen Bestimmung freilich unmittelbar nur für das Verhältniß der mittelbaren Besitzer zu dem unmittelbaren Besitzer, ihrem Schuldner, maßgeblich.

2. Im Falle des § 867 ist dem mittelbaren Besitzer das Recht, zu verlangen, daß dem unmittelbaren Besitzer die Auffuchung und Fortschaffung der Sache gestattet werde, nicht eingeräumt, obwohl dieß dem Borigen entsprechen würde. Dagegen hat er auch hier, wenn der unmittelbare Besitzer die Auffuchung und Fortschaffung der Sache nicht übernehmen will (also auch wenn er gegen den Grundbesitzer nicht klagen will) das Recht zu verlangen, daß ihm, dem mittelbaren Besitzer, die Auffuchung und Wegschaffung gestattet werde. Sind mehrere mittelbare Besitzer vorhanden, so ist der Grundbesitzer nur verpflichtet, sich allen gegenüber duldbend zu verhalten; wer die Sache erlangt, geht ihn nichts an.]

VI. Rechtsbesitz*.

§ 163.

Besitz ist thatsächliche Herrschaft des Willens über die Sache: Sachbesitz ist thatsächliche Herrschaft des Willens über die Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen; von Rechtsbesitz redet man, wenn die thatsächliche Willensherrschaft die Sache nur in dieser oder jener einzelnen ihrer Beziehungen erfasst (§ 151). Der Ausdruck ist wenig entsprechend; man sagt, ein Recht werde besessen, und meint damit, daß derjenige Willensinhalt, welcher rechtlich anerkannt dieses Recht ausmachen würde, sich thatsächlich verwirklicht habe. — Die dem modernen Rechte angehörende weitere Entwicklung des Begriffes des Rechtsbesitzes, wonach Rechtsbesitz auch in solchen Fällen angenommen wird, in welchen ein nicht auf die Beherrschung einer Sache gerichteter Wille zur thatsächlichen Geltung gelangt ist, gehört nicht hierher (§ 151 Note 4).

Nicht alle Rechte an Sachen können besessen werden. Das hat den Sinn: nicht allen Rechten an Sachen liegt ein solcher Willensinhalt zu Grunde, daß die thatsächliche Verwirklichung desselben einen bleibenden Zustand herbeiführt. Aus diesem Grunde gibt es keinen Besitz des Pfandrechts¹. Anders beim Faustpfande; obgleich die positive Bestimmung des römischen Rechts hier Sachbesitz angenommen hat².

* Hofhirt ACPr. VIII S. 1 fg. (1825). v. Buchholz Versuche Nr. 8 (1831). Heerwart ZS. f. GN. u. Pr. XII S. 145 fg. (1839). Pfeiffer prakt. Ausführungen VII. 1 Num. 12 (1844). Ewers die r. Servitutenlehre § 62. 79—83 (1856). Namentlich aber Randa (§ 148*) § 24—36, bei Weitem das Eingehendste, was bisher über den Abesitz geschrieben worden ist. G. Bossert das Wesen des Servitutenbesitzes nach r. R. Lüb. Diff. 1883. Darüber Krasiński Grünh. ZS. XIII S. 670 fg. [Dernburg I § 190. 191, Tartufari (§ 148*) I p. 152 sg. 276 sg. II p. 329 sg., Vermond (§ 148*) p. 320. 325 suiv., Pagenstecher über die verschiedenen Voraussetzungen und Wirkungen des possessorischen Schutzes der Servituten. Erl. Diff. 1897.]

§ 163. ¹ Der Pfandgläubiger darf die Sache verkaufen; das ist eine vorübergehende und sich nicht wiederholende Handlung. Er darf sich zwar auch in den Besitz der Sache setzen; aber dieser Zustand ist nicht auf die Dauer berechnet, sondern bestimmt, sogleich durch den Verkauf wieder aufzuhören.

² § 154³. Ohne Zweifel ist dieß zu einer Zeit geschehen, wo der Abesitz noch nicht ausgebildet war; man hätte sonst nicht, um den praktischen Zweck der Sicherstellung des Faustpfandgläubigers zu erreichen, zu einer Ausnahmebestimmung gegriffen. Vgl. Bekker H. d. Vel. S. 163 fg. (i. oben § 154³).

Die Grundsätze über die Möglichkeit des Rechtsbesitzes sind dieselben, wie beim Sachbesitz (§ 152). Nur ergibt sich aus dem Begriffe des Rechtsbesitzes als einer beschränkten Herrschaft über die Sache, daß nicht in gleicher Weise wie nur Ein Sachbesitz, so auch nur Ein Rechtsbesitz an derselben Sache möglich ist.

Auch der Erwerb und der Verlust des Rechtsbesitzes stehen unter denselben Grundsätzen, wie der Erwerb und der Verlust des Sachbesitzes. — Erworben wird der Rechtsbesitz dadurch, daß die gewollte Herrschaft über die Sache thatsächlich vorhanden ist. Ist der Wille auf einen bleibenden Zustand der Sache gerichtet, so ist dazu erforderlich, daß die Sache sich in diesem Zustand wirklich befinde³, aber eben auch in Folge des Willens befinde⁴. Ist der Wille auf vorübergehende, sich wiederholende Einwirkungen gerichtet, so ist auch hier so wenig wie beim Sachbesitz erforderlich, daß auf die Sache wirklich eingewirkt sei, sondern es genügt die Möglichkeit beliebiger Einwirkung⁵. Der der thatsächlichen Herrschaft entsprechende Wille

³ L. 20 pr. D. 8, 2.

⁴ Dieß ist namentlich von Wichtigkeit für diejenigen Fälle, wo der Wille darauf geht, daß mit einer Sache etwas nicht vorgenommen werde. Der Besitz ist hier dem Vollenden nicht dadurch ohne Weiteres erworben, daß auf die Sache in der betreffenden Weise nicht eingewirkt ist, sondern nur dadurch, daß die Einwirkung in Folge seines Willens unterbleibt. Im einzelnen kann dieß noch in verschiedener Weise hervortreten, entweder dadurch daß eine versuchte Einwirkung auf seinen Widerspruch hin unterlassen wird, oder dadurch, daß ihm von dem Unterlassenden ein R. zum Widerspruch eingeräumt wird. In l. 6 § 1 D. 8, 5 bezeichnet possessor nicht den Besitzer, sondern denjenigen, für welchen das thatsächliche Verhältniß spricht, gleichgiltig ob kraft seines Willens oder nicht. (Anders Savigny S. 608¹ [493²]; noch anders Randa § 28⁴; vgl. auch Bethmann-Hollweg Jahrb. f. wissensch. Kritik 1838 S. 208, Rudorff Anhang zu Savigny Nr. 167.) Boffert S. 24. Cf. VI. 15, XIV. 13, XVI. 7, XXV. 8, XXXVI. 110, vgl. XVIII. 249. — Daß der in Folge meines Willens Unterlassende der Eigenthümer der Sache sei, ist nicht erforderlich. Randa S. 734 fg. (§ 28 a. E.).

⁵ Wenn die Quellen zum Erwerbe des Abesitzes „usum iuris“, also die wirkliche Ausübung des betreffenden R., das wirkliche Früchteziehen, wirkliche Gehen u. verlangen (l. 20 D. 8, 1), so thun sie das nur in dem Sinne, daß damit das thatsächliche Machtverhältniß über allen Zweifel hinaus erhoben ist. Aber so wenig für den Erwerb des Sachbesitzes wirkliche Einwirkung auf die Sache erforderlich ist (§ 153³⁻⁴), so wenig kann sie für Erwerb des Abesitzes erforderlich sein; diese Consequenz ist nicht abzuweisen. Auch wird beim Nießbrauch Besitzübertragung angenommen, wenn der Eigenthümer den Nießbraucher „induxerit in fundum, eumve patiatur uti frui“, l. 3 pr. D. 7, 1. Wird freilich die betreffende Handlung nie vorgenommen, so darf kein Besitz angenommen werden, weil daraus folgt, daß der Besitzwille nie vorhanden gewesen, oder wieder aufgegeben sei; aber wird sie vorgenommen, so ist der Besitz nicht erst mit ihr, sondern

muß auch hier darauf gerichtet sein, die Herrschaft für sich, nicht für einen Andern zu haben⁶. — Soll der Rechtsbesitz durch einen Vertreter erworben werden, so ist erforderlich, daß der Vertreter nicht seinen eigenen⁷, sondern des Vertretenen Willen⁸ gegen die Sache

bereits mit dem Verhältniß, welches die Möglichkeit derselben sichert, erworben. Vgl. Unterholzner Verjährungslehre II S. 166, Bruns S. 475, 476, Exner Tradition S. 121; dagegen Th. Muther die Erfindung der Servituten S. 43⁴¹, Elvers die römische Servitutenlehre S. 675—676, Randa § 26¹ und § 27 S. 721 (jedoch unter Anerkennung, daß zum Erwerbe der mit der Detention der dienenden Sache verbundenen persönlichen Dienstbarkeiten Detention genüge, S. 710 fg.). — Vossert S. 17 fg. Die Abweisung der „Möglichkeitstheorie“ (für Erwerb und Verlust des Besitzes) ist der Grundgedanke der Schrift Vossert's.

⁶ Es ist also nothwendig: 1) überhaupt der Wille, eine Herrschaft über die Sache auszuüben (l. 1 § 6. l. 7 D. 43, 19, Cf. XX. 212, XXV. 9, XXVIII. 201, XLII. 17. RÖ. XII S. 175; 2) der Wille, eine eigene Herrschaft über die Sache auszuüben (l. 25 D. 8, 6). Eine eigene Herrschaft übt aber auch derjenige aus, welcher ein fremdes R. kraft eigenen R. ausübt, wie z. B. eine Grunddienstbarkeit kraft Nießbrauches an dem herrschenden Grundstück. L. 3 § 5 D. 43 19, l. 2 § 3, D. 8, 5, vgl. l. 22 D. 8, 6. Und wer ein fremdes R. precario ausübt, wird, was den Besitzeschutz angeht, als Besitzer des R. in derselben Weise anerkannt, wie als Sachbesitzer anerkannt wird, wer eine Sache precario empfangen hat (§ 154, 2). L. 1 § 11 i. f. D. 43, 19. Abweichend in Betreff des ersten der unter dieser Ziffer genannten Fälle Randa S. 687 fg., vgl. S. 675 fg., Vossert S. 48. [[Handeln fundi nomine: Cf. XLVII. 188]]. Dagegen ist 3) nicht erforderlich der Wille, die eigene Herrschaft als R., als eine rüch begründete, auszuüben. Denn auch der Sachbesitz erfordert nicht den Willen, die Herrschaft über die Sache als eine rüch begründete auszuüben (§ 149³). Die ungenaue Ausdrucksweise in l. 25 D. 8, 6 und l. 7 D. 43, 19 erklärt sich leicht daraus, daß regelmäßig der Wille eine eigene Herrschaft auszuüben mit dem Willen ein eigenes R. auszuüben zusammenfallen wird. ✓ A. M. B. David in der Allgem. Oesterreich. Gerichts-Zeitung 1870 Nr. 76—78. Wäre diese Meinung richtig, so müßte jede Klage wegen Störung im Besitz zurückgewiesen werden, in welcher nicht behauptet wäre, daß die behaupteten Handlungen unter Behauptung der Zuständigkeit vorgenommen worden seien. Eben-
sowenig ist, wenn der Wille auf Ausübung gerichtet gewesen ist, 4) erforderlich, daß er gerade auf Ausübung eines R. an fremder Sache gerichtet gewesen sei. Cf. VII. 154, VIII. 292, XVII. 14, XX. 19, XXII. 23, XXVII. 98, XXXV. 101, XXXVI. 262, XXXVII. 98, XL. 183, [[vgl. XLVI. 171]]. RÖ. IV S. 136, XII S. 175. Für das Gegentheil Cf. VIII. 220, 236, XXII. 22. Vgl. XIV. 96. Vossert S. 40 fg. Ueber das Ganze: Elvers a. a. O. S. 681—685, Randa § 25. In Betreff des Beweises s. Busch AcPra. XXXI S. 243 fg., Randa S. 682 fg.; Cf. V. 255, IX. 133, 134, XIV. 14, 211, XV. 108, XIX. 216, XX. 19, 210, 211, XXII. 219. Rierulff Entscheid. des OÖ. zu Lübeck 1867 Nr. 104.

⁷ L. 1 § 8 D. 43, 19.

⁸ L. 1 § 7. 11. l. 3 § 4 D. 43, 19. Cf. II. 11, XIV. 212; II. 11, III. 11; III. 10, IV. 205; XII. 231; VIII. 84; XXIII. 214. Vgl. auch XIX. 127. Bekker Jahrb. für Dogm. XII S. 86 fg. — Merkwürdig ist die Ent-

habe geltend machen wollen, und zwar nicht kraft eigenen Rechts⁹. Besitzwille des Vertretenen wird natürlich auch hier vorausgesetzt¹⁰. — Verloren wird der Rechtsbesitz, wie der Sachbesitz, nicht durch Unterbrechung der Verwirklichung des zu seinem Erwerbe erforderlichen körperlichen Verhältnisses zur Sache¹¹, sondern erst dadurch, daß die Wiederverwirklichung dieses Verhältnisses dem Besitzer unmöglich wird¹² oder aus einem andern Grunde von ihm bleibend unterlassen wird¹³; ferner durch Aufgabe des Besitzwillens¹⁴.

scheidung der l. 1 § 11 D. 43, 19, daß es (den rechten Besitzeswillen des Vertretenen vorausgesetzt) nicht schaden soll, daß der Vertreter precario gehandelt habe.

⁹ L. 3 § 4 eod.: — „per fructuarium autem interdictum hoc domino non competere, Iulianus ait“. Vgl. ⁶. Randa § 26¹⁸ meint, es werde in der genannten Stelle Mangel des Besitzwillens beim Eigenthümer vorausgesetzt; danach würde die Stelle sagen, daß „per servos vel colonos vel amicos vel etiam hospites“ Besitz ohne Besitzwillen erworben werden könne. (Randa glaubt, diese Gegenbemerkung beruhe auf einem Mißverständniß seiner Ansicht; ich vermag dasselbe nicht zu entdecken).

¹⁰ Die Meinung, daß Jemandem der Besitz einer Grunddienstbarkeit durch einen Vertreter ohne eigenen Besitzwillen erworben werden kann, wenn die Ausübung nur fundi nomino geschehen sei (Unterholzner Verjährungslehre II § 194, Cf. II. 136, XII. 231, XXIV. 218, ist ohne Grund. C. l. 1 § 11 D. 43, 19. Randa § 31²; Cf. III. 10. 11, IV. 105, XLIV. 7. Anders was die Fortsetzung des Besitzes angeht. C. ¹⁴. [C. auch Cf. XLVII. 188.]

¹¹ Also nicht durch Unterbrechung der Ausübung derselben. Wenn es in l. 14 pr. D. 8, 1 heißt: „nemo . . tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio eius interpellari videatur“, so ist das eine Betrachtung, welche lediglich zu dem Zwecke angestellt wird, um die Unzulässigkeit der usucapio bei Servituten theoretisch zu erklären, welche aber weder für die Servitutenerfüllung, noch für den Interdictenschutz bei den Servituten die geringste praktische Bedeutung gewonnen hat. — Savigny C. 577. 586 (474. 481) nimmt an, der Besitz von persönlichen Dienstbarkeiten und von solchen Grunddienstbarkeiten, deren Ausübung in einer eigenen, unabhängigen Handlung besteht, sei bei Unterbrechung der Ausübung in suspenso; werde die Ausübung innerhalb der für den Verlust des R. durch Nichtausübung festgesetzten Zeit wiederholt, so sei der Besitz nie, widrigensfalls von allem Anfang an verloren gewesen. Uebereinstimmend Heerwart C. 157; dawider Puchta fl. civil. Schriften C. 454, Böcking § 126²⁷, Randa § 34¹. Der Irrthum, welcher dieser Ansicht zu Grunde liegt, ist der, daß der Verlust jener Dienstbarkeiten an fortgesetzten Nichtbesitz angeknüpft sei. Vgl. § 216^{2a}. Uebrigens hat Savigny selbst in der 6. Aufl. diese Ansicht, was den Erfüllungsbesitz angeht, aufgegeben. [R.G. XXXI C. 181].

¹² Bei Grunddienstbarkeiten tritt Unmöglichkeit der Ausübung auch mit dem Verlust des Besitzes des herrschenden Grundstücks ein. Unterholzner Verjährungslehre II § 177, Puchta fl. civil. Schriften C. 455, Böcking § 126²⁶, Randa § 35¹¹, Bossert C. 31. Öffentliches Verbot: Cf. XXII. 11. — Gilt auch der § 156 zu ⁹ bezeichneter Satz? Dawider Budde Entsch. des O.V.G. zu Hofstad IX Nr. 5.

¹³ Vgl. l. 37 § 1 D. 41, 3 und § 156⁷, § 213². Vgl. Unterholzner

§ 164*.

Was den Schutz des Rechtsbesitzes angeht, so ist zwischen den verschiedenen Fällen zu unterscheiden.

1. Ist der Rechtsbesitz mit der Detention der beherrschten Sache verbunden, wie z. B. der Besitz des Nießbrauchs, so finden die Grundsätze über Störung und Entziehung des Sachbesitzes unmittelbare Anwendung¹.

2. Stellt der Rechtsbesitz sich dar in einer Veranstaltung an einer Sache, welche wir im juristischen Besitze haben, so z. B. wenn an dem von uns besessenen Hause ein Vorbau angebracht ist, welcher über des Nachbarn Grundstück hinüberraagt, so ist jeder Eingriff in den Rechtsbesitz Störung des Sachbesitzes².

Verjährungslehre II § 214, Ewers S. 679. 680, Randa § 33⁴, Savigny S. 579³ (475²) (was den Erfindungsbesitz angeht), Fhering Grund des Besitzes S. 150 (174) fg., Kohler pandl. Forschungen S. 276, Vossert S. 36 fg.

¹⁴ Da der Besitzwille vorhanden ist, so lange er nicht aufgegeben ist (§ 156), so folgt, daß Besitzhandlungen, welche im Namen eines Andern vorgenommen werden, was die Fortsetzung des Besitzes angeht, dem Andern anzurechnen sind, auch wenn sie ohne seinen Willen vorgenommen worden sind. S. I. 12 § 2. I. 38 D. 7, 1, l. 5. 6 pr. l. 20—24 D. 8, 6. Randa § 31⁵. § 33². Vossert S. 53 fg. RG. XXII S. 189.

* Vgl. zum Folgenden außer den zum vorigen § Citirten noch Holzschuber II S. 54 fg. [Pflüger (§ 148⁵) S. 184 fg.] — Schutz des Besitzers gegen den Sachbesitzer: Wendt Faust. S. 129 fg. Verteidigungsrr. d. Besitzers gegen den Sachbesitzer? Wendt das. S. 140. 146 fg., Randa § 6, 1 a. E. § 35 von ²⁸ an. S. f. I. 222, V. 258, XXXVIII. 212; IX. 157. [[XLVII. 11 (RG.)]]

§ 164.

¹ Interdictum unde vi bei der Superficies: l. 1 § 5 D. 43, 16; bei Nießbrauch und Gebrauchsr. l. 3 § 13—17. l. 9 § 1. l. 10 D. eod., l. 60 pr. D. 7, 1, l. 27 D. 39, 5. [Ubbelohde V, 1 S. 190 fg. (ein besonderes Interdict.)] Interdictum uti possidetis bei Nießbrauch und Gebrauchsr.: l. 4 D. 43, 17. [Ubbelohde V, 1 S. 520 fg. (U. p. utile.)] Bei Superficies ein besonderes interd. de superficibus, aber ganz nach den Grundsätzen des interd. uti possidetis: l. 1 pr. § 2 D. 43, 18 (Rudorff 3S. f. gesch. RW. XI S. 229—231. [Ubbelohde V, 1 S. 508 fg.] Auch auf Nießbrauch und Gebrauchsr. fand früher das interd. uti possidetis nur mit veränderter Formel Anwendung, und ebenso das interd. unde vi, Vat. Fr. § 90. 91 (vgl. Bruns S. 86—88, Rudorff 3S. f. gesch. RW. XI S. 340—346, Ewers Serv. S. 668—670). Ueberhaupt, und über den Besitzschutz bei Superficies im Besonderen: Degenkolb Plat. und Miethe (1867) S. 55 fg. (vgl. Mandry fr. 33S. XII S. 519 fg.). Interd. de precario: l. 2 pr. § 3 D. 43, 26. Auch die nachrömischen Fortbildungen des Besitzschutzes finden Anwendung.

² L. 3 § 5. 6 D. 43, 17, l. 8 § 5 D. 8, 5; vgl. l. 20 pr. l. 32 § 1 D. 8, 2. Andere bestreiten die Anwendbarkeit des interd. uti possidetis für diesen Fall, und namentlich erklärt sich mit Eifer dagegen Sangerow I § 355 Anm. 2 Nr. 2. b. c., vgl. auch Sintenis § 65⁴⁶. S. aber Rudorff 3S. f. gesch.

3. Von den andern Fällen des Rechtsbesitzes sind im römischen Rechte folgende vorgesehen.

a. Besitz einer Wegegerechtigkeit⁵. Schutz gegen Störung derselben wird nur dann gewährt, wenn die Wegegerechtigkeit in dem letzten Jahre wenigstens dreißig Mal ausgeübt worden ist⁴ und zwar dem Gegner gegenüber nicht fehlerhaft⁵. Ueberdies bezieht sich dieser Schutz nur auf den Besitz ländlicher Wegegerechtigkeiten⁶. Wer den schadhafte gewordenen Weg repariren will, kommt mit dem Beweise des Besitzstandes nicht aus, sondern muß das Recht selbst beweisen⁷.

b. Besitz einer Wasserleitungsgerechtigkeit⁸. Schutz gegen Besitzstörung wird hier schon gewährt, wenn die Gerechtheit im letzten Jahre nur einmal ausgeübt worden ist⁹. Ist die Wasserleitung bestimmt, bloß im Sommer oder bloß im Winter benützt zu werden, so genügt eine einmalige Ausübung in diesem oder in dem letzten Sommer bez. Winter¹⁰. Auch hier muß die Ausübung dem Gegner

RW. XI S. 349—352 und Anh. zu Sav. Nr. 170, Puchta Vorl. I S. 301. 302, Bruns S. 89, Schmidt Interd. S. 63. 64, Brinz S. 96, Arnbtz § 192⁴, Witte interd. uti possidetis S. 102—105, Hedemann Erwerb und Schutz der Servituten S. 137 fg. 145¹²². Cf. XXXI. 314.

⁵ Dig. 43, 19 de itinere actuque privato. — Albert über den Besitz unkörperlicher Sachen Nr. 1: Versuch einer ausführlichen exegetisch praktischen Darstellung des possessoriischen interd. de itinere actuque privato (1826). Althof das interd. de itinere actuque privato (1836). Pfeiffer pract. Ausführungen VII S. 463 fg. [Bergenthal Entstehung u. Schutz der Wege-servituten. Erl. Diff. 1897. S. 43 fg.]

⁴ L. 1 pr. § 2 D. 43, 19. Dabei können aber auch die Ausübungsbacte desjenigen, von dem man das herrschende Grundstück erworben hat, gerechnet werden. L. 3 § 6—10. l. 6 D. 43 19, l. 2 § 3 D. 8, 5, l. 2 § 3 D. 43, 1. Die von Althof a. a. O. aufgestellte und von Bangerow I § 355 Anm. 1 und Holzschuher II S. 59 gebilligte Erklärung der l. 1 § 2 D. 43, 19, wonach nicht dreißigmalige Ausübung im letzten Jahre, sondern nur mehrmalige Ausübung im letzten Jahre, aber von der Art, daß die erste von der letzten mindestens um dreißig Tage entfernt ist, erforderlich sein soll, ist nicht zur Anerkennung gelangt. S. jedoch Brinz 2. Aufl. I § 201⁵. Cf. XXII. 46, XXX. 123.

⁵ L. 1 pr. § 12. l. 3 § 2 D. 43, 19. Cf. XIX. 45.

⁶ L. 1 § 1 D. 43, 19.

⁷ L. 3 § 11. 13 D. 43, 19. Daneben ist aber auch actio confessoria zulässig, bei welcher Beweis des Besitzstandes nicht erforderlich ist, l. 4 § 5 D. 8, 5. Fhering Geist des r. R. III S. 30⁹. — Ist das Interdict nichtsdestoweniger possessoriisch (welche Frage freilich für das heutige R. keine Bedeutung hat)? Dafür Brinz S. 91. 92 (2. Aufl. I S. 803), Rudorff zu Puchta § 139⁸; a. M. Savigny S. 598 (490), Sintenis I § 65²⁷.

⁸ Dig. 43, 20 de aqua quotidiana et aestiva. Cf. XXVI. 110, XLII. 22.

⁹ L. 1 pr. § 4. 22 D. 43, 20. Cf. XIX. 233, XXXII. 306.

¹⁰ L. 1 § 3. 29—36. l. 6 D. 43, 20. — In dem einen und dem andern

gegenüber nicht fehlerhaft, überdieß aber in gutem Glauben geschehen sein, und zwar darf der Irrthum dabei kein Rechtsirrtum gewesen sein¹¹. Um zur Reparatur der Wasserleitung zugelassen zu werden, ist Beweis des Rechts nicht erforderlich¹².

c. Nach gleichen Grundsätzen wird der Besitz einer Wasserschöpf-gerechtigkeit geschützt¹³.

d. Gegen Verhinderung in der Reinigung und Ausbesserung eines zur Fortschaffung des Unraths dienenden Abzugsgrabens wird possessorischer Schutz gewährt, ohne daß der Gegner sich mit der Einrede des fehlerhaften Besitzes vertheidigen könnte¹⁴.

4. Für die hier nicht genannten Fälle des Rechtsbesitzes kann aus dem römischen Rechte ein Schutz gegen Störung nicht hergeleitet werden¹⁵. Im Mittelalter aber sind auf dieselben in Theorie und Praxis ganz allgemein sowohl die römischen Interdicte, als die neugebildeten Rechtsmittel, Spolienklage, *possessorium ordinarium* und *summarium*, angewendet worden¹⁶. Gegen die Zulassung der Spolienklage hat auch Savigny¹⁷ keine Einwendung erhoben; nur verlangt er Ausbildung derselben für die einzelnen Fälle nach Analogie des römischen Rechts, welche Forderung noch bestimmter Puchta gestellt hat¹⁸.

Fälle werden die Ausübungsacte des Vorgängers angerechnet l. 1 § 37 D. 43, 20.

¹¹ L. 1 pr. § 10. 19. 39 D. 43, 20. Cf. XXII. 146 versteht dieses Erforderniß als *animus iuris exercendi*: dagegen spricht entschieden, daß Irrthum nicht helfen soll.

¹² Dig. 43, 21 de rivis.

¹³ Dig. 43, 22 de fonte.

¹⁴ Dig 43, 23 de cloacis. Vgl. Schmidt (von Ilmenau) *Zeits. f. gesch. RW.* XV S. 51—58. 76—89; aber auch Brinz 1. Aufl. S. 94. 95 (2. Aufl. I S. 805). Cf. XXXII. 307.

¹⁵ Namentlich nicht für die Fälle, wo der Besitzwille darauf geht, daß mit der Sache etwas nicht vorgenommen werde. Mit Unrecht hat man für diesen Fall die Anwendbarkeit des *interd. uti possidetis* behauptet. Dagegen spricht l. 5 § 10 D. 39, 1 (vgl. II § 465¹⁸ a. G.). Rudorff *Zeits. f. gesch. RW.* XI S. 349—353 (aber auch Zusatz zu Puchta § 396^d), Heerwart *Zeits. f. G. u. Pr.* XII S. 146—166. 282—290, Bruns S. 89—93. Eine Uebersicht der verschiedenen Meinungen über die Anwendbarkeit des *interd. uti possidetis* auf Grunddienlichkeiten überhaupt geben Pfeiffer *pract. Ausf.* VII. 1 S. 419—443 und Bangerow I § 355 Anm. Nr. 2.

¹⁶ Bruns § 15. 24—26. 29. 34. 44 (S. 388. 884). 45 (S. 407. 408).

¹⁷ *Besty* S. 589. 630—634 (488. 517—521).

¹⁸ *Pand.* § 139 a. G. S. auch Brinz 1. Aufl. S. 98 (2. Aufl. S. 805) und ausgeführter Heerwart a. a. O. S. 179—212; Rudorff *Anh. zu Sav.* Nr. 179, Rang *Württemb. Sachver.* I S. 80. Die Idee ist übrigens keine neue,

[Das **§§.** hat den Begriff des Rechtsbesitzes nicht aufgestellt. Zum Theil ist derselbe überflüssig geworden durch das erweiterte Gebiet des rechtlich geschützten Sachbesitzes. Der Kiebsbraucher (ob. § 164, 1), der Erbbauberechtigte (ob. § 154⁷) sind Sachbesitzer. Nicht nur besitzt der Besitzer eines Gebäudes mit diesem den in des Nachbarn Lustsäule ragenden Bautheil (ob. § 164, 2), sondern auch an der Anlage auf fremdem Grund und Boden findet Sachbesitz statt (ob. S. 698, k). Für gewisse Fälle aber hat das **BGB.**, wiewohl nicht dem Worte nach, doch der Sache nach Rechtsbesitzverhältnisse anerkannt, indem für gewisse Zustände der Rechtsausübung ein possessorischer Schutz nach der Analogie des Besitzschutzes (d. h. des Schutzes des Sachbesitzes) gewährt wird.

I. Für Grunddienstbarkeiten gewährt einen solchen Schutz § 1029.

1. Voraussetzung ist, daß die Dienstbarkeit für den Eigentümer des herrschenden Grundstücks im Grundbuch eingetragen ist, (womit nicht feststeht, daß sie wirklich existirt; denn die Eintragung begründet nur die Vermuthung hierfür [891 Abs. 1]). Ist diese Voraussetzung erfüllt, so findet für den Besitzer des herrschenden Grundstücks ein Schutz nach der Analogie des Besitzschutzes Anwendung, wenn er in der Ausübung der Dienstbarkeit gestört wird, nachdem dieselbe in dem letzten Jahre vor der Störung, sei es auch nur einmal, ausgeübt worden war. Die Worte „sei es auch nur einmal“ sind berechnet auf die Fälle, in denen die Ausübung der Grunddienstbarkeit sich in wiederkehrenden einzelnen Handlungen darstellt; aber die Bestimmung des § 1029 ist keineswegs auf Fälle dieser Art beschränkt. Bei Grunddienstbarkeiten, deren Ausübung sich in einem dauernden Zustande verkörpert, ist zu verlangen, daß dieser Zustand zu irgend einer Zeit des letzten Jahres bestanden hat. Ausübung eines Rechtes kann man es nicht nennen, wenn der Handelnde nicht den Willen hatte, wie ein Berechtigter zu handeln (vgl. § 163⁶); aber die Frage, ob dieser animus iuris exercendi vorlag, kann vom Standpunkte des **BGB.** aus wohl weniger Schwierigkeiten hervorrufen als im gemeinen Recht, da die Handlung Ausübung eines eingetragenen Rechtes sein und eine der Eintragung entsprechende Handlungsweise regelmäßig als von dem animus iuris exercendi getragen angesehen werden muß. Es ist nicht nothwendig, daß die Ausübung zur Besitzzeit des jetzigen Besitzers vorgenommen ist; es ist auch nicht nöthig, daß der Grundbesitzer selbst die Ausübungshandlung vorgenommen hat. Wie z. B. im r. R. eine Wegefervitut ausgeübt werden kann auch durch dritte Besucher des herrschenden Grundstücks, wenn sie den Weg als einen dem Grundstück zustehenden begehen (l. 20 D. 8, 6; vgl. § 163¹⁰⁻¹⁴), so ist m. E.

Bruns S. 412⁴. Ueber die neuere Praxis s. Brunns S. 422, 423, Pfeiffer a. a. D. S. 433 fg., Buchla und Budde Entsch. d. **OAG.** zu Moskau III Nr. 26, Hierulff Entsch. des **OAG.** zu Lübeck 1865 S. 253 fg., S. V. 171, VII. 182, XIX. 283, XXII. 46, XXVII. 92, XXXV. 98. Darüber, daß, wo das r. R. besondere Regeln für den Schutz des Abesitzes aufgestellt hat, auch nur diese zur Anwendung zu kommen haben, ist heutzutage in der Theorie kein Streit mehr. Vgl. Buchla und Budde a. a. D. S. 84, Pfeiffer a. a. D. S. 441. S. XXVII. 210. — Gewalt ist zur Besitzförderung nicht erforderlich. Vgl. Brunns Bes. S. 204 fg. 280, 384, 397. Besitzfl. S. 250 fg. S. I. 224, II. 50, III. 56, 267, XXIV. 213; vgl. auch II § 464⁷.

dasselbe auch nach BGB. mit der Wirkung anzuerkennen, daß solche Ausübung auf ein Jahr hinaus dem Grundbesitzer den possessoriſchen Schutz ſichert.

2. Die Störung kann ſein ein Eingriff in den noch beſthenden Ausübungs-
zuſtand oder einer Behinderung in Wiederholung der Ausübungshandlung oder
auch eine Behinderung in Wiederherſtellung des aufgehobenen Ausübungs-
zuſtandes. Die Not. III C. 491 fg. meinen indeſſen, daß unter Umſtänden die frühere Aus-
übung ſchon vor Ablauf eines Jahres nicht mehr ausreicht, den possessoriſchen
Schutz zu begründen, weil man möglicher Weiſe den Quasiſchutz als inzwiſchen
wieder aufgegeben anſehen müſſe. Iſt dieß richtig, ſo muß es doch jeden Falls mit
großer Vorſicht angewandt werden. Indem das Geſetz dem Beſitzer einen possessori-
ſchen Schutz zur Verfügung ſtellte auf Grund der Eintragung der Dienſtbarkeit
und ihrer einmaligen Ausübung im lezten Jahr, hat es ſchwerlich eine Ver-
kümmerung dieſes Schutzes durch Altercationen darüber zulassen wollen, ob die
Nichtwiederholung der Ausübung in der Abſicht erfolgt ſei, die Ausübung aufzu-
geben oder ob die Entfernung einer Anlage zur Ausübung der Servitut in der
Abſicht erfolgt ſei, ſie nicht wieder herzuſtellen, (nur in dem letzteren Falle könnte
man davon ſprechen, daß der Quasiſchutz der Servitut aufgegeben werden ſollte).

3. Unter Beſitzschutz im Sinne des § 1029 iſt m. E. nicht bloß die Beſitz-
klage zu verſtehen, ſondern auch das Erwehrungsrecht des Beſitzers. Es ſteht
danach dem Quasiſchutz der Grunddienſtbarkeit das Recht der Selbſtvertheidigung, und
zwar auch gegen den Sachbeſitzer zu. Wenn die Ausübungshandlung eine verbotene
Eigenmacht gegen den Grundbeſitzer iſt, ſo iſt ſie fehlerhaft (858). Dieß kann ſie
ſein, trotz dem ein im Grundbuch eingetragenes Recht ausgeübt wird, vorausgeſetzt
nur, daß die Ausübung wider Verbot des Grundbeſitzers erfolgte; denn keines-
wegs wird die Eigenmacht durch die Eintragung im Grundbuche legitimirt. Der
fehlerhaften Handlung gegenüber wäre der Grundbeſitzer ſeinerſeits zur Gegenwehr
berechtigt geweſen (859). Hat er aber die Ausübungshandlung nicht durch Gegen-
wehr verhindert, ſei es, daß er es nicht verſuchte oder der Uebermacht des Aus-
übenden erlag, ſo fragt ſich, welche Folgen dieß zu Gunſten des Ausübenden haben
kann. Hat dieſer einen Zuſtand hergeſtellt, z. B. eine Verändrung auf dem fremden
Grund vorgenommen, ſo kann es ihm vernünftiger Weiſe nicht beſſer gehen als
demjenigen, der dem Gegner das Grundſtück entzogen hat; d. h. der Grundbeſitzer
iſt berechtigt, jenen Zuſtand ſofort wieder zu beſeitigen (859 Abf. 3). Wenn dieß
nicht geſchehen iſt, ſo iſt und bleibt für den Herſteller des Zuſtandes ein Beſitzſtand
begründet, der, wenn auch fehlerhaft, das Recht der Beſitzvertheidigung gewährt,
weil dieſes Recht überhaupt auch dem fehlerhaften Beſitzer zuſteht. Iſt eine
Grunddienſtbarkeit, welche durch wiederkehrende Handlungen ausgeübt wird, ein-
mal fehlerhaft ausgeübt, ſo muß man m. E. ebenfalls ſagen, daß der Grundbe-
ſitzer aus dem dadurch erlangten Servitutenebeſitz den Gegner ſofort wieder ver-
drängen darf, z. B. indem er die Wiederholung der Handlung unmöglich macht
durch Sperren des benutzten Weges oder in ähnlicher Weiſe, oder indem er bei
ſofort erfolgter Wiederholung erfolgreich den Handelnden hindert. Iſt dieß nicht
geſchehen, ſo iſt m. E. auch in dieſem Falle nichts daran zu ändern, daß der
Ausübende auf ein Jahr Servitutenebeſitz erworben hat und alſo auch trotz Fehler-
haftigkeit dieſes Beſitzes das Erwehrungsrecht hat.

4. Der Beſitzanspruch iſt derſelbe wie bei Störung des Sachbeſitzes (862);

eine Entziehung des Servitutenbesitzes kennt das Gesetz nicht, sondern immer nur eine Störung in der Ausübung der Dienstbarkeit, wobei es freilich nicht zweifelhaft sein kann, daß eine Störung auch vorliegt, wenn die Ausübung gänzlich verhinbert, unmöglich gemacht wird.

5. Der Anspruch erlischt mit Ablauf eines Jahres von der Störung an, gegen welche er sich richtet, wenn er nicht vorher im Wege der Klage geltend gemacht wird (864 Abs. 1). Von einer Ausübungshandlung an währt also der Schutz im Ganzen zwei Jahre; verfolgt werden können Störungen, welche im ersten Jahre begangen werden; die gerichtliche Verfolgung hat binnen eines weiteren Jahres zu beginnen.

6. Ueber die Geltendmachung petitorischer Einreden gilt das Gleiche wie beim Sachbesitz.

7. Gegen die Besitzklage ist (wie beim Sachbesitz, die Einwendung des fehlerhaften Besitzes zulässig. Die Analogie der §§ 861 Abs. 2. 862 Abs. 2 ergibt dabei die Voraussetzung, daß der Servitutenbesitz im letzten Jahre vor der den Gegenstand der Klage bildenden Störung erlangt ist (862 Abs. 2). Nun aber kann sich gemäß § 1029 der Servitutenbesitzer überhaupt nur auf Ausübungshandlungen innerhalb des bezeichneten Jahres berufen; sind also diese fehlerhaft, so helfen ihm frühere fehlerfreie nicht, und er kann auch nicht mit Hinweis darauf, daß er Ausübungshandlungen seit mehr als einem Jahre, wenngleich fehlerhaft, vornehme, behaupten wollen daß der Gegner das Recht, die Fehlerhaftigkeit zu rügen, verloren habe; denn auch damit würde er sich zur Begründung seines Anspruchs auf Ausübungshandlungen stützen, welche vor dem maßgebenden Jahre liegen. Den durch eine fehlerfreie Ausübungshandlung für die Dauer eines Jahres nach dieser Handlung erworbenen Schutz dagegen kann der Grundbesitzer dem Servitutenbesitzer nicht durch Verbot fernerer Ausübungshandlungen nehmen; denn wenn auch die nun folgenden Ausübungshandlungen fehlerhaft sind, so reicht doch die erste fehlerfreie zur Begründung der Klage des Servitutenbesitzers aus. Die Einwendung des fehlerhaften Besitzes ist begründet, gleichviel ob der Fehler begangen ist gegen den jetzigen Störer des Servitutenbesitzes, oder gegen dessen Rechtsvorgänger. Geht also die Störung von dem Besitzer des dienenden Grundstücks aus, so ist die Einwendung auch dann begründet, wenn die Klagebegründende Ausübungshandlung dessen Vorgänger im Besitz gegenüber fehlerhaft war. Daß der Sachbesitzer die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers gegen sich gelten lassen muß, wenn er als sein Erbe besitzt oder den Fehler beim Besitzerwerb kennt (858 Abs. 2), kann hier nicht so angewandt werden, daß man an einen Uebergang des Servitutenbesitzes denkt; ein solcher kann überhaupt nur als Begleiterscheinung des Uebergangs des Besitzes des herrschenden Grundstücks gedacht werden. Die Einwendung wird also begründet sein, wenn nach einer fehlerhaften Ausübungshandlung der Besitz des herrschenden Grundstücks auf den Erben übergegangen ist oder von einem Dritten in Kenntniß der Fehlerhaftigkeit der Ausübungshandlung erworben wurde.

8. Hat der vorgebliche Servitutenberechtigte eine Anlage auf dem dienenden Grundstück im Besitz, so ist er in deren Besitz wie jeder andere Sachbesitzer geschützt und zwar auch in der Richtung, daß die Anlage da verbleibe wo sie ist, und hier ist auch nicht zu bezweifeln, daß der ursprünglich fehlerhaft begonnene

Besitz der Anlage nach Ablauf eines Jahres von dem Fehler befreit wird (vgl. hierzu ob. S. 693, k. S. 696, i und zu § 159 I, 2. 4). Dieser Sachbesitz an der Anlage ist in seinem Schutze auch unabhängig von der Eintragung der Servitut im Grundbuche.

9. Besitzer des (herrschenden) Grundstücks im Sinne des § 1029 ist nur der unmittelbare Besitzer; nur dieser kann direct gestört werden; wie aber § 869 aus einer gegen den unmittelbaren Besitzer verübten Eigenmacht dem mittelbaren Besitzer eine Klage gewährt, so muß eine entsprechende Klage dem mittelbaren Besitzer des herrschenden Grundstücks auch auf Grund des § 1029 zustehen.

II. Bei den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten ist gemäß § 1090 Abs. 2 die Vorschrift des § 1029 entsprechend anwendbar. Der Besitzschutz kann hier nur dem zu Statten kommen, für den die Dienstbarkeit eingetragen ist. Auch hier kann ein Sachbesitz vorkommen, dessen Schutz den allgemeinen Grundsätzen folgt; so wenn der Servitutberechtigte eine Anlage auf dem belasteten Grundstück besitzt. Namentlich aber ist der Wohnberechtigte Sachbesitzer, sei es des ganzen Gebäudes, sei es eines Theils desselben (1093). Im letzteren Falle kann ihm aber daneben mit Bezug auf die Mitbenutzung der zum gemeinschaftlichen Gebrauch der Bewohner bestimmten Anlagen und Einrichtungen der Besitzschutz des § 1029 dienlich sein. Denn wenn auch dieser Schutz nach Analogie des § 866 versagt, so weit es sich um die Grenzen des den Einzelnen zustehenden Gebrauchs handelt, so bleibt er doch bestehen für den Fall daß der Wohnberechtigte von der Mitbenutzung ganz ausgeschlossen wird.

Für die durch das Vorstehende nicht gedeckten Fälle kennt das BGB. possessorischen Schutz nicht, also insbesondere nicht für Obligationen, auch nicht, wenn sie „dinglich radicirt“ sind (vgl. unt. II § 464.)

Drittes Kapitel.

Die Rechte an Sachen im Allgemeinen.

§ 165.

Die Haupteintheilung der Rechte an Sachen oder der dinglichen Rechte ist in § 145 bereits angegeben worden; es ist die Eintheilung in Eigenthumsrecht und Rechte an fremder Sache¹. Die im römischen

§ 165. ¹ Die Römer haben zur Bezeichnung des Eigenthumsr. zwei Ausdrücke: *proprietas* und *rerum dominium* oder *dominium* schlechthin (vgl. I. 1 § 1 D. 29, 5, I. 13 pr. D. 41, 1). Der Ausdruck *dominium* wird aber auch in weiterem Sinne für die civilliche Zuständigkeit eines R. überhaupt gebraucht, so *dominium ususfructus* und selbst *proprietas*, vgl. z. B. I. 3 D. 7, 6, I. 17 D. 7, 4, I. 49 [48] pr. D. 28, 5. — Für die Re an fremder Sache haben die Römer eine ausgebildete technische Bezeichnung nicht, obgleich der Ausdruck *ius in re aliena* keineswegs unlateinisch ist. In einigen wenigen Stellen (I. 30 D. 9, 4, I. 13 § 1. I. 19 pr. D. 39, 2) wird das R. an fremder Sache *ius in re* schlechthin genannt (*ius praedii*, I. 3 § 4 D. 27, 9, vgl. übrigens auch I. 8 D.

Rechte ausgebildeten Rechte an fremder Sache sind im Einzelnen: die Dienstbarkeiten, die Emphyteusis und die Superficies, das Pfandrecht. Von den genannten Rechten wird im Besonderen in Kap. 4—7 dieses Buches gehandelt werden. Die allgemeinen Grundsätze, welche sich für sie aufstellen lassen, sind nicht zahlreich. Wenn früher als allgemeines Erforderniß für den Erwerb der dinglichen Rechte das Vorhandensein von *titulus* und *modus acquirendi* bezeichnet wurde, so ist diese Lehre längst aufgegeben². Dagegen läßt sich über den Verlust der dinglichen Rechte einiges Allgemeine sagen. Die dinglichen Rechte gehen unter durch den Untergang der Sache, an welcher sie stattfinden³, so wie dadurch, daß diese Sache in eine Lage kommt, in welcher sie aller Privatberechtigung entzogen ist (§ 146)⁴. Rechte an wilden Thieren gehen dadurch unter, daß dieselben ihre natürliche Freiheit zurückerlangen⁵. Eine singuläre Bestimmung ist, daß durch Veräußerung des Fiscus, so wie des Landesherrn und seiner Gemahlin, der Erwerber in diejenige rechtliche Lage kommt, in welche der Veräußernde ihn hat bringen wollen; alle damit in Widerspruch stehenden Rechte an der Sache gehen daher unter, und hinterlassen nur einen binnen vier Jahren geltend zu machenden Entschädigungsanspruch gegen den Veräußerer⁶⁻⁷. — Was in diesem

39, 3). Wenn Neuere diese Bezeichnungsweise mit Vorliebe zu einer technischen ausgebildet haben, so ist dieß nicht zu billigen, nicht bloß deswegen nicht, weil sie undeutlich ist, sondern auch deswegen nicht, weil sie ihren Grund in der unjuristischen Auffassung hat, welche statt des Eigenthumsr. die Sache nennt, an welcher dasselbe stattfindet, *rem habere* — *ius habere* (§ 42 zu 4). (Anders Neuere Wesen und Arten der Privatverhältnisse S. 60, welcher *ius in re* als „Herrschaft über die Brauchlichkeit der Sache“ und somit „in re haerens s. consistens“ faßt. Anders auch Brinz in der 1. Aufl. § 49, f. aber 2. Aufl. § 185).

² Hugo civil. Magazin I S. 88 fg. IV S. 187 fg. Thibaut civil. Versuche I Nr. 11; Unger II S. 8—12. Vgl. übrigens auch Voigt *condictiones ob causam* S. 174—177. Ausführliche Dogmengeschichte bei Fr. Hofmann die Lehre vom *titulus* und *modus acquirendi* und von der *iusta causa traditionis* (Wien 1878) S. 3—41.

³ L. 23 D. 7, 4, 1. 8 pr. D. 20, 6, 1. 1 C. 4, 66.

⁴ Nach r. Re gehen auch dadurch, daß eine Sache in die Gewalt der *hostes* gelangt, alle an derselben bestehenden Re unter; gewisse Sachen aber haben das Privilegium, daß, wenn sie zurückgewonnen werden, sie in ihr früheres Verhältniß wieder eintreten. Dig. 49, 15, Cod. 8. 50 [51]. Ueber die heutzutage in dieser Beziehung geltenden Grundsätze s. § 184¹³.

⁵ L. 3 § 2. l. 4. 5 pr. § 4—6 D. 41, 1 (§ 12. 14—16 I. 2, 1). Цыбларъ Fortf. v. Glück Buch 41 I S. 44 fg.

⁶ L. 2. 3 C. 7, 37, § ult. I. 2, 6. Arndts 3 S. f. CR. u. Pr. XIX S. 3—9, Sententis I § 394; Cf. V. 108, IX. 263, XXI. 13, XXXII. 13.

Zusammenhänge noch als Lehre von der „Revocabilität dinglicher Rechte“ vorgetragen zu werden pflegt, gehört nicht an diesen Ort⁸.

Gegen die heutige Anwendbarkeit: V. 109; für Beschränkung auf Sachen, die sich in gutgläubigem Besitz des Fiscus befinden, XIV. 207. *Jhering Jahrb. f. Dogm.* X S. 266¹⁰.

⁷ Nach dem *§OB.* Art. 306 gehen die dinglichen Rechte an beweglichen Sachen auch dadurch unter, daß die Sachen von einem Kaufmann in seinem Handelsbetriebe veräußert und übergeben werden, vorausgesetzt: a) rebliches Bewußtsein (Unbekanntheit mit dem betreffenden dinglichen R.) auf Seiten des Erwerbers; b) daß die Sache nicht gestohlen oder verloren sei. Bei Papieren auf den Inhaber fällt die letztere Voraussetzung, so wie die Nothwendigkeit der Veräußerung durch einen Kaufmann in seinem Handelsbetriebe weg. Vgl. auch Art. 305, so wie Art. 74 der *WD.* und über das Ganze den Aufsatz von Goldschmidt *J.S. f. §R.* VIII S. 225 fg. IX S. 1 fg. und denf. *Handelsr.* I S. 811 fg. [*§OB.* 15/5 97 §§ 366. 367]. — *Grundbuchs.*: durch grundbuchmäßige Veräußerung eines Grundstückes gehen die nicht eingetragenen und dem Erwerber nicht bekannten dinglichen Re an demselben unter. Das *Grundbuchs.* ist aber nicht gemeines R.

⁸ Von Revocation dinglicher Re spricht man da, wo der Verlust derselben eintritt mit Rücksicht auf die Art und Weise ihres Erwerbes, z. B. in Folge einer den Erwerb begleitenden auflösenden Bedingung oder Befristung; ein anderes Beispiel gewährt der mit der Wiederverheirathung eintretende Verlust des Gewinnes aus der ersten Ehe, dieser Verlust hat zwar seinen Grund in der zweiten Ehe, aber dieselbe führt einen Verlust nur in Betreff des in jener Weise Erworbenen herbei. Vgl. noch I. 3 § 3 C. 8, 33 [34]. Von dem Fall der auflösenden Bedingung und Befristung ausgehend hat man dann auch den Fall hierher gezogen, wo ein dingliches R. verloren wird kraft des Eintritts der aufschiebenden Bedingung oder Befristung, unter welcher es einem Andern übertragen worden ist. Gelehrt wird von der Revocation nun Folgendes: dieselbe könne sein 1) eine directe oder eine indirecte, je nachdem das dingliche R. ohne Weiteres (*ipso iure*) verloren oder nur ein Forderungs r. auf Aufgeben (Uebertragung) desselben begründet werde; 2) eine *revocatio ex tunc* oder eine *revocatio ex nunc*, je nachdem der Verlust des dinglichen R. mit rückwirkender Kraft eintrete oder ohne dieselbe. Es liegt aber auf der Hand, was den ersten Punkt angeht, daß in die Lehre von den dinglichen Ren nicht der Satz gehört, daß den sie beendigenden Thatsachen (hier: Aufgeben des Berechtigten) ein Forderungs r. auf Bewirken dieser Thatsachen vorhergehen könne; und was den zweiten Punkt angeht, so gelten für die Rückwirkung der Revocation keine anderen Grundsätze, als für die Rückwirkung überhaupt. Wenn man hervorhebt, daß, wo die Revocation rückwirkende Kraft habe, mit derselben auch alle auf Grund des revocirten R. weiter verliehenen Re aufhören (*resoluto iure dantis resolvitur ius concessum*), so ist auch das nichts, was bloß für die dinglichen Re wahr wäre (Beispiel: derjenige, dem ein Forderungs r. unter einer auflösenden Bedingung übertragen worden ist, hat dasselbe verpfändet, die Bedingung tritt ein), obgleich es ohne Zweifel beim Eigenthum eine besonders wichtige Anwendung findet. Uebrig ist zu bemerken, daß dieser Hinsfall der Verfügungen der Zwischenzeit durchaus nicht nothwendig voraussetzt, daß das R., auf Grund dessen sie getroffen worden sind, mit rückwirkender Kraft wieder aufhöre, wie es denn z. B. in gleicher Weise ungewisselhaft ist, daß er auch in Folge der auflösenden Befristung eintritt und daß die auflösende

[Für das **§§.** ist hier zu bemerken: Die dinglichen Rechte außer dem Eigenthum kann man immer noch Rechte an fremder Sache nennen, weil sie das meistens sind; doch ist diese Bezeichnung nicht mehr exact; denn das **BGB.** hat die Lehre angenommen, daß solche Rechte auch dem Eigenthümer an seiner Sache zustehen können (vgl. 889; es gibt insbesondere Hypotheken und Grundschuldforderungen des Eigenthümers; s. auch ob. § 38 S. 144). — Von den oben genannten Rechten ist im **BGB.** ausgeschlossen die Emphyteufis; die deutschrechtliche Erbpacht, welche **CG. 63** aufrecht erhält, ist nicht die Emphyteufis; die Superficies lehrt im **BGB.** wieder in der Gestalt des Erbbaurechts; dieses ist aber enger als jene; denn jene setzt nicht schlechtweg wie dieses (1012) ein Bauwerk voraus; auch ist die Superficies anders als das Erbbaurecht (1014) an einem Theil eines Gebäudes zulässig (s. unt. § 223 a. E.). Pfandrecht kennt das **BGB.** an beweglichen Sachen und an Rechten. Für Grundstücke kennt es die Hypothek in verschiedenen Formen und daneben Grundschuld und Rentenschuld; dazu treten dingliches Vorkaufsrecht und Realkasten. Es ist in diesem Werke nur zugänglich, diejenigen Institute genauer zu behandeln, für welche das Pandektenrecht die erforderlichen Anknüpfungspunkte bietet; die übrigen werden nach Gelegenheit berücksichtigt, aber nicht eingehend erörtert werden.

Durch den Untergang einer Sache gehen auch nach **BGB.** alle an ihr stattfindenden Rechte unter; fragen kann sich nur, inwieweit sie an den Ueberresten der Sache fortbauern. Daß die Sache in eine Lage kommt, in welcher sie aller Privatberechtigung entzogen ist, ist nach **BGB.** nicht möglich (s. ob. § 147 S. 638 fg.) Der obige Satz in Betreff wilder Thiere ist aufgenommen in **BGB.** 960 Abs. 2. 3. Den Satz zu Note ⁶ 7 könnte man, so weit Veräußerung durch den Landesherrn und seine Gemahlin in Frage steht, für aufrecht erhalten ansehen nach **CG. 57.** Dieß wäre aber m. E. nicht richtig (ob. § 6b⁶), weil der Satz nicht sowohl die Rechtsstellung des Landesherrn, als vielmehr die des Erwerbers betrifft. Zu Gunsten des (allein schutzwürdigen) gutgläubigen Erwerbers ist der Satz ohnehin bedeutungslos, weil hier das **BGB.** den Erwerber schützt, auch wenn der Veräußerer eine Privatperson ist. Es hat nämlich das **BGB.** die in Note⁷ angeführten Principien angenommen und fortentwickelt; vgl. einstweilen 932—936. 892.]

Befristung rückwirkende Kraft nicht hat. Nichtsdestoweniger setzt man auch wohl das Wesen der revocatio ex tunc geradezu darein, daß sie die Verfügungen der Zwischenzeit mit ergreife. — Manche fassen den Begriff der Revocation enger, und verstehen darunter bloß den Verlust des dinglichen R. durch auflösende Bedingung oder Befristung. Auch in dieser Fassung hat die Lehre von der Revocabilität dinglicher Re keine Berechtigung, da von der auflösenden Bedingung oder Befristung besondere Grundsätze, wenn überhaupt für irgend ein dingliches R., jedenfalls nicht für die dinglichen Re im Allgemeinen gelten. Vgl. Sintenis **3S. f. CR. u. Pr. XX S. 49 fg.** (1844), Böcking II § 156, Puchta § 142, Arndts § 128, Bangerow I § 301 Anm. in der 7. Aufl. (wo die Idee Fitting's [§ 67²] adoptirt ist, daß die Rückwirkung nichts sei, als Declaration des von allem Anfang wirklich vorhanden gewesenem Zustandes, s. dawider Windscheid Heidelb. tr. **3S. III S. 37 fg.**), Weller Pand. I § 37.

§ 166.

Eine besondere Hervorhebung verdient aber noch Folgendes. Die dinglichen Rechte werden, wie von ihrem Schatten, von einem andern Verhältniß begleitet; es ist dieß das Verhältniß dessen, dem das dingliche Recht nicht zusteht, der aber der redlichen und durch Thatfachen gerechtfertigten Ueberzeugung ist, daß es ihm zustehe¹. An dieses Verhältniß sind wichtige rechtliche Folgen angeknüpft, vor Allem die, daß dasselbe dritten Unberechtigten gegenüber ganz die gleiche rechtliche Macht gewährt, wie das wirklich vorhandene Recht. Tritt Besitz hinzu², und dauert derselbe eine gewisse Zeit, so entsteht das Recht selbst. Doch findet weder der eine, noch der andere dieser Sätze eine unbedingte Anwendung bei allen dinglichen Rechten. Jene redliche Ueberzeugung hat ferner die Folge, daß sie von aller Verantwortung für die über die Sache getroffenen Verfügungen entbindet, welcher Satz beim Eigenthum in Betreff der Früchte der Sache noch einen besonderen Ausdruck erhalten hat³. Kraft dieser an den guten Glauben angeknüpften rechtlichen Vortheile ist das dingliche Recht, welches man zu haben redlicherweise glaubt, nicht weniger Bestandtheil des Vermögens, als dasjenige, welches man wirklich hat⁴, woraus sich im Einzelnen mannigfache Consequenzen ergeben⁵. Alles dieses erscheint in besonderer Ausbildung beim Eigenthum. Das Nähere gehört nicht hierher, sondern in die besondere Lehre theils von den

§ 166.

¹ Die Formel ist nicht erschöpfend richtig; doch genügt sie für diesen Ort, S. die Lehre von dem Erwerbe des Eigenthums durch Erfindung (§ 176).

² Für die zuvor bezeichnete rliche Macht ist der Besitz als solcher keineswegs erforderlich, und daher ist es eine incorrecte, wenn gleich auch den Quellen geläufige Ausdrucksweise, wenn man sie als Folge der „bonae fidei possessio“ bezeichnet. S. die Lehre von der Publiciana actio (§ 199).

³ S. § 186.

⁴ L. 49 D. 50, 16, l. 52 D. 41, 1.

⁵ L. 136 D. 50, 17 sagt: „Bona fides tantumdem possidenti praestat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est“. Eine lehrreiche Erläuterung dieses Satzes, welcher sich freilich nur als Resultat einer historischen Entwicklung darstellt, gibt für das Eigenthum Fhering Abhandlungen aus dem r. R. S. 88—121. Beispiele seiner Anwendung: der putative Eigenthümer hat die actio communi dividundo (l. 7 § 2 D. 10, 3), eine actio in factum wegen Beschädigung nach Analogie der lex Aquilia (l. 11 § 8. l. 17 pr. D. 9, 2), es geht gegen ihn die actio quod iussu, tributoria, de peculio (l. 1 § 8 D. 15, 4, l. 1 § 5 D. 14, 4, l. 1 § 6 D. 15, 1), wenn der putative Eigenthümer etwas als Vater zur Dos gibt, so ist es dos profecticia (l. 6 § 1 D. 23, 3) u. u. Vgl. auch § 181*².

einzelnen dinglichen Rechten, theils von den Rechtsverhältnissen, für welche sich jene Consequenzen geltend machen; doch mußte hier auf den allgemeinen Gesichtspunkt aufmerksam gemacht werden⁶.

[Das **§ 68**. hat für bewegliche Sachen statt der römischen *actio Publiciana* eine Klage aus dem älteren Besitz aufgenommen (1007). In Betreff der Grundstücke bedurfte es anderer Institute als der Rechtsvermutung zu Gunsten dessen, für welchen ein Recht im Grundbuch eingetragen ist (891) und des Schutzes desjenigen der gutgläubig auf Grund des Grundbuchs erwirbt (892), nicht. Erfindung ist im **BGB.** beschränkt auf Eigenthum und Nießbrauch an beweglichen Sachen (987 fg. 1088); doch kommt etwas Ähnliches auch im Grundbuchrecht vor (900. 927). — Auch nach **BGB.** haftet der Gutgläubige dem Anspruch des wahren Berechtigten minder streng als der Bösgläubige (987 fg.) Ueber den Frucht-erwerb des gutgläubigen Nichtberechtigten s. **BGB.** 955. 957.]

Viertes Kapitel.

Das Eigenthum*.

I. Begriff, Inhalt, Gegenstand.

§ 167.

Eigenthum bezeichnet, daß Jemandem eine (körperliche) Sache eigen ist, und zwar nach dem Rechte eigen ist; daher genauer statt

⁶ Ist nicht die Stellung des redlichen Erwerbers als R. an der Sache aufzufassen? So in verschiedenen Wendungen Savigny *Besitz* § 3 Nr. 2, Bruns in v. Holtz. *Encycl.* § 38, Fhering *Geist des r. R.* III 1. § 61, Brinz in der Festgabe zum Arndts'schen Doctor-Jubiläum S. 71 fg. und *Pand.* 2. Aufl. § 143, Hartmann *Re an eigener Sache* S. 61 fg., Bülow *ACPr.* LXII S. 51 fg., Eisele *das.* LXVII S. 49 fg. Auch ich sehe nicht an, die Frage zu bejahen. Vgl. § 43⁴. Brinz a. a. O. erklärt die *bonae fidei possessio* für „Nuzzeigenthum“, für „bonitarisches Eigenthum“, (ohne exceptio gegen die *rei vindicatio*). Dagegen Hartmann *fr. ZS.* XVIII S. 162 fg., Erner in *Grünh. ZS.* III S. 710 fg. Pernice *Labeo* II S. 194 fg. [2. Aufl. S. 435 fg.], Bachmann *Kauf* I S. 388 fg.

* Gesterding ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigenthum und solchen *Ken*, die ihm nahe kommen S. 1—402 (1817). — Pütter die Lehre vom Eigenthume nach deutschen *Ken* (1831). — R. Sell *Römische Lehre der dinglichen Re oder Sachenre. I. Theil. Römische Lehre des Eigenthums nebst Einleitung: von den dinglichen Ken oder Sachenren überhaupt* (1852). Vgl. darüber Dernburg in der *Heid. fr. ZS.* I S. 138—158, Wächter II § 118 Note *. — Pagenstecher die römische Lehre vom Eigenthum in ihrer modernen Anwendbarkeit. 3 Abtheilungen (1857—1859). — Eine so gut wie monographische Darstellung der Lehre vom Eigenthum enthält auch Schmid *Handbuch des gegenwärtig geltenden gemeinen deutschen bürgerlichen R. I. Bd.* (1857). — Neuestens: Kanda *das Eigenthumsr. nach österreichischem R. mit Berücksichtigung des gemeinen R. und der neueren Gesetzbücher. Erste Hälfte* 1884. [2. Aufl.]

Eigenthum Eigenthumsrecht¹. Daß aber Jemandem eine Sache nach dem Rechte eigen ist, will sagen, daß nach dem Rechte sein Wille für sie entscheidend ist in der Gesamtheit ihrer Beziehungen. Dieß zeigt sich nach einer doppelten Richtung: 1) der Eigenthümer darf über die Sache verfügen, wie er will; 2) ein Anderer darf ohne seinen Willen über die Sache nicht verfügen². Es lassen sich ferner einzelne Befugnisse namhaft machen, welche dem Eigenthümer kraft des Begriffs des Eigenthums zustehen, z. B. die Befugniß die Sache zu gebrauchen und zu nützen, die Befugniß jeden Dritten von aller Einwirkung auf dieselbe auszuschließen, die Befugniß sie von jedem dritten Besitzer abzufordern, die Befugniß ihr rechtliches Schicksal zu bestimmen (Veräußerungsbefugniß). Aber man darf nicht sagen³, daß das Eigenthum aus einer Summe einzelner Befugnisse bestehe, daß es eine Verbindung einzelner Befugnisse sei. Das Eigenthum ist die Fülle des Rechts an der Sache, und die einzelnen in ihm zu unterscheidenden Befugnisse sind nur Äußerungen und Manifestationen dieser Fülle².

- ✓ 1893.] — Vgl. Landsberg die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom
 ✓ Eigenthumsr. (1883). Darüber: Seuffert Sav.-ZS. V S. 264 fg. Studi e
 ricerche intorno alla definizione: dominium est ius utendi et abutendi
 re sua, quatenus iuris ratio patitur. Firenze 1886. (Dogmengeschichtlich.)
 ✓ [[Karlowa r. R.Gesch. II S. 345 fg.]] [Maschke das Eigenthum im Civil- u.
 Strafre. Berlin 1895.]

✓ § 167. ¹ Andere wollen zwischen Eigenthum und Eigenthumsr. unterscheiden. Veit (civilistische Studien. 3. Heft: über die Natur des Eigenthums [1859]) sucht den Gedanken zu begründen, das Eigenthum (Eigenthumsverhältniß) sei von der Autorität des positiven R. unabhängig, es stelle sich dar als „naturaler, factisch bestehender Verkehrsorganismus“, und verleihe zwar keine Rte, aber doch „materielle Befugnisse“. S. dagegen Windscheid fr. ZS. I S. 294 fg., Böding Grundr. II § 2 Anm.; aber auch wieder Veit naturalis ratio und Natur der Sache. Ein Nachtrag zu der Schrift über die Natur des Eigenthums. 1860. Schloßmann der Vertrag S. 299 fg. behauptet, Eigenthum im Gegensatz zum Eigenthumsr. bezeichne die thatsächliche Möglichkeit des ausschließlichen Genusses der Sache, sei also gleich Besitz. (Ueber die Ansicht von Pagenstecher I § 1 f. 5). — Der Ausdruck Eigenthum ist nach Stobbe II § 78⁶ [3. Aufl. (Lehmann) § 94⁶] nicht älter als das 14. Jahrhundert.

² Man pflegt diese beiden Seiten des Eigenthums als positive und negative Seite zu bezeichnen. Bei näherer Betrachtung enthüllt sich aber auch das Dürfen des Eigenthümers als ein an die Gegenüberstehenden gerichtetes Verbot (§ 38).

³ Vgl. Randa § 1².

² In früheren Ausgaben [bis zur 4.] ist gesagt worden, das Eigenthum sei nicht die Summe der an einer Sache denkbaren Befugnisse, sondern ihre Einheit, d. h., wie jede Einheit gegenüber ihren Bestandtheilen ein selbständiges Dasein habe (§ 1¹, § 42², § 57², § 137⁴), so sei auch das Eigenthum ein anderes R. als diese

Das Eigenthum ist als solches schrankenlos³; aber es verträgt Beschränkungen. Aus der Gesamtheit der Beziehungen, in welchen kraft des Eigenthums die Sache dem Willen des Berechtigten unterworfen ist, kann durch eine besondere That des Rechts eine oder die andere Beziehung herausgenommen und dem Willen des Eigenthümers entzogen werden. Dadurch hört er nicht auf, Eigenthümer zu sein⁴; denn es ist immerhin wahr, daß er ein Recht hat, welches als solches seinen Willen entscheidend macht für die Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen, und welches ihn jeder besonderen Rechtfertigung für irgend eine an der Sache denkbare Befugniß überhebt⁵. Fällt

einzelnen Befugnisse. Dieß ist ganz richtig; nur ist dabei vor dem Mißverständniß zu warnen, als seien die Eigenthumsbefugnisse das Prius und das Eigenthum das Posterius. Man darf bei der Bestimmung des Begriffs des Eigenthums von den einzelnen in ihm enthaltenen Befugnissen auch nicht ausgehen. Das Eigenthum entsteht nicht durch die Zusammensetzung einer Mehrheit von Befugnissen zu einer Einheit, sondern es sind umgekehrt die einzelnen Eigenthumsbefugnisse nur kraft des Eigenthums da. Schuppe der Begriff des subjectiven R. S. 175 fg.

³ Es ist die Negation der Beschränkung.

⁴ L. 25 pr. D. 50, 16. „Recte dicimus, (eum) fundum totum nostrum esse, etiam cum ususfructus alienus est, quia ususfructus non domini pars, sed servitutis (l. servitus) sit, ut via et iter. Nec falso dici, totum meum esse, cuius non potest ulla pars dici alterius esse“. Vgl. § 200³ a. G., II § 342³, III § 654³ 16. 18. 22.

⁵ Man muß also in die vollständige Definition des Eigenthums die Kategorie des „an sich“ aufnehmen. Das Eigenthum ist dasjenige R., welches an sich den Willen des Berechtigten entscheidend für die Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen macht. An sich; das will eben sagen: so lange das R. den Spruch, den es in der Verleihung des Eigenthums gethan hat, nicht in dieser oder jener einzelnen Beziehung zurückgenommen hat. — Man hat sich in der neueren Zeit mit der Schwierigkeit, welche für die Bestimmung des Begriffs des Eigenthums daraus entsteht, daß dem Eigenthümer eine oder die andere der an der Sache denkbaren Befugnisse fehlen kann, ohne daß er aufhört Eigenthümer zu sein, viel beschäftigt. Mit der hier vertretenen Auffassung stimmen überein Arndts § 130, Bangerow I § 295 Anm. 1, Bruns in v. Holtz. Encycl. I § 31, 2. In früheren Auflagen dieses Lehrbuchs [schon in der 5. nicht mehr] habe ich auf den Begriff der Einheit abgestellt; dieß findet seine Erläuterung, und soweit nöthig Correctur, in dem in Note² Gesagten. Andere Versuche, dem Wesen des Eigenthums gegenüber der bezeichneten Schwierigkeit gerecht zu werden, sind folgende. Böcking (II S. 9) sieht das Wesen des Eigenthums in „der Abstractheit und der mannigfaltigsten Bestimmungen fähigen Unbestimmtheit der Privatherrschaft des Subjects über die körperliche Sache“ (er fügt hinzu „als bloßen und total als Gegenstand des Willens jenes“). Wirth Beiträge zur Systematik des r. R. § 19—23 [1856] glaubt damit helfen zu können, daß er das Eigenthum als „Pertinenzverhältniß“ (im Gegensatz zu einem „Herrschaftsverhältniß“) bezeichnet („die Sache ist gewissermaßen ein Stück meiner Persönlichkeit, ein verlängertes ego“, S. 39). Ebenso Brinz 2. Aufl. I S. 470 fg.: „Eigenthum ist die rliche Verbindung

die Eigenthumsbeschränkung weg, so entfaltet das Eigenthum sofort wieder seine ganze Fülle⁶.

Die Eigenthumsbeschränkungen sind von doppelter Art. Entweder beruhen sie auf einer allgemeinen Rechtsregel, oder auf dem erworbenen Rechte eines Dritten. Von den Eigenthumsbeschränkungen der ersten Art wird sofort näher gehandelt werden (§ 169); die Darstellung der Eigenthumsbeschränkungen der zweiten Art geht in der Darstellung der Rechte, auf welchen sie beruhen, auf (Kap. 5--7)⁷.

[Das BGB. (908) sagt: „Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen“. Das BGB. stimmt also

einer körperlichen Sache mit einer Person“, — „eine den Naturkörper mit Abhängigkeit ausfüllende Verbindung der Sachen mit den Personen“, — „eine Eigenschaft der Person“. Pagenstecher I § 1 definiert das Eigenthum als „die den Körper der Sache erfüllende rliche Macht der Person“; vom Eigenthumsrecht und den des Eigentümers will er gar nicht geredet wissen: die aus dem Eigenthum fließenden Befugnisse würden zu „Rechten“ erst dann, wenn der Nichteigentümer sie erwerbe. Nach Girtanner (Jahrb. f. Dogm. III S. 67—72. 83—95, vgl. S. 242. 245. 295 fg.) ist das Eigenthum „das R. an der Bestimmung der Sache“, die Bestimmung der Sache ist aber, „in dem rlichen Willen als bloßes Object rein aufzugehen“. Leist (iv. Studien III S. 49 fg. S. 11. 25. 46. 78. 132 IV S. 165): im Eigenthum „identificirt“ das Subject die Sache oder die Sache „geht im Individuum auf“; „der Grund des Eigenthumsverhältnisses ist die Arbeit . . . wodurch die Sache als materiell und ihrer Substanz nach subjectivirt, und dann auch wieder allgemeinverständlich als subjectivirte objectivirt wird“; „die Sache ist materiell und definitiv mit der Person zusammengeschlossen“; „die Sache ist vollständig vom Subject assimilirt“; „der Mensch absorbirt gleichsam die Substanz, er nimmt der Sache ihre objective Selbständigkeit und zieht ihre Substanz in sich hinein“. In der neueren Zeit ist mehrfach die Ansicht vertreten worden, das Eigenthum unterscheide sich von anderen dinglichen Rechten nur durch seinen relativ größeren Umfang. Es mischt sich hier der Gedanke ein, daß jede positive Anordnung das Bedürfniß nach gesetzlichen Einschränkungen empfinden werde (§ 169). Hierher gehören Stobbe II § 78 [3. Aufl. (Vehmann) § 94], Hartmann Recht an der eigenen Sache S. 73 fg., Thon Anrecht und subjectives Recht S. 161 fg. Fhering der Zweck im Rechte I S. 518 fg., Randa S. 1. Dawidow Bindekr. BZS. XXI S. 572 fg. S. ferner noch⁷. Ueber A. Samter der Eigenthumsbegriff (1878) vgl. Baron fr. BZS. XXI S. 280 fg. [S. noch Staub ABW. V S. 27 fg.]

⁶ S. z. B. § 4 I. 2, 4, 1. 3 § 2. 1. 54 D. 7, 1, 1. 3 pr. C. 3, 33.

⁷ Man findet wohl die Auffassung, daß die Eigenthumsbeschränkungen dieser letzteren Art Beschränkungen nicht sowohl des Eigenthums, als seiner Ausübung seien, und auch dieser Gesichtspunkt ist zur Lösung der in Note⁶ bezeichneten Schwierigkeit verwerthet worden. Bremer Pfandr. und Pfandobject S. 144¹, Reuner Wesen und Arten der Privatverhältnisse S. 55, Bruns in v. Holz. Encycl. I § 33, 2, f. auch Penel über Ursprung und Wirkung der Exceptionen S. 13. Dagegen Bürkel fr. BZS. XI S. 212. Vgl. auch § 169¹.

jedenfalls insoweit mit der oben vertretenen Auffassung überein, daß es in dem Eigenthum ein Recht sieht, welches dem Eigenthümer alles gewährt, wessen er nicht durch gesetzliche Eigenthumsbeschränkung oder ein Recht eines andern beraubt ist. Und wenn das BGB. eine positive und eine negative Seite des Eigenthums zu unterscheiden scheint (vgl. ob. ^{1a}), so hat die Wissenschaft dennoch die Freiheit, den Satz, daß der Eigenthümer mit der Sache nach Belieben verfahren darf, als ein Verbot an die Gegenüberstehenden aufzufassen (s. ob. § 88 S. 144.)

§ 168.

Als Gegenstand des Eigenthums ist eine körperliche Sache bezeichnet worden. Dieß erleidet nur insofern eine Abweichung, als auch eine Gesamtheit von körperlichen Sachen den Gegenstand des Eigenthums bilden kann (§ 137 Note 4). Dagegen darf von einem Eigenthum an dem, was das römische Recht technisch mit dem Ausdruck *res incorporalis* bezeichnet, nicht geredet werden. *Res incorporales* in diesem Sinne sind Rechte (§ 42); wenn man Jemandem Eigenthum an Rechten zuschreibt, so kann das nur den Sinn haben, daß man diese Rechte als ihm zustehend bezeichnen will. Man soll also sagen: es steht ihm dieses Recht zu, nicht: er hat Eigenthum an diesem Rechte. Indem man die rechtliche Zuständigkeit eines Rechts als Eigenthum an einem Rechte bezeichnet, gibt man Veranlassung zur Uebertragung der für das Eigenthum geltenden Grundsätze auf Rechte, für welche andere Grundsätze maßgebend sind ¹. In demselben Sinne ist vor dem Ausdruck geistiges Eigenthum zu warnen; Geistesproducte sind Dinge ganz anderer Art, als körperliche Sachen, und dürfen daher nicht mit diesen unter die gleichen Regeln gestellt werden. (§ 137 Note 10) ^{1a}.

[Eigenthum im Sinne des § 65. ist nur Eigenthum an körperlichen Sachen auch nicht an Gesamtheiten solcher.]

¹ Randa § 1 ^{1a}. Doch vertheidigen den Ausdruck in diesem weitern Sinn § 188. Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 361. 373. 401. Urtheile des Reichsgerichts S. 152, Neuner Wesen und Arten der Privatverhältnisse S. 52, Schott der obligatorische Vertrag unter Abwesenden S. 42. Daß auch die Quellen den Ausdruck *dominium* in diesem Sinne gebrauchen, ist bereits bemerkt worden (§ 165 ¹). Vgl. Unger I S. 513 ⁹. — Ein von der bloßen Zuständigkeit verschiedenes Eigenthum an Ren nimmt Duroi ACPr. VI S. 278—306 in dem Sinne an, daß auf gewisse Re Grundsätze vom Eigenthum analogisch angewendet würden. Vangerow I § 113 Anm. Nr. 2.

^{1a} Ueber das s. g. Bergwerkeigenthum vgl. Roth bayr. Civilr. III S. 14 fg., Stobbe II § 143, 5. Man versteht darunter den „Inbegriff der Befugnisse, welche in Folge der Verleihung auf bergmännische Förderung des verliesenen Minerals in einem Bergwerk zustehen“ (Roth a. a. D.).

Das Eigenthumsrecht an Grundstücken erstreckt sich auf den unter und über dem Grundstück befindlichen Raum, so wie auf die unter der Erdoberfläche befindlichen Fossilien².

[S. §§. 905. Uebrigens ist das Bergrecht dem Landesrecht überlassen (EG. 67 vgl. auch 68).]

II. Gesetzliche Beschränkungen des Eigenthums*.

§ 169.

Die rücksichtslose Durchführung der Consequenz des Eigenthumsbegriffes ist ohne erhebliche Uebelstände nicht möglich; kein positives Recht wird umhin können, von dieser Consequenz Dieses oder Jenes abzubrechen, so daß der Eigenthümer in dieser oder jener Beziehung über seine Sache nicht verfügen, in dieser oder jener Beziehung die Verfügung eines Andern nicht verbieten darf. Das bei einer solchen Eigenthumsbeschränkung stattfindende Rechtsverhältniß kann im Einzelnen noch verschieden sein. Es kann sein, daß der Eigenthumsbeschränkung eine Privatberechtigung gegenübersteht; aber nothwendig ist das nicht, wie z. B. wenn ein Gesetz für den Häuserbau die Einhaltung einer gewissen Höhe vorschreibt. Steht ihr eine Privatberechtigung gegenüber, so kann dieselbe entweder eine obligatorische¹,

² S. § 139². Ihering Jahrb. f. Dogm. VI S. 89 fg. (vgl. XXIII S. 242) beschränkt die Erstreckung des Eigenthums in die Höhe und die Tiefe auf das praktische Bedürfniß, das Interesse des Eigenthümers; ebenso Hesse das. S. 393 fg.: so weit der Raum „für die menschliche Kraft erreichbar und für das Eigenthum von Interesse ist“. M. A. läßt sich diese Beschränkung nur vertheidigen aus dem Gesichtspunkt des Verbotes der Chicane, welchen Gesichtspunkt übrigens auch Ihering wiederholt geltend macht. Vgl. auch Dernburg Preuß. Privatr. I § 215, 2, Pand. I § 198⁴. — Was die Fossilien angeht, erleidet das R. des Grundeigenthümers eine Beschränkung durch das Bergregal und die staatliche Berg-hoheit. S. § 169²² und vgl. Stobbe § 143, 2 [3. Aufl. (Rehmann) § 125, 2], Roth bayr. Civl. III S. 12. 16. Telephondrähte? Vgl. Meili die Anwendung des Expropriationsr. auf die Telephonie (Wafel 1888) S. 69 fg.

* Dirksen ZS. für gesch. RW. II S. 16 (1816). Bekker Jahrb. des gem. R. V S. 147 fg. (1861). Werenberg Jahrb. f. Dogm. VI S. 1 fg. (1863). Ihering das. VI S. 81 fg. (1863). Hesse das. VI S. 377 (1863). Hoffmann APraktRW. N. F. I S. 241 fg. (1864). Pagenstecher I § XIII—XV, Schmidt I S. 17—32, Randa § 5, Bangerow I § 297—300, Sintenis I S. 476—478, Böcking II § 140, Brinz 2. Aufl. I § 132—134, Wächter II § 119. [Dernburg I § 199. 200.]

§ 169. ¹ Eine obligatorische. In diesem Falle muß man aber, wenn man genau sein will, nicht von einer Beschränkung des Eigenthums, sondern von einer Beschränkung der Ausübung des Eigenthums reden. Vgl. § 167⁷. Daß eine

oder eine dingliche sein².

Die im römischen Rechte vorkommenden gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen sind heutzutage nicht alle mehr praktisch³; die noch praktischen sollen im Folgenden genannt werden⁴. Eine besonders

Eigenthumsbeschränkung bloß obligatorisch wirken könne, leugnet Brinz 2. Aufl. I S. 479.

² Eine dingliche, also ein R. an fremder Sache. Das R. an fremder Sache ist eine mögliche Form der gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung (a. M. Dernburg Heidelb. fr. ZS. I S. 140, s. auch Randa a. a. D.¹). Aber nicht alle Re an fremder Sache, welche auf Gesetz beruhen, sind gesetzliche Eigenthumsbeschränkungen. Der gesetzliche Nießbrauch z. B., wie der des Vaters am Vermögen der seiner Gewalt unterworfenen Kinder, hat mit der gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung nichts gemein. Der Grund ist, weil hier das R. das Principale ist, aus dem R. die Eigenthumsbeschränkung sich erst ergibt, während bei der gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung die Beschränkung das Principale ist, das R. nur deren Rehrseite. Daraus rechtfertigt sich der hier in Betreff des Ausdrucks gesetzliche Eigenthumsbeschränkung befolgte einengende Sprachgebrauch, während es freilich auf der Hand liegt, daß an und für sich auch bei dem auf Gesetz beruhenden Re an fremder Sache, wie bei jedem Re an fremder Sache, eine Eigenthumsbeschränkung vorhanden ist. — Aus dem Gesagten geht hervor, daß, wenn man früher die gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen gerabezu als gesetzliche (Legal-) Servituten bezeichnete, man einen doppelten Fehler beging. So wenig wie jede gesetzliche Eigenthumsbeschränkung eine gesetzliche Servitut ist, so wenig ist jede gesetzliche Servitut eine gesetzliche Eigenthumsbeschränkung. — Ueber die besondere Ansicht Bekker's a. a. D. S. 151—154. 190. 191: das Wesen der gesetzlichen Servitut bestehe darin, daß das Eigenthum durch gesetzliche Vorschrift nicht von vorne herein, kraft seiner Existenz, sondern erst kraft einer besonderen Thatfache beschränkt sei, s. die früheren Auflagen dieses Lehrbuchs [bis zur 4.] und Bekker Aktionen II S. 364 fg. Vgl. noch Elvers röm. Servitutentehre § 33, Roth bayr. Civilt. II S. 232. 233. [Schneider fr. ZS. XXXVI S. 52 fg.]

³ S. die bei Böcking I. A. 1. 2, I. C. 1. 2, II. B. 1 genannten. Vgl. übrigens Bekker S. 195. 196; auch Werenberg S. 40¹⁶. S. 46. Ueber die in deutschen Quellen vorkommenden — nicht gemeinlichen — gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen vgl. die Lehrbücher des deutschen Privats. von Mittermaier I § 167, Gerber § 86. 87, Beseler § 93, Stobbe II § 83—86 [3. Aufl. (Vehmann) § 99—103] und Roth bayr. Civilt. II S. 72 fg. [2. Aufl. (Becher) S. 167 fg.]

⁴ Ist zu denselben nicht hinzuzufügen, daß der Eigenthümer bei Anlagen auf seinem Grundstück eine gewisse Grenze von des Nachbarn Grundstück einhalten muß? Allerdings wird dieß in l. 13 D. 10, 1 im Princip anerkannt, ohne daß jedoch die Einzelheiten des daselbst angeführten solonischen Gesetzes als v. R. bezeichnet würden. Bangerow a. a. D. Nr. 12, Sintenis I § 47³³, v. Langenn und Kori Erörterungen II Nr. 23, Hesse in der in der folgenden Note citirten Schrift S. 287—291, Roth bayr. Civilt. II § 126², [2. Aufl. (Becher) § 144²], Cf. V. 107, VII. 281, XXXII. 112, XXXV. 4; anders V. 141, XXXIV. 12. Vgl. XXXIII. 202. [[XLVII. 96.]] — Aus dem neueren Reichsr. treten hinzu die Eigenthumsbeschränkungen, welche beruhen auf: RGef. 21|12 71 (i. g. Rayongesetz), RGef. 28|10 71 (Postgesetz) § 17, RGewD.

wichtige Gruppe unter ihnen bilden diejenigen, welche im Interesse des Nachbarverhältnisses eingeführt sind (s. g. Nachbarrecht⁵); mit ihnen wird hier begonnen⁶.

1. Der Eigenthümer eines Grundstücks hat kein Verbotungsrecht gegenüber einer nicht ungebührlichen Einwirkung auf das Grundstück oder in den darüber befindlichen Raum, z. B. durch Rauch, Dampf, Staub, wie sie die Folge der durch die Natur des benachbarten Grundstücks gegebenen gewöhnlichen Benützung ist⁷.

17 88 § 16 fg. [RGef. 18 2 75 (Naturalleistungen f. d. bewaffnete Macht im Frieden) §§ 11. 12. 13, RGef. 19, 6 83 (Reichskriegshäfen) § 3.], Mandry § 32, Cf. XLII. 2 (RG.). — Keine Eigenthumsbeschränkung ist es, wenn der Eigenthümer zu einem Thun verpflichtet ist. Daher darf unter den Eigenthumsbeschränkungen nicht aufgeführt werden die Verpflichtung, eine einem Andern unentbehrliche Begegerichtigkeit zu gewähren, welche Verpflichtung in einer einzelnen Anwendung in l. 12 pr. D. 11, 7 anerkannt ist. Der Eigenthümer ist hier zum Abschluß eines Vertrags verpflichtet. Vgl. l. 14 § 1 D. 8, 6 und Vetter S. 109. 200.

⁵ Hauptsächlich mit diesem Gegenstand beschäftigen sich die Abhandlungen von Werenberg, Jhering, Hesse und Hoffmann. S. außerdem Seuffert Erörterungen II Nr. 2, Hesse über die Verhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn (1880), namentlich Abschn. IX—XI (1. Aufl. Bb. 2 Abth. 2) [Kornitzer Grünh. 3 S. XXII S. 625 fg.] -

⁶ An und für sich ist der Nachbar nicht genöthigt, auf die Interessen des Nachbarn Rücksicht zu nehmen [Cf. LI. 7]; er braucht sich z. B. beim Bauen nicht daran zu kehren, ob dadurch der Nachbar sein Licht verliert, beim Graben nicht daran, ob dadurch dem Nachbar das Wasser abgeschnitten wird (l. 9 D. 8, 2, l. 8. 9 C. 3, 34, l. 24 § 12. l. 26 D. 39, 2, l. 1 § 12 D. 39, 3, [l. 10 D. 8, 2, l. 30 D. 7, 1 erklären sich aus dem Re des Vermächtnisses, l. 11 pr. D. 8, 2 und l. 12 § 1 C. 8, 10 reden von einer Verjährung, vgl. l. 1 C. 3, 34]). Cf. XXVI. 107. Nur darf der Nachbar nach einem allgemeinen für die Rechtsübung geltenden Grundsatz (§ 121⁸), was er thut, nicht zur Thicane des Nachbarn thun; und ferner versteht es sich von selbst, daß er seine Sache nicht in einer Weise gebrauchen darf, daß dadurch auf die benachbarte Sache (oder in den darüber befindlichen Raum [§ 189⁹, § 168¹⁰]) eingewirkt wird, z. B. durch Eindringen von Rauch, Hinüberfliegen von Steinwürden (l. 8 § 5 D. 8, 5, l. 1 § 17 D. 39, 3, l. 19 pr. [vgl. l. 18] D. 8, 2). Man hat auch hierin eine gesetzliche Eigenthumsbeschränkung gesehen; Vetter (a. a. D. S. 166) sagt mit Recht, es sei dieß ebensowenig eine Eigenthumsbeschränkung, „wie es eine Eigenthumsbeschränkung des Herrn der Schafe ist, daß er sie nicht nach Belieben wo er will auf die Weide treiben darf“. Umgekehrt ist es eine Eigenthumsbeschränkung, wenn der Nachbar von seinem Verbotungsr. in dieser Beziehung keinen unbedingten Gebrauch machen darf; s. das im Text sogleich Folgende. [Werr das R. des Eigenthümers zur Vertiefung seines Grundstücks nach gem. R. und dem BGB. Erl. Diss. 1896.]

⁷ Die für diese vielbesprochene Frage verwerthbaren Entscheidungen der Quellen sind folgende: 1) Der Eigenthümer darf auf seinem Grundstück „fumum non gravem, puta ex foco“ machen; dagegen darf er nicht: „ex taberna casearia

§ 906 macht namhaft die Zuführung von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Ruß, Wärme, Geräusch, Erschütterungen. Ebenso wie diese werden aber behandelt „ähnliche von einem andern Grundstück ausgehende Einwirkungen“, wozu auch Licht, elektrische Einflüsse gehören. Für alle diese Einwirkungen gilt, daß der Eigentümer sie nicht verbieten kann, wenn sie die Benutzung seines Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigen (auch wenn sie auf einer außergewöhnlichen Benutzung des Nachbargrundstücks beruhen). Ferner kann er sie nicht verbieten (auch wenn sein Grundstück erheblich beeinträchtigt wird), wenn die Einwirkung durch eine Benutzung des Nachbargrundstücks herbeigeführt wird, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist. Die Zuführung durch eine besondere Leitung ist unzulässig, (ohne alle weiteren Voraussetzungen). Findet eine danach unzulässige Einwirkung auf ein Grundstück statt, so kann dessen Eigentümer gemäß § 1004 klagen. Der § 907 gibt ihm aber eine Klage schon, bevor eine unzulässige Einwirkung begonnen hat. Er kann nämlich verlangen, daß auf dem Nachbargrundstück nicht Anlagen hergestellt oder gehalten werden, von denen mit Sicherheit vorauszusetzen ist, daß ihr Bestand oder ihre Benutzung eine unzulässige Einwirkung auf sein Grundstück zur

fumum in superiora aedificia . . (immittere), nisi ei rei (serviunt)“. L. 8 § 5. 6 D. 8, 5. 2) Der Eigentümer eines Hauses darf in demselben Wasser zu Bade- und anderen Zwecken verwenden, wenn auch dadurch des Nachbars Mauer feucht wird, aber er darf keine Einrichtung treffen die „assiduum humorem habeat“. Arg. 1. 19 pr. D. 8, 2. 3) Unerlaubt ist die Anlegung einer Düngergrube, wodurch des Nachbars Mauer feucht wird. L. 17 § 2 D. 8, 5 (nach der Auslegung, nach welcher die Stelle von der actio negatoria spricht, s. übrigens Beller S. 185 fg.). Vgl. Budde Entscheidungen des OAG. zu Kofstod VII Nr. 14. 25. Blätter für Anw. jun. in Bayern, II. Ergänzungsb. S. 37 fg. 4) Unerlaubt ist es, auf seinem Grundstück in der Weise Steine zu hauen („lapidem caedere“, wohl: in einem Steinbruch), daß die Splitter auf des Nachbars Grundstück hinüberfliegen. L. 8 § 5 D. 8, 5. — Uebereinstimmend mit dem im Text Gesagten im Wesentlichen: Spangenberg ACBra. IX S. 270. 271, Beller S. 166—167, Fhering S. 93. 104—105. 119—120, Hoffmann S. 278—280, Pagenstecher I S. 121, Schmid S. 18—19, Vangerow I § 297 Num. Nr. 2, Sintenis I § 47²¹, Burdhard Cautio damni infecti S. 193 fg., Roth bayr. Civilt. II S. 41 fg. [2. Aufl. (Veher) S. 118 fg.] Vgl. auch Pfaff zur Lehre von Schadenersatz und Genugthuung nach österr. R. S. 49 fg., Randa § 5^{20. 20}. Cf. III. 7, XV. 2 (Gasfabrik); VIII. 346 (Ziegelei); XI. 14 (Eisen- und Lichtfabrik); XI. 114 (Dampfmaschine); XII. 124, XIII. 235, XIV. 208 vgl. X. 164, XXXIII. 205, XLIII. 98 (AG. XVII S. 103), (Eisenbahnbetrieb, vgl. Kunze zu Holzschuher II S. 98); XVIII. 11 (Lochschneidemaschine); XXVII. 208, XXX. 4, XXXVIII. 6 (Dampfmaschine s. auch AG. VII S. 266); Cf. XXIX. 218 (Düngeranlage); XXXI. 116 (Anilinfabrik); XXXI. 312, XLII. 100 (Dreschmaschine); XXXII. 18 (Zuckerfabrik); XXXIII. 5 (Taubenschlag); IX. 218, XXXIV. 181, XXXIX. 194 (besondere Gewerbe und eigenthümliche Vorrichtungen im Allgemeinen); XXI. 208 (Rauchbelästigung überhaupt, auch ohne besonderes Gewerbe); XXXIV. 94 (Schießbahn mit hinüberfliegenden Kugeln); XXXIX. 99 (das Hinüberflattern von Wäschestücken und das Herabfallen von Wassertropfen aus denselben muß geduldet werden); XL. 183.

Folge hat. Danach kann er unter der bezeichneten Voraussetzung nicht nur die Beseitigung einer bestehenden Anlage verlangen, sondern auch der Fortsetzung einer begonnenen mit Klage entgentreten und selbst wenn die Herstellung nur droht, auf Unterlassung klagen. Der Anspruch auf Beseitigung wegen vor auszuschender unzulässiger Einwirkung ist jedoch ausgeschlossen, wenn eine Anlage den landesrechtlichen Bestimmungen entspricht, nach denen sie einen bestimmten Abstand von der Grenze haben muß, oder nach denen sonstige Schutzmaßregeln vorgeschrieben sind; in solchen Fällen kann vielmehr die Beseitigung erst verlangt werden, wenn die unzulässige Einwirkung thatsächlich hervortritt. (907 Abf. 1 §. 2). Wenn eine Anlage den genannten landesrechtlichen Vorschriften nicht entspricht, so wird, bevor eine unzulässige Einwirkung hervorgetreten ist, nur auf eine entsprechende Correctur der Anlage geklagt werden können. Bäume und Sträucher unterstehen den Vorschriften des § 907 nicht. Ansprüche aus § 907 verjähren nicht (924). — Gew.O. § 26 bleibt in Kraft.]

2. Er muß sich die Ausbauchung der Mauer des Nachbarn gefallen lassen, wenn diese Ausbauchung unter einem halben Fuß beträgt.⁸

278 [[XLVII. 97]] (Wien). [XLVI. 171. 248 (RG.), XLVII. 96 (RG.), XLVIII. 247. LI. 7. 8.] Dagegen wird die Kategorie des aus der gewöhnlichen Benützung sich Ergebenden verworfen von Hesse a. a. O. S. 423 (f. auch Jahrb. f. Dogm. VII S. 113 fg.), welcher seinerseits unterscheiden will (S. 388 fg. S. 400 fg.), ob die Einwirkung auf des Nachbarn Grundstück eine nothwendige und unter allen Umständen eintretende Folge der Thätigkeit des Eigenthümers ist, so daß sie von dem Eigenthümer vorhergesehen werden konnte, oder nicht; in dem ersten Falle sei die Einwirkung unbedingt widerrechtlich, in dem zweiten Fall ein Schadenersatzanspruch nach dem Recht der *cautio damni infecti* begründet. Diese Unterscheidung zwischen den natürlichen und unmittelbaren, und den erst durch hinzutretende Umstände vermittelten Folgen der Thätigkeit des Eigenthümers wird auch in dem Urtheil des OAG. zu Kofstok bei Buchka und Budde Entscheidungen IV S. 108 fg. in der Weise verwerthet, daß dasselbe die *actio negatoria* für begründet nur gegenüber einer Einwirkung erklärt, welche die nothwendige Folge der Thätigkeit des Eigenthümers ist. S. auch Hagemann prakt. Erörterungen VII S. 384 fg. APraktWB. VII S. 479, Holzschuber II § 91 Nr. 12. c. Dagegen Cf. III. 7, IX. 218, XI. 114, XV. 2, XVI. 8, XVIII. 11, XXI. 208, XXIX. 218, XXX. 4. 233, XXXII. 18 a. C. — Vgl. noch XIV. 113, Blätter f. Anw. zun. in Bayern XXXII S. 410 fg., XXXVI S. 392 fg. — Obbrigkeitsliche Concession der Anlage macht keinen Unterschied. Roth bayr. Civilt. II § 118⁷⁷ [vgl. 2. Aufl. (Becher) § 135¹⁰²]. Doch schließt sie nach RGew.O. 1/7 83 § 26 den Anspruch auf Einstellung des Gewerbetriebes aus, und läßt, wenn die Beseitigung der nachtheiligen Einwirkungen unthunlich oder mit einem gehörigen Betriebe des Gewerbes unvereinbar ist, nur einen Anspruch auf Schadloshaltung übrig. Vgl. Mandry S. 318. Cf. XXVI. 12, XXXIV. 95, XXXVIII. 159, XL. 9. [XLVII. 285 (RG.), RG. XXXVI S. 178 fg., XXXVII S. 172 fg. — Vgl. noch Sturm Beiträge z. r. R. (Naumb. 1891 S. 40 fg.)]

⁸ L. 17 pr. D. 8, 5. Besondere Meinungen bei Sintenis I § 47²² a. G. (dagegen Bangerow § 297 Nr. 9, Böding⁴⁸), Pagenstecher S. 138, Beller

[Dieser Satz bleibt in seiner bisherigen Geltung. (E. 3. §§. 124). — Etwas anderes ist die Regulirung der Grenzüberschreitung beim Bau. Fällt dem Bauenden Voratz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last, so muß er den Ueberbau beiseitigen. Anderen Falls muß er dieß nur, wenn der Eigenthümer des verletzten Grundstücks vor oder sofort nach der Grenzüberschreitung Widerspruch erhoben hat. Ist auch dieß nicht geschehen, so muß der Ueberbau gebuldet werden gegen eine Gelbrente (BGB. 912—916. 924).]

3. Er muß dem Nachbarn das Betreten seines Grundstücks zum Zweck des Abholens hinübergefallener Baumfrüchte an jedem dritten Tag (einen um den andern Tag) gestatten⁹.

[Dieß ist nach §§. nicht mehr in Geltung, weil die übergefallenen Früchte als Früchte des Grundstücks gelten, auf welches sie gefallen sind (911). Diese Vorschrift findet zwar keine Anwendung, wenn das bezeichnete Grundstück dem öffentlichen Gebrauche dient (s. Prot. d. II. Comm. S. 3583 fg.); dann aber bedarf es auch zum Betreten desselben und Einsammeln der Früchte keiner besonderen Legitimation.]

4. Einen Baum, welcher über des Nachbars Haus hinüberhängt, soll der Eigenthümer abschneiden; thut er es nicht, so muß er dem Nachbarn gestatten, es zu thun, und dieser darf dann das Holz für sich behalten. Hängt der Baum über ein fremdes Ackergrundstück hinüber, so soll der Eigenthümer die Aeste bis zur Höhe von 15 Fuß abschneiden, widrigenfalls dieselbe Folge eintritt¹⁰.

§. 167, Emmerich 3E. f. CR. u. Pr. R. 3. XVIII §. 127. XXII §. 180—184. Cf. XXIII. 210, XLII. 192.

⁹ Diese Verpflichtung ist lediglich obligatorischer Natur — *interdictum de glande legenda*, Dig. 43, 28. Der Eigenthümer der Früchte muß aber Caution wegen etwaiger Beschädigung stellen. Ueber den Sinn des „*tertio quoque die*“ ist Streit (namentlich ob Zwischenraum von einem oder von zwei Tagen), vgl. Schmid I §. 22—23, Bangerow § 297 Nr. 3, Böding⁴⁰ und die daselbst Citirten, Wächter §. 16. — Schmid §. 22—24 bestreitet die gemeinliche Bedeutung der Bestimmung, weil der Satz des deutschen R., daß überhangende und überfallende Früchte dem Nachbar zu eigen gehören, gemeinlich geworden sei. Die neueren Germanisten behaupten das nicht mehr; s. die Lehrbücher von Eichhorn § 173, Mittermaier I § 165, Gerber § 91 Nr. 3, Beseler § 89 Nr. IV, Stobbe § 85 Nr. 8 c. [3. Aufl. (Vehmann) § 101, 9, c.], Arth. Schmidt ✓ das R. des Ueberhangs und Ueberfalls (1886) §. 27—38.

¹⁰ Das Abschneiden des Ueberhangenden, soweit es überhängt, kann der Nachbar schon kraft seines Eigenthumsr. (*actio negatoria*, vgl. I. 2 D. 43, 27) verlangen. Hierin liegt eine Beschränkung des Eigenthums am Baum (am Grundstück) nicht; sie liegt erst in der weitergehenden Vorschrift, daß dem Nachbarn das vollständige Abschneiden der Zweige bezw. des ganzen Baums gestattet werden muß. Auch diese Verpflichtung ist lediglich obligatorischer Natur, *interdictum de arboribus caedendis*, Dig. 43, 27. Cf. XI. 115, vgl. XII. 7. — Bekker (S. 168—171) leugnet die Eigenthumsbeschränkung ganz, indem er sie auf Seiten desjenigen, über dessen Grundstück der Baum hinüberhängt, sucht. Viele nehmen

§ 910 bestimmt: Der Eigenthümer eines Grundstücks kann Wurzeln eines Baumes oder eines Strauches, die von einem Nachbargrundstück eingebracht sind, (eigenmächtig) abschneiden und behalten. Das Gleiche gilt von herübertretenden Zweigen, wenn der Eigenthümer dem Besitzer des Nachbargrundstücks eine angemessene Frist zur Beseitigung bestimmt hat und die Beseitigung nicht innerhalb der Frist erfolgt. Beide Sätze gelten nicht, wenn (was zu beweisen ist) die Wurzeln oder die Zweige die Benutzung des Grundstücks nicht beeinträchtigen. Eine Klage auf Beseitigung der Wurzeln oder der Zweige hat der Eigenthümer nicht; man könnte sie aus § 1004 an und für sich folgern wollen; die jetzige Fassung des Gesetzes ist aber absichtlich gewählt, um diese im I. Entw. (861) anerkannte Klage auszuschließen (Prot. d. II. Comm. S. 3568). Dieselbe ist aber auch nur dann ausgeschlossen, wenn die Wurzeln oder Zweige von selbst in das Nachbargrundstück hinübergewachsen sind. Wenn der Nachbar bei der Pflanzung den Zustand herbeigeführt oder später die Zweige absichtlich so gezogen hat, daß sie in den fremden Raum hineinragen, so muß die Klage des § 1004 begründet sein. Auf Grund des § 910 ist indessen eine Klage auf Duldung der Beseitigung möglich. Allerdings ist der Eigenthümer, der unter den Voraussetzungen des Gesetzes die Zweige oder Wurzeln abschneiden will und Widerstand findet, in Nothwehr; er ist aber nicht gezwungen, es auf den Kampf ankommen zu lassen; auch kann Streit und Zweifel bestehen, z. B. darüber, ob nicht dem Nachbar der Abs. 2 zur Seite steht oder ob die Frist angemessen war, oder ob derjenige, welcher die Zweige oder Wurzeln abschneiden will, der Eigenthümer des Grundstücks ist, in dessen Bereich sie hineingewachsen sind. In allen solchen Fällen ist eine Klage auf Duldung der Beseitigung unentbehrlich und ihre Möglichkeit nicht zu bezweifeln. Dem „Können“ des Eigenthümers entspricht selbstverständlich die Duldungspflicht des Nachbarn, und diese Verpflichtung ist klagbar wie jede, von der das Gegentheil nicht besonders bestimmt ist. Art. 122, 183 C. d. z. BGB. betreffen die gemeinrechtlichen Vorschriften nicht, da diese weder für Obstbäume noch für Waldgrundstücke Besonderheiten enthalten (vgl. ob. § 6 b, I.)]

5. Der Eigenthümer darf auf seinem Feldgrundstücke keine Veranstaftung treffen, durch welche der natürliche Lauf des Regenwassers zum Nachtheil des Feldnachbarns abgeändert wird; thut er es, so kann

nämlich an, daß derselbe die Zweige jenseits der Grenze von 15 Fuß dulden müsse. Dieß bestreitet Bekker mit Recht. — Uebrigens ist über den wahren Inhalt der zweiten der angeführten Bestimmungen viel Streit; es handelt sich um die Auslegung der Worte „quindecim pedes a terra altius“ in l. 1 § 7 D. 43, 27. Andere Auslegungen sind: 1) es müssen die Zweige jenseits der Höhe von 15 Fuß abgeschnitten werden; 2) es muß der ganze Baum jenseits der Höhe von 15 Fuß abgeschnitten werden. Vgl. Schmid S. 25—26, Vangerow § 297 Nr. 4, Böding Nr. 2 und die an diesen Orten Citirten. — Wächter II S. 13 fg. nimmt an, daß die genannten Bestimmungen nicht bloß im Falle des Ueberhangens, sondern auch dann Platz greifen, wenn der Baum so nahe an der Grenze stehe, daß er dem benachbarten Grundstück schade. — Arth. Schmidt (*) S. 1—27.

Wiederherstellung von ihm verlangt werden¹¹. Ist die Veränderung des Wasserlaufs nicht von ihm ausgegangen, so ist er verpflichtet, dem Nachbar die Wiederherstellung zu gestatten¹². — Vorschriften, welche den Eigenthümer eines Grundstücks in der Benützung eines auf demselben befindlichen Privatgewässers im Interesse der anschließenden Grundeigenthümer beschränken, gibt es im römischen Rechte nicht; dieselben gehören erst der modernen Particulargesetzgebung an¹³.

[Die hier besprochenen Vorschriften bleiben als wasserrechtliche in ihrer bisherigen Geltung (EG. 3. §§. 65). Wegen der *actio aquae pluviae arcendae* s. Prot. d. II. Comm. S. 3551.]

6. Der Eigenthümer darf auf seinem Grundstück keinen Bau vornehmen, durch welchen der Tenue des Nachbars der Luftzug entzogen wird¹⁴.

[Bleibt in Kraft nach EG. 3. §§. 124.]

7. Was aus des Nachbars Grundstück in oder über das seinige hinüberraagt, darf der Eigenthümer nicht selbst beseitigen, sondern muß dagegen klagend auftreten¹⁵.

¹¹ Mit einem obligatorischen Anspruch, *actio aquae pluviae arcendae* Dig. 39, 3. — Liegt aber hier nicht vielmehr Einwirkung auf die fremde Sache, und daher keine Eigenthumsbeschränkung vor? So Bekker S. 176 fg. Derselbe behauptet demnach, daß mit der *actio aquae pluviae arcendae* die *negatoria actio concurrere*, und beruft sich dafür auf l. 1 § 17 D. tit. cit., welche Stelle aber doch wohl nur von dem Dachabfluß spricht. S. auch Brinz 2. Aufl. I S. 480, Burghard *Actio aquae pluviae arcendae* S. 96—120. — Für die *negatoria* S. f. X. 169. 259. — Näher von der *actio aquae pluviae arcendae* II § 473.

¹² L. 2 § 5. 6. l. 11 § 2. l. 12 D. 39, 3. Für Bekker (S. 185) ist dieß gesetzliche Servitut (vgl. ²).

¹³ Das r. R. gibt eine Reihe von Vorschriften über die Benützung der *flumina publica*, nimmt aber von diesen Vorschriften die *flumina privata*, und um so mehr die *rivi*, ausdrücklich aus (l. 1 § 4 D. 43, 12, l. 1 § 2 D. 43, 13, vgl. l. 1 § 1 D. 43, 14), und gibt dafür als Grund an: „*nihil enim differt a ceteris locis privatis flumen privatum*“ (l. 1 § 4 D. 43, 12). Es ist jedoch nicht unbekannt, daß das r. R. die Bäche (*rivi*) den *flumina privata* gleichstellt, s. § 146². Andere leiten bei Anerkennung dieser Gleichstellung bereits aus dem r. R. den Grundsatz her, daß die an ein fließendes Gewässer anschließenden Grundeigenthümer sich im Interesse der gemeinen Benützung zu beschränken haben. S. die Literaturangaben § 148² und im Besonderen die bei Rappeler (daf.) S. 97. 98 Genannten. Stobbe II § 144 [3. Aufl. (Vehmann) § 103]. Moth bahr. Civilt. III § 282 fg.

¹⁴ L. 14 § 1 C. 3, 34. Bangerow § 297 Nr. 6, Schmid S. 27. 14. S. f. XVI. 98, XXXVI. 107. Bekker S. 191 nimmt auch hier gesetzliche Servitut an. [Der Windmüller hat den gleichen Schutz nicht. S. f. XLVIII. 246.]

¹⁵ L. 6 § 2 D. 47, 7, l. 20 § 1 D. 9, 2, l. 17 pr. D. 8, 5, l. 1 C. 8, 1.

[Dies ist im Allgemeinen auch nach § 67. zutreffend. S. jedoch BGB. 910 ob. zu 4.]

8. Der Eigenthümer ist zum Schadenersatz verpflichtet¹⁶, wenn er auf sein Grundstück in einer Weise einwirkt, welche, obgleich sie eine Einwirkung auf des Nachbarn Grundstück oder in den darüber befindlichen Raum nicht enthält, doch dem Nachbarn positiv schädlich ist¹⁷ — jedoch nur unter der doppelten Voraussetzung, daß der Nachbar vor der Veranstaltung ein Schadenersatzversprechen von ihm erlangt hat¹⁸, und daß der Eigenthümer mit solchen Veranstaltungen über die Grenzen der gewöhnlichen, durch die Natur des Grundstücks gegebenen Vermittlung hinausgeht^{19, 20}. —

¹⁶ Auch in der Verpflichtung zum Schadenersatz liegt eine Eigenthumsbeschränkung; durch die Auferlegung dieser Verpflichtung wird ausgesprochen, daß der Eigenthümer etwas nicht thun dürfe. L. 151 D. 50, 17.

¹⁷ Beispiel: „si tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit“, l. 24 § 12 D. 39, 2. Durch dieses Graben wird auf den Körper des benachbarten Grundstücks weder direct noch indirect eingewirkt, aber es wird demselben eine Eigenschaft entzogen, die Eigenschaft der Tragfähigkeit. S. VII. 185, IX. 84, XXV. 219, XXXI. 41. 334, XXXIII. 29. 30. 31. 229. Vgl. XXXII. 14 (Entscheidungen des OAG. zu Rostock VIII Nr. 14), XXXIV. 38, auch XXIX. 9, XXX. 150, XXXIV. 267. 306, XXXV. 32, XXXIX. 90 (kein Schadenersatzanspruch bei *lucrum cessans*). RG. XV S. 205 [: keine *actio negatoria* wegen einer Erbauffschüttung, durch welcher dem Nachbargrundstück Fruchtigkeit zugeführt wird.] [[Sf. XLVII. 96 RG.]] Vgl. II § 460^e. — Veranstaltungen, durch welche auf das benachbarte Grundstück eingewirkt wird, sind einfach Eigenthumsverletzungen. [S. auch^e.]

¹⁸ *Cautio damni infecti*. L. 24 § 12. l. 26 D. 39, 2. Zur Leistung dieser Caution ist der Eigenthümer verpflichtet. Sie geht auf Leistung des gesammten Interesse, also nicht bloß auf Ersatz des durch die Verletzung der Integrität des Grundstücks entstandenen Schadens. L. 5 § 2. l. 18 § 10. l. 28. l. 37 D. 39, 2. Vgl. überhaupt II § 460. — Uebereinstimmend im Allgemeinen (vgl. 7), Hesse a. a. O. und Reinhard *RGPr.* XXX S. 216 fg.

¹⁹ Diese Beschränkung ergibt sich mit Nothwendigkeit daraus, daß innerhalb der bezeichneten Grenzen der Nachbar sich selbst Immission gefallen lassen muß (Ziff. 1). Durchhard *Cautio damni infecti* S. 231, indem er bei dem unmittelbaren Inhalt der l. 24 § 12 cit. stehen bleibt, verlangt auch Verletzung der Substanz des Grundstücks. — Wendt S. 674.

²⁰ Welche Re hat der Nachbar gegenüber der Erregung von Geräusch und widrigen Gerüchen? Der Gesichtspunkt der *cautio damni infecti* führt nur zum Ersatz des angerichteten Schadens, nicht zum Schutz gegen bloße Belästigung, und auch zum Ersatz des Schadens nur dann, wenn der Eigenthümer eine Veranstaltung (*opus*) an dem Grundstück getroffen hat. Aber greift nicht der Gesichtspunkt der Einwirkung Platz (Erregung von Schallwellen in dem Raum über des Nachbarn Grundstück, Hineintreiben von gasförmigen Körpern)? Davider Spangenberg S. 271, Pagenstecher S. 120, Hesse *Verhältnisse* I S. 36 fg. (Jahrb. S. 425). Für unerlaubt erklären die Erregung von Geräusch und widrigen Gerüchen

[§§. 909 schreibt vor: ein Grundstück darf nicht in der Weise vertieft werden, daß der Boden des Nachbargrundstücks die erforderliche Stütze verliert, es sei denn, daß für eine genügende anderweitige Befestigung gesorgt ist; dieser Satz (vgl. ¹⁷) gilt auch, wenn die Vertiefung des Grundstücks nichts Außergewöhnliches ist; eine vorherige cautio damni infecti setzt er nicht voraus. Der Anspruch aus § 909 verjährt nicht (924). Der allgemeine Satz an der Spitze dieser Nummer (8) entspricht dem BGB. nicht. Vgl. jedoch BGB. 226. 823. 826.

Das Recht des Nothweges hat Windscheid aus dem Note ⁴ a. E. ersichtlichen Grunde hier ausgeschieden. Für das BGB. trifft dieser Grund nicht zu. Dasselbe statuiert keine Pflicht zum Vertragsschluß, sondern nur eine Dulbungspflicht. Voraussetzung ist, daß einem Grundstück die zur ordnungsmäßigen Benützung nothwendige Verbindung mit einem öffentlichen Wege fehlt. In diesem Falle sind die Nachbarn verpflichtet, die Benützung ihrer Grundstücke zur Herstellung der erforderlichen Verbindung zu dulden gegen Entschädigung durch eine Geldrente (917). Der Anspruch verjährt nicht (924). Richtung des Nothweges und Umfang des Benutzungsrechts werden erforderlichen Falls durch Urtheil bestimmt (917 Abs. 1 S. 2). Ein Recht zur Eigenmacht hat der Nothwegberechtigte nicht. Die Verpflichtung zur Duldung des Nothweges tritt nicht ein, wenn die bisherige Verbindung durch eine willkürliche Handlung des Eigenthümers aufgehoben ist (918 Abs. 1). Wird im Falle der Veräußerung eines Grundstückstheils oder eines unter mehreren Grundstücken ein Theil oder eines der Grundstücke eines Nothweges bedürftig, so hat denselben nur das Grundstück zu dulden, über welches die Verbindung bislang stattfand, nicht aber andere Nachbarn (918 Abs. 2). §. 123 kommt für das Pandektenrecht nicht in Frage.]

Nicht auf dem Nachbarnverhältniß beruhend folgende Eigenthumsbeschränkungen.

9. Wie der Eigenthümer verpflichtet ist, das Betreten seines Grundstücks dem Nachbarn zum Zweck des Abholens der hinübergefallenen Baumfrüchte zu gestatten, so hat er die gleiche Verpflichtung überhaupt gegen Jeden, dessen Sachen sich auf seinem Grundstück befinden²¹.

Jhering (S. 111. 112. 121. 127) und Hoffmann (S. 270), obgleich auch sie den Gesichtspunkt der Immission nicht geltend machen, ferner Dernburg Preuß. Privatr. I § 220 ²¹, — die Erregung von Gerüchen Gesterding Ausbeute III S. 398 fg., Bruns Holz. Encycl. I S. 477, Roth bayr. Civilr. II § 118 ⁶⁰ [vgl. 2. Aufl. (Weber) § 135 ⁹⁴]. Ein bedeutendes Argument für die Unerlaubtheit der Erregung von Gerüchen, aber auch für die Unerlaubtheit aus dem Gesichtspunkt der Immission, enthält I. 2 § 29 D. 43, 8 in Verbindung mit pr. § 26—28 eod. Cf. XXXII. 18, XXXIV. 11. [RG. XXXVII S. 172 fg.] Für die Erlaubtheit der Erregung von Lärm Roth a. a. D. § 125 ²⁸ [f. 2. Aufl. (Weber) § 135 ⁹⁴, § 148, IV], Cf. XII. 123; für die Unerlaubtheit RG. VI S. 218, Cf. XLIV. 6 (RG.), XLV. 240 (RG.) [XLIX. 236 RG.], f. auch Handa § 5 ⁹³. Erschütterungen: Cf. XII. 124, XXVII. 208, XXXV. 99. Roth a. a. D. § 118 ⁹¹ [f. 2. Aufl. § 135 ¹¹¹].

²¹ Auch diese Verpflichtung ist eine rein obligatorische. Die Quellen geben Windscheid, Pandekten. 8. Aufl. I. Band.

[Das **§§.** legt diese Verpflichtung dem Besitzer des Grundstücks auf (867. 1005), was dem gemeinen Rechte entspricht; denn auch dort kann der verlangte Grundbesitzer die Verpflichtung natürlich nicht ablehnen mit Hinweis darauf, daß er nicht Eigenthümer sei. S. ob. S. 737 fg. Nr. 9.]

10. Er ist verpflichtet, Nachgrabungen nach Fossilien auf seinem Grundstück zu gestatten gegen Abgabe von einem Zehntel des Ertrags (ein zweites Zehntel muß dem Fiscus abgegeben werden)²².

[Zu dieser dem deutschen Bergrecht zu überlassenden Frage vgl. **CO.** z. **§§.** 67.]

11. Der Eigenthümer eines Grundstücks, welches an einen öffentlichen Fluß anschließt, muß sich gefallen lassen, was das Interesse des Flußverkehrs erfordert²³.

[Bleibt in Kraft gemäß **CO.** z. **§§.** 65.]

12. Der Eigenthümer von Baumaterialien und Rebpfählen, welche in ein fremdes Grundstück verwendet sind, darf dieselben nicht zurückfordern; dafür hat er einen Entschädigungsanspruch auf das Doppelte²⁴.

[S. **§§.** 946. 951; vgl. unt. § 188.]

Ueber die gesetzlichen Beschränkungen des Veräußerungsrechts f. § 172a.

III. Miteigenthum*.

§ 169a.

Aus dem Begriff des Eigenthums folgt, daß an einer und

ein interdictum prohibitorium oder actio ad exhibendum. L. 15 D. 10, 4, l. 9 § 1 D. 39, 2, l. 5 § 3, l. 9 § 1 D. 10, 4, l. 5 § 4. 5 eod., l. 25 D. 19, 1. Der Betreffende muß aber cautio damni infecti leisten (II § 456, 8). Cf. IV. 10. 11. Die Verwechslung, kraft deren Vetter (S. 164) auch hier die Eigenthumsbeschränkung leugnet, ist bereits oben Note * bezeichnet worden.

²² L. 3. 6 C. 11, 7 [6]. Vgl. I. 13 § 1 D. 8, 4. Wo in Deutschland das Bergregal oder die staatliche Berghoheit besteht, hängt das Recht, nach (gewissen) Fossilien zu graben, von einer staatlichen Verleihung oder Concession ab. Vgl. die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Beseler § 203, Gerber § 95, Stobbe II § 142 [3. Aufl. (Rehmann) § 124], Dernburg I § 198¹².

²³ § 4 I. 2, 1. Vetter S. 200. Vgl. § 146¹⁴.

²⁴ Dig. 47, 3 de tigno iuncto, l. 23 § 6. 7 D. 6, 1, l. 6. 7 pr. D. 10, 4, l. 7 § 10 D. 41, 1. Vgl. § 188¹⁰⁻¹².

* Steinlechner das Miteigenthum in seinen principielle Einzelbeziehungen (zweite Abtheilung der § 51 Note * citirten Schrift). 1878. Eisele zur Lehre vom Miteigenthum, **ACPra.** LXIII S. 27 fg. (1880). G. Rümelin die Theilung der H. S. 38 fg. (1883). Randa § 9. Vetter **Pand.** I § 32. G. Rümelin **Jahrb. f. Dogm.** XXVIII S. 400 fg. [Diez d. Lehre vom Miteigenthum nach r. H. u. nach d. G. **BGB.** **Leipz.** 1888. v. Seeler d. Lehre

derselben Sache ein mehrfaches Eigenthum nicht bestehen kann¹.

Dagegen kann das Eine Eigenthum, welches an einer Sache möglich ist, mehreren Personen zustehen; wir sprechen in einem solchen Fall von Miteigenthum². Das dabei stattfindende Verhältniß ist näher so zu denken, daß keiner der Eigenthümer ohne den Willen des andern auf die Sache einwirken darf³; auf die Größe der Antheile kommt es dabei nicht an, und ebensowenig entscheidet die Majorität. Jedoch^{3a} wird dieser Satz nicht in abstracter Consequenz durchgeführt^{3b} und im Besonderen^{3c} muß jeder Miteigenthümer dem andern

vom Miteigenthum nach r. R. Halle 1896. Mertens: Welche Unterschiede bestehen zwischen Nießbrauch, der mehreren pro parte indivisa zusteht, und Miteigenthum. Erl. Diff. 1892. Ueber einen Aufsatz von Perozzi f. Schneider fr. BZ. XXXVI S. 44, v. Seeler S. 157¹.]

¹ L. 5 § 15 D. 13, 6: — „duorum . . . in solidum dominium vel § 169 a. possessionem esse non posse“.

² Die Ausdrücke condominium und condominus sind nicht römisch. Die Quellen haben für Miteigenthum und Miteigenthümer keine anderen Bezeichnungen als die allgemeinen: communio und socius. (Doch ist die Zusammenfassung in jenen Ausdrücken nicht sprachwidrig, vgl. z. B. confideissor in l. 10 pr. D. 46, 1 und das häufig vorkommende contutor).

³ L. 28 D. 10, 3. „Sabinus ait, in re communi neminem dominorum iure facere quidquam invito altero posse. Unde manifestum est, prohibendi ius esse; in re enim pari potiore causam esse prohibentis constat“. L. 8. l. 27 § 1 D. 8, 2, l. 11 D. 8, 5. Cf. IX. 268, XXI. 101.

^{3a} Vgl. zum Folgenden: Gesterding Eigenthum § 9, Schmid S. 6—11, Hesse Verhältnisse zc. II S. 241 fg. (2. Aufl. S. 450 fg.) und PraxiRz. N. F. IV S. 129 fg., Steinlechner S. 179 fg., auch Wiescher ACPr. LIX S. 187 fg., Hümelin S. 45 fg., [v. Seeler S. 13 fg. (1. Abthlg.)]; speciell über die „Verhältnisse hinsichtlich gemeinschaftlicher Mauern“ die Schrift von Ruete (1843), f. auch Burdhard cautio damni infecti S. 114 fg., Roth bayr. Civilrecht II S. 68 fg. [2. Aufl. (Becher) S. 189 fg.] Brugi, Rivista italiana IV p. 192 s. 363 s. (1887). Cf. XXII. 198. 216, XXIV. 299. 300, XLI. 5. [Mosler: Sind nach r. R. die gemeinschaftlichen Mauern zwischen zwei angrenzenden Grundstücken ideell oder reell getheiltes Miteigenthum der Nachbarn? Erl. Diff. 1897. Brunnen: Sprenger ACPr. LXXVII S. 41 fg.]

^{3b} Die den Miteigenthümern gegen einander zustehende actio communi dividundo geht nicht bloß auf Theilung, sondern auch auf Regulirung ihres Verhältnisses bei bestehender Gemeinschaft (f. die im Folgenden citirten Stellen und II § 449¹), und die actio communi dividundo ist bonae fidei, § 28 I. 4, 6, l. 14 § 1. l. 24 pr. D. 10, 3. — Steht den Miteigenthümern gegen einander auch die actio negatoria zu? Vgl. über diese Frage, welche nach dem Gesagten, eben weil hier die strenge Consequenz des Principis nicht zur Geltung gebracht werden soll, schwerlich zu bejahen ist, obgleich die Quellen nicht allen Zweifel ausschließen, einerseits l. 26 D. 8, 2, l. 4 D. 33, 3, l. 3 § 1. 2 D. 39, 1, andererseits l. 11 D. 8, 5. Stölzel die Lehre von der operis novi nunciatio

den Gebrauch der Sache gestatten, soweit dadurch der Sache kein Schaden zugefügt und der eigene Gebrauch nicht beeinträchtigt wird⁴. Schließt der Gebrauch des Einen den Gebrauch des Andern aus, so haben sich die Miteigenthümer in den Gebrauch der Sache nach Verhältniß ihrer Antheile zu theilen^{4a}. In gleicher Weise fällt der Ertrag der Sache und was sie sonst an Nutzen gewährt an die Miteigenthümer nach Verhältniß ihrer Antheile^{4b}, so wie sie umgekehrt

§. 95 und die daselbst Citirten, Brinz §. 237 (2. Aufl. I §. 666), Schneider in Sell's Jahrb. I §. 408 fg., Hesse Jahrb. f. Dogm. VIII §. 60 fg., Steinlechner §. 180 fg., Rümelin §. 52 fg. [v. Seeler §. 55 fg.: kein principielles Bedenken gegen die *actio negatoria*.]

²⁰ Ferner: a) wenn der Miteigenthümer eine von dem andern Miteigenthümer mit der Sache vorgenommene Veränderung hat geschehen lassen, ohne ihr zu widersprechen, wo er widersprechen konnte, so kann er nicht mehr Wiederherstellung des früheren Zustandes fordern, sondern bloß Schadenersatz (l. 28 D. 10, 3, §f. VII. 285, XVIII. 208, XXXII. 16, XXXIV. 9), und er kann Wiederherstellung des früheren Zustandes unter allen Umständen nur dann fordern, „si . . . toti societati prodest opus tolli“, l. 26 D. 8, 2. So erkennt auch l. 12 D. 10, 3 an, daß dem Miteigenthümer einer gemeinschaftlichen Mauer unter allen Umständen gestattet sei, „in eum immittere quid“. b) Dem Miteigenthümer eines gemeinschaftlichen Bauwerks ist gestattet, dasselbe auch gegen den Willen des andern Miteigenthümers zu repariren (wohin auch Ersatz einer schadhaften Mauer durch eine andere gehört); ja es fällt ihm der Eigenthumsantheil des andern Eigenthümers zu, wenn dieser ihm nicht seinen Antheil an den Kosten binnen 4 Monaten mit Zinsen (II § 260⁴) ersetzt. Paul. sentent. V. 10 § 2, l. 32. 35—37 D. 39, 2, l. 12 D. 10, 3, l. 52 § 10 D. 17, 2, l. 4 C. 8, 10. L. 8 D. 8, 2 ist von dem Fall einer nicht schadhaften Mauer zu verstehen (unhaltbare Meinungen bei Hesse Verhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn I §. 108. II §. 260 und Pratt RW. N. F. IV §. 148, Emmerich 36. f. GN. u. Pr. N. F. XVIII §. 123 fg. XXII §. 118 fg.)

⁴ Die in Note ² genannten Stellen verbieten nur das *facere in re communi* und im Besonderen das Bauen und Abbrechen, und in Betreff einer gemeinschaftlichen Mauer ist ausdrücklich anerkannt, daß jeder Miteigenthümer dieselbe benützen dürfe, soweit dadurch die Mauer nicht leide. L. 13 § 1. l. 19 § 1. 2 D. 8, 2; l. 8. l. 13 pr. eod., l. 27 § 10 D. 9, 2. §f. VIII. 345, IX. 268, XIII. 24, XVI. 193, XXI. 194, XXI. 101, XXII. 216, XXXIV. 99, XXXV. 99, XXXVIII. 214, XLIII. 175. Hierulff Entsch. des OAG. zu Lübeck 1867 Nr. 56. Besondere Bestimmung in Betreff der Beerdigung eines Leichnams: [[l. 6 § 4 D. 1, 8]], l. 6 § 6 D. 10, 3. [[l. 6 D. 11, 7; l. 41. 43 eod. Die Stellen vordem; beziehen sich auf das *inferre in sepulchrum*, die Stellen hinter dem; auf das *inferre in locum purum*. „In commune sepulchrum etiam *inventus ceteris licet inferre*“ l. 6 § 4 cit. Vgl. C. Fadda sul diritto di *sepulcro*. Foro italiano XIV fasc. XXIII (das *R. des inferre in sepulchrum etiam *inventus ceteris** sei nicht eine Eigenthümlichkeit des Begräbnißr., sondern ein Ausfluß der das Miteigenthum beherrschenden Regel (⁴)).

^{4a} Vgl. l. 7 § 10 D. 10, 3.

^{4b} L. 25 pr. D. 22, 1, l. 5 D. 45, 3. Kann der eine Miteigenthümer

nach ihren Antheilen auch den durch die Sache verursachten Vermögensaufwand zu tragen haben⁴⁰. Dritten Personen gegenüber kann jeder Miteigenthümer das Eigenthum vertreten, er erhält aber von ihnen nur was seinem Antheil entspricht⁴¹. Die an die Sache angeknüpften Verpflichtungen treffen dem Princip nach jeden Miteigenthümer nur zu seinem Antheil⁴²; doch macht das römische Recht hiervon weitgehende Ausnahmen⁴³. Das Miteigenthum (die durch das Miteigenthum gewährte rechtliche Stellung) kann veräußert werden⁴⁴.

Daß die Antheile der Miteigenthümer Rechnungstheile (Bruchtheile) sind, ist schon oben (§ 142 Ziff. 4) bemerkt worden. Ebenso daß die Quellen diese Antheile auf das Eigenthum selbst beziehen, in bequemer aber ungenauer Redeweise⁵.

nicht erwerben, so erwirbt der Andere das Ganze. L. 1 § 4. l. 7 § 1. l. 8. 9 pr. D. 45, 3, l. 63 § 9 D. 17, 2. Anders wenn der Miteigenthümer nicht erwerben will, l. 20 D. 31 (vgl. ⁶).

⁴⁰ S. II § 449¹⁰.

⁴¹ *Rei vindicatio*: Gai. IV, 53, l. 30 D. 40, 12, l. 6 C. 3, 32. Eisele S. 53 fg. [v. Seeler S. 82 fg.] Für ganz unzweifelhaft halte ich es freilich nicht, daß der Miteigenthümer auch von demjenigen, welcher eigenes Eigenthum nicht behauptet, nur Herausgabe des Mitbesitzes verlangen kann. Daß jeder Miteigenthümer die *actio negatoria* anstellen kann, wird meines Wissens nicht bestritten. Eine dem gemeinschaftlichen Grundstücke zustehende Grunddienbarkeit kann jeder Miteigenthümer klagend verfolgen, und ein von ihm erstrittenes Urtheil kommt dem andern Miteigenthümer zu gut; aber die römische Geldcondemnation erlangt er nur zu seinem Antheil. L. 4 § 3 D. 8, 5. In l. 1 § 5 D. 43, 27 wird Theilung der Condemnation nicht vorgeschrieben; aber die Stelle verweist auf die *vindicatio servitutis*. Vgl. auch l. 6 § 1 D. 39, 3. [R.G. XXXIII S. 90 nimmt an, die Einräumung des Mitbesitzes sei dem auf Herausgabe der Sache gerichteten Klagantrage gegenüber nicht minus, sondern aliud; dagegen mit Recht Ed. Jahrb. f. Dogm. XXXV S. 308.]

⁴² L. 6 § 4 D. 8, 5, l. 27 D. 39, 2, l. 11 § 3 D. 39, 3.

⁴³ *Actio noxalis*: l. 8 D. 9, 4. *Actio de peculio*: l. 27 § 8 D. 15, 1. S. auch l. 4 § 4 D. 8, 5. [v. Seeler S. 140 fg. 144 fg.]

⁴⁴ L. 3. 4 C. 4, 52, l. un. C. 8, [20] 21. [Wändung soll nach S. XLIX. 291 nur den Theilungsanspruch treffen können. Weshalb nicht den ideellen Antheil?]

⁵ Vgl. § 142^{10a-11}. Ein Beweis für die Getheiltheit des Eigenthumsr. liegt darin, daß der Miteigenthümer den Nutzen der Sache nur zum Theil erhält und die an die Sache angeknüpften Verpflichtungen nur zum Theil trägt (⁴⁰), nicht: *partes concursu fiunt*. Umgekehrt tritt die Idee der Ungetheiltheit des R. in den Entscheidungen der Note⁴¹ deutlich hervor. Ferner: 1) was ein im Miteigenthum stehender Sklave dem einen der Miteigenthümer nicht erwerben kann, erwirbt er dem andern ganz (l. 1 § 4. l. 7 § 1. l. 8. 9 pr. D. 45, 3); ebenso erwirbt er für einen Miteigenthümer das Ganze, wenn er für diesen allein erwerben will (l. 5 cod.). Bereinzelt steht die eine Proculianische Lehrmeinung repräsentirende l. 20 D. 31 (^{4b}). 2) Miteigenthümer erhalten in Folge verweigerter *cautio*

[Das **BGB.** hat die Rechtsgemeinschaft hauptsächlich im Recht der Schuldverhältnisse behandelt (741 fg.). Die dort gegebenen Vorschriften finden in jedem Falle, „wenn ein Recht mehreren gemeinschaftlich zusteht“, insoweit Anwendung, als sich nicht aus dem Gesetz ein Anderes ergibt. Dieß gilt also auch für den Fall, daß mehreren gemeinschaftlich das Eigenthum einer Sache zusteht. Es ist demnach zunächst aus § 741 abzuleiten, daß in diesem Falle eine Gemeinschaft nach Bruchtheilen stattfindet, welche zufolge § 1008 fg. nebst Ueberschrift Miteigenthum heißt, und für welche die Vorschriften der §§ 1008 fg. vor denen der §§ 741 fg. maßgebend sind. Die genauere Darstellung des Gemeinschaftsverhältnisses ist dem Obligationenrecht zu überlassen. Abweichend geordnet sind das Gesellschaftsverhältniß, die ehelichen Gütergemeinschaften, die Gemeinschaft der Miterben (s. namentlich 719 Abs. 1. 1442 Abs. 1. 2089. Vgl. ob. S. 197 fg.). Bemerkenswert sei hier: das **BGB.** hat wie das gemeine Recht das Princip, daß zum Gebrauch des gemeinschaftlichen Gegenstandes jeder Theilhaber insoweit befugt ist, als nicht der Mitgebrauch der übrigen Theilhaber beeinträchtigt wird, (743 Abs. 2; vgl. zu *). Von den Früchten gebührt wie im gemeinen Recht jedem Theilhaber ein seinem Antheil entsprechender Bruchtheil (743 Abs. 1; vgl. zu **) und es kann nicht zweifelhaft sein, daß dieses „Gebühren“ bei den Erzeugnissen der Sache den unmittelbaren Miteigenthumswerb durch die Separation (953) bedeutet. Die Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes steht den Theilhabern gemein-

damni infecti das Eigenthum des schadendrohenden Grundstücks zu gleichen, nicht zu Eigenthumsanteilen, l. 5 § 1. l. 40 § 4 D. 39, 2. 3) Ulp. I. 18: „communem servum unus ex dominis manumittendo partem suam amittit, eaque accrescit socio“ (vgl. Girtanner Jahrb. f. Dogm. III S. 262—266). Man hat hiergegen l. 3 D. 41, 7 geltend gemacht: aber es kann nicht zugestanden werden, daß in dieser Stelle als Folge der Dereliction des Eigenthumsanteils Herrenlosigkeit desselben bezeichnet werde. Die Stelle sagt einfach, daß der Eigenthumsantheil mit römischer Wirkung derelinquirt werden könne; mit welcher römischen Wirkung, darüber sagt sie nichts. Und wenn in anderen Stellen (z. B. l. 15 C. 3, 36, l. 2 C. 3, 38) als die zutreffende Form der Veräußerung des Eigenthumsanteils an den Miteigenthümer Tradition bezeichnet wird, so ist damit nicht bewiesen, daß der gleiche Effect nicht durch Dereliction erreicht werden könnte, wie denn in l. 8 C. 3, 38 Dereliction und Tradition zur Auswahl neben einander gestellt werden („relicta vel translata possessione“). — **RG.** XIII S. 180. — Zugugeben ist, daß zur Ungetheiltheit des Eigenthums nicht paßt, daß für ein gemeinschaftliches Grundstück nicht ein Miteigenthümer allein eine Servitut erwerben kann (§ 212*), aber dem steht wieder gegenüber, daß der von dem Einen in der actio confessoria erfochtene Sieg dem Andern hilft (l. 4 § 3 D. 8, 5). — Die hier festgehaltene Auffassung wird sehr bestimmt vertreten von Steinlechner und Eisele a. a. O., ebenso von Gyllharz Fortf. von Glück Buch 41 I S. 130 fg.; dawider Et doppelseitige Klagen S. 92 fg. und fr. **PfS.** XIX S. 232 fg., G. Mümelin a. a. O. S. 56 fg. 73 fg., Jahrb. f. Dogm. XXVIII S. 408 fg. 416 fg.; vgl. auch v. Scheurl Theilbarkeit als Eigenschaft von Ken S. 19 fg., Unger Jahrb. f. Dogm. XXII S. 289¹⁰². Bekker Pand. I § 32. Diez (*) (der Miteigenthümer als solcher soll kein dingliches, sondern ein obligatorisches R. haben). [v. Seeler nimmt Getheiltheit des Eigenthumsr. an wegen der partis vindicatio (S. 137 fg.).]

schaftlich zu. Jeder Theilhaber ist berechtigt, die zur Erhaltung des Gegenstandes nothwendigen Maßregeln ohne Zustimmung der andern Theilhaber zu treffen (744 Abs. 2; vgl. ³⁰ unter b). Verwaltung und Benutzung kann selbstverständlich durch Vereinbarung, aber auch (entgegen dem gemeinen Recht [vgl. nach ³¹]) durch Stimmenmehrheit nach Maßgabe des § 745 geregelt werden. Eine solche Bestimmung wirkt im allgemeinen auch für und gegen die Sondernachfolger (746); beim Miteigenthum an einem Grundstück wirkt sie gegen den Sondernachfolger eines Miteigenthümers jedoch nur, wenn sie als Belastung des Antheils dieses Miteigenthümers ins Grundbuch eingetragen ist (1010 Abs. 1). Das Recht, jederzeit Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, gibt das BGB. grundsätzlich, wie das gemeine Recht, jedem Theilhaber (749 Abs. 1). In gewissen Grenzen kann dieses Recht durch Vereinbarung ausgeschlossen oder eine Kündigungsfrist bestimmt werden (749 Abs. 2. 3. 750). Eine solche Vereinbarung wirkt für und gegen die Sondernachfolger mit derselben Maßgabe wie die Regelung des Gebrauchs oder der Verwaltung (751 S. 1. 1010 Abs. 1); ein Pfändungspfandgläubiger, dessen Schuldtitel nicht bloß vorläufig vollstreckbar ist, ist nicht daran gebunden (751 S. 2). Die Ansprüche aus dem Eigenthum (vgl. zu ⁴⁴) kann jeder Eigenthümer unbeschränkt geltend machen, den Anspruch auf Herausgabe jedoch nur so, daß er Herausgabe an alle Miteigenthümer oder Hinterlegung zu Gunsten aller, oder falls die Sache sich hierzu nicht eignet, Ablieferung an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer verlangt (1011. 432). Die Lasten der Sache (vgl. zu ⁴⁶. ⁴⁶. ⁴⁶) treffen auch nach BGB. die Gemeinschaftler im Verhältnis unter einander nach dem Maßstabe ihrer Antheile (748). Wer dem Gläubiger gegenüber haftet, und ob, wenn alle haften, sie zu Antheilen oder als Gesamtschuldner haften, hängt von dem Begründungsact des Schuldverhältnisses ab. S. im Uebrigen BGB. 755. 756. 1010 Abs. 2.

Ueber die ganze Sache können nur alle Theilhaber gemeinschaftlich verfügen (747 S. 2), während über seinen Theil jeder für sich verfügen, ihn also veräußern und belasten kann (747 S. 1; vgl. zu ⁴⁵). Die Belastung der ganzen Sache kann, entsprechend dem Princip des BGB., welches Rechte an eigener Sache anerkennt, auch zu Gunsten eines Miteigenthümers erfolgen (1009 Abs. 1); ebenso kann bei Belastung eines Grundstücks zu Gunsten des jeweiligen Eigenthümers eines andern Grundstücks der Eigenthümer des einen von beiden Miteigenthümer des andern sein (1009 Abs. 2).

Ueber Grenz-Anlagen und Grenzbäume vgl. BGB. 921 bis 923. Die Vermuthung des gemeinschaftlichen Benutzungsrechtes nach § 921 ist keine Vermuthung des Miteigenthums.]

Für deutschrechtliche Verhältnisse hat man dem Miteigenthum des römischen Rechts ein f. g. Gesamteigenthum entgegengestellt, über dessen Begriff zwar im Einzelnen die Ansichten auseinandergehen, unter welchem aber im Allgemeinen ein Eigenthum Mehrerer an derselben Sache ohne f. g. intellectuelle Theilung (Theilung nach Bruchtheilen, § 142 Ziff. 4) verstanden wird. Andere haben sich gegen die Nothwendigkeit und Zulässigkeit der Aufstellung eines andern

Begriffes als des römischen erklärt⁶. Das Wesentliche in dieser Controverse ist, daß erkannt und festgehalten werde, daß eine Mehrheit von Eigenthumsrechten an einer und derselben Sache durch die Consequenz des Eigenthumbegriffes ausgeschlossen wird, und daß die gleiche Consequenz es verbietet, ein Eigenthumsrecht durch Zusammenrechnung der einzelnen auf die verschiedenen Genossen vertheilten Befugnisse herzustellen. Im Uebrigen ist zuzugestehen, daß das Recht des Miteigenthums Modificationen zuläßt, welche im römischen Recht nicht vorkommen⁷, und daß im Besonderen die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, daß der Antheil eines jeden Genossen an dem Ertrag der Sache in anderer Weise bestimmt sei, als nach Bruchtheilen⁸⁻¹⁰.

[Im § 88. nähern sich Gesellschaft, eheliche Gütergemeinschaft, Niterbengemeinschaft der deutschen gesammten Hand stark an (s. vorläufig ob. S. 197 fg.). Nach dem Inkrafttreten des BGB. bleiben früher begründete Verhältnisse des gemeinschaftlichen Eigenthums ohne Bruchtheilung bestehen (§ 181 Abs. 2).]

⁶ Eine monographische Darstellung der Lehre vom f. g. Gesamteigenthum ist die von Dunder das Gesamteigenthum (1843), f. außerdem die Lehrbücher des deutschen Privatr. von Beseler II § 83, Gerber § 77, Stobbe II § 81. 82 [3. Aufl. (Lehmann) § 97. 98], ferner Roth bayr. Civilr. II S. 47 fg. [2. Aufl. (Becher) II § 136. 137.] und die von diesen Schriftstellern Citirten. Heusler Institutionen des deutschen Privatr. I S. 223—252.

⁷ Wie z. B. Entscheidung durch die Majorität (vgl. § 88. Art. 458, Pr. U. R. I. 17 § 10—24), Ausschluß des R. auf Theilung, Beschränkung in der Veräußerungsbefugniß was den eigenen Eigenthumsantheil angeht und andererseits Befugniß über den Antheil des Genossen durch Belastung mit Schulden zu verfügen, Beschränkung in der Vererbung des Eigenthumsantheils, wo derselbe dann nicht herrenlos wird, sondern nach der Consequenz aus dem Begriff des Miteigenthums⁶) an die Genossen fällt. Vgl. Stobbe a. a. O. und § 3. f. R. G. IV S. 204 fg. Brinz 2. Aufl. III S. 486⁷ S. 489.

⁸ Z. B. nach dem persönlichen Bedürfniß der einzelnen Genossen, oder so, daß während einer gewissen Zeit der eine Genosse allein genießt, während einer gewissen der andere. Die juristische Construction ist hier keine andere, als diejenige, mit welcher auch das r. R. den einzelnen Genossen den einseitigen Gebrauch der Sache innerhalb gewisser Grenzen ermöglicht: es besteht zwischen den Genossen ein durch das Miteigenthum begründetes Verpflichtungsverhältniß (eine obligatio). Möglichkeit der Herbeiführung dinglicher Wirkung durch Vertrag? Dafür Kohler § 3. f. franz. C. R. VIII S. 177 fg. und Jahrb. f. Dogm. XVIII S. 397 fg.; davor Kümelin a. a. O. S. 51.

⁹ Baron Gesamtvverhältnisse § 3. 6. 37. 42. 43 wendet den von ihm aufgestellten Begriff der Gesamtberechtigung, als einer Berechtigung, welche „einerseits der Gesamtheit mehrerer Personen als solcher, andererseits den Einzelnen völlig und ungetheilt zusteht“, auch auf das Eigenthum an, und findet ein Gesamteigenthum in diesem Sinne bereits vom r. R. anerkannt in der dos communis patris et filiae (II § 499⁶) und in dem Verhältniß des eingesetzten Pupillen und des Pupillarsubstituten. Dagegen Pernice fr. B. J. S. VII S. 121 fg.

Unhaltbar ist die im Mittelalter aufgekommene und bis in die neueste Zeit hinübergetragene Lehre, daß an einer und derselben Sache neben einem f. g. Obereigenthum ein f. g. Unter- (nutzbares) Eigenthum stattfinden könne⁹.

[Auch das **§§** kennt diese Begriffe nicht.]

IV. Erwerb des Eigenthums*.

A. Uebersicht über die verschiedenen Eigenthums- erwerbarten.

§ 170.

Der Erwerb des Eigenthums knüpft sich, wie der Erwerb eines

⁹ Die lateinischen Ausdrücke sind: *dominium directum* — *dominium utile*. *dominium utile*, im Gegensatz des *dominium directum*, nannten die Glossatoren das R. desjenigen, der nicht *directa*, sondern nur *utilis petitio rei* habe, und so namentlich auch das R. des *Emphyteuta* und des *Superficiars*. Später sagte man das *dominium utile* als nutzbares Eigenthum auf, und nahm ein *dominium utile* in diesem Sinne auch bei dem Lehensverhältniß und bei gewissen Formen des bäuerlichen Verhältnisses an. Das *dominium utile* ist aber in der That kein Eigenthumsr., sondern ein R. an fremder Sache, dessen (juristischer) Inhalt allerdings aus der (unjuristischen) Vorstellung heraus bestimmt worden ist, als sei der *dominus utilis* Eigenthümer. So geht das R. des f. g. *dominus utilis* viel weiter als das irgend eines andern an fremder Sache Berechtigten; aber Eigenthumsr. kann es nicht werden, ohne daß der f. g. *dominus directus* aufhörte, Eigenthümer zu sein. Auch hier kann der Eigenthumsbegriff nicht über seine eigene Consequenz hinaus. S. Thibaut *Verfuche* II S. 71 fg. (1801), Dunker *3S. f. deutsch. R.* II S. 177 fg. (1838), Schmidt I § 8⁶, Bangerow I § 302, Böcking II S. 40—42. Doch wird der Begriff, oder doch wenigstens die Bezeichnung, auch von neueren Schriftstellern noch festgehalten, so namentlich in den Lehrbüchern des deutschen Privatr. von Eichhorn § 160, Mittermaier I § 156, Beseler § 82, Bluntzschli § 60, Stobbe II § 80 [3. Aufl. (Vehmann) § 96]. S. auch Bruns in v. Holz. *Encycl.* I § 42. Dagegen Heusler *Institutionen des deutschen Privatr.* II S. 48 fg. (Wenn man sich darauf beruft, daß auch das r. R. die Möglichkeit eines bonitarischen Eigenthums neben dem quiritarischen anerkannt habe, so darf darauf zwar nicht entgegnet werden, daß das erstere eigentlich kein Eigenthum gewesen sei, denn in Wirklichkeit war es das allerdings; aber nichtsdestoweniger ist jenes Argument ohne allen Werth, da sich im r. R. hier, wie an so vielen anderen Punkten, der Widerspruch zweier verschiedener Anordnungen, der prätorischen und der civilen, geltend machte, von denen jene diese überwand.) — Particularistische Anerkennung der Theilung des Eigenthums in Ober- und Untereigenthum, z. B. in Preußen, Bayern, Oesterreich. Stobbe II § 80 [96], Dernburg *Preuß. Privatr.* I § 182, Roth *bayr. Civilr.* II § 191. 198, Randa S. 15 fg.

* Dig. 41, 1 *de acquirendo rerum dominio*. *Эзхларз* die Eigenthums-
erwerbarten des Pandektentitels *de acquirendo rerum dominio* (Fortsetzung des
Glück'schen Commentars). Bd. I 1887. Darüber Hellmann *tr. WZS. XXXI*
S. 34 fg.

jeden Rechts, an gewisse Thatfachen an; die Verschiedenheit derselben begründet die Verschiedenheit der Eigenthumserwerbarten. Der Anordnung, in welcher hier die einzelnen Eigenthumserwerbarten vorge tragen werden, liegt folgende Betrachtung zu Grunde¹. Die bei Weitem meisten der uns umgebenden Sachen haben bereits einen Eigenthümer; in den bei Weitem meisten Fällen ist daher der Erwerb des Eigenthums der Erwerb des Eigenthums an einer bereits im Eigenthum eines Andern stehenden Sache. Dieser Erwerb kann von doppelter Art sein: 1) er gründet sich auf das Eigenthum, welches bis dahin an der Sache bestanden hat, er ist ein Eintreten, eine Nachfolge (Succession) in dieses Eigenthum (§ 65); 2) es ist dieß nicht der Fall. Unter diesen beiden Fällen ist der erste der wichtigste, unter seinen Anwendungen aber wieder die wichtigste diejenige, wo die Nachfolge durch den Willen des bisherigen Eigenthümers bewirkt wird. Außerdem kann sie ihren Grund in einer richterlichen Verfügung, oder in einer unmittelbaren Bestimmung des Gesetzes haben. Die wichtigste Anwendung des zweiten Falles bildet die Erfindung; außerdem gehört dahin die Verbindung. — Aber wenn auch die meisten der uns umgebenden Sachen bereits einen Eigenthümer haben, so ist dieß doch nicht bei allen der Fall. Diejenigen, bei denen es nicht der Fall ist, fallen regelmäßig in das Eigenthum desjenigen, der sich ihrer bemächtigt. — Ferner entstehen fortwährend neue Sachen, entweder auf organischem Wege, oder durch menschliche Thätigkeit. Für die auf organischem Wege neu entstandenen Sachen bildet es die Regel, daß sie in das Eigenthum des Eigenthümers der erzeugenden Sache fallen; an den durch menschliche Thätigkeit neu erzeugten erwirbt, mit gewissen Beschränkungen, das Eigenthum der Verfertiger. — Die Verfertigung und die Verbindung unterscheiden sich von allen andern Eigenthumserwerbarten durch ihre bloß formale Natur, d. h. beide verleihen zwar das Eigenthum, aber berechtigen nicht auch zum Behalten des Vermögenswerthes der Sache. Nach diesem Gesichtspunkt ist hier die Verbindung mit der Verfertigung zusammen an den Schluß gestellt worden².

§ 170.

¹ Die Anordnung der Lehre vom Eigenthumserwerbe ist bei den verschiedenen Schriftstellern eine sehr verschiedene; s. die Uebersicht bei Böcking II S. 55, auch Pagenstecher II S. 1—57, Leist Mancipation und Eigenthumstradition S. 261 fg. Die von Böcking selbst a. a. O. begründete Anordnung hat er in der neuesten Auflage seines Grundrisses (S. 72 fg.) mit einer andern vertauscht.

² Es wird wohl auch von einem s. g. univervellen Eigenthumserwerbe, im

[Das **§§.** trennt Erwerb (und Verlust) des Eigenthums an Grundstücken von dem Erwerb (und Verlust) des Eigenthums an beweglichen Sachen. In diesem Werke muß, wie sonst, das System des **BGB.** dem für das gemeine Recht angenommenen weichen.]

B. Eigenthumsübergang durch den Willen des bisherigen Eigenthümers*.

§ 171.

Der Eigenthümer kann sein Eigenthum einem Andern übertragen entweder durch Willenserklärung unter Lebenden oder durch Willenserklärung von Todeswegen. Hier ist nur von dem ersten Fall zu reden; die Betrachtung des zweiten gehört in das Erbrecht.

Die Willenserklärung unter Lebenden, daß Eigenthum auf einen Andern übergehen solle, reicht als solche nicht aus, um den Uebergang des Eigenthums zu bewirken. Es muß

1) zu ihr hinzu kommen die Erklärung des Willens von Seiten dieses Andern, daß er das ihm übertragene Eigenthum erwerben wolle; mit anderen Worten, der Eigenthumsübergang setzt voraus einen Eigenthumsübertragungsvertrag¹. Dieser Vertrag sodann bedarf

Gegensatz des singulären geredet. Man versteht darunter den Erwerb des Eigenthums in und mit dem Ganzen des Vermögens, zu welchem es gehört. Es liegt auf der Hand, daß der f. g. universelle Eigenthumserwerb ein Erwerb des Eigenthums als solchen nicht ist; der unmittelbare Gegenstand des Erwerbs ist eben das Vermögen, d. h. etwas Anderes, als das Eigenthum.

* Gesterding S. 120—177, Pagenstecher II S. 193—229, Schmid § 8, Randa § 11—13, Böcking § 153, Sintonis I S. 480—484, Dernburg I § 211—217. Scheurl Beiträge I S. 190 fg. (1853). Peiß Mancipation und Eigenthumstradition (1865). (Darüber Vetter fr. **BZS.** IX S. 232 fg. [1867]). Erner die Lehre vom Auserwerb durch Tradition nach österreichischem und gem. R. (1867). (Darüber Unger fr. **BZS.** X S. 249 fg. [1868].) Goldschmidt Handb. I § 79.

¹ L. 10 D. 39, 5. „Absenti, sive mittas, qui ferat, sive quod ipse § 171. habeat, sibi habere eum iubeas, donari recte potest. Sed si nescit, rem, quae apud se est, sibi esse donatam, vel missam sibi non acceperit, donatae rei dominus non fit“. L. 55 D. 44, 7. Cf. XIII. 82, Buchka und Budde Entscheidungen des **OLG.** zu Rostock IV. 34. — Bremer **BS.** f. **GR.** u. **Pr.** R. **J.** XX S. 67²⁴ leugnet, daß in der Tradition ein Vertrag enthalten sei, mit Berufung darauf, daß von Seiten des Empfängers keine Willenserklärung gegenüber dem Tradenten, sondern nur eine Willensthat gegenüber der Sache erforderlich sei, z. B. bei der traditio in incertam personam (§ 172, 4), bei gestatteter Wegnahme von Steinen aus der Steingrube eines Andern (l. 6 D. 39, 5). Aber f. II § 306. Vgl. noch Pernice **BS.** f. **HR.** XXV S. 109. Parerga II S. 108.

2) einer gewissen Form. Diese Form ist die Uebergabe (Tradition) der Sache². Der auf das Geben und Nehmen des Rechts an der Sache gerichtete Wille muß seinen Ausdruck finden in dem Geben und Nehmen des Körpers der Sache³. Auf Grund hiervon

² L. 20 C. 2, 3. „Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur“. L. 50 pr. D. 6, 1, l. 15 C. 3, 32, l. 6 C. 4, 39, l. 8 C. 4, 49. L. 16 D. 23, 5 ist im Sinne ihres Urhebers ohne Zweifel von der Mancipation zu verstehen, im Sinne des Justinianischen R. von der Cession oder vindication, l. 10 § 2 D. 13, 1 entweder vom Legate (vgl. § 3 eod.) oder ebenfalls von der Mancipation (vgl. die Interpolation „nactus possessionem servi“ in l. 56 D. 44, 7). S. auch Schmid S. 85—91. Eine Ausnahme enthält auch nicht l. 1 § 1 D. 1, 2, welche sich aus einem constitutum possessorium (§ 155^{aa}) erklärt, wie deutlich aus l. 2 eod. hervorgeht (a. N. ohne genügende Begründung Buchta fl. civ. Schriften S. 439, Bödting § 124^{aa}, Meißner d. Besitz S. 292). Dagegen glaube ich eine Ausnahme allerdings in l. 23 C. 1, 2 anerkennen zu müssen: Kirchen und milde Stiftungen werden aus Käufen und Schenkungen Eigentümer ohne Tradition. — was früher fast allgemein angenommen wurde, noch in der neueren Zeit von Thibaut ACPr. XX S. 1 fg. vertheidigt und von Bangerow I § 311 Anm. 4, wie mir scheint, nicht widerlegt worden ist. („In his autem omnibus casibus non solum personales actiones damus, sed etiam in rem“. Die Worte versteht Bangerow dahin: es solle die in rem actio, wenn sie zulässig sei, ebenfalls der im Gesetze vorgeschriebenen 100 jährigen Verjährung unterliegen.) Eine fernere Ausnahme im HGB. Art. 439 [HGB. 10 5 97 § 474] (Eigentumsübertragung an Eesschiffen). Goldschmidt Handelsr. I S. 805 fg. Vgl. Hauser Stellvertretung im Besitze S. 55 fg. und dagegen Erner fr. BZS. XIII S. 487 fg. Connossement und andere Waarenpapiere (HGB. Art. 649 [HGB. 10 5 97 § 647]); Erner S. 186 fg. und fr. BZS. XIII S. 313 fg., Hauser Stellvertretung im Besitze S. 86 fg., Goldschmidt Handelsr. I § 78 fg., Randa § 12^{ab} (vgl. § 155^{aa}). — Der Satz, daß das Eigenthum mit der Besitzübergabe übergehe, ist in Deutschland gemeines R. Particularrechtlich wird aber bei Grundstücken, auf Grund älterer deutschen Anschauung (Auflassung), zum Eigentumsübergang Eintragung in ein öffentliches Buch verlangt. Nach anderen Particularren geht zwar das Eigenthum ohne Eintragung über, aber wer sich mit dem eingetragenen Nichteigentümer (in gutem Glauben) in Verhandlungen einläßt, kann sich auf das Eigenthum desselben berufen. Vgl. Gerber deutsch. Privatr. § 89, Beseler deutsch. Privatr. § 90, 91, Schmid S. 96—99, Arnbt's fr. Ueberschau V S. 91 fg., Stobbe Jahrb. f. Dogm. XII S. 187—272 und deutsch. Privatr. II § 94, 95. [3. Aufl. (Lehmann) § 105—107]. Das neueste deutsche Gesetz über diese Materie ist das Preussische vom 5. Mai 1872. — Legislatorische Erwägungen: Erner S. 301 fg., Goldschmidt I S. 803 fg., Bähr Jahrb. f. Dogm. XI S. 58 fg., Röhler Annalen der Großh. Badischen Gerichte XL S. 287 fg. (Ges. Abhandlungen I S. 1 fg.), Verhandlungen des 14. deutschen Juristentags I. 1 S. 113 fg. I. 2 S. 56 fg. 163 fg. II S. 226 fg. 243 fg., des 15. I S. 16 fg. 181 fg.

³ Das ältere r. R. verlangte Abschluß des Vertrags vor Repräsentanten der Volksgemeinde oder vor Gericht (mancipatio, in iure cessio), und in beiden Fällen noch eine besondere Art des Ausdrucks des Willens. — Die Tradition ist

wird die Besitzübergabe (Tradition) geradezu als Eigenthumserwerbart bezeichnet⁴, indem das Vorhandensein des gehörigen Willens in Betreff des Rechts hinzugebracht wird⁵.

[§ 68. f. § 172.]

hier als Form des Vertrags bezeichnet worden. Vgl. Erner S. 8 fg. A. M. Peiß civ. Studien III S. 189 fg. Mancipation und Eigenthumstradition S. 230. 231. 265, Karlowa Negeschäft S. 217 (vgl. S. 181), Bittelmann Irrthum S. 273, Brinz 2. Aufl. I § 150⁴⁰, Bekker Besitz S. 86 fg. Diese Schriftsteller leugnen, daß die Tradition als Form des Eigenthumsübertragungsvertrages bezeichnet werden dürfe. Ich will über den Ausdruck nicht streiten, obgleich ich ihn für zutreffend halte. Das Wesentliche ist, daß erkannt werde, daß die Tradition, d. h. das willentliche Herbeiführen eines thatsächlichen (körperlichen) Verhältnisses, nicht etwas zu dem Eigenthumsübertragungsvertrag Hinzukommendes, denselben Vollendendes, sondern der nothwendige Ausdruck desselben ist. Sie ist der Eigenthumsübertragungsvertrag; auch wenn der Eigenthumsübertragungsvertrag der Tradition vorhergeht, wird er in der Tradition wiederholt, und der nicht in der Tradition ausgedrückte Eigenthumsübertragungsvertrag ist ohne alle rliche Bedeutung, oder hat höchstens obligatorische Wirkung. Daraus folgt freilich (Bekker S. 89), daß Handlungsfähigkeit und Veräußerungsfähigkeit des Gebers nicht bloß in dem Augenblick der Uebertragungserklärung, sondern auch in dem Augenblick des Nehmens des Erwerbers vorhanden sein müssen. Aber warum sollte es anders sein, da ja feststeht, daß der Geber vorher nicht gebunden ist? L. 6 D. 39, 5: — „si antequam eximat mo poenituerit, meus lapis durat“. A. M. Wendt Jahrb. f. Dogm. XXIX S. 46 fg. — Wenn Bremer 3S. f. GR. u. Pr. N. F. XX S. 57 fg. die Tradition als Bemächtigung unter Zustimmung des bisherigen Eigenthümers auffaßt, so ist doch seine Meinung nicht die, daß der bisherige Eigenthümer die Sache zum Zwecke der Bemächtigung durch den Andern vorher herrenlos mache, sondern vielmehr, daß der bisherige Eigenthümer seinen Eigenthumswillen nur vor dem neu eintretenden Eigenthumswillen des Erwerbers zurückziehe. So ist das Eigenthümliche dieser Auffassung bloß eine einseitige Betonung der Thätigkeit des Erwerbers, während andererseits allerdings die Ausdrücke Tradition, Eigenthumsübertragung ebenso einseitig die Thätigkeit des bisherigen Eigenthümers betonen. Das Richtige ist, daß zwar thatsächlich in einem gegebenen Fall bald die eine bald die andere Thätigkeit in den Vordergrund treten kann, für die rliche Betrachtung aber beide auf gleicher Linie stehen. Was übrigens Bremer mit dieser Auffassung erreichen will (§ 155⁷ Nr. 2, § 172¹³), leistet sie ihm m. E. doch nicht.

⁴ So auch unsere Quellen, 3. B. § 40 I. 2, 1, 1. 9 § 3 D. 41, 1, 1. 20 C. 2, 3.

⁵ Vgl. § 40 I. 2, 1. „Per traditionem quoque iure naturali res nobis acquiruntur; nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi“. Das Ungenauere der Ausdrucksweise wird ausdrücklich anerkannt in l. 31 pr. D. 41, 1. „Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur“. Diese Stelle (vgl. Ulp. XIX. 7, Gai. II. 20) denkt an den nächstliegenden Fall, wo der Eigenthumsübertragungs- und Eigenthumserwerbswille durch eine der Tradition vorhergehende Thatsache (vgl. Kuborff 3S. f. gesch. RW. XIII S. 189. 190) außer Zweifel gestellt ist. Nothwendig ist dieß aber nicht; jener Wille

§ 172.

Die näheren Grundsätze für den Eigentumsübertragungsvertrag sind im Allgemeinen die für Rechtsgeschäfte und Verträge überhaupt geltenden (§ 70 fg.). Im einzelnen ist Folgendes zu bemerken.

1. Nur der Eigentümer kann das Eigentum der Sache übertragen¹. Jedoch erleidet diese Regel Ausnahmen², nicht bloß für den Fall, wo der Eigentümer vorher oder nachher seine Einwilligung gibt³, sondern auch: a) für den Pfandgläubiger, welcher ein ding-

kann feststehen auch ohne *causa praecedens*, wie beim Handgeschenk. Eine Ausführung des Satzes, daß die Tradition Eigentum in allen Fällen übertrage, wo sie in der Absicht, Eigentum zu übertragen, geschehe, gibt die Schrift von Stempel die *iusta causa* bei der Tradition (1857). S. auch Savigny ✓ *Zbl.-R.* II S. 254–261, Erner S. 74 fg., D. Mayer die *iusta causa* bei Tradition und Usulapion (1871) S. 1–79 (darüber Decker fr. *BJS.* XIV S. ✓ 481 fg.), Fr. Hofmann die Lehre vom *titulus* und *modus acquirendi* und ✓ von der *iusta causa traditionis* (1873) S. 65 fg., Lotmar über *causa* im r. ✓ *R.* (1875) S. 165 fg., Bernhöft der Besitztitel im r. *R.* (1875) S. 57 fg. ✓ (vgl. Hellmann fr. *BJS.* XVI S. 556 fg.), Karlowa *Rgesch.* S. 206 fg. (1877). Im Einzelnen herrscht zwischen diesen Schriftstellern über den Sinn, in welchem die Quellen eine *iusta causa traditionis* erfordern, viel Meinungsverschiedenheit. S. auch Buchta § 148 Abf. 2 Nr. 3, Böding II § 153 g, Brinz 1. Aufl. S. 202. 2. Aufl. I S. 582 fg., Fuschke *ACPr.* LXII S. 324 fg., Randa S. 263 fg. Eine besondere Ansicht bei Lenel *Sav.-Z.* III S. 114: die l. 31 pr. cit. sei (im Sinne ihres Verfassers) von einer *traditio fiducia causa* zu verstehen. Daß unter *causa* ein „obligationsmäßig zu einer Leistung verpflichtendes Verhältnis“ zu verstehen sei, hat neuerdings wieder Jahrb. X S. 10 fg. Dogmengeschichtliche Uebersichten bei Erner und Hofmann a. a. *DD.*, Randa § 11⁵² (auch in den früheren Auflagen dieses Lehrbuchs [bis zur 4.]), S. XXXIII. 108. [Vgl. unt. ^{10a}.]

§ 172.

¹ L. 20 pr. D. 41, 1. Vgl. § 81, 3.

² Eine Ausnahme ist es nicht, wenn ein zur Vertretung des Eigentümers Befugter das Eigentum in dessen Namen überträgt. Diese Uebertragung ist juristisch die des Eigentümers selbst. Vgl. § 73. 74. — Ausnahme des *§ 81* Art. 305–307 und der *DD.* Art. 74 zu Gunsten des rechtlichen Erwerbers: f. § 165⁷ und die Citate daselbst. Weitgreifende particularistische Ausnahme zu Gunsten des Erwerbers von dem in das Grundbuch als Eigentümer eingetragen, S. § 171^a a. E. Vgl. auch Randa § 13. In diesen Fällen liegt kein abgeleiteter, sondern ein selbständiger Eigentumserwerb vor. Vgl. G. Carlin Niemand kann auf einen Andern mehr *R.* übertragen als er hat. Berner Diff. 1882. [Papendieck der Eigentumserwerb durch Uebergabe seitens eines Nichteigentümers nach den Bestimmungen des gem. *R.* u. d. deutschen *§ 81* Erl. Diff. 1897.]

³ L. 9 § 4 D. 41, 1, l. 38 § 1 D. 24, 1; andere hierher gehörige Stellen f. § 81⁵⁻⁷ Ueber die rliche Bedeutung der nachträglichen Einwilligung ist § 83, 1

liches Recht an der Sache eben des Inhalts hat, das Eigenthum an derselben übertragen zu können⁴; b) für den Fiscus, den Regenten und die Regentin nach den in § 165 zu Note 6 aufgestellten Regeln. Erwirbt der übertragende Nichteigenthümer das Eigenthum nachträglich, so wird dadurch die früher gemachte Eigenthumsübertragung nicht gültig (§ 83), und der Empfänger wird daher nicht Eigenthümer; jedoch braucht der Empfänger die Sache dem Uebertragenden nicht herauszugeben⁵, und kann, wenn er sie in gutem Glauben empfangen hat, klagend gegen den Uebertragenden wie gegen jeden Dritten auftreten⁶. Dieselbe rechtliche Stellung hat er dem Rechtsnachfolger des Uebertragenden, Gesamts- oder Sondernachfolger, gegenüber, sowie er sie seinerseits auf seinen Rechtsnachfolger überträgt⁷. Das Gleiche wie in dem Fall, wenn der Uebertragende Eigenthümer wird, gilt dann, wenn der Eigenthümer durch Beerbung des Uebertragenden in die Uebertragung eintritt⁸.

gehandelt worden. Was die vorgängige Einwilligung angeht, ist noch zu vergleichen *Jhering Jahrb. f. Dogm. I* S. 303 fg., *Scherrl. das. II* S. 4 fg., *Jhering das. II* S. 121 fg.

⁴ L. 46 D. 41, 1. „Non est novum, ut, qui dominium non habeat, alii dominium praebeat. Nam et creditor pignus vendendo causam dominii praestat, quam ipse non habuit.“ § 1 I. 2, 8. Vgl. § 237¹⁷.

⁵ Er kann den Uebertragenden, welcher sich auf sein jetzt erworbenes Eigenthum beruft, mit der Einrede zurückweisen, daß derselbe sich nicht mit seiner eigenen Willenserklärung in Widerspruch setzen dürfe. Diese Einrede (*exceptio*) konnte in der römischen Formula speciell als *exceptio rei (venditae et) traditae* oder generell als *exceptio doli* gefaßt werden. L. 1 pr. 1. 2. 3 D. 21, 3, l. 72 D. 6, 1, l. 17 D. 21, 2, l. 4 § 32 D. 44, 4. (Vgl. l. 20 D. 40, 9, l. 19 § 4. 5. l. 20 D. 49, 17.) S. auch § 197⁴. *Strohhal Jahrb. f. Dogm. XXVII* S. 419. [*Dernburg I* § 216 bes. II, 2. S. auch *H. Krüger Beiträge z. Lehre v. d. exceptio doli* l. 5. das Verhältniß der exc. doli (generalis) zur exc. rei venditae et traditae u. zur exc. pacti. Halle 1892; Dazu *Erman Sab.-ZS. XIV* S. 237 fg.]

⁶ Nach den Grundrissen der *Publiciana actio* (§ 199). Die Einrede gestaltet sich hier zur *Replik*, l. 72 D. 6, 1, l. 2 D. 21, 3, l. 4 § 32 D. 44, 4.

⁷ L. 72 D. 6, 1, l. 2 D. 21, 3, l. 4 § 32 D. 44, 4. — Mit Rücksicht auf diese Wirkungen des späteren Eigenthumserwerbes bezeichnet ihn l. 58 [56] D. 36, 1 geradezu als *confirmatio* der früheren Veräußerung.

⁸ L. 73 D. 21, 2, l. 1 § 1 D. 21, 3, l. 14 C. 3, 32, l. 14 C. 8, 44 [45]. [Hier ist eine Einschränkung nöthig mit Rücksicht auf die beschränkte Haftung des Erben, der das *beneficium inventarii* hat. (III § 606). *Dernburg I* § 216¹⁰ meint, die *Convalsescenz* trete zu derjenigen Eigenthumsquote ein, welche dem Werthe des dem Erben nach Berichtigung der Nachlassschulden Verbliebenen entspreche; denn über den Betrag des Nachlasses hinaus habe der Benefizialerbe nichts aufzuopfern. Allein nach der Praxis haftet, was auch *Dernburg III* §

2. Daß der Uebertragende sein Eigenthumsrecht gekannt habe, ist Bedingung der Gültigkeit der Eigenthumsübertragung nicht; ebensowenig, daß der Erwerber dieses Eigenthumsrecht gekannt habe⁹. Wohl aber ist die Eigenthumsübertragung ungültig, wenn in Folge der Unkenntniß, in welcher der Uebertragende sich über sein Eigenthumsrecht befindet, der Wille desselben auf die Uebertragung des nicht vorhandenen Eigenthumsrechts gerichtet ist, welches er einem Andern irrigerweise zuschreibt¹⁰.

171 zu ¹⁷ anerkennt, der Benefizialerbe überhaupt nur mit den Nachlasssachen, nicht mit den eigenen, und hieraus folgt, daß ihm auch durch Convalescenz der vom Erblasser vollzogenen Tradition seine Sache nicht verloren gehen kann. Die Convalescenz tritt also dem Benefizialerben gegenüber gar nicht, auch nicht theilweise, ein. Dieß ist auch der Standpunkt des BGB.; vgl. oben § 83 S. 374.]

⁹ Für das Letzte l. 9 § 4 D. 22, 6; f. auch l. 4 § 1 D. 40, 2. Das Erste ist in den Quellen zwar nicht unmittelbar für die Tradition bezeugt, wohl aber für das Vermächtniß (§ 11 I. 2, 20) und die Freilassung (l. 4 § 1 D. 40, 2). Jhering Jahrb. f. Dogm. II S. 155—158, Erner S. 282 fg., Leonhard Irrthum S. 488 fg., Penel Jahrb. f. Dogm. XIX S. 181 fg., Beschmann Kauf II S. 426. S. auch oben § 69^{1a}. A. M. für den ersten Fall Zitelmann Irrthum S. 541 fg. (es trete nur *exceptio rei venditae et traditae* ein).

¹⁰ L. 35 D. 41, 1: „Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam quasi meam vel pupilli alii tradiderint, non recessit ab eis dominium et nulla alienatio est, quia nemo errans rem suam amittit“. Ebenso l. 49 D. 17, 1. Ueber l. 41 D. 12, 1 (zu vergleichen l. 4 pr. D. 40, 2, l. 15 § 1 D. 40, 9) s. Zitelmann Irrthum S. 536 fg., Leonhard Irrthum S. 480 fg. Der im Text bezeichnete Satz findet aber auch in dem umgekehrten Falle Anwendung, wo der Auftrag zur Tradition von dem wahren Eigenthümer dem vermeintlichen Eigenthümer ertheilt wird; auch in diesem Falle wird der Empfänger nicht Eigenthümer, weil (der Beauftragte nicht Eigenthümer ist, und) der Auftraggeber nicht den Willen hat, daß sein Eigenthum übergehen solle. Von diesem Falle handelt l. 15 § 2 D. 18, 1 und die l. 49 D. 17, 1 in ihrem zweiten Fall. Eine andere Frage ist es übrigens, ob der Eigenthümer das Eigenthumsr., welches er behalten hat, gegen den Empfänger der Sache auch geltend machen kann. Es kommt darauf an, ob er zur Eigenthumsübertragung verpflichtet war, bez. die Verpflichtung dazu auf Grund seines Auftrags übernommen worden ist (vgl. § 197⁶). Auch das sagt l. 49 cit. Diese schwierige Stelle lautet: „Servum Titii emi ab alio bona fide et possideo. Mandatu meo eum Titius vendidit, cum ignoraret suum esse; vel contra ego vendidi illius mandatu, cum forte is, cui heres exstiterit, eum emisset: de iure evictionis et de mandatu quaesitum est. Et puto, Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emptori, neque, si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam; et idcirco mandati agere posse, si quid eius interfuisset, quia forte venditurus non fuerit. Contra mandator, si rem ab eo (l. emptore) vindicare velit, exceptione doli submovetur, et adversus venditorem testatoris sui habet ex empto iure hereditario actionem“. Das Verdienst der richtigen Erklärung dieser Stelle (sie läßt sich dahin zusammenfassen,

3. Die Eigentumsübertragung ist ungültig, wenn dem Eigentümer die nöthige Handlungsfähigkeit abgeht (§ 71. 81 a. E.). Ebenso kann sie ungültig sein durch ein entgegenstehendes Veräußerungsverbot. Von den Veräußerungsverboten wird in dem folgenden § besonders gehandelt werden.

4. Daß der Wille des Uebertragenden auf eine von ihm individuell vorgestellte Person gehe, ist nicht erforderlich. Daher liegt namentlich in dem Auswerfen¹¹ eine gültige Eigentumsübertragung, und ebensowenig wird die Gültigkeit der Eigentumsübertragung dadurch beeinträchtigt, daß der Uebertragende nicht weiß, ob der Empfänger für sich oder einen Andern, und im letzteren Fall, ob er für diese oder jene Person, erwerben will¹².

5. Dagegen ist die Eigentumsübertragung ungültig, wenn der Wille des Uebertragenden auf eine andere Person gerichtet ist, als diejenige, welche den Erwerbswillen hat¹³. Ebenso ist sie ungültig,

daß hinter „emisset“ zu ergänzen ist „a me“ gebührt *Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 306²⁵* und ausführlicher das. II S. 149 fg. Von Anderen (Literaturangaben bei *Ihering*) ist aus dieser Stelle der unrichtige Satz hergeleitet worden, daß die Eigentumsübertragung auch dann nichtig sei, wenn der Uebertragende Eigentümer sich über den Grund seines Eigentums im Irrthum befinde. S. dagegen *Ihering a. a. O. II S. 158 fg.* Uebereinstimmend *Arndts § 145²* und *Vangerow I § 311³* (7. Aufl.). Besondere Ansichten neuestens bei *Ed* die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums (*Halle 1874*) S. 32⁵ und bei *Karlowa* *Ageschäfts* S. 67. — So weit die 5. Auflage. Seit derselben ist die l. 49 cit. wiederholt der Gegenstand der Erörterung geworden. *Fuchske ACBra. LXII S. 322 fg.*, *Amann* über den Begriff des *procurator* und des *mandatarius* nach v. R. (*Heidelberg 1879*), *Brinz ACBra. LXIII S. 319 fg.*, *Lewes Grünh. ZS. X S. 112 fg.*, *Esmarch* *Noch ein Wort zur Construction des zweiten Falls der l. 49 mand. S. l. et a. (1883)*. Von diesen Schriftstellern vertheidigt *Brinz* die *Ihering'sche* Auslegung, alle anderen greifen sie an. Mich haben ihre Auslegungen nicht im Mindesten zweifelhaft an der Richtigkeit der *Ihering'schen* Auslegung gemacht. Für dieselbe auch *Zitelmann Irrthum S. 535 fg.* [Ebenso *Kentrop Irrthum bei der Eigentumsstradition nach gem. R. Unter Berücksichtigung des BGB. Erl. Diff. 1897. S. 19—45. S. auch* *Rernburg I § 216⁷*.]

¹¹ *Iactus missilium. L. 9 § 7 D. 41, 1, l. 5 § 1 D. 41, 7. Vgl. Scheurl Beitr. I S. 205—208, Kunze Inhaberpapiere S. 348, Bremer ZS. f. CR. und Pr. N. F. XX S. 65—67, Erner S. 12—17. 53—54, Sohm ZS. f. PR. XVII S. 46 fg., Pernice Parerga II S. 107 fg. Czypcharz Fortf. von Glück, Buch 41 I S. 106 fg. [Verkaufsautomaten!]*

¹² *Scheurl a. a. O. S. 208, vgl. Brinz S. 208 (2. Aufl. I S. 591).*

¹³ Wenn daher der Uebertragende erklärt, dem Empfänger das Eigentum für seine Person übertragen zu wollen, dieser, es für einen von ihm Vertretenen erwerben zu wollen, so ist die Eigentumsübertragung ungültig. Ebenso wenn der Uebertragende erklärt, dem Empfänger für einen Andern übertragen zu wollen, *Windscheid, Pandekten. 8. Aufl. I. Band.*

wenn zwischen dem Uebertragungs- und dem Erwerbungs Willen eine Differenz in Betreff irgend eines andern wesentlichen Punktes besteht. Ein wesentlicher Punkt ist der Gegenstand, an welchem Eigenthum erworben werden soll¹⁴, nicht aber der Grund der Uebertragung und des Erwerbes¹⁵.

6. Weder der Uebertragungs- noch der Erwerbungs Willen braucht ausdrücklich erklärt zu werden; für den einen und den andern Willen genügt es, daß er aus den Umständen geschlossen werden kann¹⁶.

dieser, für sich erwerben zu wollen (l. 37 § 6 D. 41, 1, vgl. übrigens § 155⁷). In dem einen und dem andern Fall, aber eben auch nur dann, wenn der Empfänger eine gegentheilige Erklärung abgibt; schweigt er zu der Erklärung des Uebertragenden, so erklärt er dadurch seinen Consens zu derselben, obgleich er vielleicht innerlich einen andern Willen hat. Unter dieser Voraussetzung wird also in beiden Fällen das Eigenthum gemäß des Willens des Uebertragenden erworben (l. 13 D. 39, 5, vgl. § 145⁷). Will in dem ersten der genannten Fälle der Empfänger der Sache wirklich nicht für sich, sondern für den Andern haben, so kann er denselben nur auf dem Wege eines *constitutum possessorium* zum Eigenthümer machen. Die Behauptung, daß er ihn *direct* zum Eigenthümer mache, ist nicht haltbar. Die Literatur dieser Frage ist § 155⁷ angegeben. [Vgl. auch das. ^{7a}. Rentrop (10 a. G.) S. 45—53.]

¹⁴ L. 2 § 6 D. 41, 4, l. 46 D. 41, 1 vgl. l. 34 pr. D. 41, 2. [Rentrop (10 a. G.) S. 54—73.]

¹⁵ In Betreff dieses Punktes widersprechen sich l. 36 D. 41, 1 und l. 18 pr. D. 12, 1. Die Entscheidung aus dem Principe führt zu dem im Texte aufgestellten Satz. Der Bestimmungsgrund der Willenserklärung ist nicht Bestandtheil derselben (nicht stillschweigende Bedingung), Willensauslegung im gegebenen Fall vorbehalten. S. auch die Note ^{16a}. A. W. Hofmann (§ 171^b) S. 90 fg., Kohler Annalen der Großh. Badischen Gerichte XL S. 244 (Gesammelte Abhandl. I S. 26 fg. 41 fg.), Bernhöft (§ 171^b) S. 57 fg., Voigt ACPr. LIV S. 28, Huschke das. LXII S. 320 fg., Eisele Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 1 fg., Kanda S. 274, vgl. auch Witte Schletter's Jahrb. X S. 12; doch glaube ich nicht, daß diese Schriftsteller das zuvor bezeichnete Argument widerlegt haben. An Vereinigungsversuchen hat es übrigens in alter und neuer Zeit nicht gefehlt, vgl. Pagenstecher II S. 218 fg., Böcking II S. 162—164, Herrmann JS. f. CR. u. Pr. N. F. VII S. 233, Dernburg ACPr. XL S. 1 fg. [Pand. I § 213⁹], Schütze Jahrb. des gem. R. III S. 429 fg., und die bei Bangerow I § 311 Anm. 3 a. G. Citirten, ferner Jhering Jahrb. f. Dogm. XII S. 389 fg., Eisele fr. VS. XX S. 4 (anders derselbe an dem oben angeführten Orte, wo der Dissens der beiden Stellen nicht gelugnet, sondern nur herabgestimmt wird), Zitelmann Irthum S. 531⁴⁰⁰, Leonhard Irthum S. 344 fg., Schwemann ACPr. LXVIII S. 257, aber keiner ist m. E. gelungen. (Gegen Jhering Kohler Gesammelte Abhandl. I S. 28, Huschke a. a. D. S. 321; gegen Zitelmann Eisele a. a. D. S. 1 fg., Huschke Darlehn S. 19¹). Pininski der Thatbestand des Sachbesitzerverbes II S. 242 fg., Strohal Jahrb. f. Dogm. XXVII S. 363 fg.

¹⁶ Daraus können im einzelnen Fall Zweifel entstehen. Ein besonderer hierher gehöriger Fall ist folgender. Jemand beauftragt den Eigenthümer einer

Steht er aber fest, so bedarf es des Zurückgreifens auf die ihn begleitenden Umstände und der Darlegung des aus ihnen sich ergebenden Bestimmungsgrundes der Uebertragung nicht^{16a}.

7. Der Eigentumsübertragung kann eine Bedingung oder eine Befristung hinzugefügt werden; dafür gelten die gewöhnlichen Grundzüge¹⁷. Namentlich kommt es bei der auf Grund des Kaufvertrages

Sache (etwa seinen Schuldner), das Eigenthum derselben einem Andern zu übertragen: wird hier vorher der Auftraggeber zum Eigenthümer gemacht (unter Beschaffung der Tradition durch *constitutum possessorium*), so daß der Beauftragte dessen Eigenthum als sein Stellvertreter überträgt: oder geht auf den Empfänger unmittelbar das Eigenthum des Beauftragten über? Das erste wird angenommen in l. 3 § 12. 13. l. 4 D. 24, 1, [[l. 44 pr. D. 47, 2]], das Zweite in l. 38 § 1 D. 46, 3, l. 15 D. 12, 1, l. 18 D. 13, 1, vgl. auch l. 61 D. 21, 2, l. 14 pr. D. 23, 5, l. 67 [65] § 3 D. 36, 1. Die letzte Entscheidung wird als die allein richtige vertheidigt von Jhering *Jahrb. f. Dogm.* II S. 183—149. Lotmar *Causa* S. 99 fg. stellt den Widerspruch einfach als solchen hin. Vgl. noch Gradenwitz die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte S. 220 fg. — Andere besondere Frage: liegt beim Genuskaufe in der Annahme einer Sache, welche, ohne daß der Annehmende es weiß, nicht die vertragsmäßigen Eigenschaften hat, die Erklärung, Eigenthümer werden zu wollen? Dagegen Zimmermann *3S. f. 5R. XIX* S. 397 fg.

^{16a} Die Tradition ist f. g. *Formal-* nicht *Materialact* (vgl. II § 318. 319). Der Wille als solcher erzeugt rliche Wirkung, nicht der Wille in Verbindung mit seinem Bestimmungsgrund. Der Bestimmungsgrund der Tradition ist Erkenntnisquelle für den Eigentumsübertragungswillen (§ 171^o), nicht dasjenige, was ihm erst rlichen Bestand gibt. Dieß ist die herrschende Meinung (vgl. die Citate bei Leist S. 13 fg., Goldschmidt *5R.* § 79¹⁴), und so auch Erner S. 82 fg. 336, Bekker fr. *3S. IX* S. 260 fg. 283. Doch wird auch das Gegentheil behauptet, so von Gneist formelle Vorträge S. 115 fg., Boigt *conditiones ob causam* S. 121 fg., Hesse *Wesen und Arten der Verträge* S. 43 fg., Brinz 1. Aufl. S. 1438. 1541 (2. Aufl. I S. 588), Karlowa *Rgefchäft* S. 204 fg., Huschke *ACPra. LXII* S. 324 fg., Randa S. 282 fg. Wendt *Jahrb. f. Dogm. XXIX* S. 34 fg. Leist S. 204 fg. erklärt zwar im Uebrigen die Tradition für einen *Formalact*, nimmt aber die Tradition aus Kauf aus, weil bei dieser der Eigentumsübergang durch die Zahlung oder Creditirung des Kaufpreises bedingt sei; deswegen könne allerdings durch Berufung auf die Tradition als solche der Eigentumsübergang nicht gerechtfertigt werden, es müsse vorher feststehen, daß nicht *ex causa venditionis* tradirt sei. Fitting *ACPra. LII* S. 406 fg. nimmt eine historische Entwicklung an; nach der ursprünglichen Auffassung des r. R. sei die Tradition *Material*, nach Justinianischem Recht aber *Formalact*. Strohal *Jahrb. für Dogm. XXVII* S. 340 fg. Kinkel[✓] das R. an der Sache 1889. Darüber Wendt *Jahrb. f. Dogm. XXIX* S. 41 fg., Endemann *3S. f. 5R. XXXVIII* S. 319 fg. Wegen den Auffatz von Wendt Kinkel *Jahrb. f. Dogm. XXIX* S. 397 fg. [[Strohal die Gültigkeit des Titels als Erforderniß wirksamer Eigentumsübertragung. Graz 1891]]. [S. auch ob. § 98^{1 a. E.} Gerson *ABR. II* S. 63 fg.]

¹⁷ Daß die auflösende Befristung bei der Eigentumsübertragung *directe* Wirkung habe, leugnen außer den § 96^o Genannten auch Böding II S. 179.

vorgenommenen Eigentumsübertragung häufig vor, daß das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten wird¹⁸. In einem solchen Vorbehalt ist im Zweifel eine auflösende, keine aufschiebende Bedingung zu sehen^{19a}. Gerade beim Kaufvertrag gilt aber außer-

180. Girtanner Jahrb. f. Dogm. III S. 88 fg., Sintonis I § 39°, Wächter I S. 319 fg.

- ¹⁹ Pactum reservati dominii. Glück XVI S. 229 fg. Genßler ACPr. II S. 291 fg. (1819). Müller ACPr. XII S. 247 fg. (1829) und civil. Abhandlungen Nr. 1 (1833). v. Geyso ZS. f. GR. u. Pr. V S. 161 fg. (1832). Duncker Rhein. Mus. V S. 65 fg. 160 fg. (1833). Hofmann ACPr. XVIII S. 254 fg. (1835). Leonhardt zur Lehre von den Verhältnissen an Grundeigentum Nr. 4 (1843). Pfleger Würtemb. Arch. f. R. u. RVerwalt. XV S. 209 fg. (1872). Thorsch das pactum reservati dominii (1875). G. A. Leist die Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien (1889) S. 44 fg. 52 fg. Sintonis I § 49²¹, Bangerow I § 311 Anm. 2, Goldschmidt HR. I § 81²⁰.

^{19a} So namentlich Leonhardt a. a. D., ferner Müller und Hofmann, Leist a. a. D. Für die aufschiebende Bedingung namentlich Duncker a. a. D., ferner v. Geyso, Bangerow, Goldschmidt a. a. D., Randa § 11²⁰, [bei Mobilien auch Dernburg I § 215, S.] Beide Meinungen combinirt Sintonis a. a. D.; er steht in einem solchen Vorbehalte theils eine aufschiebende, theils eine auflösende Bedingung, oder wie er sich ausdrückt, „theils eine reine, theils eine modificirte Suspensivbedingung“. Für die aufschiebende Bedingung als *condicio iuris*: Thorsch. Für die auflösende Bedingung spricht in entscheidender Weise, daß die Parteien mit einem solchen Vorbehalte nichts bezwecken, als möglichste Sicherheit für den rückständigen Kaufpreis (oder die sonstigen von dem Erwerber zu machenden Leistungen, z. B. S. XVIII. 10, XX. 106), und daß es ihrem wahren Willen gewiß nicht gemäß ist, daß der Verkäufer bis zur Abtragung des Kaufpreises noch über die Kaufsache solle verfügen dürfen und umgekehrt der Käufer des Verfügungsrr. solle entbehren müssen. Man denke auch an den Fall, wo an das tradirte Grundeigentum politische oder communale Berechtigungen angeknüpft sind: stehen dieselben dem Käufer mit Eigentumsvorbehalt nicht zu? Freilich, wenn die Parteien sich klar darüber ausgesprochen haben, daß Eigentum nicht eher übergeben solle, bis der Kaufpreis abgetragen sei (vgl. 1. 20 D. 43, 26, 1. 20 § 2. 1. 21 D. 19, 2, S. VI. 147, XXV. 241—243, RG. IX S. 170), so ist die Sache entschieden. Aber Leonhardt hat gewiß Recht, wenn er bemerkt (S. 270), daß selbst solche „von den Parteien gebrauchte Ausdrücke, welche eher auf eine Suspensiv- als auf eine Resolutivbedingung hinzuleiten scheinen, womöglich als Resolutivbedingung zu interpretiren“ seien. Vgl. auch Gai. I. 140. Nur muß man eben auch eine eigentliche Resolutivbedingung annehmen, also im Erfüllungsfalle eine Wiederauflösung des übertragenen Eigentums *ipso iure* (§ 90); eine bloße obligatorische Verpflichtung des Erwerbers zur Rückübertragung, wie sie Hoffmann annimmt, leistet den Dienst nicht. Die Praxis ist der auflösenden Bedingung nicht günstig, im Uebrigen sehr zerfahren. Für aufschiebende Bedingung: S. I. 188, II. 10, VII. 51, XVIII. 10, XXXV. 123. 294. XXXVI. 127; für auflösende Bedingung so weit es sich um Sicherung des Kaufpreises handelt: X. 14. 237. Für sofortigen Eigentumsübergang mit Dispositionsbeschränkung: XXIV. 205. Für dingliche Wirkung im Allgemeinen: VI. 146, XII. 6, XXI.

dem die gesetzliche Regel ¹⁹, daß das Eigentumsrecht nicht eher übergeht, bis ^{19a} der Kaufpreis gezahlt oder dem Käufer, mit oder ohne

25. Für bloßes Pfandr. XXIII. 135, f. auch XVII. 138. Für Ungültigkeit des Vorbehaltes: I. 319. Vgl. noch XX. 106. — Württembergisches Pfandgesetz von 1825 Art. 45: Pfandtitel bei unbeweglichen Sachen, Ungültigkeit des Vorbehaltes bei beweglichen. Vgl. Lang Handb. des im RR. Württemberg geltenden Sachenr. S. 260 fg. Preuß. Gesetz vom 5. Mai 1872: Hypothekentitel. — Kann der Verkäufer, wenn er den Eigentumsvorbehalt geltend macht, die Kaufsache zurückfordern, ohne empfangene Teilzahlungen zurückzugeben? Er kann 'es nicht, wenn nach der Absicht der Parteien auch der Kaufvertrag durch die Zahlung des Kaufgeldes bedingt ist; er kann es nur dann, wenn der Sinn des Eigentumsvorbehaltes der ist, daß der Käufer bei Nichtzahlung des Kaufgeldes nicht bloß das Eigentum, sondern auch den Besitz verlieren solle, welches Letztere nicht ohne Weiteres anzunehmen ist. Vgl. die Entscheidung des Reichsgerichts 11 7 82, Entsch. VII S. 148, S. f. XXXVIII. 213, und dazu G. A. Leist a. a. O. S. 55 fg.

¹⁹ § 41 I. 2, 1, l. 19. 53 D. 18, 1. Cropp in Heise und Cropp Abhandl. Nr. 1 (1827). Strempel *iusta causa* bei der Tradition § 11 (1856). Leist Mancipation und Tradition S. 46 fg. 199 fg. (1865). Erner Akserwerb durch Tradition S. 338 fg. (1867). Nissen die kaufliche Tradition (s. a.). Hofmann über das Periculum beim Kaufe S. 170 fg. (1870). Thöl Handelsr. I § 68. 69. 5. Aufl. I. 2 § 257. Goldschmidt HR. I § 81.

^{19a} Welches ist der Grund dieses Satzes? Nach meiner Meinung eine natürliche Billigkeit (§ 41 I. 2, 1: „iure gentium, i. e. iure naturali id effici“), die dann in den 12 Tafeln gesetzliche Anerkennung gefunden hat (eod., vgl. Hofmann S. 170). Leist hat diese natürliche Billigkeit, seiner allgemeinen Auffassung der naturalis ratio gemäß, zu einem „Naturgesetz“, einer „Naturnotwendigkeit“ gesteigert; f. dagegen Erner S. 341 fg., Bekker tr. BZS. IX S. 246 fg., Bachmann Kauf I S. 312 fg. Erner sucht die Erklärung des Satzes in der Unvollkommenheit des ältesten Contractsr., nach welchem dem Verkäufer weder *actio venditi*, noch *condictio* zugestanden habe, so auch Böding II § 147 Anm. 45 a. G.; Bachmann a. a. O. S. 198 fg. 311 fg. 564 fg. leitet ihn her aus der ursprünglichen Auffassung des Kaufs als eines Austauschtes von Leistungen (nicht von Verpflichtungen) und bringt die Vorschrift der 12 Tafeln in Verbindung mit der Geschichte der Mancipation (vgl. § 385*); Hofmann hält den Satz für entlehnt aus dem griechischen R. Sehr verbreitet ist die Annahme, daß der Satz nur Interpretationsatz sei; ohne Zahlung oder Stundung des Kaufpreises sei der Eigentumsübertragungswille nicht anzunehmen. So namentlich Strempel, Nissen, Thöl, Goldschmidt, Buchta Vorl. zu § 148, Dernburg I § 215, 2. Diese Annahme ist nicht ohne praktische Bedeutung; ist sie richtig, so muß das Eigentumsr. auch dann übergehen, wenn der Verkäufer irrigerweise annimmt, der Kaufpreis sei gezahlt, oder wenn ihm falsches Geld gezahlt wird. So in der That Goldschmidt § 81 ^{2a}; dagegen Erner S. 322. 340, Leist S. 216 fg.; S. f. XXXVII. 194, XLI. 86. Ja Dernburg befreit auf Grund dieser Annahme dem Satze die gemeinliche Geltung. Mit dem Wortlaute der Quellaussprüche steht diese Annahme nicht in Einklang, und zu einer beschränkenden Auslegung dieser Aussprüche sehe ich keine Nöthigung. Allerdings kann der Verkäufer auf das ihm gesetzlich zustehende R. verzichten; aber zu diesem Verzicht genügt nicht der Wille, daß Eigentum übergehen solle; es ist erforderlich

Sicherheit, gestundet ist^{19b}. Gestundet ist der Kaufpreis in allen Fällen, in welchen der Verkäufer nicht sofortige Entrichtung nach Empfang erwartet^{19c, 19d}.

8. Die Uebergabe der Sache, in welcher der Eigenthumsübertragungsvertrag seinen Ausdruck finden muß, braucht nicht von Hand zu Hand zu erfolgen. Eine abwesende Sache wird dadurch übergeben, daß der Erwerber mit Willen des Uebertragenden den Besitz

der Wille, daß trotz nicht gezahlten Kaufpreises Eigenthum übergehen solle. Anderes sagt auch Bekker fr. PZS. IX S. 259 nicht.

^{19b} Der solutio steht gleich (ist später gleichgestellt worden?) die satisfactio (§ 41 I. 2, 1, l. 5 § 18 D. 14, 4, l. 19. 53 D. 18, 1; l. 11 § 2 D. 19, 1, l. 38 § 2 D. 40, 12), dann das fidei emtori habere, fidei emtoris sequi (§ 61 I. cit., l. 19 cit.). Feist S. 88 fg., Erner S. 348 fg., Goldschmidt S. 81¹⁸⁻¹⁷⁻¹⁹, Wechmann der Kauf I S. 342 fg. 576 fg. — Rückwirkende Kraft der Zahlung? Enneccerus Negeschäft, Bedingung und Anfangstermin S. 250 fg.

^{19c} Vgl. namentlich Tropp a. a. D., Thöl S. 422 fg. (6. Aufl. S. 822 fg.) Goldschmidt S. 847 fg. Cf. VI. 10, VIII. 40, XV. 201, XVI. 270, XXXI. 114, XXXIX. 99. 205. — Ist ohne Stundung übergeben, so ist der Empfänger zwar nicht Eigenthümer geworden, aber er hat gegen Dritte Publiciana actio (l. 8 D. 6, 2), und gegen den Tradenten selbst Schutz, sobald er Zahlung anbietet. Erner S. 354 fg., Goldschmidt S. 852 fg. Das Erf. bei Cf. XXVIII. 199 gewährt Schutz gegen den Tradenten schlechthin. Anders XLII. 16. Rissen a. a. D. hat die eigenthümliche Ansicht zu begründen gesucht, der Empfänger erhalte keinen juristischen, sondern nur precären Besitz, und daher könne namentlich die Sache ihm vom Verkäufer eigenmächtig wieder weggenommen werden. Die Argumente Rissen's sind nicht beweiskräftig; gegen ihn spricht l. 8 D. 6, 2. S. auch Erner krit. PZS. XII S. 309 fg. — Hat der Verkäufer, welcher ohne Stundung tradirt hat, außer der rei vindicatio auch venditi actio, so daß er Eigenthum nicht zu behaupten und zu beweisen braucht? Dafür Goldschmidt a. a. D.⁴⁸, Erner a. a. D. S. 311, auf Grund der bonae fidei Natur des Kaufes (II § 389^{1a}). Cf. XVI. 270. Ich bin der gleichen Meinung: nach dem Re der Voraussetzung. Vgl. II § 321, 2. — Separationsr. auch bei gestundetem Kaufpreis nach Particularren (Goldschmidt HR. § 82) und R.D. 36. Mandry S. 285. Detler das Verfolgungs r. (right of stoppage in transitu) nach § 36 der Reichsconcurordnung. Rassel 1883. Goldschmidt HR. § 82. [Dernburg I § 215, 2: im heutigen Verkehr ist Uebergabe regelrecht unbedingte Uebergabe; freilich kann Parteiville den Eigenthumsübergang von der Zahlung des Preises als von einer Bedingung abhängig machen.]

[^{19d} Fiduciärische Eigenthumsübertragung: vgl. G. A. Feist in der Note¹⁸ citirten Schrift (dazu Bähr fr. PZS. XXXII S. 367 fg.), Dertmann die fiducia im r. Privatr. Berlin 1890 (dazu Heyrovsky Grünh. ZS. XVIII S. 354 fg., Brudner fr. PZS. XXXVI S. 1 fg.; zu Feist und Dertmann Endemann ZS. f. HR. XI. S. 306 fg.), Buetow die Sicherungsübereignungen. Gört. Diff. 1894, Lindelmann die Sicherheitsübereignungen ABM. VII S. 209 fg., Lang die Wirkungen der fiduciärischen Geschäfte ACPr. LXXXIII S. 336 fg. Die stillen Verhältnisse Dfners (Grünh. ZS. XX S. 241 fg.) umfassen die fiduciärischen, gehen aber nicht darin auf.]

derselben ergreift²⁰. Die Uebergabe wird ersetzt: a) wenn der Erwerber die Sache bereits in Händen hat, dadurch daß er sie mit Willen des Uebertragenden behält²¹; b) wenn ein Grund vorhanden ist, kraft dessen der Uebertragende die Inhabung behält, dadurch daß der Uebertragende sie für den Erwerber zu haben anfängt²². Dagegen kann die Uebergabe durch die bloße Erklärung des Uebertragenden, die Sache für den Erwerber haben zu wollen, ebensowenig ersetzt werden, wie durch eine Erklärung des Inhalts, daß hiermit die Sache übergeben sei²³. —

Daß durch die Eigenthumsübertragung die an der Sache stattfindenden Rechte Dritter nicht aufgehoben werden, versteht sich von selbst²⁴. Etwas Besonderes aber ist es, daß es auch Einreden gibt, welche mit dem Eigenthum auf den Erwerber übergehen²⁴.

[Die Uebertragung des Eigenthums nach BGB.]

I. Für bewegliche Sachen ist das BGB. bei dem Traditionsprincip geblieben: „Zur Uebertragung des Eigenthums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eigenthümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigenthum übergehen soll.“ (929.)

1. Das BGB. nennt den Vorgang nicht einen Vertrag. Der I. Entw. (874) hatte diesen Ausdruck gebraucht. Die II. Commiss. beseitigte ihn (Prot. S. 9377. 9398), um es den Juristen zu überlassen, inwieweit auf die geforderte Einigung Vertragsgrundsätze anwendbar seien. Es ist m. E. anzunehmen, daß die Sätze von dem Zustandekommen der Verträge, insbesondere von der Verbindlichkeit des Antrags solche Anwendung finden müssen (s. ob. S. 271 fg. S. 737).

2. Die Uebergabe ist nichts anderes als die Verschaffung des Besitzes.

3. Daher genügt, wenn der Erwerber im Besitze der Sache bereits ist, die Einigung zum Uebergang des Eigenthums (929 S. 2). Dieß entspricht der gemeinrechtlichen *brevi manu traditio* (§ 172²¹), nur daß dabei ein Aufrücken des Inhabers aus der Stellung des Detentors in die des juristischen Besitzers nach

²⁰ Vgl. § 153⁹; 1. 47. D. 6, 1, 1. 9 § 7 D. 41, 1, 1. 6 D. 39, 5, 1. 62 [61] § 8 D. 47, 2.

²¹ S. g. *brevi manu traditio*. S. § 154².

²² a) Er ist Inhaber. S. g. *constitutum possessorium*. S. § 155^{9c}.
b) Er ist juristischer Besitzer. L. 21 § 1 D. 41, 1. „Si rem meam possideas, et eam velim tuam esse, fiet tua, quamvis possessio apud me non fuerit“. L. 46 D. 6, 1. Erner S. 21 fg., Sohn B. f. HR. XVII S. 38 fg.

²³ Es ist nachgelassen, daß das Singeben erspart werde, wenn die Sache dennoch zurückgegeben worden sein würde. Dieß trifft zu in dem Falle der Note²², wie in dem der Note²¹. Mehr ist nicht nachgelassen. Das Nähere § 155^{9c}. [s. auch das^{9b} und § 153¹⁰.] Vgl. noch Brunner zur Rechtsh. der römischen und germanischen Urkunde I S. 116 fg.

²⁴ L. 54 pr. 1. 175 § 1. 177 pr. D. 50, 17.

²⁴ S. 3. B. § 78⁶, § 80⁵, § 112², § 132³, § 197⁵⁻⁶, II § 337⁹.

dem Besitzsystem des BGB. nicht vorkommen kann (s. ob. S. 690). Ist im Sinne des § 854 BGB. der Erwerber in der Lage, die Gewalt über die Sache auszuüben, ohne doch Besitzer zu sein, so kann er durch eine und dieselbe Einigung entsprechenden Inhalts gleichzeitig zum Besitzer und Eigenthümer gemacht werden.

4. „Ist der Eigenthümer im Besitz der Sache, so kann die Uebergabe dadurch ersetzt werden, daß zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältniß vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt“. (980.) Das ist ein *constitutum possessorium*, nur mit der Maßgabe, daß, entsprechend dem Besitzsystem des BGB., der bisherige Eigenthümer nicht vom juristischen Besitzer zum Detentor degradirt und der Erwerber juristischer Besitzer wird, sondern daß vielmehr der bisherige Eigenthümer Besitzer bleibt und der Erwerber als mittelbarer Besitzer neben ihn tritt (s. ob. S. 690c). Ein f. g. *abstractes constitutum possessorium* erkennt das BGB. nicht an (s. ob. § 172, 8, b u. dortige Verweis.).

5. Mit dem Traditionsprincip wird gebrochen in § 931 (Begründung f. Prot. d. II. Comm. S. 3693 fg.) Danach kann, wenn ein Dritter im Besitz der Sache ist, die Uebergabe dadurch ersetzt werden, daß der Eigenthümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt. Es ist nicht erforderlich, daß der Eigenthümer mittelbarer Besitzer ist; es genügt die in der Absicht der Eigenthumsübertragung erfolgte Abtretung der einfachen *rei vindicatio* (vgl. ob. S. 698, b), welche nach gemeinem Recht den Cessionar erst dann zum Eigenthümer macht, wenn er den Besitz der Sache erlangt (II § 337^o).

6. Ein fernerer Bruch des Traditionsprincips liegt darin, daß das Eigenthum an vorhandenen Zubehörsstücken eines Grundstücks, welche im Eigenthum des Veräußerers stehen (im Zweifel), mit dem Eigenthumsübergang durch Auflassung auf den Erwerber des Grundstücks übergeht. (926 Abs. 1).

7. Es ist selbstverständlich auch nach BGB. (vgl. § 172, 1) möglich, daß ein Dritter als Vertreter des Eigenthümers die Veräußerung in dessen Namen bewirkt, oder ohne im Namen des Eigenthümers zu handeln mit dessen Ermächtigung über seine Sache verfügt (vgl. § 73¹⁶), oder daß ein Dritter kraft eigenen Rechts die fremde Sache veräußern (z. B. 1087 Abs. 2) oder veräußern lassen kann (z. B. 1235 fg.). Geht die Eigenthumsübertragung ohne solche Grundlage von einem Nichtberechtigten aus, so wird sie mit rückwirkender Kraft wirksam, wenn der Eigenthümer sie genehmigt, ohne rückwirkende Kraft, wenn der Tradent das Eigenthum erwirbt, oder wenn der Eigenthümer den Tradenten beerbt und für die Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkt haftet (185); vgl. ob. S. 374 und § 172^o. Soweit die Eigenthumsübertragung durch die Sätze dieser Nummer gedeckt wird, hat sie andere Voraussetzungen als diejenige des Eigenthümers nicht, während der gutgläubige Erwerb vom Nichteigenthümer nach §§ 932 fg. zum Theil abweichende Voraussetzungen hat.

8. Der Erwerb des gutgläubigen Empfängers (vgl. § 165⁷) untersteht folgenden Vorschriften:

a. Bei der Eigenthumsübertragung durch wahre Uebergabe (auch im Falle des § 854 Abs. 2) erwirbt der Erwerber Eigenthum auch vom Nichteigenthümer, es sei denn, daß er erweislich zu der Zeit, in welcher Uebergabe und Einigung zusammentreffen, in dem Zeitpunkte nämlich, in welchem er das Eigenthum

erwerben würde, nicht in gutem Glauben ist. Das ist er nicht, wenn ihm bekannt oder in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache dem Veräußerer nicht gehört (932). Veräußert ein Nichteigentümer unter der Behauptung einer anderweitigen Legitimation zur Veräußerung (ob. 7), so erwirbt der Erwerber das Eigentum, wenn er an das Eigentum desjenigen, von dem der Veräußerer die Veräußerungsbefugniß ableitet, ohne grobe Fahrlässigkeit glaubt. Insoweit verträgt § 932 Abs. 2 unzweifelhaft eine Ausdehnung. Dagegen lehrt § 1244, daß der irrige Glaube an die Existenz der abgeleiteten Veräußerungsbefugniß dem Erwerber nur soweit zu Statten kommt, als das Gesetz dieß besonders bestimmt.

b. Bei der *traditio brevi manu* (ob. 3) erwirbt der gutgläubige Erwerber das Eigentum nur dann, wenn er den Besitz von dem Veräußerer erlangt hatte (932 Abs. 1 S. 2), mit Recht; denn während es z. B. dem Entleiher erlaubt ist, zu glauben, daß sein Verleiher (von dem er nun kauft) der Eigentümer der Sache ist, ist dieser Glaube unberechtigt, wenn ein beliebiger Anderer mit der Behauptung des Eigentums auftritt.

c. Das *constitutum possessorium* (s. ob. 4) reicht zur Eigentumsübertragung überhaupt nicht aus, wenn der Veräußerer nicht Eigentümer ist, denn dieser Act ist zu unsichtbar, um es zu rechtfertigen, daß der Schutz des bisherigen Eigentümers ihm erliege. (Mot. III S. 345, Prot. d. II. Comm. S. 3704). Wird aber nachträglich die Sache wirklich dem Erwerber übergeben, so erwirbt er Eigentum, wenn er nun im guten Glauben ist (933).

d. Die Uebertragung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs (ob. 5) reicht, wenn der Veräußerer nicht Eigentümer ist, zur Uebertragung des Eigentums auf den gutgläubigen Erwerber nur dann aus, wenn der Veräußerer mittelbarer Besitzer ist, also in einem besonderen Rechtsverhältniß steht, aus welchem sein Herausgabeanspruch hervorgeht (s. ob. S. 698, b) und dessen Existenz zugleich erlaubt erscheinen läßt, ihn für den Eigentümer zu halten. Im anderen Falle wird der Erwerber erst dann Eigentümer, wenn er den Besitz der Sache von dem Dritten erlangt, der sie hat; der gute Glaube muß dann zu dieser Zeit vorhanden sein (934).

e. Bei dem Erwerb von Zubehör durch Auflassung (6) muß, wenn der Veräußerer nicht Eigentümer ist, ebenfalls Besitzergwerb des Erwerbers hinzukommen, damit er Eigentum erwerbe; zu dieser Zeit muß guter Glaube vorhanden sein (926 Abs. 2).

f. In allen obigen Fällen ist der Eigentumserwerb ausgeschlossen, wenn die Sache erweislich dem Eigentümer gestohlen, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen war. War der Eigentümer mittelbarer Besitzer, so gilt das Nämliche, wenn eine jener Thatfachen sich zu Ungunsten des unmittelbaren Besitzers ereignet hatte (935 Abs. 1).

g. Die Ausnahme unter f tritt nicht ein, wenn Geld oder Inhaberpapiere in Frage sind, oder Sachen, welche in öffentlicher Versteigerung veräußert wurden (935 Abs. 2).

9. Mag das Eigentum vom Eigentümer oder vom Nichteigentümer erworben werden, immer finden die Grundsätze vom Erwerb in gutem Glauben analoge Anwendung auf das Erlöschen von Rechten, welche die erworbene Sache belasten (936).

a. Bei der Veräußerung durch wahre Uebergabe erlöschen alle Rechte Dritter mit dem Eigenthumserwerb, es wäre denn zu dieser Zeit der Erwerber erweislich in Ansehung des Rechts in bösem Glauben, d. h. das Recht ihm bekannt oder in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt.

b. Bei der traditio brevi manu gilt dieß nur, wenn der Erwerber den Besitz vom Veräußerer erlangt hatte (f. 8, b).

c. Beim constitutum possessorium muß Besitzerverb hinzutreten und zu dieser Zeit guter Glaube vorhanden sein (f. 8, c).

d) Bei der Veräußerung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs erlischt das Recht mit der Abtretung, wenn der Veräußerer mittelbarer Besitzer ist, anderen Falls erst mit dem Besitzerverb des Empfängers; in welchem Falle der gute Glaube zur Zeit des Besitzerverbs vorhanden sein muß (vgl. 8, d). Steht das Recht dem dritten Besitzer der Sache selbst zu, so erlischt es durch Abtretung des gegen ihn bestehenden Herausgabeanspruchs überhaupt nicht; die Stellung des Besitzers darf nicht durch Verhandlungen Dritter über die Sache verschlechtert werden.

e. Beim Eigenthumserwerb von Zubehörstücken eines Grundstücks (6. 8, e) gilt das unter 8, e Bemerkte auch für das Erlöschen von Rechten.

f. Da das Erlöschen der Rechte gemäß § 936 an die Vorbedingung des Eigenthumserwerbs gebunden ist, so folgt von selbst, daß die Veräußerung einer gestohlenen u. s. w. Sache auch die dinglichen Rechte nur dann zum Erlöschen bringt, wenn sie Eigenthum überträgt (8, f. g.).

10. Von dem Rechtsgrunde, Bestimmungsgrunde ist nach BGB. die Tradition nur abhängig, soweit sie die Parteien davon abhängig gemacht haben (Vgl. ob. § 172^{16a}).

11. Bedingung und Zeitbestimmung sind zulässig § 172, 7. Ihre Wirkung untersteht den allgemeinen Grundsätzen. Der gesetzliche Ausschub des Eigenthumsüberganges beim Kauf bis zur Zahlung oder Stundung des Kaufpreises ist dem BGB. fremd.

12. Gegen die Sätze § 172, 4 ist vom Standpunkte des BGB. aus nichts einzuwenden.

13. Dissens- und Irrthumsfragen (§ 172, 2. 5) unterstehen im BGB. den allgemeinen Grundsätzen (f. ob. S. 338 fg.). Was jedoch den f. g. error in dominio angeht, so bedarf es einiger Bemerkungen. Wenn der Tradent die Sache eines andern zu veräußern denkt, und der Empfänger an das Eigenthum dessen glaubt, von dem der Tradent seine Legitimation zur Veräußerung ableitet, so erwirbt er auf Grund der Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb das Eigenthum auch dann, wenn der Tradent selbst Eigenthümer ist. Wenn der Tradent eine eigene Sache zu veräußern denkt und der Erwerber an sein Eigenthum glaubt, so stehen dem Erwerber gleichfalls die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb zur Seite. Eine Anfechtung der Tradition wegen Irrthums nach den allgemeinen Grundsätzen wird hierdurch freilich nicht ausgeschlossen. Ich glaube aber nicht, daß nach der Absicht des BGB. (119) es einen Irrthum über den Inhalt der Willenserklärung bedeutet, wenn jemand erklärt, das Eigenthum an dieser Sache übertragen zu wollen und nur darüber irrt, wem dasselbe bisher zu stand. Nähme man das Gegentheil an, so müßte man auch dem Verkäufer die Anfechtung des Verkaufes gestatten, wenn er eine Sache verkaufte, die er irrig für

die feineige hielt. Damit würde man die Vorschriften des Gesetzbuchs über die Haftung des Verkäufers wegen rechtlicher Mängel (440 fg.) aus den Angeln heben.

II. Die Uebertragung des Eigenthums an Grundstücken erfolgt durch Auflassung, d. h. durch die bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Theile vor dem Grundbuchamt erklärte unbedingte und unbetagte Einigung des Veräußerers und des Erwerbers über den Eigenthumsübergang und die Eintragung desselben in das Grundbuch (925, 873). S. auch 892 über den Erwerb im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs und vgl. CG. 126, 127.]

Veräußerungsverbote*.

§ 172 a.

Ein Veräußerungsverbot kann auf Gesetz, auf richterlicher Verfügung oder auf Privatwillen beruhen.

1. Ein gesetzliches Veräußerungsverbot¹ macht die in Wider-

* Paul J. C. f. CR. u. Pr. V S. 1 fg. (1841). Bachofen ausgewählte Lehren Nr. 2—7 (1848). Fr. Schröder zur Lehre von den gesetzlichen Veräußerungsverboten. Heidelberg 1875. (Vgl. über diese Schrift Kohler fr. JZS. XIX S. 143 fg.) Pagenstecher I § VIII—IX, Randa § 8, Bangerow I § 299, Böcking II § 158, Bekker Pand. I § 79. [Dernburg I § 217.]

¹ Die gesetzlichen Veräußerungsverbote des r. R. sind: a) das Verbot der Veräußerung der in Streit befangenen Sachen (§ 125), der zur Dos und zur Eheschenkung gehörigen unbeweglichen Sachen (II § 497, 508^a), der Sachen des f. g. peculium adventicium durch das Kind ohne Consens des Vaters (II § 517, 2), der vermachten Sachen (III § 648, 4); b) das Verbot der Veräußerung der Sachen des Mündelvermögens durch den Vormund ohne Consens der obervormundschaftlichen Behörde (II § 441) und der unbeweglichen Sachen der Kirchen und frommen Stiftungen durch ihre Verwalter (Nov. 7, 120, c. 5 X. 3, 13, Prinz S. 110, vgl. dens. S. 1102, 1103 fg. [2. Aufl. III S. 816 fg. 564 fg.; f. überhaupt Prinz-Potmar IV S. 440⁷⁷ m. Nachweis.]); c) das Verbot der Veräußerung der Sachen des peculium adventicium durch den Vater (II § 517, 2) und der Sachen des lucrum nuptiale durch den parens hinubus (II § 511, 2). Man darf den bei b und c genannten Bestimmungen die Natur eines gesetzlichen Veräußerungsverbotes nicht deswegen bestreiten, weil sie sich nicht an den Eigenthümer wenden. Denn für die bei b genannten Bestimmungen kommt in Betracht, daß die Person, an welche sie sich wenden, in einer Lage ist, welche sie an und für sich zur Veräußerung befähigt, für die sämtlichen aber bei b und c genannten, daß die Wirkung der gesetzlichen Veräußerungsverbote nicht allein in der Verhinderung des Eigenthumsüberganges besteht. Durch das gesetzliche Veräußerungsverbot wird auch die ordentliche Erfindung (§ 182, 5) und in Verbindung damit die Publicianische Klage (§ 199, 3) ausgeschlossen, und kann ausgeschlossen werden die Gültigkeit des auf die Veräußerung gerichteten Geschäfts nach seiner obligatorischen Seite. Diese Richtung des Veräußerungsverbotes auf die obligatorische Seite des Veräußerungsgeschäftes ist namentlich von Schröder a. a. D. (f. namentlich S. 14 fg. 171 fg.) hervorgehoben worden, welcher Schriftsteller nur darin zu weit geht, daß er die obligatorische Ungültigkeit des Veräußerungsgeschäftes als eine nothwendige Folge des gesetzlichen Veräußerungsverbotes ansieht, während nach § 172a.

spruch mit demselben erfolgende Veräußerung nichtig². Durch späteres

meiner Ansicht es zwar sehr nahe liegt, daß das Gesetz sich diese Tragweite habe beilegen wollen, aber doch möglicherweise auch das Gegentheil gewollt sein kann. Bekker a. a. D. S. 356. — Nicht dagegen darf von einem gesetzlichen Veräußerungsverbot da gesprochen werden, wo dem Eigentümer die Veräußerungsbefugniß wegen mangelnder Handlungsfähigkeit abgeht (§ 71), und daher ist Schröder (S. 184 fg.) darin beizutreten, daß ein gesetzliches Veräußerungsverbot nicht in der Bestimmung enthalten sei, welche dem Mündel die Veräußerung ohne Consens der obervormundschaftlichen Behörde unterlagt (II § 442⁵), während die gleiche Auffassung der I. 8 § 5 C. 6, 61 (Schröder S. 188 fg.) m. E. nicht genügenden Grund hat. — Antiquirte Fälle gesetzlicher Veräußerungsverbote in: I. 52 D. 18, 1 (Bachofen a. a. D. Nr. 7), I. 2 C. 4, 42, Cod. 10, 34 [33] de praediis decurionum sine decreto non alienandis (Bachofen a. a. D. Nr. 6), I. 7 C. 11, 48 [47], Cod. 11, 56 [55] non licere habitatoribus metromomiae loca sua ad extraneum transferre. — Neuere reichsgesetzliche Veräußerungsverbote: R.D. 6, Str.P.D. 326. 334. 480.

² Die Nichtigkeit kann auch von dem Veräußerer selbst geltend gemacht werden (I. 16 C. 5, 71, I. 1 C. 10, 34 [33], I. 7 C. 11, 48 [47]). Man hat sich da- wider auf I. 17 D. 21, 2 berufen; aber diese Stelle handelt nicht von einem Fall, wo der Eigentumsübergang gesetzlich verboten ist, vgl. auch I. 32 § 2 D. 16, 1. Es ist auch diese Befugniß des Veräußerers in der neueren Zeit ziemlich allgemein anerkannt worden (Brandis 3S. f. C.R. u. Pr. VII S. 183—187, Schmid I S. 36. 37, Bangerow I § 299 Anm. Nr. 1, Böding II § 158⁶, Pagenstecher I S. 71. 72, Sintenis I § 38⁷, Holzschuher II § 106⁸, Schröder a. a. D. S. 4), [im Allgemeinen auch Delschläeger die vindication der gegen ein gesetzliches Verbot veräußerten Sache durch den Veräußerer. Östt. Diff. 1892.] Früher wurde vielfach das Gegentheil gelehrt, schlechthin oder mit Ausnahme der lediglich im Interesse des Veräußerers getroffenen Veräußerungsverbote, vgl. Paul a. a. D. S. 8—10. Für das Veräußerungsverbot des Dotalgrundstücks wird diese Ansicht auch jetzt noch vertheidigt von Buchta zu § 417 a. E., Bachofen a. a. D. S. 108, Fitting ACBra. XLII S. 167—172, Brinz I. Aufl. S. 1232 fg. (vgl. 2. Aufl. I S. 492, III S. 697 fg.); f. dagegen Brandis a. a. D. S. 191—194, Bangerow I § 218 Anm. 3, Arndts § 402⁹, Czypplarz 3S. f. C.R. u. Pr. N. F. XXII S. 430 fg. und Dotalk. S. 204 fg., Wehmann Dotalk. II S. 457. 459. Gegen das hier Gelehrte S. VI. 217. 231, IX. 169; dafür XIX. 161, XXII. 12 a. E. Gegen die Aufstellung einer allgemeinen Regel Bekker S. 357. — Eine andere Frage ist es, ob der die Nichtigkeit der Veräußerung geltend machende Veräußerer nicht zur Entschädigung verpflichtet ist. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob eine gültige Verpflichtung zur Veräußerung oder aus der Veräußerung (dem Veräußerungsgeschäft) vorliegt. Was das Letztere (die Verpflichtung aus dem Veräußerungsgeschäft) anlangt, so ist nach allgemeinen Grundsätzen zu unterscheiden, wie folgt: a) das Veräußerungsverbot hat den Sinn, daß das Veräußerungsgeschäft auch nach seiner obligatorischen Seite nichtig sein soll. Dann ist nur ein Anspruch auf f. g. negative Vertragsinteresse und nur für den gutgläubigen Erwerber begründet (§ 307¹⁰). b) Das Veräußerungsverbot vernichtet das Veräußerungsgeschäft nach seiner obligatorischen Seite nicht. Dann ist für den gutgläubigen Erwerber ein Anspruch auf das volle Erfüllungsinteresse begründet; dem Erwerber dagegen, welcher das Veräußerungsverbot gekannt hat, steht auch in diesem Fall ein Anspruch nicht zu, da er sich zum Gläubiger

Wegfallen des Veräußerungsverbotes (der thatsächlichen Voraussetzungen des Veräußerungsverbotes) wird die Nichtigkeit nicht zur Gültigkeit, jedoch kann jetzt der Eigenthümer die Nichtigkeit nicht mehr geltend machen; es greifen hier die gleichen Grundsätze Platz, wie in dem Falle, wo der veräußernde Nichteigenthümer hinterher Eigenthümer wird². Eine Ausnahme von der Folge der Nichtigkeit gilt a) für das Verbot der Veräußerung der im Streit befangenen Sache; diese Veräußerung ist gültig, nur unwirksam für den anhängigen Proceß^{3a}. b) Wenn neuere Reichsgesetze die Wirkung eines von ihnen verfügten Veräußerungsverbotes dahin bestimmen, daß die Veräußerung nichtig gegenüber gewissen Personen sei^{3b}, so ist damit die Veräußerung in der That für anfechtbar erklärt^{3c}.

2. Gleichfalls Nichtigkeit der Veräußerung hat ein richterliches Veräußerungsverbot zur Folge⁴.

3. Anders dagegen verhält es sich mit den auf Privatwillen beruhenden Veräußerungsverboten. Ein letztwilliges Veräußerungsverbot ist ohne rechtliche Bedeutung. Zwar wenn es mit Rücksicht darauf

auf eine Leistung gemacht hat, deren Unmöglichkeit er kannte. Besondere und theilweise abweichende Quellenentscheidungen in: 1. 3 § 4 C. 6, 48, 1. 5 [4] C. 8, 36 [37], 1. 9 C. 5, 71, 1 1 C. 6, 60, 1. 7 C. 11, 48 [47], Nov. 7 c. 5, Nov. 61 c. 4. Vgl. Brandis 3 C. f. 38. v. Pr. VII C. 180 fg., Mommsen Unmöglichkeit der Leistung § 3 und namentlich Schröder a. a. D.; f. auch II § 497¹³. Schröder gibt, trotzdem er das Veräußerungsgeschäft immer auch obligatorisch nichtig werden läßt (¹), dennoch dem gutgläubigen Erwerber einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse. [Diesen Anspruch gewährt stets auch Dernburg I § 217^{7, 8}, II § 16^{13, 14, 15}.] Vgl. auch II § 423².

² In diesem Sinne ist, wie die Schlußworte unzweifelhaft machen, zu verstehen 1. 42 D. 41, 3. „Cum vir praedium dotale vendidit scienti vel ignorantem rem dotis esse, venditio non valet: quam defuncta postea muliere in matrimonio confirmari convenit, si tota dos lucro mariti cessit. Idem iuris est, cum is, qui rem furtivam vendidit, postea domino heres existit“.

^{3a} C. § 125² fg.

^{3b} R.D. 6: „den Konkursgläubigern gegenüber“. St.P.D. 326: „der Staatskasse gegenüber“. Hinzuzufügen St.P.D. 332—334. 480.

^{3c} C. § 82² a. C.

⁴ L. 12 D. 41, 3. 1. 7 § 5 D. 41, 4; 1. 31 § 4 D. 42, 5, 1. 8 D. 50, 12. Cf. XXIV. 206, XXIX. 92, 190; XXXIX. 192. C. auch II § 400⁷ c. β. Manche (Kauf a. a. D. C. 3, Böcking II § 158⁵, Brinz 2. Aufl. I C. 190) wollen die richterlichen Veräußerungsverbote als eine besondere Art der Veräußerungsverbote nicht anerkennen. C. dagegen Pagenstecher I C. 68—70, Arnbtz § 132², Fitting ACPra. LI C. 273 fg. CPD. 817 Abf. 2, R.D. 98. Mandry C. 217.

getroffen ist, daß die betreffende Sache später an einen Andern fallen soll, tritt Nichtigkeit der Veräußerung allerdings ein; aber Grund dieser Nichtigkeit ist nicht das testamentarische Veräußerungsverbot, sie würde ganz in gleicher Weise auch ohne dasselbe eintreten; ihr Grund ist das Recht des Dritten, oder, wenn überhaupt ein Veräußerungsverbot, ein gesetzliches (Note 1)⁵. Ein vertragsmäßiges Veräußerungsverbot begründet, wenn die Veräußerung dennoch erfolgt, ein Forderungsrecht auf Rückgabe des mit der Auflage der Nichtveräußerung Gegebenen⁶ oder auf Entschädigung⁷; aber nichtig macht es die Veräußerung nicht⁸.

[1. Das **§§.** stellt als Regel hin, daß ein Rechtsgeschäft, welches gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig ist (134); dieß gilt auch, wenn die Veräußerung einer Sache verboten ist; jedoch wird in dieser Beziehung der Satz durch § 135. 136 erheblich eingeschränkt. So weit er gilt, kommt Folgendes in Betracht:

a. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß die Nichtigkeit auch von dem

⁵ L. 114 § 14 D. 30, l. 69 § 3. l. 77 § 27 D. 31; l. 3 § 2. 3 C. 6, 43. Vgl. ¹ und die Schrift von E. A. Seuffert, das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Singular- und Universalermächtnissen nach r. R. (1854). Von einem Falle wie der hier bezeichnete ist auch zu verstehen l. 7 C. 4, 51. In l. 2 C. 7, 26 ist das Wirkame nicht das testamentarische Veräußerungsverbot, sondern die testamentarische Beschränkung der vormundschaftlichen Gewalt (vgl. l. 1 § 2 D. 27, 9 und Unterholzner Verjährungslehre I § 38, Stephan *ACPra.* XXXIV S. 362 fg.). Cf. III. 302. — A. M. neuerdings Fitting *ACPra.* LI S. 270 fg.: das testamentarische Veräußerungsverbot soll in allen Fällen Nichtigkeit begründen, wo demselben nur nicht „jedes erweisliche Interesse abgeht“. Aber der wahre Sinn des „nudum praeceptum“ in l. 114 § 14 D. 30 kann nach l. 38 § 4 l. 93 pr. D. 32 kaum zweifelhaft sein (Veräußerungsverbot ohne Fideicommiss zu Gunsten eines Andern), und die Beweisraft von l. 69 § 3. l. 77 § 27 D. 31 scheint mir von Fitting unterschätzt. L. 38 pr. D. 32, wo Mommsen nach Cujacius emendirt non ignoraverunt, ist doch wohl von der missio in rem des Fideicommissars (III § 648¹⁴) zu verstehen. Ähnlich wie Fitting Brinz 2. Aufl. I S. 488 fg. Davider Randa § 8⁸⁷. [[Pernice *Ubeo* III S. 60⁵.]] Vgl. noch Reiff Fortf. von Glück, Serie der Bücher 37 u. 38, IV S. 601 fg. Bekker *Pand.* I § 79^b und *Beil.* I. Vgl. ⁹ a. G. — Legtwillige Anordnung einer Strafe für den Fall der Veräußerung: vgl. Bruns *fontes iuris Romani antiqui* I, 144, B. f. auch *daf.* A (p. 334—338.).

⁶ Nach dem Re der Voraussetzung (§ 98). L. 3 C. 4, 6.

⁷ L. 75 D. 18, 1, l. 21 § 5 D. 19, 1, l. 135 § 3 D. 45, 1. Von der Gültigkeit der Obligation auf Nichtveräußerung reden auch l. 7 C. 4, 51, l. 9 C. 4, 54. Cf. XXXIII. 201.

⁸ L. 61 D. 2, 14. „Nemo paciscendo efficere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat, aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat, aut ne vicino invito praedium alienet“. Gibt es Ausnahmen von diesem Satz? Eine ungewisse aber antiquirt in l. 9 D. 40, 1, l. 9 § 2 D. 40, 9, l. 5 C. 4, 57. Vgl. darüber *Jhering Jahrb. f. Dogm.* X S. 546 fg. Eine andere ist nach der Lesart der Florentinischen Handschrift enthalten in l. 7 § 2 D. 20, 5. „Quaeritur, si

Veräußerer selbst geltend gemacht werden kann. Die Unkenntniß des Verbotsgesetzes oder des tatsächlichen Vorliegens seiner Voraussetzungen hilft dem gutgläubigen Erwerber nicht, weder bei beweglichen Sachen noch bei Grundstücken. Dieß ist folgerichtig und wird durch das Fehlen einer dem § 135 Abs. 2 entsprechenden Bestimmung in § 134 bestätigt. Es ist also auch keineswegs nöthig, daß das Grundbuch etwas über das Verbot ergibt. In dieser Weise wirkt z. B. absolut der Verlust des Rechtes über das in Beschlag genommene Vermögen unter Lebenden zu verfügen gemäß StPD. 334; denn es liegt hier nicht ein gerichtliches Veräußerungsverbot im Sinne des § 136 BGB. sondern ein gesetzliches, wenn auch auf der Thatfache des Beschlagnahmebeschlusses ruhendes vor. Auch ist der Zweck nicht, wie im § 326 Abs. 2 StPD. die Sicherung der Staatskasse wegen einer möglicher Weise ihr erwachsenden Geldforderung, sondern die Ausübung eines Drucks auf den Angeschuldigten, um ihn zur Unterwerfung unter den staatlichen Strafanspruch zu bewegen, ohne Rücksicht darauf, ob es sich um eine Vermögensstrafe handelt. Wenn jedoch auf Grund einer in dem hier in Rede stehenden Sinne verbotenen Veräußerung eine Sache in die Hände eines andern gekommen ist, der seinerseits dem Verbote nicht unterliegt, so ist die von ihm vorgenommene Weiterveräußerung eine unverbundene Veräußerung durch den Nichteigentümer, bei welcher die Grundsätze vom Rechtsserwerb von Nichtberechtigten volle Anwendung finden.

b. In wieweit bei absoluter Nichtigkeit der Veräußerung der Veräußerer dem Mitcontrahenten haftet, hängt entsprechend dem ob.² Bemerkten davon ab, ob der

actum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid iuris sit, et an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit posita, ideoque veniri possit. Et certum est, nullam esse venditionem, ut pactioni stetur.“ Zwar hatten die Glossatoren Handschriften, in denen gelesen wurde: *nullam esse pactionem (ober conventionem), ut venditioni stetur*, und diese Lesart wird von Manchen für die richtige erklärt, indem Einige zugleich den Anfang so ändern: „*si pactum sit a debitore, ne liceat creditori hypothecam vendere*“ (zu den Letzteren gehören namentlich Buchta 3 S. f. gesch. RW. XII S. 220 fg. [fl. civ. Schriften Nr. 38] und Böding II S. 193—195; aber bei der Festätigung, welche die Florentina durch die Basiliken (XXV, 7, 7) empfängt, verbietet jene Abweichung nicht die mindeste Beachtung. Soll hier geholfen werden, so kann dieß nur durch Conjectur geschehen, und sinnreich, aber allerdings gegen die griechische Uebersetzung, schlägt jetzt Mommsen vor: „*et certum est, nullam esse (sc. pactionem), nec impediendam esse venditionem, ut pactioni stetur.*“ Nähere Literaturangaben bei Böding a. a. D. und Bangerow I § 299 Anm. Nr. 4; f. noch Dernburg Pfandr. II S. 20—28 [Pabd. I § 217¹². § 9], Wächter II S. 21 fg., Kohler pfandrl. Forschungen S. 21 fg. Pagenstecher I S. 62 a. a. D. will die Stelle verstanden wissen von dem Vertrage über die Nichtveräußerung des dem Schuldner von einem Dritten (seinem Schuldner) gegebenen Pfandes. Dagegen Bangerow a. a. D., Arndts § 132 Anm. 5 a. E. — Particularlich kann das Veräußerungsverbot durch Eintragung in das Hypothekenbuch dingliche Wirksamkeit gewinnen. Rittermaier deutsch. Privat. I § 263 a. E. Cf. I. 176. — Bekker Pand. I § 79^{h.1} und Beil. I behauptet, daß nach heutigem Re. das Privatveräußerungsverbot leghwillig oder unter Lebenden mit dinglicher Wirkung erlassen werden könne.

Vertrag nach der obligatorischen Seite gültig ist. Bejahenden Falls haftet der Veräußerer wegen mangelnder Rechtsverschaffung gemäß den dem obligatorischen Geschäft eigenthümlichen Grundsätzen. Ist dagegen wegen des Verbotes auch der obligatorische Vertrag nichtig, so haftet derjenige Vertragsschließende, welcher die Existenz des Verbotes kennt oder kennen muß, dem andern Theil auf das negative Vertragsinteresse, jedoch nicht über das positive hinaus und überhaupt nicht, wenn der andere Theil auch seinerseits das Verbot kennt oder kennen muß (309. 307).

2. a. Ein gesetzliches Veräußerungsverbot, welches nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt, macht eine dagegen verstoßende Veräußerung nur diesen Personen gegenüber unwirksam (relative Nichtigkeit s. ob. S. 368). Von dieser Art war m. E. (anders Text zu*) schon früher die den Konkursgläubigern gegenüber bestehende Nichtigkeit der vom Gemeinschuldner nach der Konkursöffnung vorgenommenen Rechtshandlungen (R. 6); ebenso die Nichtigkeit der Staatskasse gegenüber gemäß StP.D. 326. Einem gesetzlichen Veräußerungsverbot dieser Art wird gleichgestellt ein solches, das von einem Gericht oder einer andern Behörde innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassen ist (136). Der rechtsgeschäftlichen Verfügung steht gleich eine durch Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung erfolgte Verfügung. Es ist also z. B. eine Pfändung und eine daraufhin erfolgende Versteigerung eines zu dem beschlagnahmten Vermögen gehörigen Objects der Staatskasse gegenüber im Falle des § 326 StP.D. nichtig. Oder wenn im Wege der einstweiligen Verfügung (WP.D. 817) ein Veräußerungsverbot erlassen ist, so ist im Verhältniß zu dem, welcher diese Verfügung erwirkt hat, eine das gleiche Object betreffende Zwangsvollstreckungshandlung nichtig. Wenn über das Vermögen desjenigen, gegen welchen das Veräußerungsverbot besteht, der Konkurs eröffnet wird, so soll das Verbot im Verhältniß zu den Konkursgläubigern wirkungslos sein (R. 5 a Denkschr. Anl. I S. 861). — Fälle, in denen ein Veräußerungsverbot im Sinne der § 135. 136 zu Gunsten des Veräußerers selbst bestände, gibt es m. E. nicht; es ist freilich offenbar ein Gesetz zum Schutze des Minderjährigen, daß er nichts selbständig veräußern kann; aber das ist eine Sache der Geschäftsfähigkeit, kein Veräußerungsverbot¹⁾. Wenn das Gesetz sagt, daß Jemand über etwas nicht verfügen kann, so ist die Verfügung absolut nichtig, auch wenn das Gesetz zum Schutz bestimmter Dritter besteht (719. 1442. 2083 Abf. 2).

b. In den Fällen der §§ 135. 136 finden die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung (135 Abf. 2). Wenn somit der Empfänger der beweglichen Sache nicht erweislich die Existenz des Veräußerungsverbots kennt oder seine Unkenntniß erweislich auf grober Fahrlässigkeit beruht, so wird er Eigentümer, gleichviel ob er Thatfachen oder Rechtsätze nicht kannte (932 fg. s. ob. S. 792 fg.). Derjenige, welchem ein Grundstück aufgelassen wird, erwirkt das Eigenthum nur dann nicht, wenn die Verfügungsbeschränkung, welcher der Veräußerer unterliegt, im Grundbuch eingetragen oder dem Empfänger bekannt ist; fahrlässige Unkenntniß ersetzt das nicht. Ueber BGB. 888 Abf. 2 und damit zusammenhängende Fragen s. Pfand Comm. I S. 187.

c. Die Haftung des Veräußerers gegenüber seinem Mitcontrahenten gestaltet sich in den Fällen der §§ 135. 136 anders als bei absoluter Nichtigkeit. Denn da der Vertrag hier nur gewissen dritten Personen gegenüber unwirksam ist, so

ist die Obligation, das Verhältniß zwischen dem Veräußerer und seinem Mitcontrahenten stets gültig contrahirt; daher können §§ 309. 307 niemals zur Anwendung kommen, sondern immer nur die dem gültigen obligatorischen Verträge nach seiner Individualität eigenthümliche Haftung des Veräußerers wegen mangelnder Rechtsverschaffung.]

C. Eigenthumsübergang durch Richterspruch.

§ 173.

Der Richter¹ kann durch seinen Spruch Eigenthum übertragen im Theilungsproceß (Adjudication)^{1a}; ferner, wenn sich für das Pfand kein Käufer findet², und im Falle, wo der Eigenthümer eines Grundstücks, von welchem Schaden zu fürchten ist, für den Ersatz desselben Sicherheit zu geben beharrlich sich weigert³. Dadurch, daß der Richter im Eigenthumsproceß ein dem Kläger günstiges Urtheil erläßt, begründet er nicht Eigenthum, sondern erkennt das vorhandene an⁴. Dagegen gehört in diesen Zusammenhang noch der Fall, wo der Richter die Eigenthumsübertragungserklärung des zur Abgabe

¹ Bei der Enteignung (Expropriation) erfolgt der Eigenthumsübergang durch § 173. den Spruch einer nichtrichterlichen Behörde; die Enteignung ist aber kein gemeinrechtliches Institut. Vgl. Stobbe II § 92 [3. Aufl. (Rehmann) § 121.] Das Gleiche gilt von dem Eigenthumsübergang in Folge von Gemeinheitstheilung, zwangsweiser Zusammenlegung von Grundstücken, Regulirung gutherrlicher und bäuerlicher Verhältnisse, Ablösung von Heallasten und Dienstherrlichkeiten.

^{1a} Der Richter kann durch sein Urtheil sonst nur obligatorische Re begründen, im Theilungsproceß auch dingliche, und so auch Eigenthum, zu Gunsten der Theilhaber oder Fremder. C. § 7 I. 4, 17, l. 6 § 3 D. 40, 7, l. 17 D. 41, 3, und vgl. II § 449¹⁹⁻²¹.

² Nach r. R. war bei nicht gerichtlichen Pfändern eine Zuerkennung durch den Kaiser nöthig. L. 15 § 3 D. 42, 1, l. 3 C. 7, 53, l. 3 C. 8, 22 [23], Cod. 8, 33 [34] de iure domini impetrando. Vgl. § 238. — Geht nach heutigem R. auch durch Zuschlag in der gerichtlichen Versteigerung sofort Eigenthum über? Dafür Dernburg Pfandr. II C. 263 [Pandr. I § 218, 2, b], Regelsberger civilr. Erdtr. I C. 193 fg., Stobbe II § 92 z. A. [3. Aufl. (Rehmann) § 113], Cf. XIX. 17, XXIV. 214.

³ C. g. cautio damni infecti. C. II § 458. 459. [dort auch über die Frage, ob das Institut im gemeinen R. noch praktisch war.] Nach r. R. wurde durch den Spruch des Richters (Magistratus) nicht eigentliches Eigenthum erworben, sondern nur richterlicher Eigenthumschutz (s. g. bonitatisches Eigenthum), welcher sich erst durch die Vollendung der Erziehung in eigentliches (civiles) Eigenthum verwandelte. L. 7 pr. l. 15 § 21. 23. 26. 27. 33 D. 39, 2.

⁴ Vgl. l. 8 § 4 D. 8, 5. „Et si quidem is obtinuerit, qui servitutem sibi defendit, non debet ei servitus cedi: sive recte pronuntiatum est, quia habet, sive perperam, quia per sententiam non debet servitus constitui, sed quae est declarari“. L. 35 § 1 D. 6, 1.

derselben Verpflichteten durch sein Urtheil ersetzt⁵.

[1. Nach **§ 88** gibt es eine Abjudication im Theilungsverfahren im gemeinrechtlichen Sinne nicht mehr. Der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft (s. **BGB.** 752. 731. 1477 Abs. 1. 1498. 1546 Abs. 2. 1549. 2042 Abs. 2) ist gedacht als ein Anspruch auf Einwilligung des Gegners in die Theilung; das Urtheil verurtheilt zu dieser Einwilligung und den daraus sich ergebenden Leistungen. Constitutiv kann es nur wirken, indem es nach Maßgabe des § 779 **CPD.** eine Willenserklärung des Beurtheilten ersetzt (vgl. **Not.** II S. 883 fg.). Im Falle der Grenzverwirrung ist, wenn der Besitzstand nicht festgestellt werden kann, jedem der beteiligten Grundstücke ein gleich großes Stück der streitigen Fläche „zuzutheilen“ (920), aber auch dieß ist nicht im Sinne einer Abjudication, sondern nur in dem einer Feststellung gemeint (**Not.** III S. 272 fg.). Dieß trat in der Fassung des I. Entw. (852) deutlich hervor; die jetzige Fassung paßt zwar nur für eine Abjudication; man hat aber durch diese von der Redactionscommission der II. Comm. herrührende Fassung eine sachliche Aenderung nicht bezweckt (**Prot.** d. II. Comm. S. 3535 fg.). Wenn es gemäß **BGB.** 753 zum Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes kommt, so erfolgt der Eigentumsübergang bei beweglicher Sache durch Tradition, bei einem Grundstück durch den gerichtlichen Zuschlag (Zwangsvorsteigerungsgef. 90).

2. Ein besonderer Zuschlag des Eigentums eines Pfandes an den Pfandgläubiger findet nicht mehr statt. Der Gläubiger kann aber in der Versteigerung mitbieten (**BGB.** 1239 Abs. 1) und erwirbt dann Eigentum durch den ihm als Steigererer ertheilten Zuschlag (1242). Das Gleiche gilt bei der Zwangsversteigerung von Grundstücken.

3. Beseitigt ist auch der Eigentumszuschlag wegen verweigerter cautio damni infecti, falls man annimmt, daß er gemeinrechtlich noch bestand (s. **BGB.** 908).

4. Der § 779 **CPD.** bleibt in seiner bisherigen Funktion⁶). Die Ansicht, daß bei einer Beurtheilung zur Tradition zum Zwecke der Eigentumsübertragung die Wegnahme der Sache durch den Gerichtsvollzieher den Eigentumsübergang herbeiführt, soll in § 779a **CPD.** Bestätigung finden (**Denkschr.** S. 350). **CPD.** 779b soll aussprechen, was man auch ohnedieß wohl nicht bezweifeln würde, daß auf einen Erwerb nach § 779a. 779b die Vorschriften über den Ackerwerb von Nichtberechtigten Anwendung finden.

⁵ **CPD.** 779. „Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, so gilt die Willenserklärung als abgegeben, sobald das Urtheil die Rechtskraft erlangt hat.“ [Dieß ist anwendbar auf die Auflassung, nicht auf die Tradition, s. unt.] **CPD.** 769. „Hat der Schuldner eine bewegliche Sache oder von bestimmten beweglichen Sachen eine Quantität herauszugeben, so sind dieselben vom Gerichtsvollzieher ihm wegzunehmen und dem Gläubiger zu übergeben.“ [In diesem Falle erfolgt der Eigentumsübergang nicht durch den Richterspruch, sondern durch die Wegnahme der Sache, vgl. **Ripp Keiler Festg.** f. **Jhering** S. 74 fg.] (In **Petref** des **R.** vor der **CPD.**: **Bethmann-Hollweg** röm. **Civilproc.** III S. 313. 314, **Wegell** **System** d. **Civilproc.** § 50²², **Wächter** **Erörter.** II S. 30, vgl. **denf.** das **Superficial-** oder **Platzr.** [Leipzig 1868] S. 105; **Sintenis** **JS.** f. **GH.** u. **Pr.** XI S. 11 fg.). [S. noch § 174¹.]

5. Der gerichtliche Zuschlag in der Zwangsversteigerung überträgt Eigentum (Zwangsversteigerungs-Ges. 90.)

D. Eigentumsübergang durch Gesetz.

§ 174.

Unmittelbar durch Gesetz, ohne Vermittelung durch die Willenserklärung des Eigenthümers oder des Richters, geht das Eigentum über¹:

1) in gewissen Fällen zur Strafe des Eigenthümers (Verwirkung); so^{1a} das Eigentum der dem Zoll entzogenen Sachen an die Zollbehörde²; das Eigentum der zum Ehegewinn gehörigen Sachen im Falle der Wiederverheirathung an die Kinder der ersten Ehe³; das Miteigentum an einem gemeinschaftlichen Gebäude im Falle verweigerter Beihülfe zur Reparatur an den Miteigenthümer⁴. Mit dieser letzteren Bestimmung läßt sich die andere zusammenstellen, daß das Eigentum eines fruchttragenden, vom Eigenthümer vernachlässigten steuerpflichtigen Grundstücks an denjenigen übergeht, welcher es in Cultur nimmt⁵. — Ferner gehören hierher

¹ Zu den im Folgenden genannten Sätzen fügen Andere den allgemeinen Satz § 174. hinzu, daß jedes turpe lucrum, auf welches kein Dritter Anspruch habe, an den Fiscus falle. Dafür S. XI. 155. — Aus dem neueren Reichsr. gehört hierher die (straflich erkannte) „Einziehung“ des StGB. 40. 152. 295. 335. 369 a. E. und des RGes. 14 5 79 § 15, so wie die „Auslieferung“ und „Ueberweisung“ der Reichsstrandungsordn. 17 5 74. Doch ist hier nicht Alles klar, und im Besonderen bleibt der Zweifel, ob nicht diese Fälle besser unter den vorhergehenden Paragraphen zu stellen sind. Vgl. Mandry S. 312 fg., Stobbe II § 149 Nr. IV [3. Aufl. (Vehmann) § 131, III], Dernburg I § 218, 2, c. [Bei der strafprocessualen Einziehung überträgt das kräftige Urtheil Eigentum auf den Fiscus dann, wenn die Sache zuvor (auf Grund einer Beschlagnahme oder ohne solche) in den Besitz der Staatsgewalt gekommen war. Zweifelhaft ist, ob, wenn die Staatsgewalt nicht im Besitz ist, das Eigentum ebenfalls mit der Kraft des Urtheils oder erst mit Wegnahme der Sache übergeht. Darüber Böbner die Maßregel der Einziehung. Verh. Diff. 1891 S. 60 fg., Borberg die Einziehung. Verh. Diff. 1895 S. 106 fg. und die dort gegebenen Ueberflachten.]

^{1a} Vgl. auch § 123⁴ 4a.

² L. 14. I. 11 § 2 D. 39, 4. Näheres: I. 16 § 10 eod.; I. 7 § 1 eod., I. 9 § 5 D. 4, 4; I. 3 C. 4, 61; I. 2 C. eod. (die Verwirkung kann nur binnen 5 Jahren geltend gemacht werden). Vgl. Pernice Parerga II S. 130 fg. Vereinszollgesetz I 7 69 § 134. 156. Mandry a. a. O. S. 315.

³ S. II § 511.

⁴ S. § 169a^{2c}.

⁵ Der Eigentumsübergang erfolgt jedoch erst, wenn sich der bisherige Eigenthümer binnen zwei Jahren nicht meldet und dem Bebauer seine Auslagen ersetzt. L. 8 C. 11, [59] 58. Schmid § 7⁵⁰, Bangerow I § 313, Böding § 154.

2) eine Reihe von Fällen, in welchen ein obligatorisch Berechtigter die Wahl hat, ob er ein obligatorisches Recht geltend machen, oder ob er die Sache, welche er zu fordern hat, bez. das für den Forderungsgegenstand Angeschaffte, sofort als das Seinige in Anspruch nehmen will. Diese Befugniß steht zu: a) der Ehefrau, an welche nach aufgelöster Ehe die Dos fällt, in Betreff der vom Manne noch nicht in berechtigter Weise veräußerten Sachen⁶; b) dem Mündel in Betreff des von dem Vormunde mit seinem Gelde Angeschafften⁷; c) dem Soldaten in Betreff des mit seinem Gelde Angeschafften⁸⁻⁹.

[Der gesammte Inhalt dieses § erhält sich dem **§§§** gegenüber nur, soweit er auf Reichsgesetzen beruht (¹⁻² a. G.)]

1—o, Holzschuber II § 106 Nr. 2. Czylharz Fortf. von Glück Buch 41 I S. 96 fg.

⁶ L. 30 C. 5, 12. Vgl. II § 503, 2.

⁷ L. 2 D. 26, 9, 1. 3 C. 5, 51.

⁸ L. 8 C. 3, 32. Ob der Anschaffende Geschäftsführer des Soldaten war, oder nicht, ist gleichgültig. A. M. Jhering Jahrb. f. Dogm. I S. 145, Rindervater Jahrb. des gem. R. VI S. 352, Bangerow in der 7. Aufl. I S. 630. Es ist zuzugeben, daß diese beschränkende Auslegung der l. 8 C cit. möglich ist; doch ist sie in keiner Weise geboten.

⁹ In den unter b und c genannten Fällen wird dem Berechtigten eine rei vindicatio utilis gegeben. Ich betrachte dieselbe als Ausdruck des übergegangenen Eigenthumsr., wie die rei vindicatio utilis des bonitarischen Eigenthümers. Dagegen hat Jhering (Jahrb. f. Dogm. I S. 120 fg.) die Ansicht aufgestellt, dieselbe sei nur eine andere Form der Geltendmachung des obligatorischen Anspruchs, und daher namentlich gegen jeden dritten Besitzer ausgeschlossen; und die gleiche Natur spricht Jhering der Vindication der Ehefrau auf die Dotalsachen zu. Nun ist es auch unbestreitbar, daß die rei vindicatio utilis der Quellen in einer Reihe von Fällen die bezeichnete Function wirklich hat. Dahin gehören unzweifelhaft die Fälle der l. 9 § 2 D. 41, 1 (§ 34 I. 2, 1), der l. 5 § 3 D. 6, 1 und der l. 55 vgl. 30 D. 24, 1 (Windscheid die Actio x. S. 214—216), und auch die Fälle der l. 30 D. 39, 6, der l. 15 C. 5, 3, und der l. 1 C. 8, 54 [55] bin ich jetzt geneigt, hierher zu stellen, nach dem Princip, daß ohne Noth keine Singularität, und nicht statt einer kleineren die größere angenommen werden soll. Dagegen vertragen m. A. nach eine solche beschränkende Auslegung weder l. 30 C. 5, 12 noch l. 2 D. 26, 9, jene nicht wegen ihres Schlusssatzes über den Beginn der Verjährung des Dotalanspruchs, diese nicht wegen der in ihr enthaltenen Zusammenstellung der rei vindicatio utilis mit der utilis in personam actio, welche unzweifelhaft Ausdruck des übergegangenen Forderungsr. ist. Die Auslegung der l. 2 cit. muß dann auch maßgebend sein für die Auslegung der l. 8 C. 3, 32 cit. Windscheid a. a. D. S. 217. 218. Gegen Jhering Arndts § 145^o, Rindervater Jahrb. des gem. R. VI S. 337 fg., Wächter II S. 177 fg., welche beide Letzteren in allen hier genannten Fällen Eigenthum (Rindervater: „singirtes Eigenthum“) annehmen: theilweise wie hier Voigt conditiones ob causam § 85, welcher aber die rei vindicatio im Jhering'schen Sinne noch weiter beschränkt, als hier gesehen. Neuestens: Jhering Jahrb. f. Dogm. X

E. Erfügung*.

Einleitung.

§ 175.

Der allgemeine Gedanke der Verjährung (§ 105) findet seine Anwendung auch bei dem Erwerbe des Eigenthums; Eigenthümer ist, wer eine Sache längere Zeit hindurch besessen hat; man sagt er habe die Sache eressen¹. Jedoch führt der langdauernde Besitz nicht in

§. 517 fg. — Nach einer noch andern Meinung ist die Stellung des Mündels und des Soldaten (und des Ehegatten in l. 55 D. 24, 1) gleich der eines Cessionars der rei vindicatio, so daß zwar sein Klager. nicht auf die Person des Anschaffenden beschränkt sein, aber erlöschen soll, wenn dieser sein Eigenthum r. verliert, und daher namentlich auch nicht gegen den Singularsuccessor gehen soll. So Bangerow I § 332 Anm. 3 Nr. III. 2 und (für den Mündel) Dernburg Pfandr. I §. 326. — Die neueste Bearbeitung dieser Lehre ist enthalten in der Schrift von Fr. Schulin über einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio, Marburg 1873. Dieser Schriftsteller nimmt in allen oben genannten Fällen Publiciana actio mit replicatio gegen die exceptio dominii an. Bemerkungen hiergegen s. in der vierten Auflage dieses Lehrbuchs. S. ferner Brinz fr. PZS. XVI §. 252 fg., Hartmann die Obligation S. 134. 148, Huschke das R. der Publicianischen Klage S. 33 fg.; gegen den Letzteren wieder Schulin fr. PZS. XVIII §. 536 fg. — Die kleine Schrift von E. Drey, die utilis actio ad rem vindicandam des Pfleglings, München 1882, gibt eine Uebersicht der über diesen Fall der utilis actio aufgestellten Ansichten, und erklärt sich ihrerseits für fingirtes Eigenthum. — Fernere Literatur: Schmid §. 271—276, Pagenstecher III §. 22—25, Sintenis I § 52¹, A. Schmid Grundlehren der Cession II §. 337 fg. Cam. Brezzo l'utilis actio del diritto romano. Torino 1889. Eine gründliche Arbeit. Eigene Meinung des Verf.: der Prätor gewährt die utilis r. v. dem Nichteigenthümer aus Gründen der Billigkeit nach seinem Ermessen, indem er Thatfachen fingirt oder wegfingirt; in der gewährten actio hat der Nichteigenthümer den Beweis wirklichen Eigenthums. Gegen den dritten redlichen Erwerber gewährt der Prätor die utilis r. v. nicht.

* Inst. 2, 6 de usucapionibus et longi temporis possessionibus. Dig. 41, 3 de usurpationibus et usucapionibus; 41, 4—10. Cod. 7, 33 de praescriptione longi temporis X vel XX annorum; 7, 26—31. 34—40. — Unterholzner ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre (1827), 2. Aufl. bearbeitet von Schirmer (1858), an den betreffenden Stellen. Reinhardt die Usucapio und Praescriptio des r. R. (1832). Schirmer die Grundidee der Usucapio im r. R. (1855), und ZS. f. CR. u. Pr. R. F. XV §. 207 fg. 279 fg., XVI §. 1 fg. (1858. 1859). Pagenstecher II §. 229—355, Schmid I §. 184—267, Böding II § 144—149, Sintenis I § 51, Bangerow I § 314—325, Brinz 2. Aufl. I § 153—163. [Dernburg I § 219—222.] — Vgl. auch Prodlowski Untersuchungen aus dem österreichischen Civilr. mit Berücksichtigung des r. R. und der neueren Gesetzbücher (Prag 1872) §. 1—126. [[Rein Sachbes. u. Erfügung (1890) §. 233—399]].

¹ Die deutschen Ausdrücke „erfütigen“, „Erfügung“, entsprechen unmittelbar den § 175. römischen „usucapere, usucapio“. Die Stellen, in welchen der der Erfügung zu

allen Fällen zum Eigenthumserwerb; die Erfügung hat außer dem Besitze noch andere Erfordernisse. In dieser Beziehung ist zu unterscheiden zwischen der ordentlichen Erfügung und der von Justinian neu eingeführten außerordentlichen. Zu jener ist erforderlich, daß der Besitz zugleich subjectiv redlich und objectiv gerechtfertigt gewesen sei², außerdem erleidet sie Ausnahmen in solchen Fällen, in welchen der Verlust des Eigenthums für den Eigenthümer eine unbillige Härte sein würde. Die außerordentliche Erfügung verlangt nichts als Vollendung der Verjährung des Eigenthumsanspruchs wegen Vorenthaltung der Sache bei Redlichkeit des Besitzes. —

Die ordentliche Erfügung des römischen Rechts ist zusammengewachsen aus zwei ursprünglich sehr verschiedenen Instituten, der *usucapio* und der *longi temporis praescriptio*. Justinian hat der *usucapio* die unbeweglichen Sachen, der *longi temporis praescriptio* die beweglichen entzogen, die letztere zugleich auf alle unbeweglichen Sachen ausgedehnt. Dabei setzt er voraus, daß nach den von ihm getroffenen Aenderungen ein Unterschied zwischen dem Recht der *usucapio* und dem der *longi temporis praescriptio* nicht mehr bestehe;

Grunde liegende Gedanke bezeichnet wird, s. § 105³⁻⁴. Von den verschiedenen Schriftstellern wird der der Erfügung zu Grunde liegende Gedanke in verschiedener Weise gefaßt, indem bald mehr die Zeit (so unter den Neueren namentlich v. Stintzing das Wesen von *bona fides* und *titulus* in der römischen *usucapionslehre* [1852]), bald mehr der gute Glaube, bald mehr der Titel (Scheurl Beiträge II Nr. 15), bald mehr der Besitz (Schirmer die Grundbder zc. § 1. 2) betont wird. Dem Letzteren ist die Erfügung „die thatsächlich durchgeführte und mit Rücksicht darauf auch vom Ne anerkannte Unterwerfung der Sache unter die Herrschaftsphäre der vermögensreichen Persönlichkeit“.

² Daß, wenn der Besitz diese Eigenschaften nicht hat, der Besitzer sie ihm durch seinen Entschluß nicht geben kann, versteht sich von selbst. Wenn es nichtsdestoweniger in den Quellen ausdrücklich hervorgehoben wird („*nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*“), so hat das lebighich einen historischen Grund. Im älteren R. gab es nämlich Fälle, in denen ohne Redlichkeit und Rechtfertigung eressen werden konnte (Gai. II. 52. 60); für diese Fälle hatte jene Regel guten Sinn: es sollte Niemand einen in anderer Meinung ergriffenen Besitz zu einer solchen Erfügung benützen können, vgl. I. 33 § 1 D. 41, 3, l. 2 § 1. 2 D. 41, 5. Später ist dann die Regel auch auf andere Fälle der Erfügung, ja über die Erfügung hinaus, angewendet worden, wo sie sehr überflüssig war. Vgl. I. 33 § 1 D. 41, 3, l. 2 § ult. D. 41, 4, l. 1 § 2 D. 41, 6, l. 3 § 19. 20 D. 41, 2, l. 6 § 3 D. 43, 26, l. 23 C. 4, 65, l. 5 C. 7, 32. Unterholzner I § 100, Savigny Besitz S. 75—80 (82—86), Schirmer 3S. f. GR. u. Pr. R. F. XI S. 433 fg. (hier auch weitere Literaturangaben). S. auch Rudorff Anh. zu Savigny Nr. 24—27. Kriep Vacua possessio S. 269 fg., Thering Besitzwille S. 357 fg.

und diese Voraussetzung trifft zu³.

Im Folgenden ist näher von den Erfordernissen zuerst der ordentlichen, dann der außerordentlichen Erfsizung zu handeln⁴.

Erfordernisse der ordentlichen Erfsizung.

a. Besitz.

§ 175a.

Das erste Erforderniß der ordentlichen Erfsizung ist Besitz, und zwar Besitz im juristischen Sinne des Wortes, juristischer Besitz, d. h.

³ Ueber die Geschichte der Erfsizung im r. Re s. Unterholzner II § 173—178, Buchta Inst. II § 239. 240. Das Gesetz, durch welches Justinian dem R. der ordentlichen Erfsizung seine letzte Gestalt gegeben hat, ist vom Jahre 531 und steht im Eodex als l. un. de usucapione transformanda 7, 31. Vgl. den Bericht darüber in pr. I. 2, 6. Der Sinn der l. un. C. cit. ist übrigens ein sehr bestrittener. Der im Text aufgestellten Ansicht gegenüber behaupten Andere, Justinian habe durch dieses Gesetz ein einiges Rechtsinstitut geschaffen, streiten aber unter sich darüber, ob dieses Rsinstitut als usucapio oder als longi temporis praescriptio gedacht werden müsse (für die erste Meinung u. A. Unterholzner II § 178, Savigny VI S. 57—60, Bangerow I § 316, Sintonis I § 51⁷; für die zweite u. A. Schmid I § 14³, May über den Charakter der ordentlichen Eigenthumerfsizung nach der Const. un. C. de usuc. transform. [1847], Pagenstecher II S. 245, Brinz 2. Aufl. I S. 603). Die hier vertretene Ansicht, nach welcher Justinian auch in der l. un. C. cit. zwischen usucapio und l. t. praescriptio noch unterscheidet, findet sich schon in der Glosse; unter den Neueren theilen sie u. A. Hameaux die Usucapio und longi temporis Praescriptio (1835), Madai Beiträge zur Dogmengeschichte Nr. 1 (1839, dieser mit einer ihm eigenthümlichen Modification), Buchta § 155 a. E., Arndts Beiträge I S. 94—101 und Pand. § 157⁶. Daß im neuesten Recht zwischen usucapio und praescriptio kein Unterschied mehr bestehe, wird an den betreffenden Punkten zu zeigen sein. C. § 180⁷, § 182¹¹. Eine Reihe von Unterscheidungen hat Hameaux in der oben citirten Schrift aufgestellt; dagegen May § 2—10 und Stephan ACPra. XXXIV S. 173 fg. 361 fg. Vgl. noch Dernburg I § 219, II.

⁴ Es ist in der neueren Zeit, namentlich von Brinz (s. die Citate § 64^a a. E.), die Ansicht geltend gemacht worden, daß der Erwerb durch Erfsizung kein ursprünglicher, sondern ein abgeleiteter (derivativer) sei; es werde nicht sowohl Eigenthum erworben, als vielmehr das Eigenthum des früheren Eigenthümers. Man hat sich darauf berufen, daß die an die Sache angeknüpften Grunddienstbarkeitsberechtigungen und die an der Sache stattfindenden dinglichen Re nach der Erfsizung fortbauern. Aber die Grunddienstbarkeit ist nicht einem bestimmten Eigenthümer und dessen Nachfolger, sondern dem jedesmaligen Eigenthümer des herrschenden Grundstücks gewährt, und daraus, daß die Rsortnung Eigenthum verleiht, folgt nicht, daß sie ihre bisherigen Anordnungen, kraft deren andere Re auf der Sache liegen, zurücknimmt. Die Frage aber, ob etwa gegen den Erfsizenden auch die Einreden begründet sind, denen der frühere Eigenthümer unterlag (§ 47⁶), hat man gar nicht aufgeworfen.

thatsächlichliches Haben der Sache mit dem Willen, die Sache für sich, wie eine eigne, zu haben, thatsächlich verwirklichter Aneignungswille (§ 148)¹. Was nicht besessen werden kann, kann nicht eressen werden, so nicht die Sachgesammtheit (§ 152 Note 3) und der Sachbestandtheil (§ 152 Note 5). Es ist jedoch, was den Sachbestandtheil angeht, bereits bemerkt worden (a. a. D.), daß die begonnene Erfsizung einer Sache dadurch nicht unterbrochen wird, daß der Besizer sie in eine andere von ihm besessene Sache als Bestandtheil einfügt, und wenn nach vollendeter Erfsizung eines Ganzen dasselbe in seine Bestandtheile zerlegt oder ein Bestandtheil von demselben losgelöst wird, so lebt das Eigenthumsrecht, welches vor der Verbindung an den Bestandtheilen als selbständigen Sachen vorhanden gewesen ist, nicht unbedingt wieder auf, nämlich dann nicht, wenn es demjenigen zustand, der auch Eigenthümer des eressenen Ganzen war, und die Verbindung auf seinem Willen beruhte².

§ 175a. ¹ L. 3. 25 D. 41, 3, l. 13 pr. eod. — Wie erklärt sich l. 44 § 4 D. 41, 3? „Filiusfamilias emtor alienae rei, cum patromfamilias se factum ignoret, coepit rem sibi traditam possidere: cur non capiat usu, cum bona fides initio possessionis adsit, quamvis eum se per errorem esse arbitretur, qui rem ex causa peculiari quaesitam nec possidere possit“. Der Haussohn hat zwar nicht direct für sich besessen, aber auch nicht für den Vater, sondern für ein Vermögen (das peculium ist „quasi patrimonium liberi hominis“, l. 47 § 6 D. 15, 1), welches das seinige war, ohne daß er es wußte. Vgl. Scheurl Beiträge II S. 59 und unten § 176^a a. E., § 177^a. Fhering Besitzwille S. 344.

² Eine sehr bestrittene Frage. Die Quellen enthalten die Entscheidung (l. 23 § 7 D. 6, 1. l. 7 § 11 D. 41, 1), daß, wenn Jemand mit fremdem Baumaterial auf seinem Grund und Boden ein Gebäude errichtet habe, und dieses Gebäude dann von einem Andern eressen worden sei, der ursprüngliche Eigenthümer des Baumaterials dasselbe nach seiner Ablösung trotz der in der Mitte liegenden Erfsizung als das seinige in Anspruch nehmen könne. In dieser Entscheidung sicht Savigny (Besitz S. 304. 308. S. LXVII—LXXII [265. 268. 271—275]), zustimmend Kierulff S. 376**, Pape 3S. f. CR. u. Pr. R. F. IV S. 241) eine positive Ausnahme, beruhend auf der durch die 12 Tafeln verfügten Unlösbarkeit des eingebauten Baumaterials, während sonst die Regel die sei, daß das durch Erfsizung an einem Ganzen erworbene Eigenthum durch Auflösung des Ganzen in seine Theile nicht aufgehoben werde. S. auch Lang Württemb. Sachenr. S. 21 fg. Andere (Windscheid Sell's Jahrb. I S. 469—471, Bangerow I § 204 Anm. 2 Nr. 3, Binding ACPr. XXVII S. 365—367. 383—385, Girtanner Jahrb. f. Dogm. III S. 155 fg.) sehen in dieser Entscheidung umgekehrt den Ausdruck der Regel, daß die Erfsizung eines Ganzen das Eigenthum seiner Bestandtheile als selbständiger Sachen, d. h. auch für die Zeit, wo dieselben durch Poslösung wieder selbständige Sachen geworden seien, nicht gewähre, beschränken aber diese Regel auf den in den genannten Stellen bezeichneten

b) **Rechtlicher Besitz (guter Glaube)*.**

§ 176.

Nicht jeder Besitz reicht zur Erfüßung hin, sondern nur der

Fall, wo der Eigenthümer der verbundenen Sache ein anderer sei, als der Eigenthümer des erfassenen Ganzen. Noch Andere (Unterholzner I S. 155. 156, Sintonis ACPr. XX S. 86—90, Stephan ACPr. XXXI S. 381—385) lassen auch diese Beschränkung fallen, und stellen den allgemeinen Satz auf, daß die Erfüßung eines Ganzen nie Eigenthum seiner Bestandtheile als selbständiger Sachen gewähre, also auch der frühere Eigenthümer des erfassenen Ganzen sie nach ihrer Trennung als die seinigen in Anspruch nehmen könne, wenn er vor ihrer Verbindung an ihnen als selbständigen Sachen Eigenthum gehabt habe. — Die Savigny'sche Meinung ist gewiß unhaltbar. Die angeführten Stellen geben sehr bestimmt den Grund ihrer Entscheidung an; dieser ist aber nicht die Unlösbarkeit des Baumaterials, sondern eben der, daß in dem Ganzen (dem Gebäude) nicht der Bestandtheil als selbständige Sache (das Baumaterial als dieses) erfassen werde („nec enim singula cementa usucipiuntur, si domus per temporis spatium nostra fiat“; „causa dubitationis est, an eo ipso, quod universitas aedificii longo tempore capta est, singulae quoque res, ex quibus constabat, captae essent, quod non placuit“). Die Frage kann daher nur die sein, ob diese Regel als unbedingte aufgestellt, oder im Sinne der zweiten Ansicht beschränkt werden müsse. Ich bin jetzt der Ansicht, daß sie an und für sich allerdings als unbedingte anerkannt werden muß. Ist in der That der Bestandtheil als selbständige Sache etwas Anderes, als er in seiner Eigenschaft als Bestandtheil ist, so ist er das für Jedweden; es ist nicht abzusehen, warum er es für den einen Eigenthümer weniger sein sollte, als für den andern. Es ist dabei aber zuzusehen, ob in einem gegebenen Fall derjenige, welcher vor der Einfügung des Bestandtheils an ihm als selbständiger Sache Eigenthum hatte, ihn auch nach seiner Trennung noch als Gegenstand besonderen Eigenthums zu behandeln befugt ist, und diese Befugniß darf ihm, wie ich glaube, in dem Falle nicht zugestanden werden, wo er selbst die Verbindung vorgenommen oder die von einem Andern vorgenommene anerkannt hat. Dadurch, daß er dieß gethan hat, hat er auf das Eigenthum an dem Verbundenen als selbständiger Sache definitiv verzichtet, und den Willen an den Tag gelegt, daß er an ihm nur in seiner Eigenschaft als Bestandtheil Eigenthum haben wolle. Diese Instanz gegen ihn fällt fort, wenn die Verbindung nicht mit seinem Willen geschehen ist. In diesem Falle daher (wenn also z. B. der Besitzer des Hauses während der Erfüßungszeit Baumaterial, welches dem Eigenthümer des Hauses gehört, in dasselbe einfügt) kann er den losgelassenen Bestandtheil als den seinigen in Anspruch nehmen, trotzdem daß gerade ihm das Eigenthum des Ganzen aberlassen worden ist.

* Möllenthiel über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung (1820). Stünzling das Wesen von bona fides und titulus in der römischen Usucapionslehre (1852). Scheurl Beiträge II Nr. 15 (1854). Schirmer 3S. für CR. u. Pr. XV S. 207 fg. 279 fg. (1858). Burdhard das. XXI S. 287 fg. 321 fg. (1864). Wächter die bona fides insbesondere bei der Erfüßung des Eigenthums (1871). Bruns das Wesen der bona fides bei der Erfüßung (1872). Pernice Labo II S. 207 fg. (1878). [2. Aufl. S. 459 fg. (1895).] Unterholzner I § 94—101. 117—121. Pfersche Privatliche Abhandlungen ✓

redliche Besitz¹, oder wie man gewöhnlich auf Grund des quellenmäßigen Ausdrucks *bona fides*^{1a} sagt, der Besitz in gutem Glauben. Unter gutem Glauben ist zu verstehen die redliche Ueberzeugung, daß man in der Aneignung der Sache kein materielles² Unrecht begehe³. Der gute Glaube wird sich regelmäßig darstellen als die Ueberzeugung, daß man Eigenthümer geworden sei⁴; aber nothwendig ist dieß nicht⁵,

- ✓ (1886) S. 100 fg. Landsberg das *furtum* des bösgläubigen Besitzers (1888) S. 61 fg. Mitteis fr. BZS. XXXI S. 44 fg. [Dernburg I § 220, 4, Benz Begriff der *bona fides* in der röm. Uscapionslehre. Bern. Diff. 1888.
✓ Klein Sachbesitz und Erfindung S. 283 fg. Bonfante Rivista ital. per le scienze giuridiche XV p. 161 sg. und *Bulletino dell' istituto di diritto Romano* VI p. 85 sg. Dazu Schneider fr. BZS. XXXVI S. 493 fg.]

§ 176. ¹ L. 2 § 1 D. 41, 4.

^{1a} Vgl. Bruns S. 17 fg. 78 fg.

² Darüber das Nähere in Note ⁶⁻⁷. Vgl. Schirmer XV S. 229—252, Wächter a. a. O. S. 8—14, Pernice a. a. O. S. 208 fg. [2. Aufl. S. 461 fg.]

³ Es ist gleich, ob man die Definition des guten Glaubens auf die Ueberzeugung von der Abwesenheit des Unrechts, oder auf die Ueberzeugung von dem Vorhandensein des R. stellt; denn jene ist diese. Die Ueberzeugung von der Abwesenheit des Unrechts beginnt erst mit der Ueberzeugung von dem Dasein des R.: die Aneignung einer Sache ist so lange Unrecht, bis sie R. ist. Eine andere Frage aber ist, ob zu dem guten Glauben überhaupt eine positive Ueberzeugung verlangt werden muß, oder ob zu demselben die Abwesenheit der Ueberzeugung des Unr. genügt. Man muß sich für das Erstere entscheiden. Von demjenigen, welcher sich eine Sache aneignet, ohne irgend welche Gründe für R. oder Unrecht zu haben, wird man gewiß nicht sagen dürfen, er verfare in gutem Glauben; ebensowenig aber von demjenigen, welcher im Zweifel ist, d. h. bei dem zwar die Gründe für das Unr. durch die Gründe für das R. aufgewogen werden, aber umgekehrt auch diese durch jene. Ueberwiegen die Gründe auf der einen oder der andern Seite, so ist immerhin eine Ueberzeugung vorhanden. S. l. 6 § 1 D. 41, 4. „Si ex decem servis, quos emerim, aliquos putem alienos, et qui sint sciam, reliquos usucipiam; quodsi ignorem, qui sint alieni, neminem usucapere possum“. L. 4 pr. eod. Vgl. Schirmer XV S. 214—229, Wächter a. a. O. S. 34—44, 123, Regelsberger *PraktR. R. F.* IX S. 194 fg. Abweichend, aber nicht durchweg mit Auseinanderhaltung der beiden hier geschiedenen Fragen, Stinzing S. 57 fg. 123, Scheurl Beiträge S. 67, Sintonis I § 51^o, Burdhard S. 329—337, theilweise Böcking § 147. Vgl. auch Pernice S. 220 fg. [2. Aufl. S. 488 fg. — Dernburg I § 220 zu ²²: „man muß sich zur Erlangung der Sache für befugt gehalten haben“, f. auch denselben § 194, 2.]

⁴ Vgl. l. 38 D. 41, 3, l. 5 D. 41, 10, l. 1 pr. eod., l. 20 § 6 D. 5, 3.

⁵ Die früher herrschende Auffassung identificirte den guten Glauben mit dem Glauben, Eigenthümer geworden zu sein (s. namentlich Müllenthiel § 4), und diese Auffassung findet sich auch noch bei neueren Schriftstellern (so bei Savigny III S. 370 fg., Buchta § 157, Keller § 183, vgl. Böcking S. 101. 102). Es ist das Verdienst Stinzing's, auf das Irrige derselben hingewiesen zu haben.

er kann vorhanden sein ohne diese Ueberzeugung⁶, und kann fehlen, obgleich man diese Ueberzeugung hat⁷. Wenn man vom Falle des Rechtsirrhums absieht^{7a}, so läßt sich der gute Glaube auch bezeichnen als Glaube an das Vorhandensein aller derjenigen Umstände, ohne welche die Aneignung der Sache Unrecht sein würde, und das Nichtwissen von dem Vorhandensein derjenigen, durch welche sie Unrecht sein würde. Unter diesen Umständen ist von besonderer Wichtigkeit

Dieser Schriftsteller geht aber seinerseits zu weit, wenn er den guten Glauben zu etwas rein Negativem macht, zur Abwesenheit des Bewußtseins des Unrechts. S. auch Burdhard S. 287 fg.

⁶ L. 5 pr. D. 41, 7. „Si id, quod pro derelicto habitum possidebas, ego sciens in ea causa esse abs te emerim, me usucapturum constat, nec obstare, quod in bonis tuis non fuerit. Nam et si tibi rem ab uxore donatam sciens emero, quia quasi volente et concedente domino id faceres, idem iuris est“. Hierher gehört der zweite Theil der Stelle. Der Käufer weiß, daß der Verkäufer nicht Eigenthümer ist und ihn nicht zum Eigenthümer macht; aber er weiß auch, daß derselbe mit dem Willen des Eigenthümers die Sache als eigene hat und darüber verfügt (daß die Schenkung des Eigenthümers ihm „causam possidendi praestitit“, l. 36 pr. D. 24, 1, vgl. l. 29 D. 41, 3, Vat. Fr. § 260), daß also auch er selbst, indem er sich die Sache aneignet, materiell kein Unrecht thut. In gleicher Weise kann der beschenkte Ehegatte selbst erfassen, wenn der schenkende nicht Eigenthümer war, l. 25 D. 24, 1, l. 3 D. 41, 6. (L. 1 § 2 D 41, 6 handelt von der Schenkung einer eigenen Sache [vgl. übrigens zu dieser Stelle Unterholzner S. 393, Savigny IV § 156*]; ebenso l. 19 pr. D. 24, 1; beide Stellen beruhen darauf, daß der Beschenkte nicht zum Nachtheil des Schenkers reicher werden soll). Einen andern Fall, wo erfassen wird „quamvis sciens alienum possideam“, f. in l. 28 D. 9, 4 („quoniam . . iustam causam possidendi habeo“). Vgl. auch Vat. Fr. 1. Wie erklärt sich aber l. 44 § 4 D. 41, 3 (§ 175 a¹)? Ist der Haussohn nicht im Bewußtsein materiellen Unrechts, indem er sich aneignet, wovon er glaubt, daß es seinem Vater gehöre? Antwort: die Stelle nimmt gar nicht an, daß der Sohn die Sache sich aneignen wolle, sie nimmt an, er wolle die Sache für sein Peculium erwerben und haben („rem ex peculiari causa quaesitam“). — Ein Fall der Erfüßungsmöglichkeit bei Wissen des Besitzers, daß er nicht Eigenthümer geworden sei, ist auch der der Tradition eines Grundstücks unter einer Gesetzgebung, welche für den Eigenthumsübergang Eintragung in das Grundbuch fordert (doch bleibt hier die Erfüßung gegen den Eingetragenen selbst ausgeschlossen). Vgl. Dernburg Preuß. Privatr. I § 243 Nr. II. S. XXXIV. 278.

⁷ L. 48 D. 41, 3. „Si existimans debere tibi tradam, ita demum usucapio sequitur, si et tu putes debitum esse . . .“ Ebenso l. 3 D. 41, 10. Vgl. auch l. 7 § 6 D. 41, 4 und l. 6 C. 7, 33 (zu der letzten Stelle Schirmer XV S. 249. 250). L. 13 § 2 D. 41, 3 enthält keinen Widerspruch, entweder weil nicht angenommen wird, daß der Beauftragte die Absicht habe, das Erworbene dem Auftraggeber vorzuenthalten, oder weil er jedenfalls in der ursprünglichen Aneignung der Sache kein Unrecht thut, nur in dem Behalten derselben. S. aber auch Schirmer S. 245—247, Wächter a. a. O. S. 32¹. Vgl. noch l. 8 D. 41, 4.

^{7a} S. § 178².

das Eigenthum bez. Nichteigenthum des Rechtsurhebers; daher die Quellen den guten Glauben auch geradezu bezeichnen als Glauben an das Eigenthum oder als Nichtwissen von dem Nichteigenthum des Rechtsurhebers⁸.

§ 177.

In Betreff des Erfordernisses des guten Glaubens ist noch folgendes Nähere zu bemerken.

1. Der gute Glaube muß zur Zeit der Besitzergreifung vorhanden sein; erfolgt dieselbe aber auf Grund eines Kaufes, schon zur Zeit des Abschlusses des Kaufes¹. Diese Vorschrift des römischen

⁸ Gai. II. 43: — „si modo ea bona fide acceperimus, cum crederemus, eum, qui tradiderit, dominum esse“. Pr. I. 2, 6: — qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cum crederit, eum dominum esse, rem emerit“. Theophil. ad h. 1.; 1. 27 D. 18, 1. L. 109 D. 50, 16. „Bonae fidei emtor esse videtur, qui ignoravit, eam rem alienam esse, aut putavit, eum qui vendidit, ius vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse“. L. 2 § 13. 17. 1. 6 § 1. 1. 7 § 4. 5. 6 D. 41, 4. Vgl. I. 13 § 1 D. 41, 3. „Eum qui a furioso bona fide emit, usucapere posse receptum est“. Auf Grund dieser Quellenaussprüche will Brinz 1. Aufl. S. 210—213 die Definition des guten Glaubens auf den Glauben an das Eigenthum und die Fähigkeit des Auctors oder an die Vollmacht seines Vertreters gestellt wissen, so daß die Kenntniß von sonstigen Gründen, durch welche die Aneignung unbefugt wird, nicht mala fides wäre. So auch Bangerow in der 7. Aufl. I § 321 Anm. 1. Davider Furchard S. 310 fg., Pernice S. 208 [2. Aufl. S. 487]. Die Darstellung, welche jetzt Brinz in der 2. Aufl. (I S. 611. 627 fg.) gibt, ist einigermassen abweichend.

§ 177. ¹ L. 2 pr. § 13 D. 41, 4, 1. 48 D. 41, 3. (über I. 10 pr. eod. vgl. Unterholzner I S. 422⁴¹⁸, Böcking II § 147⁴²), I. 7 § 16. 17 D. 6, 2, 1. 15 § 3. 1. 44 § 2 D. 41, 3. Der Grund dieser Bestimmung ist, daß nach der Intention der Parteien in dem Kaufe eine sofortige Ueber- und Aneignung liegt, nicht die Verpflichtung zur Abtretung der Sache übernommen, sondern die Sache abgetreten wird. Unser Satz hat also den gleichen Grund, wie der Satz, daß mit Abschluß des Kaufvertrages sofort die Gefahr auf den Käufer übergehe (II § 321¹⁸⁻¹⁹). So auch Scheurl a. a. O. S. 63. 64, Bernhöft Jahrb. f. Dogm. XIV S. 58 fg. 99 fg. und im Wesentlichen auch Huschke R. der Publicianischen Klage S. 60 fg. (im Kaufe selbst liege, „die principale, wenn auch nur inchoative Aneignung“); andere Meinungen bei Stinping S. 113—117 (welcher aber später Jahrb. f. Dogm. X S. 195 sich der hier aufgestellten Ansicht angeschlossen hat), Böcking S. 190—210, Schirmer XV S. 293—302, Leif Mancipation und Eigenthumstradition S. 288 fg., Fitting ACPr. LII S. 1 fg. Anm., Brinz 2. Aufl. I S. 632, Karlowa Rgesch. S. 212 fg., Beckmann Kauf I S. 598 fg., anbers jetzt ACPr. LXXV S. 298 fg. Ubbelohde über die usucapio pro mancipato (1875) ist so kühn (oder verwegen?), in I. 2 pr. § 13 D. 41, 4, 1. 48 D. 41, 3, 1. 7 § 16. 17 D. 6, 2 eine Interpolation anzunehmen; diese Stellen hätten ursprünglich nicht vom Kauf, sondern von der

Rechts ist heutzutage auf jedes Rechtsgeschäft auszudehnen, in welchem, wie im Kauf, der Wille auf sofortige Ueber- und Aneignung gerichtet ist².

2. Der gute Glaube braucht nach römischem Recht nur zu Anfang vorhanden zu sein, er darf hinterher wieder wegfallen³; nach heutigem, auf einer Vorschrift des canonischen Rechts beruhenden Rechte aber muß der gute Glaube bis zum Schlusse der Erfügung ununterbrochen fortdauern⁴.

3. Wenn der Besitz durch einen Stellvertreter erworben wird⁵, so kommt es auf den guten Glauben des Vertretenen, nicht auf den des Vertreters an⁶. Dieß erleidet jedoch eine Ausnahme in den Fällen, in welchen der Besitz ohne den Willen des Vertretenen erworben wird (§ 155 a. E.); hier ist nothwendig der gute Glaube des Vertreters, es schadet aber auch der böje Glaube des Vertretenen⁷.

Mancipation gehandelt. Indem er sodann l. 10 pr. D. 41, 3 (f. o.) so versteht, daß sie den oben genannten Stellen einfach widerspreche, gelangt er dazu, den ganzen Satz für das Justinianische R. wegzumerfen. Gegen Ubbelohde's Hölber fr. BZC. XVI C. 544 fg., Huschke a. a. D. C. 51⁹⁰. C. 64¹⁹⁰.

² So namentlich auf den Tausch, die Schenkung und die Bestellung einer Dos. Ist der in der vorigen Note angegebene Grund des Satzes richtig, so ist dieß eine nothwendige Konsequenz. Daß die Römer den Satz nur bei dem Kaufe anerkannt haben, erklärt sich daraus, daß unter allen Uebereignungsgeschäften nur der Kauf ohne Form rlichen Bestand hatte (die ganz späten Bestimmungen über die Schenkung und die Dotalbestellung kommen hier nicht in Betracht), bei Beobachtung der nöthigen Form aber entweder Stipulation vorhanden war, also ein auch der Intention nach bloß obligatorisches Geschäft, oder Mancipation oder Injurecession, also Eigenthumsübertragung auch der Form nach. Anderes, als hier gesagt ist, meint wohl auch der oft mißverständene Puchta Inst. II § 289^{an} nicht. Vgl. II § 321¹⁹. § 365¹⁹. Zustimmung Lang Handb. des im R. Würtemb. geltenden Privatr. C. 220; a. M. Huschke a. a. D. C. 63, Brinz 2. Aufl. I C. 688. Appleton (§ 199*) cap. 10. Schirmer fr. BZC. XXXII C. 493 fg.

³ L. 48 § 1 D. 41, 1, l. un. § 3 C. 7, 31. Vgl. Stinping C. 38—39, Scheurl C. 63, Schirmer XV C. 292.

⁴ C. 20 (3. 5) X. 2, 26. Vgl. § 111¹. Ueber die Meinung, daß die canonische Vorschrift sich nur auf die praescriptio, nicht auf die usucapio beziehe (Hameaux C. 139 fg.) f. Bangerow I § 321 Anm. 2.

⁵ Bangerow I § 321 Anm. 3, Scheurl Beitr. I C. 220—231, Böding § 147. d. e. f., Schirmer XV C. 279—291.

⁶ Und zwar auf den guten Glauben des Vertretenen zu der Zeit, wo er von der für ihn geschehenen Besitzergreifung erfährt, weil früher die Erfügung nicht beginnt. L. 47 D. 41, 3, l. 49 § 2 D. 41, 2, l. 1 C. 7, 32, l. 2 § 12 D. 41, 4. Vgl. Lang Handb. des im R. Würtemb. geltenden Sachverr. § 6^o.

⁷ L. 2 § 10—13 D. 41, 4, l. 43 § 1 D. 41, 3. Nach r. R. schadet nur der böje Glaube des Vertretenen zur Zeit der Besitzergreifung, l. 2 § 13 cit.

4. Der gute Glaube als ein rein Innerliches kann nicht direct bewiesen, es kann nur auf denselben aus den die Besitzergreifung begleitenden Umständen geschlossen werden. Die Anführung und der Beweis von Umständen, welche den Schluß auf den guten Glauben und seine Entschuldigbarkeit rechtfertigen, ist Sache des sich auf die Erbkung Berufenden^{7a}. Wird aber von dem Gegner behauptet, daß das anfänglich redliche Bewußtsein sich hinterher in ein unredliches verwandelt habe, so muß der Gegner Thatfachen anführen und beweisen, aus denen auf diese Verwandlung geschlossen werden kann^a.

5. Der gute Glaube ist kein absolutes Erforderniß. Böser Glaube schadet nicht, wenn er auf einer irrigen Annahme beruht^b.

c. Gerechtfertigter Besitz (Titel)*.

§ 178.

Das Wichtigste, was von dem guten Glauben ausgefragt werden

^{7a} Und in diesem Sinne muß er seinen guten Glauben allerdings beweisen. Nach einer anderen, weitverbreiteten Auffassung bedarf der gute Glaube eines Beweises überhaupt nicht; er soll beruhen auf einer „gesetzlichen Voraussetzung oder Annahme“. So neuestens Wächter a. a. O. S. 44. S. auch Sf. XXXI. 187 und Citate das. Jhering Besitzwille S. 160. 161.

^a Vgl. Sf. III. 114. X. 135. Burdhard S. 337 fg.

^b L. 2 § 2 D. 41, 4. „Si sub condicione emtio facta sit, pendente condicione emtor usu non capit, idemque est et si patet condicionem existisse, quae nondum existit; similis est enim ei, qui patet se emisse. Contra si existit et ignoret, potest dici secundum Sabinum, qui potius substantiam intuetur, quam opinionem, usucapere eum“. Dagegen gehört nicht, wie man gewöhnlich annimmt, auch der Satz hierher, daß der beschenkte Ehegatte erstgen kann (l. 25 D. 24, 1, l. 3 D. 41, 6). In diesem Falle ist gar kein böser Glaube vorhanden, s. § 176^b. Vgl. auch § 178⁷. Ebenso wenig gehört hierher l. 44 § D. 41, 3 (§ 175a¹). Auch hier handelt es sich nicht von einem bösgläubigen Besitzer, was die Stelle ausdrücklich leugnet, vgl. § 176^b. Vgl. noch Pernice a. a. O. S. 212 [2. Aufl. S. 468.] — Mit dem aufgestellten Satz steht in Widerspruch l. 32 § 1 D. 41, 3 „Si quis id, quod possidet, non putat sibi per leges licere usucapere, dicendum est, etiamsi erret, non procedere tamen eius usucapionem, vel quia non bona fide videatur possidere, vel quia in iure erranti non procedat usucapio“. Die Stelle trägt eine dem Verfasser, Pomponius, eigenthümliche Meinung vor; auch in anderer Beziehung betonte dieser Jurist, wie aus l. 46 § 8 D. 47, 2 hervorgeht, das Subjective in einer Weise, welche keine Anerkennung gefunden hat. Ueber die verschiedenen Meinungen s. Savigny III S. 371^a, Stinzing S. 85—87, Scheurl S. 60—62, Böding § 147⁴, Schirmer XV S. 237—244, Voigt conditiones ob causam S. 215¹²⁷, Gimmertal ACPr. LII S. 541 fg., Wächter S. 98—100, Ubbelohde 3S. f. Hefsch. XI S. 256, Pernice S. 213 [2. Aufl. S. 470 fg.], Dernburg I § 194²².

* Unterholzner I § 102—116. Stinzing und Scheurl an den beim

muß, ist, daß derselbe kein leichtfertig gefaßter sein darf. Dies läßt sich auch so ausdrücken: es muß der Irrthum, auf welchem er beruht, ein entschuldigbarer Irrthum sein¹. Entschuldigbar ist der Irrthum regelmäßig nicht, wenn er ein Rechtsirrtum ist²; aber auch wenn

vorigen § citirten Orten. Schirmer a. a. O. XVI §. 1 fg. Fitting über das Wesen des Titels bei der Erfindung, ACPr. LI §. 1 fg. LII §. 1 fg. 239 fg. 381 fg. (1868. 1889). C. Mayer die iusta causa bei Tradition und Usucapion §. 109—249 (1871). (Vgl. Bekker fr. VJ. §. XIV §. 484 fg.) Bernhöft der Besitztitel im r. R. §. 16—56 (1875). [Dernburg I § 220, 3. Klein Sachbesitz u. Erfindung §. 343—356].

¹ L. 44 § 4 i. f. D. 41, 3: — „si ex patris hereditate ad se perve- § 178. nisse rem emtam non levi praesumptione credat“. L. 5 § 1 D. 41, 10: — „quod . . . ita interpretandum est, ut probabilis error possidentis usucapioni non obstat“. Vgl. Savigny III §. 369—377. A. A. was die Meinung des Besitzers über das R. des Ausrhebers angeht Stinzing §. 62—72; gegen denselben Scheurl §. 66—77, Burchard §. 323—329. Auch Wächter in der § 176* citirten Schrift (vgl. Würtemb. Privat. II § 21¹⁷⁻¹⁸⁻⁴⁹) will das Erforderniß der Entschuldigbarkeit des Irrthums bloß auf die Mängel des Titels bezogen wissen; ebenso Pang Handb. des im R. Würtemb. geltenden Privat. §. 218, auch Pernice Pabeo II §. 227 [2. Aufl. §. 500 fg.]; dawider Bruns in der § 176* citirten Gegenschrist §. 21 fg. 101 fg. Die in dieser und der folgenden Note citirten Stellen wissen von einer solchen Unterscheidung nichts. — Der Hauptinhalt der erwähnten zwischen Wächter und Bruns (bei Gelegenheit eines praktischen Falls) gewechselten Streitschriften ist übrigens ein anderer. Bruns (und mit ihm das Schlußurtheil in dem bezeichneten Fall, ACPr. LVII §. 275 fg., ferner Prinz 2. Aufl. I §. 630) hat die Behauptung aufgestellt, daß der auf einem unentschuldabaren Irrthum beruhende gute Glaube (er nennt ihn den factischen guten Glauben) nicht sowohl eine zur Begründung der Erfindung nicht qualificirte, als vielmehr gar keine bona fides sei. Hiergegen hat sich Wächter, in. A. nach mit Recht, erklärt. Gewiß ist bona fides Redlichkeit (§ 176 z. A.); aber unredlich ist nicht, wer an sein R. glaubt, wenn er auch vielleicht bei besserer Ueberlegung aufgehört haben würde, an dasselbe zu glauben. Unredlich ist nur, wer auf die Stimme seines Gewissens nicht hört, und Zweifel ersticht, von denen sein Gewissen ihm sagt, daß er ihnen nachgehen sollte. Mehr sagt auch I. 7 § 2 D. 41, 4 nicht. Bruns geht so weit, zu behaupten, daß im Falle des Ausrthums auch bei Entschuldigbarkeit des Irrthums keine bona fides im Sinn der Erfindungslehre vorhanden sei (§. 122, vgl. §. 57). (Auch das RG. hat, in Anwendung von GG. Art. 306. 307, angenommen, daß unentschuldbarer Irrthum die Redlichkeit ausschließe. Entscheid. VI §. 17. 86. S. f. XXXVII. 334.)

² L. 4 D. 22, 6, l. 31 pr. D. 41, 3, l. 2 § 15 D. 41, 4. S. f. I. 405, II. 138, IX. 265. — Daß der Ausrthum auch bei der Erfindung zugelassen sei, wenn objective Gründe ausnahmsweise die Ausrkenntniß als eine gerechtfertigte erscheinen lassen (§ 79⁷), ist die herrschende Meinung. S. f. XXVIII. 9, XXXIV. 96. [XLIX. 79.] Dagegen Vangerow I § 321 Anm. 1 Nr. 3, übereinstimmend Wächter (soweit er Entschuldigbarkeit des Irrthums erfordert) und Bruns in den in der vorigen Note erwähnten Schriften (jener §. 20. 110 fg., dieser §. 57. 121 fg., s. auch ACPr. LVII §. 301 fg.), mit Berufung theils auf die Ausdrücke „numquam“ und „nulli“ in l. 31 pr. D. 41, 3 und l. 2 § 15

er ein factischer Irrthum ist, wird er entschuldbar regelmäßig dann nicht sein³, wenn er sich auf das Vorhandensein der Erwerbthatsache bezieht, auf welche der gute Glaube gestützt wird. Diese Erwerbthatsache muß also regelmäßig mit allen Erfordernissen ihrer Gültigkeit wirklich vorhanden sein⁴; man drückt das so aus: die Erfindung bedürfe eines Titels⁵. Jedoch ist das eben nur die Regel; in einem gegebenen Falle kann sehr wohl auch der Irrthum, kraft dessen das Vorhandensein einer nicht vorhandenen gültigen Erwerbthatsache angenommen wird, ein entschuldbarer Irrthum sein; man sagt in diesem Falle: es werde auf Grund eines putativen Titels erfaßt⁶. Ja, da

D. 41, 4, theils auf die § 79¹⁴ besprochenen Stellen, ferner Pernice *Labeo II* §. 224 [2. Aufl. S. 498 fg.]. — Ist aber auch der subjective Grund der Minderjährigkeit (das. ¹⁰) zu berücksichtigen? Die Frage ist zu bejahen auf Grund von l. 11 C. 1, 18 (vgl. l. 9 pr. D. 22, 6), wo die Minderjährigen den Frauen als Solche entgegengesetzt werden, welchen der Irrthum auch „in lucro“ zu Gute komme. So auch Savigny III S. 480. 481, Scheurl S. 73. 74; a. M. Böding II § 146¹¹, Schirmer XVI S. 11—13. [S. noch Adler *Jahrb. f. Dogm.* XXXIII S. 176 fg. vgl. ob. § 79a².]

³ Entschuldbar ist namentlich der Irrthum über das Eigenthum des Advorgängers, obgleich auch dieser Satz natürlich kein absoluter ist.

⁴ § 11 I. 2, 6. „Error autem falsae causae usucapionem non parit, veluti si quis, cum non emerit, emisse se existimans possideat, vel cum ei donatum non fuerit, quasi ex donatione possideat“. L. 27 D. 41, 3, l. 2 pr. § 2 D. 41, 4, l. 1 pr. D. 41, 6, l. 6 D. 41, 7, l. 1. 2. 3 D. 41, 8, l. 24 C. 3, 32, l. 4 C. 7, 29, l. 5 C. 7, 33.

⁵ Ueber den Ausdruck *titulus* vgl. l. 1 pr. D. 41, 9, l. 46 D. 41, 3 l. 2 D. 20, 5, l. 13 § 1 D. 5, 3, l. ult. D. 29, 4. Hugo *civ. Mag.* IV S. 144 fg., Voigt *conditiones ob causam* § 14—20. 22. 23. 34. 38.

⁶ L. 11 D. 41, 4. „Quod vulgo traditum est, eum, qui existimat se quid emisse, nec emerit, non posse pro emtore usucapere, haecenus verum esse ait, si nullam iustam causam eius erroris emtor habeat. Nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei, se emisse, atque ita tradiderit, magis est, ut usucapio sequatur“. L. 2 § 15. 16 eod., l. 9 D. 41, 8, l. 4 § 2. l. 5 D. 41, 10, l. 44 pr. § 4 i. f. D. 41, 3. Vgl. Stinzing S. 89—97, Bangerow I § 319 Anm., Voigt *conditiones ob causam* § 36, Fitting a. a. O. namentlich LII S. 415 fg., Mayer a. a. O. S. 205 fg., Bernhöft a. a. O. S. 16 fg. 45 fg., Beschmann *ACPra.* LXXV S. 300 fg. Fitting a. a. O. kommt, unter scharfer Hervorhebung der Gegenätze, welche in Betreff der Anerkennung des Putativtitels in der römischen Rechtswissenschaft hervorgetreten sind, zu dem Resultat, daß nach Justinianischem R. ein Putativtitel im Princip nicht ausreichend sei, und will nur die einzelnen in den Quellen enthaltenen gegentheiligen Entscheidungen als specielle Ausnahmen zulassen. Fitting beruft sich auf l. 27 D. 41, 3 und § 11 I. 2, 6.; aber die gleichfalls aufgenommenen ll. 11 D. 41, 4 und 5 D. 41, 10 stellen nicht minder ein Princip auf. Zu der citirten l. 2 § 15 D. 41, 4 vgl. noch Potmar in *Festschr. für Pland* S. 103 fg. — Cf. XXI. 16.

zum guten Glauben der Glaube, daß man Eigenthümer geworden sei, nicht erforderlich ist (§ 176 Note 6), so kann man möglicherweise erwerben, obgleich man weiß, daß eine gültige Eigenthumserwerbthat-
sache nicht vorliegt, wenn nur eine die Aneignung in sonstiger Weise rechtfertigende That-
sache vorhanden ist oder aus gutem Grund als vorhanden angenommen wird^{7, 8}.

⁷ Deswegen kann die von dem Ehegatten dem Ehegatten geschenkte fremde Sache erfaßt werden (§ 176⁹). In den Quellen wird zwar als Grund dieser Erfindungsmöglichkeit ein anderer angegeben: daß eine solche Schenkung nicht ungültig sei, weil sie den Schenkenden nicht ärmer mache, l. 25 D. 24, 1, l. 3 D. 41, 6. Aber dieser Grund ist nur ein Scheingrund, und daß man zu demselben gegriffen hat, erklärt sich lediglich daraus, daß die Anerkennung der Möglichkeit der Erfindung ohne Titel in der r. Jurisprudenz erst allmählich durchgedrungen ist, s. die in Note⁴ genannten Stellen, und vorzüglich l. 9 D. 41, 8. Daß die Erfindung des beschenkten Ehegatten sich in der bezeichneten Weise nicht rechtfertigen läßt, ist vollkommen sicher. Denn 1) wird der Schenker durch die Schenkung einer fremden Sache jedenfalls doch nur deswegen nicht ärmer, weil sie eine fremde ist, und wie kann die Schenkung einer fremden Sache als einer fremden Titel sein? Und sodann ist es 2) gar nicht einmal wahr, daß die Schenkung einer fremden Sache nicht ärmer mache; sie nimmt dem Schenker den Besitz, und so ist denn namentlich auch was Ehegatten angeht die Ungültigkeit der Besitzschenkung in den Quellen ausdrücklich anerkannt, l. 46 D. 24, 1. Wenn Savigny IV S. 112—116 mit der herrschenden Meinung die Erfindung aus Schenkung zwischen Ehegatten auf den Fall beschränkt, wo der Schenkende nicht seinerseits im Erfindungsbesitz gewesen sei, so wird dadurch diese Schwierigkeit vermindert, aber nicht beseitigt, und es ist nur consequent, wenn Pöhr ACPr. XVI S. 248—251 auch in dem bezeichneten Falle die Erfindung nur unter der Voraussetzung zuläßt, daß aus anderen Gründen in der Schenkung keine Vermögensverminderung für den Schenkenden liege. Auch Unterholzner I S. 392—394 unterscheidet nicht zwischen diesen beiden Fällen, läßt aber umgekehrt in beiden Erfindung zu, so jedoch, daß, wenn der Schenker im Erfindungsbesitz gewesen sei, der Beschenkte die Erfindung für ihn fortsetze. Es ist das eine Verwechslung mit dem Satze, daß der Beschenkte dem Schenker auch die Frucht des ihm durch Schenkung verschafften Besitzes, und somit die erworbene Sache herausgeben muß (II § 509²⁰). Vgl. auch Fitting ACPr. LII S. 15 fg., Pernice Pabeo II S. 212 [2. Aufl. S. 468 fg.]. — S. auch Vat. Fr. § 1. — Zu l. 2 § 8 D. 41, 4 vgl. l. 5 C. 4, 38 und Schirmer XVI S. 42 fg., Fitting ACPr. LI S. 249 fg.

⁸ Die in diesem § ausgeführte Auffassung des Verhältnisses zwischen gutem Glauben und Titel war früher die allgemein herrschende, s. namentlich Willensthiel S. 24, Unterholzner I § 95, Savigny III S. 371 (in welchen Darstellungen aber nicht durchweg scharf genug hervorgehoben wird, daß nicht der Titel den guten Glauben rechtfertigt, sondern daß der gute Glaube ohne Titel ungerechtfertigt ist, s. oben bei⁹ und vgl. Bruns S. 99 fg.). In neuerer Zeit ist aber diese Auffassung von verschiedenen Seiten angefochten worden, zuerst von Stinping, dann auch von Scheurl, Schirmer, Fitting, Mayer (an den oben citirten Orten), ferner von Böcking II § 146, Bangerow I § 331 Anm. 1 Nr. 1 in der 7. Aufl., Rudorff zu Buchta Vorles. 5. Aufl. I S. 346¹, Brinz 1. Aufl. S. 214 (2. Aufl. I S. 614 fg. 626), vgl. auch Arndts Windscheid, Pandekten. 4. Aufl. I. Band.

§ 179.

Unter den einzelnen Erfitzungstiteln ist bei weitem der wichtigste die Uebergabe der Sache zum Zwecke der Eigenthumsübertragung. Diese Uebergabe wird jedoch als solche in den Quellen nicht als Erfitzungstitel bezeichnet, sondern es wird die Bezeichnung von der Absicht hergenommen, auf welcher der Wille, Eigenthum zu übertragen, beruht¹. Sonstige Titel sind: richterliche Verfügung², Erbschaft³,

§ 160 Anm. 1. Diese Schriftsteller stimmen darin überein, daß sie den Titel nicht mit der Rechtfertigung des guten Glaubens in Verbindung bringen, sondern als etwas Selbständiges ansehen, während sie freilich im Einzelnen verschiedener Meinungen sind. Scheurl und Böding glauben, der Titel sei von der Verwandlung des in bonis in civilem Eigenthum durch Zeitablauf, Stipung, er sei von der Publiciana herübergenommen, Schirmer sieht in demselben „denjenigen äußeren Vorgang, welcher unsere Herrschaft über die besessene Sache als rechtmäßig erworben erscheinen läßt“ (ebenso Dernburg I § 220⁴), Fitting, dem Mayer folgt, die den Eigenthumserwerb kraft ihres wirtschaftlichen Charakters rechtfertigende Thatfache. Diesen Auffassungen gegenüber halte ich an der von Anfang an von mir vertretenen Auffassung fest: ich sehe den inneren Grund des Erfordernisses des Titels darin, daß ein Vorgang verlangt wird, ohne welchen der Aneignungswille an seine Berechtigung nicht glauben durfte; ein Vorgang, welcher Eigenthum zu begründen nicht im Stande ist, kann, abgesehen von seiner Einwirkung auf das Bewußtsein des Besitzers, als solcher, für das Recht keinen Werth haben. Der Hauptgrund, weshalb jene Schriftsteller es ablehnen, von dem guten Glauben auszugehen, ist, weil er auch fehlen kann (§ 177⁵). Aber auch der Titel kann fehlen, und wenn der Titel fehlt, so muß er durch etwas ersetzt werden (i. g. Putativtitel), was meiner Ansicht nach gar nicht anders gedeutet werden kann, als daß es Grundlage für die Rechtfertigung des Bewußtseins des Besitzers sein soll. Muß man nicht schließen, daß auch die Bedeutung des Titels selbst keine andere sei? — Für die hier vertretene Ansicht haben sich neuerdings wieder ausgesprochen Buchhard in dem bei § 176 Note * citirten Aufsatz, darüber Wächter (das.) S. 19, während Voigt conditiones ob causam § 37 nachzuweisen sucht, daß die römische Jurisprudenz in Betreff dieser Frage getheilte Meinung gewesen sei. Gegen die hier vertretene Ansicht auch Pernice Vabeo II S. 223 fg. [2. Aufl. S. 493 fg.], ebenso Dernburg I § 194.

§ 179. ¹ Es gibt keinen Titel pro tradito, aber einen Titel pro emtore (Dig. 41, 4, Cod. 7, 26), pro donato (Dig. 41, 6, Cod. 7, 27), pro dote (Dig. 41, 9, Cod. 7, 28), pro transactione (Cod. 7, 26), pro soluto (l. 46. 48 Dig. 41, 3; in den Vulgathandschriften beginnt bei l. 46 cit. ein besonderer Titel mit der Rubrik pro soluto) — was übrigens in keiner Weise eine vollständige Aufzählung der Traditionstitel ist, z. B. Jemand gibt tauschweise, oder zum Zweck der Erfüllung der Bedingung einer letztwilligen Zuwendung (condicionis implendae gratia). Vgl. über die genannten Titel Fitting ACPr. LI S. 12 fg. 248 fg. LII S. 1 fg. 9 fg. 17 fg. 20 fg., über den Titel pro emtore im Besonderen Beckmann u ACPr. LXXV S. 281 fg. — Beim Kaufe wird gefragt, ob auch Zahlung des Kaufpreises zum Titel erforderlich sei? Gewiß, da ohne dieselbe Eigenthum nicht übergeht; für die Publicianische Klage wird zwar Zahlung des Kaufpreises nicht

Vermächtniß⁴, Vermächtigung⁵, Fruchtziehung⁶. Das rechtskräftige

verlangt (l. 8 D. 6, 2), aber dieselbe prallt auch gerade am Eigenthum ab. So auch Unterholzner I §. 379, Bangerow I § 320 Anm. 2 Nr. 1 a. E., Böding II § 147⁴⁶, Feist Mancipation und Eigenthumsrabition §. 118 fg., Pang Handb. des im R. Württemb. geltenden Privatr. §. 220, Beckmann Kauf I §. 624 fg., Wendt Neur. und Gebundenheit Heft 2 S. 146 fg.; a. N. Stिंगing §. 110, Scheurl §. 65 fg., Exner Tradition §. 365 fg. und für das Justinianische R. Fitting ACPr. LI §. 18 fg. A. N. jetzt auch Beckmann a. a. O. §. 288.

⁴ L. 17 D. 41, 3.

⁵ Pro herede. Dig. 41, 5, Cod. 7, 29. Man erbt, was nicht zur Erbschaft gehört, was man aber aus gutem Grunde zur Erbschaft rechnet (l. 3 D. 41, 5), vorausgesetzt jedoch daß es nicht der Erblasser schon in bösem Glauben besaß (§ 181⁶, vgl. l. 4 C. 7, 29, l. 9 C. 7, 33); man erbt ferner, wenn man aus gutem Grunde Erbe zu sein glaubt, ohne es zu sein (l. 33 § 1 D. 41, 3). Nach älterem r. R. erfaß man pro herede auch, was man von einer unangetretenen Erbschaft ohne allen guten Glauben in Besitz genommen hatte; aber dieser „improba usucapio“ ist durch einen Senatsbeschluß unter Hadrian dem Erben gegenüber die Wirksamkeit entzogen worden (Gai. II. 52—58), und für das Justinianische R. hat sie gar keine Bedeutung mehr (vgl. über diese nicht unbestrittene Frage Arndts Rhein. Mus. II §. 133, Böding II §. 99, Fuchste JS. f. gesch. RW. XIV §. 222—224, Unterholzner I §. 368—370, Fitting ACPr. LII §. 267—271). Es wird aber behauptet, daß durch den erwähnten Senatsbeschluß auch der Erbtung desjenigen, welcher sich in gutem Glauben für den wahren Erben halte, die Wirksamkeit gegenüber dem wahren Erben entzogen worden sei, und in der That sprechen dafür gute Gründe, namentlich l. 1 D. 43, 2, l. 7 C. 3, 31, l. 4 C. 7, 34. Diese Ansicht ist namentlich vertheidigt worden von Arndts Rhein. Mus. II §. 133 fg. und Beiträge §. 75 fg., welchem beigetreten sind u. A. Unterholzner I §. 366—367, Schmid § 14⁷¹, Fuchste JS. f. gesch. RW. XIV §. 216—220, Bangerow I § 320 Anm. 1, Böding I § 146⁵⁹, Brinz 2. Aufl. I §. 620 fg. Cf. XXIX. 110. Der entgegengesetzten Ansicht sind namentlich Savigny JS. f. gesch. RW. V §. 21²⁹, Fritz Erläuterungen I §. 330 fg. Ueber l. 29 D. 41, 3. f. Arndts Rhein. Mus. II §. 129. 148, Schmid § 14⁷⁰, Fuchste JS. f. gesch. RW. XIV §. 194. Ueber die usucapio pro herede überhaupt vgl. noch Fitting ACPr. LII §. 239 fg. Ascoli Arch. giur. XXXVIII p. 317 sg. Darüber Schneider fr. BJS. XXXII §. 259 fg.

⁴ Pro legato. Dig. 41, 8. Fitting ACPr. LII §. 26 fg.

⁵ Wenn man aus gutem Grunde glaubt, die in Besitz genommene Sache sei eine herrenlose, z. B. vom Eigenthümer derelinqürt. Dig. 41, 7 pro derelicto. Fitting ACPr. LII §. 24 fg., Gimmerthal das. §. 355 fg., Czylharz Fortf. von Glück Buch 41 I §. 150 fg. Wirklichkeit der Dereliction verlangt Brinz 2. Aufl. I § 159²².

⁶ L. 4 § 5 D. 41, 3, l. 2 D. 41, 10. Es wird in den Quellen kein Titel pro fructu genannt; die Erbtung der Frucht wird vielmehr als eine Erbtung pro suo bezeichnet. Dieser Ausdruck geht nicht auf einen speciellen Titel, sondern will nur sagen, daß der Besitzer sich aus irgend einem Grunde für den Eigenthümer halte. Der Ausdruck kann daher für jeden Titel gebraucht werden, wird aber im Besonderen da gebraucht, wo es an einer speciellen Bezeichnung des Titels

Urtheil ist kein Erfizungstitel; es kann nur in Betracht kommen als Rechtfertigung des Glaubens an den Eigenthumserwerb durch denjenigen Titel, auf Grund dessen das Urtheil das Eigenthum zugesprochen hat⁷.

d. Dauer des Besizes.

§ 180.

Der im Vorhergehenden näher bestimmte Besiz muß, damit die Erfizung vollendet sei, bei beweglichen Sachen drei, bei unbeweglichen zehn bez. zwanzig Jahre gedauert haben; zehn Jahre, wenn die Parteien, zwischen welchen die Erfizung abläuft, ihren Wohnsiz in demselben Oberlandesgerichtsbezirk haben, zwanzig Jahre, wenn das Gegentheil der Fall ist¹. Ist während des Laufes der Erfizung theilweise das Eine, theilweise das Andere der Fall, so werden zwei Jahre des Auseinanderseins² für ein Jahr des Zusammenseins gerechnet, oder umgekehrt ein Jahr des Zusammenseins für zwei Jahre des Auseinanderseins³. Die Erfizungszeit wird juristisch, d. h. von

fehlt. L. 1—3. l. 4 § 1. 2 D. 41, 10, l. 1 § 2 D. 41, 9. Vgl. Boigt *condictiones ob causam* § 35, Fitting *ACPra.* LI S. 7 fg., Göppert *organische Erzeugnisse* S. 255 fg.

⁷ Man beruft sich für das Gegentheil darauf, daß das rkräftige Urtheil den Nichteigenthümer zum Eigenthümer mache. Das ist nicht richtig; es gibt ihm nur dem Gegner gegenüber die Befugniß, von demselben Anerkennung als Eigenthümer zu verlangen. Man beruft sich ferner, abgesehen von anderen Stellen, welche noch weniger beweisen, auf l. 3 § 1 D. 6, 2, welche von der Tradition auf Grund eines Urtheils handelt, und auf die Analogie der l. 13 § 1 D. 12, 2 und der l. 33 § 3 D. 41, 3, von welchen Stellen die letzte den Titel ebenfalls in der Uebergabe sieht, die erste nicht sagt, daß der Eid Titel sei. Der hier vertretenen Ansicht sind Unterholzner I § 116, Danz *3S. f. GR. u. Pr.* V S. 288 fg., Stephan *ACPra.* XXXI S. 353 fg., Pfeiffer *das.* XXXVII S. 121 fg., Beckmann über die *usucapio ex causa iudicati* (1860), Scheurl *Beitr.* II S. 82—86, Böcking II § 146⁸⁰, Bangerow I § 320 Anm. 3 (aber erst in der 7. Aufl.); der entgegengesetzten Ansicht sind Arnolds *ACPra.* XIII S. 288 fg., Brinz 1. Aufl. S. 209 (2. Aufl. I S. 620), Sintenis I § 51⁸², Dernburg I § 220⁸⁰, Kohler *Grünh.* 3S. XIV S. 25.

§ 180. ¹ L. un. C. 7, 31, l. 12 C. 7, 33. Nach r. R. kam es darauf an, ob die Parteien in derselben „provincia“ wohnten: diese Bestimmung ist heutzutage unanwendbar. Vgl. Unterholzner I § 84⁷⁹, Sintenis I S. 510, Roth *Bayrisches Civr.* II S. 206 [2. Aufl. (Wecher) S. 309 fg.], S. f. VI. 312, IX. 9, X. 187.

² Die Quellen nennen diejenigen, welche in derselben provincia wohnen, praesentes, diejenigen, welche nicht in derselben provincia wohnen, absentes.

³ Nov. 119 c. 8. Auch eine Abwesenheit, welche weniger als ein Jahr dauert, muß in gleicher Weise behandelt werden. Fagenstecher II S. 338. 339;

Tag zu Tag, nicht von Moment zu Moment berechnet⁴; vollendet ist sie mit Anbruch des letzten Tages⁵.

Der Besitz muß während dieser Zeit ununterbrochen vorhanden gewesen sein, es darf nicht ein später erlangter Besitz mit einem früher gehabten zusammengerechnet werden; durch die Unterbrechung des Besitzes wird auch die Erfizung unterbrochen, d. h. es wird der bisher abgelaufenen Erfizungszeit alle rechtliche Kraft entzogen⁶. Der Besitz muß aber ferner während diejer Zeit ungestört vorhanden gewesen sein. Das will sagen: es muß nicht der Eigentümer gegen den Besitzer den Proceß begonnen haben; auch durch den Proceßbeginn wird die Erfizung unterbrochen⁷. Bleibt der Proceß liegen, so läuft zwar

a. M. Böding § 148⁵, Brodowski Untersuchungen S. 93 [Dernburg I § 221 zu 4⁵].

⁴ S. § 103⁷.

⁵ L. 15 pr. D. 44, 3. Ueber l. 7 D. 41, 3 vgl. § 103¹⁵⁻¹⁸.

⁶ L. 5. l. 15 pr. § 2 D. 41, 3, l. 7 § 4 D. 41, 4, l. 5 D. 41, 6. Die Quellen sagen: „interrumpitur“ possessio, usucapio. Die Unterbrechung der Erfizung wird auch *usurpatio* genannt (l. 2 D. 41, 3), während die Etymologie des Wortes (*usurpare*, *usurpare*, *usurpare*) auf den engeren Begriff der Unterbrechung durch eine von einem Andern ausgehende Besitzentziehung führt. Vgl. Unterholzner I § 131¹⁰⁰, Böding II § 148¹⁵, Karlowa Form der röm. Ehe S. 67 fg. — Ausnahmweise läuft die Erfizung fort trotz des Verlustes des Besitzes, so in dem Falle der l. 30 § 1 D. 41, 3 (§ 152⁶) und nach Analogie dieses Falles muß das Gleiche für den Fall behauptet werden, wo der Besitzer die Sache specificirt.

⁷ Man kann diese Unterbrechung eine *civilis interruptio* nennen, nach l. 5 D. 41, 3 und Cic. de or. III. 28 § 110; vgl. Fuchske 3 S. f. CR. u. Pr. N. F. II S. 141—150. — Uebrigens galt die Unterbrechung der Erfizung durch Proceßerhebung nicht für die *usucapio*. Dieselbe wurde durch die *litis contestatio* nicht unterbrochen, sondern es wurde nur ihre Vollendung für das in diesem Proceße erfolgende Urtheil unschädlich gemacht; der Beklagte wurde zur Herausgabe der Sache verurtheilt, als wäre dieselbe nicht durch Erfizung sein eigen geworden. Davon handeln: l. 18. 20. 21 D. 6, 1, l. 2 § 21 D. 41, 4 Anders war es bei der *longi temporis praescriptio*; hier wurde die Erfizung durch die *litis contestatio* wirklich unterbrochen, l. 2 C. 3, 19, l. 26 C. 3, 32, l. 1. 2. 10 C. 7, 33, l. 4 C. 7, 35. Zwar wird von Manchen (so von Buchholz Versuch S. 132—139, Hierulff S. 283*, Fuchske Inst. II § 239*, Demelius Untersuchungen S. 84. 89. 97, Brinz 2. Aufl. I S. 600, vgl. Arndts § 163²) das Letztere gelehrt und behauptet, auch bei der *longi temporis praescriptio* habe in dieser Beziehung nichts Anderes gegolten, als bei der *usucapio*; allein denselben steht nicht bloß entgegen, daß in l. 2 C. 3, 19 und l. 2 C. 7, 33 geradezu von einer Unterbrechung der *praescriptio* und der *possessio* die Rede ist (vgl. l. 2 § 21 D. 41, 4), sondern namentlich auch, und dieß halte ich für ganz entscheidend, der in l. 1 C. 7, 33 vorgetragene Satz, daß die *litis contestatio* die Erfizung nicht bloß für diesen Proceß unterbreche. So ist also in der That in der Justinianischen Compilation Verschiedenes für die *usucapio*, Verschiedenes für

eine neue Erfizung, aber nur die außerordentliche, und zwar vierzig-jährige⁸.

die l. t. praescriptio gelehrt, und es scheint nach dem oben § 175³ Besagten nichts übrig zu bleiben, als das Eine und das Andere zur Anwendung zu bringen, das R. der usucapio für bewegliche Sachen, das der i. t. praescriptio für unbewegliche. Der eigentliche Sinn Justinians wäre damit aber gewiß nicht getroffen; es kann keinem Zweifel unterliegen, daß Justinian angenommen hat, zwischen der usucapio und der l. t. praescriptio bestehe kein Unterschied. Bei dieser Lage der Sache gewährt einen willkommenen Anhalt l. 2 C. 7, 40. In dieser Stelle gibt Justinian an, wie sich derjenige, gegen welchen eine Verjährung laufe, helfen könne, wenn die Erhebung des Processes wegen eines Hindernisses in der Person des Gegners unmöglich sei; er soll dann eine Verwahrung bei Gericht einreichen, und diese Verwahrung soll ihm zum Zwecke der Unterbrechung der Verjährung denselben Dienst thun, wie die Erhebung des Processes. Dabei stellt Justinian die Erfizung jeder anderen Verjährung ausdrücklich gleich („et hoc sufficere ad omnem temporalem interruptionem, sive triennii, sive longi temporis, sive triginta vel quadraginta annorum sit“). Es kann daher wohl keiner Frage unterliegen, daß in seinem Sinne auch die Erhebung des Processes selbst die Erfizung unterbrechen soll, wobei unter Erhebung des Processes wie bei der 30jährigen Verjährung (§ 126) die Ladung des Beklagten verstanden werden muß. So auch Wächter Erörter. III S. 99—104, Stephan ACpra. XXXIV S. 181 fg. Andere Schriftsteller wollen das R. der usucapio oder der longi temporis praescriptio zur Anwendung gebracht wissen, je nachdem sie überhaupt die Justinianische Erfizung unter die Grundfälle der ersten oder unter die der letzten stellen. Vgl. Unterholzner I § 127, Savigny VI S. 56—61, Rengerow I § 160 Anm. Nr. II, Schmid I S. 256—260. E. Grueber in seiner Habilitationsschrift über den Einfluß der Eigentumsklage auf die Erfizung nach r. R., München 1875, spricht sich gegen die Unterbrechung deswegen aus, weil eine processuale Handlung nur inter partes wirke, was mit einer petitio principii zu sein scheint. Vgl. über diese Schrift Ed. Jenaische Literaturzeit. 1875 Nr. 40, Hofmann Grünh. 3S. III S. 737 fg. Gegen die Unterbrechung in Consequenz seiner oben berichteten Ansicht auch Brinz 2. Aufl. I S. 638. Ebenso Arndts § 163². Eine besondere Ansicht hat Sintenis I § 51¹² aufgestellt: die Erfizung werde durch die Ladung des Beklagten deswegen unterbrochen, weil die Ladung bösen Glauben bewirke. Vgl. dagegen § 124⁵. In der zweiten Auflage seines Lehrbuches erklärt freilich Sintenis diesen bösen Glauben nur für einen „figürlichen“, wobei der Beklagte in der „besten Ueberzeugung“ bleiben könne! — Für die Unterbrechung durch Ladung Cf. VIII 233. [Dernburg I § 221¹⁷: relative Unterbrechung.]

⁸ Daß die neu beginnende Erfizung eine vierzigjährige sein muß, beruht auf l. 9 C. 7, 39. Wächter Erörter. S. 104⁴⁰. — Auf den Fall, wo der Proceß liegen bleibt, bezieht sich das praktische Interesse der Frage, ob durch den Proceßbeginn die Erfizung nur unschädlich gemacht wird, wie bei der usucapio, oder unterbrochen wird, wie bei der longi temporis praescriptio. Wird sie nur unschädlich gemacht, so hat der Proceßbeginn gar keine Bedeutung, wenn es nicht zum Urtheil kommt; anders im Fall der Unterbrechung. Zwar wenn wieder derselbe Kläger gegen denselben Beklagten auftritt, braucht jener nicht einen neuen Proceß zu beginnen, sondern kann den alten fortsetzen, so daß er zum Siege gelangt, auch wenn keine Unterbrechung der Erfizung stattgefunden hat. Aber man nehme an, daß der frühere Beklagte jetzt als Kläger auftritt, oder daß an

§ 181.

Nicht jede Zeit des Besizes darf in die Erfikungszeit eingerechnet werden; es gibt Gründe, welche bewirken, daß die Erfikung, obgleich ihre sonstigen Erfordernisse vollständig vorhanden sind, stille steht, ruht¹. Dieser Zustand tritt ein: 1) dadurch, daß die Sache sich in dem Eigenthum einer Person befindet, gegen welche nicht eressen werden kann; 2) dadurch, daß gewisse Gründe den Eigenthümer an der Verfolgung seines Rechts hindern. Von dem Einen und dem Andern wird näher unter den Ausnahmen von der ordentlichen Erfikung gesprochen werden (§ 182 Ziff. 2. 4).

Von der anderen Seite darf der Erfikende sich nicht bloß die Zeit seines Besizes anrechnen, sondern unter Umständen auch diejenige Zeit, während welcher ein Anderer besessen hat². Hierfür gelten folgende nähere Regeln³.

die Stelle des Klägers oder des Beklagten ein Sondernachfolger getreten ist, oder auch, daß der frühere Beklagte jetzt als Kläger gegen einen Dritten auftritt, welcher sein R. von dem früheren Kläger nicht ableitet. (Vgl. Arndts § 163² a. G. Ich wüßte in der That nicht, was abhalten könnte, die von Arndts an diesem Orte aufgeworfene Frage zu bejahen. Eine andere von Grueber a. a. O. S. 38 gestellte Frage verneine ich: der Beklagte kann sich nicht auf ein Stück des Processus berufen, er muß ihn nehmen, wie er liegt, mit dem Urtheil. Uebrigens will auch ich eine Gegenfrage stellen: hält man es denn für ein „angemessenes Resultat“, daß der als Kläger gegen den früheren Kläger auftretende frühere Beklagte sich einfach über die Thatfache der früher gegen ihn erhobenen Klage hinwegsetzen kann?)

¹ Praescriptio dormit, wie die Neuere sagen. Der Gegensatz zwischen § 181. Stillestehen und Unterbrechung der Erfikung ist derselbe, wie der entsprechende bei der Verjährung der Ansprüche (§ 109).

² Es findet statt eine *accessio temporis, accessio possessionis*. Diese Ausdrücke sind quellenmäßig; vgl. jedoch³ g. G.

³ Dig. 44, 3 de diversis temporalibus praescriptionibus et de accessionibus possessionum. Unterholzner I § 132—136, Bangerow I § 322 Anm. 2, Wächter II S. 168 fg. A. Denzinger die *Accessio possessionis* nach dem römischen und canonischen R. (1842). — Die *accessio possessionis* fand im klassischen R. außer bei der Erfikung eine sehr wichtige Anwendung auch bei dem *interdictum utrubi*, und die Compileroren haben eine Reihe von Stellen aufgenommen, welche ursprünglich gerade von dieser ihrer Anwendung gehandelt haben, ohne dieselben durchweg so zu redigiren, daß sie auf die Erfikung passen. — Uebrigens ist in der Geschichte der *accessio possessionis* bei der Erfikung nicht Alles klar; Justinian berichtet von Veränderungen, welche er mit derselben vorgenommen habe (l. un. C. 7, 31. § 12 I. 2, 6), und dieser Bericht paßt schlecht zu dem, was wir sonst wissen. Vgl. über die verschiedenen Meinungen Unterholzner I S. 465—467, Denzinger § 20, Bangerow a. a. O. Nr. 1 u. 2, Böding § 148²⁷, Fitting *ACPra.* LII S. 251 fg., Brinz 2. Aufl. I S. 636.

1. Der Gesamtnachfolger tritt in das Erfizungsverhältniß des Rechtsvorgängers ein⁴, und setzt daher, wenn derselbe ersaß, die von demselben begonnene Erfizung fort⁵, kann freilich auf der andern Seite auch, wenn der Rechtsvorgänger aus Mangel an gutem Glauben nicht ersaß, seinerseits trotz seines guten Glaubens keine Erfizung beginnen⁶. Damit aber der Gesamtnachfolger die von dem Erblasser begonnene Erfizung fortsetzen könne, ist nothwendig, daß in der Zwischenzeit kein Anderer die Sache besessen habe⁷, während die Zeit, wo Niemand die Sache besessen hat, hinzugerechnet wird⁸. Ja es kann sogar die Erfizung vollendet werden, ohne daß der Erbe den Besitz überhaupt erlangt hat⁹.

⁴ Scheurl Beiträge I S. 22. 90 hat darauf aufmerksam gemacht, daß in die *condicio usucapiendi* kraft ihrer Natur als „werbendes Eigenthum“ succedit werden könne (vgl. Böcking II S. 117. 118, Köppen Erbr. S. 231 [Vehrb. des Erbr. S. 53], Unger österr. Erbr. § 7¹⁶); aus dem in Texte zu Note 6 Gesagten geht hervor, daß der Regel ein allgemeiner Ausdruck gegeben werden muß.

⁵ Ohne daß es nach r. R. darauf ankam, ob er selbst im guten Glauben war oder nicht. L. 40. 43 pr. D. 41, 3, l. 2 § 19 D. 41, 4, l. 30 pr. D. 4, 6 (— „ut eadem in heredibus, qui in usucapionem succedunt, servanda sint, quia possessio defuncti quasi iniuncta descendit ad heredem“), l. un. C. 7, 31, § 12 I. 2, 6, l. 14 § 1 D. 44, 3. Die letzte Stelle ist die einzige, in welcher in Betreff des Erben von „accessio possessionis“ die Rede ist; aber sie handelte auch ursprünglich vom interd. utrubi. Vgl. Scheurl Beitr. I S. 92 unt., Böcking II S. 118, Brinz 1. Aufl. S. 218, Köppen Erbr. S. 229. 230. — Der letztere Schriftsteller geht gewiß zu weit, wenn er (S. 231) behauptet, daß nach heutigem R. böser Glaube des Erben nicht schade, weil der Erbe gar nicht Usucapient sei. Vgl. auch Unger österr. Erbr. § 7¹⁶. Köppen Lehrbuch des Erbr. S. 54.

⁶ L. 11 D. 44, 3, l. 3 C. 7, 30, l. 11 C. 7, 32, § 12 I. 2, 6. Vgl. Fitting ACPr. LII S. 250 fg. Cf. XXXVII. 196.

⁷ L. 20 D. 41, 3, l. 6 § 2 D. 41, 4.

⁸ L. 31 § 5 D. 41, 3. [Fall der Einfluß der Usurpation eines Nachlasses auf die Verhältnisse der Erfizung. Gött. Diff. 1896, Wilde die Wirkungen der Usurpation eines Nachlasses auf die Verhältnisse der Erfizung nach gemeinem R. Erl. Diff. 1896.]

⁹ So ist Vollendung der Erfizung auch vor eigenem Besitzerwerb des Erben, ja vor Antritt der Erbschaft möglich, l. 31 § 5 D. 41, 3, l. 6 § 2 D. 41, 4, l. 40. 44 § 3 D. 41, 3, l. 30 pr. D. 4, 6; vgl. l. 2 § 18 D. 41, 4. Das Gegentheil sagt, oder scheint zu sagen (Böcking II § 148²²), l. 13 § 3 D. 41, 2, die jedenfalls sich ursprünglich auf das interd. utrubi bezog, und als aus Versehen aufgenommen den eigentlichen Gedanken der Justinianischen Compilation nicht ausdrückt. Vgl. Puchta § 156¹, Jhering Abhandlungen S. 253—256, Bangerow a. a. D. Nr. 1, Scheurl Beitr. I S. 92, Schirmer zu Unterh. I S. 472*, Arndts § 161², Köppen a. a. D. ⁵⁷. Gleiches ist zu sagen von l. 13 § 5 eod., vgl. l. 15 § 1 D. 44, 3, welche Stelle den Satz vorträgt, daß dem Erben die Zeit des Besizes des Erblassers selbst dann zugerechnet

2. Der Sondernachfolger beginnt in seiner Person eine neue Erbsizung, kann aber für dieselbe den Erbsizungsbesiz seines Rechtsvorgängers mit in Ansatz bringen¹⁰.

3. Dem Sondernachfolger steht derjenige gleich, welcher eine Sache veräußert hat, und dann in Folge der Wiederauflösung der Veräußerung zurückerlangt. Derselbe kann also in die neu begonnene Erbsizung den Besiz des Besitzers der Zwischenzeit, sowie den Besiz, welchen er selbst vor der Veräußerung gehabt hat, einrechnen¹¹.

e. Ausnahmen*.

§ 182.

Wenn auch die im Vorhergehenden bezeichneten Erfordernisse der ordentlichen Erbsizung vorhanden sind, so findet dieselbe doch nicht in allen Fällen statt. Sie ist ausgeschlossen:

- 1) an Sachen, welche dem Verkehr entzogen sind (§ 146. 147)¹;
- 2) an Sachen gewisser Eigenthümer, nämlich: a) des Staates²;
- b) des Landesherrn³; c) an unbeweglichen Sachen der Kirchen und

werde, wenn derselbe nicht bis zu seinem Tode besessen habe. Vgl. übrigens Böcking II § 148²⁹, Schirmer zu Unterh. I S. 474⁴⁷¹. — Insofern mit dem Tod des Besitzenden die von ihm begonnene Erbsizung nicht aufhört, kann man auch sagen, daß sein Besiz fortbauere (§ 148 zu¹⁰). Auf gleichem Wege gelangt man dazu, den vom Erben erlangten Besiz als Fortsetzung des Besizes des Erblassers anzusehen, vgl. l. 30 pr. D. 4, 6. Diese Auffassung wird, nur zu einseitig, betont von Brodowski Untersuchungen S. 65 fg.

¹⁰ § 13 I. 2, 6, l. 2 § 30 (vgl. § 17) D. 41, 4, l. 15 § 1—6. l. 16 D. 44, 3, l. 76 § 1 D. 18, 1, l. 7 § 3 D. 23, 3, l. 14 § 1 D. 41, 3, l. 13 § 6. 10—12 D. 41, 2, l. 14 pr. § 2. 4. 5 D. 44, 3. Die beiden letzten Stellen handelten ursprünglich von dem interd. utrobi; daraus erklärt sich, daß in § 7 und 9 der ersten auch beim Precarium (vgl. § 154⁵) und in einem Falle unredlichen Besizes, in § 8 der zweiten Stelle auch zu Gunsten des Pfandgläubigers Hinzurechnung des Besizes gestattet wird. Vgl. jedoch auch Böcking § 148³⁴, und bis zur 4. Aufl. Arndts § 161².

¹¹ L. 19 D. 41, 3; l. 6 § 1 D. 44, 3, l. 13 § 2 D. 41, 2.

* Unterholzner I § 32—81, Vangerow I § 317, Schirmer Grundbuecher der Usucapion S. 99—220.

¹ L. 9. l. 45 pr. D. 41, 3, § 1 I. 2, 6, l. 9 C. 11, 43 [42]. Es muß § 182. dieß bestimmen ausdrücklich hervorgehoben werden, weil jedenfalls nach heutigem R. die dem Verkehr entzogenen Sachen keineswegs nothwendig auch dem Eigenthum entzogen sind. Unzulässigkeit der Erbsizung eines besonderen Benützungsr. an einem öffentlichen Gewässer: RG. XXIII S. 152 fg.

² § 9 I. 2, 6, l. 18. l. 24 § 1 D. 41, 3, l. 2 C. 7, 30. [Sachen einer vacanten Erbschaft: l. 18 D. 41, 3; Dernburg I § 220¹⁸, S. f. XLIX. 79].

³ Cod. 7, 38 ne rei dominicae vel templorum vindicatio temporis praescriptione submoveatur, l. 2 C. 11, 67 [66].

milden Stiftungen^{4, 5};

3) an Sachen, welche dem Eigenthümer in gewisser Weise abhanden gekommen sind, nämlich: a) durch Entwendung⁶; b) durch gewaltsame Inbesitznahme⁷; c) durch Veräußerung eines unredlichen Besitzers⁸; d) durch Hingabe zum Zweck der Bestechung⁹. In diesen

⁴ Nov. 111 c. 1, Nov. 131 c. 6 (Auth. *Quas actiones* hinter l. 23 C. 1, 2), c. 4. 8 X. 2, 26. Cf. IX. 266: vgl. XXXVII. 294.

⁵ Nicht gehören hierher auch die Sachen der Stadtgemeinden. L. 9 D. 41, 3 handelt von Sachen der Stadtgemeinden, welche dem Verkehr entzogen sind; l. 12 § 2 D. 6, 2 schließt nicht die Erfindung des Eigenthums, sondern die Erfindung des vectigalischen R. aus. Dieß beweist der folgende § 3; bedarf es einer Hervorhebung, daß Erfindung eines mit einer Superficies belasteten Grundstücks zulässig sei? Die Zulässigkeit der *longi temporis praescriptio* gegenüber Stadtgemeinden wird ausdrücklich anerkannt von Paul. *sentent.* V. 2 § 4 (l. 2 C. 7, 38 *sete mala fides* voraus [„perperam“]); vgl. auch l. 15 § 27 D. 39, 2. Die Sache ist übrigens äußerst streitig. Uebereinstimmend Schmöb S. 192, Schirmer a. a. L. S. 111, Böding II § 145⁹⁹, Sintonis I § 51⁹⁷, Arndts § 162¹ in der 5. Aufl.; a. M. Unterholzner I § 45. 58, Buchta § 158^d, Bangerow a. a. L. A. 4. Cf. III. 137. 297, IX. 119, XVI. 187, XXIV. 17, XXVIII. 6, XXXI. 306, XXXV. 100. Vgl. auch Franke *ACPr.* XLIV S. 122 fg.

⁶ § 2—6 I. 2, 6, l. 36—38 D. 41, 3. Es macht sich hier der römische Begriff des *furtum* geltend (s. Unterholzner I § 62—67 und in diesem Lehrbuch II § 452), mit der Maßgabe jedoch, daß nur dasjenige *furtum* die Sache unerfüßbar macht, welches sie dem Eigenthümer entzieht. Daher wird sie nicht unerfüßbar durch ein von dem Eigenthümer selbst begangenes *furtum usus* oder *possessionis* (l. 4 § 21 D. 41, 3, l. 5 D. 41, 4, l. 20 § 1 D. 47, 2; l. 49 D. 41, 3, l. 6 C. 7, 26 sind auf ein *furtum* des Nichteigenthümers zu deuten). Uebrigens gehen auch hier die Ansichten sehr auseinander. Vgl. Unterholzner I S. 214. 221. 222. 232—235, Hufschke 3 S. f. gesch. RW. XIV S. 256—259, Bangerow a. a. D. B. 4 a, Schirmer S. 166—197. — Die Erzeugnisse einer entwendeten Sache sind als solche der Erfindung nicht entzogen, l. 4 § 19 D. 41, 3 (denn das Erzeugniß ist nicht Theil der Sache, l. 10. § 2 i. f. D. 41, 3, l. 26 D. 50, 16); eine Ausnahme machen nur Thierjunge, insofern sie bei dem Entwender concipirt sind, l. 48 § 5 D. 47, 2 (mit welcher Stelle sich freilich l. 10 § 2 D. 41, 3 schlecht vereinigen läßt; man muß annehmen, *Ulpian* eigne sich nur den Grund des *Scävola* an, nicht aber die von demselben daraus gezogene Consequenz); vgl. Unterholzner I § 67, Schirmer S. 129—143. Göppert organische Erzeugnisse S. 199 fg. Beer über die Erfüßbarkeit von Erzeugnissen gestohlener Sachen nach r. R. *Diff.* Leipzig 1884. Rossi sui prodotti delle cose rubate, *studi Senesi* II p. 80 s. Siena 1885. [Verrier étude sur la prohibition de l'usucapion, thèse, Lyon 1893. Hallensleben das vitium furti und seine purgatio in r. R. *Erl. Diff.* 1895.]

⁷ § 2 I. 2, 6, l. 4 § 22—27 [28]. l. 33 § 2. l. 37 § 1. l. 38 D. 41, 3. Daß der Eigenthümer selbst es ist, welcher die Sache mit Gewalt in seinen Besitz gebracht hat, macht hier keinen Unterschied, l. 4 § 26 D. 41, 3.

⁸ Wenn eine bewegliche Sache von dem unredlichen Besitzer veräußert wird, so wird sie zu einer entwendeten (§ 3 I. 2, 6.). In Nov. 119 c. 7 hat aber

Fällen wird jedoch der Sache die Erfsizbarkeit dadurch zurückgegeben, daß sie in die Gewalt des Berechtigten zurückkommt¹⁰.

4. Die Erfsizung ist ferner ausgeschlossen während der Zeit, wo der Eigenthümer aus gewissen Gründen verhindert ist, seine Sache zu verfolgen. Deswegen läuft die Erfsizung nicht: a) während der Zeit der Minderjährigkeit des Eigenthümers¹¹; b) während der Zeit,

Justinian vorgeschrieben, daß auch die Veräußerung einer unbeweglichen Sache durch den unredlichen Besizer sie zu einer unerfsizbaren machen soll, vorausgesetzt daß der Eigenthümer keine Kenntniß von der Veräußerung oder seinem N. habe. Daß die Erfsizung auch in der ferneren Hand ausgeschlossen sei, sagt zwar diese Bestimmung nicht ausdrücklich; aber es ist in ihrem Sinne anzunehmen. A. M. Dernburg I § 220¹².

⁹ L. 8 D. 48, 11, l. 48 pr. D. 41, 1.

¹⁰ Näheres. 1) In die Gewalt des Berechtigten, d. h. des Eigenthümers, § 8 I. 2, 6. l. 4 § 6 D. 41, 3; es müßte denn die Entwendung gar nicht gegen das Eigenthüm. gericht gewesen sein, l. 49 D. 41, 3. Schwierigkeit macht l. 6 § 3 i. f. D. 43, 26, welche Stelle nach Justinianischem Re doch kaum einen andern Sinn haben kann (Auslegungsversuche bei Bangerow B. 4. c, Arndts § 162³ b. a.), als daß die einem Nichteigenthümer entzogene Sache auch durch Rückkehr in dessen Gewalt erfsizungsfähig werde. Unterholzner I S. 220, Schmid § 14²⁹, Schirmer S. 145—151 [Dernburg I § 220¹¹]. 2) In die Gewalt des Berechtigten; l. 4 § 12 D. 41, 3, l. 22 D. 41, 2, l. 10. 12 C. 6, 2, l. 7 C. 7, 26; l. 4 § 13 D. 41, 3, l. 85 [84] D. 47, 2; l. 4 § 14 D. 41, 3; l. 32 pr. D. 41, 3; l. 42 D. 41, 3; l. 215 D. 50, 16. Nach der letztgenannten Stelle soll schon die „vindicandi potestas“ genügen. 3) Mit Wissen des Berechtigten: er müßte denn auch von der Entwendung nichts gewußt haben, l. 4 § 8—10. 12. l. 41 D. 41, 3, l. 87 [86] D. 47, 2. Das Wissen des Vormundes ersetzt das Wissen der Bevormundeten, l. 4 § 11 D. 41, 3, l. 57 [56] § 4 D. 47, 2, l. 7 § 3 D. 41, 4. In l. 4 § 7 D. 41, 3 sind die Worte „etiam si sciero“ von dem Wissen der zurückerlangten Gewalt und der Entwendung zu verstehen. Unterholzner I S. 225 und Schirmer das. S. 299—307, Bangerow a. a. O. B. 3. a. Andere (Huschke 3S. f. CR. u. Pr. N. F. II S. 137—141, Böding § 145¹⁰), emendiren „sufficit“ in „officit“. Gandolfo la reversio ad dominum delle cose rubate, Arch. giuridico XXXV p. 161 s. — Die im Vorstehenden angeführten Stellen handeln fast ausschließlich von der Entwendung, an welcher, als dem wichtigsten Fall, die Lehre entwickelt worden ist. Von der gewaltsamen Inbesitznahme reden: § 8 I. 2, 6, l. 33 § 2 D. 41, 3, l. 87 [86] D. 47, 2, l. 6 D. 47, 8, l. 5 C. 7, 26; von der Hingabe zum Zweck der Befestigung: l. 8 § 1 D. 43, 11. In Betreff der Veräußerung durch den unredlichen Besizer ist in der Nov. 119 c. 7 nicht gesagt, wodurch der Sache die Erfsizbarkeit zurückgegeben werde; gewöhnlich nimmt man an: dadurch, daß der Eigenthümer von der Veräußerung erfahre; aber wie wenn derselbe keine vindicandi potestas hat? Also sind auch hier die Grundsätze von der Entwendung maßgebend. [S. noch Schneider tr. B3S. XXXVI S. 84 fg. über Ausführungen Serafinis.]

¹¹ Die alte usucapio wurde nicht einmal durch die Impubertät ausgeschlossen (l. 2 D. 27, 5, l. 4 § 24 D. 44, 4, l. 4 § 11 D. 41, 3, l. 2 § 15. l. 7 § 3

wo der Eigenthümer in väterlicher Gewalt steht, in Betreff der dem Nießbrauch und der Verwaltung des Gewalthabers unterworfenen Sachen¹²; c) während der Zeit feindlichen Einbruchs (§ 109 Note 9). Hierher läßt sich auch die Bestimmung stellen, daß die Erfsizung von Dotalsachen gegen die Frau erst von der Zeit an laufen soll, wo die Dos an sie gefallen ist¹³.

5. Ein gesetzliches, Nichtigkeit begründendes Veräußerungsverbot schließt auch die Erfsizung aus¹⁴.

D. 41, 4, l. 33 D. 47, 2 [in l. 48 pr. D. 41, 1 ist nach den Basiliken statt „pupilli“ zu lesen „populi“]; l. un. C. 2, 35 [36]). Dagegen wurde in die longi temporis praescriptio die Zeit der Minderjährigkeit nicht eingerechnet (l. 3 C. 7, 35). Das Justinianische R. ergibt sich aus l. 5 C. 2, 40 [41], wodurch bestimmt wird: „in omnibus casibus, in quibus vetera iura currere quidem temporales praescriptiones adversus minores concesserunt, per in integrum autem restitutionem eis subveniebant, eas ipso iure non currere . . . videlicet exceptionibus XXX vel XL annorum in suo statu remanentibus“. Daß durch den Ausdruck „temporales praescriptiones“ nach dem Sprachgebrauch jener Zeit die Erfsizung mit umfaßt werde, darf nicht bezweifelt werden, vgl. l. 4 C. 6, 61, l. 30 C. 5, 12, l. 2 C. 7, 40. So auch Unterholzner I §. 117, Arndts 3 §. f. 68. u. Pr. XX §. 389 fg. (1844), Schmid § 14¹⁰, Stepan ACPr. XXXIV §. 361 fg. (1851), Böding § 145¹¹ [Dernburg I § 220¹²]; a. M. Puchta § 158⁵, Bangerow a. a. O. A. 5, Sententia I § 51¹³. — Den Minderjährigen andere bevormundete Personen gleichzustellen (was man namentlich in Betreff der Wahnsinnigen versucht hat), fehlt es an allem Anhalt in den Quellen. Unterholzner I § 39. Ebenjowenig ist es gerechtfertigt, die Zeit der Abwesenheit bei der Erfsizung außer Ansatz zu lassen; l. 4 C. 7, 35 ist von der Wiedereinsetzung gegen die vollendete Erfsizung zu verstehen. Unterholzner I § 137¹⁴, Bangerow a. a. O. A. 6.

¹² L. 1 C. 6, 60, l. 4 C. 6, 61. l. 1 § 2 C. 7, 40.

¹³ L. 30 C. 5, 12. Die Sache liegt hier insofern nicht ganz gleich, als die Frau früher gar nicht Eigenthümerin ist: es wird hier dem Eigenthümer nicht angerechnet die Zeit, welche verfloßen ist, ehe er Eigenthümer war. Vgl. § 109⁷. — Dagegen darf nicht mit der herrschenden Meinung auch der Fall des tignum iunctum hierher gestellt werden. Zwar ist die vindicatio in diesem Fall durch Aregel ausgeschlossen, aber der Eigenthümer hat zugleich in der actio de tigno iuncto (§ 188¹¹) ausreichenden Ersatz. Gegen die Erfsizung beweisen nicht l. 23 § 7 D. 6, 1, l. 7 § 11 D. 41, 1, welche nicht von der Erfsizung des Eingefügten als solchen handeln (§ 175a²), für dieselbe beweist l. 30 § 1 D. 41, 3. Die herrschende Meinung hilft sich dieser Stelle gegenüber theils durch Verweisung auf die Kürze der in dem behandelten Fall zur Vollendung der Erfsizung fehlenden Zeit, theils durch die Annahme, daß in der Stelle von eigentlichem Baumaterial gar nicht die Rede sei, oder sie legt sich die Sache auch so zurecht, daß der Verfasser der Stelle nur „seine Beispiele nicht umsichtig genug gewählt habe“. Vgl. § 152⁶ und Savigny Besitz §. 311. 312 (370. 371), Bangerow I § 204 Anm. 2 Nr. 2. 3, Windscheid in Sell's Jahrb. I §. 466 fg., Arndts I § 163³ (5. Aufl. u. fg.), Schuhmacher in der § 152⁶ genannten Diss.

¹⁴ L. 28 pr. D. 50, 16. „Alienationis verbum etiam usucapionem

6. Die Berufung auf die Erftizung ift nicht zuläffig bei Grenzftreitigkeiten¹⁵.

Erforderniffe der außerordentlichen Erftizung*.

§ 183.

Die außerordentliche Erftizung ift vollendet, fobald die Verjährung des Eigenthumsanspruchs wegen Vorenthaltung der Sache (§ 192) vollendet ift, wenn zugleich der Befizer fich während der Verjährungszeit in gutem Glauben befunden hat¹. Die außerordentliche Erftizung verlangt weder Titel², noch Erftizbarkeit der Sache nach den zuvor

continent; vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi⁴. Vgl. I. 12 § 4 D. G. 2. Anwendungen in I. 16 D. 23, 5 (Verbot der Veräußerung eines Dotalgrundstücks, vgl. I. 5. 6 D. eod.) und I. 3 § 3 C. 6, 43 (Verbot der Veräußerung einer vermachten Sache; obgleich diefes Verbot nicht durchweg nöthig gewesen wäre, fo wird doch ausdrücklich verfügt, daß es auch die Erftizung ausschließe). In gleicher Weife läßt Nov. 22 c. 24 bei veräußertem Ehegewinn nur die 30jährige Verjährung zu. Die Meinungen find hier übrigens getheilt; Savigny (IV S. 565—570), Fitting ACPr. XLVII S. 40 fg. LI S. 253 fg. und Kohler fr. BS. XIX S. 145 fg. glauben nur die Erftizung auf Grund einer verbotenen Veräußerung ausgeschlossen, Gans (Scholien zum Gajus S. 252), Schröder zur Lehre von den gesetzlichen Veräußerungsverboten S. 5 fg. und Dernburg I § 217 zu⁵ nur das Verlierenwollen durch Erftizung. Vgl. Unterholzner S. 103 und Schirmer S. 51—53. 204 fg., Vangerow I S. 590. 591 (7. Aufl.), Czjchlarz JS. f. GR. u. Pr. N. F. XXII S. 419 fg. und Dotalr. S. 201, Beckmann Dotalr. II S. 461 fg.

¹⁵ L. 6 C. 3, 39. Vgl. II § 450¹⁰.

* Friß JS. f. GR. u. Pr. III S. 485 fg. (1830). Vangerow I § 325, Böcking II § 149.

¹ Die außerordentliche Erftizung ift von Justinian in I. 8 § 1 C. 7, 39 § 183. eingeführt worden.

² Also keine Rechtfertigung des guten Glaubens; es ift an dem Gegner, den böfen Glauben zu beweifen. Cf. XVI. 9, XLI. 7 (RG.). — Daß kein Titel erforderlich fei, ift die herrschende Meinung, und namentlich von Friß a. a. O. ausgeführt (vgl. auch c. 15 C. 16 qu. 4), f. neuestens Wächter (§ 176 Note²) S. 5 fg. und vgl. Cf. XXI. 23. Doch wird auch das Gegentheil behauptet, indem geltend gemacht wird, die außerordentliche Erftizung fei nicht die Anspruchsverjährung mit veränderter Wirkung, fondern fchlechthin Erftizung. So Unterholzner II S. 94. I S. 355 (jedoch nur zweifelnd, und nicht für das r. R.), und Prinz 1. Aufl. S. 222—225. 2. Aufl. I S. 601. 611. — Daraus, daß kein Titel erforderlich ift, folgt aber nicht, daß auch auf Grund eines nicht entfchuldbaren Irrthums erffen werden könne, wie das die Meinung von Savigny III S. 371 und Wächter a. a. O. S. 5 fg. 18 fg. ift. Es ift nicht anzunehmen, daß die I. 8 § 1 cit. fich in Betreff der Qualification des zum Erwerb des Eigenthums erforderlichen guten Glaubens mit den für die ordentliche Erftizung (pr. eod.) Geltenden habe in Widerspruch fezen wollen; hätte fie dieß gewollt, fo hätte fie es gewiß gefagt. Das Hauptargument Wächters² ift, daß das Erforderniß

aufgestellten Regeln; aber sie ist in allen Fällen ausgeschlossen, wo die Anspruchsverjährung ausgeschlossen ist, außerdem bei Sachen, welche dem Verkehr entzogen sind³. Auch in jeder anderen Beziehung steht sie unter den Regeln der Anspruchsverjährung⁴.

[I. Das § 937. kennt eine Erfindung beweglicher Sachen (937 fg.), welche trotz der weiten Ausdehnung des unmittelbaren Eigenthumsbegriffs dessen, der gutgläubig vom Nichteigentümer erwirbt, erhebliche praktische Bedeutung hat, da sie keinen Titel erfordert und auch an gestohlenen und verlorenen Sachen stattfindet.

1. Die einzige positive, vom Erfindenden zu beweisende Voraussetzung dieser Erfindung ist, daß der Erfindende die Sache zehn Jahre im Eigenbesitz gehabt hat (937 Abs. 1); guter Glaube ist nicht positives Erforderniß, sondern sein erweislicher Mangel bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes oder erweisliche mala fides superveniens schließt die Erfindung aus. Titel ist nicht Erforderniß, sondern der Mangel des Titels kann nur für den Beweis des bösen Glaubens in Betracht kommen. Der Beweis des Eigenbesitzes zu Anfang und zu Ende eines Zeitraums begründet die Vermuthung, daß der Eigenbesitz auch in der Zwischenzeit bestanden habe (938). In der II. Comm. ist darüber verhandelt worden, ob der Eigenbesitz als (zu beweisende) Voraussetzung der Erfindung aufzustellen oder dem Gegner zu überlassen sei, einrederweise zu behaupten und zu beweisen, die Sache sei als fremde besessen. Man hat im ersteren Sinne entscheiden wollen, trotzdem darauf hingewiesen wurde, daß damit die Wohlthat der Beseitigung des Erfordernisses des Titels zum guten Theil illusorisch gemacht werde (Prot. S. 3741 fg.). Den Grund dafür bildet nur die (richtige) Ansicht, daß der Eigenbesitz wesentliche Voraussetzung der Erfindung sei. Hiernit ist aber sehr wohl vereinbar, daß man den Besitz bis zum Gegenbeweis als Eigenbesitz ansieht, wie man schon gemeinrechtlich zu der Ansicht gekommen war, daß der juristische Besitz des Beweises des animus rem sibi habendi nicht benöthige (ob. § 148^{4a} S. 648 fg. § 154^{*}). Das BGB., welches an jeden Besitz sogar die Vermuthung des Eigenthums knüpft (1006), kann unmöglich davor zurückschrecken, jeden Besitz im Zweifel für Eigenbesitz zu halten.

2. Die Frage, wer bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes in Ansehung der Erfindung nicht in gutem Glauben ist, hat das Gesetz nicht unmittelbar beantwortet;

der Verschuldbarkeit des Irrthums sich nur auf den Titel beziehe (§ 178¹). Gegen Wächter auch Bruns (§ 176^{*}) S. 105 fg., Hegelsberger *APraktRW.* N. F. IX S. 184 fg., S. XXIX. 219; für denselben Dernburg I S. § 222, 2. — Ueber die l. 8 C 7, 39 vgl. sonst noch, namentlich über § 2 derselben, *Leues ACPra.* LIV S. 1 fg. (1871).

³ In Betreff der Frage, ob nicht nach P. G. D. Art. 209 auch die gestohlenen Sachen auszunehmen seien, s. Unterholzner I 192, Buchta § 159^c, Schirmer zu Unterh. I S. 193^{*}, Böding I § 149¹², Wächter II § 137¹⁶, Dernburg I § 222, 3. — Daß ein gesetzliches Veräußerungsverbot nicht hinderlich sei, ist erkannt bei S. XV. 3. Sachen eines Familiensidecommisses: S. f. XLIII. 129 (RG.). — Vgl. noch S. f. XX. 103.

⁴ Namentlich also beginnt sie mit der Erlangung des Besitzes durch den Stellvertreter, wenn auch der Besitzer davon noch keine Kunde hat (§ 177^a, § 155^b).

die Antwort ist vielmehr in Anlehnung an § 932 Abf. 2 zu suchen (f. ob. S. 352 fg.). Nach § 932 ist der Erwerber nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört. Indessen kann dieß nicht ohne Modification für den bösen Glauben bei der Erfizung maßgebend sein. Die Fassung des § 932 erklärt sich daraus, daß dort etwas anderes als der Mangel des Eigenthums des Veräußerers überhaupt nicht in Frage steht; der irrige Glaube an die Veräußerungsfähigkeit des Veräußerers oder an seine Legitimation als Vertreter des Eigenthümers hilft dem Erwerber (vorbehältlich besonderer Vorschriften) gemäß § 932 fg. auch dann nicht, wenn er entschuldbar ist (f. ob. S. 792 fg. unter 8, a). Die Erfizung dagegen heißt jeden Mangel, an welchem der Eigenthumswerb scheiterte, und dem entsprechend könnte hier nur gesagt werden, in bösem Glauben ist, wer diesen Mangel kennt oder in Folge grober Fahrlässigkeit nicht kennt. Dabei bliebe Erfizung möglich, wenn in Bezug auf den vorliegenden Mangel guter Glaube obwaltete, der Erwerber aber an seinen Eigenthumswerb dennoch nicht glaubte, weil er einen andern Mangel (irrig) als vorhanden annahm (f. ob. § 177, 5). Nach dem Schluffassus des § 937 jedoch ist die Erfizung auch dann ausgeschlossen, wenn der Erwerber später erfährt, daß ihm das Eigenthum nicht zusteht, und man wird daher nicht behagen, wenn man annimmt, daß auch der anfängliche böse Glaube eben darin besteht, daß dem Erwerber bekannt oder in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß er das Eigenthum nicht erworben hat. Danach aber wird man auch, wenn der Erwerber für diese richtige Annahme einen irrigen Grund hatte, die Erfizung für ausgeschlossen halten müssen. (S. das gute Beispiel bei Dernburg I § 194, 2, a.). In Ansehung des nachfolgenden bösen Glaubens steht die grobe Fahrlässigkeit der Kenntniß nicht gleich.

3. Wenn Mehrere gemeinschaftlich Eigenbestz haben (vgl. 866), so erfizten sie Miteigenthum, es wäre denn, daß böser Glaube im Wege steht. Ist nur einer unter ihnen im bösen Glauben, so erfizt er nicht; aber sein Theil wird auch nicht von den übrigen erfaßen; denn diese, welche glaubten, jener Theil stehe dem andern Gemeinshafter zu, haben, wenn auch aus irrigem Grunde, zutreffend geglaubt, nicht Eigenthümer dieses Theils geworden zu sein.

4. Besteht neben dem (unmittelbaren) Bestz ein mittelbarer Bestz (ob. S. 697 fg.), so wird in der Regel der mittelbare Bestzter der Eigenbestzter sein (f. auch 941), er also erfizt, wenn ihm nicht sein böser Glaube hinderlich ist; auf den Glauben des unmittelbaren Bestzters kommt nichts an. Ist der mittelbare Bestz mehrstufig, so wird die Erfizung demjenigen zu Gute kommen, welcher von dem unmittelbaren Bestzter am entferntesten steht (f. ob. S. 701). Wenn mehrere mittelbare Bestzter auf gleicher Stufe stehen (ob. S. 700, 5), so muß das Erfizungsverhältniß von Fall zu Fall untersucht werden. Wenn z. B. Mehrere, welche bisher gemeinschaftliche Eigenbestzter waren, die Sache gemeinschaftlich vermietthen, so wird, gleichviel ob der Herausgabeanspruch nach § 432 zu beurtheilen ist oder ob sie Gesamtgäubiger geworden sind (428), Erfizung des Miteigenthums anzunehmen sein. Hat der bisherige Eigenbestzter bei der Hinterlegung der Sache einen andern als zweiten Gesamtgäubiger zugezogen, so erfizt nur der bisherige Eigenbestzter, nicht der zugezogene Vertrauensmann; denn dieser ist nicht Eigenbestzter. Indessen kann es auch, wenn nur ein mittelbarer Bestzter neben dem

unmittelbaren steht, vorkommen, daß der mittelbare Besitzer nicht Eigenbesitzer ist. Es ist oben S. 698 angenommen, daß der Geschäftsherr mittelbarer Besitzer ist in Ansehung der Sachen, welche ihm von dem beauftragten oder freiwilligen Geschäftsführer gemäß §§ 667, 681 herauszugeben sind, auch soweit sie diese Personen im Wege der f. g. indirecten Stellvertretung, also zunächst für sich erlangt haben. In diesem Falle aber sind die Vertreter Eigenbesitzer, nicht ist es der Geschäftsherr. Die Erztigung läuft also für jene, nicht für diesen, welchem jedoch nach der Herausgabe § 943 zu statten kommt. Thatsächlich ist natürlich mit der Möglichkeit zu rechnen, daß der unmittelbare Besitzer, trotzdem ein mittelbarer Eigenbesitzer vorhanden ist, sich selbst zum Eigenbesitzer macht durch Unterschlagung, oder daß er zum Eigenbesitzer wird, indem er das mittelbare Besitzverhältnis vergißt, z. B. ein vorläufig geliehenes Buch anfängt für ein gekauftes zu halten. Dieß kann unter Umständen ohne grobes Verschulden geschehen, und namentlich wird der Erbe des ursprünglichen unmittelbaren Besitzers leicht gutgläubiger Eigenbesitzer sein können. Es ist aber festzuhalten, daß durch solche Vorgänge der bestehende mittelbare Besitz nicht zerstört wird; derselbe dauert vielmehr fort, solange nur das Verpflichtungsverhältnis besteht und der unmittelbare Besitzer die thatsächliche Gewalt behält, ohne Rücksicht auf sein Wissen und Wollen in Bezug auf die bestehende Herausgabepflicht (ob. § 157 S. 710). Fragt man also, ob in solchen Fällen die Erztigung des mittelbaren Eigenbesitzers fortläuft, so kann die Antwort nur bejahend lauten; eben deswegen aber wird man auch sagen müssen, daß in jenen Fällen der unmittelbare Besitzer nicht gegen den mittelbaren erztigen kann. Käme man aber auch zu anderem Ergebnis, so würde jedenfalls die Erztigung des unmittelbaren Besitzers ohne Einfluß auf sein Verpflichtungsverhältnis zu dem mittelbaren Besitzer sein; er würde die erseffene Sache ebenso herausgeben müssen, wie die nicht erseffene.

5. „Gelangt die Sache durch Rechtsnachfolge in den Eigenbesitz eines Dritten, so kommt die während des Besitzes des Rechtsvorgängers verstrichene Erztigungszeit dem Dritten zu statten“. (943). Da nur Erztigungszeit angerechnet wird, so findet die Anrechnung nur statt, wenn der Rechtsvorgänger nicht in bösem Glauben war. Der Rechtsnachfolger erztigt aber nur, wenn auch er bei seinem Besitzwerb weder weiß noch durch grobe Fahrlässigkeit nicht weiß, daß er nicht Eigenthümer geworden ist; denn die beiden Personen werden keineswegs für eine gerechnet, so daß der böse Glaube des Nachfolgers nur als mala fides superveniens in Frage käme und deshalb nur das Wissen, nicht auch die grobe Fahrlässigkeit des Nachfolgers die Erztigung ausschloße. Die Anrechnung der Besitzzeit des Zwischenbesitzers in dem ob. § 182, 3 bezeichneten Falle entspricht auch der Anschauung des BGB., obwohl sie nicht ausdrücklich verfügt ist (Mot. III S. 353). Zwischen Gesamt- und Sondernachfolge ist entgegen dem gemeinen Recht (ob. § 181, 1. 2) kein Unterschied gemacht. Der Erbe kann nach BGB., wiederum anders als nach gemeinem Recht (§ 181 zu ^o), wenn er seinerseits ohne grobes Verschulden glaubte, durch den Erbgang Eigenthümer geworden zu sein, auch diejenigen Sachen erztigen, deren Erztigung dem Erblasser in Folge seines bösen Glaubens verschlossen war. Daß die Erztigung dem Erben läuft, auch ohne seine Besitzergreifung (ob. § 181 zu ^o), ist im BGB. selbstverständlich, weil der Besitz vererblich ist (357). Eine eigenthümliche Schwierigkeit ergibt sich hier in Betreff des guten

Glaubens. Da der Eigenbesitz ohne Wissen des Erben erworben werden kann, so ist der Erbe möglicher Weise bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes in gar keinem Glauben in Betreff der Sache, und er kann auch die Erfitzung vollenden, ohne die Sache in der Erbschaft wahrgenommen zu haben. Nimmt er aber die Sache vor Ablauf der Erfitzung in der Erbschaft wahr, so schadet ihm sein böser Glaube; es fragt sich aber, ob nur sein Wissen von dem Mangel des Eigenthums oder auch grob fahrlässiges Nichtwissen. Für das erstere spricht, daß die Zeit des Besitzerwerbs zur Zeit der Wahrnehmung bereits vorüber ist. Dennoch dürfte für das letztere zu entscheiden sein; denn die Idee des § 937 Abs. 2 ist die, daß der Besitzer bei der ersten Prüfung der Sache ein gewisses Maß von Sorgfalt aufwenden muß, nachher aber zu solcher Sorgfalt nicht mehr verpflichtet ist. Wenn diese erste Prüfung im Allgemeinen ihren Platz bei dem Besitzerwerb hat, so ist es wohl gerechtfertigt, bei dem Besitzerwerb durch Erbfolge dafür den Zeitpunkt an die Stelle zu setzen, in welchem der Erbe von dem Besitzerwerb Kenntniß erlangt; denn vorher kann diese erste Prüfung nicht eintreten. Der von selbst auf den Erben übergegangene Besitz endigt, wenn ein Dritter den Besitz der Erbschaft oder der einzelnen Sache ergreift, und die Erfitzung des Erben läuft von hier an nicht weiter (vgl. ob. § 181 zu 7). Das BGB. bestimmt jedoch (944): „Die Erfitzungszeit, die zu Gunsten eines Erbschaftsbesitzers verstrichen ist, kommt dem Erben zu statten“. Erbschaftsbesitzer in diesem Sinne ist jeder, der unter dem Vorgeben des Erbrechts die Sache in Händen hat; es kommt nicht darauf an, ob er außer der Sache, deren Erfitzung in Frage steht, noch mehr aus der Erbschaft besitzt. Anrechnungsfähig ist die Erfitzungszeit des Erbschaftsbesitzers, er darf also nicht in bösem Glauben sein. Dieß ist er sowohl dann, wenn er weiß oder grob fahrlässig nicht weiß, daß die Sache dem Erblasser nicht gehörte, wie dann, wenn er weiß oder grob fahrlässig nicht weiß, daß er nicht der Erbe ist und ihm aus diesem Grunde das Eigenthum nicht zusteht. Die Mehrheit der II. Commission war jedoch der Ansicht, daß der böse Glaube in Ansehung des Erbrechts die Anwendung des § 944 nicht hindern solle (Prot. S. 3757). Da die Fassung des Gesetzes diese Auffassung nicht zur Unmöglichkeit macht, so wird man sich ihr anschließen dürfen; denn sachlich ist sie berechtigt, weil es sich nicht darum handelt, dem falschen Erben die Erfitzung zu ermöglichen, sondern vielmehr darum, dem wahren Erben die Besitzzeit des falschen zu Gute zu rechnen. Die Wirkungslosigkeit der usucapio pro herede gegen den wahren Erben (ob. § 179^o) ist im BGB. in der Fassung anerkannt, daß der Erbschaftsbesitzer sich dem Erben gegenüber, so lange nicht der Erbschaftsanspruch verjährt ist, nicht auf die Erfitzung einer Sache berufen kann, die er als zur Erbschaft gehörend im Besitz hat (2026).

6. „Die Erfitzung kann nicht beginnen und falls sie begonnen hat, nicht fortgesetzt werden“, — man kann sagen, sie ist gehemmt — „so lange die Verjährung des Eigenthumsanspruchs gehemmt ist oder ihrer Vollendung die Vorschriften der §§ 206, 207 entgegenstehen“ (939). Vgl. ob. S. 491 fg. Nach der Erledigung der Hemmung läuft die Verjährung weiter an dem Punkte, wo sie stehen geblieben war.

7. Die Erfitzung wird unterbrochen:

a) durch den Verlust des Eigenbesitzes (940 Abs. 1; vgl. ob. § 180^o). Jedoch wird, wenn der Besitzverlust ein unfreiwilliger war, in Anlehnung an Windscheid, Pandekten. 8. Aufl. I. Band.

code civil 2243 die Unterbrechung als nicht erfolgt angesehen, wenn der Besitz binnen eines Jahres oder auf Grund einer binnen dieser Frist erhobenen Klage wieder erlangt wurde (940 Abf. 2);

b) durch die gerichtliche Geltendmachung des Eigenthumsanspruchs gegen den Eigenbesitzer, oder falls dieser ein mittelbarer Besitzer ist, gegen den unmittelbaren Besitzer, der sein Recht von ihm ableitet, wird die Erfindung nur relativ, zu Gunsten dessen unterbrochen, der die Unterbrechung herbeiführt (vgl. ob. § 180 zu 7). Für diese Unterbrechung gilt in weitem Umfang die Analogie der Unterbrechung der Anspruchsverjährung durch gerichtliche Rechtsverfolgung (941. 209—212. 216. 219. 220.)

Nach Beendigung der Unterbrechung kann eine neue Erfindung beginnen, wozu im Falle a Wiedererwerb des Besitzes gehört; die frühere Zeit wird nicht angerechnet (942); anders natürlich wenn die Unterbrechung als ungeschehen gilt.

8. Sachen, welche von der Erfindung ausgenommen wären (ob. § 182), kennt das BGB. nicht, abgesehen natürlich von Dingen, an welchen Besitz und Eigenthum unmöglich sind (ob. S. 638). Die Motive III S. 352. I S. 214 sehen es mit Recht als möglich an, daß ein gesetzliches absolutes Veräußerungsverbot seinem Sinn zufolge auch die Erfindung des BGB. ausschließt. Bervirkllicht ist diese Möglichkeit gegenwärtig, so viel ich sehe, nicht.

9. Die Erfindung kann nach Maßgabe des § 945 auch dingliche Rechte tilgen, welche an der Sache stattfinden. Nach der Fassung des Gesetzes sollte man annehmen, daß dieß nur eine Begleitercheinung der Eigenthumserfindung sei; gemeint ist aber (Mot. III S. 356), daß auch dem Eigentümer die Freiheitserfindung offen steht. Hierauf ist bei den Rechten an fremder Sache zurückzukommen.

II. Für Grundstücke hat das BGB.

1. eine s. g. Tabularerfindung, welche im EG. 189 Abf. 2 auch wirklich Erfindung genannt wird. Sie setzt voraus, daß Jemand als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, ohne Eigenthum erlangt zu haben, daß diese Eintragung 30 Jahre bestanden hat, und daß er während dieser Zeit das Grundstück im Eigenbesitz gehabt hat. Es wird aber der Beweis ausreichen müssen, daß er es im Besitz gehabt hat (unmittelbar oder mittelbar); denn der Besitz des eingetragenen Eigentümers wird doch jedenfalls den Anspruch erheben können, vermuthungsweise für Eigenbesitz zu gelten. Die Berechnung der Frist erfolgt in derselben Weise wie die der Erfindungsfrist bei beweglichen Sachen; ihr Lauf ist jedoch auch dann gehemmt, wenn ein Widerspruch gegen die Richtigkeit der Eintragung des Eigenthums im Grundbuch eingetragen ist. Der Mangel des guten Glaubens hindert die Tabularerfindung nicht (900).

2. Weiter entfernt von der Erfindung ist das Institut des § 927. Danach kann Derjenige, welcher seit 30 Jahren ein Grundstück im Eigenbesitz gehabt hat, ohne als dessen Eigentümer eingetragen zu sein, ein Aufgebotsverfahren zum Zwecke des Ausschusses des Eigentümers betreiben und erlangt das Eigenthum, wenn er auf Grund des Ausschlußurtheils sich als Eigentümer des Grundstücks eintragen läßt. Dieses Verfahren setzt aber voraus, daß Niemand als Eigentümer des Grundstücks eingetragen ist, oder daß der eingetragene Eigentümer gestorben oder verschollen ist (der Todeserklärung bedarf es nicht), und eine Eintragung in das Grundbuch, welche der Zustimmung des Eigentümers bedarf, seit 30 Jahren nicht erfolgt ist. S. noch die Einschränkung in § 927 Abf. 3.]

F. Eigenthumserwerb an herrenlosen Sachen*.

§ 184.

Für herrenlose Sachen ist die Regel, daß dieselben in das Eigentum desjenigen fallen, welcher sie zuerst in Besitz nimmt¹; doch ist diese Regel keine ausnahmslose.

1. Durch Inbesitznahme wird Eigentum erworben an den Producten des Meeres² und den im Meere entstandenen Inseln³.

2. Ebenso an wilden Thieren, d. h. denjenigen Thieren, welche sich in ihrer natürlichen Freiheit befinden⁴. Jedoch kommt diese Regel des römischen Rechts in Deutschland nur noch sehr beschränkt zur Anwendung, da Jagd und Fischerei fast überall in Deutschland ausschließliches Recht entweder des Staates, oder der Grundeigenthümer oder anderer Berechtigter sind⁵. Wo dieß der Fall ist, wird Eigen-

* Gesterding S. 68—120, Pagenstecher II S. 57—93, Schmid I S. 51—71, Böcking II § 150, Sintenis I S. 488—490, Czuhlarz (§ 170*) S. 29—249.

¹ § 12 I. 2, 1: — „quod . . ante nullius est, id naturali ratione § 184. occupanti conceditur“. L. 3 pr. l. 30 i. f. D. 41, 1. Gimmertal ACpra. LII S. 539 fg. glaubt, daß außer der Herrenlosigkeit der Sache auch Bewußtsein des Occupanten von der Herrenlosigkeit Voraussetzung des Eigentumserwerbes sei. Dieß wird nicht bewiesen durch die dafür angerufene l. 2 pr. D. 41, 7, welche die Herrenlosigkeit der Sache als Voraussetzung des Willens, Eigentum zu erwerben, nicht des Eigentumserwerbes selbst aufsaßt, und dawider spricht l. 9 § 4 D. 22, 6 (§ 172⁹). Vgl. auch Zitelmann Irrthum S. 312. Enneccerus Negeschäft, Bedingung und Anfangstermin S. 23 fg. Czuhlarz S. 171 fg.

² § 18 I. 2, 1, l. 3 D. 1, 8.

³ § 22 I. 2, 1, l. 7 § 3 D. 41, 1. [Schlesier der Eigentumserwerb an herrenlosem Lande u. s. w. Gört. Diff. 1895 S. 28.]

⁴ § 12—16 I. 2, 1, l. 1 § 1. l. 3 § 1. l. 5 § 1—6. l. 14 pr. l. 44 D. 41, 1. Schütze Jahrb. d. gem. R. VI S. 68—84. [[Wälz das R. an Bienen. v Stuttgart. 1890.]]

⁵ Gerber § 92—94, Beseler § 89¹⁰. § 199, Stobbe II § 150. 151 [3. Aufl. (Vehmann) § 110. 127—129], Schmid S. 57—59; in Betreff der Fischerei s. auch Hesse Jahrb. f. Dogm. VII S. 269—271. — Wächter in den beiden akademischen Programmen (1868 und 1869), welche neu abgedruckt sind in: Sammlung von Abhandlungen der Mitglieder der Juristenfacultät zu Leipzig I S. 333—375 (1870), hat auszuführen gesucht, daß auch schon dem r. R. ein Jagdrecht bekannt gewesen sei. Er beruft sich auf die Stellen, welche den Ertrag der Jagd zu den fructus des Grundstücks rechnen (l. 9 § 5. l. 62 pr. D. 7, 1, l. 26 D. 22, 1, Paul. sentent. III. 6 § 22), ferner auf l. 16 D. 8, 3. Was mich abhält, der, wie immer, trefflich ausgeführten Ansicht des berühmten Lehrers beizutreten, ist das auch von Wächter ange deutete Bedenken, daß die Quellen keine Spur von einem obligatorischen Entschädigungsanspruch gegen den unberechtigten Occupanten (dessen Eigentumserwerb leugnet auch Wächter nicht) aufweisen (die actio iniuriarum beruht

thümer des in Besitz genommenen Thieres nicht der Occupant^{5a}, sondern der zur Jagd bez. Fischerei Berechtigte^{5b}.

natürlich auf einem ganz andern Gesichtspunkt), ferner l. 13 § 7 D. 47, 10, wo es geradezu heißt, daß der Eigenthümer eines Grundstücks den Nichteigenthümer nur am Betreten des Grundstücks, nicht am „occupare“, zu hindern berechtigt sei. Von der andern Seite entziehen sich die oben genannten Stellen nicht der Möglichkeit der Erklärung daraus, daß dem Eigenthümer und dem Nießbraucher im regelmäßigen Verlauf der Dinge jedenfalls factisch der Ertrag der Jagd zufällt, und daß der Letztere nicht etwa genöthigt werden kann, diesen Ertrag dem Eigenthümer auf Grund der cautio usufructuaria herauszugeben. Gegen Wächter auch Schirmer 3S. f. RGesch. XI S. 311 fg., Brinz 2. Aufl. I S. 567 fg., Göpperl fr. 33S. XIII S. 223 fg., v. Brünnecl Gruch. Beitr. XVI S. 182 fg.; für Wächter Wendt Jahrb. f. Dogm. XIX S. 373 fg. [[Välz (*) S. 30 fg.]]; gegen diesen Schirmer Sav.-3S. III S. 23 fg. Für die herrschende Meinung auch Landucci Arch. giur. XXIX fasc. 3. 4. 5 (vgl. Grünh. 3S. XI S. 758 fg.), Czuyharz S. 50 fg. Thering Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 244 unterscheidet zwischen freier und geschlossener Jagd. [v. Kayser Jagd und Jagdr. in Rom. Göt. Diss. 1894.]

^{5a} A. M. Reichler württemb. Privatr. II § 288a, Buchta Vorl. zu § 154, Walter deutsches Privatr. § 126, Goldammer Arch. f. preuß. Strafr. 1868 S. 24 fg. (die Abhandlung ist anonym erschienen, aber daß sie von Goldammer ist, weiß ich aus seiner eigenen Mittheilung, vgl. Wächter a. a. O. S. 334), Lang Handbuch des im R. Württemberg geltenden Sachenr. S. 178 fg., Lehon Anom. und subjectives R. S. 337¹⁹ — nicht aber auch der von Goldammer a. a. O. citirte Gesterding Lehre vom Eigenthum, denn s. das. S. 84. Es läßt sich vermuthen, daß auch Wächter in der Fortführung seiner Abhandlung die gleiche Meinung vertreten werde, da er sie bereits im r. R. begründet findet.

^{5b} So früher (vgl. unten) Gerber § 92²⁰: nach Analogie der Separation der Früchte durch einen unbefugten Fremden; ferner Schüpe Jahrb. des gem. R. VI S. 103 fg. (1862): nach Analogie des Eigenthumserwerbes durch unfreiwillige Repräsentation und durch Verwirkung (§ 174) und speciell des Eigenthums-erwerbes an dem von einem Andern auf unserem Grund und Boden gesuchten Schatz⁽¹⁰⁾; Becker das. S. 115: kraft des Inhaltes des Jagdr.; R. Roth fr. 33S. V S. 542 fg.: ebenso; v. Brünnecl RGPr. XLVIII S. 97—99 (1865): wie Schüpe, nur mit Verwerfung der Idee der Verwirkung und mit Hinzufügung der Analogie des Heuterwerbes für den Staat durch den Soldaten, s. auch deni. Gruch. Beitr. XVI S. 201 fg.; Beseler § 89¹⁶. Brinz in der 2. Aufl. I S. 570 geht so weit, zu behaupten, daß die Occupation des Unberechtigten nicht sowohl die Wirkung habe, dem Jagdberechtigten Eigenthum erst zu geben, als vielmehr die, sein bis dahin schon vorhanden gewesenes „flüßiges“ Eigenthum in ein „festes“ zu verwandeln. — Eine dritte Meinung nimmt an, daß durch die Occupation des Unberechtigten Niemand Eigenthümer werde. So Gerber a. a. O. in der ersten Auflage, und jetzt wieder seit der 9. § 93¹; ferner Bluntzschli deutsches Privatr. § 71, 5, welcher aber durch Veräußerung des unberechtigten Occupanten Eigenthum bei dem redlichen Erwerber entstehen läßt, während Gerber bei einer gegen den unberechtigten Occupanten begründeten Obligation auf Rückgewährung der Möglichkeit der Ausübung des Occupationsr. stehen bleibt; neuestens auch Thering Jahrb. f. Dogm. X S. 472, Dernburg Preuß. Privatr. I § 229¹⁶, Pand. I § 283¹⁴, Stobbe II § 151, VI, 2 [3. Aufl. (Vehmann) § 127, VI, 2], Czuyharz S. 70 fg. — R. Roth a. a. O. erstreckt den Eigenthums-

3. Auch an den vom Eigenthümer aufgegebenen Sachen wird Eigenthum durch Inbesitznahme erworben⁶; die bloß verlorenen gehören zu denselben natürlich nicht⁷.

erwerb des Jagdberechtigten auf das auf dem betreffenden Grundstück gefallene, gefangene oder sonst an Ortsveränderung gehinderte Wild; ebenso, nur im Ausdruck nicht so weit gehend, Bekker a. a. D. Diese Ausdehnung ist consequent; denn schadet fremde Besitzergreifung nicht, so kann auch der Mangel der eigenen nicht schaden. Die Frage ist also in hinlänglicher Allgemeinheit gefaßt so zu stellen: gewährt das moderne Jagdr. nur ein ausschließliches Occupationsr., oder ist es selbst Eigentumsverbstittel, welcher nur zu seiner Verwirklichung ferner voraussetzt, daß die zu erwerbende Sache eine habbare geworden sei (nach der Analogie des Fruchterwerbs)? Eine sichere Entscheidung dieser Frage wird sich wohl nur durch eine eingehende historische Untersuchung gewinnen lassen; wenn aber wirklich das Jagdr. nach deutscher Auffassung sich „als eine Zubehör des Grundstücks“ darstellt (Gerber a. a. D. § 92 zu ⁶), so scheint dazu die hier vertretene Ansicht am meisten zu passen. — Ueber den Fall, wo Jagdr. und Jagdausübung getrennt sind, s. v. Brünneck ACPr. XLVIII S. 80 fg., Czjchlarz S. 85 fg. [S. noch v. Kayser (⁶) S. 26 fg., Janus der Erwerb des Eigentums am Wildergut. Bresl. Diff. 1894, Luz der Erwerb des Eigentums an jagdbaren Thieren. Bresl. Diff. 1896, Rußbaum Eigentumsverwerb an widerrechtlich erlegtem Wild. Erl. Diff. 1897.]

⁶ § 47 I 2, 1, l. 1 D. 41, 7, l. 43 § 5 D. 47, 2. Was aus einem Schiffe in das Meer geworfen wird, ist im Zweifel als aufgegeben zu betrachten, l. 43 § 11 D. 47, 2; aber es kann auch das Gegenteil anzunehmen sein, so namentlich, wenn der Auswurf zum Zwecke der Erleichterung des Schiffes in Seegefahr geschieht, § 48 I 2, 1, l. 9 § 8 (l. 58) D. 41, 1, l. 8 D. 14, 2. Czjchlarz S. 88 fg. [Schlesier (⁶) S. 39 fg.]

⁷ Der Finder einer verlorenen Sache wird nicht Eigenthümer derselben, l. 67 D. 6, 1. Eignet er sich die Sache an, so begeht er ein Delict (furtum — s. g. Funddiebstahl, vgl. darüber die Abhandlung von Schütze APraktW. N. F. II S. 155 fg. 293 fg. 345 fg. [1865]), l. 43 § 4—9 D. 47, 2, § 48 i. f. l. 2, 1, vgl. l. 31 § 1 D. 41, 1. Hat er die Absicht, die Sache dem Eigenthümer zurückzugeben, so wird er verpflichtet und berechtigt nach den Grundsätzen der negotiorum gestio (II § 430), und daraus läßt sich auch eine Pflicht zur Veröffentlichung des Fundes, vorausgesetzt daß dieselbe keine besondere Mühe und Kosten in Anspruch nimmt, herleiten. Vgl. Schütze a. a. D. S. 178—182. 369—372, Delbrück Jahrb. f. Dogm. III S. 25 fg. 54 fg., Gimmerthal ACPr. LI S. 526 fg. Particularre lassen nach erfolglos gebliebener öffentlicher Bekanntmachung Eigentumsverwerb oder Erfindung eintreten (während das ältere deutsche R. mehr geneigt war, die Sache der Obrigkeit zu überantworten (vgl. z. B. Sachsensp. II 37 § 3)), gestehen auch, wenn der Eigenthümer sich meldet, dem Finder einen Fundlohn zu (gegen l. 43 § 9 cit.). Delbrück Jahrb. f. Dogm. III S. 1 fg. (1858) hat auch für das gemeine R. die Sätze in Anspruch genommen, daß einerseits der Finder nach erfolglos gebliebener öffentlicher Bekanntmachung Eigenthümer (und zwar ex tunc, von der Zeit des Findens an) werde, und daß ihm andererseits Anspruch auf einen Fundlohn gebühre; aber die Beweise erscheinen nicht genügend. Vgl. auch Sintenis I § 50⁴, Gimmerthal a. a. D. S. 528 fg., S. XXI. 15. Uebereinstimmend mit Delbrück, was den Eigentumsverwerb angeht, Schütze APraktW. N. F. II S. 376¹²⁰. Die fernere Literatur

4. ^{7a} Als herrenlose Sache wird auch der Schatz angesehen; er ist zwar vom Eigenthümer nicht aufgegeben, aber der Eigenthümer ist wegen der Länge der Zeit, die seit der Verbergung des Schatzes verfloßen ist, unauffindbar⁸. Der Schatz fällt zur Hälfte an den Finder⁹, zur Hälfte an den Eigenthümer des Grundstücks, in welchem er gefunden worden ist. Ist nach demselben auf einem fremden Grundstück gesucht worden, so fällt er ganz an den Eigenthümer dieses Grundstücks. Sind beim Suchen Zauber mittel oder andere Künste angewandt worden, so bekommt der Finder ihn auch dann nicht, wenn er ihn auf eigenem Grund und Boden gefunden hat, vielmehr fällt er in diesem Fall an den Fiscus¹⁰. Dieselben Grundzüge müssen

f. bei Delbrück a. a. O. S. 1. Gimmerthal a. a. O. S. 533 fg. läßt nach fruchtloser öffentlicher Bekanntmachung Erkundung eintreten; der Titel liege in einer „singirten Dereliction“. Das hat gar keinen Grund. Steht, wenn sich kein Eigenthümer meldet, dem Finder gegen die Obrigkeit ein Anspruch auf Rückgabe zu? Ja: *condictio causa data causa non secuta, condictio possessionis*. Dafür auch S. XXI. 15, XXXIII. 307. Vgl. Verhandl. des 16. deutsch. Juristent. I S. 41 fg. 341 fg. (Gf.), I S. 65 fg. (Daube), I S. 170 fg. (Bonif.), II S. 32 fg. 326 fg. — Strandgüter: Goldschmidt Handb. I § 78²⁰, Pfeiffer Bölkerr. § 79, Bluntzschli Bölkerr. § 334. 335, Stobbe II § 149 Nr. IV [3. Aufl. (Vehmann) § 131]. Reichsstrandordnung 1757 4 (vgl. § 174¹). [S. auch § 149⁷].

- v ^{7a} Röchy Civilist. Erörterungen S. 158—275 (1797). Schwach in Haimersl's BZS. XII Nr. 4 (Schletters Jahrb. XII S. 100 fg.). Gimmerthal ACPr.
- v LI S. 63 fg. F. André die Lehre vom Schatz nach r. u. gem. R. Berl. Diss. 1884. Gzyhlarz S. 207 fg. [[leber einen Aufsatz von Pampaloni vgl. Schneider fr. BZS. XXXIII S. 53 fg.]]

⁸ L. 31 § 1 D. 41, 1. „*Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non exstat memoria, ut iam dominum non habeat*“. L. un. C. 10, 15: — „*thesaurus i. e. condita ab ignotis dominis tempore vetustiore mobilia*“. Vgl. hierzu Kunze zu Holzschuber II § 106, 1. Der Ausdruck *thesaurus* kommt übrigens in den Quellen auch zur Bezeichnung einer verborgenen werthvollen Sache vor, deren Eigenthümer nicht unbekannt ist, vgl. I. 22 pr. D. 10, 2, 1. 15 D. 10, 4, 1. 44 pr. D. 41, 2.

⁹ Der Schatz fällt an den Finder, nicht an denjenigen, welcher sich seiner bemächtigt; die Quellen reden nur vom Finder. Vgl. Dernburg Heib. fr. 3 S. I S. 148, Wächter II S. 135; a. R. Sell Versuche I. 4. § 1—3, Brinz 2. Aufl. I S. 572. Bruns in v. Holz. Encycl. I § 134, I, 1: „Für den Finder ist der Begriff der Occupation allmählich und kaum mit Bewußtsein in den der Entdeckung umgewandelt“. Gzyhlarz S. 222 fg. [Sf. LI. 9 (RG.)]

¹⁰ § 39 I. 2, 1, 1. un. C. cit. Nach § 39 I. cit soll der in „*sacro vel religioso loco*“ gefundene Schatz ganz an den Finder, nach 1. 3 § 10 D. 49, 14 der „*in locis religiosis aut in monumentis*“ gefundene zur Hälfte an den Fiscus fallen; heutzutage, wo auch geweihte Grundstücke und Begräbnisplätze einen Eigenthümer haben (§ 147), muß er zur Hälfte an diesen letzteren fallen. Doch ist das nicht die herrschende Ansicht. Vgl. Schmid § 7²⁰ a. E., Pagenstecher

zur Anwendung kommen, wenn ein Schatz in einer beweglichen Sache gefunden worden ist¹¹.

5. Nach römischem Recht gelten auch feindliche Sachen als herrenlos, und fallen in das Eigenthum des Bemächtigers¹². Das heutige Völkerrecht dagegen gestattet ein Occupationsrecht im Landkriege nur an der Kriegsbeute¹³; weitergehende Grundsätze gelten für den Seekrieg¹⁴.

II S. 91 u. 92, Gimmerthal S. 70⁸, Wächter II S. 186, Czjchlarz S. 239 fg. Darüber, was eintreten soll, wenn unter Anwendung verbotener Mittel ein Schatz gesucht und gefunden worden ist, sagt l. un. cit. ausdrücklich nichts; ihre Meinung aber ist die im Text bezeichnete, vgl. Coll. XV, 2, 1. — Man streitet darüber, ob der Grundeigentümer bez. Fiscus ohne Weiteres erwerbe, oder ob ihnen nur ein obligatorischer Anspruch gegen den Finder zusteht? Das Letztere behaupten Puchta § 154, Böcking § 150²⁰ (Sf. XI. 15); aber man muß sich für die erstere Ansicht entscheiden nach l. 3 § 10 D. 49, 14 und l. 63 D. 41, 1. W. Sell Versuche I. 4 § 4, Gimmerthal S. 71 fg., Wächter II S. 186, Dernburg I § 206⁵, Czjchlarz S. 219 fg. — Nichtanzeige an den Fiscus, wenn demselben ein Theil gebührt, wird mit Verlust des Ganzen und seines Werthes gestraft, l. 3 § 11 D. 49, 14.

¹¹ Nichts in den Quellen spricht dagegen, und l. 67 D. 6, 1 spricht dafür. [[Sf. XLVII. 187.]] N. M. jedoch Böcking § 150²¹, Schwach a. a. D. S. 144. Eine besondere Abhandlung über diesen Gegenstand ist die von W. Sell Versuche I, 3.

¹² § 17 I. 2, 1, l. 5 § 7. l. 51 § 1 D. 41, 1. Doch war die Beute an den Staat abzuliefern, und ebenso wurde das eroberte feindliche Grundstück *ager publicus*, l. 13 D. 48, 15 [13], l. 20 § 1 D. 49, 15 (vgl. Böcking § 142. b—d). Czjchlarz S. 164 fg.

¹³ Vgl. Heffter das europ. Völkerr. der Gegenwart § 130—140. § 150 fg. Bluntschli das moderne Völkerr. der civilisirten Staaten S. 42 fg. und § 652. 657. 659. 661 (3. Ausg.). Als Gegenstände der Kriegsbeute bezeichnet Heffter a. a. D. § 150 „alle beweglichen körperlichen Sachen, welche dem feindlichen Heere oder einzelnen dazu gehörigen Individuen von rechtmäßigen Streichern der Gegenpartei, oder ausnahmsweise denjenigen Staatsangehörigen abgenommen werden, deren Plünderung von dem Befehlshaber der Gegenpartei erlaubt worden ist, z. B. bei der Erstürmung einer Festung oder eines anderen hartnäckig vertheidigten Places“. Das Letztere mißbilligt Bluntschli, und beschränkt ferner das Beutere. auf die dem Feinde abgenommene Kriegsrüstung und andere bei dem todtten Feinde vorgefundene Gegenstände. Wird aber an der Kriegsbeute wirkliches Eigenthum erworben? Heffter § 136 gestattet dem Beutemachenden nur „die ungehinderte Befugniß zu allen thatsächlichen, nach den Umständen möglichen Verfügungen über Nutzung und Substanz der Sache, ohne daß darüber von ihm oder demjenigen, welchem er sie überträgt, Rechenschaft zu geben ist, so lange der Kriegszustand dauert und der Besitzer dem Eigenthümer feindlich gegenübersteht“. „Aber es existirt durchaus kein alte Staaten verpflichtender Grundsatz, eine unter gewissen Umständen gemachte Beute als unwiderrufliches Eigenthum des Beutemachenden und seiner Nachfolger im Besitze gelten zu lassen, wenn nicht Friedens- und andere Verträge dem Besiẗstand einen solchen Charakter ertheilen.“

¹⁴ Heffter a. a. D. § 135 fg. Bluntschli a. a. D. S. 43 fg. und § 664 fg.

[1. Das **BGB.** stellt die Regel auf daß, wer eine herrenlose bewegliche Sache in Eigenthum nimmt, ihr Eigenthum erwirbt. Jedoch wird das Eigenthum nicht erworben, wenn die Aneignung gesetzlich verboten ist, oder wenn durch die Besitzergreifung das Aneignungsrecht eines Andern verletzt wird (958). In ersterer Beziehung ist aber wohl vorzubehalten, daß möglicher Weise die Auslegung eines Verbotsgesetzes zu dem Ergebniß führt, daß es dem Eigenthumserwerb nicht entgegensteht. Ob in solchen Fällen das **BGB.** dennoch den Eigenthumserwerb ausschließt, dürfte trotz der allgemeinen Fassung des Gesetzes zweifelhaft sein. Sollte z. B. bei verbotener Sonntagsjagd der Jagdberechtigte kein Eigenthum erwerben? Man kann hier sagen, daß das Verbot sich nicht gegen die Aneignung richtet. Dagegen ist der Eigenthumserwerb nicht bloß ausgeschlossen, wenn die Aneignung derartiger Objecte überhaupt verboten ist (StGB. 368 No. 11), sondern auch wenn die das Maß der Occupation im öffentlichen Interesse beschränkenden Vorschriften über Schonzeit oder Fangmethoden übertreten wurden.

Bei Verletzung fremden Aneignungsrechtes begnügt sich das **BGB.**, den Eigenthumserwerb des Occupanten auszuschließen; denjenigen des Aneignungsberechtigten (^{5b}) statuirt es nicht. Die ausschließlichen Aneignungsrechte selbst hat das **BGB.** nicht geregelt (vgl. CG. 67. 68. 69. 73); für das Jagd- und Fischereirecht ist aber bestimmt, daß die Anwendung des § 958 Abs. 2 **BGB.** nicht ausgeschlossen werden kann. Ebenso kann m. E. die im § 960 gegebene Abgrenzung der herrenlosen von den nicht herrenlosen wilden Thieren durch Landesjagdrecht nicht geändert werden. Diese Abgrenzung stimmt mit der gemeinrechtlichen nicht durchweg überein und zwar ist das **BGB.** der Annahme des Eigenthums geneigter als das römische Recht. Dieses nimmt Besitz und damit Eigenthum an Fischen im Fischbassin, an Thieren im Zwinger an, schließt dasselbe aber an Fischen im Teich und am Wild in der *silva circumsaepa* aus (l. 3 § 14 D. 41, 2), während das **BGB.** (960 Abs. 1) Eigenthum an Fischen in Teichen wie allen andern geschlossenen Privatgewässern, sowie an den Thieren in Thiergärten annimmt. Von den letzteren ist zwar ein mit Wildgattern umschlossener Wald zu unterscheiden; die Grenze ist aber flüchtig, und römisch heißt auch der Thiergarten *silva circumsaepa*. Andererseits läßt das **BGB.** das Eigenthum an dem entflohenen Thiere fortbauern, wenn der Eigenthümer es unverzüglich (d. h. ohne schuldhaftes Zögern) verfolgt, bis er die Verfolgung aufgibt; auch dieß führt über das Ergebniß der römischen Quellen (ob. § 165^a) jedenfalls weit hinaus.

Ueber derelinquirte bewegliche Sachen gilt zufolge **BGB.** 959 das Gleiche wie im gemeinen Recht (ob. 3).

Ueber Bienenrecht s. **BGB.** 961—964.

Das Beuterecht (ob. 5) hat das **BGB.** nicht geregelt.

2. Grundstücke, welche herrenlos sind, können im **BGB.** nicht von Jedermann occupirt werden. Das Verfahren des § 927 kann unter Umständen ein Grundstück treffen, welches keinen Eigenthümer hat; dieses Verfahren ist aber keine Occupation. Die Aufgabe des Eigenthums an einem Grundstück erfolgt dadurch, daß der Eigenthümer dem Grundbuchamt gegenüber auf das Eigenthum verzichtet und der Verzicht in das Grundbuch eingetragen wird. Hierauf kann der Fiscus des Bundesstaates, in dessen Gebiet das Grundstück liegt, das Eigenthum desselben erwerben, indem er sich als Eigenthümer in das Grundbuch eintragen läßt (928).

Das Landesrecht kann statt des Fiscus einen bestimmten anderen Aneignungsberechtigten aufstellen, aber nicht jedem Beliebigen die Aneignung freigeben (C. G. 129). Die Meeresinsel ist dem Landesrecht überlassen (C. G. 65).

3. Der Schatz ist im BGB. (984) ebenso definiert wie im gemeinen Rechte: eine Sache, die so lange verborgen gelegen hat, daß der Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist. In der rechtlichen Behandlung sind manche Zweifel des gemeinen Rechts gelöst. Es ist erforderlich, daß der Schatz entdeckt und in Folge der Entdeckung in Besitz genommen wird. Es ist gleichgültig, wer den Besitz ergreift und gleichgültig, ob Eigenbesitz ergriffen wird, wie schon für das gemeine Recht Cylarз (*) mit Recht behauptet hatte, daß hierin sich die Schatzfindung von der Occupation unterscheidet. Das Eigentum erwirbt zur Hälfte der Entdecker, zur Hälfte der Eigentümer der Sache, in welcher der Schatz verborgen lag, gleichviel, ob es ein Grundstück oder eine bewegliche Sache ist (vgl. ob. zu ¹¹). Wenn die Besitzergreifung nicht Folge einer ersten, sondern einer zweiten selbständigen Entdeckung ist, so steht der Entdeckerantheil dem zweiten Entdecker zu.

4. Der Fund konnte für das gemeine Recht hier nur nebenbei erwähnt werden (?), weil es sich dabei nicht um herrenlose Sachen handelt und das Finden keinen Eigentumsverwerbsgrund bildet. Das letztere ist im BGB. anders geworden.

a. Das BGB. erlegt demjenigen, welcher eine verlorene Sache findet und (an sich) nimmt, zunächst die Verpflichtung auf, dem Verlierer, oder dem Eigentümer oder einem sonstigen Empfangsberechtigten d. h. einem solchen, der ein Recht auf den Besitz der Sache hat, ohne schuldhaftes Zögern Anzeige zu machen (965 Abs. 1). Diese Verpflichtung besteht ohne Rücksicht auf den Werth des Fundes. Kennt der Finder keinen Empfangsberechtigten oder den Aufenthalt keines derselben, so tritt Verpflichtung zur Anzeige an die Polizeibehörde nach Maßgabe des § 965 Abs. 2 ein, jedoch dann nicht, wenn die Sache nicht mehr als 3 Mark werth ist.

b. Der Finder ist zur Verwahrung der Sache verpflichtet (966 Abs. 1). Wer der Gläubiger in Ansehung dieser Verpflichtung ist, sagt das Gesetz nicht. M. E. ist es jeder Empfangsberechtigte jedoch mit der Maßgabe des § 969. Der Finder haftet nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (968). Ist der Verberb der Sache zu beforgen, oder ihre Aufbewahrung mit unverhältnißmäßigen Kosten verbunden, so muß der Finder sie öffentlich versteigern lassen unter vorgängiger Anzeige an die Polizeibehörde. Alsdann tritt der Erlös an die Stelle der Sache (966 Abs. 2). Der Finder hat ihn also nicht eigenthümlich zu vereinnahmen gegen die Verpflichtung der Zahlung gleichen Betrages, sondern ihn separat aufzubewahren, wie die gefundene Sache selbst. Der Käufer in der Versteigerung erwirbt unbelastetes Eigentum; die Versteigerung disponirt mit gesetzlicher Ermächtigung über fremde Rechte; die Berechtigten können sich nur an den Erlös halten.

c. Der Finder kann die Sache oder den Versteigerungserlös an die Polizeibehörde abliefern. Auf Anordnung der Polizeibehörde, welche auch allgemein erfolgen kann, muß er so handeln (967), jedoch unbeschadet seiner Rechte (975). Die Polizeibehörde kann die Sache selbst versteigern lassen; der Erlös tritt auch dann an die Stelle der Sache. Die Behörde darf die Sache oder den Erlös nur mit Zustimmung des Finders einem Dritten aushändigen (975).

d. Der Finder wird durch eine nach § 967 erfolgte Ablieferung oder durch die Herausgabe der Sache an den Verlierer (969) allen Berechtigten gegenüber

frei. Die Herausgabe an einen sonstigen Empfangsberechtigten z. B. die Herausgabe einer verpfändeten Sache an den Eigenthümer kann ihn möglicherweise anderen gegenüber verantwortlich machen, aber nur, wenn die Herausgabe eine grobe Fahrlässigkeit in sich schließt.

e. Der Finder hat Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf zum Zweck der Verwahrung, der Erhaltung der Sache oder zum Zwecke der Ermittlung eines Empfangsberechtigten. Er hat ferner Anspruch auf einen Finderlohn, welcher bei Thieren 1% des Werthes, bei anderen Sachen vom Werthe bis zu 300 M. 5%, von dem Mehrwerth 1% beträgt, und wenn die Sache nur für den Empfangsberechtigten einen Werth hat, nach billigem Ermessen zu bestimmen ist (§71 Abs. 1). Der Anspruch auf Finderlohn, nicht auch der Verwendungsanspruch, ist jedoch ausgeschlossen, wenn der Finder die Anzeigepflicht verletzt, oder auf Nachfrage den Fund verheimlicht hat (§71 Abs. 2). Beide Ansprüche sind im Uebrigen unter die Analogie der §§ 1000—1002 gestellt. Danach hat der Finder ein Zurückbehaltungsrecht (1000) aber auch eine Klage (1001, 1002). Selbstverständlich kann das Zurückbehaltungsrecht jedem Empfangsberechtigten gegenüber ausgeübt werden. Die Klage wegen der Verwendungen ergibt sich nach 1001, 1002 nur als zulässig gegen denjenigen, welchem die Sache vom Finder herausgegeben wurde, oder der sie sonst wiedererlangt hat (z. B. durch Herausgabe seitens dessen, an welchen der Finder herausgab), oder welcher die Verwendungen genehmigt hat; bis zur Genehmigung kann der an und für sich Haftende immer noch durch Rückgabe der Sache dem Anspruch entgehen. Für den Finderlohn gilt das Gleiche. Genehmigung des Finderlohns wird aufzufassen sein als Vereiterklärung zur Verichtigung des erhobenen Anspruchs in der erhobenen Höhe. Ueber den Eigenthumservwerb des Finders mangels Anerkennung seiner Ansprüche s. f, g.

f. Der Finder erwirbt das Eigenthum an der Sache und in den Fällen, in denen der Erlös an die Stelle der Sache getreten ist, das Eigenthum an diesem nach folgenden Grundätzen:

a) Nach § 973 tritt dieser Erwerb ein mit Ablauf eines Jahres nach der (wenn auch verspäteten) Anzeige an die Polizeibehörde, und wenn die Sache nicht mehr als drei Mark werth (die Anzeige an die Polizeibehörde also nicht nöthig) ist, nach dem Funde. Damit erlöschen zugleich alle an der Sache stattfindenden dinglichen Rechte. Diese Folgen treten jedoch nicht ein, wenn vor Ablauf der Frist ein Empfangsberechtigter dem Finder bekannt geworden ist. Diese Thatfache rettet nicht bloß das Recht dieses Empfangsberechtigten, sondern die Rechte aller. Die Anmeldung eines Rechts bei der Polizeibehörde wirkt ebenso in den Fällen, in welchen die Frist von der Anzeige bei der Polizeibehörde läuft; bei einem Funde dagegen, welcher der Polizeibehörde nicht angezeigt zu werden braucht, nützt auch die Anmeldung von Rechten bei ihr nichts. Bei Funden der letzteren Art ist der Eigenthumservwerb wie das Erlöschen der belastenden Rechte ausgeschlossen, wenn der Finder den Fund auf Nachfrage verheimlicht; eine gleiche Bestimmung war für den Fall, daß die Frist, mit deren Ablauf das Eigenthum erworben wird, erst von der Anzeige an die Polizeibehörde an läuft, natürlich überflüssig.

g) Wenn vor dem Ablaufe der einjährigen Frist (ein oder mehrere) Empfangsberechtigte dem Finder bekannt geworden sind oder bei einer Sache, die

mehr als drei Mark werth ist, ihre Rechte bei der Polizeibehörde angemeldet haben, (also der Eigenthumserwerb nach § 973 abgeschnitten ist), so kann der Finder die Empfangsberechtigten, d. h. alle, welche sich gemeldet haben oder ihm bekannt sind, unter Angabe des von ihm an Verwendungen und Finderlohn beanspruchten Betrages auffordern, sich innerhalb einer vom Finder bestimmten angemessenen Frist über diese Ansprüche zu erklären. Mit dem Ablauf der für die Erklärung bestimmten Frist erwirbt der Finder das Eigenthum und erlöschen die sonstigen Rechte an der Sache, wenn nicht die Empfangsberechtigten sich rechtzeitig zur Befriedigung der Ansprüche bereit erklären (974). Es muß also nicht die tatsächliche Entrichtung des verlangten Betrages innerhalb der Frist erfolgen, sondern nur die Erklärung, ihn entrichten zu wollen. Was die Folge ist, wenn die Empfangsberechtigten die Ansprüche bestreiten, war dem § 889 S. 2 des II. Entw. deutlicher zu entnehmen als dem endgültigen Text. Die Denkschr. S. 135 bestätigt aber, daß in diesem Falle nach Analogie des § 1008 Abs. 2 der Finder seine Ansprüche zunächst rechtskräftig feststellen lassen und dann nochmals die Empfangsberechtigten unter Setzung einer angemessenen Frist zur Erklärung auffordern muß. Erfolgt nun nicht innerhalb dieser Frist die Vereiterklärung zur Befriedigung der Ansprüche, so tritt der Eigenthumserwerb des Finders ein und die dinglichen Rechte erlöschen. Nicht entscheidet das Gesetz die Frage, wie es zu halten ist, wenn die Empfangsberechtigten verschieden handeln. M. E. hindert die Vereiterklärung auch nur eines unter ihnen den Eigentumsübergang und hält alle Rechte an der Sache aufrecht; dieß ist auch die Ansicht der Mot. (III S. 385) zu dem allerdings mit dem Gesetz nicht ganz übereinstimmenden I. Entw.

g. Die Gemeinde des Fundorts erwirbt Eigenthum an der Sache und sofern der Erlös an deren Stelle getreten ist, an dem Erlös:

α. Wenn der Finder der Polizeibehörde gegenüber auf das Recht zum Eigenthumserwerb verzichtet hat und die Voraussetzungen dieses Eigenthumserwerbs eingetreten sind (976 Abs. 1); die dinglichen Lasten erlöschen ebenso, wie wenn der Finder das Eigenthum erwürbe;

β. Wenn der Finder das Eigenthum erworben hat, aber die Sache (oder der Erlös) an die Polizeibehörde abgeliefert war und der Finder nicht binnen einer von dieser (speciell oder allgemein) gesetzten Frist die Herausgabe verlangt (976 Abs. 1).

h. Nach dem Eigenthumserwerb des Finders oder der Gemeinde und dem Erlöschen der Rechte an der Sache sind diejenigen, welche hierdurch verlieren, nicht rechtslos. Der Finder oder die Gemeinde sind vielmehr verpflichtet zur Herausgabe des durch die Rechtsänderung Erlangten nach den Vorschriften über die Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung. Der Anspruch hierauf erlischt jedoch (nicht zu verwechseln mit Verjährung) mit dem Ablauf von drei Jahren nach dem Uebergang des Eigentums, wenn nicht die gerichtliche Geltendmachung vorher erfolgt (977).

i. Unter wesentlich anderen Grundsätzen steht dasjenige, was in den Geschäftsräumen oder Beförderungsmitteln einer öffentlichen Behörde oder einer dem öffentlichen Verkehr dienenden Verkehrsanstalt gefunden wird. Hierauf finden die §§ 965—977 (ob. a—h) keine Anwendung. Der Finder hat keinerlei Rechte und nur die Verpflichtung zur unverzüglichen Ablieferung an die Behörde oder Anstalt

oder einen ihrer Angestellten (978). Ein Eigenthumserwerb der Behörde oder Anstalt an der gefundenen Sache selbst findet nicht statt, sondern nur ein geordnetes Versteigerungsverfahren und Anfall des Versteigerungserlöses an Reichs-, Landes-, Fiscus, Gemeinde, Anstaltseigenthümer nach dreijähriger Frist (979—982); bei vor- schriftsmäßiger Versteigerung erwirbt auch hier (vgl. ob. b) der Käufer unbefastetes Eigenthum. S. noch § 983.]

G. Eigenthumserwerb an neu entstandenen Sachen*.

§ 185.

Neu entstandene Sachen können als herrenlose Sachen behandelt werden. Dieß ist der Fall bei der im Meere entstandenen Insel (§ 184 Note 3). Regelmäßig geschieht dieß aber nicht, sondern das Recht theilt sie, sowie sie entstehen, einem bestimmten Eigenthümer zu.

1. Die in einem öffentlichen Flusse entstandene Insel fällt in das Eigenthum der anschließenden Grundeigenthümer. Die Grenze ihrer Berechtigung wird gebildet einerseits durch eine durch die Mitte des Flusses gezogene Linie, andererseits durch Linien, welche auf diese Linie von den Grenzpunkten der einzelnen Grundstücke senkrecht gezogen werden¹.

* noch civilistische Erörterungen I, 1 (1797). Gesterding S. 195—221. Schmid I S. 123—137. Pagenstecher II S. 128—137. Böcking II S. 143—145. Sintonis I S. 491—493. Burchardi 3S. f. Reichs- u. Landesr. I S. 97 fg. (1875). (Dieser Auffatz enthält in seinem wesentlichen Inhalt eine Widerlegung der Behauptung, daß die im Text dargestellten Grundsätze in Deutschland keine gemeinliche Geltung hätten, vielmehr das betreffende Grundstück an den Fiscus oder den Landesherrn falle). [Wegen jene Behauptung auch Sf. L. 6 (H.G.)] Zirndorfer Sav. 3S. III S. 233 fg. (1882). (Vorzugsweise dogmengeschichtlichen Inhalts.) Ueber die beiden hierher gehörigen Auffätze von Henrici Jahrb. f. Dogm. XIII S. 57 fg. und XV S. 313 fg. f. ¹. Vgl. auch Prodowski Untersuchungen aus dem Oesterreichischen Civilt. (1872) S. 130 fg. [Schlesier der Eigenthumserwerb an herrenlosem Lande u. f. w. Götting. Diss. 1895.] § 185. ¹ § 22 I. 2, 1, l. 7 § 3. 4. l. 29. l. 30 pr. § 2. l. 56. l. 65 § 2. 3 D. 41, 1, l. 1 § 6 D. 43, 12, vgl. Gai. II. 72. Ueber l. 65 § 4 D. 41, 1 f. Bangerow § 328 Anm. 1, Schmid § 10²², Zirndorfer S. 234 fg. Im r. R. setzte dieser Erwerb (und ebenso der in den beiden folgenden Fällen) einen ager non limitatus voraus. L. 16 D. 41, 1, l. 1 § 6. 7 D. 43, 12. Rudorff gromat. Institutionen S. 452. Sf. IX. 8. — Die Quellen enthalten den ersten Theil des im Text aufgestellten Satzes dem Wortlaut nach nicht. Sie sagen: wenn die Insel in der Mitte des Flusses liegt, ist sie den an beiden Seiten anschließenden Grundeigenthümern gemeinschaftlich; wenn sie dem einen der beiden Ufer näher ist, gehört sie den Grundeigenthümern dieses Ufers ausschließlich. Die herrschende Meinung versteht jedoch diesen Ausdruck dahin, daß die Insel an die Grundeigenthümer des einen oder des andern der Ufer ausschließlich falle, so weit sie diesem Ufer näher sei. Nun hat aber neuerdings Henrici in einer bemerkenswerthen Ausführung (Jahrb. f. Dogm. XIII S. 57 fg. [1873]) nachzuweisen

2. Ebenso verhält es sich, wenn neuer Grund und Boden dadurch entsteht, daß ein öffentlicher Fluß sein Bett verläßt².

gesucht, daß im Sinne der Quellen das Princip der größeren Nähe schlechthin maßgebend sei, d. h. nicht bloß für das Verhältniß der Grundeigenthümer der einen Flußseite zu denen der anderen, sondern auch für das Verhältniß der Grundeigenthümer der gleichen Flußseite, und er stellt demnach die Regel auf: jeder Punkt der Insel wächst demjenigen Ufergrundstück zu, welches demselben näher liegt, als ein anderes Grundstück. Hiernach würde, wenn etwa ein einzelnes Grundstück mit einer scharf vorspringenden Spitze der Insel so nahe käme, daß jede Entfernung von irgend einem Punkte der Insel bis zu dieser Spitze geringer wäre, als bis zu einem andern Uferpunkt, der Eigenthümer des gedachten Grundstücks die ganze Insel, auch in denjenigen Theilen, mit welchen sie das Grundstück seitwärts überragt, für sich hinwegnehmen. Gegen Henrici's Ansicht hat sich erklärt Preußler in einer Anmerkung zu S. XXVI. 221, wiederholt vertheidigt worden ist sie von Henrici Jahrb. f. Dogm. XV S. 313 fg. (1877). Auch durch diese neueste Vertheidigung bin ich von der Quellenmäßigkeit der Auffassung nicht überzeugt worden. Die Quellen wissen nichts von einer größeren Grundstücksnähe (zu l. 30 § 2 D. 41, 1: „cuius ager propior fuerit“ vgl. l. 56 pr. eod.: „si propior fundo tuo sicut quam eius, qui trans flumen habebat“, und dann wieder § 1 eod.: „eum propior fundo tuo initio fuisset insula“), sondern nur von einer größeren Ufernähe, und die Vertheilung zwischen den verschiedenen Eigenthümern desselben Ufers soll nach ihrem Ausspruch so gemacht werden, daß jeder erhalte, was vor seinem Grundstück („ante“, „ad frontem“, „contra frontem“) liegt. Henrici meint, das sei zu verstehen mit der Maßgabe, daß nicht eines der Grundstücke der Insel näher liege, als das andere; die Berechtigung dieser Behauptung leuchtet nicht ein. Nun ist es allerdings richtig, daß die Auffassung, welche Henrici bekämpft, Fragen übrig läßt, auf welche sie unmittelbar keine Antwort gibt, so namentlich, wie es gehalten werden solle, wenn die Insel zwar ausschließlich in der einen Flußhälfte liegt, aber hier mehrere „frontes“ hat, z. B. sie liegt hinter einem Vorsprung oder in einer runden Bucht, wie ferner, wenn sie vor einem einmündenden Fluß oder vor einer Bucht liegt, und endlich ist auch der Fall möglich, daß in der Nähe der neugebildeten Insel eine andere Insel liegt, welcher letztgenannte Fall für Henrici der Anlaß zu seiner Betrachtung gewesen und durch ein Erkenntniß des OAG. zu Berlin (S. XXVI. 221) in seinem Sinne entschieden worden ist. Meiner Ansicht nach muß auch in diesen Fällen diejenige Vanderstreckung gesucht werden, welche als das nähere Gegenüber erscheint. Wenn sich dabei in der Ausführung Schwierigkeiten ergeben, so mag das Veranlassung zu gesetzgeberischem Einschreiten sein; auf dem Boden des gemeinen R. aber die genannten Fälle nach dem Princip der größeren Nähe im Sinne Henrici's zu entscheiden, halte ich nicht für eine Wiedergabe der Quellen, sondern für die Hineintragung eines den Quellen fremden Gedankens. Gegen Henrici auch Zirndorfer a. a. O., welcher seinerseits die Schwierigkeit der Auffindung der „Mittellinie“ betont und daraus die Nothwendigkeit herleitet, dem richterlichen Ermessen freien Spielraum zu gewähren. Für Henrici Dernburg I § 207¹¹. Im Wesentlichen wie hier E. Spiegelberg Eigentumsserwerb an Flußinseln, Hoff. Diss. 1886.

² § 23. 24 I. 2, 1, l. 7 § 5. 6. l. 30 § 1. 3. l. 38. l. 56 § 1 D. 41, 1. Ueber den Schluß von l. 7 § 5 cit. („sed vix est ut id obtineat“) vgl. Wächter im Alex. I S. 17²³, Schmid I § 10⁴⁰. S. IX. 8. Anders bei

3. In gleicher Weise fällt das durch Aufschwemmung neu entstandene Grundstück in das Eigenthum desjenigen, an dessen Grundstück es angeschwemmt ist³.

Wichtiger als die hier genannten Sachen sind die organischen Erzeugnisse und die durch menschliche Thätigkeit neu geschaffenen Sachen.

[Die Sätze unter 1. 2. 3 behalten ihre Geltung zufolge GG. z. § 65. 65.]

Eigenthumserwerb an organischen Erzeugnissen*.

§ 186.

Die organischen Erzeugnisse einer Sache sind, so lange sie mit der erzeugenden Sache verbunden sind, Theile derselben und bilden den Gegenstand einer Berechtigung nicht¹; mit ihrer Trennung fallen sie in das Eigenthum des Eigentümers der erzeugenden Sache². Dieß gilt in gleicher Weise von denjenigen organischen Erzeugnissen, welche Früchte im technisch juristischen Sinne des Wortes sind (§ 144), wie von denjenigen, welche es nicht sind³⁻⁴. Das Recht der Frucht-

Privatgewässern, und so auch bei Landseen. S. f. XI. 16. Gelten die angegebenen Grundsätze auch, wenn das Bett eines öffentlichen Flusses künstlich verlegt wird? Dagegen das Urtheil bei S. f. XIII. 208. Serragli Arch. giur. XLI p. 456 s.

³ § 20 I. 2, 1, l. 7 § 1. l. 56 pr. D. 41, 1. Vgl. l. 12 pr. eod. S. f. IX. 8, XIII. 309, XXI. 209, XXIII. 211, XXIV. 189, XXXI. 305; V. 110. [Künstliche Verlandung: S. f. L. 6 (RG.)]

* Gesterding S. 177—190, Schmid I § 9, Pagenstecher II S. 93—113, Böding II § 151, Sintenis I S. 185—187, Heimbach die Lehre von der Frucht S. 43—92. 211 fg. (1843). Göppert über die organischen Erzeugnisse (1869). Dazu Hartmann fr. RZS. XI S. 503 fg. (1869). Czchlarz S. 385—626. Vgl. auch die Gutachten für den deutschen Juristent. von C. Mayer XVI. 1 S. 219 fg. und von Thomsen XVII. 1 S. 288 fg. und die Verhandlungen XVII. 2 S. 35 fg. 280 fg. [Dernburg I § 205. Isaac die Frucht und ihr Erwerb. Gött. Diss. 1892. Deutscher Eigenthumserwerb an Früchten. Erl. Diss. 1897.]

§ 186.

¹ S. § 144¹⁻².

² § 19 I. 2, 1, l. 2. 6 D. 41, 1, l. 5 § 2 D. 6, 1, l. 25 pr. § 1 D. 22. 1. Vgl. § 144³⁻⁴.

³ Wie z. B. von den Windbrüchen, und nach v. R. von dem Sclaventeinde (§ 144⁶⁻⁷).

⁴ Ebenso fallen an den Eigentümer diejenigen Früchte, welche organische Erzeugnisse nicht sind, wie z. B. Steine, Kreide, Sand, und was an dergleichen Sachen von einem Grundstück gewonnen werden kann (§ 144⁶). Vgl. Zhering Jahrb. f. Dogm. VI S. 92—93, v. Brünneck RGPr. XLIX S. 251—261. Doch gehören diese Früchte nicht hierher, denn sie sind keine neu entstandenen Sachen. — Ausnahme so weit das Bergregal bez. die Berghoheit reichen. S. § 169²² und v. Brünneck a. a. O. S. 375 fg.

ziehung kann aber in größerem oder geringerem Umfang vom Eigentumsrecht abgelöst sein und als Recht an fremder Sache einem Nichteigentümer zustehen; dann fallen die Früchte an denjenigen, welchem dieses Recht zusteht, an den Nießbraucher jedoch erst, wenn er sich in den Besitz der Früchte gesetzt hat⁵. Verschieden hiervon ist der Fall, wo das Recht auf die Früchte einer fremden Sache nicht auf einem Recht an der Sache, sondern auf einer obligatorischen Gebundenheit des Eigentümers beruht; hier werden die Früchte nur dadurch erworben, daß sie mit dem Willen des Eigentümers in Besitz genommen werden, also durch Uebergabe (Tradition)⁶.

⁵ Anders der Emphyteuta. L. 25 § 1 D. 22, 1, l. 12 § 5 D. 7, 1, l. 13 D. 7, 4. Auch den Nießbraucher wollen die Meisten ohne Inbesitznahme Eigentümers, auf Grund von l. 28 pr. D. 22, 1 (§ 37 l. 2, 1). „In pecudum fructu etiam fetus est, sicut lac et pilus et lana Itaque agni et haedi et vituli statim pleno iure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii“. Aber das „statim“ zu urgiren, ist um so weniger Veranlassung vorhanden, als unzweifelhaft das „pleno iure“ für den bonae fidei possessor ungenau ist, man mag über sein Verhältnis denken, wie man will, jedenfalls muß er die vorhandenen Früchte herausgeben (s. den Verfolg des §). Wächter das schwebende Eigenthum S. 11³ (Pand. I S. 343) wendet hiergegen ein, diese Herausgabeverpflichtung sei nur eine obligatorische. Deswegen ist es immer noch nicht genau, von pleno iure eius esse zu reden. Hierzu kommt, daß die genannten Stellen keine Andeutung davon enthalten, daß sie etwas für Thierjunge Besondere lehren wollen, umgekehrt, was sie von ihnen sagen, auf ihre Fruchtbarkeit zurückführen. Auf der andern Seite steht nun allerdings, daß Theophilus das statim durch ἀμα τῷ τερματισμῷ wiedergibt, und so mag zugegeben werden, daß die Sache zweifelhaft bleibt. Wie hier: Uebers die römische Servitutenlehre S. 489—492, Göppert S. 282 fg., Brinz 1. Aufl. S. 196, Arndts § 156 Anm. 1 (7. Aufl. und fg.), Pininski der Inhaltbestand des Sachbesitzverwerbes I S. 120 (mit besonderer Begründung), ebenso Czuhlarz S. 425 fg. Gegen die Zurückführung des Unterschiedes zwischen Nießbraucher und Emphyteuta auf einen Gegensatz in ihrem Besitzverhältnis s. Arndts 3S. f. GH. u. Pr. N. F. III S. 385—396, Bangerow I § 326 Anm. 2 Nr. 1, Göppert S. 277 fg., Czuhlarz S. 613 fg. Der Emphyteuta wird anders behandelt als der Nießbraucher, weil sein N. überhaupt ein viel weiter gehendes ist. Vgl. überhaupt Göppert S. 276—319. N. der Zwischenzeit: l. 12 § 5 D. 7, 1. Göppert S. 298 fg., Sohn 3S. f. GH. XVII S. 31 fg., Czuhlarz S. 436.

⁶ Das gilt namentlich vom Pächter: wenn der Verpächter ihm verbietet, die Früchte sich anzueignen, verlegt er seine obligatorisch übernommene Pflicht, und haftet deswegen auf Schadensersatz; aber Eigentümer wird in diesem Fall der Pächter nicht. L. 6 D. 39, 5, l. 16 D. 19, 5, l. 62 [61] § 8 D. 47, 2. Anders bei dem zur Fruchtziehung dinglich Berechtigten; hier ist der Wille des Eigentümers ganz gleichgültig. Es ist also sehr irrig, wenn neuere Schriftsteller auch dessen Fruchtverwerb, oder doch den des Nießbrauchers, auf den Gesichtspunkt der Tradition zurückführen (vgl. z. B. Savigny Besitz S. 319 [281], Buchta § 150, Böding II § 151¹); s. dagegen Arndts a. a. T. S. 388 fg.,

Eine besondere Betrachtung macht das Rechtsverhältniß nöthig, in welchem der redliche Besizer einer Sache zu den Früchten derselben steht⁷. Der redliche Besizer muß die noch vorhandenen Früchte, wie jeder andere Besizer, herausgegeben; dagegen ist er von der Pflicht zum Ersatz für die verzehrten Früchte⁸ frei⁹. In Folge davon wird in den Quellen von ihm gesagt, daß die Früchte ihm gehören, daß sie sein seien¹⁰, und es läßt sich nicht leugnen, daß diese Ausdrücke nicht

- Premer *J. E. f. C. H. u. Pr. N. J. XX* S. 62 [der aber auch den Fall des Pächters ausschließen möchte]. Erner *Tradition* S. 17 fg., Göppert S. 263 fg., Köppen der Fruchtverwerb des bonae fidei possessor S. 17 fg. Czvyklarz S. 459 fg. — Zu l. 26 § 1 D. 47, 2 ist zu vergleichen § 12 [13] l. 4, 1 und hinter „deceptus esset“ zu ergänzen „ab ipso“. [Auffenberg der Fruchtverwerb des Pächters. *Erli. Diss.* 1897.]
- 7 Vgl. über diesen vielbesprochenen Gegenstand: Baacke *bonae fidei possessor quemadmodum fructus suos faciat* (1825). Unterholzner *ACPra.* VIII S. 311 fg. (1825). Marezoll *J. E. f. C. H. u. Pr.* XVIII S. 211 fg. (1843). Heimbach die Lehre von der Frucht S. 211—269. 308—318 (1843).
- 8 Windscheid *das. N. J. IV* S. 55 fg. (1847). Janke *das. Frucht. des redlichen Besizers und des Pfandgläubigers* S. 1—186 (1862); dazu Demelius *fr. B. J. S. IV* S. 292 fg. Göppert über die organischen Erzeugnisse S. 320—370 (1869); dazu Hartmann *fr. B. J. S. XI* S. 520—524. Fitting *ACPra.* LII S. 276—279 (1869). Köppen der Fruchtverwerb des bonae fidei possessor (1872); dazu Brinz *fr. B. J. S. XV* S. 271 fg. Jhering *Jahrb. f. Dogm.* XII S. 314—333 (1873). Waldeck *ACPra.* LVII S. 307 fg. (1875).
- 9 Köhler *Annalen der Großh. Badischen Gerichte XXXI* S. 33 fg. (1875). D. Mayer *Verhandl. des 16. deutschen Juristentags I* S. 219 fg. Thomsen *Verhandl. des 17. deutschen Juristentags I* S. 307 fg. Czvyklarz S. 469 fg. Andreani *Arch. giuridico XL* p. 480 s. XLI p. 37 s. 239 s. Außerdem Schmidt I S. 105 fg., Bangerow I § 326 Anm. 2 Nr. 2, Brinz I. *Aufst.* S. 197—199 (2. *Aufst.* I S. 548—553), Böcking II § 151. e—h, Wächter II S. 143 fg., Dernburg I § 205, 5. Vgl. auch Pernice *Labco II* S. 161 fg. [2. *Aufst.* S. 347 fg.] *Vegislatorisch:* v. Kräwell *ACPra.* LVIII S. 261 fg. [[P. Rossi. Eine Schrift desselben über das R. des b. f. p^{or} auf die Früchte zeigt an Schneider *fr. B. J. S. XXXII* S. 230 fg.]] [v. Petrazzky die Fruchtvertheilung beim Wechsel des Nutzungsberechtigten, 1892 S. 87—214. (Dazu Leonhard *Sav. Z. S. XIV* S. 278 fg., Hellmann *fr. B. J. S. XXXVI* S. 82 fg.), Vis maré der Fruchtverwerb des redlichen Besizers. *Greifsw. Diss.* 1895.]
- 10 Früchte im technischen Sinne³). L. 28 § 1 D. 22, 1, l. 48 § 6 D. 47, 2.

⁹ § 2 I. 4, 17, l. 4 § 2 D. 10, 1, l. 22 C. 3, 32, l. 40 i. f. D. 41, 1, l. 4 § 19 D. 41, 3. Ohne daß ihm entgegengesetzt werden könnte, daß er durch Verzehren der fremden Früchte eigenes Vermögen erspart habe. Die Quellen enthalten von dieser Beschränkung keine Spur. Insofern steht der redliche Fruchtbesitzer günstiger als der redliche Besizer anderer Sachen. Vgl. II § 421¹². § 422⁴.

¹⁰ L. 13 i. f. D. 7, 4, l. 25 § 1 D. 22, 1, l. 28 pr. D. eod., l. 40. 48 D. 41, 1, l. 4 § 19 D. 41, 3, l. 48 § 6 D. 47, 2, § 45 I. 2, 1.

lediglich von jener Freiheit von der Erfakpflicht verstanden werden dürfen¹¹, daß vielmehr durch dieselben wenigstens stellenweise dem redlichen Besitzer geradezu Eigentum zugeschrieben werden soll¹². Man

¹¹ Dieß ist die Meinung von Savigny (Besitz S. 315 fg. [277 fg.]). In Betreff der nicht durch menschliche Thätigkeit entstandenen Früchte theilt sie Unterholzner a. a. D. Ueber Andere, welche Savigny gefolgt sind, s. Unterholzner a. a. D. S. 313^o, und vgl. auch Göppert S. 320^o. Neuestens Göppert selbst, welcher die Ansprüche der Quellen darauf bezieht, daß dem Besitzer *actio Publiciana*, Erfindungs- und, wie Göppert glaubt (¹⁰), Veräußerungsbesugniß zusteht.

¹² Vgl. namentlich § 35 I. 2, 1, l. 13 i. f. D. 7, 4, l. 25 § 1. l. 28 D. 22, 1 und vor Allem l. 1 § 2 D. 20, 1. — An und für sich zwar ist es nicht nöthig, jene Ausdrücke („*pertinent fructus ad b. f. possessorem*“, „*eius sunt*“, „*suos facit*“) von einem Eigentumstr. des redlichen Besitzers zu verstehen; wie durch Stellen wie l. 181 D. 50, 16, l. 75 D. 23, 3, l. 2 § 1. l. 3 D. 24, 3, l. 21 pr. D. 15, 1, l. 6 § 6 D. 42, 8 u. a. m. bewiesen wird, können sie sehr wohl davon verstanden werden, daß die Früchte ihrem Vermögenswerthe (nicht ihrem Körper) nach sein seien. Vgl. Badt S. 16¹¹, Windscheid S. 104, Göppert S. 329. Es kommt hinzu, daß es in l. 40 D. 41, 1 vom redlichen Besitzer heißt: „*fructus consumptos suos facit*“ und in l. 4 § 19 D. 41, 3: „*eius fiunt si consumti sunt*“ (diese Worte emendiren in „*si non summisit*“ Jhering und nach ihm Mommsen in seiner Pandektenausgabe [additamenta p. XXXVI], dawider Huschke *MSPr.* LXIII S. 444 fg., Czjchlarz S. 576 fg.). Hier kann mit diesen Ausdrücken das Eigentumstr. nicht gemeint sein, da es ein Eigentumstr. an einer verzehrten, also vernichteten, Sache nicht gibt; hier muß ihr Sinn der sein, daß der redliche Besitzer den Vermögenswerth der Früchte behalten dürfe. Es ist auch richtig, daß der redliche Besitzer in unseren Quellen nie *dominus* der Früchte genannt wird, daß ihm nie *dominium* oder *proprietas* an den Früchten zugeschrieben wird. Aber wie wahr dieß alles auch sein mag, es gibt Stellen — es sind die oben genannten — in denen eine unbefangene Betrachtung sich nie wird entschließen können, etwas Anderes zu finden, als eine Anerkennung des Eigentumstr. des redlichen Besitzers. (A. M. Göppert S. 331 fg. 401 fg.) Diese Thatfachen lege ich mir zurecht durch die Annahme, daß die fraglichen Ausdrücke zwar ursprünglich das Eigentumstr. nicht haben bezeichnen wollen, sondern nur die angegebene unbestimmtere Vorstellung — die Früchte sind zum Verzehrtwerden bestimmt, wer sie verzehren, also ihrer Bestimmung gemäß über sie verfügen kann, zu dessen Vermögen gehören sie, als wenn er ihr Eigentümer wäre — daß aber jene Ausdrücke später allerdings auch vom Eigentumstr. verstanden worden sind. Im Wesentlichen habe ich dieß bereits in der oben citirten Abhandlung ausgeführt, und auch jetzt noch sehe ich keine Nöthigung, meine Ansicht aufzugeben. Die herrschende Ansicht stellt umgekehrt den Satz an die Spitze, daß der redliche Besitzer Eigentümer der Früchte werde, und fügt dann erst hinzu, daß er die vorhandenen dennoch herausgeben müsse. Diese herrschende Ansicht ist neuestens auch wieder von Fitting, Köppen, Jhering, Brinz, Dernburg, [v. Petrazzici S. 88 fg., Bismard, Isaac (*) S. 31 fg., Wenschel (*) S. 34 fg.] verteidigt worden, während Göppert sich der hier vertretenen angeschlossen hat (im Einzelnen jedoch abweichend, s. in dieser Note vorher, Note¹¹ und ¹⁰), und Waldeck unterscheiden will zwischen dem mit Titel versehenen redlichen Besitzer, welcher Eigentümer werden soll, und dem nicht mit Titel versehenen, welcher nicht einmal von der *condictio sine causa* frei werden

würde aber den Sinn der Quellen mißverstehen, wenn man aus

fol. Gegen die herrschende Ansicht spricht, daß sie nicht zu erklären vermag, warum das römische R. dem redlichen Besitzer Eigenthum gegeben habe, wenn es ihm bloß Consumtionsbefugniß zugesprochen wollte, warum es ihn zum Eigenthümer gemacht habe, wenn es ihm Eigenthum nicht lassen wollte. Wenn von Seiten der herrschenden Ansicht lange Zeit nicht einmal ein Versuch gemacht worden ist, diese Frage zu beantworten, so wird die Berechtigung derselben jetzt ausdrücklich anerkannt. S. namentlich Köppen S. 14, vgl. auch Brinz 2. Aufl. I § 143²⁰. Die Antwort nun, welche Köppen selbst gibt, lautet (S. 46. 47): die Consumtionsbefugniß sei kein selbständiges R.; um dem redlichen Besitzer Consumtionsbefugniß geben zu können, habe man ihm Eigenthum geben müssen. Sollte das r. R. wirklich so unbeholfen gewesen sein — in einer Materie, welche ihre Ausbildung offenbar nicht der Gesetzgebung und der formalistischen sich an sie anschließenden alten Jurisprudenz, sondern der Praxis des Lebens verdankt! Eine andere Meinung geht dahin, daß dem redlichen Besitzer Eigenthum gegeben worden sei mit Rücksicht auf den Fall der Veräußerung der Frucht, in seinem eigenen Interesse, damit er nicht in Folge der vindication der Frucht bei dem dritten Erwerber zur Herausgabe bereits verzehrten Geldes genöthigt werden könne (Keller § 143, Hartmann S. 523, vgl. Pagenstecher II S. 101 a. G.), oder im Interesse des dritten Erwerbers selbst, „damit die Frucht aus der Hand des Producenten frei und sicher in den Verkehr trete“ (so Jhering S. 320, und ebenso schon vor ihm Fitting S. 278, Hartmann S. 523). Allein was das Interesse des redlichen Besitzers angeht, s. ¹⁹; was das Interesse des Erwerbers: liegt ein Interesse des Erwerbers, auf das Behalten der erworbenen Sache rechnen zu dürfen, bloß bei Früchten vor? Ueber die Auffassungen Anderer s. den Bericht bei Windscheid a. a. D. S. 57—75 und außer den dort Genannten Sell dingliche Re S. 66, Dernburg Heidelb. fr. ZS. I S. 145. 146. Pand. a. a. D., Scheurl Beitr. I S. 296, Brinz 1. Aufl. S. 199, Böcking II S. 136, Sintenis I S. 486²¹, Czylharz S. 514 fg. — Janke in der oben citirten Schrift und Brinz 2. Aufl. I S. 533 fg. 548 fg. (vgl. 1. Aufl. S. 199) sehen die Erklärung für das Eigenthum des redlichen Besitzers an den Früchten darin, daß der redliche Besitz mehr als R. an fremder Sache, daß er selbst eine Art von Eigenthumsr. sei. Aber selbst wenn man dieser Auffassung beitreten wollte, würde man doch immer wieder vor der Frage stehen, warum denn der redliche Besitzer die in sein Eigenthum gelangten Früchte herausgeben müsse? Janke antwortet: er ist nur bonitarischer Eigenthümer, erwirbt also auch an den Früchten nur bonitarisches Eigenthum, und das bonitarische Eigenthum weicht hier, wie überhaupt (!), dem quiritarischen; nun ist zwar sonst aus dem Justinianischen R. der Gegensatz zwischen quiritarischem und bonitarischem Eigenthum verschwunden; aber hier hat er sich „zufällig“ erhalten. Das bedarf natürlich keiner Widerlegung. Ferner Brinz (vgl. oben § 166²²): der redliche Besitzer hat ein Eigenthum nach Art des bonitarischen Eigenthums, ein Eigenthum „nach der Nutzungsseite“, ein „Nutzegenthum“, deswegen erwirbt er an den Früchten „Voll-eigen“. Aber andererseits steht ihm „ein Eigenthümer von ungebogtem vindicationsr., mithin ein in seinem Wesen unverkümmertes . . . Eigenthum“ gegenüber; deswegen muß er mit der Hauptsache die vorhandenen Früchte herausgeben. Ich meine: darin liegt eben, daß das r. R. ihm den Nutzen der Sache nicht, oder doch nur beschränkt, hat zuschreiben wollen, und die Frage, warum es ihn zum Eigenthümer gemacht hat, bleibt ungelöst. Czylharz a. a. D. nimmt jetzt an, daß die Restitutionspflicht des redlichen Besitzers dem klassischen R. unbekannt gewesen sei; die Pandektenstellen, welche ihm

diesem Eigentumsrechte Consequenzen herleiten wollte, welche sich aus der Verzehrungsbefugniß nicht ergeben¹³. Daher darf namentlich dem redlichen Besitzer nicht die Möglichkeit versagt werden, sich durch Ersetzung auch das Behaltendürfen der Früchte zu sichern¹⁴, wie anderer-

nur die *fructus consumti* zusprechen, seien interpolirt. Uebereinstimmend Ed 36. f. 58. XXXVI §. 323 fg. [Pernice a. a. D. §. 356 fg. (2. Aufl.)] Nicht so weit geht Thomfen a. a. D., welcher zwar ebenfalls die Restitutionspflicht nicht für ursprüngliches R. hält, aber bereits der klassischen Jurisprudenz eine „Agitation“ zu Gunsten derselben zuschreibt; das Ergebnis dieser Entwicklung sei in l. 22 C. 3, 32 (von Diocletian und Maximian) ausgesprochen. Cychlarz ist auch in Betreff dieser Stelle zweifelhaft, ob sie nicht kraft Interpolation jüngeres R. enthalte. Vgl. noch Dernburg I § 205 §. 486. 487. [v. Petrazzini §. 133—214: Daß der b. f. possessor die consumirten Früchte behält, rechtfertigt sich dadurch, daß, wenn er sie herausgeben müßte, ihn ein unerwarteter und darum um so fühlbarer Nachtheil treffen würde (§. 185); daß er die *fructus exstantes* herausgeben muß, hat seinen Grund darin, daß im gewöhnlichen, durchschnittlichen Falle so viel Früchte vorhanden sind, als zur Fortsetzung der Wirthschaft erforderlich sind (die andere bewahrt man nicht auf). Diese Früchte haben für den bisherigen Besitzer, der das Grundstück herausgeben muß, viel geringeren Werth als für den Eigentümer, der die Wirthschaft übernimmt und ohne jene Früchte gar nicht fortfetzen könnte (§. 194 fg.). Warum der gutgläubige Besitzer den ihm zugedachten Schutz in der Form des Eigentums an den Früchten erhält, wird §. 200 fg. darauf gegründet, daß nur so dieser Schutz ein einfacher und vollständiger sein konnte. Dafür Dernburg a. a. D. §. 487, Leonhard (?); dagegen Pernice *Labeo* II §. 363 fg.³ (2. Aufl.). Die geschichtliche Entwicklung denkt v. P. (§. 210 fg.) in der Weise, daß ursprünglich die Früchte sämmtlich dem Eigentümer gehörten und selbständig vindicirt werden konnten, allmählich aber der Eigentümer auf die Inanspruchnahme der *fructus exstantes* bei Vindication der Hauptsache beschränkt wurde und das Eigentum des gutgläubigen Besitzers an den Früchten als natürliches Ergebnis dieser Beschränkung des Eigentümers Anerkennung fand.]

¹³ Dieß ist die praktische Bedeutung der in der vorigen Note verteidigten Meinung. Daß aber wirklich die römischen Juristen nicht gemeint sind, das dem redlichen Besitzer zugeschriebene Eigentumsr. irgendwie praktisch zu verwerthen, geht am besten aus der Unbefangenheit hervor, mit welcher sie aus demselben folgern, daß der redliche Besitzer die — verzehrten Früchte nicht herauszugeben brauche, ohne daß es ihnen nur in den Sinn käme, wenigstens anzudeuten, daß daraus eigentlich ein weiter gehender Schluß gezogen werden müßte. Vgl. § 35 I. 2, 1, l. 1 § 2 D. 20, 1, l. 40 § 1 D. 5, 3. In der l. 1 § 2 cit. ist die Rede von der Verpfändung der künftigen Früchte eines Grundstücks; dasselbe kommt in die Hände eines redlichen Besitzers; der Jurist entscheidet, daß die von demselben gezogenen Früchte nicht mit verpfändet seien, „*qui numquam debitoris fuerunt*“ — und doch lautet die Schlussscheidung: „*eos consumtos bona fide emtor utili Serviana restituere non cogetur*“.

¹⁴ Die herrschende Meinung ist dawider, weil erstens nur der Nichteigentümer könne. Nur Marejoll (a. a. D. §. 211 fg.) hat das Gegentheil auszuführen gesucht; s. auch Jauke §. 81—106. Dawider Bangerow I § 326 Anm. 2 Nr. 2 c. L. 4 § 19 D. 41, 3 leugnet nicht die Möglichkeit, sondern

seits ihm die Pflicht auferlegt werden muß, die Früchte auch dann herauszugeben, wenn der Eigenthümer der Hauptsache sie als solche, nicht als Zubehör der Hauptsache, einfordert¹⁵. Daher muß ferner dem Eigenthümer der Hauptsache die Befugniß zuerkannt werden, die Früchte auch von dem Dritten, an welchen der redliche Besizer sie veräußert hat, abzufordern, eine Befugniß, welche nur dann wegfällt, wenn in Folge der Verurtheilung des Dritten der redliche Besizer genöthigt werden würde, den für die Früchte erhaltenen Werth wieder herauszugeben, obgleich er ihn bereits verzehret hat¹⁶. — Ein Unterschied

die Nothwendigkeit der Erziehung. Dasselbe ist von l. 48 § 6 D. 47, 2 zu sagen, während § 5 eod. kaum anders, als von der Zulässigkeit der Erziehung zu verstehen ist (vgl. übrigens Mommsen ad h. l.). Man behauptet, diese Stelle wolle nur sagen, die Thierjungen seien nicht furtiv, nicht, sie könnten eressen werden; aber das ist erstens sprachlich unwahrscheinlich, und zweitens, welche andere Bedeutung hat denn hier die Nichtfurtivität, als eben die, daß eressen werden kann? S. auch l. 4 § 5 D. 41, 3, vgl. l. 2 D. 41, 10. — Ein anderer Fall der Erziehung einer eigenen Sache in l. 12 § 8 D. 49, 15. Vgl. über diese Stelle Brinz R. der b. f. possessio S. 95 fg., Hartmann Re an eigener Sache S. 65 fg.; übrigens auch Göppert S. 341 fg. Czyslarz S. 495 fg.

¹⁵ Nach der herrschenden Meinung kann der redliche Besizer auf Herausgabe der vorhandenen Früchte nur in dem Urtheil, welches ihm die Herausgabe der Hauptsache auferlegt, verurtheilt werden: er bleibt Eigenthümer der Früchte, muß sie aber dennoch als *causa rei* herausgeben. Nach einer anderen Meinung (Marezoll a. a. D. S. 229 fg., Sintenis I § 49³¹, dagegen Vangerow a. a. D. lit. b, dafür neuerdings Köppen S. 76 fg., Mayer a. a. D., Huschke ACPr. LXIII S. 445 fg., dawider Czyslarz S. 503 fg. verliert er das Eigenthum mit dem Aufhören seiner *bona fides*, und dieses Aufhören soll auch mit der Erhebung des Processus gegen ihn, auf die Hauptsache oder auf die Frucht allein, eintreten. Für den im Text aufgestellten Satz beweist l. 43 D. 21, 2 allerdings nicht (Vangerow a. a. D., Brinz 1. Aufl. S. 197 [2. Aufl. I S. 551], vgl. übrigens Göppert S. 353¹⁹), freilich auch nicht wie man behauptet hat, gegen denselben l. 22 § 2 D. 13, 7, l. 4 C. 9, 32, l. 3 C. 4, 9.

¹⁶ So wird entschieden in Betreff des redlichen Besizers einer Erbschaft, welcher ebenfalls für das Verzehrte nicht haftet. L. 25 § 17 D. 5, 3. „Item si rem distraxit bonae fidei possessor, nec pretio factus sit locupletior, an singulas res, si nondum usucaptae sint, vindicare petitor ab emtore possit? . . . Et puto, posse res vindicari, nisi emtores regressum ad bonae fidei possessorem habent“. „Nec pretio factus sit locupletior“ heißt, er hat den Kaufpreis zwar erhalten, aber jetzt ist derselbe nicht mehr, weder unmittelbar noch mittelbar, in seinem Vermögen. Die Lesart „licet“ statt „nisi“, welche auch Franke in seinem Commentar zum Pandektenitel de Hereditatis Petitione S. 302 fg. vertheidigt, ist gegen die vereinigte Autorität der Florentinischen Handschrift und der Basiliken. (Die Stelle spricht zwar nur von der *exceptio quod praecudicium non fiat*, aber mit dieser Einrede macht der Käufer eben geltend, daß nicht der Erbschaftsbesizer durch das jetzt zu fallende Urtheil indirect zu einer Leistung genöthigt werden dürfe, zu welcher er in der *hereditatis petitio* nicht

zwischen den verschiedenen Arten der Früchte darf nicht gemacht werden¹⁷. — Die begünstigte Stellung des redlichen Besitzers dauert nur so lange als seine Redlichkeit¹⁸.

verurteilt werden könne. In l. 16 § 7 eod. ist der Erbe nicht nicht „locupletior factus“; l. 13 § 4. 9 eod. constatiren nur die Möglichkeit der hereditatis petitio, ohne unsere Frage zu berühren; die Berufung auf l. 13 § 5 eod. fällt weg nach §. 157 unt. Vgl. auch III § 612¹⁵). Andere Fälle von Einreden ex iure tertii: II § 350¹⁹, II § 412¹¹, II § 477¹⁷, II § 487⁵, f. auch l. 3 pr. D. 21, 3. Gegen Francke ist gerichtet die Abhandlung von Joseph Jahrb. f. Dogm. XVI §. 209 fg. Andere Dissidenten und überhaupt weitere Literatur f. III § 612¹⁵. — Die herrschende Meinung — und in dieser Beziehung schließt sich ihr auch Göppert §. 361 fg. an — läßt den redlichen Besitzer das für die veräußerte Frucht Erhaltene unbedingt behalten, indem sie in dem Veräußern an sich bereits ein consumere sieht. Das ist aber nicht richtig. Consumere rem heißt allerdings nicht bloß: eine Sache als Körper vernichten, sondern auch: sie als Bestandtheil des Vermögens (des Consumirenden) vernichten (daher geradezu consumere bona, l. 16 D. 37, 4, l. 41 § 1 D. 40, 12); aber offenbar ist in einer Veräußerung, bei welcher für das Veräußerte etwas erworben wird, eine solche Vernichtung nicht enthalten. Allerdings gilt das Geld als consumirt (nummi consumti), sobald es nur ausgegeben ist; aber hier macht sich die Betrachtung geltend, daß einerseits das Ausgeben der bestimmungsmäßige Gebrauch des Geldes ist — es wird durch den Gebrauch aufgebraucht — und andererseits in dem Ausgeben des Geldes allerdings eine Art körperlicher Vernichtung liegt, insofern nämlich die ausgegebenen Geldstücke nicht mehr wiederaufgefunden werden können (vgl. § 2 I. 2, 4: „ipso usu . . quodammodo exstinguitur“). Und selbst hier findet sich ein anderer Sprachgebrauch, nach welchem eine Consumtion des Geldes nur dann angenommen wird, wenn statt desselben auch nichts Anderes im Vermögen ist. Vgl. l. 24 § 4 D. 4, 4, l. 23 pr. l. 25 § 1 D. 5, 3, l. 8 D. 41, 4. In l. 6 § 3 C. 5, 9 werden die „res consumptae“ den „res alienatae“ geradezu entgegengesetzt. Hiernach wird es nicht als genügende Stütze für die herrschende Meinung angesehen werden können, wenn es in l. 3 D. 25, 2 heißt: „res quas mulier comederit, vendiderit, donaverit, qualibet ratione consumserit“. In l. 65 § 6 D. 12, 6 braucht das „consumere“ nicht von Veräußerungen verstanden zu werden. Vgl. Janke §. 109—118.

¹⁷ Unterholzner a. a. O. spricht dem redlichen Besitzer die von selbst entstandenen Früchte zu redlichem Besitz, die durch seine Thätigkeit erzeugten zu Eigentum, und zwar zu unwiderruflichem Eigentum, zu. Gegen diese Unterscheidung l. 48 pr. D. 41, 1, wenigstens scheinbar dafür l. 45 D. 22, 1. Ueber die verschiedenen Erklärungen dieser Stelle f. Bangerow a. a. O. lit. d. und die dort gegebenen Citate, Böding II § 151²², Brinz 2. Aufl. I §. 552. — Janke (§. 42 fg. 149 fg.) will zwischen Thierjungen und anderen Früchten unterscheiden; an den letzteren soll der redliche Besitzer nur bonitarisches, an den ersteren volles Eigentum erwerben. Sein Grund ist l. 28 pr. D. 22, 1, in welcher die Worte „pleno iure“ und „bonae fidei possessoris“ Zusatz der Compilatoren seien (§ 37 I. 2, 1). — Es ist hier nur von natürlichen Früchten die Rede. Was juristische Früchte angeht f. Windscheid §. 132 fg., Göppert §. 354 fg., Köppen §. 92 fg.

¹⁸ In Betreff der Frage, ob später eintretendes unredliches Bewußtsein dem Früchterwerb hinderlich sei, oder nicht, widersprechen sich l. 25 § 2 D. 22, 1, l.

[1. Das **§ 953**. (953) stellt als Princip den Satz auf, daß Erzeugnisse und sonstige Bestandtheile einer Sache auch nach der Trennung dem Eigenthümer der Sache gehören. Sachlich dem gemeinen Recht entsprechend, läßt diese Fassung hervortreten, daß das Eigenthum an dem getrennten Bestandtheil nur als eine Fortsetzung des schon zuvor bestehenden Eigenthums anzusehen ist, welches den ungetrennten Bestandtheil eben als Theil der im Eigenthum stehenden Sache ergriff. Das Recht des Eigenthümers findet nur statt, soweit sich nicht aus den §§ 954—957 ein anderes ergibt; d. h. der Erwerb des dinglich Berechtigten gemäß § 954, des Eigenbesitzers oder Nutzungsbefitzers gemäß § 955 und der Erwerb durch Quasitradition gemäß §§ 956. 957 gehen dem Recht des Eigenthümers vor.

2. Auf Grund jedes dinglichen Rechts an der Sache, welches die Befugniß zur Aneignung von Erzeugnissen oder sonstigen Bestandtheilen derselben gewährt, erwirbt der Berechtigte Eigenthum mit der Trennung (954); dieß gilt also abweichend vom gemeinen Recht (s. zu ⁵), auch für den Nießbraucher und gilt auch für die dinglichen Rechte, welche das BGB. nicht in seinen Bereich gezogen hat, wie Erbpacht, Bergwerksgerechtigkeiten (Mot. III S. 363). Dem Erwerb aus § 954 geht der Erwerb des Eigenbesitzers oder Nutzungsbefitzers aus § 955 und der Erwerb durch Quasitradition aus §§ 956. 957 vor.

3. Der Eigenbesitzer einer Sache erwirbt mit der Trennung das Eigenthum an den Erzeugnissen der Sache, (welche nach BGB. stets Früchte sind [99]), und an den sonstigen zu den Früchten gehörenden Bestandtheilen (nämlich, wenn die Sache zur Gewinnung solcher Bestandtheile bestimmt ist [99]). Dieser Erwerb ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer nicht zum Eigenbesitz berechtigt ist und dieß bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes wußte, oder in Folge grober Fahrlässigkeit nicht wußte (vgl. 932 Abf. 2), oder es vor der Trennung der Früchte erfuhr (s. ob. ¹⁰); nicht genügt, daß er es hätte erfahren sollen). Das Gleiche gilt, wenn ein Anderer vermöge eines dinglichen Rechts zum Fruchtbezug berechtigt ist, und der Eigenbesitzer dieses Recht bei seinem Besitzerwerb kennt oder in Folge grober Fahrlässigkeit nicht kennt oder später vor der Trennung der Früchte kennen lernt (955 Abf. 1). Hat der Eigenbesitzer den Besitz ohne seinen Willen verloren, aber binnen eines Jahres oder mittels einer binnen dieser Frist erhobenen Klage wiedererlangt, so gilt der Besitz als nicht verloren; die in der Zwischenzeit getrennten Früchte also gehören dem Eigenbesitzer (955 Abf. 3). Der Erwerb des Eigenbesitzers findet auch statt, wenn er nur mittelbarer Besitzer ist, z. B. wenn die Sache sich in den Händen eines für ihn besitzenden Verwalters befindet. Ist aber der unmittelbare Besitzer ein solcher, welcher die Sache zum Zwecke der Ausübung eines Nutzungsrechts an ihr besitzt, so erwirbt gemäß § 955 Abf. 2 er und nicht der mittelbare Eigenbesitzer. Dem Erwerb des Eigenbesitzers geht ferner vor der Erwerb durch Quasitradition gemäß § 956. 957. Ueber die Haftung des gutgläubigen Besitzers dem Eigenthümer gegenüber vgl. BGB. 987 fg.

48 § 1 D. 41, 1. Auf die Bejahung der Frage führt das Princip der Lehre, wie es im Vorstehenden entwickelt ist, und die strengen Ansichten des canonischen R. über die Bedeutung der „conscientia rei alienae“. Vgl. Scheurl Beiträge I S. 298, Göppert S. 367 fg., Köppen S. 83 fg., Czjzharz S. 604 fg. Eine Vereinigung jener Stellen suchen Schmid I S. 107, Brinz R. der b. f. possessio S. 102 fg., Exner Grünh. 3 S. III S. 712 fg.

4. Dem Eigenbesitzer steht gleich, wer die Sache zum Zwecke der Ausübung eines dinglichen Nutzungsrechtes an ihr besitzt (955 Abs. 2). Auf ihn finden also alle unter 3 dargestellten Sätze Anwendung mit der Maßgabe, daß ein solcher Besitzer dem mittelbaren Eigenbesitzer vorgeht.

5. Ist von dem Eigenthümer einem Andern gestattet, sich Erzeugnisse oder sonstige Bestandtheile anzueignen ohne Einräumung eines dinglichen Rechts hierzu (über den dinglich Berechtigten und den, welcher in Ausübung eines dinglichen Rechts besitzt, vgl. ob. 2. 4), so kommt es darauf an, ob ihm der Besitz der Hauptsache überlassen ist oder nicht. Ersteren Falls (welchem die einseitige Erlangung des Besitzes nicht gleichsteht) erwirbt der Empfänger der Gestattung das Eigenthum mit der Trennung (so der besitzende Pächter), letzteren Falls mit der Besitzergreifung (956 Abs. 1 S. 1). Dabei ist angenommen, daß die Besitzergreifung Trennung voraussetzt. Dieß ist freilich angesichts des § 865 nicht schlechthin richtig (s. ob. S. 698 fg., k). Ist der Eigenthümer der Hauptsache zu der Gestattung verpflichtet, wie dem Pächter gegenüber, so kann er sie nicht widerrufen, solange der Andere sich in dem ihm überlassenen Besitze der Sache befindet (956 Abs. 1 S. 2). Die Mot. (III S. 367 fg.) wie die Prot. der II. Comm. (S. 3783 fg.) lassen erkennen, daß man in den hier fraglichen Fällen die gemeinrechtliche Construction des Vorgangs als einer Art von Tradition festhalten wollte. Ob diese Construction unentbehrlich ist, dürfte für die Fälle eines dem Andern eingeräumten, wiewohl nur obligatorischen Rechts zur Aneignung zweifelhaft sein. Jedenfalls ist es erfreulich, daß die aus dem Traditionsprincip oben Note ⁶ gezogene Folgerung, von der es zu bezweifeln ist, ob sie gegen den besitzenden Pächter gemeinrechtlich ernstlich behauptet werden konnte, in dem Gesetz für den Fall des Besitzes des zur Aneignung obligatorisch Berechtigten ausgeschlossen ist, und daß von der II. Commission (Prot. S. 3784 fg.) für den gleichen Fall constatirt ist, die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Eigenthümers berühre die Wirksamkeit der Traditionsofferte nicht. Wenn die Gestattung von einem Eigenthümer ausgeht, der seinerseits nicht mit der Trennung die Früchte erwerben würde, so kann der Andere nur als gutgläubiger Empfänger nach § 957 Eigenthum erwerben. Der Abs. 2 des § 956 lehrt, daß auch der Eigenthümer in Abs. 1 das. nur insofern gemeint ist, als ihm die Früchte nach der Trennung gehören, und es ist auch vollkommen einleuchtend, daß, wenn ein Nießbrauch besteht, oder ein Pächter die Sache besitzt, Nießbraucher oder Pächter also mit der Trennung Eigenthum erwerben, der Eigenthümer nicht durch eine Gestattung der Aneignung nach § 956 Abs. 1 ihnen Concurrenz machen kann.

6. Die Sätze unter 5 gelten auch dann, wenn die Gestattung nicht von dem Eigenthümer, sondern von einem Andern ausgeht, dem Erzeugnisse oder sonstige Bestandtheile einer Sache nach der Trennung gehören (956 Abs. 2), d. h. an und für sich, abgesehen von der Wirkung der Gestattung. Dahin gehört nach Maßgabe des unter 2 Bemerkten der dinglich Aneignungsberechtigte, nach Maßgabe des unter 3 Bemerkten der gutgläubige Eigenbesitzer, nach Maßgabe des unter 4 Bemerkten derjenige, welcher die Sache in Ausübung eines dinglichen Nutzungsrechtes gutgläubig besitzt, und nach Maßgabe des unter 5 Bemerkten derjenige, welcher seinerseits auf Grund einer Gestattung des Eigenthümers die Sache besitzt. Natürlich

kann sich das Verhältniß auch compliciren. Es kann z. B. der Nießbraucher verpachten und der besitzende Pächter einem Andern die Aneignung gestatten. Geht die Gestattung von dem gutgläubigen Eigenbesitzer oder Nutzungsbesitzer aus, so ist der Eigenthumservwerb des Empfängers der Gestattung von seinem eigenen guten oder bösen Glauben nicht abhängig. Dieß bestätigt die Vorschrift des § 991 Abs. 1; auch erwirbt bei echter Tradition von Früchten durch den gutgläubigen Besitzer der Empfänger unbedingt Eigenthum, auch wenn er weiß, daß der Tradent nicht Eigenthümer der Hauptsache ist. Eben um dieses Umstandes willen können die Vorschriften des § 956 Abs. 2 bedeutungsvoll werden auch für den Fall, daß die Absicht der Gestattung auf die Bestellung eines dinglichen Nutzungsrechtes gerichtet war. Wenn z. B. jemand eine bewegliche Sache zu Nießbrauch übergeben erhält von einem gutgläubigen Besitzer, von dem er seinerseits weiß, daß er nicht Eigenthümer ist, so wird er nicht Nießbraucher und weiß das auch, erwirbt also die Früchte weder nach § 954, noch nach § 955 Abs. 2. Es fragt sich nun, ob er sich nicht darauf stützen kann, daß ihm die Fruchtziehung von dem gutgläubigen Eigenbesitzer, also von jemandem, der mit der Trennung Eigenthümer der Früchte werden würde, gestattet sei. N. E. ist diese Frage zu bejahen; denn es ist kein Grund, in dem fraglichen Falle anders zu entscheiden als bei dem, welcher bösgläubig vom gutgläubigen Besitzer gepachtet hat. Der § 956 Abs. 2 sagt nicht, daß die Gestattung auch von Jemandem ausgehen kann, dem Erzeugnisse oder sonstige Bestandtheile nach seiner Besitzergreifung gehören. Indessen kommt man gerade von dem Traditionsprincip aus mit Nothwendigkeit dahin, dieß zuzulassen. Es kann nicht bezweifelt werden, daß man sich in der Annahme einer Tradition vertreten lassen kann, und ebenso wenig, daß man mit seinem Vertreter einig sein kann, daß dieser in dem Moment Eigenthümer werden soll, in welchem es der Vertretene werden würde.

7. Die Vorschriften des § 956 sind ferner übertragen auf den Fall, daß derjenige, welcher die Aneignung einem Andern gestattet, hierzu nicht berechtigt ist, es sei denn, daß der Andere, falls ihm der Besitz der Sache überlassen wird, bei der Ueberlassung, andern Falls bei der Ergreifung des Besitzes der Erzeugnisse oder der sonstigen Bestandtheile nicht in gutem Glauben ist oder vor der Trennung den Rechtsmangel erfährt (957). Hier ist vor allem zu beachten, daß der gutgläubige Eigenbesitzer, wie derjenige, welcher gutgläubig die Sache in Ausübung eines Nutzungsrechtes besitzt, nicht hierher, sondern, wie bemerkt, unter § 956 Abs. 2 gehören (s. ob. 6). Der § 957 kann unter einem zu der Gestattung nicht Berechtigten nur verstehen jemanden, der bei eigener Trennung nicht Eigenthümer des Abgetrennten werden würde. Hat ein solcher einem Andern die Aneignung von Bestandtheilen oder Erzeugnissen gestattet und ihm den Besitz der Hauptsache überlassen, so erwirbt der Andere das Eigenthum mit der Trennung, es sei denn, daß er bei der Ueberlassung des Besitzes weiß oder in Folge grober Fahrlässigkeit nicht weiß, daß sein Rechtsurheber nicht Eigenthümer des Abgetrennten werden würde, oder daß er dieß vor der Trennung erfährt. Ist ihm der Besitz der Hauptsache nicht überlassen, so erwirbt er Eigenthum durch die Ergreifung des Besitzes der Erzeugnisse oder sonstigen Bestandtheile; dieser Erwerb wird durch den ebenso wie im vorigen Fall zu bestimmenden Mangel des guten Glaubens im Augenblicke der Besitzergreifung ausgeschlossen. Der Zusatz „oder vor der Trennung den Rechtsmangel erfährt“ kann für diesen Fall nicht geschrieben sein.]

Eigentumsverwerb an Arbeitsproducten*.

§ 187.

Menschliche Thätigkeit vermag nicht neuen Stoff zu produciren, aber sie vermag vorhandenen Stoff in der Weise umzugestalten, daß er als neue Sache erscheint¹. Das Eigenthum einer neuen Sache dieser Art fällt an den Verfertiger^{1a}, wenn die Sache nicht mehr in die frühere Gestalt zurückgebracht werden kann, sonst an den Eigenthümer des Stoffes²; jedoch hat der Eigentumsverwerb des Ver-

* Meylow die Lehre des r. R. von dem Eigentumsverwerb durch Specification, in Menbrüggen's Dorpater juristischen Studien S. 149 fg. Fitting v ACPr. XLVIII S. 1 fg. 149 fg. 311 fg. (1865). F. P. Bremer fr. BJS. X S. 1 fg. (1868). Sulzer der Eigentumsverwerb durch Specification (1884). v Darüber Schneider fr. BJS. XXVI S. 309 fg., Gesterding S. 255—275, Schmidt I § 11, Pagenstecher II S. 113—122, Böding II § 154, Sintenis I S. 490—491, Bangerow I § 310, Brinz 2. Aufl. I § 149, Dernburg I § 204. Czjhlarz S. 249—386. C. Ferrini Appunti sulla dottrina della specificazione, Bulletino dell' istituto di diritto rom. II p. 142—247 (1889). [Dazu Schneider fr. BJS. XXXVI S. 44 fg.] [[Ueber den Sinn der Ausbrüche materia und species: Perozzi Bull. dell' istituto di dir. rom. III p. 212 sg.]] [Dazu Schneider a. a. D. S. 48. — Fischer das Problem der Identität und der Neuheit mit besonderer Berücksichtigung der Specification, Bresl. v Festg. f. Fhering (1892) II. bes. S. 46 fg. Dazu Hellmann fr. BJS. XXXVII S. 367 fg. Paret die Lehre vom Eigentumsverwerb durch Specification, u. f. w. v Erl. Diff. 1892.] [[Zu § 187. 188 M. Voigt die technische Production und v die bezüglichen römischrechtlichen Erwerbstitel. Abh. der phil.-hist. Kl. d. Kgl. v sächs. Ges. d. Wiss. XI S. 609 fg.]] [1890; auch separat. Ueber die Specification im Besonderen S. 632 fg.]

¹ Man spricht in diesem Fall gewöhnlich von Eigentumsverwerb durch „Speci- § 187.
fication“ (nach dem quellenmäßigen: ex aliena materia speciem aliquam facere).

^{1a} Bez. an denjenigen, für welchen der Verfertiger sie verfertigt hat.

² Dieses ist die von Justinian gebilligte mittlere Meinung, welcher zwei andere (die der Proculianer und der Sabinianer) entgegenstanden, wonach ausschließlich auf die Verfertigung oder ausschließlich auf das Eigenthum am Stoffe gesehen werden sollte. Gai. II. 79, § 25 I. 2, 1, l. 7 § 7. l. 12 § 1. l. 24. l. 26 pr. l. 27 § 1 D. 41, 1, l. 5 § 1 D. 6, 1, vgl. l. 78 § 4 D. 32. — Ist der Grund des dem Verfertiger zufallenden Eigenthums seine Arbeit, oder erwirbt er das Eigenthum nach dem Gesichtspunkt der Bemächtigung? Für das Letztere die ältere und noch immer vorherrschende Ansicht, neuerdings Bangerow a. a. D. in der 7. Aufl., Bechmann ACPr. XLVII S. 25 fg.; für das Erstere namentlich Scheurl Beiträge I S. 283 fg., Leist civil. Studien III S. 119 fg. 162 fg., Bremer S. 59 fg. 64, Sulzer S. 122 fg., Wohler Jahrb. f. Dogm. XVIII S. 231 fg., Sturm ACPr. LXXII S. 119 fg., und was das Justinianische R. angeht, Fitting a. a. D., während dieser Schriftsteller in der älteren röm. Jurisprudenz auch das Occupationsprincip vertreten findet. In der That wird einerseits das Letztere gegenüber l. 7 § 7 D. 41, 1 („quia quod factum est antea

fertigers die weitere Voraussetzung, daß derselbe sich in gutem Glauben befunden habe³. Verfertigt Jemand aus theilweise eigenem,

nullius fuerat⁴) schwer zu bestreiten sein, andererseits verträgt sich der Standpunkt der Occupation, wenn man auch von der in ihrem Sinne streitigen Schlußbestimmung des § 25 I. 2, 1 (⁴) absehen will, jedenfalls nicht mit dem in der Compilation anerkannten Satz, daß der Verfertiger nur dann Eigenthümer wird, wenn er sich in gutem Glauben befindet (s. die folgende Note). Gegen das Occupationsprincip Czychlarz S. 314 fg. Man denke übrigens nicht bloß an den Fall, wo Jemand aus fremdem, sondern auch an den, wo er aus eigenem Stoffe eine neue aus ihre frühere Gestalt nicht rückführbare Sache verfertigt. Er hat in diesem letzteren Fall den Vortheil des besseren Beweises, sowie Freiheit von allen Beschränkungen des früheren Eigenthums. Fitting S. 149 fg. 328. 333¹⁰, Bremer S. 37. A. W. Sulzer S. 51 fg., Czychlarz S. 266 fg. — Auch das Eigenthum an der rückführbaren neuen Sache ist ein neu begründetes, nicht die Fortsetzung des Eigenthums am Stoffe; denn der Begriff der neuen Sache (⁵) ist von dem Momente der Nichtrückführbarkeit unabhängig. Fitting S. 11. 154 fg. 328, Bremer S. 37. A. W. Sulzer § 1¹⁴ auf Grund des Ausdrucks „manere“ in l. 24 D. 41, 1; aber vgl. den Wechsel der Ausdrücke in den Stellen § 188¹¹⁻¹³. A. W. auch Czychlarz S. 292 fg. 371 fg. Fitting S. 158 fg. glaubt, daß wenigstens in der älteren röm. Jurisprudenz die Ansicht vertreten gewesen sei, daß das Eigenthum an der verarbeiteten Sache mit dem Eigenthum am Stoffe identisch sei; aber ich halte die Stelle, auf welche er das Hauptgewicht legt, l. 44 § 2 D. 30 nicht für beweiskräftig; die Willensinterpretation, welche diese Stelle enthält, macht jene Annahme nicht nöthig. Vgl. in dieser Beziehung auch Sulzer a. a. D. Ist aber auch das Eigenthum an der rückführbaren Sache ein neu vergebenes, so ist es doch nur vergeben auf Grund des Eigenthums am Stoffe, und daher müssen die Beschränkungen dieses letzteren Eigenthums sich in dem Eigenthum an der neuen Sache wiederholen. Auch in dieser Beziehung ist Fitting anderer Meinung, s. S. 328 fg. und namentlich S. 331; aber ich glaube nicht, daß der zuvor bezeichnete Schluß abzuweisen ist. In l. 18 § 3 D. 13, 7 wird das Gegentheil nicht entschieden, sondern bloß vorausgesetzt (bloß vorausgesetzt nach doppelter Richtung: einmal weil die Stelle zunächst nur eine Willensinterpretation enthält, sodann weil der Fall, welchen sie behandelt, ein Fall der Nichtrückführbarkeit ist), und für den Zusammenhang des Justinianischen R. fällt auch diese Voraussetzung weg. Vgl. über diese Stelle auch Czychlarz S. 280 fg. — Zum Theil eigenthümliche Ansichten bei Schulin über einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio (Marburg 1873) S. 99 fg.

³ Das wird bewiesen weniger durch l. 12 § 3 D. 10, 4, welche kein unzweifelhaftes Resultat gibt, als vielmehr durch l. 13. l. 14 § 3 D. 13, 1, l. 4 § 20 D. 41, 3, l. 52 § 14 D. 47, 2, nach welchen Stellen das aus entwendetem Material Verfertigte (und entwendet ist jedes unredlicherweise verarbeitete Material) selbst entwendet ist; an Entwendetem aber kann der Entwendende kein Eigenthum erwerben. Und in den genannten Stellen wird dem Eigenthümer des Stoffes die *condictio furtiva* gegeben, die doch „*soli domino competit*“ (l. 1 D. 13, 1). Durch den Einwand, die *condictio furtiva* werde in diesen Stellen gegeben wegen l. 10 § 2 D. 13, 1 („*tandiu . . . condictio loci erit, donec domini facto dominium eius rei ab eo recedat*“), wird dieses Argument offenbar nicht berührt; es handelt sich ja nicht von der *Condictio* auf die verarbeitete

theilweise fremdem Stoff eine neue Sache, so wird er selbst dann Eigenthümer derselben, wenn sie in ihre frühere Gestalt zurückgebracht werden kann⁴. Die Frage, was dazu gehört, damit man sagen könne,

Sache, sondern von der Condictio auf die neu geschaffene. Der hier vertheidigten Ansicht sind Fitting S. 335 fg., Bremer S. 62, außerdem Unterholzner Verjährungslehre I S. 229²⁴⁵, W. Sell Versuche I S. 194 fg., Scheurl Beitr. I S. 285, 286, Dernburg Heibel. Nr. 3 S. I S. 147 und Pand. a. a. D., Arndts § 155³, R. Sell bingliche Re S. 101—106, Böcking I S. 166, 167 (die beiden Letzteren unter Hervorhebung, daß nicht in allen Fällen Unredlichkeit vorliege, wo der Arbeiter das fremde Eigenthum kannte), Schulin a. a. D. S. 109 fg., Sulzer S. 41 fg., Czjchlarz S. 340 fg. (vgl. S. 320 fg.), Sturm ACPr. LXXII S. 123 fg. [Paret S. 26 fg.]; dawider mit vielen Neuern Puchta § 154⁴, Vangerow a. a. D. Nr. 2, Schmid I S. 172—177, Sintenis I § 50¹⁴, Pagenstecher II S. 117—119, Brinz 2. Aufl. I S. 576 fg., Lang Handb. des im R. Württemberg geltenden Sachenr. S. 192, Pernice Vabeo II S. 149 fg. [2. Aufl. S. 320 fg.; jedoch für das heutige gemeine Recht für das Erforderniß der b. f. S. 323¹], Wächter II S. 139¹⁰, Bekker R. des Besitzes S. 28¹, Pfersche privatrl. Abhandlungen S. 137 fg. [Neumayer bona fides als Erforderniß des Eigentumsverwerbs durch Specification. Würzb. Diss. 1896; zweifelnd für das r. R. Fischer a. a. D. S. 60 fg., Voigt a. a. D. S. 627, 634 zu²¹: es ist nicht bona fides erforderlich, aber Furtivität des Stoffes schließt den Eigentumsverwerb aus und Specification mala fide macht den Stoff furtiv. (vgl. auch Pernice a. a. D. S. 325 fg.) Diese Ansicht berührt sich mit derjenigen Windscheids, ohne mit ihr identisch zu sein.] Der Hauptgrund der hier verworfenen Meinung liegt darin, daß das Eigenthum des Verfertigers auf den Gesichtspunkt der Bemächtigung zurückgeführt wird. Die hier vertheidigte Meinung ist auch anerkannt in dem Urtheil bei Sf. XV. 99, dawider XXXIV. 275. Sulzer S. 47 fg. verlangt außer dem guten Glauben auch Titel, ohne genügenden Beweis.

⁴ Es ist dieß eine sehr bestrittene Frage; die jetzt herrschende Ansicht ist eher gegen den im Text aufgestellten Satz. S. die Citate bei Fitting S. 318 (welcher selbst dafür ist) und Vangerow a. a. D. Nr. 1 (welcher dagegen ist). Die entgegengesetzte Meinung ist auch in der 1. Auflage dieses Lehrbuchs vertheidigt worden. Aber bei unbefangener Betrachtung läßt sich doch in der That aus § 25 i. f. I. 2, 1 nichts Anderes herauslesen, als das im Text Gesagte, und worauf Fitting hingewiesen hat, bei Theophilus ist die Fassung noch weit schärfer und zweifelausschließender. S. auch die Aufzählung der natürlichen Erwerbarten bei Theophilus II. 2 in pr. und II. 9 § 6 unter Nr. 8 und 9 (Fitting ACPr. LIX S. 427 fg.). Daß l. 5 § 1 D. 6, 1 keinen Gegengrund enthält, und noch weniger l. 12 § 1 D. 41, 1, darüber s. Fitting S. 321. Ich sehe den Hauptgrund (oder die Hauptveranlassung) der herrschenden Ansicht darin, daß man meint, nur bei Nichtrückführbarkeit des Erarbeiteten liege eine neue Sache und ein erst zu vergebendes Eigentumsr. vor, was gewiß nicht richtig ist (?). Für die hier vertheidigte Ansicht auch Regelsberger APraktW. Nr. 3. IX S. 300 fg., Brinz 2. Aufl. I S. 575 fg., Sturm ACPr. LXXII S. 121, Czjchlarz S. 349 fg. Gegen dieselbe Sulzer S. 71 fg. — Redlichkeit des Bewußtseins des Verfertigers wird auch in diesem Fall vorausgesetzt, sonst tritt Miteigenthum ein. Fitting S. 343¹²⁸, Arndts § 155³ (in den späteren Auflagen).

es sei eine neue Sache geschaffen, ist keine juristische Frage, sie kann nur nach der Verkehrsauffassung beantwortet werden^{4a}. Nur so viel läßt sich sagen, daß nicht jede Veränderung einer vorhandenen Sache, auch wenn sie nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, Hervorbringung einer neuen Sache ist⁵.

Wer durch Verarbeitung einer fremden Sache Eigenthum erworben hat, hat deswegen nicht ohne Weiteres auch den Vermögenswerth derselben erworben; er haftet vielmehr dem früheren Eigenthümer obligatorisch nach den Grundsätzen von der ungerechtfertigten Bereicherung⁶.

[Das § 959. (950) verlangt für den Eigenthumsverwerb des Herstellers, daß er eine neue Sache herstelle, (was das ist, bleibt richterlicher Beurtheilung überlassen) und zwar durch Verarbeitung oder Umbildung eines oder mehrerer Stoffe. Auch diese Begriffe sind nicht definiert, nur ist besonders bestimmt, daß auch das Schreiben, Zeichnen, Malen, Drucken, Graviren oder eine ähnliche Bearbeitung der Oberfläche als Verarbeitung gilt (vgl. unt. § 189⁶). Der Eigenthumsverwerb des Herstellers ist ausgeschlossen, wenn erweislich der Werth der Verarbeitung oder Umbildung erheblich geringer ist als der Werth des Stoffes. In diesem Falle bleibt also das Eigenthum des Hergestellten bei dem Stoffeigenthümer, und sind Stoffe mehrerer Eigenthümer verarbeitet, sei es des Herstellers und eines Dritten oder von zwei Dritten,

^{4a} Vgl. Bachmann ACPr. XLVII S. 25 fg., Fitting S. 3 fg., Bremer S. 10 fg. 15 fg. 30 fg. 40 fg., Sulzer S. 54 fg. 160. Czypcharz S. 250 fg. [Fischer a. a. D. S. 70 fg.: aus den römischen Quellen und der an sie angelehnten Doctrin läßt sich wegen innerer Unwahrheit der zu Grunde liegenden naturphilosophischen Vorstellungen kein brauchbares Princip entwickeln; man muß auf den Zweck des Klages zurückgehen und daraus (auch für das gemeine R.) die Voraussetzungen des Eigenthumsverwerbs durch Specification bestimmen. Der Zweck ist: maßvoller Schutz der redlichen Arbeit. Es muß durch eine redliche Arbeit, deren Bedeutung wirtschaftlich diejenige des Stoffes überwiegt, in wirtschaftlich zweckmäßiger Weise ein Product hergestellt sein, das eine bisher nicht vorhandene (sic) nützliche Verwendung gestattet. Anders Hellmann a. a. D.]

⁵ So nicht das Ausdreschen (l. 7 § 7 D. 41, 1, nach welcher Stelle sich die beiläufige Aeußerung in § 25 I. 2, 1 berichtigt). Ebenso wenig das Färben (l. 26 § 3 D. 41, 1) oder Pechschreiben (§ 33 I. 2, 1, l. 9 § 1 D. 41, 1). (Ueber das Malen s. § 189⁶).

⁶ Seine Bereicherung ist formal gerechtfertigt, nicht aber materiell. S. I. 30 D. 24, 1 und vgl. dazu l. 55 eod. und § 174⁹, § 190⁴. Von den speciellen Gründen, auf welchen ein Anspruch auf Herausgabe des Werthes der verarbeiteten Sache, oder auch auf das Interesse des früheren Eigenthümers, beruhen kann, wie z. B. Entwendung, Vertrag etc. etc., ist hier natürlich nicht zu reden. Vgl. II § 422² (§ 424). Fitting S. 345 fg., Sulzer S. 168 fg. A. R. Czypcharz S. 330 fg. 379 fg. S. XXXIV. 275. [Siemsen gibt es nach gem. R. eine Bereicherungsklage gegen den durch specificatio, plantatio, avulsio oder commixtio nummorum Bereicherten? Erl. Diss. 1897 S. 13 fg. 27 fg.]

so sind die Sätze über Verbindung und Vermischung anwendbar (Prot. d. II. Comm. S. 3769). Böser Glaube schließt den Eigentumservwerb nicht aus. Auf die Frage, ob die Sache in die frühere Form zurückgeführt werden kann, kommt nichts an. Mit dem Erwerbe des Eigentums an der neuen Sache erlöschen auch die an dem Stoffe bestehenden Rechte, was dem gemeinen Rechte entspricht. Die Verpflichtung des Erwerbers nach den Grundsätzen von der Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung ist anerkannt, jedoch mit Ausschluß des Anspruchs auf Herstellung des früheren Zustandes und mit Vorbehalt weitergehender Haftung wegen unerlaubter Handlung, sowie der Vorschriften über den Erfaß von Verwendungen und über das Recht zur Wegnahme einer Einrichtung (951.)]

H. Eigentumservwerb durch Verbindung*¹.

§ 188.

Es kann verbunden werden Bewegliches mit Unbeweglichem oder Bewegliches mit Beweglichem².

1. Verbindung von Beweglichem mit Unbeweglichem.

a. Mit einem Grundstück wird anderes Erdreich verbunden: durch Anschwemmung³, oder durch Antreibung⁴, oder in anderer

* Wächter im Alexikon I S. 11 fg. u. d. W. Accession (1838). Beckmann zur Lehre vom Eigentumservwerb durch Accession und von den Sachgesamtheiten (1867). F. P. Bremer BZS. X S. 1 fg. (1868). Göppert über die organischen Erzeugnisse S. 87 fg. (1869). Derf. über einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen S. 75 fg. (1871). Gesterding S. 190—225, Schmid I § 10, Pagenstecher II S. 128—156. Böcking II § 152, Sinteniz I S. 491—497, Dernburg I § 207—210. [Voigt (§ 187*) bef. S. 628 fg. 636 fg., Viermann superficies solo cedit Jahrb. f. Dogm. XXXV S. 169 fg.]

¹ Gewöhnlich spricht man von Eigentumservwerb durch Accession. Es wird § 188. aber zum Erwerb durch Accession wohl auch der Erwerb des Schatzes und der Früchte, ja selbst der Erwerb durch Specification gerechnet. Vgl. Beckmann S. 1 fg., Dernburg § 201².

² Diese Fälle werden aber nur der Uebersicht wegen unterschieden, nicht als ob das Princip der Entscheidung bei ihnen ein verschiedenes wäre. Ebenso verhält es sich mit den im Folgenden gemachten ferneren Unterscheidungen. — Von Anderen wird ein dritter Fall hinzugefügt: Verbindung von Unbeweglichem mit Unbeweglichem, wozu im Besonderen die in § 185 genannten Fälle der im Fluß entstandenen Insel, des verlassenen Flußbettes und der Anschwemmung, und außerdem der sogleich zu nennende Fall der Antreibung gerechnet werden. Aber im Falle der Anschwemmung und der Antreibung ist das Verbundene nicht unbeweglich, wenngleich es ein Grundstück bilden hilft; im Fall der im Fluß entstandenen Insel liegt nur sehr uneigentlich eine Verbindung vor, und jedenfalls ist in diesem Fall, wie im Fall des verlassenen Flußbettes, die Verbindung nicht der Grund des Eigentumservwerbes. Daraus erklärt sich auch l. 9 § 4 D. 7, 1, während l. 16 D. 32, wenn die Worte „vel etiam insulae natae“ echt sind, eine liberale Vermächtnißinterpretation zur Geltung bringt. Vgl. Beckmann S. 13 fg.

³ Dieser Fall ist unter einem andern Gesichtspunkt bereits in § 185 betrachtet worden.

Weise⁵. Der Eigenthümer des Grundstücks erwirbt das Eigenthum des zu seinem Grundstück hinzugefügten Erdreichs, sobald dasselbe mit seinem Grundstück zusammengewachsen ist⁶.

b. Verbindung durch Einpflanzen oder Einsäen. Das Eingepflanzte oder Eingefäete gehört, sobald es Wurzeln geschlagen hat, dem Eigenthümer des Grundstücks; es fällt auch, wenn es ausgerissen wird, nicht an den früheren Eigenthümer zurück⁷.

c. Verbindung durch Einbauen⁸, also Herstellung eines Bauwerks, namentlich eines Gebäudes⁹. Das zum Bauwerk unter sich und mit dem Grundstück Zusammengefügte bildet mit dem Grundstück

⁴ Der Fall der f. g. *avulsio*: es wird durch die Gewalt des Flusses ein Stück von einem Grundstück abgerissen, und an ein anderes Grundstück angetrieben.

⁵ L. 9 § 2 D. 39, 2: — „*si ex fundo tuo crusta lapsa sit in meum fundum*“. S. f. XXXV. 96, XXXVI. 261.

⁶ L. 9 § 2 cit.: — „*item demum . . crustam vindicari posse (von dem früheren Eigenthümer), si non coaluerit nec unitatem cum terra mea fecerit*“. L. 7 § 2 D. 41, 1, § 21 I. 2, 1. In diesen letzteren Stellen wird für den Fall der *avulsio* als Kennzeichen der Zusammenwachsung angegeben: „*si arbores, quas secum traxerit (das angetriebene Stück), in meum fundum radices egerint*“. Weichmann S. 27 hält dieß *radices agere* für wesentlich, und glaubt, daß das Erdreich nur um der Bäume und Pflanzen willen erworben werde, für sich allein gar nicht erworben werden könne. Es ist auch die Ansicht aufgestellt worden, das r. R. lasse nur das Eigenthum der Bäume, nicht das Eigenthum des angeschwemmten Stückes übergehen. Landucci Arch. giurid. XXXI p. 157 sq. 498 sq. Dagegen Pampaloni das. XXXI p. 424 n. 95. XXXII p. 167 sq. Rivista critica II p. 44. Vgl. Schneider fr. BZS. XXVII S. 80 fg. Neuestens Pampaloni sopra l'isola formata per avulsione nei fiumi in diritto romano e odierno. Prato 1885. Schneider fr. BZS. XXVIII S. 366 fg. Pampaloni Studi Sinesi III p. 241 s. Schneider fr. BZS. XXIX S. 56 fg. Serragli Arch. giur. XLI p. 473 s. 477 s.

⁷ § 31. 32 I. 2, 1, l. 7 § 13. l. 9 pr. l. 26 § 1 D. 41, 1, l. 25 D. 22, 1, l. 9 § 2 D. 39, 2, l. 11 C. 3, 32. Es gehört, so lange die Verbindung dauert, dem Eigenthümer des Grundes und Bodens deswegen, weil es Theil des Grundes und Bodens ist (§ 144⁷); es gehört auch nach Auflösung der Verbindung dem Eigenthümer des Grundes und Bodens, weil es jetzt nicht mehr dieselbe Sache ist, die es früher war (l. 26 § 1 cit.: „*nam credibile est alio terrae alimento aliam factam*“). — Ein Baum, welcher in zwei Grundstücken wurzelt, gehört dem einen und dem andern Grundeigenthümer (§ 31 I. 2, 1, l. 7 § 13. l. 8 D. 41, 1, l. 19 pr. D. 10, 3, l. 83 D. 17, 2). Die entgegengesetzte, aber inconsequente Ansicht, daß er demjenigen gehöre, aus dessen Grundstück sein Stamm hervorwächst, ist vertreten in l. 6 § 2 D. 47, 7. Vgl. übrigens Vangerow I § 329 Anm. 2, Göppert die organischen Erzeugnisse S. 152 fg., Wächter II S. 128.

⁸ Vgl. Jaun ACPr. XLIII S. 211 fg. 300 fg. (1870). Kohler Jahrb. f. Dogm. XXVI S. 45 fg.

⁹ S. aber auch z. B. l. 2 C. 3, 34.

ein Ganzes, und dieses Ganze steht im Eigenthum des Eigenthümers des Grundstücks¹⁰. Dadurch ist aber dasjenige Eigenthumsrecht, welchem das Eingefügte als besondere Sache unterliegt, nicht aufgehoben¹¹, sondern kann nur während der Dauer der Verbindung nicht geltend gemacht werden¹²; sobald die Verbindung wieder gelöst wird, erlangt es seine frühere Kraft zurück¹³. Verlangt werden kann die

¹⁰ L. 7 § 10. 12 D. 41, 1. „Cum in suo solo aliquis aliena materia aedificaverit, ipse dominus intellegitur aedificii, quia omne quod inaedificatur, solo cedit . . . Ex diverso, si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, illius ius aedificium, cuius et solum est . . .“ L. 2 D. 43, 18. „Superficiarias aedes eas appellamus, quae in conducto solo positae sunt, quarum proprietas et civili et naturali iure eius est, cuius et solum“. L. 2 C. 3, 32: — „id quod in solo tuo aedificatum est, quoad in eadem causa manet, iure ad te pertinet“. S. noch l. 50 D. 9, 2, l. 98 § 8 D. 46, 3, l. 39 pr. l. 59 D. 6, 1, l. 14 D. 39, 5. S. XVIII. 242, XXX. 118, XXXIV. 10. 277. Bachmann S. 57 fg. ist der Meinung, dieser Satz beruhe auf positiver Anordnung, nicht auf juristischer Nothwendigkeit, ebenso Degenkolb Plaz. und Miethe S. 119 fg.; f. dagegen Wächter Superficiar- und Plaz. S. 10 fg. Vgl. Rohler a. a. D. S. 33⁹⁶. Particularliche Abweichungen: Stobbe II § 79 [3. Aufl. (Rehmann) § 95.] S. XXXVI. 106.

¹¹ L. 7 § 10 D. cit.: — „nec tamen ideo is, qui materiae dominus fuit, desinit eius dominus esse“. L. 7 § 2 D. 44, 2: — „cuius insula est, non utique et cementsunt“.

¹² L. 7 § 10 cit.: — „sed tantisper neque vindicare eam potest, neque ad exhibendum de ea agere“. L. 23 § 6 D. 6, 1. Vgl. § 65.

¹³ L. 7 § 10 cit.: — „ergo si aliqua ex causa dirutum sit aedificium, poterit materiae dominus nunc eam vindicare“. L. 23 § 7 D. 6, 1: — „cementsoluta prior dominus vindicabit“. L. 2 C. cit. — „si vero fuerit dissolutum, materia eius ad pristinum dominum redit“. Die Ausdrücke prior, pristinus dominus halten sich an die Erscheinung; das Wesen der Sache geben sie nicht wieder. S. auch § 189⁴. — Die Auffassungen der Schriftsteller sind übrigens verschieden. Die gewöhnliche Auffassung ist wohl die, daß ein interimistischer, widerruflicher Eigentumsvererb und Eigentumsverlust an dem Eingefügten stattfindet, so namentlich Wächter S. 20, 26, Demelius die Exhhibitionspflicht (Graz 1872) S. 100 fg., Brinz 2. Aufl. I S. 555 fg. Aber woher das Eigenthum des früheren Eigenthümers nach der Trennung, wenn er in der That ausgehört hat, Eigenthümer zu sein? Veränderung des räumlichen Verhältnisses einer Sache ist doch kein Eigentumsvererbgrund. Nur die Kategorie des ruhenden H. (§ 65¹) leistet den erforderlichen Dienst. Wie hier, Baron Gesamtverhältnisse S. 39 fg., Prodlowski r. Privat. II S. 96 fg., und, jedoch nur für unwesentliche Bestandtheile, Girtanner Jahrb. f. Dogm. III S. 163 fg. 275 fg. Vgl. auch v. Schey Grünh. 3 S. VIII S. 122 fg. Für das ruhende Eigenthum Vetter Pand. I S. 295, dagegen Rohler a. a. D. S. 50 fg. Nach Bachmann S. 40 fg. soll der Eigenthümer des Grundstücks nicht Eigenthümer des Gebäudes werden, sondern es nur vindiciren können; das Gebäude, meint Bachmann, sei überhaupt nicht Sache, sondern ein auf sachlicher Grundlage beruhender Vermögenswerth, und nichts Körperliches, sondern (als Verbindung) etwas Unkörperliches. „Diese Behauptungen werden schwerlich Bestimmung finden“.

Lösung der Verbindung nicht¹⁴; dafür hat der Eigenthümer des eingefügten Materials einen Anspruch auf den doppelten Werth desselben¹⁵, welcher Anspruch jedoch wegfällt, wenn die Einfügung mit seinem Willen geschehen ist¹⁶. Durch die Leistung des Doppelten erwirbt der Besizer das Eigenthum des Materials¹⁷, nur nicht derjenige, welcher unredlicher Weise eingefügt hat¹⁸.

Hierzu ist folgendes Nähere zu bemerken.

1. Die Verbindung muß eine feste und dauernde sein; sonst wird an dem bestehenden Rechtsverhältniß nichts geändert¹⁹.

Wächter *Superficiar- oder Plaz.* S. 10. S. auch *Bremer* S. 50 fg. 54 fg. *Burdhard* *Lhür. Bl. f. Pflege* XV S. 114. 116.

¹⁴ Gegen die Regel (§ 189^{4a}), nach einer ausdrücklichen Bestimmung der 12 Tafeln (*Festus s. v. tignum*), über deren Restitution zu vergleichen ist *Huschke ad leg. XII tabb. de tigno iuncto commentatio* p. 1—4. 19—29 (1837) und *Bruns fontes iuris ad h. l. (VI. 7)*. Die 12 Tafeln sprachen von „*tignum iunctum*“; über die Bedeutung von *tignum* s. l. 1 § 1 D. 47, 3, l. 62 D. 50, 16. l. 7 pr. D. 10, 4. *Schuhmacher* in der § 156⁹,⁴ citirten *Diff. S. 23* fg.

¹⁵ § 29 I. 2, 1, l. 7 § 10 D. 41, 1, l. 23 § 6 D. 6, 1, l. 6 D. 10, 4, l. 98 § ult. D. 46, 3.

¹⁶ L. 63 D. 24, 1: „*. . . quamvis decemviro non sit credibile de his sensisse, quorum voluntate res eorum in alienum aedificium coniunctae essent*“. — Nach einer anderen Meinung (*Bangerow I § 300 Anm.*) soll dieser Anspruch nur dann begründet sein, wenn das Eingefügte entwendet ist (wozu außer der Nichtberechtigung auch unredliches Bewußtsein des Besizers gehört). Für diese Meinung darf nicht angeführt werden l. 1. 2 D. 47, 3; diese Stellen sagen freilich, daß die *actio de tigno iuncto* bei *tignum furtivum* statfinde, aber sie sagen keineswegs, daß sie nur bei *tignum furtivum* statfinde. Oder will man auf Grund dieser Stellen behaupten, daß auch der Ausschluß des Lösungsanspruchs Furtivität des Materials voraussetzt? (l. 1 cit.: „*lex XII tabularum neque solvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineis iunctum neque vindicare*“). So spricht für die bezeichnete Meinung nichts, als daß in l. 63 cit. *Paulus* den in den oben abgedruckten Worten enthaltenen Grund des *Neratius* so wiedergibt: „*neque enim furtivum est, quod sciente domino inclusum est*“, und das ist m. E. nicht im Entferntesten ein genügendes Gegengewicht gegen die Unbedingtheit, in welcher die in Note¹⁰ genannten Quellenstellen den Anspruch auf das Doppelte anerkennen. — Noch weiter geht *Huschke a. a. D.* (und nach ihm *Sintenis I § 50²⁹*). Derselbe nimmt für das classische R. einen Widerspruch zwischen den römischen Juristen an, betrachtet aber als die in der *Compilation* gebilligte Meinung, daß nur gegen den für selbst der Anspruch auf das Doppelte zulässig sei. Dagegen *Puchta JS. f. GR. u. Pr. XI S. 338 fg.* (1838), *Jhering Schuldmoment S. 12*. Vgl. noch *Wächter a. a. D. S. 27*, *Schmid I § 10²⁸*, *Fernice Pabeo II S. 149*. [2. Aufl. S. 317 fg.]. *Lonel Edictum perpetuum S. 265*.

¹⁷ § 29 I. h. t. 2, 1.

¹⁸ L. 2 D. 47, 3. Vgl. *Wächter a. a. D. S. 28*.

¹⁹ So z. B. wenn auf einem Grundstück ein „*horreum frumentarium novum ex tabulis ligneis factum mobile*“ (l. 60 D. 41, 1) errichtet wird.

2. Auch dann wird an dem bestehenden Rechtsverhältniß nichts geändert, wenn das in ein Gebäude Eingefügte nur äußerliche Zuthat ist, nicht zur Herstellung des Gebäudes als solchen und zur Vollendung desselben dient²⁰.

3. Umgekehrt tritt wirklicher Eigenthumsverlust ein, wenn die Verbindung von dem Eigenthümer selbst, in der Absicht, auf sein Eigenthumsrecht zu verzichten, vorgenommen worden ist²¹.

4. Auch Herausgabe von eingefügten Nebpfählen kann der Eigenthümer nicht verlangen, und wird dafür, wie bei eingefügtem Baumaterial, durch Ersatz des doppelten Werths entschädigt²².

[§§ f. nach § 190.]

§ 189.

2. Verbindung von Beweglichem mit Beweglichem.

Bei einer solchen Verbindung ist es möglich, daß die verbundene Sache ihre Existenz in der Weise verliert, daß sie als das, was sie früher war, nicht mehr hergestellt werden kann; dann ist sie untergegangen, und es kann von einem Eigenthumsrecht an derselben nicht die Rede sein¹. Das Ganze aber, in welchem sie jetzt enthalten ist,

²⁰ Wenn es nicht zum „Inbegriff“ des Gebäudes gehört. Vgl. § 148 und speciell Note 6-7 daf. L. 17 pr. D. 19, 1, l. 245 pr. D. 50, 16. St. f. RAnw. zum. in Bayern XXXVII S. 335 fg., RG. IX S. 169 fg. (Einfügen einer Maschine). Kohler Jahrb. f. Dogm. XXVI S. 32 fg.

²¹ L. 2 C. 3, 32, l. 39 pr. D. 6, 1, vgl. 14 D. 39, 5. Nach § 30 I. 2, 1 und l. 7 § 12 D. 41, 1 soll auch dann wirklicher Eigenthumsverlust eintreten, wenn der Einfügende unredlicher Besitzer des Grundstücks war. Das Gegentheil sagt l. 2 C. cit. (nicht auch l. 59 D. 6, 1, welche nicht von einem unredlichen Besitzer spricht). Eine Vereinigung dieser Stellen scheint mir nicht möglich (vgl. übrigens Schmid I § 10⁶⁷, Vangerow I S. 329 Anm. 1, Pernice-Labeo II S. 176 fg. [2. Aufl. S. 382 fg. 385 fg.]), und so heben sie sich gegenseitig auf. Da wir demzufolge keine positive Bestimmung für die bezeichnete Strafe des unredlichen Besitzers haben, wird dieselbe als geltendes R. nicht behauptet werden dürfen.

²² D. h. auch diese braucht der Eigenthümer des Weinbergs nicht herauszugeben, wenn er das Doppelte ihres Werthes ersetzen will. L. 1 pr. § 1 D. 47, 3. Im Uebrigen ist hier durch die Vorschrift der 12 Tafeln nicht der Lösungs-, sondern der Eigenthumsanspruch ausgeschlossen; da die Verbindung keine feste ist, so verliert der Eigenthümer der Nebpfähle durch die Verbindung sein Eigenthum nicht.

¹ L. 23 § 5 D. 6, 1. — „Dicit enim (Cassius), si statuæ snæ ferru- § 189. minatione iunctum brachium sit, unitate maioris partis consumi, et quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. Non idem in eo, quod adplumbatum sit; quia ferruminatio per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non

steht entweder im Eigenthum des Eigenthümers der Hauptsache, wenn nämlich eine der verbundenen Sachen die Hauptsache ist, oder wenn dieß nicht der Fall ist, im gemeinschaftlichen Eigenthum der Eigenthümer der verbundenen Sachen². Wird die verbundene Sache von der Verbindung nicht in der Weise ergriffen, daß sie als die Sache, welche sie früher war, nicht mehr herstellbar ist, so wird, wenn keine der verbundenen Sachen die Hauptsache ist, an den Eigenthumsverhältnissen nichts geändert³. Ist dagegen eine der verbundenen Sachen

idem efficit⁴. Ueber die Begriffe von *adplumbare* und *ferruminare* wird gestritten; die neuesten Untersuchungen sind die von Göppert in dem akadem. Programm „über die Bedeutung von *ferruminare* und *adplumbare* in den Pandekten“ (1869 — ein Nachtrag 3 S. f. Rgesch. IX S. 241 fg.) und von M. Pampaloni im Arch. giur. XXXIII p. 222–299 (1879). Vgl. auch Dernburg I § 209¹. Ebenso wird gestritten über den Sinn der Worte: *quia ferruminatio per eandem materiam facit confusionem*, ob sie sagen wollen, daß die *confusio* herbeigeführt werde durch *ferruminatio* mit einem Stoff, welcher dem Stoff der verbundenen Stücke gleich sei, oder daß sie herbeigeführt werde durch *ferruminatio* von Stücken, die unter sich von gleichem Stoffe seien (für die letztere Auslegung namentlich Pampaloni). Diese Meinungsverschiedenheiten können auf sich beruhen bleiben. Die Stelle will jedenfalls den Gegensatz zwischen einer loseren und einer festeren, engeren Verbindung zum Ausdruck bringen, und sie bezeichnet als Resultat der letzteren ein *consumi*, eine *confusio*; für die Anwendung ist allein dieses Resultat maßgebend, nicht die Ansichten der röm. Juristen darüber, wie dasselbe erreicht wird. Andere Entscheidungen der Quellen, welche hierher gehören, beziehen sich auf: das Einweben (§ 26 I. 2, 1, vgl. I. 23 § 1 D. 34, 2, und was die gegentheilige Entscheidung in I. 7 § 2 D. 10, 4 angeht, Bachmann S. 44, Göppert über einseitliche und zusammengesetzte Sachen S. 87); das Schreiben (§ 33 I. 2, 1, I. 9 § 1 D. 41, 1, I. 23 § 3 D. 6, 1); das Malen (I. 23 § 3 D. 6, 1, vgl. § 34 I. 2, 1, I. 9 § 2 D. 41, 1 und hierüber Note *). Der im Texte aufgestellte Ausdruck der Regel scheint mir noch immer den Sinn des quellenmäßigen *consumi* und *confundi* am Besten wiederzugeben. Andere bezeichnen als das Entscheidende die Unlösbarkeit der Verbindung (so auch Bachmann), oder die Unlösbarkeit nach Verkehrsanschauungen (Bremser), oder daß die Verbindung nicht ohne Zerstörung der verbundenen Sache (Wächter), oder nicht ohne Gefahr für dieselbe, oder nicht ohne Schwierigkeit, lösbar ist. Vgl. Göppert a. a. D. S. 84. 85.

² L. 3 § 2 D. 6, 1. „*Pomponius scribit, si quid quod eiusdem naturae est ita confusum est atque commixtum, ut deduci et separari non possit, non totum, sed pro parte esse vindicandum. Ut puta meum et tuum argentum in massam redactum est; erit nobis commune, et unusquisque pro parte ponderis, quod in massa habemus, vindicabimus*“. L. 4. I. 5 § 1 eod., I. 27 pr. D. 41, 1, vgl. I. 27 § 2 eod. Böding II § 152⁴⁹, Girtanner Jahrb. f. Dogm. III S. 278 fg., Bachmann S. 38 fg., Göppert S. 92). Zu allgemein drücken sich § 27 i. f. I. 2, 1, I. 7 § 9 D. 41, 1 aus, s. die folgende Note. Vgl. Steinlechner Riteigenthum S. 30 fg.

³ L. 12 § 1 D. 41, 1. „*Si aere meo et argento tuo conflato aliqua species facta sit, non erit ea nostra communis, quia, cum diversae*

die Hauptsache, so steht, so lange die Verbindung dauert, die Nebensache in ihrer Eigenschaft als Bestandtheil der Hauptsache im Eigenthum des Eigenthümers der Hauptsache, während das an ihr als besonderer Sache stattfindende Eigenthumsrecht ruht⁴; durch Auflösung der Verbindung aber wird das frühere Rechtsverhältniß wiederhergestellt, und zwar kann hier die Auflösung der Verbindung verlangt werden⁴. Wiederherstellung des früheren Rechtsverhältnisses findet auch hier dann nicht statt, wenn der Eigenthümer selbst, in der Absicht auf sein Eigenthum zu verzichten, die Verbindung vorgenommen hat⁵.

Zu dem Gesagten sind folgende Bemerkungen hinzuzufügen:

1. Bei der Beantwortung der Frage, ob eine Sache, und welche, die Hauptsache sei, ist darauf zu sehen, ob eine und welche dem Ganzen Namen und Wesen gibt, ob eine und welche nur um der andern willen vorhanden ist⁶.

materiae aes atque argentum sit, ab artificibus separari et in pristinam materiam reduci solet“. L. 5 § 1 D. 6, 1, l. 27-§ 2 D. 41, 1. Vgl. Fitting ACPr. XLVIII S. 323—325. Göppert in der Schrift über einheitliche und zusammengesetzte Sachen S. 32 fg. 42 fg. 77 fg. bringt auch dieß in Verbindung mit den Auffassungen der stoischen Philosophie.

⁴ L. 23 § 2 D. 6, 1. „Si quis rei suae alienam rem ita adiecerit, ut pars eius fieret, veluti si quis statucae suae brachium aut pedem alienum adiecerit, aut scypho ansam vel fundum, vel candelabro sigillum, aut mensae pedem: dominum eius totius rei effici, vereque statuum suam dicturum et scyphum plerique recte dicunt“. § 5 eod. „Item quaecunque aliis iuncta sive adiecta accessionis loco cedunt, ea, quamdiu cohaerent, dominus vindicare non potest“. L. 26 pr. l. 27 pr. D. 41, 1. Es wiederholt sich hier die in § 188¹⁰⁻¹¹ bezeichnete doppelte Art der Betrachtung. In § 2 cit. heißt es: „dominum eius totius rei effici“, in § 4 eod. wird die verbundene Sache geradezu „res mea“ genannt; in § 5 cit. dagegen wird der Eigenthümer der verbundenen Sache auch nach der Verbindung noch als Eigenthümer bezeichnet. Was § 188¹² über die verschiedenen Ansichten der Schriftsteller gesagt worden ist, gilt auch für diesen Fall. Baron a. a. O. will das Gewicht des § 4 cit. dadurch beseitigen, daß er meamque in meamve emendirt; Bechmann erklärt ohne diese Emendation die Stelle sachlich in gleicher Weise.

^{4a} L. 23 § 5 D. 6, 1, l. 6. 7 § 1. 2 D. 10, 4.

⁵ Das ist zwar für diesen Fall nicht ausdrücklich gesagt: allein die Analogie des Falles der Verbindung mit einer unbeweglichen Sache (§ 188⁹) ist entscheidend.

⁶ L. 26 pr. D. 41, 1. „Proculus indicat, hoc iure nos uti, quod Servio et Labeoni placuisset: in quibus propria qualitas (ex)specta(re)tur, si quid additum erit, toto cedit, ut statucae pes aut manus, scypho fundus aut ansa, lecto fulcrum, navi tabula, aedificio cementum: tota enim eius sunt, cuius ante fuerant“. L. 29 § 1 D. 34, 2. „Utra autem utrius materiae sit accessio, visu atque usu rei, consuetudine patrisfamilias aestimandum est“. L. 9 § 1 D. 41, 1. l. 23 § 3 D. 6, 1, l. 19 § 13—16, l. 20 D. 34, 2. Beim Gemälde soll die Malerei die Hauptsache sein, nicht die Tafel, nach Justinian's

2. Werden Sachen so mit einander vermischt, daß ihre Trennung, obgleich an und für sich möglich, doch factisch unausführbar ist, so ändert sich zwar an und für sich an den Eigentumsverhältnissen nichts, für die praktische Ausführung aber tritt an die Stelle des Eigenthums an den nicht mehr auffindbaren Sachen Miteigenthum an sämmtlichen zu einem nach der Zahl und dem Werth der nicht mehr auffindbaren zu bestimmenden Antheil⁷. -- Besonderes gilt für den Fall, wo Jemand fremdes Geld mit dem seinigen vermischt. Durch diese Vermischung wird er Eigenthümer der vermischten fremden Geldstücke⁸.

3. Es kann in der Verbindung Verfertigung einer neuen Sache liegen; dann entscheidet der Gesichtspunkt der Verfertigung⁹.

4. Ist die Verbindung mit dem Willen der beiderseitigen Eigen-

Entscheidung, § 34 I. 2, 1, l. 9 § 2 D. 41, 1, l. 23 § 3 D. 6, 1. Wie das Gemälde muß auch die Photographie beurtheilt werden (in Betreff der Daguerreotypen a. N. Nadai *ACPra.* XXVI S. 212 fg.). Die Steinzeichnung stellt dem Gemälde gleich das Urtheil bei *Sf.* IX. 127; dagegen XIII. 129. Beim Schiffe ist die Hauptsache der Kiel (l. 61 D. 6, 1); doch wird in l. 26 pr. D. 41, 1 in Betreff des Schiffs der Gesichtspunkt der Verfertigung geltend gemacht. Vgl. Fitting *ACPra.* XLVIII S. 16 fg. 354 fg. Ausbühlsweise kann auch Umfang und Werth der verbundenen Sachen in Betracht kommen, l. 27 § 2 D. 41, 1. Vgl. Bechmann S. 63, Bremer S. 40.

⁷ So beim Zusammenschütten zweier Haufen Getreide, § 28 I. 2, 1. Vgl. Bechmann S. 28 fg., Bremer S. 27 fg., welcher Letztere Eigenthum an der Quantität als solcher annimmt. Dagegen auch Göppert über einheitliche und zusammenge setzte Sachen S. 100.

⁸ L. 78 D. 46, 3. „Si alieni nummi in sacio vel invito domino soluti sunt, manent eius, cuius fuerunt; si mixti essent, ita ut discerni non possent, eius fieri, qui accepit, in libris Gaii scriptum est“. Bechmann S. 31, Goldschmidt *Handelsr.* I § 105^o. Hartmann über den römischen Begriff des Geldes und den Inhalt von Geldschulden (1868) S. 21 fg. sieht als das Entscheidende nicht die Vermischung, sondern die Besitzergangung an, mit Vorbehalt jedoch des Gegenbeweises für den Gegner, „daß diese Stücke als solche, die ohne gültigen Uebertragungsact (z. B. durch *furtum*) an Kläger gelangten, individuell erkennbar sind“. S. dagegen Karlowa *kr. WZS.* XI S. 529 fg. J. Comte der Erwerb des Eigenthums an Geldstücken durch Vermengung. *Verl. Diff.* 1887. Besondere Meinungen bei Bekker *Pand.* I S. 321 fg. und bei A. Ascoli *Rivista italiana per le scienze giuridiche* IV p. 43 s. [Hohenemser die Consumtion des Geldes durch Vermischung und Herausgabe. *WZS.* Diff. 1892 (dazu Freund *Grünh.* *ZS.* XXI S. 448 fg., Niemeyer *ZS.* f. *HR.* XLIII S. 415 fg.), Niemeyer *ZS.* f. *HR.* XLII S. 20 fg. (1894), Abrecht die Sonderstellung des Geldes in der Eigenthumslehre. *Greifsw. Diff.* 1894, Zoder Ueber den Eigentumsverwerb an Geld durch ununterscheidbare Vermischung und Herausgabe. *Er. Diff.* 1896.]

⁹ Vgl. Fitting *ACPra.* XLVIII S. 16 fg. 354 fg., Bremer S. 40.

thümer geschehen, so wird das Ganze in Folge ihres Willens gemeinschaftlich¹⁰.

[§§. f. nach § 190.]

§ 189a.

Aus dem in den beiden vorhergehenden §§ Gesagten ergibt sich, daß die Verbindung nur in einem uneigentlichen Sinn eine Eigentumsverwerbart genannt werden kann. Sie ist es bloß für die äußerliche Betrachtung. Durch die Verbindung wird an den Eigentumsverhältnissen nur insoweit etwas geändert, als die verbundene Sache (zeitweilig oder für immer) aufhört, diejenige Sache zu sein, welche sie bis dahin war, als sie in einer andern Sache, mit welcher sie verbunden worden ist, aufgeht. Durch die Verbindung wird also nicht neues Eigentumsrecht begründet, sondern ein einem bestehenden Eigentumsrecht unterworfenen Object erweitert. Wenn nichtsdestoweniger die Kategorie: Eigentumsverwerb durch Verbindung hier festgehalten worden ist, so ist das geschehen, weil damit eine für den Lehrvortrag wünschenswerthe Anknüpfung an die Vorstellung des Lebens gewonnen wird¹.

[§§. f. nach § 190.]

§ 190.

Insofern die Verbindung Eigentumsverlust herbeiführt, beraubt sie doch denjenigen, welchem sie Eigentum nimmt, nicht ohne Weiteres des Vermögenwerthes der Sache¹. Im Einzelnen ist hier zu

¹⁰ § 27. 28 I. 2, 1, l. 7 § 8. l. 25 D. 41, 1, l. 5 pr. D. 6, 1.

¹ Und in gleicher Weise möchte diese Anknüpfung für die Gesetzgebung wünschenswerth sein. — Der im Text bezeichnete Gesichtspunkt ist in neuerer Zeit mit Energie hervorgehoben worden von Bechmann, ebenso von Bremer und Höppert. Doch können diese Schriftsteller nicht leugnen, daß auch in den Quellen die Auffassung des Lebens vertreten ist, f. namentlich l. 9 § 2 D. 39, 2, l. 7 § 13 D. 41, 1, l. 23 § 3. 4 D. 6, 1, obgleich sich Bechmann bemüht, diese Instanz abzuschwächen. Vgl. noch v. Schey Grünh. 38. VIII S. 144 fg. — Man bemerke übrigens auch, daß Verbindung oder Geschehenlassen der Verbindung ein hinreichender Ausdruck des Eigentumsübertragungswillens sein kann, § 188²¹, § 189¹⁰. In diesem Fall ist allerdings die Verbindung Eigentumsverwerbsthatfache, wenn auch nicht die Verbindung als solche.

¹ Gewöhnlich nimmt man den Fall der Antreibung aus, indem man sich § 190. darauf beruft, daß hier die Verbindung durch Naturgewalt erfolge (Wächter Note²⁰⁻⁴², Schmid Note¹²⁻¹⁰), oder darauf, daß der Verlierende den Verlust durch zeitige Rückforderung hätte abwenden können (Arnolds § 152 Ann. 4 a. E.). Weber der eine noch der andere Grund erscheint mir durchgreifend; vgl. was den ersten angeht l. 4 § 2 D. 12, 1. „Ea, quae vi fluminum importata sunt,

unterscheiden, ob der Verlierende selbst die Verbindung vorgenommen hat, oder nicht. Im ersten Fall hat er einen Entschädigungsanspruch nach den Grundsätzen von der Verwendung, also, wenn er im guten Glauben war, ein Retentionsrecht, bis ihm ersetzt worden ist, worum die von ihm abgeforderte Sache durch die Verbindung für den Eigenthümer werthvoller geworden ist², während ihm ein Klagerrecht in den Quellen ausdrücklich abgesprochen wird³. Im zweiten Fall hat er einen auch durch Klage zu verfolgenden Anspruch gegen den Eigenthümer auf Herausgabe des Werthes der verlorenen Sache⁴. Ueber den besonderen Entschädigungsanspruch bei eingebautem Baumaterial ist bereits oben gehandelt worden⁵.

[1. Das **§ 190** überläßt alluvio und avulsio (ob. § 188 zu ³ 4) die „Anlandungen“ dem Landesrecht (E. 65). Im Uebrigen bestimmt es für Grundstücke: „Wird eine bewegliche Sache mit einem Grundstücke dergestalt verbunden, daß sie ein wesentlicher Bestandtheil des Grundstücks wird, so erstreckt sich das Eigenthum an dem Grundstück auf diese Sache“ (946). Die Rechte an der eingefügten Sache erlöschen, die Rechte am Grundstück erstrecken sich auf die eingefügte Sache (949). Wann dieselbe wesentlicher Bestandtheil des Grundstücks wird, darüber s. ob. §. 611 fg. unter 1.

2. Wenn bewegliche Sachen mit einander so verbunden werden, daß sie wesentliche Bestandtheile einer einheitlichen Sache werden (vgl. ob. §. 609), so werden

condici possunt“. Voigt conditiones ob causam §. 749 bezieht diese Stelle direct auf die Accession. [Vgl. zu diesem § die § 187^o citirte Diff. v. Siemsen §. 94 fg.]

² L. 23 § 4 D. 6, 1. „In omnibus . . . istis, in quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit meamque efficit, si eam rem vindicem, per exceptionem doli mali cogar pretium ejus quod accesserit dare“. § 30. 32. 33 I. 2, 1, l. 7 § 12. l. 9 pr. § 1 D. 41, 1, l. 5. 11. 16 C. 3, 32, l. 37. 38 D. 6, 1.

³ L. 33 D. 12, 6, l. 14 D. 44, 4, l. 14 § 1 D. 10, 3. Vgl. II § 422¹.

⁴ L. 23 § 5 D. 6, 1: „ . . . in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est“. In anderen Stellen wird eine utilis rei vindicatio gegeben, welche hier lebiglich Form der Geltendmachung des Ersatzanspruches ist, so daß sie durch Herausgabe des Werthes abgewendet werden kann (Fhering Jahrb. f. Dogm. I §. 120 fg.), so in l. 5 § 3 D. 6, 1 bei der Einpflanzung, in § 34 I. 2, 1 und l. 9 § 2 D. 41, 1 (Gai. II. 78) beim Malen (Fhering a. a. O. §. 138—141. 160. 165. 171—172, Fitting ACPr. XLVIII §. 350—351, Beckmann §. 73 fg.). Für den Fall des Einwebens gibt § 26 I. 2, 1 eine conditio, aber wahrscheinlich unter der Voraussetzung bösen Glaubens des Verbindenden. Vgl. Gai. II. 79 und II § 422².

⁵ Die besonderen Gründe, auf denen ein Entschädigungsanspruch beruhen kann, wie z. B. Vertrag und Delict, bleiben natürlich auch hier (vgl. § 187^o) außer Ansat. Conditio indebiti: § f. XXVII. 34.

die bisherigen Eigenthümer Miteigenthümer dieser Sache; die Antheile bestimmen sich nach Verhältniß des Werths der verbundenen Sachen zur Zeit der Verbindung (947 Abs. 1). Die Rechte, welche auf jeder der verbundenen Sachen ruhten, befallen nunmehr den ihrem früheren Eigenthümer zustehenden Miteigenthumsantheil (949). Ist aber eine der verbundenen Sachen als die Hauptsache anzusehen, so erwirbt ihr Eigenthümer das Alleineigenthum (947 Abs. 2); die Rechte, welche auf der Nebensache ruhen, erlöschen, und die Nebensache wird von den an der Hauptsache stattfindenden Rechten ergriffen (949).

Wenn die Verbindung nicht derartig ist, daß die verbundenen Sachen als wesentliche Bestandtheile erscheinen, dieselben vielmehr ohne Zerstörung oder Veränderung ihres Wesens von einander getrennt werden können (98), so tritt, wie im gemeinen Recht (§ 189 zu ⁶), eine Veränderung der Eigenthumsverhältnisse nicht ein, und wenn in diesem Falle eine Sache die Hauptsache ist, so ist von einem Ruhen des Eigenthums an der Nebensache bis zur Auflösung der Verbindung, anders als im gemeinen Recht, nach dem Recht des BGB. nicht die Rede (vgl. ob. S. 609 unt. S. 610).

3. Wenn bewegliche Sachen miteinander untrennbar vermischt oder vermengt werden, so finden die Vorschriften des § 947 und die damit zusammenhängenden des § 949 entsprechende Anwendung. Der Untrennbarkeit steht es gleich, wenn die Trennung der vermischten oder vermengten Sachen mit unverhältnißmäßigen Kosten verbunden sein würde (948). Gemeinrechtlich ist die *confusio* ein Fall der Verbindung, und nur die *commixtio* nimmt eine Sonderstellung ein (§ 189 zu ⁷). Im § 948 BGB. dagegen scheint die Vermischung den Fall der *confusio*, die Vermengung den Fall der *commixtio* zu bedeuten (Mot. III S. 359). Diese Frage ist aber ohne praktisches Gewicht, da die gemeinrechtliche Besonderheit der *commixtio* beseitigt ist; es tritt auch bei ihr echtes Miteigenthum ein. Analog anwendbar ist aber in den Fällen des § 948 nicht nur § 947 Abs. 1, sondern auch Abs. 2 daselbst. Wenn also unter den vermischten oder vermengten Sachquantitäten eine als die Hauptsache anzusehen ist, so erwirbt deren Eigenthümer Alleineigenthum. Dieß war gemeinrechtlich für den Fall der *confusio* anerkannt, bei der Vermengung trockener Körper wurde auf solche Fälle keine Rücksicht genommen. Eine besondere Stellung des Geldes (§ 189 zu ⁶) kennt das BGB. nicht. Die Mot. des I. Entw. (III S. 360) bemerken, die Vorschriften des § 892 (jetzt 948) setzen voraus, daß eine abgegrenzte Menge vorliege, zu welcher Beiträge von verschiedenen Seiten gelangt sind. Liege keine abgegrenzte Menge vor, stehe vielmehr nur fest, daß Quantitäten von Geld, Getreide u. s. w. in die nicht abgegrenzten Vorräthe einer anderen Person eingemischt seien, so treffen die Voraussetzungen der Bestimmung nicht zu, und daß der Eigenthümer der eingemischten Quantität nicht vindiciren könne, liege daran, daß der zu vindicirende Gegenstand nicht individuell zu bezeichnen und zu ermitteln sei. Es würde sich fragen, was im Sinne dieser Bemerkungen eine abgegrenzte Menge ist; objectiv abgegrenzt sind doch wohl die Vorräthe einer Person an gewissen Gegenständen immer; es kann sich nur fragen, ob ihr Quantum zur Zeit der Einmischung erweislich ist, und ob die seit der Einmischung sonst noch erfolgten Vermehrungen und Verminderungen constatirt werden können. Indessen ist ein Antrag, welcher bezweckte, der Idee der Motive im Gesetz durch eine Aenderung der Fassung Ausdruck zu

verschaffen, in der II. Comm. zurückgezogen, nachdem darauf hingewiesen worden war, daß in den in Frage kommenden Fällen möglicher Weise (§ 891 Abs. 2, jetzt § 947 Abs. 2 Anwendung finde, d. h. die f. g. unbegrenzte Menge die Hauptsache sein werde. Dieß wird dann aber wohl nicht an der f. g. Unbegrenztheit, sondern an der weit überwiegenden Größe der Menge liegen, in welche eine verhältnißmäßig geringfügige fremde Quantität eingemischt oder -gemengt wurde. Während also im Allgemeinen derjenige, der das Quantum und den Werth seines Zuschusses zur Zeit der Vermengung oder Vermischung nicht in voller Höhe beweisen kann, nur eine entsprechend geringere Quote des Miteigenthums zugesprochen erhält, soll der Inhaber eines wohlgefüllten Getreidespeichers in den ein fremder Sack ausgeschüttet ist, oder der Eigenthümer einer gefüllten Tabakasse, in welche ein fremdes Zehnpfennigstück gerieth, nicht den Bestand der Vorräthe oder der Kasse zur Zeit der Einmischung beweisen müssen, um dann Miteigenthum zu entsprechender Quote zuerkannt zu erhalten, sondern er wird Alleineigenthümer (vorbehaltlich seiner Haftung aus § 951); ein Resultat, womit man sich durchaus einverstanden erklären kann.

4. Auch nach BGB. kann es keinem Zweifel unterliegen, daß, wenn jemand seine Sache mit einer fremden verbindet oder mit fremden vermischt oder vermengt, um auf sein Eigenthum zu verzichten, der beabsichtigte Erfolg eintritt (f. ob. § 188 zu ¹, § 189 zu ⁶), und daß, wenn mehrere ihre beweglichen Sachen verbinden, vermischen oder vermengen, um sie als Miteigenthümer zu besitzen, ebenfalls dieser Zweck erreicht wird. Dieß folgt theils aus den Sätzen von der Tradition (929 fg.), theils aus denen von der Dereliction (959).

5. Es erscheint auch nach BGB. als zweifellos, daß der Eigenthumswerb durch Specification demjenigen nach § 947. 948 vorgeht (vgl. ob. § 189 zu ⁹). Dieß folgt schon daraus, daß § 950 die Verfertigung aus mehreren Stoffen ausdrücklich vorseht.

6. Jeder, welcher durch Verbindung, Vermengung, Vermischung einen Rechtsverlust (Verlust des Eigenthums oder eines Rechts an fremder Sache) erleidet, hat gegen den Gewinner einen Anspruch auf Vergütung in Geld nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Die Wiederherstellung des früheren Zustandes kann nicht verlangt werden (951 Abs. 1). Die Vorschriften über die Verpflichtung zum Schadenersatz wegen unerlaubter Handlungen bleiben jedoch unberührt (951 Abs. 2), und der Schadenersatzanspruch des BGB. ist in erster Linie ein Anspruch auf Herstellung des früheren Zustandes (249). Ferner bleiben unberührt die Vorschriften über den Ersatz von Vermengungen und über das Recht zur Wegnahme einer Einrichtung (951 Abs. 2). Der Schlusssatz des § 951 Abs. 2 lautet: „In den Fällen der §§ 946, 947 ist die Wegnahme nach den für das Wegnahmerecht des Besitzers gegenüber dem Eigenthümer geltenden Vorschriften auch dann zulässig, wenn die Verbindung nicht von dem Besitzer der Hauptsache bewirkt worden ist“. Die II. Comm. hatte bei der Revision einen ähnlichen Zusatz angenommen (Prot. S. 8651 fg. vgl. S. 8554 fg.), der aber in der veröffentlichten Fassung des Entw. II. Ref. § 866 wieder verschwunden ist. Die gegenwärtige Bestimmung ist in der Reichstagsvorlage § 935 enthalten, muß also vom Bundesrath herrühren. Sie muß zunächst dahin verstanden werden, daß der ehemalige Eigenthümer, der sein Eigenthum durch Verbindung, Vermischung,

Bermengung verloren hat, wenn er die Hauptsache besitzt, das Wegnahmerecht gegenüber deren Eigenthümer auch dann ausüben kann, wenn nicht er selbst, sondern ein Anderer die Nebensache mit der Hauptsache verbunden hat. Gemäß § 997. 258 wird man aber auch der Folgerung nicht ausweichen können, daß eine Klage auf Gestattung der Wegnahme gegen den in Besitz gelangten Eigenthümer der Hauptsache statthaft ist und diese Klage wird davon nicht abhängen können, daß der ehemalige Eigenthümer der Nebensache inzwischen einmal selbst im Besitz der Hauptsache gewesen ist. Der Ausschluß der Klage auf Wiederherstellung des früheren Zustandes, welchen § 951 Abs. 1 ausspricht, wird damit freilich sehr weit wieder zurückgenommen.

7. Das Eigenthum einer Schulurkunde oder Urkunde über ein sonstiges Recht, kraft dessen eine Leistung gefordert werden kann, spricht das Gesetz (952) dem Forderungs- oder sonst Berechtigten zu, ohne Rücksicht darauf, wessen Papier und Tinte waren, und wer die Urkunde herstellte. Das Recht eines Dritten an dem beurkundeten Rechte erstreckt sich auf die Urkunde. Die Rechtsverhältnisse zwischen dem Eigenthümer der Urkunde und sonst Betheiligten, insbesondere dem ehemaligen Eigenthümer des benützten fremden Papiers zu regeln, hat das Gesetz keinen Anlaß genommen. Es wird nicht zweifelhaft sein können, daß auch hier, wenn nicht aus besonderen Gründen andere Sätze, so jedenfalls diejenigen über ungerechtfertigte Bereicherung Platz greifen.]

V. Verlust des Eigenthums*.

§ 191.

Verloren wird das Eigenthum: dadurch, daß ein Anderer es erwirbt; durch Aufgabe des Eigenthümers, die aber in der Behandlung der Sache äußerlich hervortreten muß (Dereliction)¹; durch Untergang der Sache, oder dadurch, daß sie in eine Lage kommt, in welcher sie aller Privatberechtigung entzogen ist²; endlich das Eigenthum an wilden Thieren dadurch, daß dieselben ihre natürliche Freiheit wiedererlangen².

* Gesterding S. 400—402, Schmid I § 19, Pagenstecher II S. 356 fg., Böding II § 155 fg.

¹ § 47 I. 2, 1, l. 17 § 1 D. 41, 2, l. 3 D. 41, 7. Vgl. l. 2 § 1 eod. § 191.

Dereliction eines ideellen Theils (b. h. Dereliction der Sache zu einem ideellen Theil)? S. l. 3 cit. und Steinlechner Miteigenthum S. 37 fg. Bewußtsein des Eigenthums erforderlich? Vgl. § 184¹ und Zitelmann Irrthum S. 313 fg.

² Namentlich auch dadurch, daß das Grundstück vom Flusse bleibend occupirt wird. L. 7 § 5 D. 41, 1, l. 1 § 7 D. 43, 12, § 23 I. 2, 1. Vorübergehende Ueberschwemmung hebt das Eigenthumsr. nicht auf, sondern versetzt es nur in ruhenden Zustand, wie die Verbindung. L. 1 § 9 D. 43, 12, l. 7 § 6 D. 41, 1 in Verbindung mit § 24 I. 2, 1. Für das Gegentheil beweisen auch nicht l. 23 D. 7, 4, l. 30 § 3 D. 41, 1. Vgl. die Stellen in § 188¹³ in Verbindung mit den Stellen in ¹¹ das. RG. VIII S. 181 fg. Frank Jahrb. f. Dogm. XXI S. 423 fg.

² S. § 165⁵

[Vgl. §§. 959. 928. 960. 961. Der Untergang einer Sache hebt selbstverständlich auch nach BGB. das an ihr stattfindende Eigenthum auf; dasselbe dauert aber an den vorhandenen Resten natürlich fort. Zu Note ^{1a} vgl. §. 65 u. ob. S. 688.]

VI. Der Eigenthumsanspruch*.

Einleitung.

§ 192.

Der dem Eigenthumsrechte entsprechende Anspruch ist darauf gerichtet, daß sich Niemand mit dem Eigenthumswillen (der im Eigenthumsrecht anerkannten Willensordnung) in thatfächlichen Widerspruch setze. Geschieht dieß dennoch, so verwandelt sich der Eigenthumsanspruch in einen Anspruch gegen den Thäter auf Wiederaufhebung der dadurch dem Eigenthumsrechte zugesügten Verletzung bez. ihrer Folgen (§ 122). Wird die Befriedigung dieses Anspruchs verweigert, so wird der Eigenthumsanspruch zur Eigenthumsklage (§ 122). Von dem Eigenthumsanspruch in seiner Gestaltung durch die Verletzung des Eigenthums bez. von der Eigenthumsklage ist hier näher zu handeln.

Der Eigenthumsanspruch hat einen verschiedenen Inhalt je nach der Verschiedenheit der dem Eigenthum zugesügten Verletzung. Diese Verletzung kann eine totale oder eine bloß partielle sein. Die erste besteht darin, daß dem Eigenthümer seine Sache vorenthalten wird; die zweite besteht darin, daß ohne Vorenthaltung der Sache in das Eigenthumsrecht eingegriffen wird. Welches aber auch der Inhalt des Eigenthumsanspruchs sein möge, derselbe fordert immer, was er fordert, auf Grund des Eigenthums; deswegen ist er ein dinglicher, kein persönlicher Anspruch¹.

A. Der Eigenthumsanspruch wegen Vorenthaltung der Sache*.

1. Gegenstand.

§ 193.

Der Eigenthumsanspruch wegen Vorenthaltung der Sache ist

* Dig. 6, 1. Cod. 3, 32 de rei vindicatione.

§ 192. ¹ Die Eigenthumsklage wegen Vorenthaltung der Sache heißt römisch rei vindicatio, die Eigenthumsklage wegen Eingriffs actio negatoria oder negativa. Eine vindicatio ist übrigens die letztere auch; nur keine rei vindicatio. Das Ziel der Eigenthumsklagen wird in den Quellen im Allgemeinen als ein restituere bezeichnet.

* Kriz Darstellung praktischer Materien des r. R. 1. Band. Ueber die

zuvörderst gerichtet auf Herausgabe der Sache. Wird die Herausgabe auch von dem verurtheilten Besitzer verweigert, so hat der Eigenthümer die Wahl¹ zwischen directer Erzwingung² und Eintreibung seines Interesse³. Verlangt der Besitzer eine Frist für die Herausgabe, so ist ihm dieselbe gegen gehörige Sicherheit nach billigem Ermessen des Richters zu gewähren⁴. Was den Ort der Herausgabe angeht, so ist der Besitzer an und für sich nicht verpflichtet, die Sache an einem andern Ort herauszugeben, als wo sie sich befindet; doch kann der Eigenthümer auf Herausgabe am Ort des Processes dringen: a) wenn er Gefahr und Kosten tragen will; b) wenn der Besitzer unrechtlicher Besitzer war, und die Sache von dem Ort des Processes nach Erhebung desselben entfernt hat⁵.

Ist der Berechtigte nur Miteigenthümer, so geht sein Anspruch nur auf Einräumung des Mitbesitzes. In diesem Falle ist aber der Besitzer berechtigt, abgesehen von besonderen Umständen, die Angabe der Quote zu verlangen, zu welcher der Gegner das Miteigenthum in Anspruch nimmt⁶.

Der Anspruch auf Herausgabe der Sache verwandelt sich in einen Anspruch auf Leistung des Interesse⁷, wenn dem Besitzer die Heraus-

vindication und die Publicianische Klage (1831). Weßell der römische Vindicationsproceß (1845). Gesterding S. 309—381, Schmid I § 15, Pagenstecher III S. 5—182, Glüß VIII S. 26 fg., Sinteris I S. 517—525. Vgl. auch Voigt ius naturale z. c. III S. 588 fg. 1005 fg. Pfersche Privatliche Abhandlungen (1886) S. 1—253. Darüber Merkel Gött. gel. Anzeigen 1887 S. 985, Mitteis tr. VJ. S. XXXI S. 40 fg. [Dernburg I § 224 fg., Cramer Beitrag z. Lehre v. d. Eigenthumsklage. Gött. Diss. 1892.]

¹ Schmid S. 295, Weßell System des Civilproc. § 50 Nr. II. Durch § 193. die R. P. D. ist dieses Wahlrecht nicht beseitigt; denn s. § 778.

² So nach heutigem und schon nach neuerem r. R., während im älteren r. R. der hartnäckige Besitzer nur auf Geld condemnirt und erequirt werden konnte. Das neuere r. R. steht bereits in l. 68 D. 6, 1, wobei freilich dahin gestellt bleiben muß, ob nicht kraft einer Interpolation. Vgl. Weßell Vindicationsproceß S. 126 und System des Civilproc. § 50⁹⁰, Rudorff röm. R. Ges. II § 92¹⁴, Bethmann-Hollweg r. Civilproc. II § 115 a. E. [Lenel, Palingen. Ulp. 2987.]

³ Durch die Leistung des Interesse geht das Eigenthum auf den Besitzer über (§ 172²³), als wenn die Sache verkauft worden wäre. L. 46. 47 D. 6, 1, l. 35 § 2 eod., l. 7 § 1 D. 6, 2, l. 22 pr. D. 25, 2, l. 1. 3 D. 41, 4. Literaturangaben in Note ¹². Vgl. § 133¹⁵.

⁴ § 2 I. 4, 17. [Aufgehoben durch E. G. z. C. P. D. 14, 4.]

⁵ L. 10—12 D. 6, 1, vgl. l. 11 § 1 D. 10, 4, auch II § 282⁵.

⁶ L. 6. 8. l. 35 § 3 D. 6, 1, l. 76 § 1 eod. Vgl. C. f. XXI. 14.

⁷ C. § 101¹⁴, II § 257⁶.

gabe der Sache unmöglich wird, ohne daß er dadurch von dem Eigenthumsanspruch befreit wird. Dieß ist der Fall: a) beim unredlichen Besitzer, wenn die Unmöglichkeit der Herausgabe vor Erhebung des Processus durch seinen Willen⁸, oder nach Erhebung des Processus irgendwie eintritt⁹; b) beim redlichen Besitzer, wenn die Unmöglichkeit der Herausgabe nach Erhebung des Processus durch seine Schuld eintritt¹⁰. Gegenüber dem unredlichen Besitzer, welcher sich willentlich

⁸ L. 27 § 3 D. 6, 1. „Sed et is, qui ante litem contestatam dolo desit rem possidere, tencur in rem actione . . .“ L. 131 D. 50, 17. „Qui dolo desierit possidere, pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est.“ L. 157 § 1 D. eod. „Semper qui dolo fecit, quominus haberet, pro eo habendus est, ac si haberet.“ Neuere sprechen hier von einer Verhaftung wegen ficta possessio. Die Verhaftung desjenigen, qui dolo desit possidere, wird in l. 27 § 3 D. cit. auf die entsprechende von dem SC. Iuventianum für die hereditatis petitio getroffene Bestimmung (l. 20 § 6 l. 1. 25 § 2 sqq. D. 5, 3) zurückgeführt, ist aber wahrscheinlich älter. Vgl. III § 612¹¹ und Weßell vindicationsproc. S. 133, Demelius Exhibitionspflicht S. 185 fg., Pernice Pabeo II S. 255. Ein dolo desinere possidere liegt nicht bloß dann vor, wenn der unredliche Besitzer sich des Besitzes in der Absicht entäußert, um sich dadurch dem Eigenthumsanspruch zu entziehen (Weßell a. a. D.), sondern überhaupt, wenn er sich des Besitzes mit seinem Willen entäußert, wenn er „facit quominus possideat“ (l. 20 § 6 cit.), durch Weggeben oder Vernichtung der Sache; er soll nicht über die Sache verfügen, da er weiß, daß sie nicht die seinige ist. Wächter Erörterungen III S. 128, 129, Vetter Jahrb. d. gem. R. IV S. 192, 193, Franke Commentar zum Pandektenitel de hereditatis petitione S. 147, 269. Cf. XV. 202, XXXIII. 358, XXXVI. 11, 12. Hierulff Entscheid. des OAG. zu Lübeck 1866 Nr. 97. Vgl. auch l. 9 pr. D. 10, 4. Der Anspruch ist ein reiner Delictanspruch in der Form des Eigenthumsanspruches; daher bestimmt sich auch die Verhaftung des Erben nach den Grundregeln von den Delictansprüchen, l. 52 D. 6, 1, und im Concurs gehört der Berechtigte unter die Gläubiger. Wächter Pand. I S. 181. Pfersche a. a. D. S. 57 fg. 143 fg. 249 fg. Grundgedanke: die Verhaftung des unredlichen Besitzers entsteht nicht erst aus dem dolo desinere possidere, sondern aus dem unredlichen Besitz selbst; er haftet nicht ex delicto, sondern quasi ex contractu. Praktische Consequenz: der Kläger braucht das dolo desinere possidere nicht zu beweisen. Gegen Pfersche Mitteis a. a. D. S. 56 fg. Vgl. noch Lammfromm zur Geschichte der Erbschaftsfrage S. 124 fg. [François de la règle dolus pro possessione est dans l'action en revendication. thèse, Nancy 1891.]

⁹ Der unredliche Besitzer soll keinen Proceß über die Sache führen; er soll sie dem Kläger ohne Proceß herausgeben. Führt er den Proceß dennoch, so ist er verpflichtet, dem Kläger den ihm dadurch erwachsenden Schaden zu ersetzen. Deshalb wird er selbst dadurch nicht frei, daß er die Sache in einer Weise verliert, aus der ihm an und für sich ein Vorwurf nicht gemacht werden kann, wenn er nicht beweisen kann, daß auch bei sofortiger Herausgabe der Kläger jetzt weder die Sache noch ihren Werth haben würde. Das Nähere mit den Beweiskstellen s. oben § 124⁴ und unten II § 280, 2; außer den daselbst citirten Schriftstellern vgl. noch Weßell S. 174 fg., Schmid § 15¹⁰⁸.

in die Unmöglichkeit der Herausgabe versetzt hat, ist die Leistung des Interesse¹¹ nicht Abfindung für den Eigenthümer, in den übrigen Fällen allerdings¹².

Befindet sich der Besitzer in der Unmöglichkeit, die Sache in unverkehrtem Zustand herauszugeben, so tritt zu dem Anspruch auf Herausgabe ein Anspruch auf Leistung des Interesse hinzu, nach den gleichen Grundsätzen wie bei Unmöglichkeit der Herausgabe der Sache selbst, nur mit dem Unterschied, daß hier der unredliche Besitzer auch vor Beginn des Processus wegen Nachlässigkeit haftet¹³.

¹⁰ Nach den Grundsätzen von der durch den Proceß begründeten Verantwortlichkeit auch des redlichen Besitzers. S. § 124^o, woselbst auch die Beweismittel. Vgl. Blätter f. Anw. in Bayern XXXVIII S. 141 (Sf. XXVIII. 10).

¹¹ Vgl. mit l 68 D. 6, 1. § 133¹⁰.

¹² Der Beklagte kann in diesen Fällen, wie wenn er die Sache gekauft hätte, von dem Kläger Abtretung seines Eigentumsanspruchs, wie seiner sonstigen Ansprüche, verlangen (II § 337), hat aber den Eigentumsanspruch auch ohne Abtretung (II § 337²), und wird dadurch, daß er den Besitz der Sache erlangt, Eigenthümer derselben — vorausgesetzt daß auch jetzt noch der Kläger den Besitz und Eigentumsübertragungswillen hat, weßwegen derselbe auf Begehren des Beklagten Caution stellen muß. L. 21. 63. 69. 70 D. 6, 1, l. 46. 47 eod., l. 7 § 1 D. 6, 2, l. 22 pr. D. 25, 2, l. 1. 3 D. 41, 4. Anders in dem erstgenannten Falle, l. 69. 70 vgl. l. 7 D. 6, 1, l. 13 § 14 D. 5, 3, l. 95 § 9 D. 46. 3. Literatur: Wegell S. 228 fg., A. Schmid die Grundlehren der Cession I § 25, Bangerow I § 332 Anm. 3 Nr. III. 1. b.

¹³ L. 13—15 pr. l. 45 D. 6, 1. (über diese letztere Stelle Wegell S. 206 fg., Savigny VI § 272. g), l. 5 C. 3, 32 vgl. l. 31 § 3 D. 5, 3. A. M. Brinz 2. Aufl. I S. 662. A. M. auch Pfersche S. 52 fg., 209 fg. Dawider Landsberg a. a. O. S. 84 fg. — Die Behauptung, daß der unredliche Besitzer auch wegen des Besitzverlustes hafte, welcher vor Beginn des Processus durch seine Nachlässigkeit eintrete (Glück VIII S. 208. 209, Sintonis I § 42¹⁰, Wächter Erörter. III S. 180¹⁰, Savigny VI S. 167, Bangerow I § 332 Anm. 2 Nr. III. 1. h a. E.) läßt sich aus den Quellen nicht rechtfertigen; dieselben verlangen, abgesehen von den Fällen der *ficta possessio*, Besitz zur Zeit des Proceßbeginnes. L. 25 § 2. l. 31 § 3 D. 5, 3 handeln von der Verschlechterung der Erbschaft, nicht von dem Verlust des Besitzes derselben; ebensowenig handelt l. 45 D. 6, 1 von dem Verlust des Besitzes der vindicirten Sache („si homo sit, qui post conventionem restituitur“). Vgl. Wegell S. 206 fg., Brinz 2. Aufl. I S. 662, Pernice Vabeo II S. 258 fg.; a. M. Eisele Jahrb. f. Dogm. XIV S. 16 fg., Pfersche S. 209 fg. 251, Landsberg S. 83 fg. — Noch weiter geht Reuner Wesen und Arien der Privatverhältnisse S. 184 fg.; derselbe behauptet, der unredliche Besitzer hafte selbst für *casus*; denn das SC. Iuventianum habe bestimmt, der unredliche Besitzer solle fortan bloß auf Grund seines unredlichen Besitzes so haften, wie früher nur nach dem Proceßbeginne. Das soll beweisen werden durch l. 25 § 7 und l. 20 § 11 D. 5, 3! Gleicher Ansicht Mittelreis S. 53 fg.: *propter moram*. — Nur derjenige unredliche Besitzer, welcher es durch Entwendung oder gewaltsame Entsetzung geworden ist, haftet allerdings auch wegen Zufalls, auf Grund seines Delicts. S. II § 453.

[1. Das **§ 985**. gibt dem Eigenthümer den Anspruch auf Herausgabe in § 985, und man könnte anzunehmen geneigt sein, daß auf Grund der Beurtheilung zur Herausgabe nur noch die Wegnahme der Sache nach **CPD.** 769 statthaft sei, wenn nicht Gründe eingetreten sind, welche noch nach dem Urtheil ein Umschlagen des Anspruchs in einen Interessensanspruch herbeigeführt haben, daß dagegen das Recht, nach seinem Belieben statt der Naturalexecution Geldersatz zu wählen, dem Kläger nicht mehr zustehet. **CPD.** 778 soll freilich unverändert bleiben; dort wird aber das Recht, auf das Interesse zu klagen, nicht verliehen, sondern nur bestimmt, daß die **CPD.** es demjenigen nicht nimmt, der es sonst hat, und dieß ist nach **BGB.** in der hier fraglichen Beziehung aus den Vorschriften über den Eigenthumsanspruch nicht abzuleiten. Allein man wird nicht umhin können, auf den dinglichen Anspruch die allgemeinen Vorschriften über Schuldverhältnisse insoweit anzuwenden, als sich dieß nicht aus besonderen Gründen verbietet (**Planck Comm.** II S. 4), und danach kann gemäß § 283 der Eigenthümer dem zur Herausgabe rechtskräftig Beurtheilten eine angemessene Frist zur Herausgabe mit der Erklärung setzen, daß er nach Ablauf der Frist die Annahme der Sache ablehne. Bei fruchtlosem Ablauf der Frist kann er dann Schadensersatz in Gelde verlangen. Nach der Civilproceßnovelle (Reichstagsvorlage Art. I Nr. 62 § 290 b) soll der Kläger auch schon bei der Vindication selbst die Festsetzung einer solchen Frist im Urtheil beantragen können.

Der Ort der Herausgabe ist im **BGB.** nicht bestimmt. **Not.** III S. 399 sehen die Vorschriften über den Erfüllungsort bei Schuldverhältnissen als maßgebend an; diese aber (269. 270) ergeben hier nichts Brauchbares. Beizutreten sein wird der Auffassung der Motive, daß die Herausgabe im Allgemeinen an dem Ort stattzufinden hat, wo sich die Sache befindet und daß ein abweichendes Ergebnis der besonderen Gründe bedarf, welche den Sätzen über die Haftung des Besitzers für sein Verfahren mit der Sache (989. 990. 992) zu entnehmen sind. —

2. Der Miteigenthümer kann nach **BGB.** nicht Einräumung des Mitbesitzes verlangen, sondern nur Herausgabe der Sache an alle Miteigenthümer zusammen oder Hinterlegung für alle, oder, wenn sich die Sache dazu nicht eignet, Ablieferung an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer (1011. 492).

3. Der Besitzer haftet vom Eintritt der Rechtshängigkeit an für jedes Verschulden, durch welches eine Unmöglichkeit der Herausgabe herbeigeführt ist (989); war er bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben, so haftet er ebenso bereits von dem Erwerbe an (990 Abs. 1). Bösgläubig ist derjenige, welcher weiß oder in Folge grober Fahrlässigkeit nicht weiß (932 Abs. 2), daß ihm kein Recht zum Besitz zusteht. Erfährt der Besitzer später, daß er zum Besitz nicht berechtigt ist (daß er es in Folge grober Fahrlässigkeit nicht erfährt, steht dem nicht gleich), so haftet er ebenso von der Erlangung der Kenntniß an (990 Abs. 1 S. 2). Während also nach gemeinem Recht der bösgläubige Besitzer nur bei absichtlichem Besitzverlust vor Eintritt der Rechtshängigkeit fortfährt, der rei vindicatio zu haften, haftet er im **BGB.** auch bei nur schuldhaftem Verlust. Das Gesetz fügt hinzu: Eine weitergehende Haftung des Besitzers wegen Verzugs bleibt unberührt (990 Abs. 2). Dieser Satz ist nur für den unrechlichen Besitzer geschrieben (**Prot.** d. II. Comm. S. 3971 fg.); ein redlicher Besitzer kommt nicht in Verzug, weil die Rückgabe der Sache in Folge eines Umstandes (seines guten Glaubens) unterbleibt,

den er nicht zu vertreten hat (285). Für den bösgläubigen Besitzer ist durch seine Haftung wegen Verzuges auch die Steigerung der Haftung durch Proceßbeginn gegeben (s. ob. § 124 S. 549 fg.). Hat sich der Besitzer den Besitz durch verbotene Eigenmacht (858) oder durch eine strafbare Handlung verschafft, so haftet er nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen (992), auch wenn er sich ein Recht zu besitzen gutgläubig zuschrieb. Er haftet also nach Maßgabe des § 848 (vgl. auch 849) für Zufall schon von der Entziehung an (vgl. ob. S. 550). Leitet der gutgläubige Besitzer sein Recht zu besitzen von einem mittelbaren Besitzer ab, so haftet er schon vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit dem Eigentümer für sein Verschulden insoweit, als er dem mittelbaren Besitzer verantwortlich ist (991 Abs. 2). Die II. Comm. nahm an, daß ein Besitzer dieser Art für die Sache verantwortlich sei dem Beschädigten gegenüber, auch wenn dieß ein anderer ist, als der, den er dafür hielt (Prot. S. 3981). Gemeinrechtlich gilt der aufgestellte Satz an und für sich nicht; aber der Eigentümer war in der Lage, mittels Klage gegen den juristischen Besitzer die Cession des Anspruchs desselben gegen den Detentor zu erstreiten.

4. Wer wegen Verlustes der Sache in Anspruch genommen wird, hat nach BGB. ausnahmslos das Recht, Abtretung der Ansprüche des Eigentümers gegen Dritte zu verlangen (255).

5. Die Haftung des Beklagten wegen Beschädigung der Sache ist im BGB. die gleiche wie diejenige wegen Verlustes (989—992).]

§ 194.

Der Eigentumsanspruch ist nicht bloß auf Herausgabe der Sache selbst gerichtet, sondern auch auf Herausgabe der von derselben gezogenen Früchte und des sonstigen Zuwachses¹. Hat der Besitzer das Gewonnene hinterher wieder verloren, so entscheiden die Grundsätze über den Verlust des Besitzes der Hauptsache, jedoch auch hier mit dem Unterschied, daß der unredliche Besitzer wegen Nachlässigkeit auch vor Beginn des Processes haftet². Wegen versäumten Gewinns haftet der redliche Besitzer erst nach Beginn des Processes³, der

¹ § 2 I. 4, 17, 1. 22 C. 3, 32, 1. 17 § 1. 1. 20. 34. 62 pr. 1. G 4 D. 6, 1. § 194. 1. 5 C. 3, 32. Auch das fällt unter den Begriff des restituere, 1. 22. 23. 1. 246 § 1 D. 50, 16; vgl. 1. 35. 75 D. eod. und § 124²⁻⁶. In Betreff der juristischen Früchte vgl. noch Windscheid 3 S. f. GR. u. Pr. R. F. IV S. 132 fg.; Cf. XIV. 11. Erwerb aus der Sache, den der Eigentümer nicht gemacht haben würde? Vgl. Cf. XXXVII. 295 (RG. 14 2 82).

² Nach den für die Verschlechterung der Hauptsache geltenden Regeln; der Anspruch auf Herausgabe des Zuwachses ist nur eine Erweiterung des Anspruches auf die Hauptsache, und dieser durch den fortdauernden Besitz der Hauptsache begründet. S. § 124⁶. Vgl. übrigens auch Wegeßel S. 163—168. — Condictio der vom unredlichen Besitzer verzehrten Früchte auch ohne Vindication der Hauptsache: Cf. XXXVI. 81.

³ S. § 124⁶ und die dort citirten Stellen. Vorher „quia quasi suam

unredliche Besitzer auch vorher⁴, vorher jedoch nur wegen des Gewinns, welchen er selbst⁵, nachher auch wegen desjenigen, welchen der Eigenthümer hätte ziehen können⁶.

[1. Nach §§. hat der Besitzer, soweit nicht andere Haftungsründe in Frage kommen, die Nutzungen (Früchte und Gebrauchsvortheile [100]) herauszugeben, welche er nach der Rechtshängigkeit zieht (987 Abs. 1). Der Eigenthümerwerb des gutgläubigen Besitzers an den Früchten gemäß § 955 hört zwar auch nach Eintritt der Rechtshängigkeit nicht auf; dieß entbindet ihn aber nicht von der Verpflichtung zur Herausgabe. Verliert oder beschädigt er etwas, das er danach herausgeben muß, so haftet er nach § 989 wegen Verschuldens, ebenso wie in Ansehung versäumter Nutzungen (987 Abs. 2). Im gemeinen Recht ist die Haftung des gutgläubigen Besitzers nach der Klageerhebung im Allgemeinen die gleiche, nur läßt sich dort eine Haftung für bloße Gebrauchsvortheile nicht begründen. Ein Entgelt für den einem Dritten überlassenen Gebrauch kann natürlich als Frucht in Frage kommen; aber der Betrag der durch den Gebrauch der fremden Sache erzielten Ersparniß an Eigenem kann gemeinrechtlich nicht abgefordert werden.

2. Der bösgläubige Besitzer gibt die von seinem Besitzertwerb an gezogenen Nutzungen heraus, und wenn er erst später in bösen Glauben gekommen ist, die von da an gezogenen. Für Verlust oder Beschädigung des danach Herauszugebenden und für versäumte Nutzungen haftet er bei jedem Verschulden (990). Gemeinrechtlich gilt das Gleiche, nur mit der gleichen Beschränkung wie zu 1, daß nämlich für bloße Gebrauchsvortheile (wenn nicht aus besonderen Delictgrundlagen das Gegentheil folgt) nicht gehaftet wird. Ist der bösgläubige Besitzer im Verzuge, so steht er auch für zufälligen Verlust und zufällige Beschädigung ein, es sei denn, daß erweislich der Schaden auch bei rechtzeitiger Herausgabe den Kläger getroffen haben würde (990. 287). Da er für jeden durch den Verzug entstandenen Schaden haftet (286), so haftet er auch für Gewinn, den der Kläger hätte ziehen können ohne Rücksicht darauf, ob der Besitzer ihn schuldhaft versäumt hat. Gemeinrechtlich ist hier die Lehre vom Verzuge nicht anwendbar.

rem negligit, nulli querelae subjectus est“ (l. 31 § 3 D. 5, 3). *RÖ. III* S. 201 fg.

⁴ Gegen die gegentheilige Ansicht (*Madai* 3 S. f. *CR. u. Pr. XI* S. 1 fg. *Wezell* S. 168 fg.) s. *Schmid* I § 15¹¹⁰ und *Bangerow* I § 333 Anm. Nr. II 1. a und die das. Citirten.

⁵ Er muß Ersatz geben für die ihm zur Last fallende Vernachlässigung der Sache; er muß dem Eigenthümer leisten, was derselbe bei Nichtvernachlässigung der Sache gehabt haben würde.

⁶ Er muß Ersatz geben für die ihm zur Last fallende Nichtherausgabe der Sache an den Kläger; er muß leisten, was derselbe gehabt haben würde, wenn ihm die Sache ohne Proceß herausgegeben worden wäre. *Bgl.* § 124⁶ und die dort citirten Stellen und *Schriftsteller*, auch *Wezell* S. 251 fg. *A. W. Landsberg* S. 87 fg.; unentschieden *Mitteis* S. 49 fg. — *Göppert* die organischen Erzeugnisse S. 133 fg. glaubt, daß die Verhaftung des unredlichen Besitzers für nicht gezogene Früchte erst dem späteren (*Theodosischen*) Re angehöre. Dagegen l. 62 pr. D. 6, 1. l. 5 C. 3, 32. *Hartmann* fr. *BZS. XI* S. 507 fg.

Reitet der bösgläubige Besitzer sein Recht zu besitzen von einem mittelbaren Besitzer ab, so haftet er in der bezeichneten Weise nur, wenn auch der mittelbare Besitzer bösgläubig ist, oder ihm gegenüber die Rechtshängigkeit eingetreten ist. Eine solche Rücksichtnahme auf die Mitleidenschaft, in welche der gutgläubige juristische Besitzer gezogen werden könnte, ist gemeinrechtlich bei der Klage gegen den bösgläubigen Detentor nicht nachweisbar.

3. Hat der Besitzer den Besitz durch verbotene Eigenmacht oder durch eine strafbare Handlung erlangt, so haftet er (trotz seines guten Glaubens an sein Recht zu besitzen) nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen (992); folglich für alle von der Entziehung an von ihm gezogenen Nutzungen. Denn er haftet für allen aus der Entziehung dem Eigentümer entstandenen Schaden (823 Abs. 1), und ohne die Entziehung hätte der Eigentümer die Nutzungen ziehen können. Ob er sie in demselben Umfange gezogen haben würde, wie der Besitzer, ist gleichgültig; denn da bei Haftung wegen ungerechtfertigter Bereicherung der Haftende ohne Rücksicht auf jene Frage alle von ihm gezogenen Nutzungen herausgeben muß (818 Abs. 1), so kann es bei der Haftung aus unerlaubter Handlung nicht anders sein. Für Verlust und Beschädigung des danach Herauszugebenden haftet der hier fragliche Besitzer, auch wenn die Ursache ein Zufall ist, wenn er nicht beweisen kann, daß der Schade auch bei rechtzeitiger Herausgabe den Kläger getroffen haben würde (848). Für nicht gezogene Nutzungen haftet er, so weit der Kläger sie hätte ziehen können (823 Abs. 1). Die Haftung ist also die gleiche, wie die des im Verzug befindlichen bösgläubigen Besitzers, ein Ergebnis, das sich auch gemeinrechtlich begründen ließ, wenn auch nicht allein aus Grundsätzen der *rei vindicatio* (unt. II § 278, 2).

4. Der Eigenbesitzer und derjenige, welcher die Sache zum Zwecke der Ausübung eines nicht existirenden Nutzungsrechts besitzt, haftet trotz guten Glaubens, wenn er den Besitz unentgeltlich erlangt hat, auf Herausgabe der vor der Rechtshängigkeit gezogenen Nutzungen nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (988); demgemäß haftet er für etwas, das vor der Rechtshängigkeit wieder verloren wurde, nur soweit, als eine Bereicherung zurückgeblieben ist (818 Abs. 3) für Verlust oder Beschädigung nach Eintritt der Rechtshängigkeit dagegen wegen jedes Verschuldens (818 Abs. 4, 292. 989). Gemeinrechtlich haftet ein solcher Besitzer für die vor der Rechtshängigkeit gezogenen Früchte nur, soweit sie bei Eintritt der Rechtshängigkeit noch vorhanden sind, und dann wegen Verlustes für Verschulden. Für bloße Gebrauchsvorteile haftet er nicht.

5. In Ermangelung eines der vorgenannten Haftungsgründe hat der Besitzer die gezogenen Früchte (nicht die Gebrauchsvorteile), soweit sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft nicht als Ertrag anzusehen sind, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben. Das ist also die Stellung des gutgläubigen Besitzers, der entgeltlich erworben hat, vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit. Im gemeinen Recht fällt dasjenige, was nach den Regeln einer ordentlichen Wirthschaft nicht als Ertrag anzusehen ist, nicht unter den Fruchtbegriff. Der gutgläubige Besitzer, auch wenn er entgeltlich erworben hatte, hatte solchen Gewinn herauszugeben, soweit er ihn bei der Klageerhebung noch hatte, und hatte er statt dessen ein Entgelt, dann dieses;

nach der Klageerhebung haftete er für schuldhafsten Verlust. (Soweit tragen die gemeinrechtlichen Grundsätze von der Haftung des Vindications-Beklagten für Accessionen, die nicht Frucht sind, und von der ungerechtfertigten Bereicherung). Gemeinrechtlich hatte aber derselbe Besitzer auch die vor der Klageerhebung gezogenen und zur Zeit derselben bei ihm noch vorhandenen Früchte herauszugeben, wovon ihn das BGB. dispensirt; für eine durch Veräußerung von Früchten vor der Klageerhebung erzielte Bereicherung haftete er auch im gemeinen Rechte nicht; für einen nach der Klageerhebung eingetretenen Verlust von Früchten haftete er bei jedem Verschulden.

6. Die Haftung für Zuwachs, der nicht Nutzung ist, hat das BGB. nicht berührt. Es hat dabei sein Bewenden, daß dasjenige, was auf Grund des Eigenthums an einer Hauptsache in das Eigenthum ihres Herrn gefallen ist (953. 984) sowohl selbständig wie in Verbindung mit Vindication der Hauptsache vindicirt werden kann. Im Uebrigen können auch hier Grundsätze von Delicten und ungerechtfertigter Bereicherung eingreifen.]

2. Gegenaussprüche*.

§ 195.

Seinerseits hat der Besitzer einen Anspruch auf Ersatz der auf die Sache gemachten Verwendungen¹, und braucht die Sache nicht eher herauszugeben, bis er für dieselben befriedigt ist^{1a}. Dafür gelten folgende nähere Grundsätze. Für nothwendige Verwendungen² kann jeder Besitzer Ersatz verlangen, auch der unredliche, nur nicht der Dieb³. Für andere Verwendungen hat der unredliche Besitzer keinen Ersatzanspruch, er hat nur das Recht, die gemachten Anlagen wegzunehmen⁴. Dagegen hat der redliche Besitzer einen Ersatzanspruch⁵

* W. Sell in Sell's Jahrb. III S. 272 fg. (1844). Peist civ. Studien II S. 11—60 (1855). Vgl. auch Dernburg Compensation S. 346 fg. (2. Ausg. S. 340 fg.). [Simon die Geltendmachung des Verwendungsanspruches. Erl. Diff. 1897.]

§ 195. ¹ Nicht etwa auch auf Ersatz des für den Erwerb der Sache Aufgewendeten — abgesehen natürlich von besonderen Verpflichtungsgründen. L. 3. 23 C. 3, 32.

^{1a} Inwiefern er auch ein Klagerrecht habe, darüber s. II § 422⁷. § 431^{17. 18}. — Den Gegenausspruch hat auch der dritte Erwerber, weil der gegen ihn durchgeführte Eigenthumsanspruch auf den verwendenden Eigenthümer zurückschlägt. L. 14 § 1 D. 10, 3. Bähr fr. BZS. XXVIII S. 417. Vgl. auch Köhler Jahrb. f. Dogm. XXVI S. 52 fg. — Caution statt Befriedigung? S. f. XXVIII. 192.

² Impensae necessariae — solche, die zur Erhaltung der Sache nothwendig sind. L. 1 § 1. 3. l. 2—4. l. 14 pr. D. 25, 1, l. 79 pr. D. 50, 16, Ulp. VI. 15. Vgl. Peist S. 23—25.

³ L. 5 C. 3, 32. l. 65 pr. D. 6, 1, l. 1 C. 8, 51 [52].

⁴ § 30. 32. 33. I. 2, 1, l. 7 § 12. l. 9 pr. § 1 D. 41, 1, l. 11. 16 C. 3, 32, l. 5 C. eod., l. 37 D. 6, 1. S. f. XIX. 124.

⁵ § 30. 32. 33 I. 2, 1, l. 7 § 12. l. 9 pr. § 1 D. 41, 1, l. 11. 16 C.

auch für die bloß nützlichen Verwendungen⁶, d. h. diejenigen, welche dem Eigenthümer nützlich sind⁷, jedoch nur bis zum Belange des dadurch erzielten Mehrwerthes⁸, und so, daß er sich den Werth der Früchte, welche er behält, anrechnen muß⁹. Für die Verwendungen, welche auch nicht nützlich in dem angegebenen Sinne sind¹⁰, hat auch der redliche Besitzer nur das Recht der Wegnahme¹¹. Für das Recht der Wegnahme, mag es von dem redlichen oder dem unredlichen Besitzer geübt werden, gilt näher Folgendes. Es darf durch die Wegnahme die Sache nicht schlechter werden, als sie vor der Verwendung war, und die Wegnahme darf nicht zur Chicane geschehen, d. h. das Recht zu derselben fällt weg, wenn sie entweder dem Besitzer keinen Vortheil gewährt, oder der Eigenthümer den Besitzer für die Vortheile;

3, 32, l. 38 D. 6, 1; nach der letzten Stelle bestimmt sich der Sinn der l. 27 § 5 eod. §. 11.

⁶ *Impensae utiles* — solche, welche den Nutzen der Sache erhöhen. L. 5 § 3. l. 6. l. 14 § 1 D. 25, 1, l. 79 § 1 D. 50, 16, Ulp. VI. 16. Vgl. Reiff §. 28—30.

⁷ L. 38 D. 6, 1. „In fundo alieno, quem imprudens emerat, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur: bonus iudex varie ex personis causisque constituet. Finge et dominum eadem facturum fuisse; reddat impensam, ut fundum recipiat . . Finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laribus, sepulchris avitis carendum habeat; sufficit tibi permitti, tollere ex his rebus quae possis . . Finge eam personam esse domini, quae receptum fundum mox venditura sit; nisi reddat, quantum prima parte reddi oportere diximus, eo deducto tu condemnandus es“. Ueberinstimmend l. 25 D. 13, 7, l. 8 D. 25, 1. Cf. XLIII. 262. Umgekehrt ist eine an und für sich nicht nützliche Verwendung als nützlich zu betrachten, wenn der Eigenthümer die Sache feil hat, l. 29 D. 6, 1, l. 10 D. 25, 1. Vgl. auch II § 430¹⁷.

⁸ L. 38 cit. „ . . . usque eo duntaxat, quo pretiosior factus est“.

⁹ L. 48 D. 6, 1. In gleicher Weise werden diese Früchte gegen die Zinsen des für nothwendige Verwendungen ausgegebenen Geldes aufgerechnet, l. 68 pr. D. 6, 1. Den Beweis des Mehrbetrages seiner Verwendungen legt ihm — gewiß mit Unrecht — das Urtheil bei Cf. XI. 211 auf.

¹⁰ Die Quellen bezeichnen sie als Verwendungen, welche nur dem Vergnügen dienen, *impensae voluptuariae* oder *voluptuosae* — l. 7 pr. l. 14 § 2 D. 25, 1, l. 79 § 2 D. 50, 16, Ulp. VI. 17; Reiff §. 30. — Dieser Schriftsteller will übrigens (§. 30—40) unter *impensae voluptuariae* solche verstanden wissen, welche lediglich auf dem individuellen Willen, dem individuellen Behagen (*voluptas*), des Verwendenden beruhen. Da aber auch die nothwendigen und nützlichen Verwendungen auf dem Willen des Verwendenden beruhen, so kommt diese Begriffsbestimmung darauf hinaus, daß *impensae voluptuariae* solche Verwendungen seien, welche nicht nothwendig und nützlich sind (vgl. §. 31 ob.).

¹¹ L. 27 § 5. l. 38 D. 6, 1, l. 9 D. 25, 1. Abgesehen natürlich von besonderen Verpflichtungsgründen des Eigenthümers, z. B. wenn die Verwendung mit seinem Willen gemacht worden ist.

welche sie ihm wirklich gewährt, in Geld zu entschädigen bereit ist¹².

Unter besonderen Grundsätzen stehen die auf die Gewinnung der Früchte gemachten Verwendungen. Diese werden von dem Betrage der herauszugebenden Früchte abgezogen; wirkliche Frucht ist nur, was nach Abzug des auf ihre Gewinnung Verwendeten übrig bleibt¹³.

[1. Das **§§** hat den Begriff der nothwendigen Verwendungen nicht definiert, rechnet aber die gewöhnlichen Erhaltungskosten begrifflich dazu (arg. 994 Abs. 1 S. 2) und ebenso die Aufwendungen, die der Besitzer zur Bestreitung von Lasten der Sache macht (995 S. 1).

a) Für die nothwendigen Verwendungen kann der Besitzer Ersatz verlangen, wenn er sie gemacht hat vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit und solange er in gutem Glauben ist. Für die Zeit, für welche ihm die Nutzungen verbleiben, hat er Anspruch auf Erstattung der gewöhnlichen Erhaltungskosten nicht (994 Abs. 1 S. 2), und nur Anspruch auf Aufwendungen für solche außerordentliche Lasten, die als auf den Stammwerth der Sache gelegt anzusehen sind (995 S. 2), z. B. Abtragung von Hypothekkapitalien. Es gibt nun aber im **BGB** gar keinen Besitzer, dem für irgend eine Zeit „die Nutzungen“ (sämmtlich) verbleiben. Denn selbst der entgeltliche gutgläubige Erwerber hat einen Theil der Nutzungen herauszugeben; was er nach § 993 herausgeben muß, ist begrifflich Frucht und damit Nutzung (100). Allein auch § 993 selbst (Abs. 2) spricht von einer Zeit, für welche dem Besitzer die Nutzungen verbleiben, und man wird hier wie in § 994. 995 an die Nutzungen unter Ausschluß der nach § 993 Abs. 1 herauszugebenden (nicht als Ertrag anzusehenden) Früchte denken müssen. Die angezogenen Sätze der §§ 994. 995 treffen also den gutgläubigen entgeltlichen Erwerber.

b) Nothwendige Verwendungen, welche der Besitzer nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit oder nach Eintritt bösen Glaubens macht, kann er ersetzt verlangen nach den Vorschriften über freiwillige Geschäftsführung (688 fg.). Ist der unmittelbare Besitzer im bösen Glauben, seine Haftung aus § 990 aber durch den guten Glauben des mittelbaren Besitzers in Ansehung der Nutzungen nach § 991 ausgeschlossen, so hat dieß m. E. auf die Frage der Verwendungen keinen Einfluß.

2. Sind die Verwendungen nicht nothwendige, so kann der Besitzer nur dann Ersatz verlangen, wenn er sie vor Eintritt der Rechtshängigkeit und vor Eintritt bösen Glaubens gemacht hat und zugleich der Werth der Sache durch sie noch zu der Zeit gesteigert ist, zu welcher der Eigenthümer die Sache zurückerlangt (996). Auch hier hilft der gute Glaube des mittelbaren Besitzers dem bösgläubigen unmittelbaren nichts.

3. Allgemein ist bestimmt (102), daß, wer Früchte herauszugeben hat, bis zur Höhe ihres Werths Ersatz der ordnungsmäßigen Kosten der Fruchtziehung verlangen kann. Stehende und hängende Früchte sind als wesentliche Bestandtheile der Sache (94) immer mit herauszugeben (und nicht bloß nach Fruchtgrundsätzen). Handelt es sich um ein landwirthschaftliches Grundstück und sind die Früchte nach

¹² L. 37. 38 D. 6, 1, l. 9 D. 25, 1. C. f. XIX. 124.

¹³ Nur der Netto- nicht der Bruttoertrag. L. 3 § 1. l. 16 D. 25, 1, l. 46 D. 22, 1, l. 1 C. 7, 51.

den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft vor dem Ende des (bei der Herausgabe laufenden) Wirthschaftsjahres zu trennen, so besteht ebenfalls der zuvor bezeichnete Ersatzanspruch (998).

4. Verwendungen, welche nach dem Vorigen zu ersetzen sind, hat der Eigentümer zu erstatten, auch wenn sie vor seinem Eigentumserwerb gemacht sind (999 Abs. 2), und auch wenn von einem Rechtsnachfolger des ursprünglichen Ersatzberechtigten vindicirt wird (999 Abs. 1).

5. Der Verwendungsanspruch kann geltend gemacht werden:

a) Mittels Einrede des Zurückbehaltungsrechts; dieses Recht hat nicht, wer die Sache durch eine vorsätzliche unerlaubte Handlung erlangt hat (1000);

b) Durch Klage. Diese Klage setzt aber voraus, daß entweder der Eigentümer die Sache wiedererlangt hat, gleichviel ob durch Herausgabe seitens des Ersatzberechtigten oder auf anderem Wege, oder daß der Eigentümer die Verwendungen genehmigt hat. Vor der Genehmigung kann der Eigentümer, wenn er die Sache wiedererlangt hat, sich von dem Verwendungsanspruch durch Rückgabe der Sache an den Ersatzberechtigten befreien. Die Genehmigung gilt aber als erteilt, wenn der Eigentümer die ihm von dem Besitzer unter Vorbehalt des Anspruchs angebotene Sache annimmt (1001). Hatte der Besitzer eine Verwendungseinrede nicht erhoben und ist er schlechthin zur Herausgabe verurtheilt, so ist die Wegnahme der Sache durch den Gerichtsvollzieher einem derartig wirksamen Vorbehalt nicht ausgesetzt. Denn bei der Eintreibung eines urtheilsmäßig vollstreckbaren Anspruchs kann der Vollstreckungsschuldner keine Vorbehalte machen, die sich nicht in dem Inhalt des Urtheils gründen. Bietet der Verurtheilte die Sache, bevor es zur Zwangsvollstreckung gekommen ist, unter Vorbehalt seines Verwendungsanspruchs an, so würde sich fragen, ob der Eigentümer, welcher unter Zurückweisung des Vorbehalts annimmt, gleichwohl als genehmigend gilt. Dieß dürfte zu verneinen sein, trotzdem der Wortlaut des Gesetzes für die Bejahung spricht; denn die Bejahung würde nur dazu führen, daß der Eigentümer in Fällen dieser Art unnütz auf den für den Verurtheilten kostspieligen Weg der Zwangsvollstreckung gedrängt wird.

Wenn der Besitzer die Sache dem Eigentümer unter Vorbehalt des Verwendungsanspruchs herausgibt, so gilt nach dem Vorigen die Annahme als Genehmigung. Gibt der Besitzer ohne Vorbehalt heraus, so erlischt der Anspruch mit dem Ablauf eines Monats, bei einem Grundstück mit dem Ablauf von sechs Monaten nach der Herausgabe, wenn nicht vorher die gerichtliche Geltendmachung erfolgt oder der Eigentümer die Verwendungen genehmigt. Das Erlöschen des Anspruchs ist keine Verjährung; die Frist ist aber in einigen Beziehungen (208. 206. 207) der Verjährungsfrist gleichgestellt (1002). War die Beurtheilung des Besitzers zur Herausgabe von der Befriedigung des Verwendungsanspruchs (auf Grund erhobener Einrede des Zurückbehaltungsrechts) abhängig gemacht (274), und gibt der Verurtheilte vor dieser Befriedigung vorbehaltlos heraus, so ist der Anspruch dem Erlöschen durch Ablauf der Frist des § 1002 ausgesetzt; denn die Erhebung der Verwendungseinrede (1000) ist nicht gerichtliche Geltendmachung im Sinne des § 1002; dort ist vielmehr wie in § 1001 Geltendmachung durch Angriff zu verstehen.

c. Der Besitzer kann den Eigentümer unter Angabe des als Ersatz verlangten

Betrages auffordern, sich innerhalb einer vom Besizer bestimmten angemessenen Frist darüber zu erklären, ob er die Verwendungen genehmige. Erfolgt die Genehmigung innerhalb dieser Frist, so erwächst daraus dem Besizer die Klage wegen der Verwendungen in der anerkannten Höhe gemäß § 1001, und die im § 1003 in Rede stehende Befriedigung aus der Sache selbst findet keine Anwendung. Erklärt sich der Eigenthümer innerhalb der Frist nicht, so ist der Besizer berechtigt, Befriedigung aus der beweglichen Sache nach den Vorschriften über den Pfandverkauf (1234—1240), aus dem Grundstück nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen zu suchen (1003 Abs. 1), und zwar in Höhe des bei der Aufforderung verlangten Betrages, ohne daß derselbe gerichtlich festgestellt werden müßte. Wenn der Eigenthümer innerhalb der Frist den Anspruch bestrittet, so muß der Besizer rechtskräftige Feststellung des Betrages der zu ersetzenden Verwendungen erwirken (eine Verurtheilung zur Zahlung kann er nicht erzielen, da der Eigenthümer noch nicht genehmigt und die Sache noch nicht wiedererlangt hat). Nunmehr muß er nochmals den Eigenthümer unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung über die Genehmigung auffordern, d. h. hier darüber, ob der Eigenthümer die Verwendungen in der festgestellten Höhe bezahlen wolle. Wenn innerhalb der Frist der Eigenthümer dies bejaht, so ist die Leistungsklage wegen der Verwendungen in der festgestellten Höhe begründet (1001); wenn er die Zahlung ablehnt oder sich innerhalb der Frist nicht erklärt, so hat der Besizer das Recht, sich in der oben bezeichneten Weise aus der Sache zu befriedigen (1003 Abs. 2). Sowohl im Falle des § 1003 Abs. 1 wie im Falle des § 1003 Abs. 2 braucht aber bei einem Grundstück der Besizer zum Zwecke der Einleitung der Zwangsversteigerung wie der Zwangsverwaltung einen vollstreckbaren Titel. (Ges. über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung § 16. 146, C.P.O. 702). In dem § 1003 BGB. liegt ein Dispens von diesem Erforderniß nicht, und auch das Zwangsversteigerungsgesetz bietet solche Befreiung nicht. Es ist auch sehr begreiflich, daß der Besizer die Immobiliarzwangsvollstreckung nicht auf die bloße Behauptung des Vorliegens der Voraussetzungen des § 1003 hin betreiben kann. Er wird also den Eigenthümer auf Gestattung der Befriedigung aus dem Grundstück verklagen müssen, wobei freilich Streit nur über das Vorliegen oder Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Befriedigungsrechts nach § 1003 möglich ist. Insbesondere ist der Eigenthümer, wenn er auf die erste Fristsetzung schwieg, zur Duldung der Zwangsvollstreckung wegen des geforderten Betrages zu verurtheilen, ohne die Höhe der Forderung bemängeln zu können. Der Pfandverkauf bei beweglichen Sachen ist ohne vollstreckbaren Titel möglich; der Mangel der Voraussetzungen des Befriedigungsrechts wirkt wie Mangel des Pfandrechts beim Pfandverkauf (s. bef. 1244).

d. Wenn der Besizer mit der Sache eine andere verbunden hat, aber nicht als wesentlichen Bestandtheil, so ist es selbstverständlich, daß der Besizer sie nach Belieben wieder abtrennen kann. Ist aber das Eingefügte zum wesentlichen Bestandtheil geworden, so bedarf das Recht des Besizers, es abzutrennen und sich anzueignen, der besonderen Bestimmung, welche § 997 enthält. Der Abtrennungsberechtigte ist, wenn er von seinem Rechte Gebrauch macht, verpflichtet, die Sache auf seine Kosten in den vorigen Stand zu setzen. Hat der Eigenthümer die Sache zurückerlangt, gleichviel ob durch Herausgabe seitens des Besizers oder auf andere

Weise, so kann auf Gestattung der Wegnahme gegen Sicherheitsleistung für den damit verbundenen Schaden geklagt werden (258). (Vgl. auch 951 Abs. 2 und dazu ob. S. 872 fg.). Das Trennungsrecht ist ausgeschlossen, wenn die Verbindung zur gewöhnlichen Erhaltung der Sache gehört und zu einer Zeit vorgenommen ist, für welche dem Besitzer die Nutzungen verbleiben (vgl. ob. 1, a); ferner, wenn die Abtrennung für ihn keinen Nutzen hat, endlich wenn ihm der Werth ersetzt wird, den der Bestandtheil nach der Abtrennung haben würde (957).

Vgl. Steinbach die Ansprüche wegen Verwendungen nach dem Rechte des BGB. Erl. Diff. 1897.]

3. Voraussetzungen.

§ 196.

Die Voraussetzungen des Eigentumsanspruchs sind im Allgemeinen bereits bezeichnet worden: sie sind in der Person des Berechtigten Eigentum, in der Person des Verpflichteten Vorenthaltung der Sache¹. Näher ist hier noch Folgendes zu bemerken.

1. Zum Beweise des Eigentums, welcher dem Berechtigten im Bestreitungsfall obliegt², gehört auch der Beweis des Eigentums des Rechtsvorgängers³. Behauptet der Beklagte Miteigentum, so

¹ Das ältere deutsche R. verlangte bei beweglichen Sachen außerdem noch § 196. unfreiwilligen Verlust des Besitzes („Hand muß Hand wahren“). Dieser Satz gilt aber heutzutage nur noch particularistisch. Gerber § 102, Beseler § 86, Stobbe II § 145. 146 [3. Aufl. (Vehmann) § 92. 93. 109.] Ueber die Gestattung, welche er im § 93B. in Betreff der von einem Kaufmann in seinem Handelsbetriebe veräußerten Sachen genommen hat, s. § 165⁷ und den das. citirten Aufsatz von Goldschmidt, so wie dessen Handelsr. I S. 811 fg. Ueber die vindication von Papieren auf den Inhaber s. daselbst, und Kunze Inhaberpapiere S. 649 fg., Thöl Handelsr. I § 55 (6. Aufl. § 231), Beseler § 87, IV, Stobbe III § 180, 7.

² L. 9 D. 6, 1.

³ L. 20 pr. D. 41, 1. Wenn der Vorgänger ebenfalls durch abgeleiteten Erwerb Eigentümer geworden ist, so ist auch Beweis des Eigentums seines Vorgängers erforderlich u. s. w. Bei der Schwierigkeit dieses Beweises (probatio diabolica!) hat man dem Eigentümekläger, welcher den rechtmäßigen Erwerb bewiesen habe, den Beweis des Eigentums seines Vorgängers erlassen wollen (so zuerst Thibaut ACPr. VI S. 311 fg. [1823], dessen Idee dann von Anderen aufgenommen worden ist, zuletzt von Brinz 1. Aufl. S. 246 [2. Aufl. I S. 652] und Pagenstecher S. 143 fg.; nähere Literaturangaben bei Schmid § 15¹⁴⁸, Pangerow I § 332 Anm. 1), aus Gründen, welche keine Beweiskraft haben. Aber freilich hat der Kläger, welcher Eigentum behauptet hat, unter Umständen mehr behauptet, als zu seinem Siege erforderlich ist (Publiciana actio); darf sich der Richter nicht auch mit dem Beweise des Geringeren (des rechtmäßigen Erwerbes) begnügen und auf die Klage als Publiciana actio erkennen? Das ist eine processualische Frage; vgl. darüber Sintenis I § 53¹⁶, Lang Handb. des im R. Württ. geltenden Sachenr. § 61³. [[Uegen die probatio diabolica auch

leugnet er damit, daß der Kläger alleiniger Eigenthümer sei, und nöthigt denselben dadurch zum Beweise⁴.

2. Die Vorenthaltung der Sache besteht in dem Besitze der Sache ohne den Willen des Eigenthümers. Dieser Besitz braucht kein juristischer zu sein; es kann auch ein Besitz im Namen eines Andern sein⁵. Jedoch kann der Besitzer in fremdem Namen den Eigenthumsanspruch durch Hinweisung auf die Person des juristischen Besitzers von sich abwenden⁶. Leugnet der Besitzer den Besitz fälschlich ab, so wird auf geführten Beweis der Besitz ihm genommen und auf den Kläger übertragen⁷.

Wendt *ACPra.* LXXVI S. 397 fg., *H. H. Pflüger* *das.* LXXVII S. 16 fg.; gegen beide *H. Meyer* *das.* LXXVII S. 364 fg. Antwort *Pflügers* *das.* LXXVIII S. 311 fg.]] [Dagegen *H. Meyer* *das.* LXXIX S. 446 fg.]

⁴ *Arndts Rhein. Mus.* III 12 (S. 215 fg.).

⁵ L. 9 D. 6, 1. Uebrigens ist der Satz, daß auch der Besitzer in fremdem Namen dem Eigenthumsanspruch hafte, kein unbestrittener. Vgl. *Schmid* § 15²³, und aus der neueren Zeit *Emminghaus* *ZE. f. CR. u. Pr. R. F.* XVIII S. 427 fg. und *APraktRW. R. F.* V S. 124 fg. *Sf.* XXXIX. 10; XVIII. 48, XXXVII. 8. Vgl. noch *Sf.* XX. 104. — Geht der Eigenthumsanspruch gegen den Besitzer in fremdem Namen, so geht er auch gegen denjenigen, welcher im Namen gerade des Eigenthümers besitzt, und trotz der Verweigerung der Herausgabe in dessen Namen zu besitzen fortfährt, wenn er z. B. die Herausgabe der Sache nur zur Zeit verweigert, oder bis zur Befriedigung eines Gegenanspruchs (vgl. I. 20 D. 41, 2). Da nun in diesem Falle der juristische Besitzer der Sache der Eigenthümer selbst ist, so ergibt sich, daß der Eigenthumsanspruch auch mit Besitz des Eigenthümers verträglich ist. Dieß ist die älteste Erklärung des „berücktigten“ unus casus des § 2 I. 4, 6, welche in der neueren Zeit namentlich von *Fritz* *ZE. f. CR. u. Pr. R. F.* I S. 47 fg. (1845) und XVIII S. 457 fg., XIX S. 116 fg. (1861) vertheidigt worden ist. Es sind aber sehr verschiedene Meinungen über diesen unus casus aufgestellt worden; s. *Fritz a. a. O.* und *Bangerow I* § 332 Anm. 3 Nr. III. 3, auch *Fhering Geist des r. R.* III S. 67⁵⁸. Neuestens: *Ubbelohde* *ZE. f. gesch. RW.* XIII S. 301 fg. (Mittheilung einer Ansicht *Francke's*), *Dernburg I* § 224⁹. [*Kalb Programm des Rgl. alten Gymnas. in Nürnberg 1896/97* S. 25 fg.]

⁶ *S. g. laudatio* oder *nominatio auctoris*. Will der juristische Besitzer den Proceß nicht übernehmen, so darf der Beklagte dem Klageantrag genügen und es dem juristischen Besitzer überlassen, nun seinerseits als Kläger aufzutreten. Hierfür ist gegenwärtig *CPD.* 73 maßgebend. *Mandry* S. 364 fg. Das frühere gemeine R. beruhte auf l. 2 C. 3, 19 (wiederholt in c. 5 § 7 X. 2, 6), die nur von unbeweglichen Sachen spricht. Frühere gemeinliche Literatur: *Briegleb summarische Prozesse* § 64 (1859), *Emminghaus* *ZE. f. CR. u. Pr. R. F.* XVIII S. 421 fg. (1861), *Wieding der Justinianische Libellproceß* S. 628 fg. (1865), *Emminghaus APraktRW. R. F.* V S. 124 fg. (1868), *Volgiano* *ges. Abhandlungen aus dem Gebiete des gen. deutsch. Civilproc.* Nr. I (1869, dazu *Schüße* *kr. WZ.* XI S. 572 fg.), *Weyell Civilproc.* § 7, 3, *Bangerow I* § 332 Anm. 3. *Kierulff* *Entscheid. d. OAG.* zu *Übeck* 1867 S. 1020 fg. [*Zu CPD.* 73 vgl. *Seuffert Comm.* und dort citirte.]

3. Der Eigenthumsanspruch erfordert zu seiner Entstehung Besitz des Gegners nicht nothwendig. Derjenige, welcher sich, ohne zu besitzen, unter dem Vorgeben, daß er besitze, auf den Eigenthumsstreit einläßt, wird verurtheilt, als wenn er besäße^a. Ebensovienig setzt die Fortdauer des Eigenthumsanspruchs nothwendig Fortdauer des Besitzes voraus; hierüber ist das Nähere bereits in § 193 gesagt worden.

[Zu 1. Im *§ 83*. hat derjenige, welcher als Eigenthümer eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen ist, die Vermuthung des Eigenthums für sich (891 Abs. 1). Bei einer beweglichen Sache gilt für den Besitzer (im Falle eines mittelbaren Besitzes für den mittelbaren Besitzer [vgl. ob. S. 698 fg.]), die Vermuthung des Eigenthums. Diese Vermuthung wirkt bei Geld oder Inhaberpapieren gegen Jedermann und in jedem Falle; bei anderen Sachen wirkt sie, wenn dieselben einem früheren Besitzer gestohlen, verloren gegangen, oder sonst abhanden gekommen sind, gegen diesen früheren Besitzer nicht, wohl aber gegen alle Dritten (1006 Abs. 1). Der frühere Besitzer hat die Vermuthung für sich, während der Dauer seines Besitzes Eigenthümer der Sache gewesen zu sein (1006 Abs. 2). Es ist anzunehmen, daß diese Präsumtion einem noch früheren Besitzer gegenüber nicht wirkt, dem die Sache gestohlen, verloren gegangen, oder sonst abhanden gekommen ist. Da man rechtlich, wenn man einmal Eigenthümer war, es auch bleibt, bis man aus Gründen aufhört, es zu sein, so kann auf Grund des § 1006 Abs. 2 der ehemalige Besitzer die Eigenthumsklage erheben, wird aber abgewiesen, wenn der gegenwärtige Besitzer sich entweder auf die Präsumtion des § 1006 Abs. 1 berufen kann, oder darauf, daß er früher als der Kläger besessen hat und ihm die Sache (außer Geld und Inhaberpapieren) gestohlen u. s. w. ist, ihm gegenüber also die Präsumtion zu Gunsten des Klägers nicht wirkt. Wenn also z. B. dem gegenwärtigen Kläger die Sache entwendet ist, so kommt dem beklagten gegenwärtigen Besitzer die Präsumtion des Abs. 1 nicht zu statten; kann er aber beweisen, daß er noch früher als der Kläger besessen hat und ihm die Sache gestohlen wurde, so wirkt die Präsumtion des Abs. 2 gegen ihn nicht, und aus diesem Grunde ist der Kläger abzuweisen, wenn er nicht anderweitig sein Eigenthum darthut. Vgl. zum Vorigen *Gierke* die Bedeutung des Fahrnißbesitzes für streitiges Recht, *Jena*

^a L. 20 D. 6, 1. Vgl. *Rudorff* *§ 3* S. f. gesch. *RB.* IX S. 28 fg. *Ch.* XIII. 209. *U. Seuffert* *ACPra.* LXVII S. 333 fg. sucht auszuführen, daß dieser Satz mit dem *R.* der *ACPD.* nicht verträglich sei.

^b Der zweite Fall der f. g. *facta possessio* (§ 193^a). L. 25—27 pr. D. 6, 1; vgl. l. 13 § 13. l. 45 D. 5, 3. Der Anspruch ist, wie der Anspruch gegen denjenigen, qui dolo desit possidere, eigentlich ein Strafanspruch; er geht wie dieser auf das volle Interesse, und seine Befriedigung enthält ebensovienig, wie die Befriedigung des genannten Anspruchs, eine Abfindung des Eigenthümers (l. 7 D. 6, 1). Vgl. *Wegell* *Indicationsproceß* § 23, *Bangerow* I § 332 *Anm.* 3 Nr. III. 1. a, *Schmid* S. 280 fg., *Franke* *Commentar zum Pandekten-titel de Hereditatis Petitione* S. 174 fg. *Demelius* *Exhibitionspflicht* S. 191 fg. *Pferschke* *Privatrl. Abhandlungen* S. 39 fg.

1897 S. 22 fg. Ueber die Klage aus dem älteren Besitz (1007) vgl. unt. zu § 199.

Zu 2. Für das BGB. ist hier zu fragen, ob die Eigenthumsklage nur gegen den unmittelbaren Besitzer zulässig ist oder auch gegen den mittelbaren; daß sie gegen den bloßen Besitzgehülfen des § 854 nicht zulässig ist, ist selbstverständlich, da er nicht Besitzer ist. Der mittelbare Besitzer dagegen kann unter dem Besitzer im Allgemeinen im BGB. verstanden werden (ob. S. 700 fg., 6), wiewohl dieß keineswegs geschehen muß. Den Ausführungen von Wendt *ACPra.* LXXXVII S. 68 fg., daß bei der vindication der Besitzer nur der unmittelbare ist, ist zuzugeben, daß diese Ansicht den Gesamteindruck der § 985 fg. für sich hat (: die vindication eine Klage auf Herausgabe, zu der der mittelbare Besitzer ohne Weiteres gar nicht im Stande ist; in § 986 der beklagte Besitzer von dem mittelbaren Besitzer, von dem er sein Recht ableitet, deutlich unterschieden, vgl. auch 941). Dagegen spricht die Geschichte des Gesetzes nicht so unbedingt dafür, wie Wendt glaubt. Die Versuche, die Klage gegen den mittelbaren Besitzer in der II. Comm. durchzubringen (Prot. S. 3946 fg. 6037. 8557 fg.) haben schließlich ihr Ziel erreicht (S. 8557 fg.). Der II. C. erkennt trotz § 899 Abs. 2 eine solche Klage in § 915 in einer allerdings nicht ganz klaren Gestalt an. In der Reichstagsvorlage sind beide angeführte Bestimmungen gestrichen, dafür aber in § 975 (jetzt § 991) Abs. 1 (vgl. C. II 905) die Worte „oder diesem [dem mittelbaren Besitzer] gegenüber die Rechtshängigkeit eingetreten ist“ hinzugefügt. Danach kann die vindication dem mittelbaren Besitzer gegenüber rechtshängig werden, und man sollte meinen, durch Klageerhebung gegen ihn. Hier bietet sich freilich ein Ausweg in der Annahme, daß an den Eintritt der Rechtshängigkeit gegen den mittelbaren Besitzer durch Benennung des Urhebers seitens des unmittelbaren Besitzers und darauffolgende Uebernahme des Processes durch den mittelbaren gedacht ist (CPD. 73). Allerdings tritt der Benannte in diesem Falle an Stelle des ursprünglichen Beklagten in den Proceß ein und jener wird entlassen, auch insoweit Ansprüche gegen ihn geltend gemacht sind, welche davon unabhängig sind, daß er einen mittelbaren Besitzer neben sich hat (CPD. 73 Abs. 3). (Eben deswegen ist die Zustimmung des Klägers erforderlich, sobald solche Ansprüche in Frage sind). Aber diese Entlassung ist nur Entlassung aus dem Prozesse, nicht materiellrechtlicher Verzicht, und deshalb hat es guten Sinn, nach Eintritt der Rechtshängigkeit gegenüber dem benannten mittelbaren Besitzer noch von den Ansprüchen des Eigenthümers gegen den unmittelbaren zu sprechen und eine Steigerung dieser Ansprüche zu verordnen. Eine sichere Grundlage zur Entscheidung der aufgeworfenen Frage gibt danach das Gesetz nicht; aber die von Gierke *Jahrbuch* S. 54 fg. ins Feld geführten Gründe der praktischen Nothwendigkeit einer vindication gegen den mittelbaren Besitzer dürften zu Gunsten dieser Klage den Ausschlag geben.

Die Benennung des Urhebers gemäß CPD. soll im Uebrigen keine anderen Veränderungen erleiden als diejenigen, welche die Einführung des mittelbaren Besitzes neben dem unmittelbaren an Stelle des juristischen Besitzes neben der Detention nöthig macht (S. C. c. Ges. betr. Änderungen der CPD. Reichstagsvorlage Art. I No. 16 § 73).

Wenn die Bemerkung des Textes zu ⁷ für das gemeine Recht zutrifft, so ist sie jedenfalls für das Recht des BGB. nicht mehr zutreffend.

Zu B. Die Haftung dessen, qui liti se obtulit ist im BGB. nicht statuiert. Der die Haftung begründende Thatbestand würde nach heutigem Proceßrecht nur in der in der mündlichen Verhandlung abgegebenen wissentlich falschen Erklärung, daß man besitze, gefunden werden können. Diese Erklärung wäre ein gerichtliches Geständniß und zwar ein solches, welches der Beklagte, weil es nicht durch Irrthum veranlaßt ist, nicht widerrufen kann (CPD. 261. 263). Aus diesem Grunde kann der Kläger eine Verurtheilung des Beklagten zur Herausgabe erzielen. Es ist aber zu bestreiten, daß auf Grund eines solchen Urtheils wegen Unmöglichkeit der Herausgabe das Interesse an der Herausgabe gefordert werden kann. Denn die Hilfe des § 283 BGB. (vgl. ob. § 193 a. E. unter 1) versagt hier. Zudem würde der Kläger, wenn Beklagter widerrufen und Irrthum behauptet, in dem Bestreben, gegenbeweislich den Dolus darzuthun, leicht dahin kommen, nummehr selbst zu behaupten, Beklagter besitze nicht (und habe das gewußt); damit aber würde er seine frühere Behauptung selbst aufgeben, und deren Eingeständniß durch den Beklagten aus diesem Grunde wirkungslos sein. Dagegen läßt sich eine Haftung des Beklagten für den Schaden, den er dem Kläger durch den dolos hervorgerufenen Glauben an den Besitz des Beklagten angerichtet hat (negatives Interesse!) auf die Vorschriften des BGB. über unerlaubte Handlungen gründen.]

4. Einreden.

§ 197.

Unter den Einreden*, welche dem Eigenthumsanspruch entgegenstehen können, sind hier hervorzuheben: 1) die Einrede der Verwendung (§ 195); 2) die Einrede, daß dem Besitzer ein dingliches Recht an der Sache zustehe, kraft dessen er dieselbe zurückbehalten dürfe¹;

[* Es ist nicht Einrede im f. g. materiellrechtlichen, aber doch im processualen § 197. Sinne, wenn der Beklagte behauptet, daß der Kläger ihm das Eigenthum übertragen habe. Einen interessanten Fall der Replik der Unstiftlichkeit und deswegen Wichtigkeit dieses Vertrages behandelt RG. XXIX S. 106 fg.]

¹ J. B. Nießbrauch, Pfandr. Nach Justinian's Vorschrift in Nov. 18 c. 10 soll der Besitzer, wenn er das Eigenthum des Klägers bestritten und diesen dadurch zum Beweise genöthigt hat, sich auf ein vom Kläger hergeleitetes dingliches R. nur nach vorgängiger Herausgabe des Besitzes an den Kläger berufen dürfen. Auch von diesem Satz behauptet L. Seuffert (S. 196⁷), daß er mit dem heutigen Civilproceßr. unverträglich sei. Ebenso Dernburg I § 227¹. — Die Nov. 18 c. 10 ist vielfach mißverstanden worden. 1) In auffallender Weise dahin, daß sie nicht von einem vom Kläger hergeleiteten dinglichen R., sondern von einem dinglichen R. überhaupt rede. Nach dieser Auffassung wird der Grund der Vorschrift nicht in dem Widerspruch, in welchen der Beklagte sich durch eine Behauptung der bezeichneten Art mit sich selbst setzt, sondern in der Verspätung des Vorbringens gefunden. Vgl. Glück VIII S. 225, Thibaut System II § 710, Buchta § 168^c, Sinenis I § 52¹⁰, Sell dingl. R. S. 361—363, Rudorff 3S. f. gesch. RW. IX S. 43, Schmid I S. 332. Das richtige Verständniß in dieser Beziehung bei Gesterding Lehre vom Eigenthum S. 369, Keller S. 278, Bangerow I § 332 Anm. 1 a. E. in der 7. Aufl., Wetzell

3) die Einrede, daß, wenngleich dem Besitzer kein dingliches Recht an der Sache zustehe, der Eigenthümer dennoch verpflichtet^{1a} sei, dem Besitzer die Sache zu lassen. Was diese letztere Einrede angeht, so ist noch besonders hervorzuheben der Fall, wo die Verpflichtung ihren Grund darin hat, daß der Eigenthümer die Sache selbst zu Eigenthum übergeben hat², unter Umständen, welche zwar den Uebergang des Eigenthums ausschlossen, nicht aber seine Verpflichtung, zu der abgegebenen Erklärung zu stehen³. In diesem Falle geht die Einrede⁴ activ und passiv nicht bloß auf die Gesamtnachfolger, sondern auch auf die Sondernachfolger über⁵. Der Hauptfall, welcher hierher gehört, ist der, wo der Eigenthümer zu einer Zeit die Sache zu Eigenthum übergeben hat, wo er noch nicht Eigenthümer war⁶.

Civilproc. § 30, I, 1. Nach jener unrichtigen Auffassung wäre die Vorschrift für den früheren gemeinen Proceß gegenstandslos gewesen (Eventualmaxime), und wäre ihre Nichtgeltung nach der C.P.O. (§ 251) unzweifelhaft. 2) Ganz allgemein (und auch in den früheren Auflagen dieses Lehrbuchs [bis zur 5.] vertreten) ist die Auffassung, daß die Novelle vorschreibe, der Beklagte müsse nach Herausgabe des Besitzes das von dem Kläger hergeleitete R. in einem neuen Proceß geltend machen. Hiergegen v. Scaffert a. a. O. In der That bietet die Novelle keinen Anhalt für diese Annahme, ja in den Worten: dum causa dicitur (κατ' ἀγορεύουσαν ἐν τῆς δίκης) einen Gegenbeweis. 3) Die Auth. *Item possessor C. qui pot.* versteht die Novelle nicht von der rei vindicatio, sondern von der actio hypothecaria. Sie ist auch von der actio hypothecaria zu verstehen. Vgl. § 235²⁶.

^{1a} Was gegen diesen Ausdruck Huschke MCPra. LXII S. 342¹⁹ bemerkt, bedarf keiner Widerlegung, aber der Ton der Bemerkung bedarf der Zurückweisung.

² Gegensatz: er hat die Sache vermietet, verliehen, oder auch verkauft, verschenkt, aber ohne Besitzübergabe (s. ⁹). Vgl. C. f. VI. 149. Vgl. noch Ziebarth die Obligation und die Realexecution S. 40 fg., und gegen denselben Degenkolb fr. BZS. IX S. 221 fg.

³ Ist aus der Eigenthumsübergabe nicht einmal eine Verpflichtung dieser Art entstanden, so fällt auch die Einrede weg, vergl. die in § 172a² citirten Stellen.

⁴ Die Bezeichnung derselben als *exceptio rei venditae et traditae* (Dig. 21, 3 de exceptione rei venditae et traditae) ist von einem Hauptfalle hergenommen; Kauf ist nicht nothwendig. Die Einrede konnte auch als *exceptio doli* gefaßt werden, und als solche wird sie in andern Stellen bezeichnet. Besondere Literatur: Michelson de exceptione rei venditae et traditae (1824). v. Buchholz Versuche Nr. 13 (1831). Wiebeking über die *exceptio rei venditae et traditae* nach älterem und neuem r. R. (1847). Voigt *ius naturale* etc. IV S. 506 fg. (1871). Leonhard Jahrb. f. Dogm. XVII S. 183 fg. (1879). Glüd XX S. 434 fg., Vangerow I § 334 Anm. Nr. 3, Dernburg I § 216. [v. Krüger und Erman (§ 172⁵). S. auch die Quellenübersicht bei v. Koschembahr-Vyskowskii Theorie der Exceptionen I S. XV Nr. 77].

⁵ L. 3 D. 21, 3, l. 2 eod., l. 4 § 32 D. 44, 4, l. 72 D. 6, 1.

⁶ L. 1 pr. l. 2 D. 21, 3, l. 4 § 32 D. 44, 4, l. 72 D. 6, 1, l. 17 D.

Uebrigens ist die letztgenannte Einrede nicht die einzige Einrede, welche auf die Sondernachfolger übergeht⁷.

[1. Im § 88. gehört hierher außer der VerwendungsEinrede (ob. § 195) die Bestimmung des § 986. Danach kann der Besitzer die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er dem Eigenthümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist, gleichviel, ob vermöge dinglichen Rechts oder vermöge einer obligatorischen Verpflichtung des Klägers. Daß dieß im Sinne des BGB. eine Einrede ist, darüber s. ob. §. 181. Daß der Beklagte das Eigenthum des Klägers bestreiten kann mittels

21, 2. Diesem Fall steht gleich der Fall, wo dadurch in derselben Person Eigenthum und Eigenthumsübergabe zusammenkommen, daß der Eigenthümer Gesamtnachfolger des Uebergebenden wird, l. 1 § 1 D. 21, 3, l. 73 D. 21, 2, l. 14 C. 3, 32, l. 14 C. 8, 44 [45]. [§. jedoch § 172^a.] Tritt nicht nach heutigem R. durch den Eigenthümerwerb des Uebergebenden Convalescenz der Eigenthumsübertragung ein? Leonhard a. a. D.: entweder war schon die vom Prätor gewährte Stellung bonitarisches Eigenthum, welches durch l. un. C. de nudo iure Quir. toll. civilisches geworden ist, oder es liegt hier eine Unvollkommenheit der Entwicklung vor, welche durch Gesetzgebung zu beseitigen ist. S. auch Demelius Grünh. 3S. IX §. 318 fg., Dernburg I § 216 a. E. — Ein anderer hierher gehöriger Fall ist der, wo die Eigenthumsübergabe unter einer aufschiebenden Bedingung erfolgt ist, l. 7 § 3 D. 23, 3. Dagegen darf hierher nicht auch der Fall gestellt werden, wo ohne Besitzübergabe verkauft worden ist. Zwar ist von diesem Falle in unserem Titel die Rede (l. 1 § 5 D. 21, 3); aber dasjenige, worin gerade das Charakteristische der *exc. rei venditae et traditae* besteht, der Uebergang auf die Sondernachfolger fällt hier weg, wie l. 9 § 4 D. 6, 2 beweist, vgl. auch l. 15 C. 3, 32, l. 6 C. 4, 39. Ebensonenig darf meiner Ansicht nach der Fall hierher gezogen werden, wo der Uebergebende einen Andern für den Eigenthümer hält, so daß sein Wille nur auf die Uebertragung des Eigenthums dieses Andern, welches nicht bestand, nicht aber auf die Uebertragung des ihm selbst zustehenden Eigenthums gerichtet war (l. 49 D. 17, 1, l. 10 D. 20, 5). Eben deswegen, weil sein Wille auf den Uebergang eines nicht bestehenden Eigenthums gerichtet war, ist er durch seine Eigenthumsübertragungserklärung auch nicht einmal gebunden; er haftet nur aus dem Geschäft, kraft dessen er die Eigenthumsübertragung gemacht hat, also ohne Uebergang der Einrede auf die Sondernachfolger. — Consens zu der Eigenthumsübertragung eines Andern verpflichtet (vorausgesetzt, daß der Erwerber nicht in Folge des Consensus Eigenthümer geworden sein sollte, Brinz *UCPra.* LXIII §. 357 fg., Scialoja *Arch. giur.* XXV p. 382 s.) wie eigene Eigenthumsübertragung, l. 1 § 2. 3 D. 21, 3, l. 7 § 6 D. 41, 4, vgl. l. 49 i. f. D. 17, 1, l. 14 D. 6, 2. Ein solcher Consens liegt auch in der Uebernahme einer Bürgschaft für die von einem Andern gemachte Eigenthumsübertragung, l. 11 C. 8, 44 [45]; jedoch soll in diesem Fall die Einrede dem den Bürgen beerbenden Eigenthümer nicht entgegenstehen, l. 31 eod. — *Exceptio rei venditae et traditae* bei unterlassener Eintragung des neuen Erwerbers in das Grundbuch? *Arndts fr. Uebersch.* V §. 93—100. *Stobbe Jahrb. f. Dogm.* XII §. 238. 254 und deutsch. *Privatr.* II § 95^a [3. Aufl. (Lehmann) § 107^a], *Dernburg Preuß. Privatr.* I § 243. II. 1, *Leonhard a. a. D.* §. 221. *cf.* VI. 145. *Preuß. Gesetz* vom 5. Mai 1872 § 7 Abs. 2. [§. auch *cf.* XXXIV. 14.]

⁷ S. die Citate in § 172^a. [Const noch über Einreden *cf.* XLV. 72.]

Anführung von Thatfachen, die den Schluß aus den vom Kläger behaupteten Thatfachen auf dessen Eigenthum widerlegen, ist selbstverständlich, gehört aber nicht in das Gebiet der Einreden, welche trotz klägerischen Eigenthums zur Abwendung der Verurtheilung des Beklagten zur Herausgabe der Sache dienlich sind. Die eigenthümlichen römischen Erscheinungen der *exceptio rei venditae et traditae* kennt das BGB. nicht. Ueber die Convalescenz der Tradition gemäß BGB. 185 vgl. ob. §. 374. Der Eigenthumsklage des eingetragenen Eigenthümers (vgl. ob. *) kann derjenige, welchem das Grundstück auf Grund eines obligatorisch günstigen (313) Veräußerungsvertrages übergeben, aber noch nicht aufgelassen worden ist, kraft der Verpflichtung des Veräußerers ihm die Sache wie zu übergeben so zu lassen (z. B. 433) wirksam entgegenreten (vgl. Mot. III §. 422). Der oben¹ besprochene Satz ist dem BGB. fremd.

2. Weitet der Besitzer sein Recht zu besitzen von einem mittelbaren Besitzer ab, so kann er sich auf des Letzteren dem Kläger gegenüber begründetes Recht zum Besitze berufen (986 Abs. 1 §. 1). Ob das Verhältniß zwischen dem Beklagten und dem mittelbaren Besitzer dem ersteren gegen den letzteren ein Recht oder nur eine Pflicht zum Besitze gibt, ist gleichgültig; derjenige, auf welchen Beklagter sich beruft, muß aber wirklich mittelbarer Besitzer sein. Dazu gehört (i. ob. §. 698), daß zwischen dem Besitzer und dem Dritten ein Rechtsverhältniß nach Art der im § 848 genannten besteht, kraft dessen der Besitzer verpflichtet ist, dem andern, sei es jetzt sei es später, die Sache herauszugeben. Dieß trifft z. B., wenn der Besitzer vom Nießbraucher gemiethet hatte, auch nach Beendigung der Miethzeit und selbst dann zu, wenn der Miethvertrag nichtig ist und deswegen die Herausgabe verlangt werden kann; denn auch das dann obwaltende Verhältniß ist ein Besitze einer von den Nießbraucher dem Besitzer anvertrauten Sache, welches dem Nießbraucher die Stellung des mittelbaren Besitzers gibt. Dahingegen kann der, welcher dem Nießbraucher die Sache gestohlen hat, sich natürlich nicht dem Eigenthümer gegenüber auf das Besitzrecht des Nießbrauchers berufen. Ist der mittelbare Besitzer, von welchem der Beklagte sein Recht zu besitzen ableitet, dem Eigenthümer gegenüber zwar zum Besitze, aber nicht zur Ueberlassung des Besitzes an den Beklagten befugt (vgl. z. B. 549), so kann der Eigenthümer von dem Beklagten die Herausgabe der Sache an den mittelbaren Besitzer und nur wenn dieser die Sache nicht übernehmen kann oder will, an den Kläger selbst verlangen.

Die Benennung des mittelbaren Besitzers nach § 73 CPD. in der Fassung der Novelle (Reichstagsvorlage Art. I No. 16) setzt wie die frühere Benennung des juristischen Besitzers nur die Behauptung des Beklagten voraus, daß der Benannte mittelbarer Besitzer sei.

3. Wenn eine Sache durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe gemäß § 931 veräußert ist, so kann der Besitzer dem Eigenthümer alle gegen den abgetretenen Anspruch ihm zustehenden Einwendungen entgegensetzen (986 Abs. 2 vgl. dazu 404). In einem solchen Falle muß übrigens der Kläger, welcher behauptet, durch die Abtretung Eigenthümer geworden zu sein, entweder das Eigenthum seines Cedenten beweisen (wobei 1006 Abs. 2 helfen kann), oder er muß beweisen, daß sein Cedent die Stellung des mittelbaren Besitzers hat, weil nur unter dieser Voraussetzung der Kläger (der ja jetzt den Besitze noch nicht hat), trotz mangelnden Eigenthums des Cedenten nach § 934 Eigenthümer geworden sein

kann. Natürlich kann ein Herausgabeanspruch auch unabhängig vom Eigenthum bestehen und abgetreten werden; das gehört aber nicht hierher.]

B. Der Eigentumsanspruch wegen Eingriffs*.

§ 198.

Unter Eingriff in das Eigenthumsrecht wird hier eine Verletzung des Eigenthumsrechts verstanden, welche nicht in der Entziehung des Besizes der Sache besteht. Eine solche Verletzung kann positiver Natur sein, indem gegen den Willen des Eigenthümers auf die Sache eingewirkt wird, oder negativer, indem der Eigenthümer in der freien Verfügung über die Sache gehindert wird¹. Der Anspruch, welcher aus einer Verletzung dieser Art entsteht, ist gerichtet: auf Beseitigung des das Eigenthumsrecht beeinträchtigenden Zustandes, wenn ein solcher durch den Eingriff herbeigeführt worden ist², und zwar gegen den Urheber des Eingriffs auf Beseitigung durch ihn und auf eigene Kosten³, gegen den dritten Besizer auf Gestattung der Beseitigung durch den Eigenthümer⁴; ferner auf Ersatz des dem Eigenthümer durch die Schuld des Urhebers des Eingriffs erwachsenen

* Dig. 7, 6 si ususfructus potatur vel ad alium pertinere negetur. 8, 5 si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur. -- Schmidt (von Jünnenau) ZS. f. gesch. RW. XV S. 149 fg. (1850). H. Pernice commentationes iuris Romani duae, comm. II (1855). S. Witte ZS. f. GR. u. Pr. N. F. XIII S. 378 fg. (1856). Hesse Verhältnisse der Grundstücksnachbarn II S. 8 fg. 2. Aufl. S. 263 fg. (1861. 1880) und Jahrb. f. Dogm. VIII S. 82 fg. (1866). Vgl. auch Boß Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 43 fg. (1884). Schmid I § 17, Pagenstecher III S. 182—192. Sintenis I S. 520—530, Bangerow I § 353 [Dernburg I § 256]. Keine Beachtung verdient die Schrift von R. F. Seib: Zur Kritik der heutigen Negatorien- und Confessorienklage ac. (Jena 1873). [D. Jäger der Klagegrund bei der actio negatoria. v. Gött. Diff. 1891.]

¹ Beispiele: § 2 I. 4, 6, l. 8 § 5. l. 9 pr. i. f. l. 11. 13. 14 pr. § 1. l. 17 § 198. pr. § 2 D. 8, 5, l. 36 D. 8, 2, l. 29 § 1 D. 9, 2, l. 2 D. 43, 27, l. 6 § 2 D. 47, 7. l. 4 § 7 D. 8, 5, l. 15 D. 39, 1. Vgl. S. f. I. 218, X. 18, 169. 259, XXI. 16. 17. 19, XXIII. 210, XXIX. 10, XXXII. 15. 208, XXXIII. 4. 5. Bl. f. RAnw. in Bayern XXXVIII S. 405 fg. RG. XII S. 173. [XXXVII. S. 172 fg.]

² L. 14 pr. D. 8, 5: — „agere tecum potero, ut ea, quae nova immiseris, tollas“. L. 17 § 2 eod. S. auch die übrigen in der vorigen Note citirten Stellen.

³ L. 14 pr. l. 17 § 2 D. 8, 5 und arg. l. 9 C. 3, 34. Thering Jahrb. f. Dogm. VI S. 97 fg. bestreitet dieß, wenn nicht vorher vom Eigenthümer Einspruch erfolgt sei. S. dagegen die citirten Stellen und Hesse das. S. 433, Et d'icez operis novi nunciatio S. 90 fg.

⁴ S. f. XXI. 18. Bl. f. RAnw. zun. in Bayern XXXV S. 405 fg.

Schadens⁵; endlich kann der Verletzte verlangen, daß ihm durch das richterliche Urtheil Sicherheit gegen Wiederholung der Verletzung verschafft werde⁶. Daß der Gegner sich ein Recht zu seinem Verhalten zuschreibe, ist Voraussetzung des Anspruchs nicht⁷, obgleich es nahelegend ist, daß der Gegner dieß thue: thut er es, so wird natürlich im Proceße der Eigenthümer dieser Behauptung entgegenreten, und das Urtheil, welches gesprochen wird, wird, wenn es zu Gunsten des Eigenthümers ausfällt, gesprochen werden auf Grund der Entscheidung, daß dem Beklagten das von ihm in Anspruch genommene Recht nicht zustehe⁸. Ein Urtheil des Inhalts, daß dem Gegner ein Recht

⁵ Ungenau ist es, wenn häufig schlechtin gesagt wird, die actio negatoria gehe auf Schadenersatz. Ersatz eines Schadens, auf dessen Ersatz nach allgemeinen Grundsätzen ein Anspruch nicht begründet ist, kann auch mit der actio negatoria, d. h. auf Grund des bloßen Eigenthumsr., nicht begehrt werden. Von der andern Seite versteht es sich sowohl für das heutige R. von selbst, daß, wenn ein Schadenersatzanspruch begründet ist, derselbe nicht in einer besonderen Klage geltend gemacht zu werden braucht, als auch bereits nach r. R. die Natur der actio negatoria als actio arbitraria eine besondere Anweisung des Jurer auf Berücksichtigung des Schadenersatzanspruchs unnöthig machte. Vgl. zu dem Gesagten einerseits l. 17 § 2 D. 8, 5, l. 29 D. 8, 2, andererseits l. 4 § 2 D. 8, 5 und arg. l. 5 C. 3, 34. Übering das Schuldmoment im r. Privatr. S. 26. 50—51, Purkhard Cautio damni infecti S. 238 fg., Pernice Pabeo II S. 260. Vgl. Cf. XXI. 213, XXXII. 15, vgl. auch XXXVIII. 106. [S. XLIV. 251, XLVI. 139 (NG)], [[XLVI. 249]], [XLVIII. 6, XLIX. 236. (NG), LI. 7, 8, LII. 6.] Pl. f. Antw. zum. in Bayern XXXV S. 405 fg. RG. VI S. 221. XVII S. 104, [XXX S. 114 fg.] A. N. Bestrum in Magazin f. das deutsche R. der Gegenwart IV S. 23 fg. Cf. XIV. 206, XXI. 16.

⁶ L. 12 D. 8, 5. „Egi, ius illi non esse, tigna in parietem meum immissa habere: an et de futuris non immittendis cavendum est? Respondi: iudicis officio contineri puto, ut de futuro quoque opere caveri debeat“. L. 7 eod. Statt der römischen Caution tritt heutzutage nach C.P.D. § 775 [möglicher Weise] eine Strafdrohung im Urtheil ein. So auch schon das hindere gemeine R., auf Grund des § 162 des J. R. A. Wegell Ervilbroc. § 46⁴⁵. [Die Strafdrohung kann aber nach C.P.D. 775 dem Urtheil auch folgen: und es bleibt Verurtheilung zur Verhütung einer Einbrecherei für den durch feinerer Zuwiderhandlung entstehenden Schaden auf bestimmte Zeit prävisig.]

⁷ Daß wird heutzutage fast allgemein anerkannt. Vgl. Nitzke a. a. O. S. 462. Schrage Jahrb. d. gem. R. VI S. 78. Cf. VIII. 94, X. 18; XVI. 11, XXI. 210, XXVII. 12, XXXIII. 26, XXXIV. 10, 101; XXXV. 187, XLIV. 87. NG. I. 29. IX. 267. Übergang aus XXI. 17, XXVIII. 115. A. N. auch Verbruggen I § 256.

⁸ In dem Sinne wurden die Cautio der Klage des Eigenthümers wegen Eingriffs actio negatoria oder negativa, und heutzutage für gewöhnlich als Verurtheilung L. 2 pr. l. 4 § 1 D. 8, 5 § 2 l. 4 § 1 L. 2 cit. „De servitutibus in rem actioes competunt necesse est. Item in servitutibus, quam negatoria dicitur, et in rebus in rem actioes competunt. Negatoria

zum Eingriff nicht zustehe, kann aber auch begehrt werden, ohne daß ein Eingriff bereits erfolgt ist⁹; so wie andererseits möglicherweise auch dem Besitzer der Sache gegenüber, wenn nämlich derselbe sich für seinen Besitz nicht auf Eigentumsrecht, sondern auf ein sonstiges Recht beruft, darauf geklagt werden kann, daß ihm dieses Recht nicht zustehe¹⁰. In dem ersten Falle ist das Urtheil außer der Entscheidung, daß dem Beklagten das von ihm in Anspruch genommene Recht nicht zustehe, keines andern Inhalts fähig, als etwa der Anordnung von Sicherheitsmaßregeln gegen Beunruhigung des Eigentümers^{10a},

domino qui negat⁴. S. auch die in Note * citirten Titulrubriken — Man hat auf Grund dieser Stellen behauptet (Frig Erläuter. I S. 365—367, Schmid a. a. O. S. 170—175, Brinz 1. Aufl. S. 236. 237 (2. Aufl. I S. 665), Hesse a. a. O., Bethmann-Hollweg röm. Civilproc. II S. 255, Ed doppelseitige Klagen S. 22), daß nur ein solches Verhalten die actio negatoria begründe, welches den Inhalt einer Servitut (Hesse fügt hinzu: oder ein servitutähnliches Verhältnis) zu bilden im Stande sei. Dagegen Schmid S. 370. 371, Van-gerow I S. 768. 769 (7. Aufl.). Eine mittlere Meinung (Witte S. 409 fg.) verlangt einen Eingriff, welcher möglicherweise auf irgend einem Re, dinglichem oder persönlichem, beruhen kann. Man bemerkt über diese Frage Folgendes. Beseitigung eines sein Eigentum verletzenden Zustandes kann der Eigentümer auf Grund seines Eigentums gewiß verlangen, mag dieser Zustand den Gegenstand einer Servitut oder überhaupt eines R. zu bilden im Stande sein, oder nicht; oder muß er ihn etwa dulden? Ein Antrag dagegen auf einen richterlichen Spruch des Inhalts, daß dem Gegner ein R. zu dem, was er thut, nicht zustehe, hat Sinn nur dann, wenn ein R. dieses Inhalts überhaupt möglich ist. Unter dieser Voraussetzung [und unter der weiteren des § 231 CPD.] ist aber der Antrag auch in dem Fall, wo das R., gegen welches er sich richtet, keine Servitut ist, zulässig als Präjudicialklage (Feststellungsklage). Vgl. § 45⁹. Man hat sich in dieser Streitfrage von Seiten der Gegner namentlich auch auf l. 8 § 6 D. 8, 5 bezogen. Nach dem zuvor Gesagten könnte immerhin zugegeben werden, daß diese Stelle die negatoria ausschließen wolle; sie will aber in der That die confessoria ausschließen, nach dem Gesichtspunkt der l. 5 pr. D. 7, 6⁽¹⁰⁾. Cf. XXI. 17. 210. 211, XXVIII. 247, XXXII. 19, vgl. auch XXXI. 311. [Ueber die Widerspruchsklage aus CPD. 690 (welche übrigens nicht nur auf Grund des Eigentums, sondern auch auf Grund anderer Re erhoben werden kann) und ihre rliche Construction s. Seuffert CPD. zu 690 und dort Citirte; hinzuzufügen Gütermann die rlichen Grundlagen der Widerspruchsklage, Münch. 1896 (Erl. Diff.). Ueber Eigentumsfeststellungsklage s. noch Cf. L. 74.]

⁹ L. 5 § 6 D. 7, 6⁽¹¹⁾. Cf. IX. 260, XII. 247, XIV. 273, XXVIII. 200, XXXI. 205. 304. Vgl. auch Zimmermann PraktRW. II S. 311 fg. Die Präjudicialnatur der Klage tritt hier rein hervor. Uebrigens war der aufgestellte Satz für das frühere gemeine R. nicht allgemein anerkannt. S. Schmid § 17⁷, Hesse AVerh. S. 19 fg. und Jahrb. S. 105 fg. 122 fg. Cf. XX. 105. — Wie ist es, wenn der Gegner nicht ein Eingriffsr., sondern Eigentum in Anspruch nimmt? Vgl. Bl. für Anw. zun. in Bayern XXXVIII S. 305 fg. 321 fg. Cf. IX. 238; XX. 105.

¹⁰ S. z. B. gegen den besitzenden Nießbraucher, l. 5 § 6 cit. Die actio

während in dem zweiten Fall der fernere Inhalt des Urtheils sich ganz nach den in § 193 fg. entwickelten Grundsätzen bestimmt¹¹. Unter allen Umständen aber ist der Grund des Anspruchs und der Klage das Eigenthumsrecht¹² — auch wenn die Klage auf Nichtdürfen gerichtet ist, nicht das Nichtdürfen des Gegners als solches, sondern sein Nichtdürfen auf Grund des dem Berechtigten zustehenden Eigen-

negatoria concurrirt in diesem Falle mit der rei vindicatio, vgl. z. B. I. 1 § 4 D. 43, 18.

^{10a} Vgl. Degenkolb Einlassungszwang und Urtheilsnorm S. 197¹.

¹¹ L. 5 § 6 cit. „Sicut fructuario in rem confessoria agenti fructus praestandi sunt, ita et proprietatis domino, si negatoria actione utatur: sed in omnibus ita demum, si non sit possessor qui agat (nam et possessori competunt): quod si possident, nihil fructuum nomine consequentur. Quid ergo officium iudicis erit, quam hoc, ut securus consequatur fructuario fruendi licentiam, proprietatis dominus, ne inquietetur“?

¹² Dieß muß um so bestimmter hervorgehoben werden, als die intentio der römischen formula nicht, wie bei der rei vindicatio, auf das klägerische Eigenthumsr. als solches, sondern direct auf das daraus hergeleitete Nichtdürfen des Beklagten (bez. das Verbotungsr. des Klägers, oder auch das Dürfen des Klägers gegen den Willen des Beklagten) gestellt war. Vgl. darüber, sowie über die Frage, ob nicht der Ausdruck negatoria actio viel mehr eine formale, als eine materielle Bedeutung gehabt habe (so daß also auch die Klage aus einer negativen Servitut negatoria gewesen wäre, und die Klage des Eigenthümers gegen Verhinderung in der eigenen Verfügung über seine Sache confessoria): Vangerow § 358 Anm. 1 z. A., Schmidt S. 154—155. 159—164, Pernice p. 134—162, Witte S. 386—408, Keller § 184, neuerdings Schmidt fr. FZS. VII S. 294 fg., auch Fhering Geist des r. R. III S. 84—86. Ueber die Frage, ob es eine auf das Verbotungsr. des Klägers gestellte Fassung (actio prohibitoria) gegeben habe, s. Zachariae ZS. f. gesch. RW. XII S. 258 fg. (1845), Sav.-ZS. X S. 253 fg. (1889), Stephan ZS. f. gesch. RW. XIV S. 274 fg. (1848), Schmidt S. 163—169, Pernice p. 162—173, Witte S. 391—398, Jaffe ✓ Jahrb. für Dogm. VIII S. 60 fg. (1866), Karlowa der r. Civilproc. zur Zeit der Legislationen S. 93 fg. (1872), Penel Sav.-ZS. II S. 72 fg. (1881), ✓ ders. Edictum perpetuum S. 149 fg. (1888). C. Ferrini in Studii giuridichi e storici pubblicati per l' VIII centenario dell' università di Bologna (1885). Darüber Longo fr. FZS. XXXI S. 110 fg. Schott das ius prohibendi und die formula prohibitoria in Bresl. Zeitschrift für V. Windscheid (1888) S. 48 fg. (Dazu Merkel Gött. gel. Anz. 1890 S. 1010 fg.) [Witte's fr. FZS. XXXIII S. 360 fg. Ueber Ferrini und Schott Penel Sav.-ZS. XII S. 1 fg.] [Ander als früher. — S. auch Karlowa r. Rgesch. II S. 469 fg.] — Ueber die Frage, ob die actio negatoria auch auf Grund des Miteigenthums gegen den Miteigenthümer erhoben werden kann, s. einerseits I. 26 D. 8, 2, I. 4 D. 33, 3, I. 3 § 1. 2 D. 39, 1, andererseits I. 11 D. 8, 5. Vgl. Stölzel die Lehre von der operis novi nunciatio S. 95 und die das. Citirten, Pringz I. Aufl. S. 237 (2. Aufl. I S. 666), Schneider in Sell's Jahrb. I S. 403 fg., Hesse Jahrb. f. Dogm. VIII S. 60 fg., Steinlechner Miteigenthum S. 180 fg., Kümelin Theilung der Rte S. 52 fg.

thumsrechts¹³. Deswegen liegt dem Kläger kein anderer Beweis ob, als der Beweis¹⁴ seines Eigentumsrechts¹⁵; das Nichtdürfen des Gegners folgt daraus so lange, bis dieser sein Dürfen einrebeweise dargethan hat¹⁶.

¹³ L. 5 pr. D. 7, 6. „Uti frui ius sibi esse, solus potest intendere, qui habet usumfructum; dominus autem fundi non potest, quia, qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatum non habet. Nec enim potest ei suus fundus servire; de suo enim, non de alieno iure quemque agere oportet. Quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo iure agere videtur, quam alieno, cum invito se negat ius esse utendi fruendi fructuario, vel sibi ius esse prohibendi. Quod si forte, qui agit, dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarium ius utendi non habet, vincet tamen iure, quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant“.

¹⁴ Aber auch wirklicher Beweis; es genügt nicht bloße Bescheinigung. Puchta a Rhein. Mus. I S. 165 fg.

¹⁵ Eine noch immer sehr bestrittene Frage, obgleich in der neueren Zeit sich die überwiegende Anzahl der Schriftsteller auf die Seite der hier vertheidigten Meinung gestellt hat, so Puchta § 172^a, Arndts § 169^a, Bangerow I § 353 Anm. 2, Sintenis I § 52²⁷, Schmidt S. 373 fg., Pagenstecher S. 184, Schmidt S. 169, Pernice p. 180 sq., Witte 3S. f. OR. u. Pr. R. F. XIV S. 131 fg., Ed doppelseitige Klagen S. 23, Bekker Aktionen I S. 216, Wächter II S. 191, Dernburg I § 256, 4, S. I 409, VIII. 94, IX. 260, X. 139, XV. 102, XVII. 211, XIX. 125 Nr. II, XX. 14, XXI. 102. Die Meinung, daß der Kläger außer seinem Eigentum auch das Nichtr. des Beklagten beweisen müsse, ist in der neueren Zeit wieder vertheidigt worden von Duroi ACPr. XL S. 24 fg. (1830, vgl. S. XIX. 125 Nr. 1) und Pape 3S. f. OR. u. Pr. XVI S. 194 fg. (1842). Eine mittlere Meinung verlangt diesen Beweis vom Kläger in dem Fall, wo der Beklagte im Besitz sei; für dieselbe hat sich in der neuesten Zeit wieder erklärt (unter sehr lebhafter Bestreitung der ersten) Brinz 1. Aufl. S. 238—242 (2. Aufl. I S. 666—669), f. auch Heise ACPr. XL S. 50 fg. (1830), Meuter 3S. f. OR. u. Pr. R. F. XII S. 446 fg. (1855), und vgl. Hedemann Erwerb und Schutz der Servituten S. 140—145; dafür auch S. I. 17. 18, II. 142. XV. 102 Nr. IV. Noch eine andere Mittelmeinung bei Glüd X S. 254 fg.

¹⁶ Es ist nicht richtig, zu sagen, daß für die Unbeschränktheit des Eigentums eine Präsumtion spreche, als wenn es statistisch feststände, daß es mehr unbeschränkte, als beschränkte Eigentumsre gebe. Aber es ist richtig, zu sagen, daß das Eigentumsr. als solches die Befugniß zum Ausschluß eines jeden fremden Willens in Betreff der Sache in sich trägt. Damit ist, wie mir scheint, die Frage erledigt. Jedenfalls müßten gegen diese Instanz bessere Argumente beigebracht werden, als sich aus l. 15 D. 39, 1, l. 5 § 10 D. eod., l. 45 D. 39, 2 entnehmen lassen, aus welchen Stellen allerdings hervorgeht, daß der Negatorienkläger beweisen, nicht aber, daß er das Nichtr. des Beklagten beweisen muß, oder aus l. 8 § 3 D. 8, 5, welche nur sagen will, welche der beiden bei einem Streit über eine Servitut sich gegenüberstehenden Personen als Kläger aufzutreten Veranlassung, aber nicht, was eine jede von ihnen zu beweisen die Pflicht habe. Vgl. auch l. 5 pr. D. 7, 6, welche aus der negatoria actio alles „agere de alieno iure“ ausschließt, ferner l. 7 D. 43, 20, l. 10 C. 4, 24.

[Das **RG.** behandelt die Klage wegen Beeinträchtigung des Eigenthums sehr kurz (1004).

1. Voraussetzung ist, daß das Eigenthum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt wird. Daher gehört die Klage auf Herausgabe auch dann nicht hierher, wenn der Besitzer sich ein Recht an fremder Sache zuschreibt (ob. zu ¹⁰ ¹¹). Die Klage auf Feststellung des Eigenthums oder der Nichtexistenz eines behaupteten Rechts an der Sache untersteht dem § 231 **CPD.**, dessen Aenderung nicht beabsichtigt ist.

2. Die Klage des § 1004 richtet sich

a) auf Beseitigung der Beeinträchtigung, was natürlich voraussetzt, daß ein beeinträchtigender Zustand besteht. Hierbei ist angenommen, daß derjenige haftet, welcher den Zustand durch seinen Willen aufrecht erhält, also bei einer Anlage derjenige, der sie besitzt, auch wenn er sie nicht errichtet hat; nicht derjenige, der sie hergestellt hat aber nicht mehr besitzt (Mot. III S. 424). Der Besitzer hat immer zu beseitigen, also auf seine Kosten; es genügt, auch wenn er die Anlage nicht hergestellt hat, nicht, daß er die Beseitigung duldet; das gemeine Recht entschied in dem letzteren Fall billiger (ob. zu ⁴).

b) Hat jemand eine Beeinträchtigung begangen oder durch Dritte begehen lassen, deren Wiederholung nahe liegt, oder welche die Gefahr nachfolgender Beeinträchtigungen auch von anderer Art als gegeben erscheinen läßt („find weitere Beeinträchtigungen zu besorgen“), so kann der Eigenthümer ihn auf Unterlassung verklagen. Vgl. **CPD.** 775.

Die Schadenersatzfrage (vgl. ⁵) ist ganz dem Obligationenrecht überlassen.

3. Ist der Kläger trotz seines Eigenthums verpflichtet, die Beeinträchtigung zu dulden, sei es, weil sie als dingliches Recht begründet ist, sei es, weil zu Lasten des Klägers eine dahingehende Obligation besteht, so ist der Anspruch des § 1004 „ausgeschlossen“. Dieser Ausdruck deutet daraufhin, daß im Sinne des **RG.** eine Einrede hier nicht anzunehmen ist (s. ob. S. 181. 183); aber jedenfalls handelt es sich um einen besonderen vom Beklagten zu beweisenden Ausschließungsgrund gegenüber dem an sich begründeten Anspruch (vgl. ¹⁵ ¹⁶).

Es kommt auf den Inhalt des dinglichen Rechts oder der Obligation an, in wie weit durch die Berechtigung auch Handlungen Dritter als Ausübungen des fremden Rechts gedeckt werden, z. B. bei Benutzung eines kraft dinglichen Rechts oder auch nur pachtweise mir zustehenden Wegerechts durch Besucher meines Grundstücks.

4. Wenn der Beklagte behauptet, die Beeinträchtigung in Ausübung des Rechts eines Dritten vorgenommen zu haben, soll nach der Civilproceßnovelle (Reichstagsvorl. Art. I No. 17 § 73 a) die Benennung des Rechtsurthebers nach Analogie des § 73 **CPD.** zulässig sein. Aber es wird der Beklagte diesen Weg nicht wählen müssen, sondern auch mit Rücksicht auf das unter 3 a. E. Gesagte selbst die Abweisung der Klage erstreiten können.

5. Bei Grundstücken kann der Eigenthümer, wenn eine Belastung oder Beschränkung im Grundbuch eingetragen ist, die der wirklichen Rechtslage nicht entspricht, die Einwilligung zur Löschung der Eintragung von demjenigen (unverjährbar) verlangen, zu dessen Gunsten dieselbe besteht (894).

6. Befindet sich eine Sache auf einem Grundstück, das ein anderer als der Eigenthümer der Sache besitzt, ohne doch ihrerseits von dem Grundbesitzer oder einem Andern besessen zu werden, so hat der Eigenthümer der Sache gegen den Besitzer des Grundstücks eine Klage auf Duldung der Auffuchung und Wegschaffung der Sache. Wegen des dadurch verursachten Schadens ist der Eigenthümer ersatzpflichtig. Borgängige Sicherheitsleistung kann verlangt werden, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist (1005). Ueber den gleichen Anspruch auf Grund des Besitzes s. ob. S. 737 fg. unter 9.]

Der Anspruch des redlichen Erwerbers*.

§ 199.

Gleiches Recht, wie das Eigenthum gegen Jedermann, gewährt der redliche Erwerb einer Sache, auch wenn er nicht mit Eigenthum verbunden ist, gegen denjenigen, welcher nicht wenigstens gleichviel für sich anführen kann¹. In den Quellen ist dieß zwar ausdrücklich nur für den Anspruch wegen Vorenthaltung gesagt²; es unterliegt aber

* Dig. 6, 2 de Publiciana in rem actione. — Obrock de Publiciana in rem actione (1843). D. Mayer die iusta causa bei Tradition und Usucapion S. 89—108. 128 fg. (1871). Gimmerthal die Publicianische Klage und die Mancipation (1872 [B. Titel-Ausg. Norden 1889]), vgl. über diese Schrift unten¹¹ a. E. und Hölder fr. BZS. XVI S. 549 fg., Beckmann Kauf I S. 47). Schulin über einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio (1873, vgl. unten¹⁴). Huschte das Recht der Publicianischen Klage (1874). Darüber Schulin fr. BZS. XVIII S. 526 fg. Gesterding S. 381—399, Schmid I § 16, Pagenstecher III S. 193—207. Glüd VIII S. 311 fg., Sintenis I § 53, Bangerow I § 335. C. Appleton Histoire de la propriété prétorienne et de l'action Publicienne. Paris 1889. Vgl. darüber Arch. giuridico XLIII p. 207 s. (J. Buonamici). 267 s. (Brezzo), Erman Sav.-BZS. XI S. 212 fg. [XIII S. 173 fg.]; Schirmer fr. BZS. XXXII S. 481 fg. [[Die Besprechung von Erman trägt den Charakter einer selbständigen Arbeit, die von Schirmer ist referirend, aber zugleich kritisirend.]] Ev. Carusi l'azione Publiciana in diritto romano. Roma 1889. [Darüber Schneider fr. BZS. XXXVI S. 52. S. ferner Dertmann Jahrb. f. Dogm. XXXI S. 448 fg. Vgl. auch ob. § 196³ und die dortigen Angaben.]

¹ Vgl. Deurer über den Schutz des relativ besseren R. in Jahrb. für § 199. Dogm. I S. 221 fg. (1857), Sintenis I § 53³, Bruns Jahrb. d. gem. R. IV S. 8—21 (gegen Delbrück die dingliche Klage des deutschen R. § 3), Ziebarth die Realrecreation und die Obligation S. 109. Ueber den viel weiter gehenden Anspruch, welchen diese beiden letzteren Schriftsteller dem römischen Anspruch aus redlichem Erwerb für das heutige R. substituiren wollen, s. § 162a³. Doch hält Delbrück (S. 66) den Gedanken der Publiciana insofern aufrecht, als er den Kläger aus titulirtem Besitz auch über den älteren (nicht titulirten) Besitzer slegen läßt, während Ziebarth S. 279 fg. auch dieses bestreitet.

² S. § 4 I. 4, 6. Der Satz ist prätorischen Ursprungs; die durch das prätorische Edict gewährte actio ist die Publiciana in rem actio. Von der Publiciana actio heißt es: „Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad

keinem Zweifel, daß es in ihrem Sinne auch für den Anspruch wegen Eingriffes behauptet werden muß³. Die näheren Grundsätze sind folgende.

1. Unter redlichem Erwerb wird hier das Gleiche verstanden, wie in der Lehre von der Erfizung (§ 176—179). Es ist also erforderlich eines Theils der gute Glaube, d. h. die redliche Ueberzeugung, daß man sich die Sache aneignen dürfe⁴, andern Theils, daß dieser gute Glaube in den vorliegenden Thatfachen seine Rechtfertigung finde. Dieses Letztere setzt auch hier, wie bei der Erfizung, regelmäßig das wirkliche Vorhandensein einer Eigenthumserwerbthat-sache voraus⁵; aber nothwendig ist das Vorhandensein einer Eigen-

instar possessionis respicit“ (l. 7 § 6 D. 6, 2), und: „in Publiciana actione omnia eadem erunt quae et in rei vindicatione diximus“ (l. 7 § 8 eod.).

³ Dieß wird nach dem Vorgang von Puchta Rhein. Mus. I S. 182 fg. jetzt fast allgemein anerkannt. Vgl. Jhering Abhandlungen S. 107, H. Pernice Commentationes duae p. 196 fg., J. Witte JS. f. CR. u. Pr. N. F. XIV S. 157 fg., Bangerow I § 354 Anm. und die übrigen daf. Citirten, Huschke a. a. O. S. 43; Cf. XIV. 209, [XXII. 17], [XLVI. 250]]. A. M. Gimmerthal a. a. O. S. 78.

⁴ L. 7 § 11—17 D. 6, 2, l. 28 D. 9, 4. Abweichend Gimmerthal S. 100 fg.

⁵ Das Edict verlangte eine specielle Erwerbthat-sache, Tradition (l. 1 pr. D. 6, 2); vielleicht sprach es sogar, wenigstens ursprünglich, nur vom Kauf (l. 7 § 11 D. 6, 2). Aber die Interpretation der Juristen erkannte an: „quaecunq; sunt iustae causae adquirendarum rerum, si ex his causis nacti res miserimus, dabitur nobis earum rerum persequendarum gratia haec actio“ (l. 13 pr. D. 6, 2). Nähere Ausführung in l. 1 § 1 — l. 7 § 5. l. 12 pr. § 1 D. 6, 2. In Betreff der Geschichte der Publicianischen Klage vgl. Voigt ius naturale IV S. 470 fg., Huschke a. a. O. S. 13 fg., Venel Beiträge zur Kunde des prätorischen Edicts S. 1 fg., Bachmann Kauf I S. 384 fg., Prinz R. der b. f. possessio S. 87 fg., M. Cohn fr. JS. XXIV S. 28 fg., Venel Edictum perpetuum S. 129 fg., Erman XII S. 225 fg., Schirmer S. 483 fg. [Grabenwiz Sav.-JS. XII S. 134 fg.] — Beim Kaufe ist Zahlung des Kaufpreises hier nicht erforderlich, l. 8 D. 6, 2. Vgl. übrigens Huschke S. 57 fg. — Für den Fall des Kaufs von einem Wahnsinnigen wird die Publiciana actio gestattet in l. 7 § 2 D. 6, 2, abgeprochen in l. 2 § 16 D. 41, 4. Eine Vereinigung ist möglich durch die Beschränkung der letzteren Stelle auf den Fall, wo der Erwerber gegen den Wahnsinnigen selbst auftritt (bessen exceptio domini durch keine replicatio rei venditae et traditae zurückgeschlagen werden kann); jedenfalls führt, wenn ein Widerspruch angenommen wird, die Konsequenz zu der Entscheidung der ersten Stelle. Vgl. Bangerow a. a. O. Nr. II. 1. c., Schmid § 16¹¹, Fitting ACPr. LI S. 275 fg., Huschke S. 55 fg., Cf. XXXI. 13. [Winkler ein Anwendungsfall der actio Publiciana. Göt. Diff. 1894, Dernburg I § 228⁷.] Umgekehrt gibt der l. 2 § 16 cit. den Vorzug Gimmerthal S. 101 fg. Emmerich JS. f. CR. u. Pr. N. F. XVII S. 443 fg. (1860) will die l. 2 § 16 cit. von dem Ausschluß

thumserwerbthatsache auch hier nicht⁶. Fortdauer des guten Glaubens verlangt das römische Recht hier so wenig, wie bei der Erfindung⁷: auf Grund des canonischen Rechts aber ist für das heutige Recht hier in gleicher Weise wie bei der Erfindung das Gegentheil zu behaupten⁸.

2. Daß der redliche Erwerber in den Besitz der Sache gelangt sei, ist nicht nothwendig; Besitzerlangung ist Erforderniß des dem redlichen Erwerber gewährten Schutzes nur insofern, als die Besitzerlangung Bestandtheil der Erwerbthatsache ist, auf welche er sich beruft⁹.

3. Dagegen entlehnt der Schutz des redlichen Erwerbers von der Erfindung das Erforderniß der Erfizbarkeit der Sache¹⁰; bei Sachen,

der *rescissoria Publiciana actio* (§ 5 I. 4, 6, l. 35 pr. D. 44, 7) verstehen, welche auf „Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, und Aufhebung der in Abwesenheit des früheren Besitzers erfolgten Verjährung“ gerichtet sei, bekanntlich aber wegfallt, „wenn das verloren gegangene R. nach dem strengen R. ungültig war“. Vgl. noch Scharlach *ACPra.* LXII S. 464 fg. [Pro herode? Wendi *ACPra.* LXXVI S. 402 fg.]

⁶ Auch hier genügt ein f. g. putativer Titel. Das wird weniger durch die gewöhnlich dafür angeführten Stellen bewiesen (l. 5 D. 6, 2 spricht von einer wirklichen Tradition auf irrigen Beweggrund hin, in den Fällen der l. 7 § 4 l. 13 § 2 D. 6, 2 ist immerhin die äußere Erscheinung eines Titels vorhanden), als durch die Analogie der Erfindung. Huschke S. 56. 71. 72, Brinz 2. Aufl. I S. 719 fg. Vgl. Sf. VI. 150. A. M. Gimmerthal S. 97 fg.

⁷ L. 7 § 12. 14 D. 6, 2. Zu l. 11 § 3 eod. vgl. l. 4 D. 41, 10 und Bangerow a. a. O. II Nr. 1. d, Arndts § 170².

⁸ Die Vorschrift des c. R. (§ 177⁴) bezieht sich zwar nur auf die Erfindung; aber wenn das unredliche Bewußtsein ein Hinderniß des Eigenthumserwerbes ist, so muß es auch ein Hinderniß der Abforderung der Sache wie einer eigenen sein. Viele sind jedoch entgegengesetzter Meinung; vgl. Schmid § 16¹⁸, Bangerow a. a. O. Nr. II. 1. d a. E., Gimmerthal S. 109 fg., Brinz 2. Aufl. I S. 721, Wächter II S. 188, Dernburg I S. 544.

⁹ L. 1 § 2. l. 11 § 2. l. 12 § 1. l. 15 D. 6, 2. Huschke S. 22. 60 fg., Brinz 2. Aufl. I S. 717 fg. A. M. Sintenis I § 53¹¹, Pagenstecher III S. 196—198, Keller S. 292, Gimmerthal S. 81 fg., Schirmer fr. *BZS.* XVIII S. 347 fg., Schulin das. XVIII S. 526 fg., Dernburg I § 228⁸ [Wendi *ACPra.* LXXVI S. 406 fg., Szymanski Setzt die act. Public. immer ehemaligen Besitzervorb voraus? Bresl. Diff. 1896], vgl. auch Lenel Beitr. (3) S. 18 fg., Sf. XXIX. 220. Die Beschränkung, welche Bangerow a. a. O. Nr. II. 1. a hinzusetzt, daß wenigstens der Ausrheber im Besitz der Sache gewesen sein müsse, hat in den Quellen ebensowenig Anhalt, wie die von Schmid I S. 361 behauptete, daß der Ausrheber auch seinerseits redlicher Erwerber gewesen sein müsse. — Salkowski, Fortsetz. v. Glück 49 S. 660 fg. [Pfflüger *ACPra.* LXXVII S. 20 fg.] S. auch die folgende Note.

¹⁰ Die formula der *actio Publiciana* war nicht auf redlichen Erwerb, sondern auf die Voraussetzungen der Erfindung gestellt („si quem hominem A* A* emit et is ei traditus est anno possedisset, tum si eum hominem d. q. a.

welche der ordentlichen Erfindung entzogen sind, ist auch er ausgeschlossen¹¹.

4. Der redliche Erwerb hilft nicht demjenigen Besizer gegenüber, welcher besseres oder gleiches Recht hat. Besseres Recht hat der Eigenthümer¹²; gleiches Recht hat derjenige, welcher ebenfalls in redlicher Weise erworben hat. Jedoch ist in diesem letzteren Falle zu unterscheiden, ob die streitenden Parteien sich auf denselben Rechtsurheber berufen, oder jede auf einen verschiedenen: in dem ersten Fall geht nicht der gegenwärtige Besizer vor, sondern der erste Erwerber¹³. Uebrigens ist es natürlich nicht ausgeschlossen, daß dem redlichen

eius ex iure Quiritium esse oporteret⁴, Gai. IV. 36). Besitz des Klägers (s. die vorige Note), wo die angerufene Erwerbthat sache ihn nicht erforderte, wurde durch diese Fassung der intentio nicht verlangt.

¹¹ L. 9 § 5 D. 6, 2, „Haec actio in his, quae usucapi non possunt, puta furtivis vel in servo fugitivo, locum non habet“. [Wendt ACPr. LXXVI S. 404 fg.] L. 12 § 4 D. 6, 2. L. 12 § 2 D. 6, 2 ist von der Erfindung des vectigalischen R. zu verstehen (vgl. § 182⁵). — Ueber die Meinung, daß es nach Justinianischem R. nicht auf die ordentliche, sondern auf die außerordentliche Erfindung ankomme (Obrock p. 58 sqq., Sintenis I § 53¹⁶), s. Schmid § 16⁹, Vangerow a. a. D. Nr. II. 1. b.; über eine von Andern behauptete Einschränkung des fraglichen Satzes Vangerow das. und Schmid Note⁷. Gimmerthal S. 115 fg. — Der letztgenannte Schriftsteller schließt übrigens die actio Publiciana ferner (abgesehen von praedia vectigalia) auch bei allen res nec mancipi aus, und zwar auch für das heutige Recht! (Der Grundgedanke seiner Schrift ist, daß die actio Publiciana zum Zweck des Schutzes der Tradition von res mancipi eingeführt worden sei.)

¹² Gegen den Publicianischen Anspruch gilt die Einrede des Eigenthums, l. 16. 17 D. 6, 2. Huschke S. 84 ff. Nicht die Einrede des Eigenthums eines Dritten. Vgl. Bähr Jahrb. f. Dogm. XXVI S. 236 fg.

¹³ So l. 9 § 4 D. 6, 2. Widersprechend l. 31 § 2 D. 19, 1. Nach dieser Stelle soll auch bei Verschiedenheit der Ausrheber der erste Erwerber vorgehen. (Bereinigungsversuche: die Stelle sage nicht, daß der erste Erwerber auch als Kläger immer siege, Vangerow a. a. D. Nr. II. 2. b; sie spreche nur von dem Verhältnis der redlichen Erwerber gegen Dritte, Schmid I S. 364 fg., Savigny VII S. 308^m, Eisele Jahrb. f. Dogm. XIV S. 1 fg. [welcher letztere auch den ersten Theil der l. 9 § 4 cit. auf den gleichen Fall bezieht]; sie gebe demjenigen den Vorzug, welcher zuerst den Kaufpreis gezahlt habe, Rissen kaufliche Tradition S. 12 fg.; vgl. auch Huschke 3 S. f. CR. u. Pr. XX S. 187—189 und R. der Publicianischen Klage S. 94 fg., Gimmerthal S. 115 fg.) Die Entscheidung der l. 9 § 4 ist vorzuziehen, weil sie der Aconssequenz entspricht. Bei Gleichheit der Ausrheber muß der Publiciana die exceptio rei (venditae et) traditae nicht minder entgegenstehen, wie der rei vindicatio (vgl. Schlicmann Lehre vom Zwange S. 165—178); aber es ist kein Grund ersichtlich, weshalb auch bei Verschiedenheit der Ausrheber der erste Erwerb besseres R. begründen sollte. Vgl. Bruns Jahrb. d. gem. R. IV S. 19—21, Dernburg I § 228 III, Cf. ACPr. XXVI. 210.

Erwerber gegen die Einrede besseren oder gleichen Rechts seinerseits eine Vertheidigung zusteht¹⁴.

[Das **§§**. hat keine publicianische Klage römischen Stils. Ihm dient statt dessen bei Grundstücken die Präsumtion des Eigenthums zu Gunsten des als Eigenthümer Eingetragenen (891), und die Wirksamkeit des Erwerbes im Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs (892); bei beweglichen Sachen die Eigenthumspräsumtion des § 1006, der Erwerb des Eigenthums in gutem Glauben an das Recht des Rechtsurhebers, endlich die deutschrechtliche Klage aus dem älteren Besitz. (Ueber diese Gierke (ob. S. 889) S. 46 fg.

¹⁴ L. 24 D. 44, 2, l. 4 § 32 D. 44, 4, l. 35 D. 44, 7, l. 57 D. 17, 1, l. 12 pr. D. 6, 2. I. 57 cit. „Mandatum distrabendorum servorum defuncto qui mandatum suscepit intercidisse constitit. Quoniam tamen heredes eius errore lapsi, non animo furandi, sed exsequendi, quod defunctus suae curae fecerat, servos vendiderant, eos ab emtoribus usucaptos videri placuit: sed venaliciarium ex provincia reversum Publiciana actione non [in-] utiliter acturum, quum exceptio iusti domini causa cognita detur, neque oporteat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum affici damno“. Die Stelle ist von einer Wiedereinsetzung wegen Abwesenheit zu verstehen, und vor „causa cognita“ ein „tantum“ hinzuzudenken: die Lesart „inutiliter“ hat die Autorität der Griechen für sich, und ist auch von Mommsen in den Text aufgenommen worden. S. Bangerow a. a. O. Nr. II. 2. a, und namentlich Savigny VII Weil. XIX; vgl. aber auch Keller Civilproc. Note⁹⁴⁶, Schloßmann zur Lehre vom Zwange S. 147 fg., Voigt ius naturale IV Note¹³²² (gegen die beiden letzteren Wach zu Keller a. a. O.), Brinz 2. Aufl. I S. 722, Leonhard Irthum S. 360 (gegen diesen Lotmar fr. BZS. XXVI S. 236), [Erman XIII S. 181 fg.] [[non inutiliter bei Papinian: Wölfflin fr. BZS. XXXIII S. 17 fg.]] — Eine Vertheidigung gegen die Einrede besseren oder gleichen R. ist auch in dem Falle nicht ausgeschlossen, wo das bessere oder gleiche R. auf einen Erwerb vom Kläger selbst (z. B. durch Veräußerung desselben) oder dem Kläger gegenüber (z. B. durch eine gegen denselben vollendete Erbsitzung) gegründet wird. S. die drei letzten der oben citirten Stellen. Daher hilft unter Umständen die actio Publiciana auch dem gewesenen Eigenthümer (der ja durch den Verlust des Eigenthums nicht aufhört, redlich erworben zu haben) gegen den jetzigen Eigenthümer. Dieß ist einer der Grundgedanken des oben citirten Buches von Schulin (vgl. im Uebrigen § 174⁹). Man wird auch den gewesenen Eigenthümer einem ganz Unberechtigten gegenüber nicht schlechter stellen dürfen, wie gegenüber dem gegenwärtigen Eigenthümer, also ihm auch dem ganz Unberechtigten gegenüber, wenn dieser ihm entgegengesetzt, daß er aufgehört habe, Eigenthümer zu sein, dieselbe Vertheidigung gewähren müssen, welche er gehabt haben würde, wenn der gegenwärtige Eigenthümer ihm entgegengesetzt hätte, daß er, und zwar an ihn, sein Eigenthum verloren habe. Vgl. in dieser Beziehung auch l. 12 pr. D. 6, 2 („sive extraneus“). Wenn aber Schulin noch weiter geht, und dem gewesenen Eigenthümer die Publiciana actio gegen den unberechtigten Besitzer schlechthin gibt, so daß also eine Vertheidigung aus dem Verlust des Eigenthums gegen dieselbe gar nicht zulässig sein soll (S. 3. 79. 147. 204), so ist das mindestens äußerst bedenklich, jedenfalls ohne quellenmäßigen Anhalt. S. auch Brinz fr. BZS. XVI S. 251. 252, Feß Jahrb. f. Dogm. XIV S. 207 fg., Dernburg I § 228¹⁰; andererseits wieder Schulin fr. BZS. XVIII S. 536 fg. [Erman XIII S. 173 fg.]

1. Wer eine bewegliche Sache erweislich im Besitze gehabt hat, — es muß nicht Eigenbesitz gewesen sein, und es genügt auch mittelbarer Besitz (so auch Gierke S. 50 fg.) — kann von dem Besitzer die Herausgabe verlangen, wenn dieser erweislich bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war. Es muß ihm also bewiesen werden, daß er kein Recht zu besitzen hat (es genügt nicht der Beweis, daß er nicht Eigenthümer ist), und daß er dieß bei seinem Besitzerwerb gewußt oder nur durch grobe Fahrlässigkeit nicht gewußt hat (1007 Abs. 1). Ob die Klage auch gegen den mittelbaren Besitzer gerichtet werden kann, unterliegt gleichen Zweifeln wie bei der vindication des Eigenthümers (s. ob. S. 890), dürfte aber mit Gierke S. 53 fg. zu bejahen sein. Gegen den bloßen Besitzgehilfen des § 865 ist die Klage nicht zulässig (Gierke S. 52).

2. Ist eine Sache außer Geld und Inhaberpapieren dem früheren Besitzer erweislich gestohlen, verloren gegangen, oder sonst abhanden gekommen, so kann er dieselbe auch dem gutgläubigen Besitzer abverlangen, es sei denn, daß dieser (dem in solchem Falle die Präsuntion des § 1006 Abs. 1 nicht zur Seite steht) beweist, daß er Eigenthümer ist, oder daß er schon vor der Besitzzeit des Klägers einmal besaß und ihm die Sache gestohlen, verloren gegangen, oder sonst abhanden gekommen war (1007 Abs. 2).

3. In beiden Fällen ist der Anspruch ausgeschlossen, wenn der Beklagte beweist, daß der Kläger bei seinem Besitzerwerb nicht in gutem Glauben war, d. h. auch hier, daß er wußte oder in Folge grober Fahrlässigkeit nicht wußte, daß ihm kein Recht zu besitzen zustehe, oder wenn er erweislich den Besitz aufgegeben hat. Hat er dieß gethan, so kann ihm die Sache nicht gestohlen, verloren gegangen, oder sonst abhanden gekommen sein; also ist der Beweis der Aufgabe des Besitzes durch den Kläger, wenn dieser sich auf § 1007 Abs. 2 stützt, nur Gegenbeweis gegen den Klaggrund (Gierke S. 59 fg.); nur wenn Kläger den bösgläubigen Besitzer aus § 1007 Abs. 1 verfolgt, ist die Behauptung seiner freiwilligen Besitzaufgabe eine selbständige Einwendung.

4. Auf den Anspruch finden im Uebrigen die Grundsätze von der vindicatorischen Eigenthumsklage (986—1003) entsprechende Anwendung; somit schlägt auch (arg. 986) jeder Beweis eines dem Kläger gegenüber wirksamen dinglichen oder obligatorischen Besitzrechtes (986) die sonst begründete Klage zurück (Gierke S. 56 fg.)

Fünftes Kapitel.

Die Dienstbarkeiten*.

I. Begriff**.

§ 200.

Die Dienstbarkeiten sind Rechte an fremder Sache, d. h. dingliche

* Vuden die Lehre von den Servituten (1837). E. Hoffmann die Lehre von den Servituten nach r. R. 2 Bde. (1838. 1843). R. Elvers die römische Servitutenlehre (1854. 1856; vgl. über diese Schrift Kunze Heidelb. fr. Z. S. II S. 227—268, Arndts fr. Uebersch. II S. 161—165). L. Schönemann die Servituten (1866). Glück IX. X S. 1—268.

** Elvers § 4. 5, Böding II § 160. 161, Sintenis I § 57, Bangerow

Rechte, welche die Sache, an welcher sie stattfinden, nicht in der Gesamtheit ihrer Beziehungen, sondern nur in einer einzelnen Beziehung, oder mehreren einzelnen ihrer Beziehungen, erfassen (§ 145. 167). Die Dienstbarkeiten sind aber nicht die einzigen Rechte an fremder Sache¹; neben ihnen stehen das Pfandrecht, die Emphyteusis und die Superficies. Von dem Pfandrecht unterscheiden sie sich, abgesehen von der unselbständigen Natur des letzteren, dadurch, daß der hauptsächlichste Inhalt des Pfandrechts in der Befugniß besteht, dem Eigenthümer sein Eigenthumsrecht zu entziehen, während die Dienstbarkeiten das Eigenthumsrecht nur beschränken²; von Emphyteusis und Superficies unterscheiden sie sich dadurch, daß die von diesen letzteren Rechten ausgehende Beschränkung des Eigenthumsrechts so groß ist, daß dasselbe fast aufgehoben wird, während die Dienstbarkeiten auf dem Principe beruhen, daß das Eigenthumsrecht ihnen gegenüber immer die Hauptsache ist, sie dem Eigenthumsrechte untergeordnet bleiben³.

I § 338, Dernburg I § 235. Vgl. auch Meißner Besitz und Besitzschutz S. 384 fg. Ueber die Schrift von J. Osner, der Servitutenbegriff nach r. und österr. R., Wien 1884, vgl. H. Pernice (der Jüngere), Sav.-ZS. V S. 279 fg., Bähr fr. ZS. XXVII S. 151. [Fuchs das Wesen der Dinglichkeit S. 23 fg., Staub RR. V S. 29 fg., Dertmann Jahrb. f. Dogm. XXXI S. 448.]

¹ Es gab eine Zeit im r. R., in welcher die Dienstbarkeiten allerdings die § 200. einzigen Re an fremder Sache waren. Sie allein unter den Re an fremder Sache gehören dem Civile an; alle anderen sind prätorischen Ursprungs. Aus dieser Zeit stammt auch ihre Bezeichnung als *servitutes*. *Servitus* bezeichnet zunächst den Zustand der Unfreiheit der Sache, dann auch das Recht, kraft dessen dieser Zustand stattfindet. Als unfrei aber wird gedacht diejenige Sache, welche einem Andern dient, als ihrem Eigenthümer, wie der Mensch unfrei ist, welcher überhaupt dient. (Wie der Mensch sich in einem nicht naturgemäßen Zustand befindet, wenn er überhaupt dient, so die Sache, wenn sie einem Andern dient, als ihrem Eigenthümer.) Der Ausdruck paßt also an und für sich auf jedes R. an fremder Sache; aber es war natürlich, daß, als sich neben den Re an fremder Sache, welche bis dahin allein bestanden hatten, neue bildeten, diese letzteren besondere Namen erhielten, und so der Ausdruck für jene ersteren technisch wurde. Ebenso wenig darf man sich jedoch darüber wundern, daß der Ausdruck *servitus* vereinzelt auch auf diese neuen Re angewendet worden ist, so z. B. in l. 86 § 4 D. 30 auf die Superficies, vgl. auch l. 1 § 22 D. 39, 3. Der deutsche Ausdruck Dienstbarkeit entspricht dem römischen Ausdruck *servitus* in jeder Beziehung.

² Dies ist es, was man meint, wenn man die Dienstbarkeiten Gebrauchs- oder Nutzungsre nennt.

³ Ueber den Werth dieses Principes s. Keller S. 317. 318, Fhering Geist des r. R. II § 33 zu ³⁶⁶ fg. Vgl. auch Böding II S. 198. 199, welcher so weit geht, den Unterschied zwischen den Dienstbarkeiten einerseits, und der Emphyteusis

Aus dem Begriff der Dienstbarkeit als eines Rechts an der Sache folgt, daß ihr Inhalt nicht eine dem Berechtigten zu machende Leistung

und der Superficies auf der andern Seite für einen nicht bloß quantitativen, sondern qualitativen zu erklären. — Man nimmt in die Definition der Dienstbarkeiten wohl das Moment auf, daß sie untrennbar an eine bestimmte Person oder an ein bestimmtes Grundstück geknüpft seien. Aber dieß ist, was die persönlichen Dienstbarkeiten angeht, nur eine Consequenz des im Text bezeichneten allgemeinen Princip; für die Grunddienstbarkeiten beruht es darauf, daß der einmal festgestellte Inhalt eines R. nicht willkürlich geändert werden darf (§ 209, 1. 5). (S. übrigens auch Wächter das Superficiar- oder Plaz. S. 201 fg.) — Ueberhaupt ist über die richtige Bestimmung des Begriffes der Dienstbarkeiten viel verhandelt und gestritten worden, und wird noch immer verhandelt und gestritten. Duroi (MCPr. VI S. 278 fg. [1823]), vgl. Büchel civilr. Erörterungen I 3 S. 10—12) sieht in der Dienstbarkeit ein Eigenthumstr., Eigenthumstr. an einer unkörperlichen Sache, was ausführlich durch Puchta Rhein. Mus. I S. 286 fg. (1827) widerlegt worden ist, vgl. auch Vangerow a. a. D. Anm. 1 (S. 688 der 7. Aufl.). Eine gewisse Verwandtschaft mit dieser Ansicht hat die von einem neueren Bearbeiter der Lehre, Eivers, aufgestellte Ansicht (a. a. D. S. 29—52, wonach die Dienstbarkeit ebenfalls ein R. (dominium) an einer juristisch fingirten Sache sein soll, nämlich an einer als selbständige Sache gedachten Eigenschaft einer körperlichen Sache. Und ähnlich lehrt jetzt auch Reuner Wesen und Arten der Privatverhältnisse S. 57 fg. vgl. S. 108. 132, übrigens nicht bloß für Dienstbarkeiten, sondern für alle Re an fremder Sache, dieselben seien nicht Re an der Sache, sondern an der bestimmten, als besonders sachliches Gut ausgeschiedenen „Draughlichkeit“ der Sache, oder nach römischer Auffassung, welche die Thatfache und das R. auf die Thatfache identificire, das bestimmte Gebrauchen- oder Benützen-Dürfen selbst. Noch schlimmer Siebenhaar Correalobligationen S. 153. 193. 194: bei der (Grund-) Dienstbarkeit gelte „eine den Vortheil eines Gebrauchs gewährende natürliche Eigenschaft der Sache als von dieser getrennt und als auf eine andere Sache übergegangen“. — Sehr verbreitet ist die, bei den verschiedenen Schriftstellern freilich noch in verschiedenen Modificationen auftretende, Ansicht, die Dienstbarkeiten seien Eigenthumsbestandtheile, Eigenthumselemente, welche aus dem Eigenthumstre dem Re oder der Ausübung nach ausgeschieden, losgelöst, in dieser Ausschreibung und Loslösung zu selbständigen Reu geworden seien (Büchel civilr. Erörterungen I. 3 S. 7—12 [1834]. II. 2 S. 273—276 [1839]. 2. Aufl. I S. 439 fg. [1846], Scheurl JS. f. gesch. RW. XII S. 241—255 [1845], Arndts JS. f. GR. u. Pr. N. F. III S. 250 fg. [1847], Vangerow a. a. D. Anm. 1). Ich muß mich auch gegen diese Auffassung erklären. So wenig wie die Dienstbarkeiten nach ihrer Begründung Eigenthumsbestandtheile sind, so wenig sind sie aus Eigenthumsbestandtheilen gebildet. Die Vertheidiger dieser Ansicht scheinen allein, oder doch vorzugsweise, den Fall im Auge zu haben, wo die Dienstbarkeit von dem Eigenthümer bestellt worden ist. Allein selbst in diesem Fall ist die Dienstbarkeit zwar kraft des Eigenthums begründet, aber immer noch nicht umgebildetes Eigenthumselement; sie ist durch die ununterschiedene im Eigenthumstr. liegende Macht geschaffen, nicht aber z. B. der Nießbrauch kraft des Gebrauchs- und Fruchtgenußs. des Eigenthümers, die Begegerechtigkeit kraft des R. des Eigenthümers zu gehen zc. Veruht aber die Dienstbarkeit nicht auf der Bestellung des Eigenthümers, sondern auf Ersetzung, richterlicher Verfügung oder Gesetz, so fehlt selbst für die so gefaßte Zurückführung der

sein kann (darüber das Nähere im folgenden §); aus ihrem Begriff als eines Rechts an fremder Sache folgt, daß Niemand an seiner eigenen Sache eine Dienstbarkeit haben kann⁴.

Der Begriff der Dienstbarkeit ist, wie der des Besitzes, von Sachen auf Rechte übertragen worden, jedoch nur im beschränkten Maße: Rechte können nicht den Gegenstand einer jeden Dienstbarkeit, sondern nur den Gegenstand des Nießbrauchs bilden⁵.

Dienstbarkeit auf das Eigenthum jeder Anhalt. Vgl. Kunze Heidelb. Kr. 38. II S. 237—244, Wirth die libertatis usucapio (1854) S. 40—51, Brinz S. 258. 259 (f. aber auch 2. Aufl. I S. 760, Böding § 159⁷, Dernburg Pfandr. I S. 126—128, Schönemann S. 17—23, F. P. Bremer das Pfandr. und die Pfandobjecte (1867) S. 15 fg., Wächter II S. 206 fg., Dernburg I § 237 z. A. Man hat sich für die hier verworfene Ansicht auch auf Quellenzugnisse berufen, namentlich auf l. 5 § 9 D. 39, 1, wo es von dem Besteller einer Grunddienstbarkeit heißt: „ius suum deminuit, alterius auxit“ — also wenn nicht auch dadurch das Eigenthumsr. ein ius deminutum wäre, daß für die Sache ein anderer Wille als der des Eigenthümers maßgebend ist, — ferner auf Stellen, in denen gesagt wird, daß „ususfructus in multis casibus pars domini est“ (l. 4 D. 7, 1), „fructus portionis instar obtinet“ (l. 76 § 2 D. 31), ohne zu bedenken, daß diese Stellen, wenn man sie beim Worte nehmen wollte, beweisen würden, daß der Nießbrauch auch nach seiner Begründung pars domini sei. Dieselben wollen in der That nur sagen, daß der Nießbrauch, als die weitestgehende unter allen Dienstbarkeiten, in dieser oder jener Beziehung behandelt werde, als handle es sich um ein Stück Eigenthum (vgl. § 167⁴ und die das. citirten Stellen); in anderen Stellen heißt es denn auch umgekehrt, der Nießbrauch sei nicht „dominii pars, sed servitu(tis)“ (l. 25 pr. D. 50, 16), „in iure non in parte consistit“ (l. 66 § 6 D. 31), „in quibusdam casibus non partis effectum obtinere convenit“ (l. 33 § 1 D. 7, 1, f. auch l. 13 § 2 D. 46, 4). Beim Wort genommen hat jene Stellen Bachofen v. Pfandr. I S. 97 fg. Nach ihm ist der Nießbrauch wirklich auch nach seiner Begründung ein Stück des Eigenthums, „das eine Eigenthumsrecht wird statt von einer Person von zweien ausgeübt“. Vgl. noch Dernburg Pfandr. I S. 132, Baron Kr. 338. VII S. 516, Degenkolb Plagr. und Miethe S. 161, auch Scheurl Theilbarkeit als Eigenschaft von Dien S. 57. — Eine andere hierher gehörige Frage ist: gehört zur Definition der Dienstbarkeit das Moment der Eigenthumsbeschränkung? Antwort: nein; die Eigenthumsbeschränkung ist eine Wirkung der Dienstbarkeit, aber die Dienstbarkeit besteht nicht in der Eigenthumsbeschränkung. Sie ist einfach ein Recht des Nichteigenthümers. Vgl. § 201¹.

⁴ „Nulli res sua servit“, l. 26 D. 8, 2, vgl. l. 5 pr. D. 7, 6. Eivers § 14. Der Eigenthümer hat als solcher jedes R., welches möglicherweise den Inhalt einer Dienstbarkeit bilden kann; aber er hat es nicht als Dienstbarkeit, sondern als Stück seines Eigenthums (l. 63 D. 7, 1: — „qui fundum habet . . . usumfructum non [habet]“). Es gilt also dafür auch nicht das R. der Dienstbarkeiten. Vgl. l. 26 pr. D. 33, 2, l. 36 § 1 D. 7, 1. Dienstbarkeit gegenüber dem Miteigenthum: vgl. § 215⁹. [Gerde: Kann der Miteigenthümer eine Servitut an der gemeinsamen Sache haben? Erl. Diff. 1896.] Cf. VI. 153, XXII. 19. 216. Vgl. noch das. XXIV. 216.

[Die Dienstbarkeiten des BGB. sind im Wesentlichen dasselbe wie diejenigen des gemeinen Rechts. Zu einer Leistung verpflichten sie den Eigenthümer der belasteten Sache, wenn man auf den Hauptinhalt des Rechts sieht, nicht; eine Unterhaltungspflicht in Ansehung der zur Ausübung der Servitut gehörigen Anlage kann den Eigenthümer treffen (1021. 1090 Abs. 2), ist aber correct der entsprechenden Anwendung der Vorschriften über Reallasten unterstellt (1021 Abs. 2). Daß der Begriff des dinglichen Rechts positive Leistungspflicht ausschliesse, kann man nach Ansicht des BGB. nicht sagen; denn die Reallast selbst betrachtet das BGB. als eine dingliche Belastung des Grundstücks (1105), ebenso wie Hypothek (1113), Grundschuld (1191), Rentenschuld (1199), während freilich dieß alles Erscheinungen sind, die ohne Hinzunahme obligatorischer Elemente nicht erklärt werden können. S. Stobbe-Vehmann II § 138. § 147, 1. 2. Den Satz *nomini res sua servit hat* das BGB. nicht anerkannt; vgl. 1009. 889. An Rechten finden auch im BGB. andere Dienstbarkeiten als der Nießbrauch (1068 fg.) nicht statt; ausgenommen an dem Erbbaurecht, an welchem, da es wie ein Grundstück behandelt wird (1017), alle Rechte stattfinden, die an Grundstücken möglich sind.]

II. Arten*.

§ 201.

1. Ihrem Inhalte nach sind die Dienstbarkeiten entweder positive (affirmative) oder negative. Positiv sind diejenigen, kraft deren der Wille des Berechtigten in positiver Richtung, negativ diejenigen, kraft deren der Wille des Berechtigten in negativer Richtung maßgebend für die Sache ist. Die positiven Dienstbarkeiten berechtigen den Berechtigten zu einem Thun, und verpflichten den Eigenthümer der dienenden Sache zu einem Leiden; die negativen berechtigen den Berechtigten zu einem Verbieten, und verpflichten den Eigenthümer zu einem Nichtthun¹. Dienstbarkeiten, welche den Eigenthümer zu

⁵ S. § 206 zweiter Abs. Insofern ist auch der Satz der Quellen: „*servitus servitutis esse non potest*“ (l. 1 D. 33, 2, vgl. l. 33 § 1 D. 8, 3) nicht vollständig richtig. S. daselbst. — Andere erklären den Satz *servitus servitutis esse non potest* statt aus der Unkörperlichkeit, aus der Unveräußerlichkeit der Dienstbarkeiten, s. Büchel *civ. Erörterungen* I. 3 S. 12—13 und 2. Ausg. S. 423—425, Bangerow a. a. O. Anm. 2 Nr. 3, Evers S. 224. Vgl. noch Schmidt (von Ilmenau) *Jahrb. d. gem. R.* III S. 259. 260. Scialoja *Studi Sinesi* I p. 109 s. Bianchi *Rivista italiana* II p. 47 s.

* Evers § 4. 6. 10—12, Böcking II § 160. 161, Sintenis I § 58, Bangerow I § 339, Dernburg I § 235. 238.

§ 201. ¹ L. 15 § 1 D. 8, 1⁽²⁾ bezeichnet als „*servitutum natura*“, daß Jemand „*aliquid patiatur aut non faciat*“. Die im Texte hervorgehobene Beziehung der Dienstbarkeit auf den Eigenthümer der dienenden Sache darf nicht als Beschränkung gefaßt werden. Die Dienstbarkeit gewährt die Befugniß, welche sie gewährt, nicht bloß gegen den Eigenthümer, sondern in gleicher Weise auch gegen

einem Thun verpflichteten, also den Berechtigten zu einem Fordern berechtigten, kann es dem Begriffe der Dienstbarkeit nach nicht geben²; ein Recht dieser Art ist kein Recht an der Sache, sondern ein Recht gegen die Person³.

[Die Stellung des § 201. hierzu ist bereits § 200 a. E. bezeichnet.]

2. Wichtiger ist die Eintheilung der Dienstbarkeiten in persönliche und Grunddienstbarkeiten⁴. Persönliche Dienstbarkeiten sind diejenigen, welche bestimmt sind, den Interessen einer Person, Grunddienstbarkeiten sind diejenigen, welche bestimmt sind, den Interessen eines Grundstücks zu dienen. Bei den Grunddienstbarkeiten wird das Grundstück, dessen Interessen sie dienen, geradezu als das berechnete Subject bezeichnet⁵. Jedoch ist diese Bezeichnungsweise nicht der

jedem Dritten; das Verhältniß des Berechtigten zum Eigentümer wird nur deswegen besonders betont, weil dieser als solcher ein entgegenstehendes R. hat, welches eben durch die Dienstbarkeit überwunden wird. Die entgegengesetzte Meinung, daß die Beziehung auf den Eigentümer dem Begriffe der Dienstbarkeit wesentlich sei, vertheidigt mit Lebhaftigkeit Böcking II § 159. § 160 d. E. auch Brinz 2. Aufl. I § 186.

² L. 15 § 1 D. 8, 1. „*Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatum aut non faciat*“. L. 6 § 2 D. 8, 5, l. 12 D. 33, 1.

³ Der Wille des Berechtigten ist nicht für die Sache entscheidend, sondern für die Person des jeweiligen Eigentümers. Es kann aber ein solches obligatorisches R. mit einer Dienstbarkeit sehr wohl in der Weise verbunden sein, daß durch die Dienstbarkeit auch es ohne Weiteres begründet ist; dieß findet z. B. bei der *servitus oneris ferendi* statt. S. unten § 211a³. Vgl. über den ganzen Satz Vangerow I § 338 Anm. 2 Nr. 1, Elvers § 6, Böcking § 160. e—h, Wächter II S. 210 fg. Cf. XVIII. 15, XIX. 18; XVII. 8, XXVI 108, XXXIV. 16.

⁴ L. 1 D. 8, 1. „*Servitutes aut personarum sunt, ut usus et usufructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum*“. L. 4 D. 8, 3: — „*praedii magis quam personae videtur*“. L. 20 i. f. eod.: — „*ius non hominis sed praedii est*“. L. 15 pr. D. 8, 1: „*hominum — praediorum servitutes*“. L. 8 § 3 D. 34, 3: „*personalis servitus*“. Die Grunddienstbarkeiten werden vorzugsweise *servitutes* genannt, und ihnen als *servitutes* die persönlichen Dienstbarkeiten durch specielle Bezeichnung ihres Inhalts entgegengesetzt. Vgl. z. B. § 3 I. 2, 2: — „*Eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum, quae etiam servitutes vocantur*“. L. 9 § 7 D. 4, 2: — „*si usufructus vel servitutes amissae sunt*“. L. 1 pr. D. 13, 3. Deutlich tritt dieser Sprachgebrauch auch in den Rubriken von Inst. II. 3—5, Dig. VII. VIII. XXXIII. 2. 3, Cod. III. 33. 34 hervor. Vgl. noch Cf. XXIII. 12.

⁵ Vgl. die in der vorigen Note citirten Stellen, und die sehr geläufigen Bezeichnungen: *servitus praedio debetur, fundus fundo servit*, und ähnliche (z. B. l. 23 § 2. 3 D. 8, 3, l. 6. 21 D. 8, 2, l. 12 D. 8, 4, l. 140 i. f. D.

richtige Ausdruck des stattfindenden Rechtsverhältnisses; es ist bei den Grunddienstbarkeiten nicht etwa das Grundstück zur juristischen Person erhoben, sondern der zur Dienstbarkeit Berechtigte ist kein Anderer, als der jedesmalige Eigentümer des Grundstücks⁶. — Das Princip des nothwendigen Ueberwiegens des Eigenthums ist bei den persönlichen Dienstbarkeiten durch die Beschränkung ihrer Dauer gewahrt; sie dauern nur so lange, wie das Leben des Berechtigten, gehen nicht auf seine Erben über⁷. Bei den Grunddienstbarkeiten ist dieses Princip dadurch gewahrt, daß dieselben nur an Grundstücken stattfinden können⁸, und die Nugkraft eines Grundstücks durch die Interessen eines andern Grundstücks nie in einer das Eigenthum erschöpfenden Weise in Anspruch genommen wird.

[Vgl. §§. 1061. 1090 Abs. 2.]

3. Endlich werden die Dienstbarkeiten noch eingetheilt in ständige und nicht ständige Dienstbarkeiten⁹, jenachdem ihre Ausübung eine ständige oder nicht ständige ist¹⁰.

[Diese Eintheilung ist auch für das §§. nicht unbrauchbar.]

45, 1. l. 12 D. 8, 1, l. 31 D. 8, 3), ius praedii, fundi (z. B. l. 1 § 1 D. 1, 8, l. 20 D. 8, 1, l. 20 § 3 D. 8, 3, l. 15 D. 13, 7). In gleicher Weise sagen wir heutzutage: herrschendes Grundstück.

⁶ Der Hauptverteidiger der entgegengesetzten Ansicht ist Böding. Vgl. § 57¹⁰, und f. außer den daselbst genannten noch Steinlechner das Wesen der juris communio II S. 195, Dernburg I § 238 Abs. 4. Ein Gegengrund gegen die hier verteidigte Ansicht liegt auch nicht, wie Elvers S. 100. 101 glaubt (vgl. Böding § 161¹²), in dem Satze, daß der Verlust der Dienstbarkeit wegen Nichtausübung auch durch die Ausübung von Seiten des Nichteigenthümers des herrschenden Grundstücks, ja selbst des unredlichen Besitzers, ausgeschlossen wird, l. 12 D. 8, 6. Elvers denkt sich diese Ausübung deswegen wirksam, weil sie im Namen des herrschenden Grundstücks geschehe. Keineswegs; sie ist die Ausübung eines an das Grundstück geknüpften R. Daß sie von dem Unberechtigten geschehen ist, schadet hier so wenig, wie dieß bei der persönlichen Dienstbarkeit schadet. Man nehme an, der unrichtige Vermächtnisnehmer, welcher auch weiß, daß ein Anderer der richtige sei, übe den vermachten Nießbrauch aus: auch hier wird dem wahren Nießbraucher seine Nichtausübung keinen Eintrag thun. Es kommt nur darauf an, daß gerade diejenige Dienstbarkeit ausgeübt sei, um welche es sich handelt. Vgl. § 216⁴.

⁷ C. § 202⁴. Vgl. l. 3 § 2. 3 D. 7, 1. § 2 cit. „Ne tamen in universum inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructu, placuit certis modis exstingui usumfructum et ad proprietatem reverti“. Freilich ist später die Möglichkeit auch des Gegentheils anerkannt worden, f. § 215⁷.

⁸ C. § 209⁴.

⁹ Servitutes continuae — discontinuae. Diese Ausdrücke sind nicht quellenmäßig, vgl. aber l. 14 pr. D. 8, 1. Ueber die Sache s. Pfeiffer prakt. Ausführungen II S. 114—116, Kanda der Besitz nach österr. R. § 27⁵⁻⁶.

¹⁰ D. h. je nachdem ihre Ausübung in der Herbeiführung eines dauernden

Im Folgenden soll von den einzelnen Dienstbarkeiten mit Grundlegung der zweiten der genannten Unterscheidungen gehandelt werden.

III. Die einzelnen Dienstbarkeiten.

A. Die persönlichen Dienstbarkeiten.

1. Von den persönlichen Dienstbarkeiten überhaupt.

§ 202.

Den Inhalt einer persönlichen Dienstbarkeit kann Alles bilden, was der Person des Berechtigten von Werth ist. Die umfassendste persönliche Dienstbarkeit ist der Nießbrauch; sie geht auf allen Nutzen, welchen die Sache gewährt, durch ihre Früchte oder durch den Gebrauch, welcher von ihr gemacht werden kann. Aber auch der bloße Fruchtgenuß und der bloße Gebrauch können den Inhalt einer persönlichen Dienstbarkeit bilden¹; ebenso einzelne Sciten des Frucht-

Zustandes, oder in einzelnen unterbrochenen Handlungen besteht. Von der ersten Art sind alle negativen Dienstbarkeiten, sodann alle positiven, welche mit Detention der dienenden Sache verbunden sind, aber auch z. B. die serv. tigni immittendi, stillicidii zc. Von der zweiten Art sind z. B. die Wegegerechtigkeiten. (Auch die Wasserleitungsgerechtigkeit? Man unterscheide zwischen dem R. auf Benützung des fremden Wassers, und dem R. zum Haben einer wasserleitenden Vorrichtung auf dem fremden Grundstück [§ 211^o]. Vgl. Vangerow I § 339 Anm. Nr. II. 1, Kanda a. a. O.²⁴, Cf. XXXI. 14.). — Uebrigens ist die Auffassung Pfeiffer's a. a. O. nicht ganz übereinstimmend mit dem hier Gesagten. Nach seiner Darstellung fallen unter den Begriff der servitutes continuae auch solche Dienstbarkeiten, deren Ausübung in ununterbrochenen Handlungen besteht, wenn nur diese Ausübung eine der Zeit und dem Gegenstande nach im Voraus bestimmte ist.

¹ Dieß ist jedoch, was den bloßen Fruchtgenuß angeht, bestritten. Mit Unrecht; warum sollte nicht der Gebrauchsnutzen der Sache dem Einen zustehen können, der Fruchtutzen einem Andern? Daß dieß in der Weise möglich ist, daß der Eigenthümer den Fruchtutzen hat, ein Nichteigenthümer den Gebrauchsnutzen, leugnet Niemand; es ist nicht abzusehen, warum es nicht auch in der Weise möglich sein sollte, daß der Eigenthümer den Gebrauchsnutzen hat, ein Nichteigenthümer den Fruchtutzen, oder der eine Nichteigenthümer den Gebrauchsnutzen, der andere den Fruchtutzen. So heißt es auch in l. 14 § 3 D. 7, 8: „Poterit . . . apud alium esse usus, apud alium fructus sine usu, apud alium proprietas“. So auch l. 5 § 2 D. 7, 9, l. 13 § 3 D. 46, 4 (in welcher Stelle nichts geändert zu werden braucht; der Jurist erklärt die acceptilatio usus für gültig, weil der usus im ususfructus etwas für sich Bestehendes sei, anders als das Fruchtgenußr. des Eigenthümers im Eigenthum, das Baumaterial in Hause, § 2 eod.). Allerdings ist es ganz richtig, daß Fruchtgenuß ohne ein gewisses Maß des Gebrauchens nicht möglich ist (l. 42 pr. D. 7, 1: „fruenti causa et usum habebit“): hält man dieß fest, und bedenkt man ferner, daß der römische

genusses und einzelne Seiten des Gebrauches². Eine besondere Theorie

Ausdruck *fructus* nicht bloß den engeren Sinn hat, in welchem er bloß den Frucht nutzen bezeichnet, sondern auch einen weiteren, in welchem er auf den gesamten Nutzen der Sache geht, also den Gebrauchsnutzen mit umfaßt (§ 208¹), so erklären sich vollständig die scheinbar entgegenstehenden Stellen I. 14 § 1. 2 D. 7, 8, Paul. sentent. III. 6 § 24. 25. Literatur dieser Frage: Vöhr Magaz. f. RW. und Gesetg. III S. 498—504 (1820). Puchta civil. Abhandl. S. 221 ✓ fg. (fl. civil. Schriften S. 102 fg.) (1823). Loebell de usu et fructu § 4 ✓ (1834). Brinz notamina ad usumfructum § 5 (1849). Keller 3 S. für gefch. RW. XV S. 133 fg. (1850). Vangerow I § 348 Anm. Bachmann über den Inhalt und Umfang der Personalservitut des usus nach r. R. § 36 (1861), und dazu Scheurl fr. VJ S. III. S. 306—309. Dernburg I § 247¹⁴. [Karlowa r. R. gefch. II S. 544].

² Wie z. B. auf Wasserbezug, Weide, Gehen etc. L. 32 D. 7, 1, l. 4. 6 pr. l. 37 D. 8, 3, l. 1 D. 33, 2, l. 6 D. 33, 3, l. 14 § 3 D. 34, 1 (in welcher letzteren Stelle, wenn sie nicht mit den andern angeführten Stellen in Widerspruch stehen soll, gelesen werden muß: „personae tamen eius, qui vicinus non est, non inutiliter [oder *utiliter*] relinquitur“, vgl. über die verschiedenen Erklärungen Mühlenbruch ACPr. XV S. 390 fg., Zachariae von Lingenthal das. XXVII S. 38 fg., Fuchs APrakt. RW. IV S. 313 fg., Vangerow I § 339 Anm. Nr. 1, Böcking II S. 221—223, Arndts § 177², Cohnfeldt in der am Ende dieser Note citirten Schrift S. 70—77 [der Letztere will den ganzen Passus von „nam et haustus aquae“ bis „utendi“ als Glossen hinauswerfen], Schönemann S. 99 fg. [welcher in den Worten „qui vicinus non est“ den Sinn ausgedrückt findet: „der nicht zu dem benachbarten Grundstück hinzulann“!], Serafini Arch. giur. XVIII p. 15 [welcher inutiliter erklärt = ohne Nutzen], und die von diesen Schriftstellern Angeführten. Scialoja Rivista italiana per le scienze giuridiche V p. 38 s. [Anzeige einer Schrift von Brozzi über die genannte Stelle]). Doch ist eine solche Beschränkung des Inhalts bei den persönlichen Dienstbarkeiten nicht das Gewöhnliche — will der Bestellende so weit in der Beschränkung gehen, so wird er leicht auch noch weiter gehen und von allem dinglichen R. absehen, nur eine obligatorische Befugniß einräumen — während die Beschränkung bei den Grunddienstbarkeiten durch den Begriff derselben gegeben ist. Deswegen hat man Dienstbarkeiten der bezeichneten Art unregelmäßige, anomale persönliche Dienstbarkeiten genannt — nicht passend, da das für sie geltende R. kein anderes ist, als das für Nießbrauch und Gebrauchs r. geltende. Noch unrichtiger ist es, wenn man sagt: es könne als persönliche Dienstbarkeit auch eine Grunddienstbarkeit bestellt werden. Was persönliche Dienstbarkeit ist, ist deswegen, weil es eine solche ist, eben nicht Grunddienstbarkeit, steht also auch nicht unter dem Re der Grunddienstbarkeiten, wie denn namentlich das Maß der Ausübung hier lediglich durch das Interesse der berechtigten Person bestimmt wird (vgl. besonders l. 6 pr. D. 8, 3). Ueber diesen Gegenstand gibt es besondere Abhandlungen von: Mühlenbruch ACPr. XV S. 382—393 ✓ (1842), Zachariae von Lingenthal das. XXVII S. 1 fg. (1844), R. Cohnfeldt die f. g. irregulären Servituten nach r. R. (1862, von der Berliner Juristenfacultät gekrönte Preisschrift), [Bloedorn Ist nach r. R. eine einzelne Nutzung als Inhalt von Personalservituten möglich? Greifsw. Diff. 1895.]; f. außerdem Vöhr Magaz. für RW. u. Gesetg. III S. 495—497, Jaffe Rhein. Mus. I S. 73², Vangerow I § 339 Anm. Nr. 1, Ebers § 23, Böcking II S. 214—216, Schönemann § 28. Eine Uebersicht der Dogmengeschichte bei Zachariae a. a. O.

stellt jedoch das römische Recht nur für den Nießbrauch und das Gebrauchsrecht auf: der Grund davon ist, weil für das bloße Fruchtgenußrecht keine anderen Grundsätze gelten, als für das im Nießbrauch enthaltene Fruchtgenußrecht, ebenso für die einzelnen Seiten des Fruchtgenuß- und des Gebrauchsrechts keine anderen Grundsätze, als für das Fruchtgenuß- und Gebrauchsrecht selbst³.

Für alle persönlichen Dienstbarkeiten gilt der Grundsatz, daß sie unzertrennlich an die Person des Berechtigten gebunden sind. Daher sind sie unererblich⁴ und unveräußerlich⁵. Ob nicht wenigstens ihre

§. 5—17 und bei Cohnfeldt § 2. (Dieser letzte Schriftsteller führt sehr genügend aus, daß das Recht auf einzelne Seiten des Fruchtgenusses und Gebrauchs nicht Nießbrauch und Gebrauchs r. sei, aber sehr ungenügend [§. 48. 26. 4], daß es den Inhalt einer persönlichen Dienstbarkeit überhaupt nicht bilden könne. Doch sind seine Quelleninterpretationen beachtenswerth.) Cf. XXIX. 111, XXXVII. 97.

³ Der römischen Theorie vom Nießbrauch unterliegen nicht durchweg eine Reihe Nießbrauchähnlicher Verhältnisse, welche das deutsche R. kennt, wie z. B. der Nießbrauch des Mannes am Vermögen der Frau, die Interimswirtschaft u. Es sind dieß selbständige Nutzungsre, die zunächst ihre eigene rliche Ordnung haben, und für welche die römischen Grundsätze vom Nießbrauch nur ausfüllungsweise in Betracht kommen können. Man hat in diesen Fällen von einem *usus-fructus iuris Germanici* gesprochen. Vgl. die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Eichhorn § 178, Mittermaier § 166, Gerber § 144², Beseher § 193 z. A., Stobbe IV § 232. Cf. I. 15, III. 9, V. 187, VII. 194, IX. 197.

⁴ § 3 I. 2, 4, I. 47 D. 7, 1, I. 3 § 3 D. 7, 4, I. 9 D. 7, 5, I. 21 D. 7, 8. §. jedoch § 215⁷.

⁵ Sie können dem Eigenthümer rückübertragen werden, aber sie können nicht als Dienstbarkeiten an einen Andern gebracht werden, § 3 I. 2, 4, I. 66 D. 23, 3, I. 15 D. 10, 2, I. 10 § 1 D. 10, 3. Die Uebertragung an einen Dritten ist wirkungslos; die in I. 66 cit. vorgetragene Meinung, daß die Dienstbarkeit allerdings nicht auf den Dritten übergehe, aber dafür an den Eigenthümer zurückfalle, beruht auf einer unrichtigen Auslegung des Uebertragungswillens. Die Formel für denselben ist nicht: 1) ich will nicht mehr haben, 2) du sollst haben — sondern: ich will nicht mehr haben, damit du habest. Diese Meinungsverschiedenheit machte sich unter den römischen Juristen auch bei der Uebertragung des Besitzes geltend, f. § 156¹⁰. Vgl. noch Gai. II. 35. III 85, Ulp. XIX. 14. Andere lassen I. 66 cit. nur sagen, daß die Dienstbarkeit an den Eigenthümer zurückfalle, wenn später in der Person des Uebertragenden ein Veenbigungsgrund eintrete. Ueber diese und andere Meinungen in Betreff des bezeichneten Widerspruchs f. Puggé Rhein. Mus. I S. 145 fg. (1827), Arndts 3 S. f. CR. u. Pr. N. 3. VIII S. 88 fg. (1851), Böcking § 164¹⁰, Wangerow I § 344 Anm. 2. [Für Uebertragbarkeit des Nießbrauchs dem Rechte (nicht nur der Ausübung nach) v. Blume Jahrb. f. Dogm. XXXIV S. 281 fg. Wichtig ist, daß der Erwerber beim Kauf dinglichen Schutz erhält; anders, wenn er nur vom Nießbraucher pachtet (v. Blume S. 305 fg.), aber dieß ist nicht neu; vgl. unt. § 205⁴. Haase Jahrb. f. Dogm. XXXVI S. 260 fg. will den Verkauf des Nießbrauchs

Ausübung überlassen werden kann, ist eine Frage, welche anders für den Nießbrauch, anders für das Gebrauchsrecht beantwortet ist (§ 205. 207).

Der gewöhnlichste Fall der Begründung der persönlichen Dienstbarkeiten ist der der Begründung durch letztwillige Verfügung⁶, und auf diesen Fall ist ihre Theorie vorzugsweise berechnet.

[Das **§§.** unterscheidet nur den Nießbrauch einerseits (1080 fg.) und die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten andererseits (1090 fg.). Die letzteren finden nur an Grundstücken statt. Alle persönlichen Dienstbarkeiten sind dem Rechte nach nicht übertragbar; beim Nießbrauch kann die Ausübung übertragen werden, bei den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten nur, wenn es besonders gestattet ist (1069. 1092). Unvererblichkeit: 1061. 1090 Abs. 2. Die Nutznießung des Ehemannes (1363 fg.) und des Vaters (1649 fg.) (vgl. ³) bleibt im Folgenden außer Betracht.]

2. Die einzelnen persönlichen Dienstbarkeiten.

a. Der Nießbrauch*.

§ 203.

Der Nießbrauch¹ ist das Recht, eine fremde Sache in jeder Weise zu nützen, welche ohne Eingriff in ihre Substanz möglich ist². Im Einzelnen umfaßt der Nießbrauch: 1) das Recht, die Sache zu gebrauchen³; 2) das Recht auf die Früchte der Sache⁴. Ueber den

construiren als Bestellung eines Nießbrauchs an der dem R. des Veräußerers unterworfenen Sache.]

⁶ Nicht als wenn ihre Begründung durch Willenserklärung unter Lebenden nicht möglich wäre; aber die Interessen des Verkehrs unter Lebenden werden verhältnißmäßig selten zur Begründung von persönlichen Dienstbarkeiten führen, während es bei letztwilligen Anordnungen ein nahe liegender Gedanke ist, dem Einen die Substanz der Sache, dem Andern den lebenslänglichen Genuß derselben zuzuwenden. Vgl. § 1 I. 2, 4 mit § 4 I. 2, 3.

^{*} Inst. 2, 4 de usufructu. Dig. 7, 1 de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur. Cod. 3, 33 de usufructu et habitatione et ministerio servorum. — Eibers § 50—58. Glüd IX S. 157 fg.; Böding § 163—166, Sintenis § 59, Dernburg I § 246—248.

§ 203. ¹ Die Quellen sagen usufructus, indem sie hier, wie so oft, die Bezeichnung für die Thatfache zur Bezeichnung des R. verwenden. Von derselben Art sind die deutschen Ausdrücke Nießbrauch, Nutznießung. Vgl. § 43².

² „Usufructus est ius alienis rebus utendi fructu salva rerum substantia“, pr. I. 2, 4, l. 1 D. 7, 1.

³ Usus. L. 12 § 1. l. 15 § 4. 5. l. 28. l. 41 pr. D. 7, 1, l. 9 § 3 D. 7, 9; l. 23 § 1 D. 7, 1. Vgl. übrigens § 207⁶.

⁴ Fructus in diesem Sinne. Der Ausdruck fructus hat aber auch einen weiteren Sinn; in diesem geht er auf den gesammten Nutzen, welchen die Sache gewährt, umfaßt also den usus mit. So wird der Nießbraucher ganz gewöhnlich fructuarius schlechtthin genannt, und in l. 14 § 1 D. 7, 8 heißt es: „Usufructus an fructus legetur, nihil interest; nam fructui et usus inest“.

Begriff der Frucht s. § 144; nach dem daselbst Gesagten ist Frucht Alles, was die Sache als Ertrag gewährt⁵, auf natürlichem Wege (natürliche Früchte)⁶, oder unter Vermittelung eines hinzutretenden Rechtsverhältnisses (juristische Früchte)⁷. Die natürlichen Früchte erwirbt der Nießbraucher erst durch die Besitzergreifung⁸; die juristischen werden hier, wie überall, durch Uebergabe von Seiten des Eigentümers erworben⁹.

Vgl. Paul. sentent. III. 6 § 24, l. 41 D. 33, 2, l. 64 D. 6, 1, l. 19 § 1 D. 22, 1, l. 58 D. 45, 1. Die l. 64 cit. lautet: „Cum in rem agitur, eorum quoque nomine, quae usui non fructui sunt, restitui fructus certum est.“

⁵ L. 7 § 1 D. 7, 1: — „quicumque reditus est . . . quaeque obventiones“. Aus dem Begriff der Frucht folgt, daß dem Nießbraucher nicht gehören die vom Sturme umgeworfenen Bäume (— „alioquin et si totus ager sit hunc casum passus, omnes arbores auferret fructuarius“, l. 12 pr. D. 7, 1), nicht Fell und Fleisch gestorbener Thiere (l. 30 D. 7, 4), nicht der Schatz (arg. l. 7 § 12 D. 24, 3). Ebensovienig gehörten ihm nach römischem R. die Kinder der Clavin, l. 27 pr. D. 5, 3, l. 68 pr. D. 7, 1, l. 28 § 1 D. 22, 1. Wenn ihm in l. 7 § 1 D. 7, 1 auch der Eigentumsverlust wegen nicht geleisteter cautio damni infecti zugeschrieben wird, obgleich dieß gewiß kein Ertrag der Sache (kein Nutzen, welchen die Sache bestimmungsgemäß abwirft) ist, so ist zu erwägen, daß das Gleiche auch von solchen Personen gilt, welche gar kein Fruchtgenußrecht an der Sache haben (l. 18 pr. l. 13 § 5 l. 21 D. 39, 2). Vgl. Evers S. 485. S. f. XXXVII. 293.

⁶ „Quidquid in fundo nascitur“, l. 9 pr. l. 59 § 1 D. 7, 1. Producte von Thieren: l. 68 § 1 D. 7, 1, l. 28 pr. D. 22, 1 (§ 37 I. 2, 1). Mineralien: l. 9 § 2. 3 D. 7, 1; vgl. § 144⁶ und die daselbst citirte Abhandlung von Schröder. Ertrag der Jagd und Fischerei: l. 9 § 5. l. 62 pr. 7, 1, Paul. sentent. III. 6 § 22 (ein anderer Gesichtspunkt für den Jagdertrag wird in l. 26 D. 22, 1 aufgestellt, ohne daß dadurch die für den Nießbrauch gegebene Regel berührt würde). Wächter Jagdr. (§ 184⁵) S. 343 fg.

⁷ „Quidquid in fundo nascitur, vel quidquid inde percipitur“, l. 59 § 1 D. 7, 1, l. 9 pr. eod. L. 12 § 2 eod. „Usufructuarius vel ipse frui ea re, vel alii fruendam concedere vel locare vel vendere potest“. Bei den Römern war hier von besonderer Wichtigkeit der Erwerb der Claven. Derselbe wurde jedoch dem Nießbraucher nicht unbedingt zugesprochen, sondern, wenn er entgeltlich war, nur dann, wenn der Entgelt aus seinem Vermögen genommen war oder in der Arbeit des Claven bestand, wenn er unentgeltlich war, nur dann, wenn die Zuwendung an den Claven mit Rücksicht auf die Person des Nießbrauchers geschehen war. L. 21—26 D. 7, 1.

⁸ L. 12 § 5 D. 7, 1, l. 13 D. 7, 4, l. 25 § 1. l. 28 pr. D. 22, 1. Vgl. § 186⁵. ⁹ Daß die Frucht noch nicht reif war, hindert den Erwerb nicht, l. 48 § 1 D. 7, 1, l. 42 D. 33, 2. Vgl. überhaupt Göppert die organischen Erzeugnisse S. 382 fg., Köppen der Fruchtterwerb des bonae fidei possessor S. 24 fg. — Auf Ersatz der auf die stehende Ernte verwendeten Kosten hat der Nießbraucher bei Beendigung des Nießbrauches keinen Anspruch. Buchta und Budde Entscheidung des OAG. zu Kofstock IV Nr. 39 (S. f. XVI. 274).

⁹ Juristische Früchte sind namentlich Mieth- und Pachtelber. Wie nun

Der Nießbraucher ist in der Ausübung seines Rechts an gewisse Schranken gebunden¹⁰. Vor Allem darf er die Sache nur in einer Weise nützen, wie es die Regeln einer guten Wirthschaft mit sich bringen¹¹. Aber auch abgesehen hiervon ist ihm keine Nützung ge-

wenn der Nießbrauch inmitten einer Mieth- oder Pachtperiode beginnt oder endet, muß dann nicht der Zins dieser Periode, unabhängig davon wer ihn eingenommen hat, zwischen dem Eigenthümer und dem Nießbraucher (bez. dessen Erben) verhältnißmäßig getheilt werden? Man bemerke, daß der Mieth- und Pachtvertrag so wenig vom Eigenthümer auf den Nießbraucher, wie vom Nießbraucher auf den Eigenthümer übergeht; jeder hat es nur mit seinem Miether und Pächter zu thun, und hat demselben gegenüber Anspruch auf den Zins nach Maßgabe des demselben gewährten Gebrauches und Genusses (l. 58 pr. l. 59 § 1 D. 7, 1, l. 9 § 1 D. 19, 2). Vgl. C. f. XIV. 115, aber auch Dernburg I § 247¹². [Petrazzini Fruchtvertheilung S. 222 fg.] — Wie aber, wenn das Forderungsr. auf die juristischen Früchte in der That von dem Abtretenden auf den neu Eintretenden übergeht, wie z. B. bei einem zum Nießbrauch gegebenen emphyteutischen oder superficiarischen Grundstück, bei Zehnten und Grundgefällen, welche kraft des Nießbrauch-Grundstücks gefordert werden können (ein anderes, heutzutage nicht mehr praktisches, Beispiel in l. 25 § 2. l. 26 D. 7, 1.)? Wenn auf Emphyteusis und Superficies die Analogie von Pacht und Mieth angewendet wird, so ist (auf Grund von l. 26. 58 pr. D. 7, 1, vgl. l. 9 § 1 D. 19. 2) zu sagen, daß bei der Superficies der Zins der letzten Zinsperiode zwischen Eigenthümer und Nießbraucher allerdings verhältnißmäßig zu vertheilen, bei der Emphyteusis dagegen darauf zu sehen ist, ob die natürliche Fruchtperception in die Zeit des Nießbrauchs, oder in die des Eigenthums gefallen ist. Jedoch ist die Anwendung dieser Analogie nicht ohne Bedenken. Entschieden keine Anwendung kann sie finden, wo das zu Leistende ein Aequivalent des Gebrauches und Genusses der dem Nießbrauch unterworfenen Sache überhaupt nicht ist, wie bei Zehnten und Grundgefällen; hier kann nur darauf gesehen werden, zu welcher Zeit die letzte periodische Leistung fällig geworden ist. Vgl. Wächter Erörterungen I S. 73—87, Kommissen Erörterungen I S. 134 fg., Stammler Nießbrauch an Forderungen S. 142 fg.

¹⁰ Sie werden in den Ausdruck „zusammengefaßt, der Nießbraucher müsse sein Recht ausüben „boni viri arbitratu“, l. 13 pr. § 6. 8 D. 7, 1, l. 1 pr. D. 7, 9.

¹¹ Der Nießbraucher muß sein R. ausüben wie ein „bonus paterfamilias“, wie ein „bonus vir“, l. 9 § 2. l. 15 § 4 D. 7, 1, § 38 I. 2, 1. Vgl. l. 13 § 4 D. 7, 1. Ueber die Nützung von Holz insbesondere s. l. 9 § 7 — l. 12 pr. l. 18. 48 § 1 D. 7, 1, und die Abhandlung von Caspeyres ACPr. XIX S. 71 fg. (1836), vgl. Bangerow I § 344 Anm. 1, Elvers S. 482—484; C. f. III. 9, XXXVII. 293. Die Zungen einer Heerde fallen an den Nießbraucher nur insoweit, als sie nicht zum Ersatz der abgegangenen Stücke erforderlich sind, l. 70 § 1 D. 7, 1, l. 12 § 5 eod. Vgl. Göppert die organischen Erzeugnisse S. 288 fg. 300 fg., Wächter das schwebende Eigenthum S. 10 fg. Kohler Jahrb. für Dogm. XXIV S. 221 fg. (1886). Fr. Wendigen über den Nießbrauch an einer Heerde nach r. R., Götting. Diss. 1887. Gyllharz Forts. von Glück I S. 442 fg. (1887). W. Rümelin das Selbstcontrahiren des Stellvertreters S. 148 fg. (1888). Kohler a. a. D. sieht in dem Heerdennießbrauch eine einzelne Anwendung eines allgemeineren Institutes, welches er als

stattet, welche entweder gegen die Bestimmung der Sache verstößt¹² oder in Widerspruch mit der Art und Weise steht, wie der Eigenthümer seine Sache zu nützen pflegt¹³. Endlich ist seinem Nützungsrecht eine Schranke dadurch gesetzt, daß er die Sache nicht umgestalten darf; er muß sie nützen in der Gestalt, wie sie ist¹⁴.

Soweit das Recht des Nießbrauchers geht, ist das des Eigenthümers ausgeschlossen. Dagegen ist dem Eigenthümer keine Befugniß entzogen, durch deren Ausübung der Nießbrauch nicht beeinträchtigt

„Dispositionsnießbrauch“ bezeichnet, s. darüber Rümelin a. a. O. [Petrazycki Einkommen I S. 95 fg., v. Krieger Nießbr. an c. Heerde. Jen. Diff. 1893.]

¹² L. 12 § 1 D. 7, 1. „Mancipiorum quoque usufructu legato non debet abuti, sed secundum condicionem eorum uti. Nam si librarium mittat et qualum et calcem portare cogat, histrionem balniatorem faciat, vel de symphonia atriensem, vel de palaestra stercorandis latrinis praeponat, abuti videbitur proprietate“.

¹³ L. 13 § 8 D. 7, 1. „Item si domus usufructus legatus sit, meritoria illic facere fructuarius non debet, nec per cenacula dividere domum. Atquin locare potest, sed oportebit quasi domum locare; nec balineum ibi faciendum est. Quod autem dicit, meritoria non facturum, ita accipe, quae vulgo deversoria vel fullonica appellant. Ego quidem, et si balineum sit in domo usibus dominicis solitum vacare in intima parte domus vel inter diaetas amoenas, non reete nec ex boni viri arbitrato facturum, si id locare coeperit, ut publice lavet; non magis quam si domum ad stationem iumentorum locaverit, aut si stabulum, quod erat domus iumentis et carruchis vacans, pistrino locaverit, (l. 14) licet multo minus ex ea re fructum percipiat“. Vgl. l. 13 § 6 eod. Aber auch nur eine der Art und Weise des Eigenthümers widersprechende Nützung ist dem Nießbraucher untersagt, nicht jede von ihr abweichende, l. 9 i. f. l. 15 § 5. l. 27 § 1. 2 D. 7, 1.

¹⁴ Damit ist aber nicht gesagt, daß der Nießbraucher keine irgendwelche Aenderung mit der Sache vornehmen dürfe. Es darf z. B. der Nießbraucher eines Lustgartens aus demselben keinen Fruchtgarten machen (l. 13 § 4 D. 7, 1.); aber dem Nießbraucher eines Landgutes ist es nicht verboten, auf einem Theil desselben einen Steinbruch u. dgl. anzulegen, wenn nur der Charakter des Landgutes gewahrt bleibt (l. 9 § 3. l. 13 § 5 D. 7, 1, und dazu Madai Zeitr. zur Dogmengeschichte S. 92—138, Keil ACPr. XXXV S. 365 fg., Vangerow I § 344 Anm. 2 und die an diesen Orten Citirten). S. auch § 6 i. f. eod., l. 73 D. 7, 1. Die Grenze zwischen bloßer Umänderung und Umgestaltung kann natürlich in einem gegebenem Fall eine schwierige zu findende sein. In l. 13 § 7 D. 7, 1 heißt es, der Nießbraucher eines Hauses dürfe „lumina immittere“, ebenso „colores et picturas et marmora . . . et sigilla et si quid ad domus ornatum“; aber er dürfe nicht „diaetas transformare vel coniungere aut separare vel aditus posticasve vertere, vel refugia aperire, vel atrium mutare, vel viridaria ad alium modum convertere, excolere enim, quod invenit, potest qualitate aedium non immutata“. S. auch l. 7 § 3. l. 8. 44. 61 D. 7, 1. Ueber das Ganze vgl. Elvers S. 466—473, Sententis I § 59²², und den oben citirten Aufsatz von Keil ACPr. XXXV S. 368 fg. (1852).

wird¹⁵. Der Eigenthümer kann daher namentlich sein Eigenthumsrecht einem Andern übertragen; er kann die Sache verpfänden¹⁶, und auch Dienstbarkeiten, welche dem Nießbraucher nicht schaden¹⁷, auf dieselbe legen¹⁸.

[1. Nach dem **§§.** ist der Nießbraucher berechtigt, die Nutzungen der Sache zu ziehen (1080 Abs. 1. 100), was sachlich mit dem gemeinen Recht übereinstimmt. Ausschluß einzelner Nutzungen vom Recht des Nießbrauchers ist möglich (1080 Abs. 2), wie im gemeinen Recht. Wenn freilich diese Ausnahmen in Wahrheit so weit gehen, daß der s. g. Nießbraucher nur einzelne Nutzungen übrig behält, so kann sein Recht nur eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit sein (1090 fg.).

2. Der Nießbraucher erwirbt, anders als im gemeinen Recht (⁴) die Früchte bereits mit der Trennung (954). Statt der oben § 144⁶ angedeuteten gemeinrechtlichen Einschränkung des Fruchtbegriffs (s. auch ob. ⁵) dient im **§§.** die Bestimmung des § 1039. An Früchten, welche der Nießbraucher den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zuwider, oder die er deßhalb im Uebermaße zieht, weil dieß in Folge eines besonderen Ereignisses nothwendig geworden ist, erwirbt er zwar Eigenthum, haftet aber für sein Verschulden und ist auch abgesehen vom Verschulden verpflichtet, den Werth jener Früchte dem Eigenthümer bei Beendigung des Nießbrauchs zu ersetzen und hierfür Sicherheit zu leisten. Er gewinnt also den Zwischengins. Es kann aber sowohl der Eigenthümer wie der Nießbraucher verlangen, daß der zu ersetzende Betrag alsbald zur Wiederherstellung der Sache verwendet wird, insoweit es einer ordentlichen Wirtschaft entspricht (1039 Abs. 1). Es kann also der Eigenthümer hierauf statt auf den Ersatz klagen; der Nießbraucher andererseits kann der Klage des Eigenthümers auf den Ersatz durch solche Verwendung ausweichen; denn er kann Ausbesserungen selbst vornehmen (1043); aber der Nießbraucher kann auch nach Zahlung des Ersatzes von dem Eigenthümer klagweise die Verwendung zur Wiederherstellung verlangen. In diesem Falle verliert der Nießbraucher den Zwischengins des Ersatzbetrages, dafür kommt ihm aber die wiederhergestellte oder gesteigerte Ertragsfähigkeit der Sache zu gute. Wird die Verwendung zur Wiederherstellung nicht verlangt,

¹⁵ L. 7 § 1. l. 13 § 7 i. f. D. 7, 1, l. 17 § 2. l. 25 § 3 eod.

¹⁶ L. 2 C. 3, 33.

¹⁷ *z. B. die servitus non altius tollendi.*

¹⁸ L. 15 § 7. l. 16 D. 7, 1. Dienstbarkeiten, welche dem Nießbraucher schaden, soll er nach dieser Stelle nicht einmal mit dessen Einwilligung bestellen können. Dieser Satz, welcher sich wahrscheinlich aus der alten Beststellungsform der Dienstbarkeit durch *in iure cessio* erklärt (Keller röm. Civilpr. § 24²⁰¹), ist heutzutage nicht mehr anwendbar, da nichts verbietet, einen solchen Consens des Nießbrauchers als Rückgabe des Nießbrauchs zum Wiederempfang nach Bestellung der Servitut auszulegen. So, wie mir scheint in überzeugender Weise, Arndts § 179²; übereinstimmend Ebers S. 258—260, Fhering Jahrb. f. Dogm. I S. 94, Sintenis I § 59⁴⁰. Andere Meinungen über den Grund und die heutige Anwendbarkeit des angeführten Satzes bei Zachariae B. f. gesch. N. B. XIV S. 133, Vangerow § 338 Anm. 2 Nr. 3, Böcking § 164²².

so ist es möglich, daß der Nießbraucher in Folge des Raubbaus oder des Unglücksfalls in Zukunft geringere Nutzungen zieht. Insofern das der Fall ist, fällt seine Ersatzpflicht wegen des früher zuviel Gezogenen fort (1039 Abs. 2).

3. Die Bestimmungen der §§ 1036, 1037 über Aufrechterhaltung der bisherigen wirtschaftlichen Bestimmung der Sache und Einhaltung der Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft, sowie das Verbot der Umgestaltung der Sache entsprechen dem gemeinen Recht (ob. zu ¹⁰⁻¹⁴). Wenn ein Wald, ein Bergwerk oder eine Anlage zur Gewinnung von Bodenbestandtheilen (z. B. ein Steinbruch, Torfstich) Gegenstand des Nießbrauchs ist, so kann jede Partei die Festsetzung eines Wirtschaftsplans und im Falle erheblicher Veränderung der Umstände die Abänderung desselben verlangen.

4. Das BGB. gibt für den Fall, daß ein Grundstück sammt Inventar Nießbrauchsgegenstand ist, die Vorschrift, daß der Nießbraucher über die einzelnen Stücke des Inventars innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft verfügen kann, aber für den gewöhnlichen Abgang sowie für die nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft ausscheidenden Stücke Ersatz zu beschaffen hat. Das so Angeschaffte wird mit der Einverleibung in das Inventar Eigenthum des Inventareigenthümers (1048 Abs. 1), tritt aber natürlich gleichzeitig unter den Nießbrauch. Für den Fall der Uebernahme des Inventars zum Schätzungswerte mit der Verpflichtung, es bei der Beendigung des Nießbrauchs zum Schätzungswerte zurückzugeben, gelten die gleichen Sätze wie im entsprechenden Falle bei der Pacht (1048 Abs. 2, 588, 589). Für den Heerdenießbrauch oder ähnliche Fälle des Nießbrauchs an Sachgesammtheiten (ob. ¹¹), abgesehen vom Inventar eines Grundstücks, Vorkehrung zu treffen, hat man für bedenklich gehalten. Die Motive (III S. 513) verweisen auf die Möglichkeit, daß in solchen Fällen ein Quasi-usufructus gewollt sein könne, lassen aber auch die Möglichkeit analoger Anwendung des § 1000 (jetzt 1048) offen.

5. Die natürlichen Früchte erwirbt der Nießbraucher, soweit sie während der Dauer des Nießbrauchs getrennt werden. Bei den juristischen Früchten (s. ob. ⁹) hängt die Frage, wer sie von dem Schuldner zu fordern hat, von der Structur der einzelnen Verhältnisse ab. Im Verhältniß zwischen Eigenthümer und Nießbraucher gebühren dem letzteren diejenigen juristischen Früchte, welche in einer Vergütung für die Ueberlassung des Gebrauchs oder des Fruchtgenusses, oder in Zinsen, Gewinnanteilen oder anderen regelmäßig wiederkehrenden Erträgen bestehen, zu einem der Dauer des Nießbrauchs entsprechenden Theile; sonstige juristische Früchte, soweit sie während der Dauer des Nießbrauchs fällig werden (101).

6. Auch nach BGB. (vgl. ob. zu ¹⁵ fg.) ist das Recht des Nießbrauchers dem Eigenthümer gegenüber exclusiv, und Rechte, welche der Eigenthümer nach dem Nießbrauch auf die Sache legt, ordnen sich dem Nießbrauch unter (879, 1242 Abs. 2). Für den Fall der Ranggleichheit s. 1060 und dazu ob. S. 527 fg.]

§ 204.

Mit dem Rechte des Nießbrauchs sind obligatorische Verpflichtungen verbunden¹. Dieselben gehen auf Ersatz alles Schadens,

¹ Diese Verbindlichkeiten beruhen nach v. R. auf einer Stipulation, welche § 204.

welcher durch eine unbefugte Ausübung des Nießbrauchs dem Eigenthümer erwachsen ist²; ferner auf Leistung der positiven Sorgfalt und Pflege, welche ein ordentlicher Mann auf seine eigene Sache verwendet, bez. auf Ersatz desjenigen Schadens, welcher durch Verschämung dieser Pflicht dem Eigenthümer zugefügt ist³. Außerdem muß der Nießbraucher, welcher allen Nutzen der Sache hat, auch die Lasten derselben tragen⁴. Auch auf Herausgabe der Sache nach Beendigung des Nießbrauchs haftet er nicht bloß kraft des Eigenthums, sondern zugleich obligatorisch⁵. Zur Sicherheit der Erfüllung aller dieser Verbindlichkeiten muß er dem Eigenthümer Bürgschaft stellen⁶; sonst

der Nießbraucher auf Verlangen des Eigenthümers mit demselben abschließen mußte. Dig. 7, 9 usufructuarius quemadmodum caveat. Durch diese Stipulation sollte die gehörige Grundlage für die vom Nießbraucher beizubringende Bürgschaft (⁶) gewonnen werden. Es unterliegt wohl keinem Zweifel, daß nach heutigem R. der Anspruch des Eigenthümers statt auf das Versprechen, sogleich auf den Inhalt des zu leistenden Versprechens gerichtet werden kann. Mit andern Worten: die Obligation des Nießbrauchers ist heutzutage eine gesetzliche. Vgl. I. 5 § 1 D. 7, 5, I. 9 § 4 D. 10, 4, I. 10 D. 19, 5, I. 1 § 17 i. f. D. 36, 3. RG. XIII S. 172. A. M. S. XVI. 10. Vgl. noch Fhering Geist des r. R. III S. 130—131. 261 fg., Beker Aktionen II S. 49, Eisele JS. f. Schweiz. R. XXV S. 46. 47 (welcher die Analogie der actio pignoratitia anregt).

² „Cavere autem debet, viri boni arbitratu perceptum iri usufructum, hoc est, non deteriorem se causam usufructus facturum“, I. 1 § 3 D. 7, 9. Daß der Nießbraucher wegen unbefugter Behandlung der Sache auch auf Grund der allgemeinen Rätze, welche einen Jeden verpflichten, in Anspruch genommen werden kann (actio legis Aquiliae, iniuriarum etc.), versteht sich von selbst, vgl. I. 13 § 2. I. 15 § 3. I. 66 D. 7, 1.

³ Die in der vorigen Note citirte I. 1 § 3 D. 7, 9 fährt fort; — „caetera quo facturum, quae in re sua faceret“. Paul. sentent. III. 6 § 27 bezeichnet als Gegenstand der Caution: „perinde omnia se usurum, ac si optimus paterfamilias uteretur“, vgl. § 38 I. 2, 1, I. 65 pr. D. 7, 1, I. 2 D. 7, 9. Einzelnes: Reparatur der Gebäude (I. 7 § 2. 3. I. 64. 65 D. 7, 1 I. 7 C. 3, 33, S. XXXVI. 14); Instandhaltung fruchttragender Grundstücke (§ 38 I. 2, 1, I. 12 § 5. I. 68 § 2 — I. 70 D. 7, 1, vgl. § 208¹¹ a. E.), eines Thiergartens (I. 62 § 1 D. 7, 1), einer Baumschule (I. 9 § 6 D. 7, 1); Unterbrechung der zum Nachtheil des Eigenthümers laufenden Verjährungen (I. 15 § 7 D. 7, 1, I. 1 § 7 D. 7, 9).

⁴ L. 7 § 2. I. 27 § 3. I. 52 D. 7, 1. Auch die Versicherungskosten: S. XV. 107.

⁵ Die cautio usufructuaria geht nicht bloß auf „usurum se boni viri arbitratu“ sondern auch auf „cum usufructus ad eum pertinere desinet, restitutum quod inde exstabit“, I. 1 pr. D. 7, 9. Eine dritte Clausel, welche aber keinen specifisch neuen Inhalt hinzubringt, nennt I. 5 pr. eod.: „dolum malum abesse a futurumque esse“. — Auf Erfüllung der anderen vorhin genannten Verbindlichkeiten kann nicht erst nach Beendigung des Nießbrauchs geklagt werden. S. X. 234.

⁶ Diese Pflicht zur Bürgschaftsleistung ist ursprünglich nur für den Fall des

braucht der Eigenthümer ihm die Sache nicht auszuantworten, und kann die bereits ausgeantwortete zurückfordern; der Eigenthümer kann aber auch geradezu auf Bürgschaftsstellung klagen⁷. Jedoch fällt die Pflicht zur Bürgschaftsstellung in gewissen Fällen weg⁸; auch kann sie vom Eigenthümer erlassen werden, jedoch nicht vom Erblasser für einen letztwillig verliehenen Nießbrauch⁹.

letztwillig hinterlassenen Nießbrauchs ausgesprochen, dann aber auf alle Fälle der Bestellung desselben ausgedehnt worden. L. 13 pr. D. 7, 1, l. 4 C. 3, 33. Vgl. Cf. XV. 105, XXIV. 301. Errichtung eines Inventars? L. 1 § 4 D. 7, 9. Cf. IX. 137, XIII. 105. [XLVII. 209.] Hornemann die cautio usufructuaria. Hall. Diss. 1890.

⁷ L. 13 pr. D. 7, 1. l. 7 pr. l. 12 D. 7, 9, vgl. l. 24 pr. D. 33, 2. Vgl. Bürkel Beitr. zur Lehre vom Nießbrauch S. 142—145. — Auf die vor geleisteter Caution erfallenen Früchte hat der Nießbraucher jedenfalls dann keinen Anspruch, wenn er nicht im Besitz ist. Arg. l. 24 cit., l. 8 D. 7, 5. Wie aber wenn er im Besitz ist? Es wird zu unterscheiden sein, ob er mit oder ohne Willen des Eigenthümers in den Besitz gelangt ist, und im ersten Fall, ob nicht der Eigenthümer die Einräumung des Genusses rückgängig machen kann (namentlich auch mit *condictio indebiti* oder ob *causam datorum*). Doch ist dieser Punkt bestritten. Vgl. Glück IX S. 489 fg., Evers S. 563 fg., Bürkel a. a. O. S. 91 fg., Stammler Nießbrauch an Forderungen S. 128 fg., Mansbach Nießbrauch an Forderungen S. 81 fg., Hanaukel uneigentl. Nießbrauch S. 32 fg., Dernburg I § 248¹². [[Hornemann S. 50 fg. (wie hier).]] Cf. XXI. 216, XXII. 218, XLII. 21. Ebenso ist bestritten, ob der Mangel der Caution dem Nießbraucher auch von Dritten entgegengesetzt werden kann. Cf. XI. 164, XIX. 126, XX. 208. Die Bejahung der Frage möchte am Meisten für sich haben; es ist im Sinne des r. R. nicht wohl anzunehmen, daß dem Eigenthümer seine Sicherheit auf einem Umwege sollte verbracht werden dürfen. A. M. neuerdings Mansbach a. a. O., Dernburg I § 248¹¹, Burg PraktRz. R. Z. XIV S. 380 fg. [[Hornemann S. 52 fg.]] Daß der Mangel der Caution von Amtswegen zu berücksichtigen sei, nimmt an Cf. XXX. 82 (Rübed).

⁸ Für den Nießbraucher, welchem nach einer bestimmten Zeit auch das Eigenthum zufällt (l. 9 § 2 D. 7, 9); für den Vater, welcher den gesetzlichen Nießbrauch am Vermögen seiner Kinder hat (l. 8 § 4 C. 6, 61, vgl. Cf. XX. 48, XXXII. 22); für den Ehegatten, welcher bei Eingehung einer zweiten Ehe den Nießbrauch am Ehegewinn behält, jedoch nur, was die unbeweglichen Sachen angeht (l. 6 § 4 [1] C. 5, 9); für denjenigen, welcher einen Nießbrauch als Mitgift hat (l. 2 C. 5, 20). Außerdem nimmt die Praxis noch den Fall des Schenkers aus, welcher sich den Nießbrauch des Geschenkten vorbehalten hat, Glück IX S. 484. Cf. XXXI. 207. Vgl. auch § 134⁵.

⁹ L. 7 C. 6, 54, vgl. l. 6 pr. D. 36, 4, l. 1 C. 3, 33. Diese Stellen sprechen die Ungültigkeit des testamentarischen Erlasses zu bestimmt aus, als daß man sich über dieselben hinwegsetzen dürfte, wie dieß mit verschiedenen Wendungen (namentlich auch mit Hinweis auf die antiquirte *lex Iulia et Papia Poppaea*, *lex Iulia vicesimaria* und die, nach Justinianischem R. nicht mehr absolute, *lex Falcidia*) thun Böding § 165⁴⁴, Rudorff zu Buchta § 18¹² a. E., Evers S. 554 fg., Hanaukel (?) S. 37 fg., Dernburg I § 248¹⁷, und die

[1. Auch nach § 68 ist der Nießbraucher zu ordnungsmäßiger Behandlung der Sache verpflichtet (1036 Abs. 2); er haftet für jede Fahrlässigkeit (276), nicht aber für die Folgen ordnungsmäßiger Ausübung des Nießbrauchs (1050). Die Ansprüche des Eigenthümers wegen Verschlechterungen oder Veränderungen (1037 Abs. 1) verjähren in sechs Monaten vom Rückempfang der Sache an, und unabhängig davon verjähren sie mit Verjährung des Anspruchs auf die Rückgabe (1057. 558 Abs. 2. 3; vgl. auch 224). S. auch 1039 und dazu ob. § 203 a. E. unter 2.

2. Der Nießbraucher hat auf seine Kosten für die Erhaltung der Sache in ihrem wirthschaftlichen Bestande zu sorgen; jedoch Ausbesserungen und Erneuerungen nur soweit zu beschaffen, als sie zur gewöhnlichen Unterhaltung der Sache gehören (1041). Er hat dem Eigenthümer Anzeige zu machen, sobald eine außergewöhnliche Ausbesserung oder Erneuerung nöthig wird, oder die Sache gegen eine unvorhergesehene thatsächliche Gefahr oder die Rechtsanmaßung eines Dritten zu schützen ist (1042). Die auf der Sache ruhenden öffentlichen Lasten hat der Nießbraucher zu tragen mit Ausschluß der außerordentlichen Lasten, welche als auf den Stammwerth der Sache gelegt anzusehen sind. Privatrechtliche Lasten hat der Nießbraucher stets zu tragen, wenn sie schon zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs auf der Sache ruhten; besonders genannt sind Zinsen der Hypothekensforderungen und Grundschulden sowie die auf Grund einer Rentenschuld zu entrichtenden Leistungen (1047); die Abtragung von Kapitalposten ist dagegen unter Lasten der Sache nicht mitverstanden (Mot. III S. 518). Ferner trifft den Nießbraucher die Verpflichtung, die Sache für die Dauer des Nießbrauchs nach Grundsätzen ordnungsmäßiger Wirthschaft in Versicherung zu halten (1045); schließt der Nießbraucher eine neue Versicherung ab, so muß er den Eigenthümer zum Gläubiger des Versicherten machen (1045 Abs. 1 S. 2). Der Nießbraucher hat aber Nießbrauch an der Forderung gegen den Versicherer und zwar nach Maßgabe der §§ 1077—1079 (1046 Abs. 1), gleichviel ob er die Versicherung abgeschlossen oder das Verhältniß vorgesunden hat. Bei Eintritt eines Schadens ist die Versicherungssumme auf Verlangen des Eigenthümers oder des Nießbrauchers zur Wiederherstellung der Sache oder zur Beschaffung eines Ersatzes insoweit zu verwenden, als es einer ordnungsmäßigen Wirthschaft entspricht (1046 Abs. 2 S. 1). Nach § 1077 kann der Versicherer die Entschädigung nur an den Nießbraucher und den Eigenthümer gemeinschaftlich zahlen. § 1046 Abs. 2 S. 2 bestimmt aber, daß der Eigenthümer die Verwendung der Entschädigung zur Wiederherstellung oder zur Beschaffung eines Ersatzes nach seiner Wahl selbst besorgen oder dem Nießbraucher überlassen kann. Der Eigenthümer kann also verlangen, daß ihm der Nießbraucher die freie Verfügung über das Gezahlte zu solchem Zwecke überläßt.

ersten Ausgaben dieses Lehrbuchs. Für die Ungültigkeit die Aelteren (Glück IX S. 419, Thibaut Pand. § 764), ferner Sintonis I § 59⁹⁹, Brinz S. 269 (2. Aufl. I S. 777), Würkel Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch S. 147 fg., [[Hornemann S. 27 fg.]] und die Praxis. S. f. IV. 206, IX. 137, XIX. 126. 174, XXIII. 281, XXV. 144. (Beim Erbvertrag nimmt das Gegentheil an XXX. 122.) Für die Gültigkeit RG. XIII S. 170 [B. Sen.]; gegen dieses Urtheil S. f. XLII. 226 (V. G. zu Göttingen und O. G. zu Celle). [[S. f. XLVI. 271]] [Niel für das reichsgerichtliche Urtheil, XLIX. 9 (RG. 6. Sen. ebenso.)

3. Die Lasten, welche hiernach den Nießbraucher treffen, hat er, sofern es regelmäßig wiederkehrende sind, nach Verhältniß der Dauer des Nießbrauchs, sofern sie anderer Art sind, insoweit zu tragen, als sie während der Dauer des Nießbrauchs fällig werden (103).

4. Die Verpflichtung des Nießbrauchers zur Rückgabe der Sache nach dem Ende des Nießbrauchs ist im § 1055 Abs. 1 ausgesprochen. Für die Zurückgabe landwirtschaftlicher Grundstücke und Landgüter verweist § 1055 Abs. 2 auf die §§ 591—593, was namentlich auf eine Abweichung von dem gemeinrechtlichen Satz ob. § 203^a a. E. führt (592). — Vermietung oder Verpachtung durch den Nießbraucher über das Ende des Nießbrauchs hinaus: 1056.

5. Sicherheitsleistung liegt dem Nießbraucher nur ausnahmsweise ob, gemäß 1039 (f. ob. zu § 203 unter 2), oder wenn das Verhalten des Nießbrauchers die Beforgniß einer erheblichen Verletzung der Rechte des Eigentümers begründet (1051). Auf Grund rechtskräftiger Verurtheilung zur Sicherheitsleistung gemäß § 1051 kann, wenn die Sicherheitsleistung nicht binnen einer gerichtlich zu setzenden Frist erfolgt, der Eigentümer die Anordnung einer Zwangsverwaltung verlangen, welche bei nachträglicher Sicherheitsleistung wieder aufzuheben ist (1052). Diese Zwangsverwaltung kann auch dann verlangt werden, wenn der Nießbraucher die Rechte des Eigentümers erheblich verletzt und trotz einer Abmahnung des Eigentümers dieß fortsetzt (1054). Der vorgängigen Verurtheilung zur Sicherheitsleistung bedarf es in diesem Falle nicht; aber es kann die Verwaltung durch Sicherheitsleistung von dem Nießbraucher gemäß § 1052 abgewandt oder wieder beseitigt werden.

6. Feststellung des Zustandes der Sache, Inventarisirung bei Inbegriffen von Sachen: 1034. 1035 vgl. ob. ⁶.

7. Wegen eines rechtswidrigen Gebrauchs der Sache müßte der Eigentümer nach § 1004 sofort negatorisch klagen können. § 1053 schränkt diese Befugniß aber auf den Fall ein, daß der Eigentümer zuvor eine vergebliche Abmahnung an den Nießbraucher gerichtet hat.

8. Für Verwendungen, zu welchen der Nießbraucher nicht verpflichtet ist, bekommt er Ersatz nach den Grundsätzen freiwilliger Geschäftsführung (1049 Abs. 1. 683 fg.). Wegen dieses Anspruchs steht ihm Klage wie Zurückbehaltungsrecht nach § 273 zu. Die Klage verjährt in sechs Monaten vom Ende des Nießbrauchs an (1057. 558 Abs. 2). Nimmt der Nießbraucher eine außergewöhnliche Ausbesserung oder Erneuerung vor, so darf er dazu in den Grenzen ordnungsmäßiger Wirthschaft Substanztheile des Grundstücks verwenden (1043). Nimmt er sie nicht selbst vor, so hat er sie, sofern sie erforderlich ist, dem Eigentümer ebenso wie die oben bezeichnete Verwendung von Substanztheilen zu gestatten (1044). Eine Einrichtung, mit welcher er die Sache versehen hat, kann der Nießbraucher wegnehmen (1049 Abs. 2. 258).

9. Wegen aller Ansprüche des Nießbrauchers gegen den Eigentümer und umgekehrt kann der Nießbraucher den Nießbrauchsbesteller als seinen Schuldner und Gläubiger behandeln, wenn er nicht weiß, (Wissenmüssen genügt nicht), daß der Besteller nicht Eigentümer ist (1058).]

§ 205.

Der Nießbrauch ist, wie die persönlichen Dienstbarkeiten überhaupt, unvererblich und unveräußerlich¹. Dagegen ist die Ausübung desselben nicht unveräußerlich²; dieselbe kann sowohl gegen Entgelt als unentgeltlich einem Andern überlassen werden³. Derjenige, an welchen die Ausübung veräußert worden ist, hat nicht bloß ein obligatorisches Recht gegen den Veräußerer; er kann auch den fremden Nießbrauch kraft eigenen Rechts geltend machen⁴. Nur in Einem

§ 205. ¹ C. § 202⁴ und ⁵.

² L. 66 D. 23, 3: — „ut ipsum quidem ius remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat“.

³ L. 12 § 2. l. 38. 40. 67 D. 7, 1, l. 8 § 2 D. 18, 6, l. 11 § 2 D. 20, 1, l. 7 § 2. l. 66 D. 23, 3, l. 57 D. 24, 3. Der Ausdruck der Quellen ist hier nicht immer genau; sie sprechen ganz gewöhnlich von Verkauf, Schenkung zc. zc. des Nießbrauchs, statt: der Ausübung des Nießbrauchs.

⁴ L. 11 § 2 D. 20, 1. „Ususfructus an possit pignori hypothecae dari, quaesitum est . . . Et scribit Papinianus l. XI. Resp., tuendum creditorem, et si velit cum creditore proprietarius agere ‘non esse ei ius uti frui invito se’, tali exceptione eum praetor tuebitur ‘si non inter creditorem et eum, ad quem ususfructus pertinet, convenit, ut ususfructus pignori sit’. Nam et cum emptorem ususfructus tuetur praetor, cur non et creditorem tuebitur? Eadem ratione et debitori obicietur exceptio“. Der Schluß von der exceptio auf die actio hat keinen Anstand. Arndts 3C. f. C. u. Pr. VIII C. 98 hält diese actio für eine cedirte, woraus folgen würde, daß sie gegen den veräußernden Nießbraucher selbst nicht zulässig wäre. In der That aber ist sie eine eigene actio („eadem ratione et debitori obicietur exceptio“), freilich aus fremdem R.; der Erwerber macht die an ein fremdes Subject angeknüpfte Willensherrschaft für sich, zu seinem Nutzen, geltend, also auch gegen dieses Subject selbst. C. § 48a und Windscheid die Actio zc. zc. C. 136, vgl. auch Dernburg Pfandr. I C. 486. A. Schmid Grundlehren der Cession II C. 340 fg. Cf. XXXV. 189 (RG.). — Mit dem Nießbrauche hört auch das R. auf Ausübung desselben auf. Jedoch ist dieser Satz kein absoluter. Es hört nicht auf, wenn der Nießbraucher den Nießbrauch an den Eigenthümer rücküberträgt; in diesem Fall geht zwar der Nießbrauch als solcher unter, aber da der Nießbraucher sein R. nur so übertragen konnte, wie er es hatte, so dauert für denjenigen, an welchen der Nießbrauch veräußert worden war, das R. auf Ausübung einer gleichen Willensmacht, wie die im Nießbrauch enthaltene, fort. RG. XVI C. 110. Das Nämlische muß gelten, wenn der Nießbraucher seinerseits das Eigenthum erwirbt; die der fremden Ausübung hingeebene Willensmacht ist zwar formal untergegangen, aber materiell besteht sie fort. Man kann auch so sagen: das an dem Nießbrauch stattfindende R. hält, so weit es reicht, den Nießbrauch trotz seines Untergangs als Nießbrauch fest. Eine schlagende Analogie dafür gilt l. 3 § 2 D. 7, 2: — „si duobus ususfructus legetur et apud alterum sit consolidatus, ius accrescendi non perit neque ei, apud quem consolidatus est, neque ab eo, et ipse, quibus modis amitteret ante consolidationem, iisdem et nunc amittet“. Die Einwendung, welche Mansbach

Falle ist der Nießbrauch selbst veräußerlich, wenn er nämlich Jemandem lektwillig bloß zu dem Ende gegeben worden ist, damit dieser ihn an einen Dritten weiter gebe; der Dritte erwirbt in diesem Fall durch die Uebertragung des Nießbrauchs einen eigenen Nießbrauch, nicht bloß das Recht zur Ausübung eines fremden⁵.

[Auch nach **§ 205** ist der Nießbrauch unvererblich. Steht er einer juristischen Person zu, so erlischt er mit dieser; die gemeinrechtliche Begrenzung auf 100 Jahre ist nicht aufgenommen (1061). Die Unveräußerlichkeit verordnet 1059. Sie zieht die Unmöglichkeit eines Nießbrauchs am Nießbrauch (vgl. unt. § 206, 2) und eines Pfandrechts am Nießbrauch nach sich (1069 Abs. 2, 1274 Abs. 2). Die Ausübung des Nießbrauchs kann einem andern überlassen werden (1059). Dem aber kommt entgegen dem gemeinen Recht nur obligatorische Wirkung bei. Die entsprechende Forderung kann Gegenstand eines Nießbrauchs und eines Pfandrechts sein. Eine Uebertragung der Ausübung des Nießbrauchs mit dinglicher Wirkung zuzulassen, hat man nicht für nöthig gehalten, da das Bedürfniß eines Rechtsschutzes des Ausübungsberechtigten, wenn er in den Besitz gekommen sei, ausreichend durch die directen und indirecten Folgen des Besitzes (auch 1007. 956) gedeckt werde (Prot. d. II. Comm. S. 4100 fg.).]

Der Nießbrauch ist ein theilbares Recht⁶, d. h. Mehrere können den Nießbrauch zusammen nach Antheilen (Bruchtheilen) haben⁷ und

Nießbrauch an Forderungen **§. 41**²⁴ gegen diese Analogie erhebt, beruht auf einem Mißverständniß der Stelle. Gegen das Gesagte darf auch nicht **l. 8 pr. D. 20, 6** angeführt werden, welche nur die Regel bezeichnet. Vgl. **§ 65 a**⁶ und **§ 248**¹¹. **Fritz ACPr. VIII S. 296 fg.** Erläuterungen I S. 271 fg.

⁵ In den Quellen ist dieß zwar nur für die prätorische Jurisdiction anerkannt, während nach **Civilr.** auch hier der Uebertragende nominell Nießbraucher blieb; aber für uns, wie bereits für das spätere **r. R.**, ist dieser Gegensatz ohne alle Bedeutung. Weil hier der Empfänger einen eigenen Nießbrauch hat, ist er es, welcher **Caution** leisten muß, und durch dessen **Tod, Nichtgebrauch** **z. z.** der Nießbrauch untergeht. **L. 9 pr. D. 7, 9, l. 4. l. 29 § 2 D. 7, 4, l. 29 D. 33, 2.** Vgl. **Windscheid die Actio z. z. S. 137—139.** — Es ist die **Behauptung** aufgestellt worden (**Dernburg [der ältere] J. S. f. C. R. u. Pr. R. J. II S. 53 fg., Elvers § 27**), der Nießbrauch sei überhaupt veräußerlich, freilich so, daß er auch beim Erwerber nicht länger dauere, als der Veräußerer lebe, weil dieser nicht mehr übertragen könne, als er habe. **S. dawider Arndts J. S. f. C. R. u. Pr. R. J. VIII S. 96 fg., Windscheid a. a. D., Dernburg Pfandr. I S. 485. Pand. I § 246⁵, Vangerow I § 344 Anm. 3. [Weiteres ob. § 202⁵.]**

⁶ **L. 1 § 9. l. 81 pr. D. 35, 2, l. 13 § 1 D. 46, 4.** Vgl. hierüber, und über die Theilbarkeit und Untheilbarkeit der **Re** überhaupt **Steinlechner das Wesen der juris communio I S. 138 fg. II S. 256 fg., Rümelin Theilung der Re S. 25 fg. 117 fg., Scheurl Theilbarkeit als Eigenschaft von Re S. 44 fg. [Mertens (§ 169 a *).]**

⁷ Ob man sagt: ein Bruchtheil des Nießbrauchs, oder: der Nießbrauch an einem Bruchtheil der Sache, kommt auf dasselbe hinaus. Und in der That sagen die Quellen Beides. **S. die Stelle der folgenden Note, auch l. 13 § 1 D. 46, 4. Vgl. § 142¹¹.**

es kann Jemand den Nießbrauch zu einem Antheil neben dem Eigenthümer haben⁸. Der Sinn dieser Theilung ist aber auch hier, wie beim Eigenthum (§ 142 Note 11), nicht der, daß das Recht getheilt wäre, sondern lediglich der, daß dem Antheilsberechtigten von dem reell theilbaren Ertrage des Nießbrauches, und von dem, was durch Umsatz des Nießbrauches erworben werden kann, nur ein Bruchtheil gebührt⁹.

[§ 68. Daß ein Nießbrauch an einem Bruchtheil einer Sache bestehen kann, hatte C. I § 981 bestimmt; diese Bestimmung ist aber als selbstverständlich von der II. Comm. gestrichen (Prot. S. 4058 fg.). Auf das Verhältniß von Nießbrauchern finden Anwendung §§ 741 fg. Ueber den Nießbrauch an einem Miteigenthumsantheil s. § 1066.]

Uneigentlicher Nießbrauch⁸.

§ 206.

An Sachen, welche durch den Gebrauch, zu welchem sie bestimmt sind, vernichtet werden¹, ist der Nießbrauch seinem Begriff nach ausgeschlossen. Jedoch wird, wenn nichtsdestoweniger ein Nießbrauch an solchen Sachen verliehen wird, die Verleihung dadurch aufrecht erhalten², daß dem Empfänger das Eigenthum dieser Sachen zuge-

⁸ L. 5. 49. 50 D. 7, 1, l. 5 § 2 D. 7, 6, und der ganze Titel de usufructu accrescendo 7, 2.

⁹ So ist zu verstehen l. 19 D. 7, 8: „frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus“. — Wie durch den im gemeinschaftlichen Eigenthum stehenden Sklaven, wird auch durch den im gemeinschaftlichen Nießbrauch stehenden dem einen Berechtigten das Ganze erworben, wenn der Erwerb durch den andern ausgeschlossen ist. L. 32 D. 45, 3 (vgl. § 169a⁸). — Baron Gesamtverhältnisse § 13, obgleich die im Texte bezeichnete Theilung anerkennend, wie es ja nicht anders möglich ist, erklärt dennoch den Nießbrauch für ein untheilbares R. Er ist dabei geleitet durch das Streben ein neues „Gesamtverhältniß“ (§ 169a⁸ a. C.) zu entdecken. Er schreibt aber dieser behaupteten Untheilbarkeit des Nießbrauchs keine andere Bedeutung zu, als die, Erklärungsgrund zu sein für das Anwachsungs r. unter Nießbrauchsvormächtnißnehmern auch nach gemachtem Erwerbe. Vgl. Bangerow II § 554 Anm. 1 Nr. II.

* Dig. 7, 5 de usufructu earum rerum quae usu consumuntur vel minuuntur. — Feld die Lehre vom usufructus earum rerum quae usu consumuntur vel minuuntur (1858). J. Bürkel Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch Nr. 1 (1864). Hanaußel die Lehre vom uneigentlichen Nießbrauch nach gem. R. (1879). Ewers § 58. Glüd IX S. 387 fg. Böding § 166. Dernburg I § 250.

§ 206. ¹ Resquae usu consumuntur, tolluntur, quae in abusu sunt, verbrauchbare Sachen. C. § 141¹.

² Dieß beruht auf einer besonderen gesetzlichen Bestimmung, einem senatusconsultum aus der ersten Kaiserzeit (Puchta Rhein. Mus. III S. 82 fg. [Meine

sprochen wird gegen die Verpflichtung, bei Beendigung des Nießbrauchs eine gleiche Quantität gleicher Sachen, oder, wenn dieß ausgemacht worden ist, ihren Schätzungswerth herauszugeben³; mit andern Worten: der Nießbrauch am Körper der Sache, welcher nicht möglich ist⁴, wird, wirthschaftlich gedacht, verwandelt in einen Nießbrauch am Werth der Sache^{4a}. Natürlich muß der Nießbraucher für die Erfüllung seiner Verbindlichkeit auch hier Sicherheit stellen⁵. Handelt es sich um Sachen, welche durch ihren bestimmungsmäßigen Gebrauch zwar nicht vernichtet, aber doch werthlos gemacht werden so ist darauf zu sehen, ob der Verleiher den Nießbrauch als eigentlichen oder uneigentlichen gemeint hat⁶.

[Schriften S. 214 fg.] glaubt, dasselbe sei schon zur Zeit des Cicero vorhanden gewesen; dagegen Böcking § 166⁶ und Bürkel S. 31 fg., welcher Letztere [S. 25 fg.] den Senatsbeschluss nicht, wie Andere thun, nach der *l. Julia et Papia Poppaea*, sondern vor dieselbe setzt; dieselbe habe den Senatsbeschluss nicht nöthig gemacht, sondern vorausgesetzt). Dieses *senatusconsultum* bestimmte im Allgemeinen: „*ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit*“, ohne Zweifel um den Nießbrauch am ganzen Vermögen oder einem Bruchtheil desselben möglich zu machen. *L. 1 D. 7, 5*; vgl. § 2 I. 2, 4, *Ulp. XXIV. 27*.

³ Die Quellen behandeln als Grundlage auch dieser Verpflichtung (vgl. § 204¹) eine von dem Nießbraucher zu leistende *cautio*, *l. 3 pr. l. 6. 7. 9. 10 D. 7, 5, l. 7 § 1 D. 7, 9, § 2 I. 2, 4*; sie erkennen aber hier ausdrücklich an, daß das Rückforderungsrecht von der *cautio* unabhängig sei, *l. 5 § 1 D. 7, 5, l. 9 § 4 D. 10, 4, l. 10 D. 19, 5, l. 1 § 17 i. f. D. 36, 3*. — Von dem Betrage, daß statt des Empfangenen der Schätzungswerth zurückgegeben werden solle, reden *l. 7 D. 7, 5, § 2 I. cit.* Man darf nicht sagen, daß auch ohne Vertrag der Nießbraucher nach seinem Belieben, statt in gleichen Sachen, in Geld zurückgeben dürfe; man würde ihm damit unbilligerweise den Vortheil der Preisdifferenz zusprechen. Bürkel S. 43—44, s. aber auch Hanaußel S. 31.

⁴ § 2 I. cit.: — *Ergo senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum, nec enim poterat, sed per cautionem quasi usumfructum constituit*. *L. 2 § 1 D. 7, 5*.

^{4a} Der uneigentliche Nießbrauch ist bloß für die wirthschaftliche Betrachtung *N. an fremder Sache*; seiner juristischen Form nach ist er eine Verbindung von Eigenthum und Obligation.

⁵ *L. 8 D. 7, 5, § 2 I. 2, 4, l. 6 pr. D. 36, 4*. In Betreff der Ausnahmen von der Verpflichtung zur Bürgschaftsleistung ist das Gleiche zu sagen, wie für den eigentlichen Nießbrauch; ebenso über die Möglichkeit des Erlasses derselben. S. § 204⁷⁻⁹. Burg *Prakt. N. F. XIV S. 389 fg.*

⁶ In § 2 I. 2, 4 wird der Nießbrauch an Kleibern als uneigentlicher Nießbrauch behandelt, in *l. 9 § 3 D. 7, 9* und *l. 15 § 4 D. 7, 1* als eigentlicher oder doch möglicher Weise eigentlicher (in *l. 15 § 4 cit.* ist nicht zu lesen: „*sicut*“, sondern „*sic ut*“). Ein nahe liegender Anhaltspunkt für die Bestimmung des Willens des Verleihenden ist, ob der Nießbrauch an der abnützbaren Sache als solcher gegeben ist, oder an einem ganzen Vermögen, in welchem auch abnützbare

[Die Construction des Nießbrauchs an verbrauchbaren Sachen im **BGB.** (1867) ist die gleiche wie im gemeinen Recht, jedoch betrifft die Restitutionspflicht im **BGB.** wenn nichts anderes ausgemacht ist, immer den Schätzungswert in Gelde zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs. Sicherheitsleistung findet nicht statt. Daß an Sachen, welche nicht im Sinne des Gesetzes (92) verbrauchbar sind, kraft Parteiwillens unter dem Namen des Nießbrauchs ein gleiches Verhältniß begründet werden kann, ist unbedenklich (vgl. zu ⁶).

Der Nießbrauch ist aber nicht bloß auf verbrauchbare und abnützbare körperliche Sachen, er ist auch auf unkörperliche Sachen d. h. auf Rechte, ausgedehnt worden^{6a}. So namentlich

1) auf Forderungsrechte⁷. Die rechtliche Stellung, welche der Nießbrauch an einem Forderungsrecht dem Nießbraucher gewährt⁸, ist

Sachen enthalten sind; im ersten Fall ist die Wahrscheinlichkeit dafür, daß er als eigentlicher, im zweiten Fall dafür, daß er als uneigentlicher gemeint sei. Vgl. über die verschiedenen Ansichten *Madai Beitr. zur Dogmengeschichte* S. 139—187, *Feld* S. 41—46, *Elvers* S. 594—596, *Arndts in Haimel's BZS.* V Nr. 4 (1860, Gesammelte Schriften I S. 196 ff.), *Bürkel* S. 75—80, *Jhering Jahrb. f. Dogm.* XV S. 401 fg., *Hanausel* S. 16 fg., *Dernburg I* § 249⁵. Nießbrauch an einem Handelsgeschäft: *Kohler Jahrb. f. Dogm.* XXIV S. 240 fg. [Cf. XLV. 109.]

^{6a} Vgl. § 48a.

⁷ L. 3. 4 D. 7, 5, l. 24 pr. l. 37 D. 33, 2, l. 1 C. 3, 33. — Von dem Nießbrauch an Forderungen handeln die Aufsätze von *Steinberger* *ZE. f. GR.* u. *Pr. N. Z.* XI S. 149 fg. (1864) und *Dunker PraktRW.* VI S. 97 fg. (1869), die bei * citirte Schrift von *Hanausel* S. 39 fg. und die Schriften von *Mansbach* und von *Stammler*, beide unter dem Titel: der Nießbrauch an Forderungen, und beide aus dem Jahre 1880. Im Anschluß an diese drei Schriften: *Hartmann zur Lehre vom Nießbrauch an Ren.*, insbesondere an Forderungsren, *fr. BZS.* XXII S. 518 fg. (1880). Ueber die Schriften von *Mansbach* und *Stammler*: *Strohhal Grünh.* *ZE.* IX S. 77 fg. S. ferner *Bürkel* § 9, *Elvers* S. 596—601, *Mühlenbruch Cession* § 47¹⁵, *A. Schmid Grundlehren der Cession* I S. 180 fg. 219 fg., *Böcking* II S. 259. 260, *Sintenis* I § 59 a. G., *Brinz* 2. Aufl. I S. 779, *Dernburg I* § 249, 2. Eine gute dogmengeschichtliche Uebersicht gibt *Stammler a. a. D.* S. 27 fg. — *Hasendorff* *Oesterr. Obligationenr.* II § 75 (1886). *Schuppe* Begriff des subjectiven R. S. 269 fg. (1887). [*Heymann* der Nießbrauch an Forderungen. *Erl. Diff.* 1896. Höhnens die Lehre vom Nießbrauch an Forderungen, *Breslau* s. a. (*Erl. Diff.* 1897). Vgl. auch *Brandus* über den Nießbrauch an Inhaberpapieren mit Prämien. *Gött. Diff.* 1891.] Aus der *Praxis*: *Sf.* XI. 164, XIX. 126, XXXIV. 18 (diese Erkenntnisse handeln nur von der Caution beim Forderungsnießbrauch).

⁸ Die Meinungen über dieselbe gehen sehr auseinander, wie das bei der Dürftigkeit der Quellen erklärlich ist. Die Entscheidung läßt sich nur durch Entwicklung des wirtschaftlichen Gedankens des Nießbrauchs gewinnen, und diese führt die Verschiedenen zu verschiedenen Resultaten. — Am Einfachsten wird ohne Zweifel das Verhältniß, wenn man die Forderungen wie eine verbrauchbare Sache behandelt, so daß der Nießbraucher einerseits unbedingter Herr derselben wird,

eine verschiedene je nach dem Gegenstand des Forderungsrechts^{8a}. Geht das Forderungsrecht auf periodisch sich wiederholende Leistungen oder ist mit demselben das Recht auf solche Leistungen verbunden, z. B. ein Zinsrecht, so erhält der Nießbraucher die Forderungsrechte auf die während der Dauer des Nießbrauchs erfallenden Leistungen⁹ als eigene¹⁰. Geht das Forderungsrecht auf eine dauernde Leistung¹¹, so hat der Nießbraucher das Recht, das Forderungsrecht zum Zweck der Erlangung dieser Leistung kraft seines Nießbrauchs geltend zu machen¹². Dieß gilt auch, wenn das Forderungsrecht auf eine einmalige Leistung geht¹³; der Nießbraucher hat aber dann statt des Nießbrauchs an dem Forderungsrecht Nießbrauch an dem durch Geltendmachung des Forderungsrechts Erlangten, eigentlichen oder uneigentlichen je nach der Natur des Erlangten¹⁴.

2. In gleicher Weise ist ein Nießbrauch am Nießbrauche möglich. Der Nießbraucher macht auch in diesem Fall das seinem Nießbrauch unterworfenene fremde Recht kraft seines Nießbrauchs für sich geltend¹⁵.

andererseits aber auch zur Restitution unbedingt verpflichtet ist, auch wenn die Forderung ohne seine Schuld untergegangen ist. Diese Auffassung ist in alter und neuer Zeit, schlechthin oder mit Unterscheidungen, vertreten worden; aber ich sehe für sie weder in den Quellen, noch in dem wirtschaftlichen Gedanken des Nießbrauchs einen Anhalt.

^{8a} Unter Gegenstand des Forderungs r. wird hier die Leistung verstanden, zu welcher der Schuldner kraft des Forderungs r. verpflichtet ist. Vgl. II § 252.

⁹ L. 24 pr. D. 33, 2.

¹⁰ Der Nießbraucher hat nicht etwa nur Nießbrauch an diesen Forderungsrechten. Die Forderungsre auf die einzelnen Leistungen bilden den Ertrag des Stamms.

¹¹ Wie z. B. das Forderungs r. des Miethers.

¹² Der Nießbraucher macht nicht ein eigenes R. geltend. Er ist weder Cessionar, noch erhält er aus dem seinem Nießbrauch unterworfenen R. ein neues eigenes R. (so namentlich Mansbach, Bekker Pand. I § 34^a). Er macht das R. des Gläubigers geltend, für welches sein Wille in einer einzelnen Beziehung, eben nach der Seite des Genusses, maßgebend geworden ist (§ 48a).

¹³ Von Anfang an oder jetzt nur noch, z. B. nach Erlöschen des Zinsr.

¹⁴ Das R. des Nießbrauchers, Leistung einzufordern bez. anzunehmen, rechtfertigt sich durch die Betrachtung, daß der Nießbraucher sonst von dem Forderungsre gar keinen Genuß haben würde, wie er doch nach der Absicht des Verleihenden haben soll. Dieser Absicht ist es gemäß, daß sich der Nießbrauch an dem Forderungs r. in einen Nießbrauch an dem Gegenstand des Forderungs r. (genauer: dem Gegenstand der Leistung, auf welche das Forderungs r. geht) verwandele. Von dem R. des Nießbrauchers, Erfüllung anzunehmen, spricht I. 1 C. 3, 31. Gegen die Leistung des Schuldners an den Gläubiger schützt er sich nach Analogie des Pfandr. an einer Forderung durch Denuntiation (I. 4 C. 8, 16 [17]).

¹⁵ Vgl. Würfel § 7, Spanaufel § 12. Die Quellen sprechen vom Nießbrauch am Nießbrauch nicht. Aber sie erörtern mit Rücksicht auf den oben

3. Ebenso wäre ein Nießbrauch an *Emphyteusis* und *Superficies* möglich, wenn nicht das römische Recht dem *Emphyteuta* und dem *Superficiar* die Befugniß zuerkannt hätte, die Sache selbst mit einem Nießbrauch zu belasten¹⁶.

§ 206. I. Nießbrauch an Rechten.

1. Nießbrauch an Rechten ist möglich, wenn die Rechte übertragbar sind (1069 Abs. 2). Demnach ist der Nießbrauch an Forderungen im Allgemeinen möglich, an einem Nießbrauch nicht möglich (1059), wohl aber an der durch Uebertragung seiner Ausübung begründeten Forderung. Das Gleiche gilt für beschränkte persönliche Dienstbarkeiten (1092). Die *Emphyteuse* kennt das *BGB.* nicht. An dem Erbbaurecht ist Nießbrauch wie an einem Grundstück möglich (1017). An Grunddienstbarkeiten ist kein selbständiger Nießbrauch möglich, aber der Nießbrauch am herrschenden Grundstück ergreift sie wie andere mit dem Eigentum am Grundstück verbundene Rechte im Zweifel als Bestandtheile des Grundstücks (96; f. ob. S. 609 fg. S. 612 unter 2). Dieß umsomehr, als auch nach der Anschauung des *BGB.* die Ausübung einer Grunddienstbarkeit ein Zweig der Nutzung des Grundstücks ist (1019). Da aber die Grunddienstbarkeit nicht wesentlicher Bestandtheil des herrschenden Grundstücks ist, und einzelne Nutzungen vom Nießbrauch ausgeschlossen werden können, so ist nicht undenkbar, daß eine Grunddienstbarkeit vom Rechte des Nießbrauchers ausgeschlossen bleibt. Ein Vorkaufsrecht oder eine Reallast, welche zu Gunsten des Eigentümers eines Grundstücks bestehen, können ebenfalls dem an dem Grundstück stattfindenden Nießbrauch unterworfen sein; ein selbständiger Nießbrauch an ihnen ist nicht möglich (1103 Abs. 1. 1110). Eine Hypothek und ein Pfandrecht können nur im Zusammenhang mit dem Forderungsnießbrauch Gegenstand eines Nießbrauchs sein (1153. 1250). Am Besitz gibt es keinen Nießbrauch.

genannten Senatsbeschuß die Frage, ob ein Nießbrauch an einer Begegerichtigkeit möglich sei (I. 1 D. 33, 2 [Dazu *Sammsromm ACPrä.* LXXXVII S. 142 fg.]). Diese Frage ist nun zwar in gleicher Weise wie für alle anderen Grunddienstbarkeiten (I. 33 § 1 D. 8, 3) und für das *Gebrauchsr.* zu verneinen, weil diese Rechte nicht einmal Ausübung durch einen Andern zulassen; aber eben weil für den Nießbrauch das Gegentheil gilt, ist die Frage für diesen zu bejahen. Bürkel § 7. Dieser Schriftsteller geht übrigens weiter, und will einen Nießbrauch auch an Grunddienstbarkeiten zulassen, mit Berufung auf I. 1 cit. i. f. Aber der Fall, welchen diese Stelle behandelt, und für welchen sie in indirecter Weise hilft, ist ein anderer, nämlich der, daß eine noch nicht bestellte Begegerichtigkeit zum Nießbrauch vermachet wird. (Darauf gehen die Worte: „quia id neque ex bonis nec extra bona sit“. Andere Erklärungen dieser Worte bei *Böcking* § 162⁴⁹, *Bürkel* S. 51, *Hanausel* S. 81.) — Der Nießbrauch am Nießbrauch geht ebenso wenig in allen Fällen mit seinem Gegenstand unter, wie das *R.* auf Ausübung eines veräußerten Nießbrauchs. S. § 205⁴ a. E. und vgl. § 219⁵.

¹⁶ S. § 219⁷.^a. Vgl. *Bürkel* S. 58—59, *Hanausel* S. 76—79. — Nießbrauch am Pfandr.? *Bürkel* § 10. Nießbrauch am Autorre: *Bürkel* § 11, *Hanausel* § 25, *Köhler Jahrb. f. Dogm.* XVIII S. 407 fg.; am Patentre: *Köhler Patentr.* S. 154 fg.

2. Das BGB. wendet auf den Nießbrauch an Rechten die allgemeinen Vorschriften über den Nießbrauch an Sachen an, soweit nicht die §§ 1069—1084 ein Anderes ergeben (1068): Soweit die Vorschriften der angeführten Paragraphen Begründung und Beendigung des Nießbrauchs betreffen, gehören sie nicht an diese Stelle. Ueber die Rechtsstellung des Nießbrauchers gibt das BGB. folgende Bestimmungen:

a) Wenn kraft des dem Nießbrauch unterworfenen Rechts eine Leistung gefordert werden kann, — also bei Forderungen im engeren Sinne, aber auch bei Realkastberechtigung, Grundschuld —, finden auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Nießbraucher und dem Verpflichteten die Vorschriften entsprechende Anwendung, welche im Falle der Uebertragung des Rechts für das Rechtsverhältniß zwischen dem Erwerber und dem Verpflichteten gelten (1070 Abs. 1; vgl. insbes. 401. 404—410). Eine besondere Anwendung davon macht 1070 Abs. 2 für den Fall einer gegen den Nießbraucher verhängten Zwangsverwaltung nach § 1052.

b) Bei dem Nießbrauch einer Leibrente, eines Auszugs oder eines ähnlichen Rechts — dahin gehören auch die Realkasten — hat der Nießbraucher die Rechte auf die einzelnen Leistungen als eigene Forderungen (1073).

c) Der Nießbraucher einer unverzinslichen Forderung hat das Recht, die Forderung einzuziehen und zu diesem Zwecke zu kündigen. Er ist verpflichtet, für die ordnungsmäßige Einziehung zu sorgen; anderweitig verfügen kann er über die Forderung dagegen nicht (1074). Mit der Leistung eines unverbrauchbaren Schulgegenstandes an den Nießbraucher erwirbt der Schuldner den Gegenstand, d. h. das Eigentum an der Sache oder das sonst in Frage kommende Recht; der Nießbraucher erwirbt daran Nießbrauch (1075 Abs. 1). Bei Leistung verbrauchbarer Sachen erwirbt der Nießbraucher Eigentum zu Quasiususfruct nach § 1067 (1075 Abs. 2).

d) Ist die Forderung verzinslich, so hat der Nießbraucher das Recht auf die Zinsen. Das ist zwar für diesen Fall nicht wie in § 1073 (ob. b) ausdrücklich bestimmt, folgt aber aus der Analogie des Sachnießbrauchs; denn die Zinsen sind gemäß § 99 Abs. 2 Früchte des Rechts. Der Nießbraucher hat die Zinsforderungen als eigene Forderungen, wie er sonst die Früchte eigenthümlich erwirbt. Das Kapital unterliegt nach Maßgabe der §§ 1077—1079 der gemeinschaftlichen Verfügung des Nießbrauchers und des Gläubigers. Beide können nur gemeinschaftlich kündigen, nur Beiden kann gekündigt (1077 Abs. 2), nur Beiden gemeinschaftlich gezahlt werden. Jeder kann auf Zahlung an Beide gemeinschaftlich oder auf Hinterlegung für Beide klagen (1077 Abs. 1). Jeder kann den Andern auf Mitwirkung zur Einziehung, und (wenn Kündigung wegen Gefährdung der Forderung nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirthschaft erforderlich ist), zur Kündigung verklagen (1078). Jeder kann endlich den Andern auf Mitwirkung zu mündelicherer verzinslicher Anlage des Kapitals verklagen; der Nießbraucher kann dabei gleichzeitige Bestellung des Nießbrauchs an der neuen Forderung verlangen. Die Art der Anlegung bestimmt der Nießbraucher (1079). Zu erörtern bleibt, in welcher Rechtslage sich das an Beide gemeinschaftlich Gezahlte vor der Wiederanlage befindet. Die Mot. III S. 553 schwanken zwischen zwei Constructionen. Zuerst heißt es, der Gläubiger erwirbt Eigentum, der Nießbraucher Nießbrauch (nur keinen Quasiususfructus), aber gleich darauf wird gesagt, es sei ein wirklicher Nießbrauch

ausgeschlossen und nur eine Art von Communion vorhanden. M. E. ist zu betonen, daß das BGB. das dingliche Recht des Nießbrauchs an Geld überhaupt nicht kennt (1067); man braucht sich aber auch nicht mit dem vagen Begriff einer Art von Communion zu behelfen, sondern darf bestimmt sagen, daß das an Nießbraucher und Gläubiger gemeinschaftlich Bezahlte ihr Miteigenthum wird. Das Besitzverhältniß kann sich verschieden gestalten. Der Schuldner hat das Seinige gethan, wenn er vor Beiden gemeinschaftlich das Geld aufgezählt hat, und es kommt nun darauf an, wie Gläubiger und Nießbraucher weiter verfahren. Einen wirklichen Mitbesitz können sie herstellen, z. B. wenn das Geld in eine Kassette gethan wird, welche der Eine bei sich hat, während der Andere den Schlüssel dazu verwahrt. Es kann auch der Eine das Geld allein in Verwahrung nehmen; dann ist der Andere mittelbarer Besitzer. Sie können Jeder einen Theil aufbewahren; dann ist Jeder mittelbarer Besitzer des vom Anderen besessenen Theils. Sie können endlich das Geld einem Dritten gemeinschaftlich zur Aufbewahrung in natura geben; dann sind sie gemeinschaftliche mittelbare Besitzer gemäß § 432. Hinterlegen sie nach § 700, so müssen sie besondere Abreden treffen, wenn nicht Jeder die Hälfte soll zurückfordern können. (420). Ist für Beide gemeinschaftlich vom Schuldner hinterlegt, so sind sie Mitgläubiger in derselben Stellung wie bei untheilbarer Leistung (432). Je nach der verschiedenen Situation, in welcher sich das Geld befindet, richtet sich auch, was unter der nach § 1079 zu verlangenden „Mitwirkung“ zur Wiederanlage des Geldes zu verstehen ist.

e) Nießbrauch an einer Grundschuld oder Rentenschuld steht unter den Vorschriften über den Forderungsnießbrauch (1080), und zwar bei der Grundschuld regelmäßig, bei der Rentenschuld immer (1200) unter denen über verzinsliche Forderungen. Ueber Nießbrauch an Hypothek und Pfandrecht ist nichts bestimmt; wegen der Abhängigkeit dieser Rechte von der Forderung machen sich hier die Vorschriften über den Forderungsnießbrauch von selbst geltend.

f) Inhaberpapiere oder mit Blankoindossament versehene Ordre-papiere können zu den verbrauchbaren Sachen gehören (z. B. Banknoten gemäß § 92 Abs. 1, in Blanco indossirte Wechsel wenigstens in den Händen eines Bankiers gemäß § 92 Abs. 2). In diesem Falle finden die reinen Vorschriften über den Quasiusufructus Anwendung (1084). Gehören die genannten Papiere nicht zu den verbrauchbaren Sachen, so steht der Besitz des Papiers und des zugehörigen Erneuerungsscheins dem Nießbraucher und dem Eigentümer gemeinschaftlich zu (1081 Abs. 1 S. 1), d. h. Jeder kann von dem Andern die Einräumung des Mitbesitzes verlangen. Den Besitz der zu dem Papiere gehörenden Zins-, Renten- oder Gewinntheilscheine kann der Nießbraucher allein zu haben verlangen (1081 Abs. 1 S. 2). Die Forderungen aus diesen letzteren Papieren sind Früchte und gebühren dem Nießbraucher. Hat der Eigentümer die Zins-scheine (u. s. w.) wider Willen des Nießbrauchers in Händen, so hat er sie als ein solcher, der über die Urkunde zu verfügen nicht berechtigt ist; der Schuldner kann also ihm die Zahlung verweigern (793). Die Forderung aus dem Hauptpapier und aus dem Erneuerungsschein steht Beiden gemeinschaftlich zu, da nur Beide gemeinschaftlich über diese Urkunden zu verfügen berechtigt sind. Hat Einer wider Willen des Andern dieselben allein in Händen, so kann der Schuldner ihm die Leistung verweigern (793). Beide sind einander verpflichtet, zur Einziehung des

fälligen Kapitals, zur Beschaffung neuer Zinsscheine (u. s. w.) und zu sonstigen ordnungsmäßigen Verwaltungshandlungen mitzuwirken (1088 Abs. 1). Jeder kann von dem Andern verlangen, daß das Hauptpapier nebst dem Erneuerungsschein bei einer Hinterlegungsstelle mit der Bestimmung hinterlegt wird, daß die Herausgabe nur von Beiden gemeinschaftlich verlangt werden kann. Der Nießbraucher kann auch Hinterlegung bei der Reichsbank verlangen; es ist unzweifelhaft, daß dabei die gleiche Bestimmung zu treffen ist, wie im Falle der Deposition bei einer Hinterlegungsstelle (1082). Das eingezogene Kapital wird wie das auf eine sonstige verzinsliche Forderung eingezogene behandelt (1088 Abs. 2; s. ob. d.). Eine bei der Einlösung gezahlte Prämie gilt als Theil des Kapitals (1088 Abs. 2.). — Vgl. Pilch der Nießbrauch an Inhaberpapieren mit Prämien nach dem R. des OGB. Erl. Diff. 1897.

II. Anzuschließen sind hier die Bestimmungen des OGB. über den Nießbrauch an einem ganzen Vermögen.

1. Das OGB. kennt keinen Nießbrauch an dem Vermögen in dem Sinne eines eigenartigen Rechts an der Sachgesamtheit, sondern nur im Sinne eines Nießbrauchs an den einzelnen zu dem Vermögen gehörigen Gegenständen (Sachen oder Rechten) (1085). Die Vorschriften über den Nießbrauch an Sachen und an Rechten sind also anwendbar und namentlich auch die Vorschriften des § 1085 über Inventarisation, welche auf einen Inbegriff von Rechten gemäß § 1068, somit auch auf einen Inbegriff von Sachen und Rechten anzuwenden sind.

2. Besondere Bestimmungen werden nöthig mit Rücksicht auf die Schulden des Nießbrauchsbestellers.

a. Die Gläubiger behalten als ihren Schuldner den Nießbrauchsbesteller; der Nießbraucher haftet ihnen (abgesehen von Zinsen u. s. w., vgl. unt. d) persönlich nicht. Sein Recht muß sich aber den Ansprüchen der Gläubiger unterordnen, soweit ihre Forderungen vor der Bestellung des Nießbrauchs entstanden sind, daher können solche Gläubiger, auch wenn ihre Forderungen später fällig wurden, Befriedigung aus den dem Nießbrauch unterliegenden Gegenständen ohne Rücksicht auf das Recht des Nießbrauchers verlangen (1086 S. 1). Die Civilproceßnovelle (Reichstagsvorl. Art. I Nr. 177 § 670 c. 670 d) will die Zwangsvollstreckung an die Voraussetzung knüpfen, daß der Besteller zu der Leistung und der Nießbraucher zur Duldung der Zwangsvollstreckung rechtskräftig verurtheilt sind; für den Fall jedoch, daß gegenüber dem Schuldner schon vor der Bestellung des Nießbrauchs eine rechtskräftige Feststellung der Schuld erfolgt war, soll eine vollstreckbare Ausfertigung des Urtheils gegen den Nießbraucher wie gegen einen Rechtsnachfolger des Schuldners zu erwirken sein. Eigenthümlich gestaltet sich die Vollstreckung bei verbrauchbaren Sachen, deren Eigenthum der Nießbraucher erlangt hat; hier unterliegt dem Zugriff der Gläubiger der Anspruch des Nießbrauchsbestellers auf Ersatz des Werths jener Sachen nach § 1067, und dieser Anspruch gilt den Gläubigern gegenüber als sofort (nicht erst beim Ende des Nießbrauchs) fällig (1086 S. 2).

b. Der Nießbrauchsbesteller bleibt Schuldner seiner Schulden, wie Proprietar seines Vermögens. Dem Nießbrauch kann nur Alles unterworfen werden, was zu dem gegenwärtigen Vermögen gehört; ein Vertrag dahin, daß der Nießbrauch auch an dem künftigen Vermögen bestellt werden sollte, wäre nichtig

(310). Der Nießbrauchsbesteller kann daher keineswegs unbedingt verlangen, daß der Nießbraucher die Last der Schulden ihm abnimmt. Er kann keinen Ersatz vom Nießbraucher verlangen, wenn ein Gläubiger Zwangsvollstreckung in eine später erworbene nießbrauchsfreie Sache betrieben, oder wenn er selbst mit nießbrauchsfreien Mitteln Schulden getilgt hat. Ihm steht aber frei, die dem Nießbrauch unterliegenden Objecte zur Befriedigung von Gläubigern, deren Forderungen vor der Bestellung des Nießbrauchs entstanden sind, heranzuziehen. Er kann, sobald eine vor der Bestellung entstandene Forderung fällig ist, von dem Nießbraucher Rückgabe der zur Befriedigung erforderlichen Gegenstände verlangen und zwar nach Wahl des Bestellers, die sich jedoch nur auf die vorzugsweise geeigneten Gegenstände richten kann (1087 Abs. 1). Hieraus folgt von selbst, daß der zur Bestellung des Nießbrauchs obligatorisch Verpflichtete in der gleichen Weise Objecte zur Befriedigung fälliger Schulden zurückbehalten kann (Prot. der II. Comm. S. 4149). Soweit die zurückgegebenen (zurückbehaltenen) Gegenstände ausreichen, ist der Besteller dem Nießbraucher gegenüber zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet (1087 Abs. 1). Nicht hierzu verwandte Gegenstände bleiben unter dem Nießbrauch, der Nießbraucher kann sie also wieder einziehen. Wenn jedoch der Besteller die Befriedigung des Gläubigers mit anderweitigen Mitteln vornimmt, so fragt es sich, ob er nicht die zurückgegebenen oder zurückbehaltenen Objecte insoweit definitiv behalten kann, als ihr Werth dem von ihm Aufgewandten entspricht. Diese Frage wird von den Prot. III S. 563 zu dem allerdings nicht ganz mit der jetzigen Fassung übereinstimmenden § 1040 E. I verneint, und sie ist auch jetzt zu verneinen aus dem vorangeführten Grunde, daß die Schulden des Bestellers seine Schulden bleiben, und der Nießbraucher nur soweit das Gesetz es ihm auflegt die Verwendung der Nießbrauchsobjecte zur Schuldtilgung zu dulden hat. Auch kommt in Betracht, daß eine Veräußerung der Objecte und die Befriedigung eines Gläubigers mit dem Erlös dem Nießbraucher vortheilhafter sein kann und jedenfalls ein klareres und leichter erweisliches Ergebnis schafft, als die Werthberechnung der zurückgegebenen Gegenstände. Unterbleibt die Befriedigung mit den zurückgegebenen (zurückbehaltenen) Gegenständen, so sind die Gläubiger nicht gehindert, dieselbe auch aus den in der Hand des Nießbrauchers verbliebenen Gegenständen zu suchen.

c) Der Nießbraucher kann die Verbindlichkeit durch Leistung des geschuldeten individuellen, zu dem Vermögen gehörigen Gegenstandes erfüllen (1087 Abs. 2); er ist gesetzlich ermächtigt, über das Eigenthum des Bestellers oder dessen sonstige Rechte zu diesem Zwecke zu verfügen, und man muß annehmen, daß dieß auch dann gilt, wenn die Forderung nicht auf Uebertragung sondern auf Belastung einer zu dem Vermögen gehörigen Sache oder eines solchen Rechtes gerichtet ist. Zu dem Vermögen gehört der geschuldete Gegenstand auch dann, wenn unter den zu dem Vermögen gehörigen Objecten gewisser Art eines zu leisten ist. Gehört der Gegenstand dagegen nicht zu dem Vermögen, und das ist bei jeder rein generischen Obligation der Fall, so kann der Nießbraucher zunächst den Werthersatz, welchen er für verbrauchbare Sachen gemäß § 1067 schuldet, zur Befriedigung des Gläubigers verwenden, indem er ihn dem Geldgläubiger auszahlt oder das sonst geschuldete mit dem Gelde anschafft. Er wird in zutreffender Höhe dadurch von seiner Pflicht zu demnächstiger Restitution dem Besteller gegenüber frei, kann aber Entschädigung

für die verfrühte Restitution nicht verlangen. Wenn der Nießbraucher solchen Werthersatz nicht schuldet, oder nicht mehr schuldet, weil derselbe bereits in der obigen Weise verwandt ist, so kann der Nießbraucher, wenn die Befriedigung durch den Gläubiger nicht ohne Gefahr abgewartet werden kann (z. B. wegen drohender Zwangsvollstreckung) einen zu dem Vermögen gehörigen Gegenstand zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers veräußern (1087 Abs. 2 S. 2. 3). Hierin liegt wiederum eine gesetzliche Ermächtigung zur Disposition über fremdes Vermögen. Der Nießbraucher muß einen vorzugsweise geeigneten Gegenstand auswählen. Hat er dieß nicht beobachtet, so ist er dem Besteller verantwortlich, aber die Giltigkeit der Veräußerung wird davon nicht beeinträchtigt. Einen Ersatz für die Entbehrung des Gegenstandes bekommt der Nießbraucher nicht. Wenn der Nießbraucher mit eigenen Mitteln die Befriedigung eines Gläubigers vornimmt, dessen Forderung vor dem Nießbrauch entstanden ist, so könnte er eine Ersatzforderung nur auf die Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag stützen (677 fg.). Dieser Forderung kann aber sehr leicht entgegenstehen der Umstand, daß der Nießbraucher nur zur Abwendung des Zugriffs auf Nießbrauchssachen und ohne den animus obligandi geleistet hat (685 Abs. 1). Und wenn sie auch begründet ist, so kann der Nießbrauchsbesteller doch einwenden, daß, da der Gläubiger auf die Nießbrauchsobjecte greifen und der Nießbrauchsbesteller deren Auslieferung verlangen konnte, die geschehene Aufwendung dem Nießbraucher sein Recht an diesen Objecten erhalten, ihm also zum Theil selbst zu Gute gekommen ist und insoweit Erstattung von dem Besteller nicht verlangt werden kann. Wenn eine Sache vom Nießbraucher ausgeliefert ist und einen Erlös von 100 gibt, so ist vielleicht 70 Werth der Proprietät und 30 Werth des Nießbrauchs; hat also der Nießbraucher dem Gläubiger 100 gezahlt, so kann also auch nur ein entsprechender Theil dieser Zahlung als nützliche Aufwendung für den Besteller gerechnet werden. Wenn ein Gläubiger Zwangsvollstreckung in Nießbrauchsobjecten zu betreiben bereits begonnen hat, und der Nießbraucher nunmehr ihn befriedigt, so geht gemäß § 268 die Forderung auf den Nießbraucher über; der Besteller kann aber auch in diesem Falle gemäß § 1087 Abs. 1 verlangen, daß die eigene Befriedigung des Nießbrauchers und nunmehrigen Gläubigers aus Nießbrauchsobjecten erfolge. Ganz zwecklos ist darum das Recht des § 268 für den Nießbraucher nicht. Er kann ein Interesse haben, gerade die vom Vollstreckungsgläubiger angegriffene Sache zu retten. Zahlt der Nießbraucher eine erst nach Bestellung des Nießbrauchs entstandene Schuld, so kommen die Grundsätze der freiwilligen Geschäftsführung rein zur Anwendung, da hier weder der Gläubiger, noch der Nießbrauchsbesteller irgendwie den Nießbraucher zur Beihülfe behufs Deckung der Schuld heranziehen kann. Eine Verfügung des Nießbrauchers über Nießbrauchsgut zum Zwecke der Tilgung solcher Schulden hat aber auch keine gesetzliche Ermächtigung des Nießbrauchers zur Grundlage, ihre Wirkung hängt vielmehr ausschließlich gemäß § 185 von der Genehmigung des Bestellers ab.

d) Eine besondere Stellung nehmen Zinsforderungen und andere Forderungen auf wiederkehrende Leistungen ein, die bei ordnungsmäßiger Vermögensverwaltung aus den Einkünften bestritten werden. Ist eine Forderung schon vor der Bestellung des Nießbrauchs verzinslich geworden oder eine Forderung auf sonstige wiederkehrende Leistungen der bezeichneten Art vor dieser Zeit entstanden, so haftet den Gläubigern der Nießbraucher neben dem Besteller als Gesamtschuldner

(1088 Abf. 1. 421). Diese Haftung kann nicht durch Vertrag zwischen Nießbraucher und Besteller ausgeschlossen werden (1088 Abf. 2); wohl aber kann ein Gläubiger den Nießbraucher der Haftung entlassen. Der Nießbraucher haftet auch dem Besteller auf Erfüllung der genannten Forderungen auf eigene Kosten (1088 Abf. 3). Hier- von kann ihn der Besteller dispensiren, ohne die Haftung dem Gläubiger gegen- über zu beseitigen. Kommt der Nießbraucher dem Besteller gegenüber mit der Befriedigung des Gläubigers in Verzug, so kann der Besteller die Rückgabe von Nießbrauchsobjecten zwecks eigener Befriedigung des Gläubigers verlangen; für den Werth der Proprietät dieser Objecte, welche zur Befriedigung des Gläubigers mit- geopfert wird, bleibt der Nießbraucher dem Besteller wegen Nichterfüllung seiner Verpflichtung schadensersatzverbindlich.

e) Es besteht die entfernte Möglichkeit, daß Jemand, der sich für den Herrn eines Vermögens hält oder ausgibt, ohne es zu sein, einen Nießbrauch an dem- selben (d. h. an den dazu gehörigen Gegenständen) bestellt und dem Erwerber nach den Vorschriften über den Erwerb von Nichtberechtigten wirklich verschafft. In solchem Falle ist überall, wo in den §§ 1086—1088 vom Besteller des Nieß- brauchs die Rede ist, der Eigentümer des Vermögens an die Stelle zu setzen (Prot. d. II. Comm. S. 4148).

3. Die Vorschriften über den Vermögensnießbrauch finden entsprechende An- wendung auch beim Nießbrauch an einer Quote des Vermögens, welchen das Ge- setz als möglich voraussetzt (311), ebenso beim Nießbrauche an einem Nachlaß (1089.)]

b. Das Gebrauchsrecht*.

§ 207.

Das Gebrauchsrecht ist das Recht, eine fremde Sache zu ge- brauchen, d. h. sie zu den Zwecken zu verwenden, welche sich mit ihr erreichen lassen, ohne sich die Früchte derselben anzueignen¹. Das Gebrauchsrecht unterscheidet sich von dem Nießbrauch nicht allein durch seinen geringeren Umfang, sondern auch dadurch, daß es auf den Gebrauch als solchen geht, während beim Nießbrauch der Gebrauch nur als Bestandtheil des Nutzens der Sache auftritt. Daraus erklärt sich, daß, wer bloß ein Gebrauchsrecht hat, nicht einmal die Aus- übung des Gebrauches einem Andern überlassen darf, während der Nießbraucher dazu allerdings befugt ist². Denn einen Andern

* Inst. 2, 5. D. 7, 8 de usu et habitatione. — Fehmann über den Inhalt und Umfang der Personalservitut des usus nach r. R. (1861). (Darüber Scheurl in der fr. WZS. III S. 298—309.) Glüd IX S. 490 fg.; Böding § 167, Sintenis I § 60, Wächter II S. 296 fg. [Braun quellenmäßige Darstellung der Servitut des usus. Erl. Diff. 1890.]

§ 207. ¹ L. 2 pr. D. 7, 8. „Cui usus relictus est, uti potest, frui non potest“.

L. 1 § 1 eod.: „nudus usus, i. e. sine fructu“. L. 12 § 3. l. 14 pr. cod.

² § 1—3 I. 2, 5, l. 8 pr. l. 11. 12 § 6 D. 7, 8.

gebrauchen lassen, heißt nicht gebrauchen; genützt aber wird die Sache auch in der Ueberlassung des Gebrauchs.

Jedoch ist derjenige, dem ein Gebrauchsrecht verliehen ist, nicht nothwendig auf den bezeichneten Inhalt beschränkt; er kann in einem gegebenen Fall sehr wohl auch ein mehr oder minder umfassendes Fruchtgenussrecht, so wie die Befugniß zur Ueberlassung des Gebrauchs an einen Andern haben. Es ist nämlich möglich, daß der Verleiher mehr gewollt hat, als die Ausdrücke: Gebrauchsrecht, Gebrauch, besagen; in diesem Falle ist die Auslegung befugt, dem unvollkommenen Ausdruck gegenüber den wahren Willen des Verleihenden zur Geltung zu bringen, und hier um so mehr, als sie es regelmäßig mit einer letztwilligen Verleihung zu thun haben wird³. In diesem Sinne geben die Quellen folgende Entscheidungen. Derjenige, welchem der Gebrauch eines Hauses hinterlassen worden ist, darf nicht bloß selbst in dem Hause wohnen, sondern darf auch seine Familie, so wie die sonst zu ihm gehörigen Personen, ja selbst einen Gast, darin aufnehmen; er darf sogar das ihm Ueberflüssige vermietthen⁴. Ist Jemandem der Gebrauch eines Landgutes vermacht worden, so hat er nicht bloß die Befugniß, dasselbe zu bewohnen, sondern auch die Befugniß, von den Früchten desselben für sein und der Seinigen und seiner Gäste Bedürfnis zu nehmen⁵. Das Vermächtnis des Gebrauches an einem Wald wird geradezu als Nießbrauch ausgelegt, weil an einem Walde ein bloßer Gebrauch nicht möglich ist⁶.

³ C. § 84⁷⁻¹¹. L. 12 § 2 D. 7, 8: — „neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum“; l. 4 pr. eod.: — „non erit ei invidendum“.

⁴ L. 2 § 1 — l. 8 D. 7, 8, vgl. auch l. 9 eod. L. 4 § 1 cit. „Mulieri autem si usus relictus est, posse eam et cum marito habitare, Q. Mucius primus admisit, ne ei matrimonio carendum foret, cum uti vult domo“.

⁵ L. 10 § 4 — l. 12 § 1. l. 15 D. 7, 8.

⁶ L. 22 pr. D. 7, 8. „D. Hadrianus, cum quibusdam usus silvae legatus esset, statuit fructum quoque eis legatum videri, quia, nisi liceret legatariis caedere silvam et vendere, quemadmodum usufructuariis licet, nihil habituri essent ex eo legato“. Auch der usus verbrauchbarer Sachen wird vom ususfructus nicht unterschieden l. 5 § 2 D. 7, 5. — Außer den im Vorigen genannten Entscheidungen ist noch die der l. 12 § 2 D. 7, 8 zu bemerken: wer den Gebrauch einer Schafheerde hat, darf dieselbe zum Zwecke des Düngens auf seinen Acker treiben, aber er darf auch „modicum lac“ von derselben nehmen. Vgl. auch l. 12 § 4 D. 7, 8. — Uebrigens ist die im Texte gegebene Erklärung der angeführten Quellenentscheidungen weit davon entfernt, die allgemein anerkannte zu sein. Von jeher hat man sich bemüht, diese Quellenentscheidungen aus dem Begriff des usus herzuleiten, und den Begriff des usus demgemäß zu bestimmen.

Die Beschränkungen, welchen das Recht des Nießbrauches unterliegt⁷, gelten noch viel mehr beim Gebrauchsrecht, und ebenso sind die mit dem Gebrauchsrecht verbundenen Verpflichtungen⁸ die nämlichen, wie bei dem Nießbrauche⁹; nur trägt der Gebraucher die Kosten und Lasten der Sache bloß nach Maßgabe des Nutzens, welchen er von der Sache hat¹⁰. Endlich ist auch die Cautionspflicht die gleiche¹¹.

Die früher herrschende Ansicht ging dahin, der usus unterscheide sich von dem ususfructus nicht durch die Art des Nutzens, welchen er gewähre, sondern durch das Maß: der usus sei der fructus mit Beschränkung auf die Nothdurft der berechtigten Person. Dieser Ansicht trat Thibaut (Verfuche I S. 35 fg. [1798]) entgegen, indem er die hier vertheidigte zur Geltung brachte. Im Princip lehrte zu der früheren Auffassung zurück Puchta (Inst. II § 252 zu ^m. Pand. § 171. 180), so jedoch, daß er die Beschränkung des usus nicht in die Nothdurft des Berechtigten setzte, sondern einerseits in das persönliche Bedürfnis desselben (im Gegensatz zu dem Bedürfnis anderer Personen), andererseits in den Ausschluß des Umsatzes der Nutzung in andere Werthobjecte durch Ueberlassung der Nutzung an Andere. Scheurl (ZS. f. gesch. RW. XV S. 19 fg. [1860]) suchte die Scheidung zwischen usus und fructus darin, daß der erste den Erwerb der Früchte zu bleibendem Gewinn ausschliesse (vgl. namentlich S. 34. 41). Damit stimmt in der Sache Ebers a. a. L. überein; über die Auffassung Böding's s. denselben II S. 236—239 und § 167. Nach Beckmann (Note *) liegt das Wesen des usus darin, daß er den Erwerb des Eigenthums an den Früchten ausschließt, nicht aber den Verbrauch derselben, und dieser Ansicht ist auch Scheurl in der Recension jener Schrift (s. ob.) beigetreten. Meiner Ansicht nach reichen alle diese Begriffsbestimmungen zur Erklärung der Quellenentscheidungen nicht aus, wie denn auch namentlich Beckmann den muthmaßlichen Willen des Verleihenden in ausgedehntem Maße zur Hülfe nimmt (vgl. § 11. 13, und zu S. 51 fg. Scheurl Rec. S. 303 ob.). Uebereinstimmend mit dem hier Gesagten Arndts § 182², Rudorff zu Puchta § 180^b, Wendt Jahrb. f. Dogm. XXII S. 366 fg., Dernburg I § 250 zu ⁷ u. ⁸, und im Wesentlichen, obgleich er es für ungenügend erklärt, auch Schönemann § 11. 12. 25. — Faßt man das Gebrauchsr. auf, wie hier geschehen, so ist auch die oft aufgeworfene Frage erledigt, ob die römische Lehre vom usus heutzutage noch praktisch sei. Sie wäre es nicht, wenn nach der hier verworfenen Ansicht der römische Ausdruck usus irgend einen besonderen Sinn hätte, welcher dem deutschen Ausdruck Gebrauch nicht entspräche; sie ist praktisch, weil die Römer unter usus, nichts Anderes verstehen, als wir unter Gebrauch und daher auch die Auslegung des deutschen Ausdrucks zu keinen andern Resultaten führt, als die des römischen. Vgl. über diese Frage Savigny Verus unserer Zeit S. 100 fg., Puchta § 180^a, Arndts § 182²⁻⁴, Sintonis I § 60², Beckmann S. 86 fg., Cohnfeldt irreguläre Servituten S. 31.

⁷ S. § 203¹⁰⁻¹⁴.

⁸ S. § 204²⁻⁵.

⁹ Beides geht schon daraus hervor, daß die von dem Gebraucher zu leistende cautio denselben Inhalt hat, wie die des Nießbrauchers, l. 5 § 1. l. 11 D. 7. 3, vgl. überdies l. 15 § 1. l. 22 § 2. l. 23 D. 7, 8, l. 13 § 2 D. 7, 1.

¹⁰ L. 18 D. 7, 8.

¹¹ S. ⁹.

Im Gegensatz zum Nießbrauch erklärt das römische Recht das Gebrauchsrecht für ein untheilbares Recht¹².

[Es ist für das Recht des **§§** nicht möglich, in dem „Gebrauchsrecht“ einen selbständigen Begriff zu sehen.

Wenn eine bewegliche Sache nur Gebrauchsvortheile und keine Früchte bietet, so ist die Uebertragung des Gebrauchsrechts die Uebertragung der Gesamtheit der Nutzungen, das Recht also als Nießbrauch aufzufassen. Daß in diesem Falle das Wort Gebrauch gewählt sei, um dem Berechtigten die Uebertragung der Ausübung (1059) und die damit etwa verbundene Zichung juristischer Früchte zu unterlagen, ist möglich, aber keineswegs sicher. Wenn es beabsichtigt ist, bleibt die Auffassung des Verhältnisses als eines beschränkten Nießbrauchs möglich. Auch wenn eine Sache nur nebensächlich einer Fruchtziehung, hauptsächlich aber dem Gebrauch dient, kann die Bestellung des Gebrauchsrechts ohne das Recht der Fruchtziehung ein Nießbrauch unter Ausschluß einzelner Nutzungen sein (1080 Abf. 2). Dient dagegen die Sache hauptsächlich der Fruchtziehung, so wäre es widersinnig, bei derselben Auffassung stehen bleiben zu wollen. Hier kann vielmehr die Bestellung eines bloßen Gebrauchsrechts nur als Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit aufgefaßt werden, und daraus folgt, daß dieselbe in Fällen dieser Art an beweglichen Sachen nicht möglich ist; es ist wohl auch kaum ein Bedürfnis, ein solches dingliches Gebrauchsrecht an Milchkühen, Wollschafen u. s. w. zuzulassen.

Bei Grundstücken und Erbbaurechten (1017) ist das Recht des bloßen Gebrauchs ohne Fruchtziehung als beschränkte persönliche Dienstbarkeit nach Maßgabe der §§ 1090—1092 möglich. Es ist wie der Nießbrauch unvererblich (1090 Abf. 2), unübertragbar (1092); der Ausübung nach ist es nur übertragbar, wenn dieß besonders bestimmt ist (1092). Der Umfang des Rechts bestimmt sich im Zweifel nach den persönlichen Bedürfnissen des Berechtigten (1091). Im Uebrigen unterliegt das Recht der Analogie der Grunddienstbarkeiten (1090 Abf. 2). Es ist um seines Gegenstandes willen als untheilbar anzusehen. Uebrigens kann unter dem Namen des Gebrauchs eines Gebäudes möglicher Weise ein Wohnungsrecht (unt. § 208) zu verstehen sein.]

Habitatio und operae*.

§ 208.

Das römische Recht enthält den Satz, daß, wenn Jemandem eine

¹² L. 19 D. 7, 8. „Usus pars legari non potest: nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus“. Doch kann das Gebrauchsr. den Gegenstand der actio communi dividundo bilden (l. 10 § 1 D. 10, 3), und der Theilungsrichter kann das Gebrauchsr. zeitlich theilen (arg. l. 7 § 10 eod.). Aber freilich gewährt es weder einen theilbaren Ertrag, noch kann es in Geld umgesetzt werden. Vgl. § 205 zweit. Absatz, Wechmann S. 90—100 und dazu Scheurl Rec. S. 306, Siebenhaar Correalobligat. S. 189 fg., Steinlechner an dem § 205¹⁰ genannten Orte, Kümelin Theilung der Ac. S. 122 fg.

* Thibaut civilistische Abhandlungen Nr. 2 (1814). Ebers § 60. 61.

„habitatio“ verlichen worden sei, das ihm verlichene Recht weder durchaus nach den Grundsätzen des Nießbrauches, noch durchaus nach denen des Gebrauchsrechts beurtheilt werden dürfe; der Berechtigte habe die Befugniß, zu wohnen, aber auch zu vermietthen, nur nicht unentgeltlich die Wohnung zu überlassen¹, und verliere sein Recht nicht durch Nichtgebrauch (und *capitis diminutio*)². Die heutige Anwendbarkeit dieser Bestimmungen auf den Fall des Vermächtnisses einer „Wohnung“, „freier Wohnung“, wird nicht bestritten werden dürfen³, insofern der Grund derselben ohne Zweifel in der Alimentennatur liegt, welche eine solche Verleihung auch bei uns regelmäßig haben wird⁴.

In gleicher Weise läßt das römische Recht durch das Vermächtniß der Dienste eines (Sclaven oder) Thieres⁵ eine persönliche Dienstbarkeit besonderer Art⁶ entstehen. Der Berechtigte soll die Dienste nicht bloß selbst benützen, sondern auch vermietthen dürfen⁷, ohne daß ihm unentgeltliche Ueberlassung untersagt wäre; Untergang durch Nichtgebrauch (und *capitis diminutio*) ist auch hier ausgeschlossen⁸. Heut-

Glück IX §. 455 fg.; Böcking § 168, Sintenis I §. 566, Wächter II §. 238 fg.

§ 208. ¹ § 5 I. 2, 5, l. 13 C. 3, 33, l. 10 pr. § 2. 3 D. 7, 8.

² L. 10 pr. D. cit., l. 10 D. 4, 5. — Im Uebrigen sind die Grundsätze die gleichen. Vgl. l. 5 § 3 D. 7, 9.

³ A. M. Sintenis a. a. D., Buchta § 179 a. E., Wächter a. a. D., Dernburg I § 250, l. 1 §. 616.

⁴ D. h. es soll damit einem unentbehrlichen Lebensbedürfniß abgeholfen werden. S. Savigny II §. 110—113 und l. 8 pr. § 1 D. 2, 15, auch l. 10 D. 4, 5. — In früheren Ausgaben dieses Lehrbuches war die heutige Anwendbarkeit nur für die zweite der genannten Bestimmungen in Anspruch genommen worden. Aber wie, wenn die vermachte „freie Wohnung“ weit über die Verhältnisse und Lebensgewohnheiten des Bedachten hinausgeht, sollte es dann nicht im Sinne des Erblassers liegen, daß derselbe sich durch Vermietthung die Mittel zur Befriedigung anderer, vielleicht nicht minder dringender Bedürfnisse verschaffen könne? Uebrigens will Fhering Jahrb. f. Dogm. XII §. 342 fg. in l. 10 pr. D. 7, 8 „donare“ verändern in „locare“; dawider Huschke ACPr. LXIII §. 462 fg.

⁵ L. 5 § 3 D. 7, 9.

⁶ L. 1 § 9 D. 35, 2: — „operis servi legatis, cum neque usus neque usufructus in eo legato esse videtur.“ Vgl. aber auch l. 5 D. 7, 7. Rommensen in seiner Ausgabe streicht in l. 1 § 9 cit. das erste neque.

⁷ L. 2 D. 33, 2.

⁸ L. 2 D. 7, 7, l. 2 D. 33, 2. — Früher lehrte man allgemein, daß das R. auch auf die Erben des Berechtigten übergehe. Aber l. 2 D. 33, 2 sagt das nicht von dem durch das Vermächtniß zu begründenden R., sondern von dem Vermächtniß selbst. Buchholz's Versuche Nr. 16, Böcking § 168²⁰; vgl. aber auch Unterholz Berjer nährungslehre II §. 207 Note *, Dernburg I § 250¹⁵.

zutage wird dem Vermächtnisse der Dienste eines Thieres keine andere Bedeutung beigelegt werden dürfen, als dem Vermächtniß des Gebrauchs eines Thieres⁹.

[I. Das **GG.** kennt das dingliche Wohnungsrecht als eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit (1017), gibt aber für dasselbe eine Reihe besonderer Vorschriften.

1. Das Recht findet statt an Grundstücken in dem Sinne, daß der Berechtigte das darauf stehende Gebäude oder einen Theil desselben als Wohnung benutzen darf (1093 Abs. 1). Dem Grundstück steht auch hier das Erbbaurecht gleich (1017). Das Recht erstreckt sich in Zweifel auf das Zubehör (also auf bewegliche Sachen [1093 Abs. 1. 1081. 926. 97]).

2. Es finden Anwendung (1093 Abs. 1) die Vorschriften über den Nießbrauch in Betreff der Feststellung des Zustandes der Sache (1034), des Rechts zum Besitze, der Aufrechterhaltung der wirtschaftlichen Bestimmung der Sache, der ordnungsmäßigen Wirthschaft (1036), des Umgestaltungsverbots (1037 Abs. 1), der Verpflichtung zur gewöhnlichen Unterhaltung der Sache (1041), der Anzeigepflicht nach § 1042, der Verpflichtung zur Duldung von Reparaturen (1044), der Verwendungsansprüche (1049 Abs. 1), des ius tollendi (1049 Abs. 2), des Ausschlusses der Haftung für ordnungsmäßige Abnutzung (1050) und die Verjährungsvorschriften des § 1057.

3. Der Berechtigte darf seine Familie und die zur standesmäßigen Bedienung und Pflege erforderlichen Personen in die Wohnung aufnehmen (1093 Abs. 2). Daß er auch f. g. Vogirbesuch aufnehmen darf, sehen die Mot. III S. 571 mit Recht als zweifellos an. Die Wohnung vermietthen, wie im gemeinen Recht, darf der Berechtigte nach § 1092 im Zweifel nicht, auch nicht im Gebiete des bisherigen gemeinen Rechts. Denn wenn **EG.** 115 die landesrechtlichen Vorschriften aufrecht erhält, welche den Inhalt und das Maß beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten näher bestimmen, so sind damit nur ergänzende, nicht dem **BGB.** widersprechende Vorschriften gemeint.

4. Ist das Recht auf einen Theil eines Gebäudes beschränkt, so kann der Berechtigte die zum gemeinschaftlichen Gebrauch der Bewohner bestimmten Anlagen und Einrichtungen mitbenutzen (1093). An seinem Theil hat er Besitz (865). Im Uebrigen vgl. ob. § 164 S. 750 unter II.

II. Der Begriff der operae als einer selbständigen Dienstbarkeit ist dem **BGB.** natürlich fremd. Haltbar wäre eine unter dem Titel der „Dienste“ bestellte Dienstbarkeit nur allenfalls als Nießbrauch (beschränkter oder unbeschränkter) gemäß dem zu § 207 Bemerkten.]

⁹ Vgl. Eintonis a. a. D.⁹

B. Die Grunddienstbarkeiten*.

1. Allgemeines**.

§ 209.

1. Eine Grunddienstbarkeit ist diejenige Dienstbarkeit, welche bestimmt ist, den Interessen eines Grundstücks zu dienen (§ 201 Ziff. 2). In Folge davon ist sie mit dem Grundstück unzertrennlich verbunden, so daß sie einerseits ohne das Grundstück nicht veräußert werden kann, andererseits mit demselben nothwendig auf jeden neuen Erwerber übergeht¹. Kraft dieser Unzertrennlichkeit erscheint sie für die Vorstellung als Erweiterung des Eigenthums am herrschenden Grundstück²; eine andere Vorstellung, welche sich in Betreff der Grunddienstbarkeit in den Quellen findet, ist die, daß sie eine werthsteigernde Eigenschaft des herrschenden Grundstücks sei³.

2. Gegenstand einer Grunddienstbarkeit kann nur ein Grundstück sein⁴; ihren Inhalt kann nur bilden, was dem Grundstück als solchem, nicht, was lediglich der Person des Eigenthümers von Werth ist⁵.

* Inst. 2, 3 de servitutibus. Dig. 8, 1 de servitutibus. 8. 2 de servitutibus praediorum urbanorum. 8, 3 de servitutibus praediorum rusticorum. 8, 4 communia praediorum tam urbanorum quam rusticorum. Cod. 3, 34 de servitutibus et aqua. — Ebers § 15—19. 36—49. Glüd X S. 1 fg.; Böding § 169—171, Sintenis I § 61—63.

✓ ** Zachariae in Hugo's civ. Magaz. II S. 328 fg. (1797). Schrader civil. Abhandl. Nr. 5 (1816). Bangerow I § 340, Dernburg I § 238—241.
§ 209. ¹ L. 36 D. 8, 3, l. 47 D. 18, 1, l. 20 § 1 D. 41, 1.

² So läßt sich verstehen l. 5 § 9 D. 39, 1: — „posteaquam ius suum deminuit, alterius auxit, hoc est, posteaquam servitutum aedibus suis imposuit“ — obgleich es doch nicht nothwendig ist, „ius“ auf Eigenthum zu deuten. Jedenfalls darf man nicht glauben, daß diese Auffassung anders als vereinzelt auftrete; wäre sie unbedingt durchgeführt, so wäre damit die Grunddienstbarkeit als besonderes Verhältniß gezeugnet. Deswegen ist es gewiß irrig, wenn Wachsen Pfandr. I S. 97 fg. die Bestimmung des Wesens der Grunddienstbarkeit daher entnimmt, daß sie eine Qualität des Eigenthums am herrschenden Grundstück sei. (Seine Meinung ist näher: sowie beim Nießbrauch das Eine Eigenthum von zwei Berechtigten ausgeübt wird [§ 200³ g. E.], so wird bei der Grunddienstbarkeit die Sache einem zweiten Eigenthümer unterworfen.) Vgl. noch Brinz S. 252. 253. 2. Aufl. I S. 762. 763.

³ L. 86 D. 50, 16, „Quid aliud sunt iura praediorum, quam praedia qualiterqualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo“. L. 12 D. 8, 6.

⁴ Es wird in den Quellen bezeichnet als praedium quod servitutum debet, praedium serviens, servum (3. B. l. 21 D. 8, 2, l. 12 D. 8, 4, l. 20 § 1 D. 41, 1).

⁵ L. 8 pr. l. 15 pr. D. 8, 1, l. 19 D. eod. Dem Grundstück als solchem

Dem Grundstücke ist aber von Werth nicht bloß, was ihm nützt, sondern auch, was seine Annehmlichkeit steigert⁶.

3. Nach was dem Grundstück von Werth ist, kann nicht ohne Ausnahme den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden, sondern nur dasjenige, was ein dauerndes Interesse desselben zu befriedigen geeignet ist⁷. In gleicher Weise muß auch die Kraft des dienenden Grundstücks, durch welche das Bedürfnis des herrschenden befriedigt wird, eine dauernde sein⁸.

ist von Werth, was „praedii meliorem causam [facit]“ (l. 6 § 1 D. 8, 3), d. h. was den Gebrauch und die Benützung desselben fördert oder angenehmer macht (*). Wo hier die Grenze ist, kann im einzelnen Falle schwer zu bestimmen sein, und so läßt sich z. B. wohl bezweifeln, ob die in l. 8 pr. cit. genannten Beispiele unzulässiger Grunddienstbarkeiten („ut pomum decerpere liceat et ut spatiari et ut cenare in alieno possimus“) auch für das heutige R. unmittelbar maßgebend seien. Wird nicht das Bewohnen eines Hauses durch das R. auf Benützung eines benachbarten Gartens angenehmer gemacht, und dadurch sogar der Miethwerth des Hauses gesteigert? Anders freilich, wenn man sich Dienstbarkeiten des bezeichneten Inhalts in Verbindung mit einem zur Fruchtterzeugung bestimmten Grundstück denkt. Vielleicht hat l. 8 cit. nur diesen Fall im Auge gehabt. Vgl. Bangerow I § 338 Anm. 2 Nr. 4. § 340 Anm. 1, Elvers § 16. [Rohler *ACPra.* LXXXVII S. 157 fg. (bes. S. 173. S. 188 fg.) S. f. V. 142, VIII. 17, XXV. 220, *RG.* IV S. 135, XII S. 176. Ueber l. 19 D. cit. vgl. Bangerow a. a. O., neuerdings einerseits *Jhering Jahrb. f. Dogm.* X S. 553, andererseits *Mommsen* in seiner Ausgabe ad h. l., *Dernburg I* § 240^b [Rohler a. a. O. S. 308 fg.].

⁶ L. 3 pr. D. 43, 20, vgl. l. 15 D. 8, 2, l. 8 § 1 D. 8, 5. *Lhibaut* *Bersuche I* S. 1 fg.

⁷ L. 28 D. 8, 2. „Foramen in imo pariete conclavis vel triclirii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse, neque tempore adquiri placuit. Hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex coelo aquae veniat; neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit. At quod ex coelo cadit, etsi non assidue fit, ex naturali tamen causa fit, et ideo perpetuo fieri existimatur . . . Stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet“. Vgl. l. 29 eod. Andere verstehen allerdings die l. 28 nicht von einer Dienstbarkeit, das Wasser auf des Nachbarn Grundstück ablaufen zu lassen, sondern umgekehrt von einer Dienstbarkeit auf Bezug des Wassers aus dem benachbarten Grundstück, oder von einer Dienstbarkeit auf Fortbestehen der Abflußöffnung (so daß das Grundstück, welches nach unserer Auffassung das herrschende ist, zum dienenden wird). Vgl. *Schrader civ. Abhandl.* S. 312–316, *Elvers* S. 152–158, *Böcking* § 162²⁴, *Schmidt* (von *Ilmenau*) *Jahrb. d. gem. R.* III S. 263, *Hesse* *Verhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn I* S. 35 fg. 2. Aufl. S. 287 fg., *Bangerow* a. a. O. Anm. 1 Nr. 2 a, *Burdhard cautio damni infecti* S. 242 fg. [*Perozzi perpetua causa nelle servitù prediali romane*, *Rivista ital.* XIII, 2. 3. 1893. Dazu *Weber Sav.-Z.* XIV S. 290 fg., *Ferrini Arch. giur.* L p. 388 s., *Schneider tr. BZ.* XXXVI S. 495.]

⁸ Die in der vorigen Note nicht abgedruckten Worte der citirten l. 28 lauten:

Bindsch eid, Fandekten. 8. Aufl. I. Band.

4. Aus dem Gesagten ergibt sich von selbst die Nothwendigkeit eines solchen räumlichen Verhältnisses zwischen dem herrschenden und dem dienenden Grundstück, daß das eine zu den Zwecken des andern benützt werden kann⁹.

„Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu neque ex stagno concedi aquaeductus potest“. L. 1 § 5 D. 43, 20, l. 1 § 4 (vgl. § 1) D. 43, 22, l. 23 § 1 D. 8, 3; l. 9 D. eod. l. 2 D. 8, 4. Schrader a. a. O. S. 306—312. 317—318, Ewers S. 158—165, Schmidt (von Plinienau) a. a. O. S. 262. 264, Fangerow a. a. O. Anm. 1 Nr. 3. b. [Köhler⁽⁶⁾ S. 189 fg.: „Naturnutzen.“] — Die heutige Anwendbarkeit der in dieser und der vorigen Note besprochenen Sätze ist vielfach angezweifelt worden, und namentlich hat sich Schmidt a. a. O. S. 264 auf das Lebhafteste dagegen erklärt. Er scheint mir zu weit zu gehen. Das Princip, daß dingliche Belastung unzulässig sei, wo es sich um Befriedigung eines nicht dauernden Interesse oder Benützung einer nicht dauernden Kraft handelt, daß man sich in diesem Falle auf obligatorischem Wege helfen müsse, scheint mir ein durchaus anerkannteswerthes zu sein, und keineswegs „ein Hemmnis der gesunden Entwicklung des R.“ Nur wird man freilich bei der Durchführung dieses Principes an den Begriff der Dauer mehr oder minder strenge Anforderungen stellen können, und hier scheint mir der Punkt zu sein, wo die Praxis, gestützt darauf, daß sich bereits in dem r. R. eine Entwicklung bemerklich macht (l. 9 D. 8, 3, l. 2 D. 8, 4), ein gutes R. zu einer freieren Bewegung hat. So würde ich keinen Anstand nehmen, die specielle in dem ersten Theil der l. 28 D. 8, 2⁽⁷⁾ enthaltene Entscheidung für heutige Wohngebäude nicht in Anwendung zu bringen; Wegschaffung des zur Reinigung der Gemächer gebrauchten Wassers ist ein Interesse, welches nicht heute oder morgen, sondern jeden Tag da ist. Aber wie wäre es z. B. wenn ein Eigenthümer, welcher Astronomie treibt, das R., auf des Nachbarn Grund und Boden astronomische Instrumente aufzustellen, als Grunddienstbarkeit erwerben wollte? Er würde immerhin sagen dürfen, daß durch dieses R. der Gebrauch des Hauses ein annehmlicherer werde; aber er würde sich die Antwort gefallen lassen müssen, daß nicht abzusehen sei, wann sich nach ihm diese Annehmlichkeit wieder geltend machen werde. Das D. O. zu Cassel hat im Jahre 1854 entschieden (Sf. VII. 17), daß eine Grunddienstbarkeit zu Gunsten eines Gewerbebetriebes auf dem herrschenden Grundstück bestellt werden könne, „sofern dieses selbst zu jenem Betriebe dergestalt eine bleibende Einrichtung erhalten hat, daß ein bleibendes Interesse bei dem Bestehen der Servitut ebenfalls für spätere Erwerber angenommen werden kann“. Vgl. auch Sf. XXVI. 109, XXXIII. 290, XXXV. 188, XLI. 174, XLIII. 7.

⁹ Nichts Anderes wollen die Quellen sagen, wenn sie für die Grunddienstbarkeit das Erforderniß eines „fundus vicinus“ aufstellen. L. 5 § 1 D. 8, 3, l. 6 § 5 D. 19, 1, l. 14 § 3 D. 34, 1; l. 8 pr. D. 39, 1; l. 38. 39 D. 8, 2, l. 5. 6 pr. D. 8, 5; l. 14 § 2 D. 8, 1, l. 1 pr. D. 8, 2, l. 17 § 2 D. 39, 3; l. 17 § 3. 4 eod., l. 7 § 1 D. 8, 4, l. 23 § 3 D. 8, 3, vgl. l. 7 § 1 eod.; l. 17. § 2. 3 D. 39, 3, l. 38 D. 8, 3. Ewers § 18, Schrader S. 321—334, Sintenis I § 61⁹, Fangerow a. a. O. Anm. 1 Nr. 2, Dernburg I § 240¹¹. Vgl. Sf. XIX. 20, XX. 107, XXXI. 15, XXXIII. 204, XXXVII. 296 (H.G.) XLVI. 5 [A. R. Köhler⁽⁶⁾ S. 188 fg.] Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 553 hat eine ältere Meinung wieder aufgenommen, wonach bei reservirten Dienstbarkeiten (§ 212, 7) das Erforderniß der Vicinität nicht

5. Das Bedürfnis des herrschenden Grundstücks ist bestimmend nicht bloß für den Inhalt der Dienstbarkeit, sondern auch für das Maß ihrer Ausübung¹⁰. Außerdem aber gilt für die Ausübung der Dienstbarkeit der Grundsatz, daß die Ausübung mit möglichster Schonung des Eigenthums zu geschehen hat¹¹.

6. Die Grunddienstbarkeit nimmt, wie die persönliche, dem Eigenthümer keine Befugniß, deren Ausübung der Dienstbarkeit nicht hinderlich ist¹², daher auch an und für sich nicht die Befugniß zu der nämlichen Art des Gebrauches der Sache, wie diejenige ist, zu welcher die Dienstbarkeit berechtigt¹³. [[Das Gegentheil kann aber ausgemacht

gelten soll. Diese Meinung stützt sich auf l. 6 pr. D. 8, 4, die aber nicht bloß von reservirten Dienstbarkeiten spricht. Die Stelle will sagen, daß die Grundstücke nicht aneinander zu stoßen brauchen. S. Bangerow a. a. O. a. E. und die das. Citirten. [Pernice Libeo III S. 110, Jacob das Erforderniß der vicinitas praediorum bei Präbialservituten. Greifsw. Diss. 1895.] [[Durch Aufhebung der Vicinität hört die Servitut nicht auf. RG. XXVI S. 167.]]

¹⁰ L. 5 § 1. l. 6 D. 8, 3, l. 24. 33 § 1 eod. L. 5 § 1 cit. „Neratius . . dicit, ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit, non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit“. L. 6 pr. cit. „Veluti si figlinae haberet, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus eius fundi exportarentur, sicut in quibusdam fit, ut amphoris vinum evehatur, aut ut dolia fiant, vel tegulae ad villam aedificandam. Sed si, ut vasa venirent, figlinae exercerentur, ususfructus erit“. Vgl. Bangerow a. a. O. Anm. 1 Nr. 1. Cf. V. 142, XX. 108, XXI. 20, XXII. 119 (S. 179), XXIII. 16, XXIV. 15, XXXIII. 290, XXXV. 177. RG. I S. 329.

¹¹ Civiliter, wie die Quellen sagen. So darf, wer eine Wegegerechtigkeit hat, nicht „per villam ipsam, nec per medias vineas ire, agere . . cum id aequè commode per alteram partem facere possit, minore servientis fundi detrimento“, l. 9 D. 8, 1. L. 20 § 1 D. 8, 2, l. 13 § 1. 3 D. 8, 3, l. 3 § 5 D. 43, 20. Vgl. Cf. II. 140, VI. 7. 18, X. 15, XV. 108. 104. 208, XVI. 14, XVII. 9, XVIII. 211, XXVIII. 18, XXXIV. 280. Vgl. Entscheid. d. OAG. zu Rostock VI S. 119 fg., IX S. 122 fg.

¹² Vgl. Cf. V. 256, IX. 269, XI. 122. 128. 124, XII. 7. 128, XIV. 210, XVIII. 211, XIX. 215. Im Besondern über die Collision zwischen Waldservituten (insbesondere Weiderecht) und Forstkultur: I. 13. 14. 182. 320, IV. 102, V. 143, VI. 314, VII. 288, IX. 185, XVII. 10, XVIII. 16. 119, XXI. 21. 22. 108, XXIV. 14, XXVII. 209, XXIX. 13, XXXVI. 268, XLII. 19. Vgl. Dankelmann über die Grenzen des Servituten-R. und des Eigenthums-R. bei Waldgrundgerechtigkeiten. Berlin 1884 (Centralbl. f. RW. IV S. 18, fr. 33 S. XXVII S. 152).

¹³ So nicht die Wegegerechtigkeit die Befugniß zum Gehen, die Weidegerechtigkeit nicht die Befugniß, eigenes Vieh auf die Weide zu treiben. Reichen aber die Kräfte der dienenden Sache zur Befriedigung Weider, des Eigenthümers und des Dienstbarkeitsberechtigten, nicht aus, so steht der Eigenthümer zurück, und es tritt nicht etwa Theilung zwischen ihm und dem Dienstbarkeitsberechtigten ein.

werden.]]^{13a} Unter der bezeichneten Voraussetzung kann der Eigentümer auch neue Dienstbarkeiten, und auch Dienstbarkeiten der gleichen Art an der Sache bestellen¹⁴.

7. Die Grunddienstbarkeit ist nicht bloß dem Rechte nach von dem herrschenden Grundstücke unzertrennlich, es kann auch ihre Ausübung ohne dasselbe nicht einem Andern überlassen werden¹⁵.

8. Grunddienstbarkeiten sind untheilbare Rechte¹⁶, d. h. ein Bruchtheil einer Grunddienstbarkeit ist ein Ding ohne rechtliche Existenz,

Das Gegentheil ist namentlich für die Weiderechtigkeit ohne Grund behauptet worden; s. dagegen Bangerow a. a. O. Ann. 2 Nr. 4 Abweichend Dernburg I §. 5 237 §. 575.

^{13a} Cf. XLV. 169 (R.G.) [Das R. gleichartiger Benutzung durch den Eigentümer und der Bestellung gleichartiger Servituten für Dritte kann ausgeschlossen werden, und dieser Ausschluß kann sich auch durch die Natur der Servitut ergeben.]

¹⁴ L. 2 § 1. 2. 1. 14 D. 8, 3, 1. 15 D. 8, 4 1. 4 D. 43, 20. Cf. XXII. 119 (C. 177).

¹⁵ L. 44 D. 19, 2. „Locare servitutum nemo potest“. L. 24 D. 8, 3. Cf. XIV. 12, XXII. 119 (C. 179). Hieruff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck I §. 252 fg.

¹⁶ L. 17 D. 8, 1, 1. 7 D. 33, 3, 1. 1 § 9. 1. 7. 1. 80 § 1 D. 35, 2, 1. 2 § 1. 1. 72 pr. D. 45, 1, 1. 13 § 1 D. 46, 4, Fragm. 8 Pomponii (Fuchs'sche (3.—5. Ausg.) p. 146 [Lenel Paling. Pomp. 372] „Et servitutes dividi non possunt; nam earum usus ita connexus est, ut, qui eum partiatur, naturam eius corrumpat“. Die Auffassung, aus welcher das r. R. die Grunddienstbarkeiten für untheilbar erklärt, ist die gleiche, wie beim Gebrauchsr., daß sie weder in Geld umgesetzt werden können, noch einen reell theilbaren Ertrag gewähren (vgl. § 207¹² und § 205 zweit. Abf.). Auch bei denjenigen Grunddienstbarkeiten, welche auf Beziehung eines gewissen Maßes von Früchten des dienenden Grundstücks gehen, kommt in Betracht, daß das Bezogene zum Besten des herrschenden Grundstücks verwendet werden muß. Doch ist auch hier, wie beim usus, Theilung nicht schlechthin unmöglich. G. Rümelin (s. unten) §. 142 fg. 153 fg. 162 fg. — Vgl. über diese Lehre Schrader a. a. O. S. 284—306, Schönemann a. a. O. S. 110—114, Böcking § 162. f—k, Brinz § 76 (2. Aufl. § 199), Bangerow a. a. O. Ann. 2 Nr. 1, Dernburg I § 241; sodann die Abhandlung von Kori in Ebers Themis I §. 481 fg. (1828) und die Inauguraldissertationen von Uhlant (Tübingen 1810), Girtanner (Heidelberg 1847) und Heintelmann (München 1854; dazu Kunze Heibelb. fr. 3 S. 1 §. 546 fg.); ferner die Schriften über Untheilbarkeit der Obligationen von Kubo (1822) §. 39 fg., v. Scheurl (Inauguralabhandl. 1835) §. 60 fg., Ulbelohde (1862) § 2. 8; endlich Baron Gesamtvorhältnisse §. 128—170, Siebenhaar Correalobligat. §. 195 fg. Neuestens Steinlechner die juris communitio I §. 138 fg., II §. 193 fg., 256 fg. G. Rümelin Theilung der Me §. 25 fg. 132 fg., v. Scheurl Theilbarkeit als Eigenschaft von Men §. 55 fg. G. Rümelin Jahrb. f. Dogm. XXVIII §. 424 fg. [David von der Untheilbarkeit der Servituten, Tüb. Diff. 1887.]

so daß ein solcher Bruchtheil weder erworben¹⁷, noch verloren werden¹⁸ kann. Wird das herrschende Grundstück getheilt, so steht einem jeden der neu entstandenen Grundstücke die gleiche Dienstbarkeit zu, wie früher dem ungetheilten Grundstücke¹⁹.

[§§. f. nach § 211a.]

¹⁷ Servitus per partes acquiri non potest, l. 8 § 1 D. 8, 1, l. 32 D. 8, 3, l. 6 § 1 D. 8, 4. Daher ist Bestellung einer Dienstbarkeit durch einen der mehreren Miteigentümer des dienenden Grundstücks ganz nichtig; ebenso aber auch der Erwerb durch einen der mehreren Miteigentümer des herrschenden. L. 11. 32 D. 8, 3, l. 5. 6 § 1. l. 18 D. 8, 4, l. 4 § 3 D. 8, 5, l. 3 D. 33, 3. (Vgl. Rümelin a. a. D. S. 72.) Weil eine Dienstbarkeit zu einem Bruchtheil nicht geleistet werden kann, ist auch eine Obligation auf eine solche Leistung nichtig, l. 11. 17 D. 8, 1, l. 19 D. 8, 3, l. 2 § 1. l. 72 pr. l. 136 § 1. l. 140 § 2 D. 45, 1.

¹⁸ Servitus per partes retinetur, l. 8 § 1 D. 8, 1, l. 30 § 1 D. 8, 2, l. 34 pr. D. 8, 3. Daher ist der Verzicht des einen der mehreren Miteigentümer des herrschenden Grundstücks ganz wirkungslos, und schadet es nicht, daß der Eigentümer des herrschenden Grundstücks Miteigentümer des dienenden wird, oder der Eigentümer des dienenden Miteigentümer des herrschenden, l. 8 § 1 D. 8, 1, l. 30 § 1 D. 8, 2, l. 27. 34 pr. D. 8, 3. Daher ist ferner ganz wirkungslos der theilweise Erlaß der Obligation auf Begründung einer Grunddienstbarkeit, l. 13 § 1 D. 46, 4. Ferner: durch die Anwendung der lex Falcidia kann das Vermächtniß einer Grunddienstbarkeit nicht theilweise gemindert werden, l. 1 § 9 l. 7. l. 80 § 1 D. 35, 2. Wohl aber kann der Dienstbarkeit ein (körperlicher) Theil des dienenden Grundstücks entzogen werden: RG. XIV S. 24. — Vgl. zu dieser und der vorhergehenden Note Steinlechner a. a. D. II S. 206 fg. 228 fg. (welcher Schriftsteller aber die „pars“ nicht auf die Dienstbarkeit, sondern auf das Eigentum bezieht), Rümelin a. a. D. S. 188 fg.

¹⁹ L. 23 § 3 D. 8, 3, l. 6 § 1 D. 8, 6. Wie aber, wenn das Bedürfnis der sämtlichen Theilgrundstücke aus dem dienenden Grundstück nicht befriedigt werden kann oder wenn für die Ausübung der Dienstbarkeit ein bestimmtes Maß festgesetzt ist? Dann muß doch Theilung eintreten, so weit dieselbe möglich ist, und so l. 25 D. 8, 3: — „fiat iuris aquae divisio“. Vgl. außer den oben Citirten noch Elvers § 11, Steinlechner a. a. D. I S. 56 fg., Rümelin a. a. D. S. 149 fg. S. XVIII. 18. vgl. 19. 20, XXII. 119 (S. 178. 179), XXXVIII. 108. Subde Entscheid. des OAG. zu Rostock VII Nr. 28 (= S. XXVIII. 109). [S. LII. 76. Wird das herrschende Grundstück mit anderen zusammgelegt, so kann selbstverständlich die Servitut nur zu Gunsten des herrschenden Grundstücks (in seinen ursprünglichen Grenzen) ausgeübt werden. Ist eine Ausübung für dieses Stück allein nicht möglich, z. B. die Ausübung eines Begehrrechts bei einheitlicher Bebauung der zusammgelegten Grundstücke, so darf die Servitut gar nicht mehr ausgeübt werden (RG. XXVII S. 164 fg.). Die Servitut selbst geht aber damit nicht unter, wie das Reichsgericht sehr richtig hervorhebt (anders Köhler (*) S. 225). Nichts hindert den Berechtigten, durch eine bauliche Aenderung einen Zustand herzustellen, der die Ausübung der Servitut für das herrschende Grundstück allein wieder ermöglicht.]

§ 210.

Das Grundstück, dessen Bedürfnisse die Grunddienstbarkeit zu befriedigen bestimmt ist, kann entweder ein Feld- oder ein Gebäudegrundstück sein. Da die Bedürfnisse eines Feldgrundstücks im Ganzen andere sind, als die eines Gebäudegrundstücks, so werden die an Feldgrundstücke angeknüpften Dienstbarkeiten regelmäßig einen andern Inhalt haben, als die an Gebäudegrundstücke angeknüpften, ohne daß Uebereinstimmung des Inhalts absolut ausgeschlossen wäre¹. Je nachdem der Inhalt einer Dienstbarkeit regelmäßig bei Feldgrundstücken sich findet, oder regelmäßig bei Gebäudegrundstücken, wird sie selbst passend als Feld- oder Gebäudedienstbarkeit bezeichnet². — Mit

§ 210. ¹ Die Wegegerechtigkeiten z. B. werden regelmäßig Feldgrundstücken zustehen, nicht Gebäudegrundstücken, da die letzteren mit seltenen Ausnahmen an der öffentlichen Straße liegen werden; aber das Gegentheil ist doch nicht ausgeschlossen, und daher eine Wegegerechtigkeit auch möglich bei Gebäudegrundstücken, wie sie denn bei solchen in den Quellen wirklich erwähnt wird (l. 20 § 1 D. 8, 2, l. 7 § 1 D. 8, 4). Ebenso verhält es sich mit der Wasserleitungsgerechtigkeit (l. 1 § 11 D. 43, 20 [über l. 11 § 1 D. 6, 2 f. die folgende Note]). Umgekehrt wird z. B. das R., einen Bau auf dem benachbarten Grundstück unterjagen zu dürfen (*servitus non altius tollendi*), regelmäßig nur als R. eines Gebäudegrundstücks auftreten; aber es ist nicht abzusehen, warum nicht auch der Eigentümer eines Feldgrundstücks für dasselbe ein solches R. sollte erwerben können, wenn durch den Bau ihm Sonne oder Licht würde entzogen werden.

² In den Quellen finden sich die Ausdrücke: *servitutes praediorum rusticorum* — *urbanorum*, oder auch kürzer: *servitutes rusticae* — *urbanae*. Ob aber diese Ausdrücke den im Texte bezeichneten Begriffen entsprechen, ist bestritten und nicht unzweifelhaft. Zwar die früher von Manchen (vgl. Glück IX S. 21) verteidigte Meinung, daß diese Ausdrücke von der Qualität des dienenden, nicht des herrschenden Grundstücks hergenommen seien, ist jetzt fast vollständig aufgegeben (vgl. jedoch Luden Lehre von den Servituten § 15). Dagegen wird auch heutzutage noch ein lebhafter Streit darüber geführt, ob diese Ausdrücke bloß die Thatsache, daß eine Dienstbarkeit einem Feld- oder einem Gebäudegrundstück zusteht, oder ob sie eine gewisse Verschiedenheit des Inhalts der Dienstbarkeit bezeichnen wollen. Die erste Meinung, von welcher wohl die Meisten ausgehen, wenn sie dieselbe auch nicht immer durchführen, ist in der neueren Zeit mit besonderer Lebhaftigkeit von Böcking (§ 161. e—g²² und Anh. I) verteidigt worden, und die gleiche Ansicht vertritt auch Brinz § 70 (2. Aufl. § 189), sowie Kindervater Jahrb. des gem. R. VI S. 116 fg. (1862, dieser Letztere jedoch mit einer bedeutenden Schwelung, S. 138. 139), ferner Dernburg I § 239, 1. Nach dieser Ansicht wäre z. B. eine Wegegerechtigkeit *servitus praedii rustici*, wenn sie einem Feldgrundstück, *servitus praedii urbani*, wenn sie einem Gebäudegrundstück zusteht. Zu der entgegengesetzten Meinung bekennt sich namentlich Bangerow I § 339 Anm. Nr. II, indem er nach dem Vorgang Kellerer (namentlich Stever de *servitutibus praediorum* I § 8. 9 [1817]) den Satz aufstellt, *servitutes rusticae* seien diejenigen, welche das R. zu einem *facere*,

Zugrundelegung dieser Unterscheidung soll im Folgenden von den einzelnen Grunddienstbarkeiten gehandelt werden. Es versteht sich jedoch von selbst, daß dieß nur in dem Sinne geschehen kann, um auf

servitutes urbanae diejenigen, welche das R. zu einem habere (z. B. servitus tigni immittendi) oder zu einem prohibere gäben (genau genommen sagt Baugewer nicht sowohl, daß die servitutes rusticae und urbanae Dienstbarkeiten des bezeichneten Inhalts seien, als vielmehr, daß sie mit den Dienstbarkeiten des bezeichneten Inhalts „zusammenfallen“). Ferner gehören hierher v. d. Pfordten (ACPra. XXII S. 6 fg. [1839]), welchem im Wesentlichen Sintonis I § 61¹⁴ gefolgt ist, und Hölder ACPra. LXIII S. 114 fg.; v. d. Pfordten: servitus praedii urbani ist diejenige, welche ihrem Inhalt nach ein Gebäude, gleichviel übrigens ob als herrschendes oder dienendes Grundstück, vorausgesetzt, servitus praedii rustici diejenige, welche auch zwischen zwei leeren Grundstücken bestehen kann; Hölder: servitutes praediorum urbanorum sind die negativen und die in einem Zustande des servitutberechtigten Gebäudes sich verkörpernden. Vgl. auch Fhering Geist des röm. R. II § 33²⁵⁷; gegen denselben Schirmer ZS. für R.Gesch. XII S. 162 fg. — Meiner Meinung nach gewähren die Quellen ein ganz unzweifelhaftes Resultat nicht. Während Stellen, wie § 1. 3 I. 2, 3, 1. 1 D. 8, 1, 1. 1 § 1 D. 8, 4 jeden Gedanken daran, daß die Dualität des dienenden Grundstücks entscheidend sei, ausschließen, kann 1. 11 § 1 D. 6, 2 nur sehr gezwungen anders verstanden werden, als daß es gerade auf dieses ankomme, und während pr. § 2 I. 2, 3 die Dienstbarkeiten geradezu nach ihrem Inhalt in die verschiedenen Klassen einordnen, bezeichnet 1. 2 pr. D. 8, 3 als servitutes praediorum rusticorum solche, welche nach jener Einordnung servitutes praediorum urbanorum sind, so daß der Sinn dieser Stelle nur der sein kann, diese Dienstbarkeiten könnten auch Feldgrundstücken zustehen, und demgemäß auch servitutes praediorum rusticorum sein, vgl. auch 1. 1 pr. § 1 D. 43, 19. Hiernach wird man zugeben müssen, daß die fraglichen Ausdrücke in den Quellen in wechselndem Sinne gebraucht werden, und so bin ich auch weit davon entfernt, sie als technische quellenmäßige Bezeichnungen für die im Texte aufgestellten Begriffe in Anspruch zu nehmen; ich behaupte nur, daß sie passende Bezeichnungen für diese Begriffe sind, und daß es den römischen Juristen nahe liegen mußte, diese Begriffe durch sie zu bezeichnen. Uebrigens könnte die ganze Frage nach der Bedeutung dieser Ausdrücke füglich auf sich beruhen bleiben, wenn sich nicht an den Gegensatz zwischen den servitutes praediorum rusticorum und urbanorum auch eine Verschiedenheit der rlichen Behandlung anknüpfte, was zwar Zachariae v. Pingenthal über die Unterscheidung zwischen servitutes rusticae und urbanae (1844) und nach ihm Evers § 37—40 leugnen, aber, wie sich unten (§ 216) zeigen wird, mit Unrecht. Wo nun ein Ratz auftritt, welcher nur für die eine Klasse gelten will, und nicht für die andere, ist es freilich nothwendig, genau zu bestimmen, welche Dienstbarkeiten zu der einen und welche zu der andern gehören; aber es liegt auf der Hand, daß die Lösung dieser Aufgabe in fruchtbringender Weise eben auch nur mit Rücksicht auf die Besonderheit des betreffenden Ratzes unternommen werden kann. Wächter II S. 244 fg. lehrt allgemein: die besonderen für servitutes praediorum urbanorum aufgestellten Grundsätze gelten für servitutes continuae, die besonderen für servitutes praediorum rusticorum aufgestellten für servitutes discontinuae. — Mit der hier verteidigten Auffassung hängt es auch zusammen, wenn man früher von unregelmäßigen Prädiatservituten sprach, und lehrte, daß eine serv. praedii rustici

die wichtigsten und am häufigsten vorkommenden Grunddienstbarkeiten aufmerksam zu machen, nicht aber in dem Sinne, als sollten alle möglichen aufgezählt werden. Eine vollständige Aufzählung aller möglichen Grunddienstbarkeiten läßt sich nicht geben, da es der Privatwillkür unbenommen bleibt, innerhalb der gesetzlichen Schranken an neuen Dienstbarkeiten zu erfinden, was ihr passend erscheint.

[1868. f. nach § 211 a.]

2. Die einzelnen Grunddienstbarkeiten.

a. Felddienstbarkeiten.*

§ 211.

Unter den Felddienstbarkeiten sind die wichtigsten die Wege-, die Wasser- und die Weiderechtigkeiten. — Unter den Wegegerechtigkeiten¹ ist der Hauptunterschied der, ob sie das Recht auf eine hergerichtete Straße gewähren², so daß ein Theil des dienenden Grundstücks jeder sonstigen Benützung entzogen wird, oder ob sie das Recht auf eine solche Ausschcheidung eines Theils des dienenden Grundstücks nicht gewähren. In dem einen und dem andern Fall kann der Umfang, in welchem die Benützung des fremden Raums gestattet ist, ein verschiedener sein; maßgebend für diesen Umfang ist die Willenserklärung, durch welche die Dienstbarkeit begründet worden ist³, im

auch als *serv. praedii urbani* auftreten könne, und umgekehrt; mit dem Einen und dem Andern meinte man, daß eine Servitut, welche gewöhnlich nur Feldgrundstücken zustehe, und deswegen *serv. praedii rustici* sei, auch bei Gebäudegrundstücken vorkommen könne, und umgekehrt. Vgl. R. Cohnfeld die f. g. irregulären Servituten nach r. R. (1862) S. 81 fg. [Arnò della distinzione tra servitù rustiche ed urbane. Contributo alla teoria delle servitù prediali. Torino 1895.]

* Dig. 8, 3 de servitutibus praediorum rusticorum. — Eivers § 42—44. Glüd X S. 139—205; Bökling II § 170, Sintenis I § 63, Bangerow I § 341, Dernburg I § 242. [243. Karlowa r. R.Gesch. II S. 494 fg.]

§ 211. ¹ Puchta über die Wegservituten des r. R., civilistische Abhandlungen Nr. 3 und II. civil. Schriften Nr. 4 (1832), Eivers § 42, Keller § 165, Holzschuber II § 113. Vgl. zu dem Folgenden: pr. I. 2, 3, l. 1 pr. I. 7 pr. D. 8, 3, l. 13 § 1 D. 46, 4, l. 4 § 1. l. 5 § 1 D. 8, 1, l. 14 C. 3, 34. Ueber l. 4 § 1 D. 8, 5 und l. 1 D. 34, 4 f. Bangerow a. a. D. Nr. 2, Bökling a. a. D.²¹.

² Eine hergerichtete Straße nennen die Römer *via*. Nach l. 6 § 1c D. 8, 6 ist es aber auch möglich, ein „*ius viae*“ so zu bestellen, „*uti per quamlibet partem fundi ire agere liceat*“.

³ Diese Willenserklärung muß in Gemäßheit der allgemeinen Regeln (§ 84) ausgelegt werden. Steht es fest, daß eine Straße gemeint ist, so ist im Zweifel anzunehmen, daß dieselbe zu jedem Gebrauch hat eingeräumt werden sollen, zu

Fall der Begründung der Dienſtbarkeit durch Verjäh rung die Thatſache der Ausübung. Iſt bei der Verleihung einer Straße deren Breite nicht beſtimmt worden, ſo kann nach der poſitiven Beſtimmung des römischen Rechts eine Straße gefordert werden, welche in gerader Linie 8, an der Kehre 16 (römische) Fuß breit iſt⁴. Auch an einer Waſſerfläche kann eine Wegegerechtigkeit ſtattfinden⁵. — Als Formen der Waſſergerechtigkeiten werden in den Quellen erwähnt: die Waſſerleitungs-⁶, die Waſſerſchöpf-⁷, die Viehträngerechtigkeit⁸. — Die Weidegerechtigkeit hat ihre beſondere Wichtigkeit und ſo auch ihre be-

welchem Straßen benützt zu werden pflegen, alſo nicht bloß zum Gehen, ſondern auch zum Reiten, Fahren, Viehtreiben. Die Quellen heben noch ausdrücklich hervor das *R.* zum *trahere* (z. B. Steine und Balken) und *hastam rectam ferre* (darüber Vangerow a. a. O. Nr. 3. b und die daſelbſt Citirten, Böcking a. a. O.⁹). Iſt eine Straße nicht gemeint, ſo hängt es von den gebrauchten Ausdrücken (Fußweg, Fahrweg, Viehtritt zc.) ab, wie weit die Befugniß des Berechtigten geht. Die römischen Feſtimmungen über den Inhalt von „*iter*“ und „*actus*“, daß im *iter* auch das *R.*, zu reiten und ſich in einer Sänfte tragen zu laſſen, im *actus* auch das *R.*, mit Wagen zu fahren, enthalten ſei, ſind als ſolche heutzutage unanwendbar; für uns kann nur die Willensmeinung des Verleihenden entſcheidend ſein, und wer möchte z. B. behaupten, daß der einen „Fußweg“ Einräumende im Zweifel auch das *R.* zu reiten habe verleihen wollen? Doch ſind die Meinungen hierüber getheilt. Vgl. Sommer *ACPra.* III S. 314 fg. (1820), Genſler *daſ.* IV S. 244 fg. (1821), Seuffert *Erörterungen* II S. 56. 57. S. IV—XIV (1821), Buchta § 186^a, Arndts § 186^{2a}, Keller S. 322, Sintenis I § 63^{14—16}, Vangerow a. a. O. Nr. 4 a. E. Cf. I. 180, IV. 13, V. 5, X. 136, XII. 127, XVII. 213, XVIII. 121. *RG.* II S. 159. [*Actus sine itinere?* Elvers S. 390 fg., Vangerow a. a. O. S. 718, Dernburg a. a. O.⁶. *Scialoja Bull. dell' ist. di dir. Rom.* II p. 165 s., dazu Schneider *tr. BZS.* XXXVI S. 54. Feſtſtellung der Weglinie: I. 9 D. 8, 1; I. 13 § 1. 3 D. 8, 3. Elvers S. 207 fg., Vangerow a. a. O. S. 720 fg. unter 4, Dernburg a. a. O. zu ^{10—13}, Bergenthal Entſtehung und Schutz der Wegſervituten, *Gr. Diff.* 1897 S. 13 fg. Muß ſich der Berechtigte eine Verlegung des Weges gefallen laſſen? Brugl *Bull. dell' istit. di dir. Rom.* II p. 16 s. Dazu Schneider *tr. BZS.* XXXVI S. 53 fg.]

⁴ L. 8. 13 § 2. 3. I. 23 pr. D. 8, 3.

⁵ *Servitus navigandi*, I. 23 § 1 D. 8, 3.

⁶ *Servitus aquaeductus s. aquae duccndae* (pr. I. 2, 3, I. 1 pr. D. 8, 3), entweder nur als *R.*, ein fremdes Grundſtück zur Leitung des Waſſers zu benützen (*iter aquae*), oder auch das *R.*, das auf fremdem Grundſtück befindliche Waſſer auf unſer Grundſtück herüberzuleiten, I. 15. 22 D. 8, 3, I. 8. 17 pr. § 1 D. 39, 3, Dig. 43, 20 de aqua quotidiana et aestiva. Ueber die Waſſergerechtigkeiten vgl. Keller S. 166. Cf. XXXI. 14.

⁷ *Servitus aquae haustus s. aquae hauriendae*, § 2 I. 2, 3, I. 1 § 1. I. 2 § 1. 2. I. 3 § 3. I. 5 § 1. I. 9. 20 § 3 D. 8, 3, I. 10 D. 8, 2, I. 17 D. 8, 6, I. 14 § 2 D. 8, 1. [Cf. XLIX. 8.]

⁸ *Servitus pecoris ad aquam appulsus s. appellendi*, § 2 I. 2, 3, I. 1 § 1. I. 4. 5 § 1. I. 6 i. f. D. 8, 3, I. 1 § 18 D. 43, 20.

sondere rechtliche Ausbildung erst in Deutschland erhalten⁹; im römischen Recht tritt sie keineswegs in den Vordergrund¹⁰.

Anderer in den Quellen erwähnte Felddienstbarkeiten sind: das Recht, Holz, Steine, Kalk, Sand, Kreide zc. zc. zum Bedarf des herrschenden Grundstücks von dem dienenden zu nehmen¹¹; das Recht, das fremde Grundstück zum Einsammeln der Früchte, zum Ablagern von Erde, Steinen u. dgl., zur Ableitung von Wasser, zu benutzen, auf demselben eine Hütte zu haben¹².

[§§. s. nach § 211 a.]

b. Gebäudedienstbarkeiten*.

§ 211 a.

Gebäudedienstbarkeiten sind: das Recht, das von dem Dache abfließende Regenwasser auf das benachbarte Grundstück abfallen zu lassen, in Tropfen oder zusammengefaßt in einem Strahle¹; das Recht, sein Gebäude in den Raum, welcher über des Nachbarn Grundstück sich befindet, hineinragen zu lassen, z. B. durch ein Vordach, einen Balcon² zc. zc.; das Recht, sein Gebäude auf ein benachbartes Gebäude, Mauer, Säule zc. zc. zu stützen³; das Recht, den Unrath aus

⁹ Vgl. darüber die Lehrbücher des deutschen Privatr. von Eichhorn § 179—182, Mittermaier I § 168—170, Gerber § 145, 146, Beseler § 193, Stobbe II § 98, II, A—C [3. Aufl. (Vehmann) II, 2 § 133, A. B.]. Holzschuher II § 114. Roth Bayr. Civilt. § 163.

¹⁰ Erwähnt wird sie (servitus pascendi s. pascui) in § 2 I. 2, 3, l. 1 § 1. l. 3 pr. l. 4. l. 6 § 1 D. 8, 3.

¹¹ § 2 I. 2, 3, l. 1 § 1. l. 3 § 1. l. 5 § 1. l. 6 D. 8, 3.

¹² L. 3 § 1. 2. l. 6 § 1. l. 29 D. 8, 3, l. 2 § 10 D. 39, 3. — Die in l. 15 pr. D. 8, 1 genannte Dienstbarkeit: „ius tibi non esse, in fundo tuo aquam quaerere minuendae aquae meae gratia“ (vgl. l. 1 § 28 D. 43, 20), wird nicht ausdrücklich als Felddienstbarkeit bezeichnet, und kann wenigstens ebenso gut als Gebäudedienstbarkeit (zum Schutze eines zu einem Hause gehörigen Brunnens) vorkommen.

* Dig. 8, 2 de servitutibus praediorum urbanorum. — Eibers § 45—49. Glüd X ©. 68—138; Böding II § 171, Sintenis I § 62, Bangerow I § 342. [Dernburg I § 244.]

§ 211 a. ¹ Servitus stillicidii, fluminis, — stillicidii, fluminis immittendi, avertendi, excipiendi, recipiendi, § 1 I. 2, 3, l. 1 pr. l. 2. l. 17 § 3. l. 20 pr. § 2—6. l. 21. l. 28 D. 8, 2, l. 9 pr. l. 16 D. 8, 5, l. 8 D. 8, 6. Cf. XXXII. 113, XXXIV. 281, XXXV. 276.

² Servitus protegendi, proiciendi, l. 1 pr. l. 2 D. 8, 2, l. 242 § 1 D. 50, 16.

³ Servitus tigni (vgl. l. 62 D. 50, 16) immittendi, tignum immissum habendi, l. 1 pr. l. 2. 6. 20 pr. l. 25 pr. l. 27 pr. l. 8, 2, l. 8 § 1 D.

seinem Gebäude durch einen Abzugscanal über das benachbarte Grund-

8, 5. Eine Pflicht des Nachbarn, das tragende Bauwerk in gutem Stand zu erhalten, ist dadurch nicht begründet (1. 6 § 2. 1. 8 § 2 D. 8, 5); allerdings aber kann dieselbe durch besondere Bestimmung bei der Bestellung der Dienstbarkeit begründet werden. [Sf. XLII. 193.] In diesem Falle sprechen die Römer von einer *servitus oneris ferendi*, § 1 I. 2, 3, 1. 1 § 1. 1. 33 D. 8, 2 I. 6 § 2 — 1. 8 § 2 D. 8, 5. Die *servitus oneris ferendi* hat von jeher viel Noth gemacht wegen des in derselben liegenden Widerspruchs gegen den Satz: *servitus in faciendo consistere non potest* (§ 201). Zwar ist die Behauptung aufgestellt worden, es sei nicht wahr, daß hier der Eigenthümer der dienenden Sache zu einem Thun verpflichtet sei; auch hier fordere die Dienstbarkeit nur ein *pati*, freilich kein bloßes „Balkenvorstehenlassen u. dgl.“, sondern „ein Aufliegenlassen, ein Getragenwerden der Last von dem belasteten Grundstücke, also die Eigenschaft dieses als eines tragenden, stützenden“ (so Böcking § 160¹⁰, ähnlich Buchta Inst. II § 262^o, Sintonis I § 57⁴). [Auf etwas Anderes kommt wohl auch Köhler ACPr. LXXXVII S. 195 fg. nicht hinaus, wenn er sagt, daß der Berechtigte ein R. auf das Bestehen der tragenden Anlage als quasi Naturanlage des Bodens hat.] Aber das kann man doch in der That nicht anders nennen, als wie es Schmidt (von Ilmenau) Jahrb. des gem. R. III S. 258²² nennt, „ein Umgehen der Sache durch den Ausdruck“. Denn von dem dienenden Grundstück die Eigenschaft eines tragenden verlangen, heißt weiter nichts, als von dem Eigenthümer verlangen, daß er die Mauer in Stand halte, *ut faciat aliquid*, und mit Recht ist Schmidt der Ansicht, daß dafür unwiderleglich die *formula actionis*: „*ius sibi esse, cogere adversarium reficere parietem ad opera sua sustinenda*“ (1. 6 § 2 D. 8, 5) spreche. Das Richtige ist gewiß allein, wie schon Andere hervorgehoben haben (vgl. außer Schmidt a. a. O. Bangerow a. a. O. Anm. 2), daß bei der *servitus oneris ferendi* mit dem dinglichen R. ein obligatorisches nach Art unserer Realkasten verbunden ist; der Verpflichtete in demselben ist der jedesmalige Eigenthümer. Aber freilich muß man dabei anerkennen, daß die Römer dieses obligatorische R. nicht bloß als *servitus* wirklich bezeichnen, sondern auch dem Re der *servitus* unterwerfen, obgleich sie sich der darin liegenden Anomalie wohl bewußt sind (1. 6 § 2. 1. 2. 1. 8 § 2 D. 8, 5). In diesem Sinne liegt also in der *servitus oneris ferendi* allerdings eine Ausnahme von dem Satze: *servitus in faciendo consistere non potest*, nicht als wenn es nach dem Begriffe der Dienstbarkeit eine Dienstbarkeit auf ein Thun von Seiten des Eigenthümers der dienenden Sache geben könnte, sondern es wird hier als Dienstbarkeit behandelt, was in der That Dienstbarkeit nicht ist. Nur durch diese anomale Herbeiziehung des R. der Dienstbarkeit wurden die Römer über das Bedenken hinausgehoben, welches für sie darin liegen mußte, daß durch Privatwillkür der jedesmalige Eigenthümer eines Grundstücks sollte verpflichtet werden können. Vgl. jetzt auch Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 555, Wächter II S. 210 fg., Pernice Parerga II S. 94, Dernburg I § 236 zu^o fg. § 244 zu^o fg. — Mühlenthal ACPr. XIV S. 321 fg. [1831]) sucht eine Vermittelung für das Anomale der *servitus oneris ferendi* in dem Re der *cautio damni infecti*, welches man auf Grund des bei der Bestellung der *Servitut* erklärten Willens in die *Servitut* hineingetragen habe. Aber wenn auch das R. der *cautio damni infecti* zur Erklärung der Reparaturpflicht ausreichte, so würde doch immer die Frage ungelöst bleiben, aus welchem Grunde man dieses R. in die *Servitut* hineingetragen habe. Mir scheint mit dieser Erklärung ebensowenig etwas gewonnen zu sein, als wenn Elvers S. 55 fg. auszuführen sucht, daß

stück hinwegzuschaffen⁴; das Recht, das benachbarte Grundstück über das gesetzliche Maß hinaus durch Rauch, hinüberfliegende Steinsplitter u. dgl. zu belästigen⁵; das Recht, einen Düngerplatz in unmittelbarer Nähe von des Nachbarn Mauer zu haben⁶; das Recht, zu verlangen, daß auf des Nachbarn Grundstück gar nicht oder nicht über eine gewisse Höhe hinaus gebaut werde⁷, daß dem herrschenden Grundstück Licht⁸ oder Aussicht⁹ nicht verbaut werde, [[daß auf dem dienenden Grundstück ein gewisses Gewerbe nicht betrieben werde]]^{9a}. Wenn

das Charakteristische bei der *servitus oneris ferendi* eigentlich in dem Verbote eigenmächtiger Reparatur von Seiten des *Servitutberechtigten* liege, und die Pflicht des *Eigentümers* des dienenden Grundstücks zur Reparatur nur eine Folge davon sei. — Eine gar seltsame Ansicht vertritt *Emmerich* *§ 3* *E. f. C. R. u. Pr. R. F.* *XIX* *§* 469 *fg.*; er meint, mit Berufung auf *l. 33 D. 8, 2*, die *Eigentümlichkeit* der *servitus oneris ferendi* erkläre sich aus der *Schriftlichkeit* des *Begründungsvertrages*. — *Schirmer* *§ 3* *E. f. R. G. f. XII* *§* 177 *fg.* ist der Meinung, die *servitus oneris ferendi* gehe auf ein *facere* nicht bloß was die Reparatur, sondern auch was das *onus ferro* betreffe, was aber durch die dafür angeführte Stelle *l. 6 § 2 D. 8, 5*, nicht bewiesen wird. — Vgl. noch *Brinz* *2. Aufl. I* *§* 188^a. — *§* *XVII. 8*.

⁴ *Servitus cloacae mittendae*, *l. 7 D. 8, 1*, *l. 1 § 4. 6 D. 43, 23. §* *IV. 209, XXI. 214*. — *R.* auf ausschließliche Benützung eines unter dem Nachbarhause befindlichen Kellers: *§* *XXIX. 11, R. G. IV* *§* 135.

⁵ *L. 8 § 5. 7 D. 8, 5*. Vgl. *§* 169, *1. §* *XXXVI. 264. 265*.

⁶ *L. 17 § 2 D. 8, 5*. Vgl. *§* 169, *1*.

⁷ *Servitus ne altius tollatur s. altius non tollendi*, *§* *1. 4 I. 2, 3, 1. 2. 6. 12. 21. 32 D. 8, 2, 1. 16 D. 8, 4, 1. 9 C. 3, 34*.

⁸ *Servitus ne luminibus officiat*, *§* *1 I. 2, 3, 1. 4. 6. 15. 17 pr. — §* *2. 1. 22. 23 pr. 1. 31 D. 8, 2, 1. 16 D. 8, 4, 1. 15 D. 8, 5. §* *XXXI. 313*. — Unterschieden wird in den Quellen von der *servitus ne luminibus officiat* noch die *servitus luminum*, welche darin bestehen soll „ut vicinis lumina nostra excipiat“, *l. 4 D. 8, 2*. Am Einfachsten wird dieß ohne Zweifel von dem *R.* verstanden, in fremder Mauer ein Fenster zu haben (vgl. *l. 8 C. 3, 34*, auch *l. 40 D. 8, 2, §* *X. 16*); doch sind die Meinungen über diese Frage unendlich verschieden, s. *Bangerow a. a. D. Anm. 1, Böcking a. a. D.*⁴¹. — In Deutschland, wo das *R.*, Fenster nach des Nachbarn Grundstück hinaus zu haben, vielfach particularlich beschränkt ist (vgl. übrigens auch die nicht glossirte *l. 12 C. 8, 10 in §* 3), sind von Wichtigkeit auch die Dienstbarkeiten, durch welche ein weiter gehendes Fenster begründet wird. Vgl. *Rittermaier deutsch. Privatr. I* *§* 67, 9, *Beseler deutsch. Privatr. §* 93, c. 3, *Roth Bayr. Civir. II* *§* 319 *fg.*, *§* *II. 139, VI. 15, XIV. 13*, und über das Fenster überhaupt *Pfeiffer prakt. Ausführungen IV* *§* 3 *fg. VII* *§* 331 *fg.*, *Stölzel R. P. R. LII* *§* 206 *fg.*

⁹ *Servitus ne prospectui officiat s. prospiciendi*, *§* *2 I. 4, 6, 1. 3. 12. 15. 16 D. 8, 2. §* *XXXI. 313, XXXII. 305*. Noch weiter geht die in *l. 17 § 1 D. 8, 5* erwähnte Dienstbarkeit „ut in eo loco positum habere ius Seio non esset“.

[[^{9a} *§* *XLV. 168.*]]

in den Quellen auch Dienstbarkeiten gerade entgegengesetzten Inhalts genannt werden, auf Höherbauen, Verbauen der Aussicht, auf Nichtabfallenlassen der Dachtraufe¹⁰, so sind dieselben gegenüber localrechtlich begründeten gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen zu denken¹¹.

¹⁰ Servitus altius tollendi, officii luminibus vicini, stillicidii non avertendi. Gai. II. 31. IV. 3, § 2 I. 4, 6, 1. 1 pr. 1. 2 D. 8, 2, 1. 2 pr. D. 8, 3, 1. 7 § 1 D. 8, 4, 1. 26 pr. D. 44, 2, 1. 1 C. 3, 34.

¹¹ Wie die in 1. 2 § 10 D. 39, 3 erwähnte Dienstbarkeit gegenüber der gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung in Betreff des Abflusses des Regenwassers. Ein die Baufreiheit beschränkendes Gesetz erließ z. B. K. Jeno für Constantinopel (1. 12 C. 8, 10), welches später von Justinian auf alle Städte des Reiches ausgehnt wurde (1. 13 eod.). Warum die römischen Juristen bei der Auswahl ihrer Beispiele von Dienstbarkeiten nicht auch auf solche localliche Bestimmungen hätten Rücksicht nehmen können, ist nicht abzusehen. Vgl. S. Witte *z. f. d. R. u. Pr. R. F.* XIII S. 396 fg., *Arndts* § 185^o, und die bei *Bangerow I* S. 731. 732 (834. 835) Citirten, ferner *Keller z. f. vergl. RW. II* S. 47 fg., *Cohn WCPra. LXIV* S. 344 fg., *Bächter II* S. 249 fg. [*Dernburg I* § 244, 4.] — Andere haben für die erwähnten Dienstbarkeiten andere Erklärungen gesucht. Die verbreitetste (mehrfach auch mit der hier vertheidigten verbundene) Ansicht geht dahin, daß dieselben zu denken seien als Resultat der (vollständigen oder, nach Andern, theilweisen) Wiederaufhebung einer Dienstbarkeit des entgegengesetzten Inhalts, einer servitus altius non tollendi etc., vgl. namentlich *Bangerow a. a. D. Anm. 3* und die daselbst Citirten, *Ebers* § 39, *Böcking* § 171. s—z. Ich will diese Auffassung nicht als unmöglich bestreiten; aber sie macht dem r. R. den Vorwurf einer Begriffsnachlässigkeit, da das Dienstbarkeitsr. als Erweiterung des Eigenthums am herrschenden Grundstück wohl erscheinen mag (§ 209^o), aber eine solche doch nicht ist; bei der gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung ist dieß anders, durch dieselbe wird in der That dem Eigenthumsr. ein anderer Inhalt gegeben. Deshalb glaube ich, daß man zu dieser Erklärung (obgleich sie durch *Theophilus* zu § 1 I. 2, 3 unterstützt wird) ohne Noth nicht greifen soll, welche mir nach dem oben Gesagten nicht vorzuliegen scheint. Jedenfalls wird man, wenn man dieser Ansicht huldigt, sich darüber entscheiden müssen, ob man die durch eine solche Wiederaufhebung einer Dienstbarkeit begründeten Berechtigungen auch dem Re der Dienstbarkeiten unterwerfen oder ob man sie sich nur formell als Dienstbarkeiten, materiell aber als „wirkliche Behauptungen der Eigenthumsfreiheit“ denken will, (so *Böcking a. a. D. § 2*). Im Grundgedanken kommt mit der hier zurückgewiesenen Ansicht die von *Scheurl z. f. gesch. RW. XII* S. 255—257 aufgestellte überein, welcher die fraglichen Dienstbarkeiten auf eine vertragmäßige Anerkennung der Eigenthumsfreiheit „in Form einer Servitutbestellung“ zurückführt. *H. Pernice commentationes iuris Romani duae* p. 149 denkt bei der servitus altius tollendi an eine Vermütung des benachbarten Hauses zum Zweck des Baues. Verschiedenes verbindet *Keller* § 172. Noch andere Ansichten bei *Bangerow a. a. D. Anm. 3, e*, *Cohn* a. a. D. S. 350 fg., *Bgl. auch Hartmann* *Re an eigener Sache* S. 32 fg. [*Karlowa v. W. Ges. II* S. 529 fg. gibt die sehr ansprechende Erklärung, daß die in Rede stehenden Servituten allerdings als Beseitigung einer gesetzlichen dispositiven Baubeschränkung zu denken seien, aber einer allgemeinen (nicht locallichen) des Inhalts, daß die von Alters her bestehende Höhe und Gestalt von Gebäuden nicht zum Nachtheil der lumina oder des prospectus der Nachbargebäude abgeändert werden durfte (1. 11 pr. D. 8, 2).]

[1. Das § 209. stellt als Existenzbedingung der Grunddienstbarkeit auf, daß dieselbe für die Benutzung des herrschenden Grundstücks Vorthheil bietet (1019) (vgl. Kohler *ACPra.* LXXXVII S. 212 fg.). Im I. E. (967) hieß es, sie müsse „für die Benutzung des herrschenden Grundstücks Vorthheil oder Annehmlichkeit zu gewähren geeignet“ sein. Die II. Comm. hat den § 967 des I. E. sachlich gebilligt (Prot. S. 3896 fg.), und die Abweichung in der Fassung ist nur redactionell, wie es ja auch nicht zweifelhaft sein kann, daß eine Annehmlichkeit ein Vorthheil ist. Der Vorthheil muß für die Benutzung des herrschenden Grundstücks geboten werden. Damit steht fest, daß ein rein persönlicher Vorthheil des Eigentümers, ohne Zusammenhang mit der Benutzung des Grundstücks, für die Grunddienstbarkeit nicht ausreicht (vgl. ob. § 209^a). Andererseits ist ein Vorthheil für einen Gewerbebetrieb auf dem herrschenden Grundstück (vgl. ob. § 209^a) zweifellos ausreichend. Die Mot. (III S. 481 fg.) gehen dabei von der Anschauung aus, daß immerhin die Benutzung des dienenden Grundstücks mit einer Einrichtung des herrschenden Grundstücks für den fraglichen Zweck zusammenhängen wird, meinen aber doch, daß diese Einrichtung bei der Begründung der Servitut noch nicht vorhanden sein muß und ihre Zerstörung die Servitut nicht aufhebt. Man wird ihnen hierin beitreten müssen und sogar behaupten dürfen, daß eine besondere Einrichtung des herrschenden Grundstücks für die durch die Dienstbarkeit zu fördernde Benützungsort rechtliche Voraussetzung der Dienstbarkeit überhaupt nicht ist. Krankenhäuser und Schulen (Mot. III S. 482) können in gewöhnlichen Wohnhäusern bestehen — ihr Inventar kann man keine Einrichtung des Grundstücks nennen —; dergleichen gibt es manche Gewerbebetriebe, die eine besondere Einrichtung des Grundstücks nicht voraussetzen, z. B. ein Zimmerplatz oder der Lagerplatz eines Holzhändlers braucht gar keine Einrichtung — denn daß das Holz und das Handwerkszeug keine solche ist, dürfte zweifellos sein —; Servituten, welche mit dem besonderen solchen Grundstücken aufgeprägten Zweck zusammenhängen, sind gleichwohl möglich.

2. Die Grunddienstbarkeit kann sich darauf richten

a) daß der Berechtigte das Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen darf (1018). Mit Recht sagt Kohler a. a. O. S. 213, daß hiermit die Dienstbarkeit auf die Benutzung des Grundstücks sammt seinen Bestandtheilen, (auch Baulichkeiten, welche Bestandtheile sind), beschränkt ist. Die Benutzung von Gegenständen also, welche sich auf dem Grundstück befinden, ohne Bestandtheil desselben zu sein, kann den Gegenstand der Grunddienstbarkeit nicht bilden (höchstens der Zugang zu diesen Gegenständen).

b) Die Grunddienstbarkeit kann sich auch darauf richten, daß auf dem Grundstück gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen (1018);

c) oder darauf, daß die Ausübung eines Rechts ausgeschlossen ist, welches sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstück dem herrschenden Grundstück gegenüber ergibt (1018). Danach können gesetzliche Eigentumsbeschränkungen, welche ein Grundstück zu Gunsten eines andern treffen, durch eine dem letzteren zu Gunsten des ersteren auferlegte Grunddienstbarkeit außer Function gesetzt, z. B. nach § 906 zulässige Immissionen verboten werden. Grunddienstbarkeiten dieser Art können leicht, wie im vorigen Beispiel, ein Nichthandeln auf dem dienenden Grundstück oder ein Recht der Einwirkung auf das belastete Grundstück

umfassen. Wird z. B. festgestellt, daß überfallende Früchte als Früchte des Grundstücks gelten sollen, auf dem sie gewachsen sind (vgl. 911), so wird man auch festsetzen, daß der Eigentümer sie holen darf. Wird die Anwendung des § 910 ausgeschlossen, so hat der Eigentümer des Baumes oder Strauches ein Recht bestimmter Benützung des Nachbargrundstücks. Wird eine fortbestehende (EG. 124) landesrechtliche Vorschrift, wonach Baulichkeiten einen bestimmten Abstand von der Grenze innehalten müssen, oder die Vorschrift ob. § 169, 6 außer Anwendung gesetzt, so entsteht eine Dienstbarkeit der in § 211 a. E. besprochenen Art.

3. Nachbarschaft zwischen den beteiligten Grundstücken (§ 209, 4) verlangt das BGB. nicht. Sie muß bestehen, soweit sie erforderlich ist, um die vorangeführten Voraussetzungen der Grunddienstbarkeit zu ermöglichen. Kohler a. a. O. S. 213 meint, daß das Erforderniß der Vicinität aus der Geschichte und der Zweckbestimmung der Dienstbarkeit und aus den Postulaten der Kulturordnung von selbst zu entnehmen sei, und meint damit zufolge seiner Ausführungen S. 183 fg., daß die Nachbarschaft ein selbständiges Erforderniß sei, dessen Mangel die Servitut unmöglich mache, auch wenn es an der Möglichkeit, das eine Grundstück für die Zwecke des andern zu benutzen, nicht fehle. Diesen Ausführungen kann aber für das gemeine Recht m. E. nicht beigetreten werden, und jedenfalls ist dem BGB. ein derartiges Erforderniß fremd. Kohler hält z. B. eine Servitut des Holzschlags für unzulässig, wenn der Wald eine Stunde von dem herrschenden Grundstück entfernt ist. M. E. steht einer solchen Dienstbarkeit nicht das Geringste im Wege.

4. Daß die Grunddienstbarkeit nur für die Zwecke der Benützung des herrschenden Grundstücks ausgeübt werden darf (ob. § 209 zu ¹⁰), auch daß sie weder dem Rechte noch der Ausübung nach von dem herrschenden Grundstück getrennt werden kann (ob. § 209, 7) ergeben §§ 1018. 1019; daß sie schonend ausgeübt werden muß (ob. § 209 zu ¹¹), bestimmt § 1020 S. 1.

5. Wie im gemeinen Recht (ob. § 209, 6) schließt die Grunddienstbarkeit an, und für sich weder das Recht des Eigentümers aus, sein Grundstück in der gleichen Weise wie der Dienstbarkeitsberechtigte zu benutzen, noch die Möglichkeit, dasselbe mit weiteren dinglichen Rechten zu belasten. Es steht aber der Eigentümer (ob. § 209 ¹²) ebenso wie ein jüngerer Berechtigter hinter dem Dienstbarkeitsberechtigten zurück. Für den Fall der Collision ranggleicher Rechte vgl. 1024 und dazu ob. S. 527 fg.

6. Wenn der Berechtigte auf dem belasteten Grundstück zur Ausübung der Dienstbarkeit eine Anlage hält, so muß er sie in ordnungsmäßigem Stande erhalten, soweit das Interesse des Eigentümers es verlangt (1020 S. 2); soweit dieses nicht beteiligt ist, ist es Sache des Berechtigten, ob er seine Anlage verfallen läßt oder in Ordnung hält. Hat der Eigentümer das Recht der Mitbenützung der Anlage, so kann durch Rechtsgeschäft bestimmt werden, daß dem Berechtigten die Unterhaltung auch soweit obliegen soll, als es für das Benützungsrecht des Eigentümers erforderlich ist (1021 Abs. 1 S. 2). Ohne solche Bestimmung aber geht die Unterhaltungspflicht des Berechtigten auch bei Existenz des Mitbenützungsrechts des Eigentümers nicht so weit; das Interesse des Eigentümers im Sinne des § 1020 S. 2 ist nur sein Interesse an der Benützung seines Grundstücks und an dem Zustande desselben.

Umgekehrt kann, wie im gemeinen Recht (ob. § 201³), bestimmt werden, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstücks die Anlage zu unterhalten hat, so weit es das Interesse des Dienstbarkeitsberechtigten verlangt (1021 Abf. 1 S. 1). Diese Verpflichtung trifft ihn gesetzlich (jedoch nur kraft dispositiver Vorschrift, wenn die Grunddienstbarkeit in dem Rechte besteht, auf einer baulichen Anlage des belasteten Grundstücks eine bauliche Anlage zu halten). Man könnte sagen, die *servitus tigni immittendi* ist im Zweifel *servitus oneris ferendi* (vgl. § 211a³).

Auf die Unterhaltungspflicht des Eigenthümers des dienenden Grundstücks sollen die Vorschriften über Reallasten entsprechende Anwendung finden und zwar sowohl auf die rechtsgeschäftliche Verpflichtung nach § 1021 Abf. 1 S. 1 wie auf die gesetzliche nach § 1022 (1021 Abf. 2. 1022 S. 2). Das Gleiche ist durch § 1021 Abf. 2 ausgesprochen für die rechtsgeschäftlich im Interesse des Mitbenutzungsrechts des Eigenthümers bestimmte Unterhaltungspflicht des Dienstbarkeitsberechtigten (vgl. Prot. d. II. Comm. S. 3907 fg.). Es ist aber nicht einzusehen, warum dann nicht auch dieselben Vorschriften auf die gesetzliche Unterhaltungspflicht des Dienstbarkeitsberechtigten gemäß § 1020 S. 2 Anwendung finden sollten; man wird also die Bestimmung des § 1021 Abf. 2 hierauf analog ausdehnen müssen.

7. Berlegungsgrecht. (Vgl. Kohler a. a. O. S. 282 fg. und f. ob. § 211³.)

a. Von einem Grundstück kann ein körperlicher Theil mit einer Dienstbarkeit belastet werden; dann ist dieser Theil das belastete Grundstück, gleichviel ob er zum Zwecke der Belastung von dem ganzen Grundstück abgeschrieben ist, oder ob die Abschreibung gemäß GrdbD. § 6 S. 2 unterblieben ist. Hiervon ist im Folgenden nicht die Rede. Es ist aber, wenn ein Grundstück mit einer Dienstbarkeit belastet ist, auch möglich, daß die jeweilige Ausübung der Dienstbarkeit nur auf einem Theile des Grundstücks stattfindet, während dem Rechte das Ganze unterliegt. In diesem Falle muß der Berechtigte den Ausübungsplatz nach § 1020 mit thunlichster Schonung der Interessen des Eigenthümers wählen. Seine einmalige Wahl bindet ihn (anders als nach l. 9 D. 8, 1) nicht; er kann vielmehr zu einem andern Platz übergehen. Der Eigenthümer des dienenden Grundstücks kann auch nicht wie nach l. 13 § 1 D. 8, 3 die Feststellung eines Ausübungsplatzes als des ihn mindest belastenden verlangen; er kann aber, wenn die Ausübung an der gegenwärtig thatsächlich benutzten Stelle für ihn besonders beschwerlich ist, die Berlegung der Ausübung auf eine andere für den Berechtigten ebenso geeignete Stelle verlangen; etwaige Kosten der Berlegung hat der Eigenthümer zu tragen und vorzuschießen. Die Beurtheilung des Berechtigten zur Berlegung auf den im Urtheil bestimmten Ausübungsplatz hat die Bedeutung, daß nunmehr die Ausübung auf allen übrigen Theilen des Grundstücks ruht, der Berechtigte also nicht mehr einseitig einen andern Platz wählen kann, während rechtlich die andern Theile (anders als nach l. 13 § 2 D. 8, 3) mit der Servitut belastet bleiben. Die Befreiung der übrigen Theile von dem Recht tritt erst mit Theilung des belasteten Grundstücks ein (s. unten 8, b).

b. Wird durch Veränderung der Umstände der im Urtheil festgestellte Platz für den Belasteten besonders beschwerlich, so kann er aufs Neue Berlegung

verlangen. Denn die Rechtskraft des Urtheils trifft nur die Sachlage, wie sie bis zur entscheidenden mündlichen Verhandlung sich gestaltet hat. (arg. EPD. 686 und Novelle [Reichstagswort.] Art. I No. 81, § 298a).

c. Auch durch Rechtsgeschäft kann die Ausübung auf einen Theil des Grundstücks beschränkt werden, durch Vertrag oder durch eine vertragsmäßig dem einen oder andern Theil im Sinne der Unwiderruflichkeit eingeräumte Wahlerklärung. Das Recht, Verlegung zu verlangen, hat der Eigenthümer des belasteten Grundstücks auch nach solcher Festsetzung (1023 Abs. 2) und zwar auch hier ohne andere Voraussetzung als die, daß die Ausübung an der bisherigen Stelle für ihn besonders beschwerlich ist, also ohne Rücksicht darauf, ob dieß erst später eingetreten ist oder von Anfang an vorlag, und ob er es wußte oder nicht. Gegen Mißbrauch dieses Rechts schützt den Berechtigten der Satz, daß die Verlegung nur an einen Ort verlangt werden kann, der für ihn gleich vortheilhaft ist, sowie die Kostenpflicht des Eigenthümers.

d. Gegenüber rechtsgeschäftlicher Bestimmung hat der Dienstbarkeitsberechtigte einen Anspruch auf Verlegung nicht; gegenüber dem Urtheil kann er, wenn später der im Urtheil festgelegte Ort für ihn minder geeignet geworden ist als der frühere, Klage aus § 686 EPD. erheben. Er macht damit neue Einwendungen gegen den durch das Urtheil festgestellten Anspruch des Gegners auf Unterlassung der Ausübung auf den übrigen Theilen des Grundstücks geltend.

e. Kohler a. a. O. S. 285 meint, daß auch Verlegung auf ein anderes als das bisher mit der Dienstbarkeit belastete Grundstück verlangt werden kann. Dieß entspricht dem Recht des BGB. nicht; dort ist nur von Verlegung innerhalb des belasteten Grundstücks die Rede, und ein Antrag im Sinne Kohlers ist von der II. Comm. (Prot. S. 3912 fg.) aus gewichtigen Gründen abgelehnt.

f. Das Recht auf Verlegung kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden. (1023 Abs. 2). Es kann aber erweitert werden; somit ist auch zulässig, die eventuelle Verlegung auf ein anderes Grundstück auszubedingen.

g. Kohler ist ferner der Ansicht (S. 283 fg.), daß wie örtliche Verlegung, so auch Veränderung der Einrichtungen zur Ausübung der Servitut ohne Nachtheil des Berechtigten und auf Kosten des Belasteten verlangt werden kann. Diese Analogie ist als berechtigt anzuerkennen; sie wurzelt in der Verpflichtung des Berechtigten, die Interessen des Eigenthümers in der Art der Ausübung der Dienstbarkeit thunlichst zu schonen (1020).

8. Die Untheilbarkeit der Grunddienstbarkeiten (ob. § 209^a) hat die II. Comm. unter Streichung des § 968 I. E. für selbstverständlich erklärt (Prot. S. 3900 fg.).

a. Wird das herrschende Grundstück getheilt, d. h. im Grundbuch, (es kommt nicht darauf an, ob die Theilgrundstücke verschiedene Eigenthümer haben), so besteht, wie im gemeinen Recht (vgl. ob. § 209¹⁹) die Grunddienstbarkeit für die einzelnen Theile fort. Die Ausübung ist jedoch im Zweifel, d. h. wenn nicht ein Anderes bei Bestellung der Dienstbarkeit vorgesehen ist, nur in der Art zulässig, daß sie für den Eigenthümer des dienenden Grundstücks nicht beschwerlicher wird (1025 S. 1, vgl. ob. § 209¹⁹). Gereicht die Dienstbarkeit nur einem der Theile zum Vortheile (z. B. nur demjenigen, auf welchem das Haus steht), so erlischt sie für die übrigen Theile (1025 S. 2).

b. Wird das belastete Grundstück getheilt — d. h. wiederum durch grundbuchmäßige Theilung, wenn auch die Theilgrundstücke denselben Eigentümer behalten, so bleibt die Dienstbarkeit auf allen Theilen haften, es sei denn, daß die Ausübung der Dienstbarkeit auf einen bestimmten Theil beschränkt war. Letzteren Falls werden die übrigen Theile von der Dienstbarkeit nunmehr auch dem Rechte nach frei (1026).

9. Aufrecht erhalten sind nach § 115 die landesrechtlichen Vorschriften, welche den Inhalt und das Maß von Grunddienstbarkeiten näher bestimmen. Damit sind aber nur Bestimmungen über einzelne Grunddienstbarkeiten gemeint, und solche enthält das gemeine Recht sehr wenige, wenn man von der richtigen Ansicht (ob. § 211*) ausgeht, daß die römischen Bestimmungen für das heutige Recht insoweit nicht maßgebend sind, als sie das Servitutbestellungsgeschäft interpretiren. Aufrecht erhalten bleibt die Bestimmung § 211 zu 4.]

IV. Begründung der Dienstbarkeiten.

A. Durch den Willen des Eigenthümers*.

§ 212.

Unter den Thatfachen, durch welche Dienstbarkeiten begründet werden, ist von vorzugsweiser Wichtigkeit die Willenserklärung des Eigenthümers. Diese Willenserklärung kann eine letztwillige oder eine Willenserklärung unter Lebenden sein; an diesem Orte ist nur von der letzteren zu handeln (vgl. § 171).

Die Willenserklärung unter Lebenden, daß eine Dienstbarkeit entstehen solle, setzt, wie die auf Eigenthumsübertragung gerichtete, damit sie ihren Zweck erreiche, eine Annahmeerklärung von Seiten desjenigen voraus, für welchen die Dienstbarkeit entstehen soll; d. h. auch hier ist ein Begründungsvertrag erforderlich. Für diesen Vertrag gilt, abgesehen von den Grundsätzen, welche für alle Verträge maßgebend sind, Folgendes.

1. Die Dienstbarkeit wird durch den Vertrag als solcher erzeugt; derselbe bedarf nicht, wie der Eigenthumsübertragungsvertrag, der Vollendung durch Besitzeinräumung¹.

* Ulvers § 63—66. Glüd IX S. 39 fg. Sintenis I S. 580—585. Dernburg I § 251.

§ 212. ¹ Dieß ist die jetzt herrschende Meinung (dafür auch S. XII. 190, dagegen das. XV. 5, XX. 110), welche gegenüber der früher allgemein anerkannten entgegengesetzten nach dem Vorgange Savigny's in seinen Vorlesungen (vgl. denf. Besiß S. 577 [474] Note 1) zuerst in eingehender Weise vertheidigt worden ist von E. I. Schmidlein de servitutibus per pactum constituendis (1823) und ACpra. IX S. 145 fg. (1826), nach demselben von Michelsen ACpra. VIII S. 362 fg. (1825), Haffe Rhein. Mus. I S. 64—144 (1827), Warnkönig ACpra. XII S. 52 fg. (1829), und in der neueren Zeit von

2. Nicht bloß der Eigenthümer kann die Sache einer Dienstbarkeit unterwerfen, sondern auch der Emphyteuta und der Superficiar;

Schmidt (von Ilmenau) Jahrb. d. gem. R. III S. 246 fg. (1859); f. ferner Ebers § 64, Sintenis I § 64¹⁶, Keller § 181, Dernburg I § 251, 4. Theilweise haben sich für diese Ansicht erklärt Zimmern *ACPra.* VII S. 309 fg. (1824), Fuß 3S. f. *GN. u. Pr. R. Z.* X S. 78 fg. (1853). Als Gegner derselben sind aufgetreten namentlich Franke *civil. Abhandlungen Nr. 3* (1826), Fris Erläuterungen I S. 376 fg., Bangerow I § 350 Anm. 1 (dessen Hauptgrund bis zuletzt geblieben ist, daß durch Vertrag bloß eine Obligation begründet werden könne [in der 7. Aufl. hat er hinzugefügt: durch Vertrag „im eigentlichen Sinne des Wortes“]), Brinz S. 272—274 (2. Aufl. I S. 792), Ferb. *Muther fr. VJG.* IX S. 391 fg., Karlowa *das Geschäft* S. 223 fg., *Enel Jahrb.* f. *Dogm.* XIX S. 183 fg., Burdhard *Actio aquae pluviae arcendae* S. 322 fg. Man bemerkt über diese Frage Folgendes. In unseren Quellen werden als Formen der Begründung von Dienstbarkeiten neben einander genannt a) die Tradition, d. h. die Einräumung der, in Folge davon wirklich erfolgenden, Ausübung (I. 11 § 1 D. 6, 2, I. 25 § 7 D. 7, 1, I. 1 pr. D. 7, 4, I. 3 D. 7, 6, I. 20 D. 8, 1, I. 1 § 2 D. 8, 3); b) pactiones et stipulationes (S. 4 I. 2, 3, § 1 I. 2, 4, I. 3 pr. I. 25 § 7 D. 7, 1, vgl. auch I. 14 C. 3, 34, I. 12 § 1. 3. 4 C. 8, 10). Das erklärt sich so. Die ursprüngliche Form der Bestellung von Dienstbarkeiten war die *mancipatio* (bei *servitutes praediorum rusticorum*) und die *in iure cessio* (bei allen). Wo diese Formen nicht anwendbar waren, wie bei Provinzialgrundstücken, half man sich dadurch, daß man der formlosen Bestellung der Dienstbarkeit (*pactio*) einen obligatorischen Vertrag (*stipulatio*) hinzufügte, durch welchen der Besteller, gewöhnlich mit Hinzufügung einer Strafe, für sich und seine Erben versprach, die Ausübung der Dienstbarkeit gewähren zu wollen (Gai. II. 28—31, I. 38 § 10—12 D. 45, 1, I. 2 § 5. 6. I. 49 § 2. I. 50. I. 85 § 3. I. 131 pr. D. eod., und andere Stellen mehr.). Dadurch erreichte man ursprünglich nur Sicherung des Interesses; im Laufe der Zeit aber wurde in dieser Verbindung des formlosen Bestellungsvertrages mit der Stipulation eine wirkliche Begründung des R. der Dienstbarkeit gefunden; das Resultat der *pactiones* und *stipulationes* wird übereinstimmend bei Gai. II. 31, in § 4 I. 2, 3, § 1 J. 2, 4, I. 3 pr. D. 7, 1 als ein „constituere“ der Dienstbarkeit bezeichnet, und in I. 25 § 7 D. 7, 1 heißt es, daß der Nießbrauchssclave dem Nießbraucher erwerbe, möge der Nießbrauch „*iure legati constitutus*“ sein, oder „*per traditionem vel stipulationem vel alium quemcunque modum*“. S. auch I. 27 § 4 D. 7, 1, I. 33 pr. I. 36 D. 8, 3. (Fhering *Jahrb. f. Dogm.* X S. 554 fg. nimmt als Zustand bis Justinian Uebergang der persönlichen Verpflichtung auf die Sondernachfolger an. Der Gedanke ist annehmend; doch fällt auf, daß von einer Stipulation dieses Inhalts in den Quellen keine Rede ist. Sollte, wenn jener Uebergang Rechtens war, er nicht auch in der Parteiberedung zum Ausdruck gekommen sein?) Neben dieser Entwicklung ging aber eine andere einher. Während noch Gaius die Tradition, als körperliche Uebergabe; bei den Dienstbarkeiten als unpersönlichen Sachen für unzulässig erklärt, erkannte man, daß, wenn man die Tradition als Einräumung der tatsächlichen Willensmacht fasse, die Dienstbarkeiten ihr keineswegs verschlossen seien (vgl. I. 20 D. 8, 1), und in derselben Weise, wie es feststand, daß durch Tradition Eigenthum übertragen werde, wenn auch nicht immer *civilrechtliches*, ließ man sie auch bei den Dienstbarkeiten als genügenden Ersatz für *mancipatio* und *in iure cessio* zu,

diese freilich nur für die Dauer ihres Rechts². Der Miteigenthümer kann seinen Theil des Eigenthums mit einem Nießbrauche belasten; untheilbare Dienstbarkeiten dagegen kann er nur in Gemeinschaft mit den andern Miteigenthümern begründen³. Für den Fall, wo ein Miteigenthümer eine Dienstbarkeit bestellt hat und hinterher das Eigenthum erwirbt, müssen die gleichen Grundsätze zur Anwendung kommen, wie für den entsprechenden Fall der Eigenthumsübertragung⁴.

3. Daß nur ein handlungsfähiger Eigenthümer eine Dienstbarkeit begründen kann, versteht sich von selbst. Ein gezeigliches Ver-

allerdings nicht nach den Anforderungen des Civilr., aber doch so, daß der Schutz des Prätors einzutreten habe. In die Justinianische Compilation sind die Resultate beider Entwicklungen aufgenommen worden, und es fragt sich nun, was heutzutage praktisch anzuwendendes R. sei. In dieser Beziehung ist Folgendes zu bemerken. a) In der Compilation heißt es jedenfalls auch, daß die Dienstbarkeiten durch pactiones et stipulationes begründet werden können; wenn andere Stellen von der Tradition reden, so thun sie dieß nicht, um dieselbe für unbedingt nothwendig zu erklären. b) Die Stipulation ist nicht das die Dienstbarkeit eigentlich Begründende; sie kann ihrem Wesen nach nur eine Obligation erzeugen, und ist daher lediglich ein Zusatz zu dem auf die Begründung des dinglichen R. gerichteten Vertrag. Da wir nun „diese stipulatio [poenae] weder der Form noch der Sache nach in unsere Praxis aufgenommen haben, so tritt bei uns einfach derjenige Vertrag an die Stelle, bei welchem der Wille auf sofortige Bestellung des R. gerichtet ist“ (Schmidt a. a. O. S. 285). — Andere (so auch Savignu I § 41*, Puchta § 187. 192, Arndts § 191 Anm.) beziehen die Stellen, welche von der Tradition reden, im Sinne des Justinianischen R. auf den Fall der Bestellung durch den Miteigenthümer, indem sie annehmen, durch dieselben solle für diesen Fall Tradition als Voraussetzung der Publiciana confessoria actio bezeichnet werden. Aber dem steht entgegen, daß der Schutz des redlichen Erwerbes eben auch nur redlichen Erwerb voraussetzt, also nichts, als was auch das R. zu begründen im Stande ist (vgl. § 199⁹). — Particularrechtlich ist für die Begründung der Dienstbarkeit Eintragung in das Grundbuch erforderlich, obgleich das Grundbuchsystem (§ 171²) keineswegs überall auf die Dienstbarkeit erstreckt ist. Vgl. Befeler § 977⁹. § 193¹, Stobbe II § 97, 5. [3. Aufl. (Vehmann) II § 132, 5].

² L. 1 pr. D. 7, 4, l. 1 § 9 D. 43, 18. Gegen die Beschränkung der Dauer Dernburg § 251⁹.

³ C. § 205⁷ und in der ganzen zweiten Hälfte, § 209⁹. Die Willenserklärungen der mehreren Miteigenthümer brauchen nicht gleichzeitig zu sein; nur darf in der Zwischenzeit keine Veränderung in den Personen (durch Veräußerung oder Erbgang) eingetreten sein. L. 18 D. 8, 4 (über den Text vgl. die unten genannten Schriftsteller und die Mommsen'sche Ausgabe, l. 6 § 2 eod., l. 11 D. 8, 3, vgl. l. 3 D. 33, 3. Huschke ZS. f. CR. u. Pr. R. N. F. IV S. 305—313, Hegelsberger civilr. Erörterungen I S. 36 fg., Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 466 fg., Köppen das. XI S. 236 fg., Steinlechner in der § 209¹⁰ citirten Schrift II S. 206 fg.

⁴ C. § 172, l. 1. Vgl. Cf. XXIV. 190.

äußerungsverbot steht auch der Begründung einer Dienstbarkeit entgegen⁵.

4. Der Eigenthümer kann nicht genöthigt werden, eine Dienstbarkeit zu bestellen. Dieß erleidet eine Ausnahme für den Fall, wo einem Grundstück der Zugang zu der öffentlichen Straße versperrt ist; der Eigenthümer kann hier von dem Eigenthümer der dazwischen liegenden Grundstücke Bestellung einer Wegegerechtigkeit verlangen⁶.

5. Erwerben kann eine Grunddienstbarkeit nur, wer zur Vertretung des Grundstücks, an welches die Dienstbarkeit angeknüpft werden soll, befugt ist. Dieß ist außer dem Eigenthümer der Emphyteuta und der Superficiar⁷. Steht das Grundstück im Miteigenthum, so ist die Willenserklärung aller Miteigenthümer erforderlich⁸.

6. Die Bestellung einer Dienstbarkeit kann auch unter einer Bedingung, Befristung oder Voraussetzung erfolgen⁹.

⁵ L. 7 C. 4, 51.

⁶ In den Quellen ist dieß nur für das iter ad sepulchrum anerkannt, l. 12 pr. D. 11, 7; die Ausdehnung beruht auf einer unbezweifelbaren Praxis. S. Glüd IX §. 101 und Cf. I. 177. 321 (vgl. IV. 204), VI. 156, XIII. 210. 211, XIV. 114, XVI. 12, XXVII. 8, XXXIII. 3. [[Das Gegentheil sucht nachzuweisen Brugi Arch. giur. XXXIX p. 433. [Dagegen] Schneider fr. PZS. XXXII §. 298.]] [Nicht zum Zwecke einer Aenderung der bisherigen Benützungart des Grundstücks: Cf. L. 79 (HG.)]

⁷ Ausgeschlossen ist der Nichteigenthümer, l. 6 pr. 1 8 D. 8, 4, l. 6 § 5 D. 19, 1. Ausgeschlossen ist ferner der Nießbraucher, l. 15 § 7 D. 7, 1. Die Zulassung des Emphyteuta und des Superficiars ist in den Quellen nicht ausdrücklich anerkannt; aber man wird sich ihr nicht entziehen können (dafür auch Cf. VII. 155). Können diese Personen das Grundstück mit Dienstbarkeiten beschweren, so können sie es auch mit Dienstbarkeiten bereichern; die Beschränkung aber auf die Dauer ihres N., welche in jenem Falle gilt, muß hier wegfallen, eben weil sie das Grundstück nicht beschweren, dem Eigenthümer nichts nehmen, sondern ihm etwas zuführen. Schwierig ist die Beantwortung der Frage, ob auch der redliche Besizer eine Dienstbarkeit für das Grundstück erwerben kann. Man wird sagen müssen: da derselbe dritten schlechter Berechtigten gegenüber als Eigenthümer gelte, so müsse er ihnen gegenüber auch die ihm für das Grundstück bestellten Dienstbarkeiten geltend machen können; aber für die Behauptung, daß dieselben dem Grundstück wirklich erworben seien, also auch dem Eigenthümer zu Gute kommen, sehe ich keinen Anhalt. Vgl. Ebers §. 693—696.

⁸ Es gelten hier dieselben Grundsätze, wie für den Fall, wo ein im Miteigenthum stehendes Grundstück mit einer Dienstbarkeit beschwert werden soll, l. 5. 18 D. 8, 4, l. 32 D. 8, 3. Steinlechner a. a. D. (*). Cf. XXV. 121.

⁹ L. 4 pr. D. 8, 1 lautet: „Servitutes ipso quidem iure neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub condicione, neque ad certam condicionem (verbi gratia ‚quamdiu volam‘) constitui possunt. Sed tamen, si haec adiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurratur contra placita servitutem vindicanti“. Dieser Ausspruch bezieht sich nur auf die Grund-

7. Ein besonderer Fall der Bestellung der Dienstbarkeit ist der, wo die Dienstbarkeit bei der Eigenthumsübertragung vorbehalten wird¹⁰. Das Rechtsverhältniß ist hier nicht, wie das Wort andeutet, so zu denken, daß der Eigenthümer das Eigenthum mit Ausnahme der Dienstbarkeit weggäbe, also in der Dienstbarkeit einen Theil Dessen behielte, was er auch bisher gehabt hat; denn er hat die Dienstbarkeit, welche etwas qualitativ Anderes ist, als das Eigenthum, bisher nicht gehabt¹¹. Sondern die Dienstbarkeit wird bei der Eigenthumsübertragung neu begründet, und zwar ist der sie Begründende nicht der Uebergeber, sondern der Empfänger des Eigenthums¹². Ein

dienstbarkeiten; denn s. Vat. fr. § 48—50. 52, l. 4 D. 7, 1, l. 5. 12 C. 3, 33, und vgl. l. 16 § 2 D. 10, 2. Auch für Grunddienstbarkeiten gilt er nicht, was die letztwillige Bestellung derselben angeht, l. 3 D. 33, 4. Der Grund desselben ist zu suchen theils in der Besonderheit der ursprünglichen Form der Bestellung der Erbituten (vgl. § 95²), theils in der Abneigung des älteren R. gegen die auflösende Bedingung und Befristung überhaupt (§ 90⁴, § 96⁹). Der erste Grund ist mit der *mancipatio* und in *iure cessio* weggefallen, und die bezeichnete Abneigung darf als durch die Gesamtentwicklung des r. R. überholt angesehen werden. So erscheint es nicht zu gewagt, den ganzen Satz für das heutige R. aufzugeben. Vgl. Schrader civil. Abhandlungen S. 324—332, Elbers § 19, Sintenis I § 64¹⁶, Keller S. 317, Sangerow I § 340 Anm. 1 a. E., Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 536, Enneccerus über Begriff und Wirkung der Suspensivbedingung (Göttingen 1871) S. 68 fg., derselbe *Rechtsgeschäft* zc. S. 484 fg., Czjharz zur Lehre von der Resolutivbedingung (Prag 1871) S. 14 fg. 72 fg. 84 fg. [Sf. XLVIII. 7.]

¹⁰ Die Quellen sprechen in diesem Fall von einem *deducere*, *detrahere*, *excipere*, *recipere* der Dienstbarkeit. S. l. 32. 36 § 1. l. 54 D. 7, 1, l. 34 D. 8, 2, l. 30 D. 8, 3, l. 3. 5. 6 pr. § 3. l. 7 pr. l. 8. 10 D. 8, 4, l. 22 § 1 D. 12, 6, l. 7 D. 19, 1, l. 126 § 1 D. 45, 1. Von diesem Fall handeln die Inauguraldissertationen von Ferd. Muther; in fr. VI. *communio praediorum commentatio* (1858), und von Jos. Freisen: *Vorbehalt von dinglichen Rechten bei Eigenthumsübertragung nach r. R.* (1881). Außerdem ist zu vergleichen: Dirksen *vermischte Schriften* I S. 110 fg., Gesterding *Ausbeute* VI S. 38 fg., *Bruno quid conferant Vaticana fragmenta ad melius cognoscendum ius Romanum* p. 91 sqq.

¹¹ S. § 200². Dernburg *Pfandr.* I S. 272 fg. *Pfand.* I § 252, 3 S. 618 fg., Freisen a. a. O., f. auch Kohler *Pfandrechtliche Forschungen* S. 261. A. M. Büchel *civilt. Erörterungen* I, 2 S. 73 fg. (2. Aufl. S. 187 fg.), Arndts § 371². Vgl. auch Jhering *Geist d. r. R.* III § 53 zu 176 fg., *Jahrb. f. Dogm.* X S. 551—553, Degentolb *Platzr. und Miethe* S. 159—161, Czjharz *Resolutivbedingung* S. 72, Pernice *Pabeo* I S. 477 fg. *Parerga* II S. 98¹. [[*Pabeo* III S. 105.]]

¹² In den Quellen heißt es zwar, daß der übergebende Eigenthümer die Dienstbarkeit „*imponit iniungit*“, daß er das Grundstück „*servum facit*“. Aber einerseits lassen sich diese Ausdrücke auch so verstehen, daß sein Wille bestimmend sei für den Willen des Empfängers, welcher, indem er die Sache unter der von

Vorbehalt dieser Art kann auch stillschweigend gemacht werden¹³. 14.

[1. Nach §§. werden alle Dienstbarkeiten an Grundstücken durch Einigung und Eintragung in das Grundbuch gemäß § 873 begründet (vgl. Streckler die allgemeinen Vorschriften des BGB. über Rechte an Grundstücken, Berlin 1898 S. 22 fg. S. 48 fg.), der Nießbrauch an einer beweglichen Sache durch Einigung und Uebergabe gemäß § 1032. Danach genügt auch *traditio brevi manu* und *const. poss.* (s. ob. S. 791 fg. unter 3. 4). Bei der Bestellung des Nießbrauchs an einem Grundstück erlangt der Nießbraucher den Nießbrauch am Zubehör ohne Tradition nach den gleichen Grundsätzen, welche bei der Auflassung des Eigentums gelten (1031. 926; s. ob. S. 792 unter 6).

2. Zur Feststellung von Dienstbarkeiten legitimirt (s. ob. 2) ist zunächst der Eigentümer der Sache; der Emphyteut kommt für das BGB. nicht in Betracht; der Erbbauberechtigte kann sein Recht wie ein Grundstück (1017) mit Dienstbarkeiten belasten. Miteigentümer müssen gemeinschaftlich verfügen (747), wenn eine untheilbare Dienstbarkeit begründet werden soll; eine theilbare, also insbesondere den Nießbrauch, aber auch ein beschränktes Fruchtziehungsrecht (als beschränkte persönliche Dienstbarkeit) kann jeder an seinem Theil bestellen (747); für Miterben gilt jedoch der letztere Satz nicht (2040 Abs. 1). Der Erwerb der Dienstbarkeit im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs genießt den Schutz des § 892;

dem Uebergebenden hinzugefügten Maßgabe hinnimmt, seinen Willen dahin erklärt, daß die Dienstbarkeit entstehen solle. Und andererseits ist die Annahme, daß der Empfänger es sei, welcher die Dienstbarkeit bestellt, erstens begriffsmäßig nothwendig; denn der Eigentümer kann die Sache nicht mit einer Dienstbarkeit zu seinen eigenen Gunsten belasten. Man könnte sagen, man belaste sie in dem Momente, wo er Eigentümer zu sein aufhöre; aber in diesem Momente ist er auch unfähig, die Sache zu belasten. Er kann nicht für den Einen Act der Dienstbarkeitsbestellung als Eigentümer und Nichteigentümer gelten. Zweitens ist jene Annahme geboten durch den Inhalt unserer Quellen. Nach l. 1 § 4. l. 2 D. 27, 9 entsteht kein Pfandr., wenn einem Minderjährigen etwas zu Eigenthum mit Vorbehalt eines Pfandr. übertragen wird. Also ist der Minderjährige der Verleiher; er bekommt nicht die Sache als beschwerte, sondern er beschwert sie, indem er sie bekommt (in demselben Moment, vgl. l. 58 D. 29, 2, Fitting das *castronse peculium* S. 112 fg.). Der Schluß von dem Pfandr. auf die Dienstbarkeit aber ist ein unabweislicher. An diesem Fall tritt zugleich das praktische Interesse der Frage hervor (vgl. auch § 246¹¹ a. G.) Vgl. übrigens auch l. 8 D. 8, 4, und Sf. IV. 207 [S. auch Sohn Institutionen § 56¹.]

¹³ Hierher gehört namentlich der Fall, wo eines von zwei Grundstücken veräußert wird, von denen das eine dem andern durch eine äußere Veranstaltung factisch dient. Vgl. l. 36. 37 D. 8, 2. Näher ist dieser Punkt entwickelt in dem französischen Gesetzbuch Art. 692—694. Sf. XI. 18. 121, XIII. 212, XX. 209, XXI. 105, XXXI. 119, XXXII. 115, XXXV. 278, XXXVI. 15, XXXVII. 10. G. Weigert Beitrag zur Lehre von der stillschweigenden Servitutbestellung. Inaug.-Diff., Kassel 1887.

¹⁴ Vorbehalt zu Gunsten eines Dritten? L. 5. l. 6 pr. l. 8 D. 8, 4, l. 36. 37 D. 8, 2 — Form? Im r. Re war dieselbe gewahrt, wenn die Eigenthumsübertragung durch *mancipatio* oder in *iure cessio*, nicht, wenn dieselbe durch *traditio* erfolgte. Gai. II. 33. Vat. fr. 47. 50.

bei der Uebergabe beweglicher Sachen zu Nießbrauch finden die Grundsätze über die Tradition zu Eigenthum durch einen Nichtberechtigten entsprechende Anwendung (1082. 932—935; f. ob. §. 792 fg. unter 8); an Stelle des Erlöschens von Rechten Dritter gemäß § 936 tritt aber nur die Wirkung ein, daß der Nießbrauch dem Rechte des Dritten vorgeht (1082 a. E.; vgl. ob. §. 793 fg. unter 9). Wenn bei der Bestellung des Nießbrauchs an einem Grundstück Zubehörstücke dem Nießbrauchsbesteller nicht gehören oder mit Rechten Dritter belastet sind, so bedarf es zum Erwerb des Nießbrauchs an ihnen und zur Zurückdrängung der bestehenden Rechte hinter den Nießbrauch des Besigtererwerbs und darf zu dieser Zeit der Erwerber nicht im bösen Glauben sein (1081. 926 Absf. 2). — Zu dem ob. 2 a. E. Bemerkten f. BGB. 185 und ob. §. 792 unter 7).

3. Zu 3 des Textes ist zu bemerken, daß im Sinne des BGB. ein „Veräußerungsverbot“ ein Verbot jeder Verfügung über den Gegenstand, also auch seiner Belastung sein kann (185. 136), aber nicht sein muß; denn ob die „Verfügung“ gegen das Veräußerungsverbot verstößt (135), ist durch Auslegung des Veräußerungsverbotss zu bestimmen. Das BGB. selbst spricht von Verfügungen, wenn es die Belastungen mitreffen will. §. ob. §. 273 fg. und vgl. § 172 a a. E.

4. Ueber den Nothweg im BGB. vgl. ob. §. 769.

5. Die Legitimation zum Erwerb einer Grunddienstbarkeit für das herrschende Grundstück kann, weil die Dienstbarkeit nicht für Bruchtheile des Grundstücks, sondern nur für das ganze Grundstück erworben werden kann, nur den Miteigenthümern zusammen beigezessen werden. Der Erbbauberechtigte kann zu Gunsten seines Rechts wie für ein Grundstück (1017) eine Dienstbarkeit erwerben. Die oben 7 g. E. aufgeworfene Frage erledigt sich nach BGB. dadurch, daß, wenn für den eingetragenen Eigenthümer eines Grundstücks, der also vermuthungsweise der wahre Eigenthümer ist (891), eine Grunddienstbarkeit eingetragen wird, auch diese ihm vermuthungsweise zusteht, und daß, wenn ein Dritter im Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs das Grundstück erwirbt, er wie das Eigenthum so auch die Grunddienstbarkeit wirklich erwirbt (852).

6. Bedingung und Befristung sind auch im BGB. zulässig; über die Voraussetzung f. ob. §. 445 fg.

7. Ueber Vorbehalt von Dienstbarkeiten bei der Eigenthumsübertragung ergibt sich Folgendes. Die Uebertragung des Eigenthums an einer beweglichen Sache mit Vorbehalt des Nießbrauchs geschieht durch eine Tradition gemäß § 930 (constit. possess.) Bei der Eigenthumsübertragung an einem Grundstück durch Auflassung kann der Vorbehalt einer Dienstbarkeit in den Auflassungsact nicht aufgenommen und die Wirkung der Auflassung von der Bestellung der Dienstbarkeit nicht abhängig gemacht werden (925); es ist vielmehr nur möglich, daß das obligatorische Geschäft, in dessen Erfüllung die Auflassung erfolgt, dem Empfänger die Verpflichtung zur Bestellung der Dienstbarkeit auferlegt. Zu deren Vornahme wird er erst legitimirt, wenn er durch Auflassung und Eintragung Eigenthümer des Grundstücks (der Berechtigte im Sinne des § 873) geworden ist (f. auch GrbbC. 40). Will der Veräußerer sich sichern, so muß er sich eine Eintragungsbewilligung über die Dienstbarkeit im Voraus geben lassen, ehe er die Auflassung vollzieht. Eine solche Bewilligung leidet zwar an dem Mangel derzeit noch fehlender Legitimation des Bewilligenden, aber diesem Mangel hilft die nachfolgende

Auffassung gemäß § 185 ebenso ab (vgl. Strecker S. 27 fg.) wie sie das Hinderniß beseitigt, daß die Bewilligung zur Zeit ihrer Ertheilung zu Gunsten des Eigenthümers lautete.

8. Eine Ausnahme sowohl von dem Erforderniß der Einigung wie von dem der Uebergabe seitens des Eigenthümers und dem der Eintragung findet statt im Falle des Erwerbs des Nießbrauchs gemäß § 1075 Abf. 1; f. ob. S. 933 unter c, Strecker S. 49.]

B. Durch Erfizung*.

§ 213.

Dienstbarkeiten können auch, wie das Eigenthum, durch fortgesetzten Besiz begründet werden¹. Hierüber ist Folgendes zu bemerken.

* v. Sedendorf ACPr. IV S. 83 fg. (1821). Zimmern in Neustetel und Zimmern römischrl. Untersuch. Nr. 5 (1821). Haffe Rhein. Mus. II S. 394 fg. (1828). Bessel ACPr. XIII S. 380 fg. (1830). E. Hoffmann in Fuhr und Hoffmann civilist. Versuche Nr. 1 (1835). Busch ACPr. XXXI S. 241 fg. 407 fg. (1848). Th. Ruther die Erfizung der Servituten mit besonderer Berücksichtigung der Wegservituten (1852). Hedemann Erwerb und Schutz der Servituten nach r. R. S. 1 fg. (1864). Unterholzner Verjährungslehre II § 187—216. Ewers § 68. Glück IX S. 105 fg.; Sintenis I S. 586—593, Bangerow I § 351, Dernburg I § 252. Ascoli la usucapione delle servitù nel diritto romano, Arch. giuridico XXXVIII p. 52 s. 198 s. (1887). Darüber Schneider fr. BZS. XXXII S. 246 fg. [Böhm Erfizung ländlicher Dienstbarkeiten. Greifsw. Diff. 1893, Bergenthal Entstehung und Schutz der Wegservituten. Erl. Diff. 1897 S. 15 fg., Kohler ACPr. LXXXVII S. 241 fg. — Keine Entstehung von Servituten durch Gewohnheitsr. RG. XXXIII S. 198 fg.; vgl. ab. auch Cf. L. 80, LII. 142 u. unt. § 215².]

¹ Im älteren r. R. gab es eine *usucapio servitutium*; diese wurde durch § 213. eine *lex Scribonia* (unbekannt wann? vgl. Rudorff r. RGesch. I S. 72) aufgehoben, l. 4 § 28 [29] D. 41, 3, vgl. l. 14 pr. D. 8, 1, l. 43 § 1 D. 41, 1, l. 9 D. 41, 3. (Ueber die Frage, ob diese *usucapio* sich auf alle Dienstbarkeiten bezogen habe, oder nur auf die Gebäudedienstbarkeiten, s. Unterholzner § 196, Bangerow a. a. O. S. 761—762 und die von diesen Schriftstellern Citirten, ferner Schmidt [v. Zimenau] Jahrb. d. gem. R. III S. 247¹, Boigt über den Bestand und die historische Entwicklung der Servituten und der Servitutenlage [1874] S. 22 fg., f. auch Karlowa r. RGesch. II S. 545 fg.). Die im späteren R. anerkannte Erfizung der Dienstbarkeiten beruht auf der magistratischen Jurisdiction, welche dem „*diuturnus usus*“, der „*longa quasi possessio*“, der „*longa consuetudo*“, der „*longi temporis consuetudo*“ ihren Schutz gewährte. Von dieser späteren Erfizung handeln l. 10 pr. D. 8, 5, l. 1 § ult. D. 39, 3, l. 5 § 3 D. 43, 19, l. 28 D. 8, 2, l. 25 D. 8, 6, l. 1. 2 C. 3, 34, l. 12 i. f. C. 7, 33. Der Ausdruck *praescriptio* wird auf diese Erfizung nicht angewendet. — Die l. 10 § 1 D. 41, 3 („*Hoc iure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint*“) ist durch Versehen in die Pandekten aufgenommen worden; die Compilatoren glaubten hier, wie sonst, Alles gethan zu haben, wenn sie *usucapi* in *longo tempore* capi änderten. Vgl. Unterholzner S. 144. Bangerow a. a. O. Nr. 1 g. E. —

1. Der Beſitz der Dienſtbarkeiten beſteht in ihrer Ausübung, d. h. darin, daß derjenige Willensinhalt zur thatſächlichen Geltung gebracht wird, welcher in ſeiner rechtlichen Anerkennung das Dienſtbarkeitsrecht ausmacht. Das Nähere hierüber iſt in § 163 vorge-
tragen worden².

2. Der Beſitz muß die Erſigungszeit hindurch ununterbrochen fortgedauert haben; über den Verluſt des Beſitzes der Dienſtbarkeiten iſt ebenfalls an dem angeführten Orte gehandelt worden³. Der Beſitz muß ferner ungeſtört fortgedauert haben; durch Erhebung des Proceſſes wird die Dienſtbarkeitserſigung in derſelben Weiſe wie die Eigenthumserſigung unterbrochen⁴.

Hedemann a. a. O. (ſ. auch S. 167—170) leugnet mit Berufung auf dieſe Stelle die Erſigung der Servituten ganz, und behauptet, die langjährige fehlerloſe Ausübung gebe dem Dienſtbarkeitsprätendenten nur Freiheit vom Beweiſe des Erwerbes, während dem Gegner der Beweis des Nichtbeſtehens der Dienſtbarkeit, der Freiheit ſeines Eigenthums, nicht verſchloſſen ſei — in Widerſpruch mit den Quellenausſprüchen (ſ. oben), welche er ſich vergeblich zu beſeitigen bemüht, und ohne ſich darüber zu erklären, wie er ſich den Beweis des Nichtbeſtehens der Servitut eigentlich denkt. S. darüber auch Ferd. Muther tr. RZS. IX. S. 370 fg.

² Vgl. namentlich auch die Noten 3—10 daſ. [Rohler (*) S. 241—247, S. f. XLVI. 171, XLIX. 10; XLVII. 188.]

³ S. Note ¹¹—¹⁴ daſ. Beſonders zu beachten iſt das in und zu ¹¹ Geſagte, wonach der Beſitz der Dienſtbarkeiten auch dadurch verloren werden kann, daß die Wiederverwirklichung des zum Erwerbe des Beſitzes erforderlichen körperlichen Verhältniſſes eine längere Zeit hindurch unterbleibt; das Nähere iſt dem Ermeſſen des Richters anheimzugeben. S. f. I. 408 Nr. 6, IX. 129, XIII. 83, XV. 206, XVI. 177 Nr. 2, XXI. 107. Andere ſind ſtrenger in Betreff der auf einzelne ſich wiederholende Handlungen gerichteten Dienſtbarkeiten (ſ. g. servitutes discontinuae). Es wird für ſie verlangt wenigſtens einmalige Ausübung in jedem Jahre (Haſſe S. 408, Abbelohde Zuterbichte I S. 515 fg., S. f. I. 408 a. E., II. 141, XVI. 177 Nr. 1, XXI. 217 [dagegen S. f. L. 80]), bei Wegegerechtigkeiten in Gemäßheit des für den Beſitzschutz Vorgeſchriebenen ſogar dreißigmalige Ausübung in jedem Jahre (Muther § 90. 86, vgl. Haſſe S. 408, Hoffmann S. 17). Noch Andere wollen bei Dienſtbarkeiten der genannten Art die Erſigung ganz ausſchließen und nur unvorbenfliche Verjährung zulaffen; ſo die bei Glüd IX S. 148 citirten Aelteren, ferner Flach Entſcheidungen des OAG. zu Wiesbaden II S. 1—3 unter Berufung auf die Praxis des OAG. zu Wiesbaden, die von Pfeiffer prakt. Ausführungen II S. 116 fg. und VII S. 255 fg. bezeugte Praxis des OAG. zu Caſſel (vgl. jedoch auch S. f. XI. 124) und die Praxis im Bezirk des früheren LA. zu Greiſſwald nach S. f. XXXIV. 20. [Rohler (*) S. 289.] Darüber Savigny IV S. 498—503, Muther § 3—7, Bangerow a. a. O. Nr. 1 a. E., S. f. I. 178, XXV. 202, XXVIII. 15, XXXI. 120, RG. III S. 210. Vgl. überhaupt Buſch S. 256—268.

⁴ Dafür ſpricht: 1) die Analogie der techniſch ſogenannten longi temporis praescriptio; 2) die l. 2 C. 7, 40, welche ihrem wahren Gedanken nach auch auf dieſen Fall bezogen werden muß (vgl. § 180⁷). Entſcheidend aber iſt 3) der

3. Der Besitz muß kein fehlerhafter gewesen, d. h. die Ausübung muß offen, ohne Widerspruch des Eigenthümers, und nicht in Folge bloßer Vergünstigung desselben geschehen sein⁵. Nach heutigem Recht ist außerdem guter Glaube des Erfügenden erforderlich⁶, nicht aber eine besondere Rechtfertigung dieses guten Glaubens, so daß die Unredlichkeit des Bewußtseins des Erfügenden von der Gegenseite nachgewiesen werden muß⁷.

4. Die Erfügungszeit beträgt 10 oder 20 Jahre, je nachdem die Parteien, zwischen welchen die Erfügung abläuft, ihren Wohnsitz in

Gesichtspunkt, daß durch die Erhebung des Processus der Besitz ein fehlerhafter wird; was fortan geschieht, ist *vi factum* (s. die folgende Note).

⁵ L. 10 pr. D. 8, 5: — „*utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se non vi non clam non precario possedisse*“. L. 1 § ult. D. 39, 3: — „*ut . . . qui diu usus est servitute neque vi neque precario neque clam, habuisse longa consuetudine velut iure impositam servitutum videatur*“. Daß hier unter *vis* nicht körperliche Vergewaltigung zu verstehen sei, zeigt schon die Zusammenstellung mit dem *clam*; es kommen hier die Grundsätze des *interd. de itinere actuque privato* (§ 164⁵) und des *interd. quod vi aut clam* (II § 465^{3, 4}) zur Anwendung. Vgl. Unterholzner § 211; a. M. Eivers §. 746^o. Cf. IV. 15, VI. 154, X. 235, XV. 207, XVII. 13, XXIII. 17, XXIV. 107, XXVI. 223, XXXI. 315, XXXV. 102, XXXVIII. 217. RG. I §. 104. XII §. 175. Zum Begriff des *clam*: Cf. IX. 130, XII. 251, XXI. 106, XXII. 20, RG. XXV §. 147; zum Begriff des *precario*: Cf. XXV. 221. Was den Beweis angeht, so braucht der Erfügende nicht die Abwesenheit der genannten Besitzesfehler darzuthun; es genügt, daß die nachgewiesenen Besitzeshandlungen sich nicht als fehlerhafte darstellen. Unterholzner §. 184, Haffe §. 410 fg. (welcher aber für die Oeffentlichkeit Beweis allerdings verlangt), Busch §. 254—256, Bangerow a. a. D. Nr. 3 a. G. Cf. I. 408 Nr. 5, XIV. 14 a. G., XV. 108, XVIII. 122, XXVIII. 16, XXXI. 208, RG. I §. 108; s. aber auch Cf. XV. 186.

⁶ Auf Grund der Vorschrift des c. R. in c. 20 X. 2, 26. Doch wird dieß nicht von Allen anerkannt, so nicht von Puchta § 188^m, Brinz 1. Aufl. §. 275 unts. (2. Aufl. I §. 793), während umgekehrt Andere der Ansicht sind, daß bereits das r. R. *bona fides* erfordert habe. Vgl. im Allgemeinen Unterholzner §. 173—175, Haffe §. 417 fg., Busch §. 412—421, Ruther § 13 fg., Eivers §. 740—748, Schwarze und Heyne Untersuchungen praktisch wichtiger Materien (1844) Nr. 3. Cf. I. 408 Nr. 4, VIII. 348, IX. 132, X. 235, XVI. 176 Nr. 2, XXIII. 18. [XLVII. 237, XVIII. 7.]

⁷ Es ist kein Titel erforderlich. Daß ein Titel vom r. R. nicht erfordert wird, versteht sich von selbst, da dasselbe keine *bona fides* verlangt (in l. 2 C. 3, 34 wollen die Worte „*eo sciente*“ nur auf die Abwesenheit der Heimlichkeit hinweisen, nicht aber, wie man gemeint hat, auf eine stillschweigende Einräumung oder Gestattung des Eigenthümers); aber auch das c. R. hat ihn nicht vorgeschrieben. Das Gegentheil wird namentlich von Bessel a. a. D. und Ruther § 13 fg. vertheidigt. Vgl. Unterholzner §. 172, Haffe §. 400 fg., Hoffmann a. a. D., Busch §. 407 fg. 422 fg., Bangerow a. a. D. Nr. 3,

demfelben Oberlandesgerichts-Bezirk haben oder nicht⁶.

5. Die Ausnahmen von der ordentlichen Eigenthumserftigung (§ 182) miffen hier gleichfalls zur Anwendung kommen; dafür ift aber hier in gleicher Weife wie beim Eigenthum eine außerordentliche Erftigung anzuerkennen⁹.

6. Durch Erftigung können alle Dienftbarkeiten erworben werden; Ausnahmen, welche man für einzelne hat machen wollen, find ohne Grund¹⁰.

[Das **RG.** kennt Erftigung des Nießbrauchs nach Analogie der Eigenthumserftigung (1033; f. ob. S. 830 fg.) und Begründung von Dienftbarkeiten an Grundftüden im Wege der f. g. Tabularerftigung. Die Dienftbarkeit muß im Grundbuch eingetragen und 30 Jahre ausgeübt fein (900. 1029. 1036. 1090 Abf. 2. 1093; f. ob. S. 834 unter II, 1, vgl. Strecker (ob. S. 967 S. 49).]

Elvers S. 740—741, Cf. I 408 Nr. 3. IX. 132, XV. 109, XXXIV. 19, XXXV. 190.

⁸ Paulus sentent. V. 5a § 8 fagt zur Erklärung des Ausdrucks *longum silentium* („Res olim iudicata post longum silentium in iudicium deduci non potest“): — „longum autem tempus longae praescriptionis decennii inter praesentes et inter absentes vicennii computatur“. In l. 2 C. 3, 34 heißt es von der Servitutenerftigung: — „servitutum exemplo rerum immobilium tempore quassisti“. Die l. 12 C. 7, 33, welche die Begriffe der praesentia und der absentia für die Erftigung bestimmt, fchließt mit den Worten: „eodem observando et si res non soli sint, sed incorporales, quae in iure consistunt, veluti ususfructus et ceterae servitutes“. Eine besondere Erftigungszeit für bewegliche Sachen gibt es hier nicht. Die von Zimmern in der oben angeführten Abhandlung verfochtene Ansicht, daß die Erftigungszeit bei Dienftbarkeiten eine unbestimmte, in jedem einzelnen Fall von dem Richter zu bestimmende sei, hat fast gar keinen Anklang gefunden. Vgl. Unterholzner § 199—202, Haffe S. 400 Anm. 3, Ruther § 25—28, Elvers S. 738—740, Vangerow a. a. D. Nr. 1. Cf. I. 408 Nr. 1. — Die absentia wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Abwesende einen Vertreter hat: Cf. X. 137, XII. 250, XV. 107, f. auch IX. 9. — Nach Analogie des für die Eigenthumserftigung Geltenden ift die Erftigung für vollendet zu erklären mit dem Anbruch des letzten Tages, und bei Grunddienftbarkeiten Befitzeszusammenrechnung zuzulassen (§ 180⁵, § 181). Cf. I. 323.

⁹ In Betreff des ersten Punktes ift abweichender Meinung Buchta § 188² und Vorlesungen zu diesem § a. E., ebenso Brinz 2. Aufl. I § 197¹⁸, in Betreff des zweiten Vangerow a. a. D. Nr. 5 und die dafelbst Citirten. Dagegen Unterholzner § 204, Ruther § 11. 12, Elvers S. 749. Cf. V. 101. 144, VIII. 131, XIII. 131, XIV. 274, XVIII. 212, XXVI. 225, XXVIII. 17, XXXII. 8, XXXV. 6. RG. VI S. 202, XXV S. 190. [Cf. L. 158.]

¹⁰ Man hat ausnehmen wollen: 1) die nicht ständigen, darüber f. ⁸; 2) die persönlichen (Zimmern a. a. D. S. 111 fg.); 3) die negativen (Vessel S. 410 fg.). Für 2 und 3 spricht nichts, dawider l. 12 i. f. C. 7, 33. Vgl. Unterholzner § 207, Vangerow a. a. D. Nr. 4 auch Brinz 1. Aufl. S. 276. Cf. XXXV. 7.

C. In anderer Weise.

§ 214.

Außer durch Bestellung des Eigentümers und durch Ersetzung können Dienstbarkeiten noch durch richterliche Verfügung und unmittelbar durch das Gesetz begründet werden.

Der Richter kann durch seinen Spruch Dienstbarkeiten begründen im Theilungsproceß¹, und das richterliche Urtheil, welches die Verpflichtung zur Bestellung einer Dienstbarkeit auferlegt, ersetzt die Bestellungserklärung².

[Das § 863. kennt kein dinglich wirkendes Theilungsurtheil (s. ob. S. 802). Bei der Beurtheilung zur Bestellung eines Nießbrauchs an einer beweglichen Sache wird die Willenserklärung des Beurtheilten durch die Wegnahme der Sache seitens des Gerichtsvollziehers ersetzt. So auch Nov. 3. C.P.D. (Reichstagsvorl.) Art. I Nr. 220 § 779c. Bei Beurtheilung zur Bestellung einer Dienstbarkeit an Grundstücken ersetzt die Rechtskraft des Urtheils die Willenserklärung des Beurtheilten (C.P.D. 779). Ist das Urtheil nur vorläufig vollstreckbar, so gilt eine Vormerkung als bewilligt. (Nov. 3. C.P.D. [Reichstagsvorlage] a. a. O. § 779a; BGB. 883 fg.)]

Unmittelbar durch das Gesetz entsteht in gewissen Fällen der Nießbrauch; diese Fälle gehören dem Familienrechte an, und werden in der Darstellung desselben näher erörtert werden³.

[S. § 863. 1363 fg. 1649 fg. Hierher stellen läßt sich auch § 1075 Abs. 1. S. ob. S. 933 unter c und § 212 a. E. unter 8.]

V. Aufhebung der Dienstbarkeiten*.

§ 215.

1. Wie alle dinglichen Rechte werden die Dienstbarkeiten dadurch aufgehoben, daß die Sache, an welcher sie stattfinden, untergeht, oder dem Verkehr entzogen, oder von dem Fiscus oder dem Regenten oder seiner Gemahlin veräußert wird, Dienstbarkeiten an wilden Thieren dadurch, daß dieselben ihre natürliche Freiheit wiedererlangen¹. Die

¹ L. 6 § 1 D. 7, 1, l. 16 § 1. 2. l. 22 § 3 D. 10, 2, l. 18 D. 10, 3. § 214.

² C.P.D. § 779. Vgl. § 173⁵.

³ S. II § 510⁸, § 511, 1. 2, und vgl. II § 517.

* Dig. 7, 4 quibus modis ususfructus vel usus amittitur. 8, 6 quem admodum servitutes amittuntur. — v. Buchholz Versuche Nr. 17, Elvers § 70—75. Glüd IX S. 313 fg. X S. 260 fg. Sintenil I § 66, Dernburg I § 254.

¹ S. § 165³⁻⁶ und vgl. ⁷ das. Dagegen gehen die Dienstbarkeiten nicht § 215. dadurch unter, daß die dienende Sache aufhört, im Eigenthum zu stehen, wie Böcking § 159⁷ § 160¹⁸⁻¹⁹ behauptet. Der Grund dieser Behauptung, welche

persönlichen Dienstbarkeiten werden nicht nur durch den Untergang, sondern schon durch eine wesentliche Umgestaltung der ihnen unterworfenen Sache aufgehoben².

2. Grunddienstbarkeiten gehen unter mit dem Grundstück, an welches sie angetnüpft sind³, persönliche Dienstbarkeiten gehen unter durch den Tod des Berechtigten⁴. Stehen die persönlichen Dienstbarkeiten einer juristischen Person zu, so hören sie nicht bloß durch deren Aufhebung auf⁵, sondern auch durch den Ablauf von hundert Jahren⁶. Wird jedoch bei der persönlichen Dienstbarkeit Uebergang

mit Ulp. I. 19, l. 1 C. 7, 15 in Widerspruch steht, ist die § 200² a. E. bezeichnete Auffassung. Vgl. Elvers S. 29. 30. [Gegen die bezeichnete Behauptung auch Fadda per il XXXV. anno d'insegnamento di Filippo Serafini. Studi giuridici. Firenze 1892 p. 65 s., dazu Schneider fr. ZS. XXXVI S. 53.]

² „Nicht etwa nach einer besonderen Natur der Personalservitut, sondern nach der Absicht ihrer Constituirung“, Brinz 1. Aufl. S. 278. [Vgl. 2. Aufl. I S. 773 fg.] So hört der Nießbrauch an einem Hause mit dessen Zerstörung auf, und dauert nicht etwa an dem leeren Platze fort; der Nießbrauch an einem Gewässer dauert nicht nach dessen Austrocknung an dem Grund und Boden fort z. L. 5 § 2. l. 10 § 5. l. 12. l. 23. 30. 31 D. 7, 4, l. 36 pr. D. 7, 1, l. 20 § 2 D. 8, 2. S. aber auch Dernburg § 254².

³ Vgl. l. 20 § 2 D. 8, 2, l. 3 D. 8, 6. Untergang des Gebäudes bei der Gebäudedienstbarkeit? Vgl. einerseits Fhering Geist des r. R. II § 33²⁵⁸ (257), andererseits Schirmer ZS. f. RGsch. XII S. 162 fg. [[E. XLVI. 172, RG. XXVII S. 166.]] — Gehen die Grunddienstbarkeiten auch dadurch unter, daß das herrschende Grundstück von seinem Eigenthümer derelinquirt wird? Ich glaube nicht, sie bestehen einstweilen als subjectlose fort. Der Wille des Derelinquirenden war auf Aufgeben seines Eigenthums gerichtet, aber nicht auf Aufgeben der Dienstbarkeit. Fhering Jahrb. f. Dogm. X S. 444—446: es dauert fort die passive Seite des R. (§ 65⁹). [Für den Fortbestand der Dienstbarkeiten auch Fadda (1).] A. M. Elvers S. 98, welcher sofortigen Untergang der Dienstbarkeit annimmt, ebenso Czylarz Forts. von Glüd Buch 41 I S. 126 fg., und Böcking § 161¹², nach welchem die Dienstbarkeit jetzt durch Aneignung der Freiheit von Seiten des Eigenthümers des dienenden Grundstücks untergehen kann, ebenso Bekker Jahrb. für Dogm. XII S. 44—45. — Dereliction durch den Miteigenthümer: Steinlechner die juris communio II S. 230 fg. [[Veränderung des herrschenden Grundstücks: RG. XXVII S. 164 fg.]] [Vgl. ob. § 209¹⁰; Aufhebung der Vicinität: das. 9.]

⁴ S. § 202⁴. In gleicher Weise wie der Tod wirkte nach r. R. die capitis diminutio, nach Justinianischem jedoch mit Ausnahme der minima, § 3 I. 2, 4, l. 16 § 2 C. 3, 33. Vgl. § 55⁹.

⁵ L. 21 D. 7, 4.

⁶ L. 56 D. 7, 1. „An usufructus nomine actio municipibus dari debeat, quaesitum est. Periculum enim esse videbatur, ne perpetuus fieret, quia neque morte, nec facile capitis diminutione periturus est: qua ratione proprietatis inutilis esset futura, semper abscedente usufructu. Sed tamen placuit, dandam esse actionem. Unde sequens dubitatio est, quous-

auf die Erben des Berechtigten ausdrücklich festgesetzt, so ist dieß nicht ungültig⁷, und daher kann auch eine juristische Person eine persönliche Dienstbarkeit auf einen längeren Zeitraum als den bezeichneten erlangen⁸.

que tuendi essent in eo usufructu municipales? Et placuit, centum annos tuendos esse municipales; quia is finis vitae longaevi hominis est“. L. 8 D. 33, 2, 1. 12 D. 8, 1. Der ruhenden Erbschaft sind die persönlichen Dienstbarkeiten gar nicht zugänglich gemacht worden, l. 61 § 1 D. 41, 1. l. 26 D. 45, 3, 1. 1 § 2 D. 7, 3, 1. 16 § 2 D. 36, 2.

⁷ L. 38 § 12 D. 45, 1. „Sed si quis uti frui licere sibi heredique suo stipulatus sit, videamus, an heres ex stipulatu agere possit? Et putem posse, licet diversi sint fructus, nam et si ire agere stipuletur sibi heredique suo licere, idem probaverimus“. (Vgl. l. 65 D. 50, 16. „Heredis appellatio non solum ad proximum heredem, sed et ad posteriores refertur; nam et heredis heres et deinceps heredis appellatione continetur.“) L. 5 pr. D. 7, 4. „Repeti potest legatus usufructus amissus qualicunque ratione, dummodo non morte; nisi forte heredibus legaverit“. Eine hierher gehörige Entscheidung steht in l. 14 C. 3, 33; in dieser Stelle bestimmt Justinian, daß, wenn Jemand bei Vermächung einer Sache seinen Erben den Nießbrauch vorbehalte, dieß im Zweifel nicht dahin zu verstehen sei, daß auch die Erben des Erben den Nießbrauch haben sollen. Diese Entscheidung erklärt sich leicht aus der Betrachtung, daß nicht anzunehmen ist, der Erblasser habe sein Vermächtniß auf ein Minimum herabsetzen wollen. Vgl. auch l. 19 § 4 D. 10, 3; andererseits l. 38 § 10. 11 D. 45, 1. — Der aufgestellte Satz wird in den Lehrbüchern weniger hervorgehoben, als er verdient. In der That enthält derselbe einen schweren Eingriff in das Princip der Dienstbarkeitslehre, ja die Grundlage derselben ist mit ihm verlassen (vgl. § 201 zu 7). Das ist bezweigen nicht weniger wahr, weil die römische Jurisprudenz die Dienstbarkeit in der Person der Erben jedesmal neu entstehen ließ (s. die oben citirten Pandektenstellen); darin lag nur eine formale Veröhnung mit dem aufgegebenen Princip. Uebrigens war der Schritt, welchen die römische Jurisprudenz mit der Anerkennung jenes Satzes that, ein nothwendiger geworden, seit das R. des Emphyteuta und des Superficiars als dingliches R. ausgebildet war; es hatte keinen Sinn mehr, die Einräumung dieser R. zu gestatten, und die Einräumung eines erblichen Nießbrauchs zu verbieten. Uebereinstimmend Unger Jahrb. für Dogm. X S. 59⁷⁸, Dernburg I S. 626; a. M. Wächter Superficiar- oder Platzr. S. 202 fg., und Pfersche Grünh. 3S. VIII S. 526 fg. Diese letzteren Schriftsteller halten, mit einseitiger Betonung der l. 14 C. 3, 33 cit., die Erstreckung des Nießbrauchs nur auf den nächsten Erben für zulässig, Pfersche überdieß mit Beschränkung auf den Fall der deductio. L. 38 § 12 cit. soll nach diesem Schriftsteller von einer Evictionsstipulation des Käufers der Sache zu verstehen sein!

⁸ Das ist namentlich für Deutschland wichtig, wo vielfach Nützungs- und Gebrauchsre vorkommen, welche von einer juristischen Person oder von den sämtlichen Mitgliedern einer Gemeinde oder sonstigen Genossenschaft in ihrer Mitglieds-eigenschaft ohne alle Zeitbeschränkung in Anspruch genommen werden. Auch durch Verjährung kann eine solche zeitlich unbeschränkte Berechtigung begründet werden, wenn es nur unzweifelhaft ist, daß die Ausübung im Sinne zeitlicher Unbeschränktheit geschehen ist. Vgl. Wittermaier deutsch. Privatr. I § 166 Nr. I, Bluntzschli deutsch. Privatr. § 86 Nr. 2. Cf. VIII. 113, XV. 205, XVI.

3. Die Dienstbarkeiten gehen dadurch unter, daß Eigenthum und Dienstbarkeitsberechtigung in derselben Hand zusammenkommen⁹, und leben auch dadurch nicht auf, daß hinterher wieder eine Trennung beider eintritt¹⁰.

4. Auch durch den Willen des Berechtigten können die Dienstbarkeiten aufgehoben werden. Dieser Wille kann unter Lebenden oder von Todswegen erklärt werden; im ersten Fall muß, damit die Willenserklärung für den Berechtigten bindend sei, Annahme von der anderen Seite hinzukommen¹¹, welche außer durch den Eigenthümer

176, XXI. 96, XXII. 9, XXVI. 4, XXIX. 12, 112, XXXVI. 108, XLII. 18, 101. *Rö.* IV §. 131, VII §. 167, XIV §. 214. Vgl. auch *cf.* IX. 125, XIV. 68. Hierulff *Entscheidungen des OAG.* zu Lübeck 1865 S. 252. [*S.* auch § 213* a. *E.*]

⁹ L. 1 D. 8, 6. „*Servitutes praediorum confunduntur, si idem utriusque praedii dominus esse coeperit.*“ § 3 I. 2, 4: — „*finitur ususfructus . . . si fructuarius proprietatem rei adquisierit, quae res consolidatio appellatur.*“ L. 3 § 2. 1. 6 pr. D. 7 2, 1. 78 § 2 D. 23, 3. Vgl. *Bekker* 3*S.* für vergl. *RW.* II S. 44 fg. Kommt die Dienstbarkeit mit dem Miteigenthum zusammen, so erlischt sie theilweise, wenn sie theilbar ist, gar nicht, wenn sie untheilbar ist (§ 209¹⁰). Unterliegt die Dienstbarkeit einem fremden *R.*, so dauert sie für dieses *R.* fort, vgl. § 65⁹, § 205⁴, § 206¹⁰ a. *E.*, § 248¹¹. In gleicher Weise dauert, wenn bei der Grunddienstbarkeit das herrschende Grundstück einem fremden *R.* unterliegt, die Dienstbarkeit für dieses *R.* fort (vgl. *Jhering Jahrb.* f. *Dogm.* X S. 450 und damit oben § 65⁹). Einwirkung des Grundbuchs.: *Stobbe* II § 97 zu ³ [3. Aufl. (*Lehmann*) II § 132 zu ¹], *Bekker* a. a. *O.* S. 30. Ueberhaupt: *Friedmann* die Wirkung der *confusio* nach r. *R.* (*Greifsw. Diff.* 1884) S. 2 fg. [*Hoche* die *Servitutenconfusio*. *Erl. Diff.* 1895.]

¹⁰ Jedoch kann eine Verpflichtung zur Wiederherstellung begründet sein, vgl. 3. *B.* I. 18 D. 8, 1, 1. 9 D. 8, 4, 1. 116 § 4 D. 30, 1. 31 § 3 D. 21, 1, oder es kann die Dienstbarkeit durch richterliche Verfügung wiederhergestellt werden, 1. 57 pr. D. 7, 1. Vgl. übrigens auch 1. 31 D. 8, 3 (§ 65⁹) und 1. 75 [73] § 1 D. 36, 1 (III § 665^{4*}).

¹¹ Im älteren *R.* war Rückübertragung der Dienstbarkeit durch *in iure cessio* (bei Felddienstbarkeiten möglicherweise auch durch *mancipatio*) erforderlich, *Gai.* II. 30, *Paul. sentent.* III. 6 § 28. 32 (vgl. *Scheurl* 3*S.* f. *gesch. RW.* XII S. 237—241). Aus dem *in iure cedere* ist im Justinianischen *R.* ein einfaches *cedere* oder *concedere* geworden, § 3 I. 2, 4, 1. 21 D. 8, 2, 1. 20 pr. D. 8, 3, vgl. 1. 17 i. f. D. 8, 4, 1. 14 § 1 D. 8, 1. Allerdings ist in 1. 48 pr. 1. 64. 65 pr. D. 7, 1 auch von einem einseitigen Aufgeben des Nießbrauchs („*recedere ab usufructu*“, „*derelinquere usumfructum*“) die Rede; aber als Wirkung dieses Aufgebens wird nicht die Beendigung des *R.*, sondern die Beendigung der Verpflichtung des Nießbrauchers bezeichnet; d. h. der Nießbraucher kann nicht gezwungen werden, seine Willenserklärung zurückzunehmen, aber ist dazu bis zur Annahme befugt. Ebenso wenig liegt ein Beweis für die Möglichkeit der Aufhebung der Dienstbarkeit durch einseitige Willenserklärung in 1. 8 pr. D. 8, 6 und 1. 4 § 12 D. 44, 4; diese Stellen erkennen allerdings

der dienenden Sache auch durch den Emphyteuta und den Superficial geschehen kann¹². Bei Grunddienstbarkeiten ist übereinstimmende Willenserklärung sämmtlicher Eigenthümer sowohl des herrschenden als des dienenden Grundstücks erforderlich¹³.

5. Ueber die Aufhebung der Dienstbarkeiten durch Eintritt der auflösenden Bedingung und Befristung s. § 212 Note 9.

[1. Auch nach § 68 geht der Nießbrauch selbstverständlich unter mit Untergang der belasteten beweglichen Sache. Ob bei zufälligem Untergange der Eigenthümer ein anderes Nießbrauchsubject zu stellen hat, hängt von dem Rechtsverhältniß der Parteien ab; an und für sich hat der Nießbraucher einen solchen Anspruch nicht. Hat der Eigenthümer den Untergang der Sache verschuldet, so erwächst jener Anspruch aus §§ 823, 249. Gegen den schuldigen Dritten hat der Nießbraucher Schadenersatzanspruch aus eigenem Rechte; einer Cession der Schadenersatzforderung des Eigenthümers bedarf er nicht und kann sie nicht beanspruchen; ebensowenig ist er Nießbraucher einer solchen Forderung. Dagegen hat er Nießbrauch an der Versicherungsforderung (1046; vgl. ob. S. 924). Ist der Nießbraucher selbst der schuldige Theil und wird Schadenersatz in natura geleistet, so gebührt dem Nießbraucher der Nießbrauch an der zum Ersatz beschafften Sache; denn dieß entspricht dem wiederherzustellenden vorigen Zustande (249).

2. Grundstücke können nicht untergehen, sondern es kann nur ihre Beschaffenheit mehr oder weniger eingreifend verändert werden; sie bleiben dabei immer geometrisch begrenzte Stücke des Erdkörpers. Handelt es sich um eine Katastrophe, welche nach wasserrechtlichen Grundsätzen des gemeinen Rechts Eigenthum wie sonstige Rechte an dem Grundstück aufhebt, so hat es dabei nach § 65 sein Bewenden (vgl. ob. § 191¹⁴). Im Uebrigen ist der Satz, daß, wenn die Sache dem Verkehr entzogen wird, die Dienstbarkeit aufhört (ob. zu ¹) schon für das gemeine Recht nicht dahin zu verstehen, daß der Berechtigte dieß wie ein Factum hinnehmen muß (vgl. § 9 J. 2, 1), und es unterliegt keinem Zweifel, daß

einen stillschweigenden Verzicht auf die Dienstbarkeit an, aber die Thatfache, in welcher sie denselben ausgedrückt finden, ist eine von der Gegenseite acceptirte Gestattung des Berechtigten. So auch Friß Erläuterungen I S. 385—392, Evers S. 766—769, Sintenis I § 66¹⁵, Arndts § 193², Brinz 2. Aufl. I S. 795 [Zais über den Verzicht beim Nießbrauch. Erl. Diff. 1895.], S. XXXIII. 202; dagegen Bacher Jahrb. f. Dogm. V S. 243—253 (vgl. Arndts a. a. O. seit der 5. Aufl.), Schönemann S. 164 fg., Bremer das Pfandbr. und die Pfandobjecte (1867) S. 142 fg., Dernburg § 254¹⁶. [Reiffels Grünh. 3 S. XVIII S. 689 fg., Ebdow Dereliction und Verzichtsvertrag bei dinglichen Rechten. Gött. Diff. 1895.]

¹² Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt; es folgt aber aus der Befugniß dieser Personen, die Sache mit Dienstbarkeiten zu beschweren. Vgl. § 212⁷.

¹³ Das Erste sagt l. 34 pr. D. 8, 3, das Zweite folgt daraus, daß ein Miteigenthümer allein dem Grundstück auch keine Dienstbarkeit erwerben kann (§ 209¹⁷).

einem Dienstbarkeitsberechtigten wie einem Eigenthümer sein Recht für öffentliche Zwecke nur im Enteignungsverfahren entzogen werden kann.

3. Gehen Bestandtheile des Grundstücks unter, oder erleidet dasselbe sonst eine Veränderung, so bleibt die Dienstbarkeit bestehen, auch wenn es eine persönliche und die Umgestaltung eine wesentliche ist; denn der Satz, daß persönliche Dienstbarkeiten durch wesentliche Umgestaltung der Sache untergehen, ist dem BGB. bei Grundstücken wie bei beweglichen Sachen fremd. Im Uebrigen vgl. ob. S. 924 fg. Dereliction der dienenden Sache (ob. ¹) kann auch nach BGB. die Dienstbarkeiten nicht aufheben.

4. Unterliegt ein Recht einem Nießbrauch, so endet der Nießbrauch im Allgemeinen (über Confusion s. 7) mit Untergang des Rechts, weil er seinen Gegenstand verloren hat. Ebendeshwegen aber ist bestimmt, daß das Recht durch Rechtsgeschäft nur mit Zustimmung des Nießbrauchers aufgehoben werden kann. Auch eine Aenderung des Rechts, welche den Nießbrauch beeinträchtigt, bedarf dieser Zustimmung. Sie ist demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt, kann aber bei Grundstücken auch dem Grundbuchamt gegenüber erklärt werden. Sie ist unwiderruflich (1071). Findet an einem Erbbaurecht eine Grunddienstbarkeit oder beschränkte persönliche Dienstbarkeit statt, so gelten die gleichen Sätze (876. 877).

5. Grunddienstbarkeiten können nicht mit Untergang des herrschenden Grundstücks untergehen (ob. zu ²), weil Grundstücke überhaupt nicht untergehen können. Wird das Grundstück nach den fortbestehenden wasserrechtlichen Sätzen eigenthumsunfähig, so muß freilich auch die ihm zustehende Grunddienstbarkeit aufhören. Untergang des Gebäudes auf dem herrschenden Grundstück (ob. ³) hebt nach BGB. die Grunddienstbarkeit nicht auf, es sei denn, daß sie vertragsmäßig auf die Dauer des gegenwärtigen Gebäudes beschränkt ist. Durch Verzicht auf das Eigenthum am herrschenden Grundstück (928) wird die Grunddienstbarkeit ebenfalls nicht beseitigt. Sie ruht vielmehr nur bis zur Aneignung des Grundstücks durch den Fiscus oder den sonst Aneignungsberechtigten (EG. 129), weil bis dahin kein Berechtigter vorhanden ist; aber der durch Aneignung neu eintretende Eigenthümer wird auch der neue Dienstbarkeitsberechtigte; denn wenn ein Recht zu Gunsten des jeweiligen Eigenthümers eines Grundstücks (1018) besteht, so ist durchaus nicht nothwendig, daß die Reihe der Eigenthümer eine kontinuierliche ist.

6. Persönliche Dienstbarkeiten erlöschen mit dem Tode des Berechtigten; bei einer juristischen Person mit deren Ende (1061. 1090 Abs. 2). Die Beschränkung des Nießbrauchs juristischer Personen auf 100 Jahre hatte der I. C. (§ 1014 Abs. 2) noch aufgenommen, die II. Comm. hat sie beseitigt (Prot. S. 4104 fg.). Die Vorschrift des § 1061 ist als zwingende gedacht (Mot. III S. 530). Der bestellte Nießbrauch kann also auch nicht durch Abrede auf die Erben ausgedehnt werden. Es kann sich nur fragen, ob der Nießbraucher für seine Erben als dritte Personen einen Nießbrauch in der Weise sich bestellen lassen kann, daß jeder Erbe einen neuen Nießbrauch erhält. Dieß ist zu verneinen, da ein dinglicher Vertrag nur von dem Berechtigten für sich geschlossen werden kann (873. 1032), nicht als Vertrag zu Gunsten Dritter; ein solcher wirkt nur obligatorisch (328 fg.). Möglich dagegen ist, daß der Eigenthümer sich und seine

Erben obligatorisch verpflichtet, einem Andern und dessen Erben jeweils den Nießbrauch zu bestellen. Ein Vermächtniß des Nießbrauchs wirkt stets nur obligatorisch, d. h. es begründet nur eine Verpflichtung des Beschwerten zur Bestellung des Nießbrauchs. (2174). Diese kann auch hier nur für den Vermächtnißnehmer, nicht auch für seine Erben erfolgen. Wohl dagegen kann das Vermächtniß auch den Erben des ersten Vermächtnißnehmers eine Forderung auf Nießbrauchsbestellung zuwenden; diese Zuwendung unterliegt aber den Beschränkungen der §§ 2162. 2163.

7. Confusion endigt den Nießbrauch an beweglichen Sachen (theilweise Confusion endigt ihn theilweise); er gilt jedoch als nicht erloschen, soweit der Eigentümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestande des Nießbrauchs hat, also namentlich dinglich Berechtigten gegenüber, deren Recht im Range dem Nießbrauch nachsteht (1063; vgl. unt. § 248, 4). Dienstbarkeiten an Grundstücken (vgl. Strecker [ob. S. 967] S. 66) erlöschen durch Confusion nicht. Für den Nießbrauch an Rechten dagegen gilt die Vorschrift des § 1063 auch dann, wenn es Rechte an Grundstücken sind (1072); ob hier der Nießbrauch an einem Erbbaurecht auszunehmen ist, weil er als Nießbrauch an einem Grundstück zu behandeln ist (1017), ist nicht unzweifelhaft, dürfte aber zu bejahen sein. Allerdings richtet sich der Untergang des Erbbaurechts selbst nicht nach den Vorschriften über Grundstücke (s. unt. § 223 a. E.); aber hier handelt es sich um den Untergang eines Rechts an dem fortbestehenden Erbbaurecht.

Wenn das dem Nießbrauch unterliegende Recht seinerseits durch Confusion untergeht, so wirkt das gegen den Nießbraucher nicht. Dieser dem gemeinen Recht entsprechende Satz (vgl. *) war im I. E. (1032) ausgesprochen, ist aber von der II. Comm. (Prot. S. 4125) als selbstverständlich gestrichen. Wer einen Ausdruck desselben im Gesetz verlangt, kann ihn in dem Schlusse finden, daß, wenn die Confusion des Nießbrauchs selbst nicht gilt, soweit das Interesse des Nießbrauchers entgegensteht, das Gleiche auch von der Confusion des unterworfenen Rechts gelten muß.

8. Die Aufhebung einer Dienstbarkeit durch Rechtsgeschäft (vgl. Strecker S. 61 fg.) erfolgt nach BGB. nicht durch Vertrag, sondern durch einseitige Erklärung des Berechtigten. Diese Erklärung ist bei Dienstbarkeiten an Grundstücken dem Grundbuchamt oder dem Eigentümer des belasteten Grundstücks gegenüber abzugeben (bei Dienstbarkeiten an einem Erbbaurecht dem Erbbauberechtigten gegenüber); aber unter Umständen wird sie auch einem nachstehenden dinglich Berechtigten gegenüber abgegeben werden können; denn auch er kann Derjenige sein, zu dessen Gunsten verzichtet wird, und es muß, damit das Recht erlösche, dessen Löschung im Grundbuch hinzukommen (875). Diese kann der Berechtigte einseitig beantragen (GrdbD. 13 Abs. 2). Beim Nießbrauch an beweglichen Sachen genügt die Aufgabeeerklärung für sich allein. Sie ist zu richten an den Eigentümer oder den Besteller des Nießbrauchs (1064). Die letztere Vorschrift ermöglicht dem Nießbraucher die Aufgabe des Nießbrauchs durch Erklärung an den Besteller auch dann, wenn er weiß, daß dieser nicht der Eigentümer ist (vgl. 1058). Die Aufgabeeerklärung wird im Zweifel auch auf den Nießbrauch an dem Zubehör der dem Nießbrauch unterworfenen Hauptsache sich beziehen. Wenn § 1062 für den Nießbrauch an Grund-

stücken (und § 1098 Abs. 1 für das Wohnrecht) dieß ausdrücklich bestimmt, so bedeutet das nur insofern etwas Besonderes, als durch die Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt in Verbindung mit der Löschung im Grundbuche der Nießbrauch auch an den das Zubehör bildenden beweglichen Sachen aufgehoben wird. Die Vorschrift des § 1064 gilt auch dann, wenn das dem Nießbrauch unterworfenene Recht an einem Grundstück stattfindet (1072); statt des Eigenthümers tritt hier der Inhaber des dem Nießbrauch unterworfenenen Rechts ein. Ein Nießbrauch an einem Erbbaurecht wird aber auch hier auszunehmen und wie ein Nießbrauch an einem Grundstück zu behandeln sein (vgl. 7). Theilbare Dienstbarkeiten, insbesondere den Nießbrauch, aber auch beschränkte persönliche Dienstbarkeiten, deren Gegenstand sie als theilbar erscheinen läßt, kann unter mehreren Mitberechtigten jeder zu seinem Theil aufgeben (747), untheilbare können nur alle Berechtigte zusammen aufgeben.

9. Auflösende Bedingung und Befristung können auch nach BGB. Dienstbarkeiten beendigen (158 Abs. 2. 163). Die Löschung im Grundbuch ist hier wie bei jedem andern Untergangsgrunde außer der Aufhebung durch Rechtsgeschäft nicht ein Erforderniß des Untergangs, sondern eine Berichtigung des nunmehr materiell unrichtigen Grundbuchs, zu welcher die Zustimmung des ehemaligen Berechtigten durch Klage verlangt werden kann (894).

10. Nach BGB. geht der Nießbrauch an beweglichen Sachen unter durch gutgläubigen Erwerb gemäß § 936 (s. ob. S. 793 fg. unter 9); Dienstbarkeiten an Grundstücken gehen unter, wenn sie im Grundbuch fälschlich gelöscht sind und Jemand im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs das Grundstück erwirbt (892). Der Nießbrauch an beweglichen Sachen geht ferner unter durch Verbindung und Vermischung gemäß § 949 (s. ob. S. 870 fg.), durch Specification gemäß § 950 (s. ob. S. 860 fg.), durch Funderwerb gemäß § 973 (s. ob. S. 842 unter a); vgl. auch § 960 Abs. 3. § 964.]

§ 216.

6. Endlich können die Dienstbarkeiten auch durch Verjährung aufgehoben werden¹. Hierfür gelten folgende Regeln. a) Persönliche Dienstbarkeiten und solche Grunddienstbarkeiten, welche zu einzelnen sich wiederholenden Handlungen berechtigen, werden durch Nichtausübung während der Verjährungszeit aufgehoben; dagegen ist bei denjenigen Grunddienstbarkeiten, welche ein Recht auf einen dauernden Zustand der herrschenden oder der dienenden Sache geben, Ersetzung der Freiheit erforderlich². b) Nichtausübung der Dienstbarkeit ist

§ 216. ¹ S. außer den bei § 215 Genannten: Unterholzner Verjährungslehre II § 217—234. Wirth die libertatis usucapio (1854). Bangerow I § 375 Anm. [Werner vom Untergang der Servituten durch Verjährung. Göt. Diff. 1888. Giordano del non uso delle servitù prediali. Oneglia 1893. Clamann der Untergang der Servituten durch Verjährung. Greifsw. Diff. 1895. Dommes die Freiheitsersetzung. Göt. Diff. 1895.]

² Für die persönlichen Dienstbarkeiten: § 3 I. 2, 4, 1. 25 D. 7, 4; für die

Nichtgeltendmachung des Willensinhalts, zu welchem die Dienstbarkeit

Grunddienstbarkeiten: 1 6 (vgl. 1. 2) D. 8, 2. Der Wortlaut dieser letzteren Stelle entspricht übrigens der im Text aufgestellten Unterscheidung nicht; die Stelle bezeichnet vielmehr als diejenigen Grunddienstbarkeiten, bei welchen *usucapio libertatis* erforderlich sei, die *servitutes praediorum urbanorum*. Im Einzelnen wird die *libertatis usucapio* erwähnt bei der *serv. non altius tollendi*, der *serv. ne luminibus officiat*, der *serv. tigni immittendi*, 1. 6. 32 pr. D. 8, 2, 1. 17 D. 8, 4, 1. 18 § 2 D. 8, 6, 1. 4 § 28 [29] D. 41, 3. Wenn jedoch oben (§ 210²) ausgeführt worden ist, daß der Sinn der Ausdrücke *servitutes praediorum rusticorum, urbanorum* mit Rücksicht auf den einzelnen Fall, wo an dieselben eine römische Unterscheidung angeknüpft wird, bestimmt werden muß, so kann nicht wohl bezweifelt werden, daß wenigstens hier mit diesen Ausdrücken nicht Dienstbarkeiten bezeichnet werden sollen, welche einem Feld- bez. Gebäudegrundstücke zustehen, sondern Dienstbarkeiten, wie sie bei einem Feld- bez. Gebäudegrundstück vorkommen pflegen. Es ist in der That kein Grund einzusehen, warum für den Verlust z. B. einer Wegegerechtigkeit durch Nichtausübung etwas Anderes gelten sollte, je nachdem ein Feld- oder ein Gebäudegrundstück das herrschende Grundstück ist (vgl. S. f. X. 19, XXX. 7). Fragt man aber weiter, warum die Dienstbarkeiten, welche regelmäßig bei Gebäudegrundstücken vorkommen, in Betreff der Erlöschung durch Nichtgebrauch anders behandelt werden, als die regelmäßig bei Feldgrundstücken vorkommenden, so wird man von selbst auf die im Texte bezeichnete Unterscheidung geführt, durch welche denn auch die Entscheidung für den Fall gegeben ist, wo es zweifelhaft erscheinen sollte, ob eine gegebene Dienstbarkeit eher Gebäude- oder eher Felddienstbarkeit sei. Im Wesentlichen ist das hier Vorgetragene auch die herrschende Meinung, vgl. Unterholzner § 217, Bangerow I § 339 Anm. Nr. II 2 a. E., Sintonis I S. 602, Buchta Vorl. I S. 408, Arndts § 194 a. E., Wächter II S. 244 fg. (vgl. § 210² s. E.), Wirth die *libertatis usucapio* S. 51 fg., R. Cohnfeldt die *irregulären Servituten* S. 83—87, Rindervater Jahrb. d. gem. R. VI S. 139—140. [Arnó (§ 210²) p. 80 s.]. Doch fehlt es auch nicht an abweichenden Ansichten, worunter namentlich die von Zachariae v. Lingenthal (über die Unterscheidung zwischen *servitutes rusticae* und *urbanae* S. 70 fg.) aufgestellte, von Eibers § 40 gebilligte, zu erwähnen ist, daß die *libertatis usucapio* bei allen Dienstbarkeiten außer den Wegegerechtigkeiten und der Wasserleitungs- und Wasserschöpfungsgerechtigkeit erforderlich sei. Vgl. über sonstige abweichende Ansichten Unterholzner § 218. S. f. XXVII. 9, XXIX. 118, 222, XXXII. 210. — Eine andere Frage ist es, ob nicht Justinian das frühere R. abgeändert habe. Es wird nämlich behauptet: 1) auf Grund von l. 16 § 1 C. 3, 33, daß Justinian das Erforderniß der Ersizung der Freiheit auf den Nießbrauch ausgebeht habe, 2) auf Grund von l. 13 C. 3, 34, daß er die Ersizung der Freiheit bei allen Grunddienstbarkeiten für überflüssig erklärt habe. Die erste Meinung hat in der citirten Stelle eine nicht unscheinbare Stütze (— „*sancimus . . . nec ipsum usumfructum non utendo cadere . . . nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae, etiam si dominium vindicabat, poterat eum absentem vel praesentem excludere*“). Doch erscheint es gerathener, bei der gegenwärtig herrschenden Meinung (dafür auch S. f. VI. 316) stehen zu bleiben, welche in den bezeichneten Worten nur eine Aenderung der Zeit der Verjährung angeordnet findet. Dafür spricht außer l. 13 C. 3, 34, wo Justinian selbst über den Inhalt der l. 16 Auskunft gibt, die Erwägung, daß

berechtigt^{2a}; jedoch schadet diese Nichtgeltendmachung so lange nicht, als der Berechtigte sich im Genuß des von der Dienstbarkeit geforderten factischen Zustandes befindet³. Darauf, von wem die Ausübung geschehen ist, kommt es nicht an, wenn nur gerade dieses bestimmte Recht ausgeübt worden ist⁴. Daß der Berechtigte an der Ausübung durch eine ihm nicht zur Last fallende Thatsache verhindert worden ist, schließt den Untergang der Dienstbarkeit nicht aus⁵. c) Zur Erfigung der Freiheit ist nothwendig, daß die dienende Sache während der Verjährungszeit als freie besessen worden sei⁶, d. h. näher: in einem der Dienstbarkeit widersprechenden⁷, durch menschliche That her-

Justinian nach seiner Art eine weiter gehende Aenderung des bestehenden R. kaum so kurz ausgedrückt haben würde, sowie die Aufnahme der von dem Untergang des Nießbrauchs durch bloßen Nichtgebrauch redenden Stellen in Institutionen und Pandekten (s. den Anfang der Note). Vgl. über diese Frage Unterholzner § 225, Bangerow a. a. O. Nr. 1, Evers S. 780. 781. [Arnó p. 95 s.] Weniger bezweifelbar, und daher auch von den meisten älteren und neueren Juristen anerkannt, ist es, daß auch durch die l. 13 C. cit. lediglich die Verjährungszeit hat abgeändert werden sollen. Vgl. Unterholzner § 224, Bangerow a. a. O. Nr. 3. [Arnó a. a. O.]

^{2a} Man verwechsle nicht Nichtausübung und Nichtbesitz. Die Nichtausübung als solche hat noch nicht Verlust des Besitzes zur Folge; dazu gehört ein in contrarium actum. Vgl. § 163¹¹⁻¹². Auch Cf. XIX S. 360.

³ L. 12 (vgl. l. 19 pr.) D. 8, 6: — „si aqua per rivum sua sponte perfluxit, ius aquae ducendae retinetur“.

⁴ Der Nießbrauch wird nicht verloren, wenn er im Namen des Berechtigten, obgleich nicht in Folge Auftrags desselben, ausgeübt worden ist, die Grunddienstbarkeit nicht, wenn sie als eine diesem Grundstück zustehende, obgleich durch einen unrechtlichen Besitzer, ausgeübt worden ist. L. 12 § 2. l. 38 D. 7, 1, l. 29 pr. § 1 D. 7, 4, l. 5. 6 pr. l. 16. 20—24 D. 8, 6. — Theilweise Ausübung: l. 20 D. 7, 4, l. 9 § 1 D. 8, 5, l. 2 D. 8, 6 (vgl. Cf. X. 233), l. 8 § 1. l. 9. l. 17 eod. Unrichtige Ausübung: l. 10. 11 pr. l. 18 pr. eod., l. 5 § 1 D. 43, 20. Ausübung bei Mehrheit der dienenden Grundstücke: l. 18 pr. D. 8, 3, l. 6 § 1 D. 8, 6 (dazu Evers S. 848 fg.). — Liegt eine Ausübung des Nießbrauches schon in der Thatsache, daß man für Ueberlassung desselben von einem Andern etwas empfängt? Darüber widersprechende Entscheidungen in l. 38—40 D. 7, 1, l. 29 pr. § 1 D. 7, 4.

⁵ Vorbehaltlich jedoch des Anspruchs auf Wiedereinsetzung. L. 14 pr. l. 19 § 1 D. 8, 6, l. 34 § 1. l. 35 D. 8, 3, l. 23 § 2 D. 4, 6, l. 4 § 26 [27] D. 41, 3. Cf. VIII. 349⁵.

⁶ L. 32 § 1 D. 8, 2.

⁷ Der servitus non altius tollendi gegenüber ist erforderlich, daß höher gebaut, der servitus tigni immittendi gegenüber, daß das Loch, in welchem der Balken gelegen, verstopft worden sei, l. 6 D. 8, 2, l. 18 § 2 D. 8, 6. Vgl. Zachariae v. Dingenthal über die Unterscheidung zwischen servitutes rusticae und urbanae S. 59. 60, Rudorff fr. Jahrb. d. deutsch. RW. 1844 S. 327, Kindervater Jahrb. d. gem. R. VI S. 137 fg., Kohler pfdnrl. Forschungen S. 273 fg.

vorggerufenen⁸ Zustand. Dabei darf die Handlung, durch welche der der Dienstbarkeit widersprechende Zustand hervorgerufen worden ist, weder gegen den Willen des Berechtigten noch hinter seinem Rücken noch vergünstigungsweise⁹, und muß in gutem Glauben vorgenommen worden sein¹⁰. d) Die Verjährungszeit beträgt, ohne Unterschied zwischen Nichtausübung und Erftigung der Freiheit, so wie ohne Unterschied zwischen Dienstbarkeiten an beweglichen und Dienstbarkeiten an unbeweglichen Sachen, zehn Jahre unter Anwesenden und zwanzig Jahre unter Abwesenden¹¹. e) Durch die Erhebung des Processus wird auch diese Verjährung unterbrochen¹². f) Die Ausnahmen von der ordentlichen Eigenthumserftigung müssen auch hier zur Anwendung

⁸ L. 7 D. 8, 2.

⁹ Das Letztere sagen ausdrücklich l. 32 pr. D. 8, 2, l. 17 D. 8, 4; daraus und aus der Analogie der Dienstbarkeitserftigung muß auf das Andere geschlossen werden. Unterholzner II S. 219; a. M. Wirth S. 59—62, Ewers S. 777^o, Brinz 2. Aufl. I S. 796.

¹⁰ Die Vorschrift des c. R. (c. 20 X. 2, 26) gilt auch für diesen Fall. So auch Unterholzner S. 220, Bangerow a. a. O. g. E. (S. 788); a. M. Brinz S. 279 (2. Aufl. I S. 796). Die Erkenntnisse bei Cf. VI. 316, VIII. 349 Nr. 3, X. 20, XXI. 24, welche das Erforderniß des guten Glaubens leugnen, sprechen nur von dem non usus.

¹¹ Im älteren R. betrug die Verjährungszeit bei Dienstbarkeiten an beweglichen Sachen ein Jahr, bei Dienstbarkeiten an unbeweglichen Sachen zwei Jahre, Paul. sentent. I. 17 § 1. 2. III. 6 § 30, l. 13 C. 3, 34. Die Aenderung hat Justinian getroffen. l. 16 § 1 C. 3, 33, l. 13 C. 3, 34. Abgelaufen ist die Verjährungszeit, wo es auf Nichtgebrauch ankommt, mit der Beendigung, wo auf Freiheitserftigung, mit dem Anbruch des letzten Tages (nach Analogie des für die Eigenthumserftigung Geltenden, § 180^b). Bei der Erftigung der Freiheit findet Zusammenrechnung verschiedener Besitzzeiten nach den Grundfätzen der Eigenthumserftigung (§ 181) statt; l. 32 § 1 D. 8, 2 spricht von einem Fall, wo der folgende Besitzer ohne Nachfolge eingetreten ist, oder ist zu einer Zeit geschrieben, wo die Zusammenrechnung bei der Sondernachfolge noch nicht anerkannt war. Unterholzner § 234, Wirth S. 55. 56. Bei der Verjährung durch bloße Nichtausübung versteht es sich von selbst, daß die Nichtausübung des früheren Berechtigten dem jetzigen Berechtigten angerechnet wird, vgl. l. 18 § 1 D. 8, 6. Ueber die Berechnung der Verjährungszeit in dem Falle, wenn die Dienstbarkeit nur zu bestimmten Zeiten ausgeübt werden darf, s. l. 7 D. 8, 6, l. ult. pr. C. 3, 34. Ist ein Nießbrauch „alternis annis“ hinterlassen, so wird er durch Nichtgebrauch gar nicht verloren „quia plura sunt legata“, l. 28 D. 7, 4, l. 13 D. 33, 2. Vgl. III § 656^a und Unterholzner S. 221—224, Ewers S. 783—785.

¹² Nach classischem r. R. unterbrach auch hier, wie bei der Eigenthumserftigung, die Erhebung des Processus die Verjährung nicht, aber das Urtheil nahm auf Ablauf derselben keine Rücksicht (l. 8 § 4 D. 8, 5). Für das Justinianische R. muß auch hier l. 2 C. 7, 40 als maßgebend erachtet werden (vgl. § 180^c, § 213^a).

gebracht werden¹³; dafür ist aber auch eine außerordentliche Verjährung, welche ihre Zeitfrist von der Anspruchsverjährung entlehnt, anzuerkennen¹⁴. g) Dem Untergang durch Nichtgebrauch ist ganz entzogen der Nießbrauch, zu welchem Jemand ein Jahr um das andere berechtigt ist¹⁵, das Wohnungsrecht¹⁶, und das Recht des Weges zu einem Grabmal¹⁷.

[1. Im **§ 945** geht der Nießbrauch an beweglichen Sachen unter durch Erftizung der Freiheit gemäß § 945. Diefelbe kann mit der Erftizung des Eigenthums verbunden fein; aber auch der Eigenthümer kann die Freiheit erftizen (Mot. III S. 356, Prot. d. II. Comm., S. 3758 fg.; f. ob. S. 834 unter 9). Die Erftizungsfrist ift, auch wenn zugleich eine Eigenthümerserftizung vor fich geht, gegenüber dem Nießbrauch felbftändig, aber nach den gleichen Sätzen wie bei der Eigenthümerserftizung zu berechnen. Die Erftizung der Freiheit ift ausgefchloffen, wenn der Befitzer beim Erwerbe des Eigenbefizes den Nießbrauch kennt oder in Folge grober Fahrläffigkeit nicht kennt, oder fein Beftehen fpäter erfährt.

2. Für Dienstbarkeiten an Grundftücken und am Erbbaurecht (vgl. **Strecker** S. 66 fg.) befteht a. eine Erftizung der Freiheit (1028. 1090 Abf. 2. 1017) nach folgenden Sätzen: Es muß auf dem dienenden Grundftück eine Anlage, welche die Dienstbarkeit beeinträchtigt, errichtet worden fein, d. h. also von Menfchenhand. In diefem Falle ift die Klage des Dienstbarkeitsberechtigten auf Befeitigung der Beeinträchtigung trotz der Eintragung des Rechts oder eines Widerspruchs wegen deffelben im Grundbuch (entgegen dem Grundfatz des § 902) der Verjährung ausgefetzt. Auf guten Glauben, oder darauf, ob die Anlage vi clam oder precario errichtet ift, kommt es nicht an. Ift die Verjährung vollendet, fo ift die Dienstbarkeit infoweit erlofchen, als der Befand der Anlage mit ihr im Widerspruch fteht, und ein Erwerb im Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs hilft dem gegenüber nichts. — b. Ift die Dienstbarkeit im Grundbuch mit Unrecht gelöfcht und auch kein Widerspruch wegen deffelben eingetragen (902 Abf. 2), fo erlifcht fie, fobald der Anspruch auf ihre thatsächliche Ausübung verjährt ift (901). (Der Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs verjährt feinerfeits nicht (898), hört aber auf, begründet zu fein, wenn die Dienstbarkeit erlofchen ift.)]

VI. Der Dienstbarkeitsanspruch*.

§ 217.

Der dem Dienstbarkeitsrechte entfprechende Anspruch ift darauf gerichtet, daß Niemand fich mit dem Dienstbarkeitswillen (der in dem

¹³ Entweder auch hier, oder auch nicht bei dem Erwerbe der Dienstbarkeiten durch Erftizung; wird der Schluß von dem totalen N. auf das partielle in diefem letzteren Falle gemacht, fo muß er auch in unferem gemacht werden. Bgl. überdieß l. 28 pr. D. 50, 16, l. 10 pr. D. 8, 6, l. 5. 6 D. 23, 5; aber auch l. 78 § 2 D. 23, 3, l. 3 § 5 D. 27, 9 (II § 441^a).

¹⁴ Bgl. überhaupt Unterholzner § 229; aber auch **Eibers** S. 774.

¹⁵ S. ¹¹ a. E.

Dienstbarkeitsrechte anerkannter Willensordnung) in thatsächlichen Widerspruch setze. Gegen denjenigen, welcher dieß dennoch thut, geht der Dienstbarkeitsanspruch auf Wiederaufhebung der darin liegenden Rechtsverletzung; durch die Verweigerung seiner Befriedigung wird dieser Anspruch zur Dienstbarkeitsklage (§ 122)¹. Die Wiederaufhebung der Rechtsverletzung besteht, so weit ein dauernder, der Dienstbarkeit widersprechender Zustand herbeigeführt worden ist, in der Herstellung des der Dienstbarkeit entsprechenden Zustandes², jedenfalls in Ersatz des durch die Schuld des Verletzten angerichteten Schadens³; außerdem kann der Verletzte auch hier, wie bei der Verletzung des Eigenthums durch Eingriff, verlangen, daß ihm durch das Urtheil Sicherheit gegen künftige Verletzung gegeben werde⁴. Geltend machen kann den Anspruch aus der Rechtsverletzung der Dienstbarkeitsberechtigte⁵; bei Grunddienstbarkeiten aber nicht bloß der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks⁶, sondern auch der Emphyteuta und der Superficiar, der Pfandgläubiger und der Nießbraucher⁶, so wie der redliche Erwerber⁷.

¹⁰ L. 10 pr. D. 7, 8. Nach r. R. gehörten hierher auch die operae legatae. C. § 208⁸.

¹⁷ L. 4 D. 8, 6.

* Dig. 7, 6 si ususfructus petatur vel ad alium pertinere negetur. 8, 5 si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur. — Elvers § 76. 77. Glüd IX C. 423 fg. X C. 280 fg. Sintonis I C. 594—595, Dernburg I § 255. [Mercier des actions confessoire et négatoire. Thèse de Paris 1894.]

¹ Actio confessoria, l. 2 pr. D. 8, 5 (§ 198⁸). Eine Verschiedenheit der actio (der formula), wie beim Eigenthum, wird hier durch die Verschiedenheit der Verletzung nicht begründet; die confessoria gilt bei totaler wie bei partieller Verletzung.

^{1a} Nach den gleichen Grundsätzen wie bei der actio negatoria. C. § 198⁸. — Actio confessoria als Präjudicialklage: Cf. XXXII. 211 und Citate das.

² L. 4 § 2. 5. 1. 6 § 6. 1. 8 § 2 D. 8, 5, 1. 5 C. 3, 34. B. § 198⁸. Besteht die Verletzung in der Vorenthaltung der Sache, zu deren Innehabung der Dienstbarkeitsberechtigte befugt ist, wie beim Nießbrauch, so treten die gleichen Grundsätze ein, wie bei dem Eigenthumsanspruch wegen Vorenthaltung (§ 198—197). Vgl. l. 5 § 3—5 (6). 1. 6 D. 7, 6. Göppert die organischen Erzeugnisse C. 143 fg. Hartmann fr. VJ. XI C. 509.

³ Nach r. R. durch Auserlegung einer Caution (l. 5 § 6 [7] D. 7, 6, 1. 7 D. 8, 5), nach heutigem [auch] durch Strafandrohung. Vgl. § 198⁸.

⁴ L. 5 pr. D. 7, 6.

⁵ L. 2 § 1. 1. 6 § 3 D. 8, 5.

⁶ L. 16 D. 8, 1, 1. 8 § 3. 1. 9 D. 39, 1, 1. 1 § 9 D. 43, 18, 1. 1 § 5 D. 43, 25. Dem Nießbraucher gab die herrschend gewordene Meinung der römischen Juristen nicht utilis confessoria actio aus der Grunddienstbarkeit, sondern verwies ihn auf die vindicatio ususfructus, d. h. die directa confessoria actio

Steht das herrschende Grundstück im Miteigenthum, so kann jeder Miteigenthümer den Anspruch ohne Zuziehung des andern verfolgen⁹. — Einen gleichen Anspruch wie die wirklich begründete Dienstbarkeit gewährt der bloße redliche Erwerb derselben einem Jeden gegenüber, welcher nicht seinerseits Eigenthum an der Sache oder wenigstens redlichen Erwerb derselben darthun kann⁹.

[1. Im § 68 ist die Klage wegen Beeinträchtigung einer Grunddienstbarkeit und einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit durch einfache Verweigerung auf die Analogie der negatorischen Klage des § 1004 geordnet (1027. 1090 Abs. 2), die Schadensersatzfrage also dem Obligationenrecht überlassen (s. ob. S. 900). Miteigenthümer haben den Anspruch jeder unbefränkt. (Vgl. 1011.) Für die Klage aus dem Nießbrauch wird auf die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Eigenthumsansprüche überhaupt verwiesen (1065), weil der Nießbrauch zum Besitz berechtigt (1036 Abs. 1), und daher möglicher Weise neben der Analogie des § 1004 auch diejenige der §§ 985 fg. (s. ob. S. 880 fg.) in Betracht kommen kann. Auffallend ist, daß nicht dasselbe auch für das Wohnrecht ausgesprochen ist, welches ebenfalls zum Besitz berechtigt (1093 Abs. 1. 1036 Abs. 1). Es wird indessen gerechtfertigt sein, hier auch ohne ausdrückliche Verweisung des Gesetzes die Analogie auch der vindicatorischen Eigenthumsklage zuzulassen.

aus dem Nießbrauch (l. 1 pr. l. 5 § 1 D. 7, 6, l. 1 § ult. D. 39, 1), während Julian die entgegengesetzte Meinung vertheidigte (l. 1 § 4 D. 43, 25, l. 2 D. 39, 1). Das war eine Frage bloß nach der Einrichtung der formula; sachlich war es unbestritten, daß der Nießbraucher die Ansprüche aus den dem Nießbrauchsgrundstücke zustehenden Dienstbarkeiten verfolgen könne. Vgl. Fhering Abhandlungen S. 124--127. 140; übrigens auch Dernburg Pfandr. II S. 389--390. Bremer das Pfandr. und die Pfandobjecte S. 181 fg. will den Pfandgläubiger nur im Falle des Faustpfandes zulassen, in nicht gerechtfertigter Preßung des von den citirten Stellen gebrauchten Ausdruckes pignus.

⁷ Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich bezeugt, folgt aber von selbst daraus, daß der redliche Besitzer sogar die Sache selbst verfolgen kann.

⁸ Erfolgt jedoch eine Geldcondemnation, so wird ihm der Beklagte nur nach Maßgabe seines Eigenthumsanteils condemnirt; dagegen gilt die Entscheidung über die Zuständigkeit selbst auch für die andern Miteigenthümer. L. 4 § 3 D. 8, 5. Vgl. § 192⁴⁻⁶.

⁹ Mit andern Worten: die actio confessoria kann auch als Publiciana angestellt werden. In den Quellen ist das nicht ausdrücklich gesagt (l. 11 § 1 D. 6, 3 spricht nicht von dem Fall der Bestellung durch den Miteigenthümer, sondern von dem Fall der Bestellung in civillich nicht genügender Form, vgl. 212¹ gegen das Ende); aber die Analogie des Eigenthums läßt sich nicht abweisen. Veruft sich der Beklagte nicht auf Eigenthum, sondern auf redlichen Besitz, so ist in der § 199, 4 bezeichneten Weise zu unterscheiden. Es ist jedoch nicht unbestritten, ob auch die Bestellung durch den unredlichen Besitzer zur Publiciana confessoria berechtige. Vgl. Haffe Rhein. Mus. I S. 116⁸⁸, Fhering Abhandlungen S. 143--145, h. Witte ZS. f. CM. u. Pr. XIV S. 158--163, Arndts § 191 Anm., Huschke das H. der Publician. Klage S. 40 fg., Dernburg I § 251⁸. Cf. XIV. 209. Ueber die Conception der formula vgl. Keller § 185².

2. Ob und inwieweit bei Grunddienstbarkeiten außer dem Eigentümer andere Berechtigte den Dienstbarkeitsanspruch für sich geltend machen können, hängt davon ab, ob und inwieweit ihr Recht sich auf die Dienstbarkeit erstreckt, welche ein Bestandtheil aber kein wesentlicher Bestandtheil des Grundstücks ist (96; f. ob. S. 612). Im Zweifel ist anzunehmen, daß der Nießbrauch die Ausübung der sämtlichen dem Nießbrauchsgrundstück zustehenden Dienstbarkeiten umfaßt; bei beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten gilt dieß dagegen nur insoweit, als mit derjenigen Benutzung des herrschenden Grundstücks, welche dem Berechtigten zusteht, die Ausübung der Grunddienstbarkeit im Zusammenhange steht. In gleicher Weise kann auch ein Grunddienstbarkeitsberechtigter kraft seines Rechts befugt sein zur Ausübung einer Dienstbarkeit, welche dem seinem Recht unterworfenen Grundstück zusteht, z. B. ein Wasserschöpfberechtigter zur Ausübung eines Wegerechts. Denn wenn auch die Grunddienstbarkeit nur für die Zwecke der Benutzung des herrschenden Grundstücks bestehen kann und ausgeübt werden darf (1019), so ist damit doch vollkommen vereinbar, daß ein Dritter kraft eines Rechts zur Benutzung des herrschenden Grundstücks zu ihrer Ausübung berechtigt ist. Die Hypothek (Grundschulb, Rentenschulb) umfaßt zweifellos die dem belasteten Grundstück zustehenden Grunddienstbarkeiten. Da indessen der Gläubiger kein Besitzrecht hat, so kann er auch die Grunddienstbarkeit auszuüben nicht in die Lage kommen; dagegen auf Beseitigung einer Beeinträchtigung der Dienstbarkeit zu klagen, wird er nach Analogie der §§ 1184. 1185 berechtigt sein.

3. Außer der Klage auf Herstellung des der Dienstbarkeit entsprechenden thatsächlichen Zustandes kommt im BGB. bei Dienstbarkeiten an Grundstücken in Betracht die Klage auf Berichtigung des Grundbuchs (894. 898).

4. Einen publicianischen Servitutenanspruch gibt es nach BGB. nicht. Beim Nießbrauch an beweglichen Sachen findet die Klage aus dem älteren Besitz gemäß § 1007 auch zu Gunsten dessen statt, der als Nießbraucher ehemals besaß. Bei Dienstbarkeiten an Grundstücken tritt die Präsumtion ein, daß demjenigen, zu dessen Gunsten eine Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen ist, dieselbe wirklich zusteht, und daß derjenige, welcher als Eigentümer des herrschenden Grundstücks eingetragen ist, auch der wahre Eigentümer ist (891 Abf. 1).

5. Ueber den possessorischn Schutz von Dienstbarkeiten vgl. ob. S. 747 fg., über den Eigentumserwerb an Früchten kraft des Besitzes einer Sache in Ausübung eines Nutzungsrechts ob. S. 855 fg. unter 4. 6.]

Sechstes Kapitel.

Emphyteusis und Superficies.

Einleitung.

§ 218.

Die Dienstbarkeiten sind Nutzungsrechte an fremder Sache, denen gegenüber das Eigentumsrecht, welches sie beschränken, das vorwiegende Recht ist (§ 200). Es gibt aber auch Nutzungsrechte an

fremder Sache, welche durch ihren Inhalt und ihre Dauer so hoch gesteigert sind, daß sie dem Eigenthumsrechte nur noch eine untergeordnete Bedeutung lassen. Solche Nützungsrechte hat sowohl das römische, wie das germanische Rechtsleben ausgebildet. Die römischen Bildungen dieser Art sind die *Emphyteusis* und die *Superficies*, jene auf fruchttragende Grundstücke, diese auf Gebäude berechnet¹; aus dem germanischen Recht gehören hierher das Lehensverhältniß und die verschiedenen particularrechtlichen Gestaltungen des bäuerlichen Verhältnisses, bei welchen der Bauer auf der einen Seite nicht Eigenthum, und auf der andern Seite ein dingliches Recht hat². Die heutige gemeinrechtliche Anwendbarkeit der römischen Grundsätze über *Emphyteusis* und *Superficies* darf nicht bezweifelt werden. Zwar braucht es nicht erst gesagt zu werden, daß die genannten römischen Bezeichnungen dem heutigen Volksleben fremd sind; aber wenn man auch davon absehen will, daß aus früherer Zeit in Deutschland noch Rechtsverhältnisse übrig sind, welche mit Anwendung der römischen Bezeichnungen, oder doch unter ausdrücklicher oder sonst unzweifelhafter Beziehung auf das römische Recht, begründet worden sind, und ferner davon, daß durch gelehrte gebildete Juristen oder unter Mitwirkung solcher eine derartige Begründung auch gegenwärtig noch vorkommen kann: so ist doch auch, wo heutzutage ohne Anwendung der römischen Bezeichnungen oder ohne ausdrückliche oder stillschweigende Verweisung auf das römische Recht Rechtsverhältnisse an fremder Sache begründet werden, welche nach der Absicht der Parteien eine unbeschränkte Nützungsbefugniß gewähren und zugleich eine immerwährende oder doch längere Dauer haben sollen, für die Anwendung der römischen Grundsätze ein breiter Raum gelassen. Vor Allem, wenn das Nützungsobject ein Gebäude ist; in diesem Falle ist die römische Theorie der *Superficies* unmittelbar maßgebend. Dieß ist auch unbestritten, da sich in Betreff von Gebäuden abweichende deutschrechtliche Bildungen dem römischen Rechtsinstitute nicht an die Seite gestellt haben. Aber auch wenn das Nützungsobject ein fruchttragendes Grundstück ist, muß zwar in erster Linie darauf gesehen werden, ob nicht die Parteien ein deutschrechtliches Rechtsverhältniß der Art haben begründen wollen,

§ 218. ¹ An beweglichen Sachen kennt Nützungsrechte der bezeichneten Art weder das römische noch das germanische R.

² Vgl. darüber die Lehrbücher des deutschen Privatr. von Eichhorn § 245 fg., Gerber § 138 fg., Beseler § 183 fg., Stobbe III § 130 fg.

wie es bei ihnen particularrechtlich üblich ist, und wenn bei ihnen ein Rechtsinstitut dieser Art particularrechtlich besteht, ist im Zweifel allerdings anzunehmen, daß dieß ihr Wille sei: sobald aber für eine solche Auslegung des Verleihungswillens kein Raum ist, wird auch hier nichts Anderes übrig bleiben, als die römischen Grundsätze von der Emphyteusis zur Anwendung zu bringen³.

Es liegt nahe, den Versuch zu machen, die römischen, dem Volksleben unverständlichen Bezeichnungen durch entsprechende deutsche wiederzugeben, wobei sich namentlich die Ausdrücke Erbpachtrecht, Erbzinsrecht darbieten. Da jedoch diese Ausdrücke bereits zur Bezeichnung ähnlicher deutschrechtlicher Verhältnisse in Beschlag genommen sind, so wird, wenn nicht Verwirrung in die Theorie gebracht werden soll, von diesem Versuche abgestanden werden müssen.

Ueber die Auffassung, welche Emphyteusis und Superficies zu einer Art von Eigenthum (dominium utile) macht, ist schon oben (§ 169a Note 9) gehandelt worden⁴; über die geschichtliche Entwicklung dieser Institute im römischen Recht findet sich das Nöthige in der Note ⁵ bemerkt.

³ Vgl. über die verschiedenen Ansichten Puchta § 174 a. E. und Vorles. dazu, Sintenis I S. 537—538, Arndts § 195⁴, Wächter in der bei § 223 citirten Schrift S. 27 fg. (der zweiten Ausg.), Dernburg I § 260². RG. XV S. 184.

⁴ Der Zweifel, ob diese Re nicht Mehr als Re an fremder Sache seien, liegt bei ihrer großen Umfassendheit sehr nahe. Schon Gajus (III. 145) mußte diesen Zweifel zurückweisen, und für die Emphyteusis hat Kaiser Zeno durch eigenes Gesetz (l. 1 C. 4, 66) ausdrücklich erklärt, daß sie zwar Mehr als Pacht., aber weniger als Eigenthumr. sei. S. auch l. 1 § 1 D. 6, 3, l. 3 § 4 D. 27, 9, l. 71 § 5. 6 D. 30, l. 86 § 4 D. eod., l. 19 pr. D. 39, 2, l. 2 D. 43, 18, l. 49 D. 50, 16, l. 10 D. 10, 2. Allerdings aber drängt sich bei diesen Re die Vorstellung, daß der Berechtigte die Sache habe, und nicht bloß ein Re an der Sache, fortwährend ein; den prägnantesten Ausdruck hat diese Vorstellung in l. 1 pr. D. 13, 3 gefunden, und nicht überall hat sie ihre Wirksamkeit auf die Gestaltung des Ausdrucks beschränkt. Vgl. außer den Schriftstellern, welche an dem im Texte bezeichneten Orte genannt sind, noch Thibaut civil. Abhandlungen Nr. 11, Arndts in Weiste's Alex. III S. 851. 852, Schmid Handb. (näher citirt beim folgenden §) II § 20^o. § 25^o, Bangerow I § 358 Anm. Ueber und gegen die Idee Büchel's (civilistische Erörterungen I. 3 S. 22—71. II S. 282—283, 2. Aufl. I S. 471), welcher das Wesen von Emphyteusis und Superficies darin sieht, daß sie Re auf Ausübung fremden Eigenthums seien (über-einstimmend, wenigstens in Betreff der Emphyteusis, Elvers Servitutenlehre § 34), s. Arndts 3E. f. GR. u. Pr. N. F. III S. 245 fg.

⁵ Das Justinianische Re der Emphyteusis hat eine doppelte Wurzel, eine weströmische und eine oströmische; die Bezeichnung Emphyteusis gehört der oströmischen Bildung an, während in dem weströmischen Theil des Reiches das ent-

I. Emphyteusis*.

A. Rechte und Pflichten des Emphyteuta.

§ 219.

Der Emphyteuta hat das Recht der vollständigen Nützung des fremden Grundstücks¹, ohne daß er an die dem Nießbraucher gezogenen Schranken (§ 203) gebunden wäre; nur verschlechtern darf er das Grundstück nicht². Die Früchte erwirbt er wie der Eigenthümer, durch die bloße Trennung von der Hauptsache³. Er überträgt sein Recht auf seine Erben⁴, und kann es von Todes wegen wie unter

sprechende *R. ius in fundo vectigali* genannt wurde. Justinian's Compilatoren haben aus dem doppelten *R. ius* ein einziges gemacht (vgl. die Rubrik von Dig. VI, 3 „*si ager vectigalis i. e. emphyteuticarius petatur*“, auch l. 15 § 1 D. 2, 8). Das *R.* desjenigen, welchem ein *ager vectigalis* verliehen worden war, war ursprünglich kein dingliches *R.*, sondern nur ein Pachtz.; dem Pächter gewährte aber der Prätor (vgl. *Arndts im Alex. III* §. 852²⁷, deni. 3S. f. *Ch. u. Pr. R. F. III* §. 280—282) mit Rücksicht auf die immerwährende oder lange Dauer der Pacht eine *actio in rem* (l. 1—3 D. tit. cit.), und aus dieser *actio in rem* hat dann die Jurisprudenz die Dinglichkeit des *R.* entwickelt (l. 71 § 5. 6 D. 30). In gleicher Weise war die *Superficies* ursprünglich nur obligatorisches *R.*, und ist zum dinglichen *R.* ebenfalls auf Grund der vom Prätor verliehenen *actio in rem* geworden (l. 1 pr. § 1. 3 D. 43, 18, l. 73 § 1 — l. 75 D. 6, 1, l. 19 pr. D. 39, 2, l. 86 § 4 D. 30). Vgl. Schmidt (von Jmenau) *Jahrb. des gem. R. III* §. 249⁸, A. Vuy citirt beim folgenden §, *Arndts in Weiske's Alex. III* §. 849—851, Rudorff 3S. f. *gesch. RW. XI* §. 219 fg., Pernice *Parerga II* §. 84 fg.

- * Dig. 6, 3 *si ager vectigalis i. e. emphyteuticarius petatur. Cod.*
 ✓ 4, 66 *de iure emphyteutico*. — Gesterding ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigenthum und solchen *Ren*, die ihm nahe kommen §. 406—443 (1817).
 ✓ A. Vuy *de originibus et natura iuris emphyteutici Romanorum* (1838).
 ✓ *Arndts in Weiske's Alex. III* §. 849—884 (1844). Schmidt *Handbuch des gegenwärtig geltenden gemeinen deutschen bürgerlichen R. II* §. 1—57 (1848). Dantwardt *Jahrb. f. Dogm. XIV* §. 322 fg. (1875). Dieser Aufsatz beruht auf der willkürlichen und unbewiesenen Annahme, daß sich die Emphyteuse aus dem *Precarium* entwickelt habe, und auf der besonderen Auffassung, welche der Verf. vom Wesen des *Precarium* hat (II § 376²). Glück VIII §. 378—556, *Sintenis I* § 55, *Dernburg I* § 260. [Dufour *de l'emphytéose. Thèse de Paris* 1893.]

§ 219. ¹ Es ist oben bemerkt worden, daß das Institut der Emphyteusis auf fruchttragende Grundstücke berechnet sei; daß es bei Gebäuden unmöglich sei, darf nicht behauptet werden. Nov. 7 c. 3 § 2, Nov. 120 c. 1 § 2, l. 15 § 26 D. 39, 2. v. Buchholz *Abhandl.* §. 306—309, *Arndts* §. 853, 854, Schmidt § 20¹¹.

² Nov. 7 c. 3 § 2, Nov. 120 c. 8.

³ L. 25 § 1 D. 22, 1. Vgl. Schmidt §. 55—56, Göppert die organischen Erzeugnisse §. 313 fg. — Auf den Schatz hat der Emphyteuta keinen Anspruch; doch ist dieß bestritten. Vgl. Schmidt § 22²¹, *Arndts* §. 855.

⁴ § 3 I. 3, 24, l. 1 pr. D. 6, 3. Die für kirchliche Emphyteuten in Nov.

Lebenden veräußern⁵; ebenso kann er es verpfänden⁶. Er kann das seinem Recht unterworfenen Grundstück mit Dienstbarkeiten beschweren⁷, natürlich nur für die Dauer seines Rechts⁸. Gegen Jeden, welcher ihm das Grundstück vorenthält, hat er einen Anspruch auf Herausgabe desselben, und kann diesen Anspruch klagend verfolgen⁹; das Nähere für denselben bestimmt sich nach der Analogie des Eigenthumsanspruchs¹⁰. In gleicher Weise kann er eine dem Grundstück zustehende Dienstbarkeit, so wie die Freiheit des Grundstücks gegenüber einem Dienstbarkeitsanspruch, geltend machen und im Proceffe vertreten¹¹. Gleiche Ansprüche, wie die wirklich begründete Emphyteuseis, gewährt der redliche Erwerb derselben gegenüber einem Jeden, welcher

7 c. 3 pr. vorgeschriebene Beschränkung der Erbllichkeit ist später wieder weggefallen, Nov. 120 c. 1 § 2. c. 6 § 1. c. 7 X 3, 13. Schmid § 22⁵, Arndts § 855⁶.

⁵ § 3 I. cit., l. 71 § 5. 6. l. 39 § 5 D. 30, l. 3 C. 4, 66. Bei der Umfassendheit des R. liegt es nahe, als Gegenstand der Veräußerung, wie beim Eigenthum, die Sache selbst zu bezeichnen, und das thun die drei ersten der citirten Stellen (vgl. auch l. 66 pr. D. 21, 2) in der That; aber deswegen ist es in der Wirklichkeit nicht weniger ein R. an fremder Sache, welches veräußert wird. L. 71 § 6 cit. „Sed et si non municipibus, sed alii fundum vectigalem legaverit, non videri proprietatem rei legatam, sed id ius, quod in vectigalibus fundis habemus“. Vgl. auch l. 29 pr. D. 7, 4, wo es selbst vom Nießbraucher das eine Mal heißt, daß er „usumfructum“, das andere Mal, daß er „fundum“ vermiethe.

⁶ L. 16 § 2 D. 13, 7, l. 31 D. 20, 1. Diese Stellen bezeichnen ebenfalls als Gegenstand der Verpfändung nicht das R., sondern die Sache. Vgl. § 227⁶.

⁷ L. 1 pr. D. 7, 4. Vgl. Thibaut Versuche II §. 303—310, v. Buchholz Versuche §. 199—200, Schmid § 22¹¹.

⁸ Nur in dem Falle überdauern sie sein R., wo dasselbe durch Zusammen treffen mit dem Eigenthumsre erlischt. In diesem Falle dauert auch das an der Emphyteuse bestellte Pfandr. fort. Vgl. § 65⁸, § 205⁴ a. G., § 206¹⁰ a. G., § 248¹¹, und über die verschiedenen Ansichten Arndts §. 856, Friß ACPr. VIII §. 296 fg. und Erläuterungen I §. 270 fg., Schmid § 22¹², Dernburg Pfandr. I §. 221, Scheurl fr. VZS. II §. 445 unt. 446, Bekker das. VI §. 482, Büchel Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch §. 59. 60, F. P. Bremer ✓ das Pfandr. und die Pfandobjecte (1867) §. 153, Exner Kritik des Pfandr. begriffs (1873) §. 79, Rohler gesammelte Abhandlungen I §. 295 fg., Dernburg I § 273⁴.

⁹ Er hat eine in rem actio, welche den besonderen Namen vectigalis actio führt. L. 1 § 1 D. 6, 3, l. 15 § 26 D. 39, 2, l. 66 pr. D. 21, 2. Vgl. Lenel Edictum perpetuum §. 146 fg.

¹⁰ Die actio des Emphyteuta ist eine utilis rei petitio, l. 16 D. 8, 1.

¹¹ Er hat utilis confessoria actio (utilis servitutis petitio) und utilis negatoria actio. Für die confessoria sagt dieß ausdrücklich l. 16 D. 8, 1, für die negatoria folgt es aus der utilis rei petitio.

nicht seinerseits Eigenthum an dem Grundstück oder wenigstens rechtlichen Erwerb desselben darthun kann¹².

§ 220*.

Der Emphyteuta ist verpflichtet, das Grundstück in gutem Stande zu erhalten¹. Er muß die Lasten der Sache tragen², und dem Eigentümer der Sache eine jährliche Abgabe entrichten³. Die Höhe der Abgabe bestimmt sich durch die bei der Verleihung gemachte Festsetzung; regelmäßig steht sie zu dem Fruchttertrag des Grundstücks in keinem Verhältniß, da die Emphyteusis auf Verbesserung des Grundstücks durch den Empfänger berechnet ist⁴. So lange die Abgabe

¹² Der Emphyteuta hat die *Publiciana actio*, l. 12 § 2 D. 6, 2. Vgl. § 217°.

* [Heinze die Pflichten des Emphyteuta gegenüber dem Dominus. Erl. Diff. 1896.]

§ 220. ¹ Nov. 7 c. 3 § 2, Nov. 120 c. 8. — Compensation der Verbesserungen mit den Verschlechterungen: Thibaut Versuche II. 15 Nr. 2. — Kann der Emphyteuta für seine Verbesserungen von dem Eigentümer Ersatz verlangen? Für gewisse Fälle des Verlustes der Emphyteuse zur Strafe ist die Frage gesetzlich verneint, l. 2 C. 4, 66, Nov. 7 c. 3 § 2, Nov. 120 c. 8. Sie ist aber überhaupt zu verneinen; der Emphyteuta hat seinen Ersatz darin, daß er seine Verbesserungen genießen oder (den Genuß derselben) veräußern kann (vgl. l. 3 C. 4, 66). Doch ist dieser Punkt bestritten; vgl. Arndts S. 888, Schmid § 23¹. — Vgl. noch Cf. XXIV. 18.

² L. 2 C. 4, 66. Schmid § 23¹¹.

³ In den Quellen *canon, pensio, vectigal, redditus* genannt, § 3 I. 3, 24, l. 1 pr. l. 2 D. 6, 3. — Die Obligation auf Entrichtung der jährlichen Abgabe ist einerseits mit dem emphyteutischen R. und andererseits mit dem Eigenthum als solchem verbunden, und geht daher mit diesen Rechten auf jeden neuen Erwerber derselben über, ohne daß es erst eines neuen Vertrages mit dem neuen Eintretenden bedürfte. Schmid S. 81. A. M. Unterholzner Schuldverhältnisse II S. 364, H. Muehler *de iure emphyteutico transferendo* § 7. 10—14 (1885), Wächter a. a. O. S. 88 fg. (der zwar unmittelbar bloß von der *Superficies* spricht, aber unzweifelhaft das Gleiche für die Emphyteusis behauptet haben will), Matthiaß die römische Grundsteuer und das Vectigal. S. 64, 65, und für das R. vor Nov. 120 Brinz 1. Aufl. S. 287, 288 (2. Aufl. I S. 822). Dawid Bernice *Labeo* I S. 479 und namentlich *Parerga* S. 84 fg. 91 fg. Vgl. noch Fhering *Jahrb. f. Dogm.* X S. 557 fg., Kohler *Pfändel. Forschungen* S. 210 fg. Näheres in Note ⁵.

⁴ Die Emphyteusis stellt den Eigentümer so außerordentlich ungünstig, drückt sein Eigenthumstr. so sehr auf einen bloßen Namen hinunter, daß der Eigentümer sich zu einer solchen Verleihung, abgesehen von ganz besonderen Fällen, nur dann entschließen wird, wenn es ihm an Arbeits- und Capitalkraft fehlt, um sein Grundstück in denjenigen Zustand zu versetzen, in welchem es einen Fruchttertrag zu gewähren im Stande ist. — Wie ist es, wenn bei der Verleihung festgesetzt werden sollte, daß gar keine Abgabe zu entrichten sei? Gewöhnlich

nicht entrichtet ist, braucht der Eigenthümer die Ausübung des emphyteutischen Rechts nicht zu gestatten⁵. Rückstände gehen auf den neuen Erwerber der Emphyteuse über⁶. Auf Erlaß wegen geschmälernten

nimmt man die Verpflichtung zur Entrichtung einer Abgabe in die Definition des *Res institutus* auf, und Arndts (S. 884) erklärt die Abgabe ausdrücklich für wesentlich zum Dasein der Emphyteusis. Aber ich sehe nicht ein, warum eine solche Festsetzung ungültig, oder wegen ihrer das verleihe *R.*, wenn nur die Absicht der Begründung einer Emphyteusis sonst feststeht, weniger unter den Grundsätzen von der Emphyteusis stehen sollte. Vgl. auch Wächter in der bei § 223 citirten Schrift S. 59 fg. (der zweiten Ausg.)

⁵ Dieß geht hervor aus l. 16 § 2. l. 17 D. 13, 7, vgl. l. 15 D. 20, 4, welche Stellen den Satz enthalten, daß der Eigenthümer wegen der rückständigen Abgaben dem Pfandgläubiger (demjenigen, dem die Emphyteusis verpfändet worden ist) vorgehe. Dieß erklärt sich nur entweder aus einem dem Eigenthümer zustehenden gesetzlichen und privilegiirten Pfandr., von dem nichts bekannt ist, oder in der im Text bezeichneten Weise. S. auch l. 1 pr. D. 6, 3, Gai. III. 145. — Die in Note ⁵ citirten Schriftsteller sind der Ansicht, daß der Eigenthümer gegen den Sondernachfolger des Emphyteuta nur das im Text bezeichnete *R.* habe. Wächter: die Erstreckung der Schuld auf den Sondernachfolger sei eine zu tief in die Principien des r. *R.* einschneidende Anomalie, als daß sie angenommen werden dürfte; überdieß ergebe sich aus dieser Erstreckung ein *ius in re* (Reallast) an eigener Sache. Aber das letztere Argument setzt doch eben voraus, daß die Reallast ein dingliches *R.* sei, was sie meiner Ansicht nach nicht ist; und was das erste Argument angeht, so ist zuvörderst zu bemerken, daß auch das Pfandr. mit obligatorischen Verpflichtungen verbunden ist, und der Uebergang dieser Verpflichtungen auf den Sondernachfolger in das Pfandr., soviel ich weiß, von Niemandem beanstandet wird. Daß diese Verpflichtungen nicht eine Gelddabgabe, sondern ein gewisses Verhalten in Betreff der Pfandsache zum Gegenstand haben, kann keinen Unterschied machen. Zu erinnern ist auch an die *servitus oneris ferendi* (§ 211a⁵) und, wenn auch nicht an die Trajanische Alimentenstiftung (wegen ihres öffentlichen Charakters), doch an Plin. Ep. VII. 18. — Frage: denkt sich vielleicht das r. *R.* die Abgabe als eine Werthminderung des emphyteutischen Rechts? Vgl. D. Müller Beiträge zur system. Darstellung des *R.* Sächsischen Civilr. I S. 7 fg.

⁶ Ich stütze diesen Satz auf l. 39 § 5 D. 30. „*Heres cogitur legati praedii solvere vectigal praeteritum, vel tributum, vel solarium, vel cloacarium, vel pro aquae forma*“, d. h. der Erbe muß die genannten Abgaben dem Vermächtnisnehmer, welcher seinerseits dem Gläubiger zu ihrer Entrichtung verpflichtet ist, ersetzen. Diese Auslegung ist nothwendig in Betreff der öffentlichen Abgaben (l. 7 pr. D. 39, 4, l. 36 D. 49, 14, l. 5 § 2 D. 50, 15, l. 2 C. 10, 16), und muß daher auch gemacht werden in Betreff des von dem *Superficiar* zu entrichtenden *solarium*, deswegen aber auch in Betreff des von dem Emphyteuta zu entrichtenden *vectigal* — wenn man nicht geradezu unter dem *vectigal* der Stelle auch das emphyteutische *vectigal* mit verstehen will. Dernburg Pfandr. I § 349¹ versteht darunter nur das emphyteutische *vectigal* (vgl. auch Pernice a. a. D. S. 88), während Wächter a. a. D. S. 97 und nach ihm das Erl. des *LAG.* zu Hofst. bei Budde Entscheidungen zc. VII S. 101 fg. 315 69 (Sf. XXVIII. 203) auch unter *solarium* nur eine öffentliche Abgabe verstanden wissen wollen, und sich danach gegen den im Text aufgestellten Satz *Bindisch eib*, Banden. 8. Aufl. I. Band. 63

Fruchtertrages, wie der Pächter, hat der Emphyteuta keinen Anspruch⁷. — Will der Emphyteuta veräußern, so muß er den Eigentümer um seine Zustimmung angehen; dieser kann die Zustimmung zwar nicht willkürlich versagen, darf sich aber für die Ertheilung derselben eine Abgabe von 2^o/₁₀₀ des Kaufpreises bez. des Werthes der Emphyteufis entrichten lassen. Ertheilt der Eigentümer seine Zustimmung, ohne Grund für die Versagung zu haben, binnen zwei Monaten nach gestelltem Gesuch nicht, so kann der Emphyteuta ohne Zustimmung des Eigentümers veräußern. Für den Fall des Verkaufs steht dem Eigentümer ein Vorkaufsrecht zu; er muß sich aber über die Ausübung dieses Rechts binnen zwei Monaten nach gemachter Anzeige erklären⁸.

2. Begründung der Emphyteufis.

§ 221.

Der hauptsächlichste Grund der Entstehung der Emphyteufis ist Vertrag zwischen dem Eigentümer und demjenigen, welcher die Emphyteufis erwerben soll. Bei kirchlichen Emphyteusen bedarf dieser Vertrag schriftlicher Abfassung¹, bei andern nur insofern, als durch den Vertrag etwas von den gesetzlichen Regeln Abweichendes festgesetzt wird². Besitzübergabe ist zur Entstehung des emphyteutischen Rechts

erklären. Ein Beweis für diese Beschränkung des Sinnes des Ausdrucks *solarium* ist nicht beigebracht. Vgl. auch Pernice a. a. O. S. 90. (Wenn hingegen Pächter geltend macht, daß aus l. 39 § 5 cit. nicht hervorgehe, in welcher Weise der Rückstand gegen den neuen Erwerber geltend zu machen sei, so ist dem beizustimmen, und so habe ich zurückgenommen, was in der 3. Ausgabe gesagt war, daß die Stelle einen Beweis auch für das in der vorigen Note Gesagte liefere.) S. jetzt auch Dernburg I S. 627.

¹ L. 1 C. 4, 66. Manche sind anderer Meinung, namentlich wegen l. 15 § 4 i. f. D. 19, 2, welche Stelle aber füglich auf die Pachtung von Gefällen bezogen werden kann. Vgl. Arndts S. 862—864, Schmid S. 32—34, Sangew § 359 Anm.

² Die hier angegebenen Verpflichtungen des Emphyteuta in Betreff der Veräußerung beruhen auf l. 3 C. 4, 66. Die Annahme des neuen Emphyteuta muß der Eigentümer durch eine von ihm vollzogene Urkunde, oder gerichtlich zu Protokoll oder vor einem Notar erklären. Die für die Ertheilung des Consenses zu entrichtende Abgabe wird heutzutage Laudemium, Handlohn, Lehnwaare genannt; nach der Praxis fällt sie dem Erwerber zur Last. Ist die Frist von 2 Monaten für die Ausübung des Vorkaufsrs. eine andere, als die Frist von 2 Monaten für die Ertheilung des Consenses? Dem Wortlaut der Stelle nach allerdings. Vgl. über diese und andere Fragen Arndts S. 864—867, Schmid S. 18. 36—39.

§ 221. ¹ Nov. 120 c. 6 § 2. Doch ist es nicht unbefritten, daß die schriftliche Abfassung Bedingung der Gültigkeit des Vertrags sei. Schmid § 21^o.

² L. 1 C. 4, 66. Andere leugnen die Nothwendigkeit schriftlicher Abfassung

nicht erforderlich³. — Die Emphyteufis kann aber nicht bloß durch Rechtsgefchäft unter Lebenden, sondern auch durch Vermächtniß des Eigenthümers begründet werden⁴. Sie kann ferner durch richterlichen Spruch⁵, und endlich auch durch Erfindung begründet werden, mag an der Sache bisher eine Emphyteufis noch nicht bestanden haben, so daß der Eigenthümer es ist, welcher durch die Erfindung verliert, oder mag die Sache bereits einer Emphyteufis unterworfen gewesen sein, so daß das Recht des bisherigen Emphyteuta es ist, welches durch die Erfindung ausgeschlossen wird⁶. Zwar ist die Erfindung der Emphyteufis in den Quellen nicht ausdrücklich anerkannt⁷; aber es ist nicht einzusehen,

für diesen Fall, während noch Andere sie für alle Fälle behaupten. Vgl. Arndts S. 870. 871, Schmid § 21⁸.

³ Dieselbe wird in den Quellen nirgends verlangt; umgekehrt heißt es in l. 1 § 1 D. 6, 3.: „qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem . . .“. Duroi *UCPra.* VI S. 397, *Fasse Rhein. Mus.* I S. 93, Arndts S. 869, Schmid (von Ilmenau) *Jahrb. d. gem. R.* III S. 250—253, vgl. auch Wächter a. a. D. S. 61 fg. Doch hat auch die entgegengesetzte Ansicht viele Anhänger; s. Schmid S. 10 und die das. in *Rote* ⁹ Genannten, *Penel Jahrb. f. Dogm.* XIX S. 191, *Dernburg I* § 260⁹. — In Deutschland kommt auch hier die Grundbuchfrage in Betracht.

⁴ Ohne daß, wie Einige behaupten, ein besonderer Contract zwischen Erbe und Vermächtnißnehmer nöthig wäre. Arndts S. 871—872, Schmid § 21⁸. Vgl. Wächter a. a. D. S. 98 fg.

⁵ Zwar ist es nicht wohl denkbar, daß der Richter im Theilungsproceß zur Begründung einer nicht bestehenden Emphyteufis Veranlassung haben könnte; aber man denke an den Fall einer kräftigen Verurtheilung zur Bestellung einer Emphyteufis. S. § 173⁴, § 214². Vgl. Wächter a. a. D. S. 104 fg.

⁶ Man pflegt in dem zweiten dieser Fälle von Uebergang einer bestehenden Emphyteufis durch Erfindung zu reden (so auch Arndts S. 877 [anders seit der 5. Auflage der *Pandekten* § 198 Anm.], *Puchta Pand.* § 177⁴). Das ist nicht zu billigen; der ganze Begriff der f. g. *Translativverjährung* (Unterholzner *Verjährungslehre I* § 2) ist unhaltbar. Die Verjährung überträgt nie das R., welches bis dahin der Eine gehabt hat, auf einen Andern, sondern sie erzeugt für den Erwerber ein neues, d. h. von dem Re irgendwelchen Vorgängers unabhängiges R. Schirmer die Grundidee der *Usucapion* S. 65, Wächter a. a. D. S. 107 fg. (vgl. dens. *Württemb. Privatr.* II S. 612 Anm. 4). Daher findet in den beiden im Text genannten Fällen ein juristischer Unterschied nicht statt; in beiden wird eine Emphyteufis, welche bis dahin noch nicht bestanden hat, erzeugt. (Arndts in der oben genannten Stelle seiner *Pandekten* leugnet die juristische Unterschiedslosigkeit beider Fälle auch jetzt noch; bei der f. g. *translativen* Erfindung sei der ursprüngliche Begründungsact für die Re und Pflichten des Emphyteuta maßgebend. Dagegen bemerkt Wächter a. a. D. S. 107¹¹ mit Recht, daß für die Wirkung der Erfindung nichts Anderes maßgebend sei, als das Verhältniß, wie es während der Erfindungszeit bestanden hat.) Vgl. auch § 175⁴.

⁷ Ja für den zweiten der genannten Fälle wird die Zulässigkeit der *usucapio* ausdrücklich gelehnet, l. 12 § 2 D. 6, 2 (wo übrigens übereinstimmend mit dem

weshwegen sie im Sinne des römischen Rechts bei der Emphyteufis unzulässig sein sollte, wenn sie einerseits beim Eigenthum und andererseits bei den Dienstbarkeiten zulässig ist⁸. Im Besonderen muß die Analogie der Nießbrauchserfizung entscheiden⁹.

Eine bestehende Emphyteufis kann übertragen werden durch die Willenserklärung des Emphyteuta, lektwillige oder vertragsmäßige⁹, sowie durch Verfügung des Richters¹⁰. Bei Uebertragung durch Willenserklärung unter Lebenden wird nach Analogie des für den Eigenthumserwerb Geltenden Besitzübergabe verlangt¹¹.

in § 218⁴ Gesagten, als Gegenstand der usucapio nicht das ius in praedio vectigali, sondern das praedium vectigale selbst genannt wird), vgl. l. 15 § 26 D. 39, 2. Aber dadurch ist die Zulässigkeit der Erfizung überhaupt ebensowenig ausgeschlossen, wie sie es bei den Dienstbarkeiten dadurch ist, daß die lex Scribonia die usucapio servitutum aufgehoben hat.

⁸ Für die Erfizung s. Arndts S. 872—874. 877—878, Schmid S. 11—14, F. Franke ACPr. XLIV S. 119 fg.; der Letztere hält für entscheidend die in der vorigen Note genannte l. 12 § 2 D. 6, 2, indem er von der daselbst für das ius in agro vectigali gewährten Publiciana auf die Erfizbarkeit desselben zurückschließt, und die usucapio, deren Zulässigkeit die Stelle leugnet, auf das Eigenthum bezieht. Ueber l. 14 C. 11, 62 [61] s. Schmid a. a. D.¹⁰, Franke a. a. D. S. 119. Die Frage ist übrigens sehr bestritten. Andere schließen entweder die Erfizung ganz aus, oder wollen nur die außerordentliche zulassen, machen auch wohl einen Unterschied zwischen begründender und übertragender Erfizung (*). Vgl. Unterholzner Verjährungslehre II § 239. 240, Buchta § 177, Bangerow I § 360 Anm. Nr. 2, Sintenis I § 55⁷⁷, und die Literaturübersicht bei Franke a. a. D. S. 116—118. Wendt Pand. S. 398. — Kann eine Emphyteufis auch in der Weise durch Erfizung begründet werden, daß das Eigenthum ohne die Emphyteufis erfaßt wird? (Der Eigenthümer gerirt sich als Emphyteuta, und wird als solcher von dem Nichteigenthümer, welcher sich für den Eigenthümer hält, anerkannt.) Die Frage ist zu verneinen für den Fall, wo die Ausübung der Emphyteufe durch den Eigenthümer auf der Einräumung des Nichteigenthümers beruht, weil hier der Nichteigenthümer den Besitz verliert. S. § 156⁸, und außer den daselbst Citirten Schmid S. 15. 16.

⁹ Nicht die Analogie der Eigenthumserfizung. Wenn man die Emphyteufis als R. an fremder Sache anerkennt, so muß man sie auch als solches behandeln, wo die Quellen nicht ausdrücklich das Gegentheil bestimmen (vgl. ¹¹). Unter den Dienstbarkeiten aber steht der Nießbrauch der Emphyteufis am nächsten. Vgl. Wächter a. a. D.; a. M. Schmid und Franke a. a. D.

⁹ S. § 219⁶.

¹⁰ L. 7 pr. D. 10, 3, l. 10 D. 10, 2, l. 15 § 26 D. 39, 2, f. außerdem Note ⁵.

¹¹ Ich glaube nicht, daß dieß bestritten werden kann. L. 12 § 2 D. 6, 2 knüpft an die Tradition die Publiciana actio an, die Publiciana aber verlangt, was den Titel angeht, nichts, was nicht auch für das R. selbst erforderlich wäre. Vgl. auch l. 1 § 7 D. 43, 18: „Sed et tradi posse intellegendum est (sc. superficiei)“. A. M. F. P. Bremer das Pfand. und die Pfandobjecte (1867) S. 77—78.

3. Beendigung der Emphyteufis.

§ 222.

Abgesehen von den in § 165 genannten allgemeinen Beendigungsgründen der dinglichen Rechte, durch welche mit der Emphyteufis auch das Eigenthum beendigt wird, und abgesehen von dem Zusammenkommen von Eigenthum und Emphyteufis in derselben Hand, wodurch die Emphyteufis kraft ihres Wesens als Recht an fremder Sache ihre Existenz verliert, hört die Emphyteufis durch folgende Thatfachen auf¹:

1) durch den Eintritt der auflösenden Bedingung und Befristung, unter welcher sie verliehen worden ist²;

2) durch Aufgabe von Seite des Berechtigten, welche aber, wenn sie unter Lebenden erfolgt, um wirksam zu sein, vom Eigenthümer acceptirt sein muß³;

¹ Zu den im Folgenden genannten Thatfachen wird von den meisten Schriftstellern noch hinzugefügt der unbeeerbte Tod des Emphyteuta. Es ist aber nicht abzusehen, warum nicht die Emphyteufis mit dem übrigen Vermögen an den Fiscus fallen sollte. So auch Fritz ACPr. VIII S. 295²⁰ und Erläuterungen I S. 404, Sintenis I § 55²⁰, vgl. auch Wächter (cit. bei § 223. S. 123.) Andere Schriftsteller, welche sich für diese Meinung ausgesprochen hätten, kenne ich nicht. Vgl. Glüd VIII S. 522, Schmid § 24⁶.

² S. § 90⁴, § 86²; l. 3 D. 6, 3. Vgl. auch Schmid § 24⁴.

³ Vgl. § 215¹¹. Bis zur Acceptation besteht also die Emphyteufis fort. Bis zur Acceptation ist daher auch der Emphyteuta von seinen Pflichten nicht frei, und wenn die Acceptation verweigert wird, wird er von seinen Pflichten überhaupt nicht frei. Das Vektere ist freilich bestritten (dawider Arndts S. 878, Schmid § 24⁹, Bacher Jahrb. für Dogm. V S. 253—255, Brinz 2. Aufl. I S. 826); aber der bezeichneten Consequenz gegenüber wird es so lange behauptet werden müssen, bis sich für das Gegentheil ein Quellenzeugniß beibringen läßt, und dieß ist nicht möglich. Denn ein Rückschluß von dem für den Nießbrauch Anerkannten (§ 215¹¹) ist in dieser Beziehung nicht erlaubt, da der Nießbrauch viel mehr lediglich im Interesse des Berechtigten besteht, als die Emphyteufis (auch abgesehen davon, daß die Emphyteufis auf Cultivirung des Grundstücks berechnet ist, schon wegen der Verpflichtung zur Zahlung des Canons). Hiernach kann die Beweisraft der l. 3 C. 11, 62 [61], welche man für die hier verteidigte Meinung ebenfalls geltend gemacht hat, dahin gestellt bleiben (vgl. Unterholzner Schulberh. II S. 365⁶). Nur wenn in einem gegebenen Falle weder ein Canon zu entrichten, noch die Emphyteufis auf eine im Interesse des Eigenthümers vorzunehmende Cultivirung des Grundstücks berechnet wäre, würde dem Emphyteuta einfache Dereliction zu gestatten sein. Vgl. Wächter a. a. O. S. 120 fg. A. R. Dernburg²⁰. [Lidow (§ 215¹¹) S. 28 fg., f. auch Meißels Grünh. § S. XVIII S. 689 fg.] — Das Gleiche muß gelten, wenn die Emphyteufis durch Vermächtniß zurückgegeben wird (l. 71 § 5 D. 30), und der Eigenthümer dieses Vermächtniß ausschlägt.

3) durch Verjährung, aber nicht durch bloße Nichtausübung^{3a} von Seiten des Berechtigten, sondern durch Erfindung der Freiheit von Seiten des Gegners⁴;

4) durch Verwirkung des Berechtigten⁵. Derselbe verliert zur Strafe sein Recht in folgenden Fällen: a) wenn er das Grundstück deteriorirt⁶; b) wenn er mit der Entrichtung der an den Eigenthümer zu leistenden Abgabe oder der öffentlichen Abgaben drei Jahre rückständig bleibt⁷ — bei kirchlichen Emphyteusen genügt in Betreff der dem Eigenthümer zu leistenden Abgabe schon zweijährige Säumniß⁸; c) wenn er veräußert, ohne die ihm für diesen Fall obliegenden Pflichten (§ 220 Note 8) zu erfüllen⁹. Der Verlust der Emphyteufis tritt mit diesen Thatfachen ohne weiteres ein¹⁰; wenn der Eigenthümer sein Recht

^{3a} Dieß habe ich in der 1. Auflage behauptet, indem ich auf die Analogie des Nießbrauchs verwies. Aber mit Recht bemerkt dagegen Wächter (cit. bei § 223) S. 112, daß der Untergang der Dienstbarkeiten durch bloße Nichtausübung etwas so Besonderes sei, daß es mehr als bedenklich sein würde, diese Art der Verjährung auf andere dingliche Re zu übertragen. Daraus, daß die Emphyteufis kein Eigentumsr. ist, folgt noch nicht, daß sie in allen Beziehungen nach den Grundfäden gerade von den Dienstbarkeiten behandelt werden muß.

⁴ Nach Analogie der Erfindung der Pfandfreiheit. S. § 248, 3. So auch die herrschende Meinung, vgl. Arndts S. 879—880, Schmid S. 43—45, Unterholzner Verjährungslehre II § 241. A. M. Wächter a. a. O. S. 109 fg., welcher hier, wie beim Pfandr., nur Verjährung des Anspruchs (der Klage) annimmt. S. dagegen § 248¹⁷. Man bemerkt noch: wenn es eine das R., nicht bloß die Klage, aufhebende Verjährung gibt sowohl bei dem Höheren, dem Eigentum, als dem Ninderen, der Dienstbarkeit, warum sollte es eine solche Verjährung nicht auch bei dem Mittleren, der Emphyteufis, geben? [RG. XXII S. 198 fg.]

⁵ Man spricht in diesen Fällen gewöhnlich von einer „Privation“ des Berechtigten.

⁶ Nov. 120 c. 8, Auth. *Qui rem C. 1, 2*. Diese Stellen handeln zwar nur von kirchlichen Emphyteusen; aber sie stellen neben den Emphyteuta den gewöhnlichen Pächter, und für die Pacht gilt der gleiche Grundsatz (l. 3 C. 4, 65). Vgl. c. 2 § 7 C. 10 qu. 2 und Schmid § 24^{14—19}.

⁷ L. 2 C. 4, 66. Daß die entscheidenden Worte dieser Stelle: „*si solitam pensionem vel publicarum functionum apochas non reddiderit*“, theils wegen des unmittelbar vorhergehenden „*si solitam pensionem vel publicarum functionum apochas non reddiderit*“, theils wegen Nov. 7 c. 3 § 2. Arndts S. 881¹⁵⁷, Schmid § 24²⁰. — Mahnung durch den Eigenthümer ist nicht erforderlich, l. 2 C. 4, 66, c. 4 i. f. X. 3, 18. Vgl. hierüber und über andere hierher gehörige Fragen Arndts S. 880, 881, Schmid S. 47—51.

⁸ Nov. 7 c. 3 § 2, Nov. 120 c. 8, c. 4 X. 3, 18.

⁹ L. 3 i. f. C. 4, 66, c. 4 X. 3, 18.

¹⁰ L. 2 C. 4, 66: — „*suo iure is, qui emphyteusin suscepit, cadat*“.

Klagend verfolgt, so hat der von ihm erlangte Richterspruch nur declaratorische Bedeutung. Jedoch ist natürlich der Eigenthümer nicht genöthigt, von seinem Recht Gebrauch zu machen; thut er es nicht, so wird es so angesehen, als sei die Emphyteusis nie verloren worden¹¹.

[Dem §§. ist die Emphyteusis unbekannt; sie ist auch kein Erbpachtrecht im Sinne von CG. 63.]

II. Superficies*.

§ 223.

Das Recht der Superficies beruht auf der Vorstellung, daß Jedem ein Gebäude oder eine sonstige auf oder unter einem Grundstück befindliche Anlage¹ gehöre ohne den Grund und Boden². Ein solches Rechtsverhältniß ist aber juristisch nicht möglich, da das mit dem Grund und Boden (dauernd) Zusammenhängende keine selbständige Existenz hat, sondern nur Bestandtheil des Grundes und Bodens

L. 3 eod.: — „iure emphyteutico cadat“. Nov. 7 c. 3 § 2: — „sient omnino extranei emphyteumatis“. In Nov. 120 c. 8: heißt es unbestimmter: — „damus licentiam eicere . . de emphyteusi“. Doch kann nach c. R. der Verlust wegen Nichterichtung des Canon durch schleunige Nachzahlung („celeri satisfactione“) abgewendet werden, c. 4 X. 3, 18. Unter „schleuniger“ Nachzahlung ist zu verstehen Nachzahlung vor der Erklärung des Eigenthümers, von seinem R. Gebrauch machen zu wollen. Arndts S. 881¹⁰⁹. Andere gestatten Nachzahlung bis zur erhobenen Klage. Schmid § 24⁹⁵.

¹¹ Ueber das Ganze s. Arndts S. 882, Schmid S. 52—54. [Segrè Festsch. f. Serafini (§ 215¹) p. 305 s., dazu Schneider fr. WZS. XXXVI S. 55 fg.]

* Dig. 43, 18 de superficibus. — Wächter das Superficiar- oder Plagr. ✓ Fünf akademische Programme. 1866—68. Zweite, sehr vermehrte und theilweise umgearbeitete Ausgabe in: Sammlung von Abhandlungen der Mitglieder der ✓ Juristenfacultät zu Leipzig, erster Band, 1868. Nach dieser Ausgabe wird hier citirt. Noch vor dieser zweiten Ausgabe ist erschienen: Degenkolb Plagr. und ✓ Miethe S. 1—124 (1868). Diese Schrift verfolgt mehr den historischen Gesichtspunkt. Ueber beide Schriften: Mandry fr. WZS. XII S. 508 fg. S. noch Pernice Parerga II S. 90 fg. — Gesterding (cit. bei § 219) S. 444—454. Schmid (bas.) S. 57—85. Sintenis I § 56. Dernburg I § 259. Schmidt (v. Jlmeneu) Sav. 3 S. XI S. 121 fg. 1890. [Lucci Arch. giur. LI p. 251 s. LII p. 500 s.]

¹ S. 19-20.

² L. 9 § 4 D. 39, 2: — „si solum sit alterius, superficies alterius“; l. 74 D. 6, 1: — „qui in alieno solo superficiem . . habet“; ebenso l. 1 § 1 D. 43, 18. Vgl. l. 3 § 7 D. 43, 17: „coenaculum . . in quo alius quasi dominus moretur“ (doch verstehen Andere unter diesem quasi dominus einen Bewohner, der sich wirklich für den Eigenthümer hält oder ausgibt, vgl. Wächter S. 33 fg. [[Schmidt S. 140⁹.]] [Pflüger Besitzlagen S. 208 fg. Ubbelohde Interdicte V, 1 S. 511 fg.] Auch in l. 12 § 3 D. 6, 2 möchte man das „a non domino“ auf den veräußernden Superficiar beziehen.

ist, daher auch nicht Gegenstand eines besonderen Rechts sein kann, sondern von dem von Grund und Boden stattfindenden Rechtsverhältniß nothwendig mit ergriffen wird^{2a}. In dieser Weise wird die Superficies zu einem Rechte an fremder Sache (Grundstück mit der darauf befindlichen Anlage)³, dessen Inhalt freilich, wie der Inhalt der Emphyteusis, aus der Vorstellung heraus bestimmt wird, daß der Superficiar Mehr als ein Recht an fremder Sache habe. So hat auch er, wie der Emphyteuta, ein unbeschränktes Benützungrecht, ja es muß ihm, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich oder stillschweigend festgesetzt ist, selbst das Recht der Verfügung über die Substanz der superficiarischen Sache zugestanden werden⁴; er überträgt sein Recht auf seine Erben⁵, und kann es von Todes wegen wie unter Lebenden veräußern⁶, so wie verpfänden⁷; er kann auf die Dauer seines Rechts Dienstbarkeiten an dem Grundstück bestellen⁸; er kann sein Recht gegen Jedermann, nöthigenfalls klageweise, geltend machen, und sowohl die dem Grundstück zustehenden Dienstbarkeiten, als die Freiheit des Grundstücks von Dienstbarkeiten im Proceße verfolgen und vertreten⁹. Auf der anderen Seite ist der Superficiar, wie der Em-

^{2a} S. § 188 a. E., § 188⁷. ¹⁰ Degenkolb S. 114 fg., Wächter S. 10 fg. 25 fg.

³ L. 2 D. 43, 18 „Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sunt, quarum proprietas et civili et naturali iure eius est, cuius et solum“. L. 86 § 4 D. 30, 1. 19 pr. D. 39, 2, 1. 49 D. 50, 16, 1. 10 D. 10, 2. [[Schmidt S. 152: Der Prätor gibt dem Superficiar ein R. nur an dem Gebäude.]] [Der Superficiar hat aber doch das R., daß das Gebäude auf dem Boden stehe, also ein R. am Boden!]

⁴ Namentlich also das R. zum Abbruch des superficiarischen Gebäudes. Ist die Absicht der Verleihung darauf gerichtet, daß der Superficiar Eigenthümer des Gebäudes werden solle, so kann dieß nicht zweifelhaft sein: anders wäre z. B. zu entscheiden, wenn Jemandem ein bereits bestehendes oder auf Kosten des Eigenthümers zu errichtendes Gebäude auf 99 Jahre vermietet, oder in „Erbpacht“ gegeben wird (¹²). Vgl. Schmidt S. 68, und namentlich Wächter S. 40—43. Wem steht das Eigenthum an dem Abbruchmaterial zu? Wächter das. S. 43—44. [[Schmidt S. 159: R. der Veränderung.]]

⁵ L. 10 D. 10, 2.

⁶ L. 1 § 7 D. 43, 18.

⁷ L. 16 § 2 D. 13, 7, 1. 14 § 3 D. 20, 1, 1. 15 D. 20, 4, 1. 1 § 6 D. 43, 18 (in welcher Stelle statt petitori zu lesen ist pignori [mit Streichung des folgenden in], oder creditori, vgl. Degenkolb S. 96¹, Wächter S. 38⁷, Mommsen in seiner Ausgabe). Als Gegenstand der Veräußerung und Verpfändung wird auch hier nicht das superficiarische R., sondern das Gebäude selbst bezeichnet. Vgl. § 227⁸.

⁸ L. 1 § 6 D. 43, 18, 1. 1 pr. D. 7, 3. Schmidt § 27¹.

⁹ Er hat utilis petitio rei, utilis confessoria und negatoria actio, eine

phyteuta, verpflichtet, die Lasten der Sache zu tragen¹⁰, und dem Eigenthümer die festgesetzte jährliche Abgabe, nach den für die Emphyteuse geltenden Grundsätzen¹¹, zu entrichten^{11a}. Dagegen liegen ihm die dem Emphyteuta in Betreff der Veräußerung auferlegten Pflichten nicht ob. — Begründet wird das Recht der Superficies durch Verleihung des Eigenthümers, letztwillige oder vertragsmäßige¹², durch

jede derselben auch als Publiciana. L. 1 pr. § 1. 3. 6 D. 43, 18, l. 78 § 1 — l. 75 D. 6, 1, l. 12 § 3 D. 6, 2. Vgl. Degenkolb S. 92 fg.

¹⁰ Dieser Satz rechtfertigt sich durch die Analogie der Emphyteuse (§ 220³) und des Nießbrauchs (§ 204⁴).

¹¹ Solarium, pensio. L. 74 D. 6, 1, l. 15 D. 20, 4, l. 2 § 17 D. 43, 8. Das Verhältniß ist das gleiche wie bei der Emphyteuse (§ 220³). Wesentlich ist diese Abgabe auch hier nicht. Wächter S. 59 fg. RG. VII S. 145. A. M. Degenkolb S. 29 fg. (vgl. ¹²).

^{11a} S. § 220⁵, und die dort gegebenen Citate.

¹² Bei letztwilliger Verleihung bedarf es auch hier, wie bei der Emphyteuse, nicht eines besonderen Contractes mit dem Erben; die an die Superficies angeknüpften obligatorischen Verpflichtungen entstehen unmittelbar mit dem Re. Wächter S. 98 fg. Bei vertragsmäßiger Verleihung kommt es auf den Namen des Vertrages nicht an. Derselbe kann unter dem Namen eines Mietilvertrages auftreten, wenn nämlich die Miethc auf immer oder doch „non ad modicum tempus“ eingegangen wird (l. 1 pr. § 3. l. 2 D. 43, 18), wobei den Gegenstand entweder das Gebäude *ac.*, oder, was gewöhnlicher ist, der Grund und Boden mit Rücksicht auf ein von dem Miether für sich zu errichtendes Gebäude bilden kann (Sf. XXVIII. 202, XXXI. 209); als sonstiger Vertrag, wodurch Jemandem erlaubt wird, für sich auf fremdem Grund und Boden ein Gebäude zu errichten (l. 2 § 17 D. 43, 8, vgl. Bruns fontes iuris Romani antiqui I p. 303. 304); als Veräußerungsvertrag, wenn nämlich als das zu veräußernde Object das Gebäude im Gegensatz zum Grund und Boden bezeichnet wird (l. 1 § 1 D. 43, 18, l. 92 D. 23, 3); als Vertrag, durch welchen ein Gebäude *ac.* in „Erbpacht“, zu „Erbzinsr.“, oder mit Anwendung einer ähnlichen, über die Absicht der Parteien keinen Zweifel lassenden Bezeichnung gegeben wird. Mit Recht macht aber Wächter darauf aufmerksam, daß die Bezeichnung des Vertrags als Mietilvertrag eine ungenaue sei und der auf Begründung eines dinglichen R. gerichteten Intention der Parteien nicht Genüge leiste. Vgl. ¹⁷ Degenkolb S. 25 fg. [[übereinstimmend Schmidt S. 154]] [ist der Ansicht, daß die Begründung der Superficies immer einen Mietilvertrag voraussetze; allerdings aber könne der Mietlzins bloße Recognitionengebühr sein, und in diesem Falle sei der Mietilvertrag Erscheinungsform für Kauf oder Schenkung. Degenkolb S. 45 fg. behauptet ferner, die Begründung einer Superficies sei nur in der Weise möglich, daß der Superficiar für sich ein Gebäude errichte (vgl. auch Brinz 2. Aufl. I S. 807. 808. 813—15, Pernice S. 90). Gegen beides s. die gründliche Ausführung von Wächter S. 63—79, auch Mandry a. a. D. S. 515 fg. — Daß zum Vertrage Besitzübertragung hinzukommen müsse, darf hier so wenig, wie bei der Emphyteuse, behauptet werden. Vgl. l. 1 pr. § 3 D. 43, 18. Wächter S. 61 fg. A. M. Penel Jahrb. f. Dogm. XIX S. 190 fg., Dernburg I § 259⁹.

richterlichen Spruch¹⁵ und durch Ersetzung¹⁴; übertragen wird eine bestehende Superficies durch Willenserklärung des Berechtigten, zu welcher aber, wenn sie eine vertragsmäßige ist, Besitzübertragung hinzukommen muß¹⁵, und durch richterlichen Spruch. — Auch für die Beendigung der Superficies gilt im Uebrigen das Nämlliche, wie für die Beendigung der Emphyteusis¹⁶; es finden aber die Grundsätze von dem Verlust durch Verwirkung¹⁷ keine Anwendung, und wenn die superficiariſche Anlage untergeht, so ist zuzusehen, ob es nicht dem Sinne des Beststellungsactes gemäß ist, daß der Superficiar die Anlage neu ſolle errichten dürfen¹⁸.

Wenn oben gesagt worden ist, daß auch andere Anlagen außer Gebäuden den Gegenstand des superficiariſchen Rechts bilden können, ſo ſind darunter nicht bloß bauliche Anlagen¹⁹ zu verſtehen, ſondern auch Bäume und ſonſtige Pflanzungen²⁰. — Auch an einem Theil

¹⁵ §. 221 ⁵. Wächter II §. 104 fg.

¹⁴ Es gilt hier alles was in Betreff der Emphyteusis gesagt worden ist (§ 221 ^{7-9a}). Die usucapio war auch bei der Superficies ausgeschlossen, I. 12 § 3 D. 6, 2. L. 26 D. 41, 3 leugnet nicht die Möglichkeit der Ersetzung des superficiariſchen R., ſondern die Möglichkeit der Ersetzung des Eigenthums am Gebäude ohne den Grund und Boden (I. 23 pr. eod.). Vgl. Schmidt § 26 ¹⁷, S. Franke ACPr. XLIV §. 119 fg. (welcher I. 12 § 3 D. 6, 2 für entſcheidend hält, wie bei der Emphyteusis § 2 eod.), Wächter §. 101 fg., RG. VII §. 144 [Schmidt §. 160: Analogie der Servitutenerſetzung.]

¹⁵ Dafür ſpricht die Analogie der Emphyteusis (§ 211 ¹¹) und I. 1 § 7 D. 43, 18. A. R. Wächter §. 106, übereinkommend Penel Jahrb. f. Dogm. XIX §. 191. RG. IX §. 194. Ueber letztwillige Uebertragung vgl. I. 86 § 4 D. 30.

¹⁶ Ueber die Beendigung durch Zeitablauf ſ. I. 1 § 3 D. 43, 18. RG. XXII §. 197. In Betreff der Ersetzung der Freiheit a. R. Wächter a. a. O. (§ 222⁴) Auch in Betreff der Dereliction (§ 222⁹) iſt Wächter §. 120 fg. anderer Meinung (der Superficiar ſoll ſich von der Verpflchtung zur Zahlung der Abgabe durch Dereliction befreien können), mit Berufung darauf, daß die Abgabe mehr nur die Natur einer Beſchränkung des superficiariſchen R., einer Bedingung ſeiner Ausübung, habe. Vgl. § 220⁵. [Lidow (§ 215¹¹) §. 28 fg. Meißels Grünh. 3S. XVIII §. 689 fg.]

¹⁷ Andere (ſo auch die 1. Auflage dieſes Lehrbuchs, Mandry a. a. O. §. 518), geben dem Eigenthümer, überhaupt oder im Fall der Begründung der Superficies durch Miethe, das R., den Superficiar wegen zweijähriger Nichtzahlung der Abgabe auszutreiben, nach Analogie von I. 54 § 1. I. 56 D. 19, 2. Dagegen mit Recht Wächter §. 81 fg. Vgl. ¹², RG. XXII §. 196.

¹⁸ Vgl. Wächter §. 116 fg. A. R. Degetolb §. 49 fg.

¹⁹ 3. B. eine Mauer, eine Wasserleitung, eine ausgemauerte Düngergrube, ein Keller. Wächter §. 52 fg.

²⁰ Dieß iſt beſtritten, ſo namentlich von Büchel Erörterungen I §. 283—284, Schmidt § 25¹¹ [[Schmidt §. 139 fg.]], aber ſ. beſonders Wächter §. 53 fg.

eines Gebäudes ist eine Superficies möglich²¹.

[1. Das Erbbaurecht im § 925. (vgl. Strecker [ob. S. 967] S. 18 fg. 46 fg. 71) ist ein vererbliches und veräußerliches Recht an einem Grundstück, auf demselben oder unter seiner Oberfläche ein Bauwerk zu haben (1012). Das Recht kann auf die Benützung eines für das Bauwerk nicht erforderlichen Theils des Grundstücks ausgedehnt werden, wenn diese Benützung für diejenige des Bauwerks Vortheil bietet; aber ein Superficiarrecht ohne Bauwerk (vgl. ²⁰) ist nicht möglich. Die Belastung kann auf einen Theil des Grundstücks beschränkt werden, aber nicht auf einen Theil eines Gebäudes, insbesondere ein Stockwerk (entgegen dem zu ²¹ Gefagten).

2. Zur Bestellung des Rechts ist erforderlich, daß der Eigentümer des zu belastenden Grundstücks und der Erwerber des Erbbaurechts ihre Einigung darüber wie bei der Auflassung (§ 925) bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Theile vor dem Grundbuchamt erklären und das Recht in das Grundbuch eingetragen wird (873. 1015). Bedingung und Zeitbestimmung sind jedoch, anders als bei der Auflassung, zulässig. Die Eintragung erfolgt auf dem Blatt des belasteten Grundstücks. Auf Antrag erhält jedoch auf Grund dieser Eintragung das Erbbaurecht ein besonderes Blatt im Grundbuch. Dasselbe wird von Amtswegen angelegt, wenn das Recht veräußert oder belastet werden soll. (Grdb.-D. 7.) Tabularverfertigung eines Erbbaurechts findet statt nach § 900 Abs. 2.

3. Das bestehende Erbbaurecht unterliegt den Vorschriften über Grundstücke (1017 Abs. 1). Wenn daher die für den Erwerb des Eigenthums geltenden Sätze entsprechend anwendbar sein sollen (1017 Abs. 2), so müssen es diejenigen über das Grundeigenthum sein. Demgemäß erfolgt die Uebertragung eines Erbbaurechts durch Auflassung gemäß § 925. Bei der Uebertragung ist also, anders als bei der Bestellung, auch Bedingung und Zeitbestimmung ausgeschlossen; dabei kann Eigenthumserwerb an dem dem Erbbauberechtigten gehörigen Zubehör durch

Derselbe macht mit Recht darauf aufmerksam, daß der Ausdruck superficies ein ganz allgemeiner sei, und daß sachlich kein Grund vorhanden sei, die Superficies bei Pflanzungen auszuschließen. „Auch kommen Fälle dieser Art nicht so selten vor; namentlich sind mir Beispiele bekannt, in denen Jemandem von einer Gemeinde das Recht eingeräumt wurde, auf ihrem Weideplatze gegen die Zahlung eines geringen Solariums Bäume zu pflanzen, die ihm gehören sollten. Sollte dieses R. ein bloßes R. aus einer Obligation sein, das gegen einen Käufer des Weideplatzes nicht hätte geltend gemacht werden können? oder sollte es ein bloßer Nießbrauch an den Bäumen sein, welcher mit dem Tode des Pflanzenden erlöschen würde? Die Absicht der Parteien ging hier aus guten Gründen auf ein wirkliches Superficiar., und so wurde es auch von der Gemeinde aufgefaßt und anerkannt“.

²¹ L. 3 § 7 D. 43, 17. Wächter S. 50 fg., Degenkolb S. 58 fg. 223 fg., Mandry a. a. D. S. 521 fg. [[A. M. Schmidt S. 140 fg.]] Superficies an einem unter einem Gebäude befindlichen Keller: S. f. VI. 152. Eigenthum an einem Theile eines Gebäudes ist nicht möglich (§ 138, 188. 1. c.) vgl. S. f. XVII. 242, XXIV. 239; für die Anerkennung eines solchen Eigenthums de lege ferenda Runze die Rosjengenossenschaft und das Geschoßigenthum (1888) ✓ S. 43 fg.

die Auflassung und an dem ihm nicht gehörigen durch Auflassung und Besitzerwerb gemäß § 926 eintreten. Durch Tabularerfügung gemäß § 900 Abs. 2 kann auch ein bestehendes Erbbaurecht von einem Andern erworben werden. Die entsprechende Anwendung des § 927 führt m. E. dahin, daß der Erbbauberechtigte, wenn das Bauwerk seit 30 Jahren von einem Andern zu Erbbaurecht besessen ist, im Aufgebotsverfahren gemäß § 927 ausgeschlossen werden und der Besitzer das Erbbaurecht erwerben kann, indem er sich als Erbbauberechtigten eintragen läßt. Gegen diesen Satz trifft die Bemerkung der Not. III S. 474 jedenfalls nicht zu; daß wer zu Erbbaurecht besaß, den Eigentümer nicht ausschließen lassen kann, ist sicher; (so auch Strecker S. 48). Wenn der Erbbauberechtigte dem Grundbuchamt gegenüber erklärt, auf das Erbbaurecht zu verzichten, so könnte man schließen, daß der Fiskus gemäß § 928 sich das Recht aneignen kann. Dieser Satz wird von den Not. III S. 474 jedoch bestritten und vielmehr angenommen, daß Consolidation zu Gunsten des Eigentümers eintritt. Dieß ist auch das Richtige; denn der Untergang des Erbbaurechts untersteht den allgemeinen Vorschriften über Rechte an Grundstücken (vgl. 875) (so auch Strecker a. a. O.).

4. Das Erbbaurecht wird aufgehoben durch Verzicht und Löschung gemäß § 875, durch Löschung und Verjährung gemäß § 901. Durch Confusion erlischt es nicht (889); auch nicht durch Untergang des Bauwerks (1018), wenn nicht eine auflösende Bedingung in diesem Sinne der Bestellung hinzugefügt ist.

5. Die Ansprüche aus dem Erbbaurecht richten sich nach den Eigentumsansprüchen (1017 Abs. 2).

6. Der Erbbauberechtigte ist Besitzer des Bauwerks; er kann gemäß § 1013 auch Besitzer eines unbebauten seinem Recht unterworfenen Theils des Grundstücks sein. Hat er an einem solchen Theil nur ein beschränktes Benutzungsrecht, ohne den Theil zu besitzen, so wird man ihm Besitzschutz nach Analogie des § 1029 nicht versagen können, vorausgesetzt, daß die Eintragung des Erbbaurechts dieses Benutzungsrecht mit umfaßt, auch wenn dasselbe als eine Ausdehnung des Erbbaurechts, nicht als eine demselben (als herrschendem Grundstück) zustehende Grunddienbarkeit eingetragen ist.]

Siebentes Kapitel.

Das Pfandrecht*.

I. Begriff und Wesen.

§ 224.

Pfand¹ im juristischen Sinne ist eine Sache, welche die Bestimmung hat, einem Gläubiger Sicherheit für die Befriedigung seiner

* Dig. XX. Cod. VIII. 13 [14]—34 [35]. — Das neueste und beste Werk über das Pfandr. ist das von S. Dernburg, das Pfandr. nach den Grundsätzen des heutigen r. R., 1. Band 1860 (rec. von Scheurl fr. VJZ. II S. 416 fg. 481 fg.), 2. Band 1864. Von früheren Bearbeitungen sind zu nennen: Gesterding die Lehre vom Pfandr. nach Grundsätzen des r. R. 1816, zweite Aufl. 1831.

Forderung zu gewähren. Die Erreichung dieses Zweckes ist in verschiedener Weise denkbar; nach der letzten Entwicklung, welche das Pfandrecht bei den Römern erfahren hat² und in welcher es nach

Sintenis Handbuch des gem. Pfandr. 1836. Bachofen das r. Pfandr. 1. (einziger) Band 1847 (eine Bearbeitung des r. Pfandr. vom rein philologischen Standpunkt aus, s. Borrebe S. XI); rec. von Keller fr. Jahrb. für deutsche RW. XI S. 961 fg. Glück Bd. XVIII Abth. 2. Bd. XIX. [Chironi trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno. vol. I (parte generale) Torino 1894, E. Demelius das Pfandr. an beweglichen Sachen nach österr. bürgerlich. R. Mit besonderer Berücksichtigung des BGB. für das deutsche Reich 1. Abth. Wien u. Leipz. 1897. (Begriff u. Wesen, allgemeine Grundsätze, Gegenstand, Entstehung des vertragsmäßigen Pfandr. Darstellung auf Grundlage des r. R.)] — Ueber das deutsche R. vor der Reception des römischen s. das Werk von v. Weibom, das deutsche Pfandr. 1867. Darüber: Stobbe fr. PZS. IX S. 285 fg. — Ueber „das kaufmännische Pfand- und Retentionsr.“ s. Laband ZS. f. HR. IX S. 225 fg. 425 fg. (1866), Goldschmidt Handelsr. I S. 83—98, Ehrl Handelsr. 6. Aufl. I S. 293. [Cosack Handelsr. S. 90. 31.]

¹ Das römische Wort für Pfand ist *pignus*, von *pago* oder *pango*, griech. § 224. πῆρνον, fest machen, besetzen. Dernburg I S. 49. In Betreff der Etymologie des deutschen Wortes vgl. Weibom S. 24 fg.

² Frühere Formen des Pfandr. bei den Römern sind die *fiducia* und das *pignus* im engeren Sinn; bei jener erhielt der Pfandgläubiger Eigentum, bei dem *pignus* nur einen durch die possessoriischen Interdicte geschützten Besitz (§ 154¹). Die neueste Form des Pfandr. führt den speciellen Namen *hypotheca*. Vgl. über die Geschichte des römischen Pfandr.: Rudorff ZS. für gesch. RW. XIII S. 181 fg. (1846), Bachofen Nr. I. II. VII. XIX und dazu Keller S. 963—988. 1001—1008. 1019—1022, Brinz Pand. 1. Aufl. S. 80, Dernburg I § 1—9 und dazu Scheurl S. 416—433. *Ascoli le origini dell' ipoteca e l' interdittio Salviano*. Livorno 1887. [Vertmann die *fiducia* Berlin 1890. Heft die *fiducia cum amico contracta* ein Pfandgeschäft mit Salmann Sav.-ZS. X S. 82 fg. (dagegen Vertmann a. a. D. S. 146 fg., Riemeyer Sav.-ZS. XII S. 297 fg., Göppert Sav.-ZS. XIII S. 317 fg.) Runke zur Geschichte des r. Pfandr. 2 Leipz. Decenatsprogramme 1893, Duchêne des origines de l'hypothèque. Th. de Paris 1893.] (Eine Urkunde über Errichtung einer pfandlichen *fiducia* bei Bruns fontes I p. 293. [s. auch p. 291]. Darüber: Degenkolb ZS. f. RWesch. IX S. 117 fg. 407 fg. Krüger krit. Untersuch. S. 41 fg. Rudorff ZS. f. RWesch. XI S. 52 fg.) — Es ist übrigens auch heutzutage nicht ausgeschlossen, daß die Eigentumsübertragung zu dem Ende verwendet werde, um einem Gläubiger Sicherheit für seine Forderung zu verschaffen. Vgl. Cf. VII. 282, XIV. 90, XIX. 122, 145, XXX. 124, XLI. 86. Budde und Schmidt Entscheidungen des OAG. zu Kofstod V. 24 Nr. 2, VI. 44, VIII. 15. 25. Mecklenb. ZS. f. Civilr. u. N Pflege V S. 1 fg. — Cf. XLI. 85. RW. II S. 168. 173, XIII S. 202. Vgl. Hellwig ACPr. LXIV S. 369 fg. G. A. Veist die Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien (1889), insbesondere S. 43 fg. Hierher gehört namentlich auch der heutzutage häufige Fall der Stellung einer *Caution* durch Einzahlung einer Geldsumme. Vgl. darüber § 226a². — Natürlich kann der Sicherungszweck auch durch Verschaffung eines anderen R., ja durch jede Vermögenszuwendung, erreicht werden. Diesen Gedanken verfolgt *Stonicki* in

Deutschland übergegangen ist, wird er dadurch erreicht, daß der Pfandgläubiger mit der Befugniß ausgestattet ist, für den Fall seiner Nichtbefriedigung die verpfändete fremde Sache in Besitz zu nehmen³ und durch Veräußerung derselben gegen Entgelt sich seine Befriedigung selbst zu verschaffen⁴.

Das Pfandrecht steht in einem wesentlichen Gegensatz zu allen andern Rechten an fremder Sache. Und zwar nach einer doppelten Richtung. Zuerst durch die Unselbstständigkeit seiner Natur. Alle andern Rechte an fremder Sache sind um ihrer selbst willen da, das Pfandrecht hat einen außerhalb seiner selbst liegenden Zweck; alle andern Rechte an fremder Sache gewähren dem Berechtigten eine Willensherrschaft schlechthin, das Pfandrecht gewährt ihm eine Willensherrschaft nur zu dem Ende, damit ein anderes Recht seine Befriedigung erhalte⁵. Sodann aber unterscheidet sich das Pfandrecht von allen andern Rechten an fremder Sache durch seinen weit gehenden Inhalt. Keines von den andern enthält einen so schweren Eingriff in das Recht des Eigentümers, wie das Pfandrecht; dasselbe führt in seiner Entwicklung zur Vernichtung des Rechts des Eigentümers^{5a}.

Gruch. Beitr. XXVII S. 510 fg. [[Uebertragung einer Forderung: RÖ. XXIV S. 161.]] [S. auch Grh. Müller Forderungspfandr. u. Sicherungseffession. Erl. Diff. 1897.]

³ Unwesentlich, aber verträglich mit dem Pfandr., ist sofortiger Besitzübergang auf den Gläubiger. Wir reden in diesem Fall von einem Faustpfand, die Römer gebrauchten zur Bezeichnung desselben den Ausdruck *pignus* im engeren Sinn. Vgl. mit l. 5 § 1 D. 20, 1 l. 9 § 2 D. 13, 7, l. 238 § 2 D. 50, 16, § 7 l. 4, 6. (Der Ausdruck Faustpfand ist in Deutschland erst nach Reception des r. R., wie es scheint als Uebersetzung von *pignus* [l. 238 § 2 D. 50, 16], aufgetommen. Meibom a. a. D. S. 87.)

⁴ Das erste dieser Re hat seinen Ursprung im prätorischen Edict; der Prätor gab demjenigen, welchem eine Sache verpfändet worden war, *actionem in rem, utilem petitionem rei*. Auf Grund dieser *actio in rem* ist das Pfandrecht als dingliches R. (an fremder Sache) entwickelt worden, wie das *ius in agro vectigali* und die *Superficies* (vgl. § 218⁵, § 223⁶). Als dingliches R. wird es ausdrücklich bezeichnet in l. 19 pr. D. 39, 2, l. 30 D. 9, 4, vgl. auch l. 8 § 1 C. 7, 39. Den Standpunkt der Klage hält einseitig fest das Bachofen'sche Werk. S. dagegen Keller Rec. S. 988—996, Dernburg I § 7. — Das R. der Veräußerung beruht nicht auf dem prätorischen Edict, sondern auf einer durch Theorie und Praxis zur bindenden Regel erhobenen Auslegung des Verpfändungswillens (§ 237¹).

⁵ S. jedoch § 225, 2.

^{5a} Es ist nicht zu verwechseln das R. des Eigentümers und das Eigentümers. Das Eigentümers. wird durch das Pfandr. gar nicht afficirt, nur das R. des gegenwärtigen Inhabers des Eigentums. F. P. Bremer das Pfandr. und die Pfandobjecte S. 68.

Weil das Pfandrecht den Zweck in sich trägt, dem Gläubiger Befriedigung für seine Forderung zu verschaffen, liegt die Vorstellung nahe, daß das Pfandrecht eine Erstreckung des Forderungsrechts von der Person auf die Sache und somit selbst ein Forderungsrecht sei. Diese Vorstellung scheint eine wesentliche Stütze darin zu finden, daß die Quellen die von den Forderungsrechten gebrauchten Ausdrücke auch auf das Pfandrecht anwenden, und zwar nicht bloß ausnahmsweise sondern in gewöhnlicher Redeweise⁶. Allein diese Uebertragung erklärt sich vollkommen aus der Gleichheit des Zweckes, welcher bei Forderungsrecht und Pfandrecht stattfindet⁷; sie beweist nicht dafür, daß dieser Zweck bei beiden auf dem gleichen Wege erreicht werde. In der That ist das Pfandrecht ein Rechtsverhältniß, welches den Willen des Berechtigten maßgebend macht für die Sache (§ 38); es ist ein dingliches, und kein obligatorisches Recht^{8, 9}.

[Das *§§§*. kennt das Pfandrecht als dingliches Recht an beweglichen Sachen (1204 fg.) einschließlich der Schiffe. Für diese kommen, wenn sie im Schiffsregister eingetragen sind, eine Reihe besonderer Bestimmungen zur Anwendung (1259 fg.), durch welche das Pfandrecht an ihnen der Hypothek angenähert wird. Ferner gibt es ein Pfandrecht an Rechten (1278 fg.). Soviel die Hypothek, die Grundschuld und die Rentenschuld des *BGB*. angeht, welche an Grundstücken und am Erbbaurecht stattfinden, so können in diesem Werke nur ihre Haupt-eigenthümlichkeiten im Gegensatz zu denen des Pfandrechts hervorgehoben werden.]

⁶ Der ganz gewöhnliche Ausdruck der Quellen für verpfänden und Verpfändung ist obligare und obligatio; außerdem heißt es: res pignori nexa, obstricta, obnoxia, res pignori oder pignoris iure tenetur, pignus contrahitur; von der Beendigung des Pfandr. werden die Ausdrücke distrahere, liberare, luere, solvere gebraucht. S. namentlich l. 5 § 2 und l. 11 D. 20, 6, und vgl. Riedel in *Hugo's civil. Magazin* V S. 99 fg., *Büchel civil. Erörterungen* I. 2 S. 27 fg. (2. Aufl. S. 143 fg.).

⁷ Ueber die verschiedenen Auffassungen s. *Bachofen* S. 222—226, *Brinz* § 82. 2. Aufl. II S. 1 fg., *Regelsberger Altersvorzug der Pfandre* S. 14—17 und dazu *Fitting* *kr. ZJ* S. I S. 77—79, *Vernburg* I § 13, *Scheurl* S. 434 fg., *Bekker* *ZS. f. R.Gesch.* IX S. 401 fg., *Aktionen* I S. 5, 6, *Erner Kritik des Pfandrbegriffes* S. 47 fg., *Brinz Grönd.* *ZS.* I S. 26 fg.

⁸ Vgl. § 227¹ und Text zu ⁹ daselbst. — Die Ansicht, daß das Pfandr. wirklich ein Forderungsr. sei, ist namentlich von *Büchel civil. Erörterungen* I. 2 (1833) und 2. Aufl. (1847) I S. 259 fg. 269 fg. 447 fg. vertheidigt worden. Auf der andern Seite ist das Pfandr. diesem Schriftsteller doch auch wieder ein dingliches R.; er nennt es ein dingliches Forderungsr., bei welchem, wie sonst eine Person, so hier eine Sache Schuldnerin sei, oder, wie er sich an einem andern Orte (2. Aufl. S. 261) ausdrückt, bei welchem eine Sache in einem ähnlichen Verhältniß zu dem Berechtigten gedacht werde, wie bei der obligatio personae der Schuldner zum Gläubiger. *Büchel's* Ansicht ist nicht ohne Anhänger geblieben; es bekennen sich zu derselben namentlich *Bangerow* (I § 363 Anm. 2),

II. Verhältniß des Pfandrechts zur Forderung.

§ 225.

Das Pfandrecht setzt seinem Begriffe nach eine Forderung voraus¹. Ohne Forderung kann es weder entstehen, noch fortbestehen. Dieß bedarf jedoch näherer Bestimmung,

1. Das Pfandrecht kann ohne Forderung nicht entstehen. Bestellt aber Jemand wissentlich ein Pfandrecht für eine nicht existirende Forderung, so entsteht die Frage, ob er nicht gerade dadurch eine Forderung gegen sich begründe; bei der Entscheidung dieser Frage ist sowohl auf den Willen des Verpfändenden, als darauf zu sehen, ob alle gesetzlichen Erfordernisse der Entstehung einer Forderung vorhanden sind². Steht der Forderung eine Einrede entgegen, so kann

dessen Darstellung aber in der 7. Aufl. einigermaßen modificirt ist, und Sintenis (pfandliche Streitfragen I S. 5. 6, Handbuch des Pfandr. § 1. 2, gem. Civilr. I § 67 Anm. 2), der Letztere jedoch mit der Modification, daß nach ihm nicht die Sache Schuldnerin sein soll, sondern der jedesmalige Eigenthümer. Gegen die Büchel'sche Ansicht haben sich erklärt: Puchta Pand. § 193⁴ und Borles dazu. Institutionen II § 249⁵, Vang ACPr. XXVIII S. 352 fg., Wächter Württ. Privat. II § 48⁶, Böcking I § 133⁷, Brinz 1. Aufl. § 82 (dieser jedoch mit eigenthümlicher Wendung s. unten), Dernburg I § 12, Scheurl S. 434—439, Keller Pand. § 190, Unger I § 62⁸. Puchta hat die Gründe für diese Ansicht „unglaublich schwach“ genannt, und fast noch stärker drückt sich Keller a. a. O. aus. Uebrigens sind die Versuche, sie auch praktisch zu verwerthen, und Fälle, welche für die Obligation gelten, auf das Pfandr. zu übertragen, nicht gerade sehr zahlreich; doch hat es an denselben auch nicht ganz gefehlt (vgl. 248³.¹⁵). — Wenn Brinz a. a. O. (?) daran festhält, daß das Pfandr. Obligation sei, so thut er das in dem Sinne, daß er einen allgemeinen Begriff von obligatio annimmt, der in der obligatio rei wie personae seine Verwendung finde. Obligatio sei nämlich Haftung, das Wesen der Haftung liege aber darin, daß das Haftende einem Andern für den Fall, daß ihm eine Leistung nicht gemacht werde, zur „Satisfaction“ zu dienen, rlich bestimmt sei.

⁹ Durch die Natur des Pfandr. als dinglichen R. bestimmt sich auch seine Stellung im System; für dieselbe kann nicht der Zweck des Pfandr. maßgebend sein, sondern nur seine juristische Structur. A. R. Arnbt's, welcher das Pfandr. unter den Sicherungsmitteln der Forderung abhandelt. S. dens. Pand. § 136² und fr. Jahrb. VII S. 300 fg. Ebenso (schon früher) Wächter Württ. Privat. I S. 549. II S. 319 (jetzt Pand. II § 223 fg.). Jetzt auch Brinz 2. Aufl. II § 346 fg.

§ 225. ¹ In l. 43 D. 46, 3 wird das Pfandr. neben dem Bürgen zu den „accessiones“ der Forderung gezählt. [Baum der accessorische Charakter des Pfandr. Erl. Diff. 1895, Siller der accessorische Charakter des Pfandr. nach r. R. und den modernen Hypothekenordnungen. Erl. Diff. 1895.]

² Namentlich ob die Forderung eine erlaubte ist, vgl. l. 11 § 3 D. 13, 7. Was die Auslegung des Willens des Verpfändenden angeht, so wird es einen wesentlichen Unterschied machen, ob in der Erklärung die Forderung als bestehend

dieselbe Einrede auch jedem auf das Pfandrecht begründeten Anspruch entgegengesetzt werden, gewiß von dem Schuldner, aber auch von Dritten dann, wenn die Einrede keine rein persönliche ist oder der Dritte einen Rückgriff gegen den Schuldner hat³. Inwiefern in einer Verpfändung, welche mit Kenntniß der die Forderung unwirksam machenden Einrede geschieht, ein Verzicht auf die Einrede gefunden werden darf, ist nach denselben Gesichtspunkten zu entscheiden, welche oben in Betreff der Verpfändung für eine nicht existirende Forderung geltend gemacht wurden⁴. — Ist die Forderung bedingt oder befristet, so ist es auch das Pfandrecht⁵; wird ein Pfandrecht für eine zukünftige Forderung⁶ bestellt, so ist zwar die Verpfändung nicht

bezeichnet oder vorausgesetzt ist, oder nicht. Vgl. aus den Quellen etwa l. 11 D. 46, 1, l. 33 D. 20, 1, l. 8 pr. D. 46, 4, und Büchel *civilistische Erörterungen* II. 1 S. 121. 122, Dernburg I § 74.

³ L. 32 D. 46, 1, l. 15 C. 4, 30, l. 2 D. 20, 3, l. 16 § 1 D. 16, 1; l. 7 pr. § 1 D. 44, 1. Büchel a. a. O. S. 122—124, Dernburg I § 73. Vgl. Cf. XXIX. 119. Vgl. 8a und II § 477⁷⁻⁹.

⁴ Vgl. l. 22 C. 4, 29. Büchel a. a. O. S. 126—130, Dernburg I § 74.

⁵ L. 5 pr. D. 20, 1, l. 13 § 5 eod., l. 14 eod., l. 5 § 1 D. 20, 6. *Fünftete* 3 S. f. CR. u. Pr. XX S. 146—148. 161-166.

⁶ Unter einer zukünftigen Forderung wird hier eine bloß zukünftige Forderung verstanden, d. h. eine Forderung, zu welcher noch nicht einmal der Grund gelegt ist, was bei der bedingten und befristeten Forderung allerdings der Fall ist — also z. B. die Forderung aus einem bloß verabredeten Darlehn. In diesem Sinne wird auch offenbar in l. 5 pr. D. 20, 1 die *obligatio futura* der *obligatio in diem* und *sub condicione* entgegengesetzt. „*Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacumque obligatione . . . sive pura est obligatio, vel in diem, vel sub condicione, et sive in praesenti contractu, sive etiam praecedat, sed et futurae obligationis nomine dari possunt*“. Dagegen wird in l. 89 D. 45, 1 (vgl. l. 76 § 1 eod.) freilich unter *futura obligatio* eine befristete Obligation verstanden, und gleicherweise könnte natürlich auch die bedingte Obligation eine *futura obligatio* genannt werden. Die Beschränkung des Ausdrucks auf den im Texte bezeichneten Fall empfiehlt sich durch die Betrachtung, daß für denselben Besonders gilt, in Betreff nämlich des Ranges der Pfandre. Dernburg I § 68. 69, welcher dieß leugnet, gebraucht denn auch den Ausdruck in ganz allgemeinem Sinne. *Sintenis* Pfandr. § 11 beschränkt ihn auf die befristeten Obligationen, *Brinz* 1. Aufl. S. 294. 295 auf diejenigen, von welchen er sagt: „innerhalb eines Contractes können sich Obligationen entwickeln, die möglicherweise auch ausbleiben, z. B. innerhalb des Darlehns (Zinsobligation) der Societät, Vormundschaft“; *Regelsberger* Altersvorzug der Pfandre, § 11 u. Studien im deutsch. Hypothekenre S. 3 fg. fügt zu diesen Obligationen diejenigen hinzu, die von mir als künftige Obligationen bezeichnet werden. — Was die von *Brinz* und *Regelsberger* herausgehobenen Obligationen angeht, so sind dieselben (die Obligationen auf die einzelnen Leistungen, im Gegensatz zu der Gesamtoobligation, vgl. II § 252 a. E.) meiner Ansicht nach entweder Obligationen mit bestimmter oder unbestimmter Befristung (sub *die certo* oder *incerto*),

ungültig^{6a}, aber ein Pfandrecht entsteht erst mit der Forderung⁷. — Daß die Forderung, für welche das Pfandrecht entstehen soll, klagbar sei, ist nicht erforderlich⁸, obgleich andererseits nicht eine jede natür-

oder Obligationen mit einem nur im Allgemeinen bestimmten Leistungsinhalt, dessen nähere Bestimmung von der zukünftigen Gestalt der Verhältnisse abhängt, so daß die Obligation auf die einzelne Leistung ihrem Wesen nach eine bedingte, nur die Bedingung keine äußerlich hinzugefügte, sondern aus dem Wesen des Rechtsverhältnisses sich ergebende, also eine s. g. *condicio iuris* ist. Vgl. übrigens auch Salkowski Novation S. 322 fg. Anm., und jetzt Brinz Grünh. 3 E. I S. 33 fg. und Pand. 2. Aufl. II § 352⁴, Beller Aktionen II S. 253. 254.

^{6a} Vgl. Cf. I. 410, XII. 131.

⁷ Dieß leugnet Dernburg I § 69 (vgl. Pand. I § 274), und nicht bloß für den bezeichneten Fall, sondern für das was er zukünftige Forderung nennt (*) überhaupt, indem er die Behauptung aufstellt, daß ein Pfandr. sehr wohl vor der Forderung, welcher es dienen soll, bestehen könne. Indem jedoch Dernburg hinzufügt (S. 526): „natürlich existirt ein solches Pfandr. nur für den Fall des künftigen Entstehens der Pfandschuld“, und bemerkt, bis dahin sei das Verhältniß „in pendentibus“, nimmt er seine Behauptung selbst wieder zurück, und als seine eigentliche Meinung stellt sich, wie mir scheint, heraus, daß das Bestehen der Forderung, welche durch das Pfandr. versichert werden soll, für seine Existenz nicht begriffsmäßiges Erforderniß, sondern äußerlich hinzugefügte Bedingung sei, wie dieß denn auch die, obgleich weniger zuverlässlich vorgetragene, Meinung Fitting's (Rückziehung S. 42—44, fr. BZS. I S. 80. 81) ist, auf welche sich Dernburg beruft, s. auch Bachmann Dotatr. I S. 187—190. Ich halte auch diese Meinung, obgleich ich sie früher selbst geäußert habe (ACPr. XXXV S. 57), für unrichtig. Zwar wird sich unten (in diesem § Ziff. 2) zeigen, daß das r. R. die Auffassung des Pfandr. als eines seinem Begriff nach accessorischen R. nicht unbedingt durchgeführte hat; aber doch nur insofern nicht, als es unter Umständen Fortbestand des Pfandr. auch nach Untergang seiner Forderung anerkennt. Davon, daß ein Pfandr. als selbständiges R. auch begründet werden könne, findet sich meines Wissens im r. R. nicht die mindeste Spur. Gegen Dernburg und Fitting haben sich ausgesprochen Scheurl fr. Uebersch. V S. 31 u. fr. BZS. II S. 498. 499, Regelsberger Altersvorzug der Pfandre S. 19. Dagegen ist die Möglichkeit des Bestehens des Pfandr. vor der Forderung wieder behauptet worden von Schott Jahrb. f. Dogm. XV S. 1 fg., von diesem Schriftsteller unter ausdrücklicher Betonung, daß das Pfandr. von der Existenz der Forderung nicht in seiner Existenz abhängig sei, sondern nur in seiner Ausübung. Der Mittelpunkt der Argumentation Schott's ist, daß der Zweck der Obligation schon vor derselben bestehe (S. 5). Eine Widerlegung scheint mir nicht schwer, würde aber hier zu weit führen. Gegen Schott auch Karlowa Negeschäft S. 37 Anm. 1. Für das „pendente“ Pfandr. jetzt auch Enneccerus Negeschäft, Bedingung und Anfangstermin S. 265 fg. — Uebrigens ist es eine andere Frage, ob nicht auch mit der hier vertretenen Auffassung die Annahme einer von der obligatorischen Gebundenheit unabhängigen Pfandgebundenheit verträglich ist; dieß ist die praktische Seite der Sache. S. darüber § 242⁸. Nur in diesem Sinne nimmt Brinz 1. Aufl. S. 294. 2. Aufl. II S. 859 fg. die Möglichkeit von rei obligatio auch vor Existenz der Forderung an (vgl. II S. 841. 842).

⁸ L. 5 pr. D. 20, 1, l. 13 pr. D. 12, 6, vgl. l. 14. § 1 D. 20, 1. Büchel civilt. Erörterungen II 1 S. 130—144. Gegen die Meinung, daß das für eine

liche Verbindlichkeit für das Pfandrecht ausreicht^{9a}. — Der Inhalt der Leistung, auf welche die Forderung geht, ist gleichgültig⁹. Schuldner der Forderung kann nicht bloß der Verpfänder sein, sondern auch ein Dritter¹⁰.

2. Das Pfandrecht kann ohne Forderung nicht fortbestehen. Es genügt aber, wie für seine Entstehung, so auch für seinen Fortbestand eine natürliche Verbindlichkeit¹¹. Und noch mehr: es kann auch vorkommen, daß die Forderung in jeder anderen Beziehung absterbt, und nur für das Pfandrecht fortbauert¹². Der Gläubiger hat dann zum Zwecke der Realisirung seiner Forderung keine andere Macht als die Pfandrechtsmacht, seine Forderung ist in dem Pfandrecht aufgegangen. Sie wäre ganz untergegangen, wenn sie nicht mit einem Pfandrecht versehen wäre; das Pfandrecht schützt sie vor dem Untergang, soweit sein Bereich geht. Mit anderen Worten: die Forderung dauert nicht bloß für das Pfandrecht fort, sondern auch durch das Pfandrecht; es ist nicht mehr die Forderung, welche die Grundlage für das Pfandrecht bildet, sondern das Pfandrecht bildet die Grundlage für die Forderung¹³.

Bedenkt man das hier zuletzt Gesagte, so muß man zugestehen, daß das römische Recht die Auffassung des Pfandrechts als eines accessorischen Rechts nicht unverfehrt durchgeführt hat¹⁴. Wenn es in den bezeichneten Fällen den Fortbestand der Forderung für das Pfandrecht annimmt, so thut es das nur im Interesse theoretischer Vermittelung; in der Wirklichkeit läßt es das Pfandrecht ohne Forderung fortbestehen. Auf diesem von dem römischen Rechte nur

natürliche Verbindlichkeit bestellte Pfandr. nur ein Retentionsr. erzeuge (Francke civil. Abhandlungen S. 80 fg.), f. Büchel a. a. O. S. 144 fg., Bangerow I § 364 Anm. 2, Dernburg I § 72, Schwanert Naturalobligationen S. 210—218.

^{9a} S. § 288⁴, § 289. — Für das durch einen Dritten bestellte Pfandrecht reicht die natürliche Verbindlichkeit dann nicht aus, wenn der Dritte einen Rückgriff gegen den Schuldner hat, und das R. den Schuldner auch gegen indirekte Nöthigung zur Zahlung schützen will. L. 9 § 3 D. 14, 6.

⁹ L. 9 § 1 D. 13, 7.

¹⁰ L. 5 § 2 D. 20, 1.

¹¹ L. 14 § 1 D. eod.

¹² Das Nähere darüber unten § 249. Vgl. einstweilen l. 61 [59] pr. D. 36, 1, l. 38 § 5 D. 46, 3.

¹³ L. 61 [59] pr. cit.: „remanet . . propter pignus naturalis obligatio“.

¹⁴ So auch mit Entschiedenheit Brinz § 78. 82. 2. Aufl. II. § 348, Bremer⁽¹⁵⁾ S. 67 fg. S. auch Simon ACPr. XLI S. 56 fg. In anderen Darstellungen wird dieß nicht genügend beachtet. Vgl. Kunze Heibelb. fr. 3. S. V S. 403—408.

schüchtern betretenen Wege ist dann das moderne Hypothekenrecht in Anschluß an das Institut der Hypothekenbücher (§ 229) weiter gegangen. Nicht nur hat es das, was im römischen Recht für den Fortbestand der Hypothek nur in einzelnen Fällen anerkannt ist, zur Regel erhoben und die eingetragene Hypothek für unabhängig von jedem Schicksal, welches die Forderung als solche trifft, erklärt¹⁵; sondern es findet sich in neueren Gesetzen selbst der Satz anerkannt, daß auch die Entstehung einer Hypothek einer Forderung nicht bedarf¹⁶, ein Satz, welcher im römischen Recht ohne den mindesten Anhalt ist¹⁷. In dieser Entwicklung hat das Pfandrecht (die Hypothek) die Natur eines accessorischen Rechts ganz abgestreift; es ist ein selbständiges Recht auf Aneignung eines bestimmten Theils des Vermögenswerthes einer Sache geworden¹⁸.

[I. 1. Auch im *RGB.* ist es für das Pfandrecht unerlässlich, daß es zur Sicherung einer Forderung dient; der wesentliche Inhalt des Pfandrechts ist, daß der Gläubiger berechtigt ist, Befriedigung aus der Sache zu suchen (1204 Abs. 1).

¹⁵ Vgl. die Lehrbücher des deutschen Privatr. von Gerber § 151, Bessler § 97 Nr. VII, Bluntschli § 100 Nr. 6, Stobbe II § 115 [3. Aufl. (Lehmann) II § 153]. Preuß. Ges. 5/5. 1872 § 57. „Das Hypotheken- und Grundschuldb.-R. wird nur durch Löschung im Grundbuch aufgehoben“.

¹⁶ Die Mecklenburger revidirte Hypothekenordnung für Landgüter vom 18/10. 1848 § 16 und die revidirte Stadtbuchordnung vom 21/12. 1857 § 19 bestimmen, daß der Antrag auf Eintragung in das Hypothekenbuch „durch eine . . . persönliche Verhaftung nicht nothwendig bedingt, vielmehr . . . dieferwegen Alles der Vereinbarung der Theilnehmenden überlassen“ sei. Ebenso kann nach dem Preuß. Gesetz vom 5/5. 1872 die Bewilligung zur Eintragung in das Grundbuch „mit Angabe eines Schulgrundes geschehen (Hypothek), oder ohne Angabe eines Schulgrundes (Grundschuldb.“.

¹⁷ Ueber die Frage, ob nicht, und in welchem Umfange, das Pfandr. des älteren deutschen R. von der Forderung unabhängig gewesen sei, s. namentlich die Ausführungen von Meibom (§ 224 Note *) S. 273 fg. 409, welcher Schriftsteller die Frage für die ältere Sazung („Die Sazung als Tauschgeschäft“) bejaht, und über abweichende Ansichten die Citate das. S. 15. 16, Stobbe fr. *BZS.* IX S. 292—310, Bessler deutsch Privatr. § 95, Gerber deutsch. Privatr. § 149, Goldschmidt Handelsr. I § 87¹.

¹⁸ Die Hypothek (Grundschuldb.) kann, wie zu anderen Zwecken, auch zu dem Zweck der Versicherung einer Forderung verwendet werden; aber dann ist die Existenz der Forderung nicht Bedingung (*condicio iuris*), sondern Voraussetzung der Hypothek. — Hat aber die Hypothek in dieser Entwicklung nicht die Natur eines R. an der Sache ganz abgestreift und ist sie nicht zu einem Forderungsr. gegen den jedesmaligen Eigenthümer des belasteten Grundstücks mit Beschränkung der Execution auf dieses Grundstück geworden (s. g. Realobligation)? Die Meinungen gehen sehr auseinander. Vertheidigt wird: die bloße Obligation, das dingliche R., eine Mischung von obligatorischem und dinglichem R. Vgl. Stobbe II § 109 [3. Aufl. (Lehmann) I § 147] und die das. Citirten, Rudolph *ACPr.*

Dennoch kann man nach *BGB.* nicht sagen, daß das Pfandrecht ohne Forderung nicht entstehen kann. Es kann nach § 1204 Abs. 2 auch für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt werden; von diesen ist die bedingte eine bereits existente Forderung (s. ob. S. 159), die künftige ist es nicht. Nach den Mot. (II S. 798) wollte man freilich die Frage, ob nicht für die künftige Forderung bereits eine gewisse Grundlage in der Gebundenheit beider oder wenigstens eines Contrahenten gegeben sein müsse, der Wissenschaft und Praxis überlassen; allein m. E. kann man Angesichts des Textes des Gesetzes ein solches Erforderniß nicht verteidigen, sondern nur verlangen, daß das Forderungsrecht bereits individuell als das zu sichernde in Aussicht genommen ist; z. B. ist eine Verpfändung für ein unverbindlich in Aussicht gestelltes Darlehn möglich. Eine solche Pfandbestellung vollzieht sich wie jede durch Uebergabe der Sache und ist deshalb leichter von einem bloßen Inausschließen auch des Pfandrechts zu unterscheiden als bei der gemeinrechtlichen Hypothecirung möglich wäre (vgl. unt. § 242^a). Das *BGB.* sieht das für eine künftige Forderung bestellte Pfandrecht als ein bereits existirendes an und gibt ihm Rang vom Tage der Bestellung (1209, vgl. unt. § 242, 3); es wird sich aber nicht leugnen lassen, daß es einstweilen nur unvollkommen existirt. Es ist die dingliche Sicherheit dafür, sich demnächst, wenn die Forderung entstanden ist, aus der Sache befriedigen zu können, aber ein präsentisches Befriedigungsrecht ist vor der Forderung, um deren Befriedigung es sich handelt, natürlich nicht möglich. So ergibt sich auch beim Pfandr. für eine befristete oder bedingte Obligation eine gleiche Bedingung oder Befristung für das Befriedigungsrecht des Gläubigers (1228 Abs. 2; vgl. ob. zu ⁵) und wenn das Pfand nicht durch den Verpfändungsact in den Alleinbesitz des Gläubigers gebracht ist, auch für sein Besitzrecht (1231). Im Uebrigen aber bestimmt sich sowohl bei bedingter und befristeter wie bei rein künftiger Obligation das Verhältniß schon jetzt nach Pfandgrundsätzen. Ist das Pfand mit dem Rechte der Nutzung bestellt (1213. 1214), so kann freilich wiederum der Gläubiger eine Abrechnung des Reinertrages auf die Forderung nicht vor deren Existenz und Fälligkeit vornehmen. Ist die Verpfändung für eine bloß künftige Forderung erfolgt, so entsteht noch die Frage, wie lange der Gläubiger die Pfandsache behalten kann, wenn die Entstehung der Forderung sich verzögert; dieß kann nur durch Auslegung nach Treu und Glauben entschieden werden. Eine Verabredung, daß Befriedigung aus der Sache vor Existenz oder vor Fälligkeit der Forderung zulässig sein solle, ist gültig, aber nur von obligatorischer Wirkung; d. h., der gegenwärtige Eigenthümer kann die unwiderriefliche Einwilligung zu einer solchen Verfügung über seine Sache geben (183. 185); aber ein neuer Eigenthümer und dritte Berechtigte werden davon nicht berührt; denn eine dingliche Belastung des Inhalts, daß aus der Sache *BXVII* S. 194 fg., jetzt noch *Sloniecki* Gruch. Beitr. *XXVII* S. 532 fg. *Bähr* tr. *BZS.* *XXX* S. 518 fg. (1888), *Rühnast* die Grundschuld des Entwurfs eines bürgerl. Gesetzbuchs für das deutsche Reich (1888), *Rudolph* *ACPra.* *LXXIV* S. 179 fg. (1889), *Wendt* *Jahrb. f. Dogm.* *XXIX* S. 84 fg. [[*Staub* *ABR.* *V* S. 36 fg. 41 fg.]] — Ueber die neuere Entwicklung des Hypothekenr. überhaupt vgl. den Aufsatz von *P. Roth* tr. *BZS.* *XXI* S. 15 fg. (1879). [*Schollmeyer* Hypotheken- und Grundbuchwesen in *Conrad* u. s. w. *Handwörterb. d. Staatswissensch.*]

friedigung für einen Geldbetrag gesucht werden darf, der nicht gefordert werden kann, oder zu einer Zeit, zu welcher er noch nicht gefordert werden kann (etwas wie eine Grundschuld an beweglichen Sachen), erkennt das OGH. zweifellos nicht an. — Uebrigens wird auch nach OGH. die Möglichkeit nicht zu bestreiten sein, daß in der Verpfändung die Begründung der zu versichernden Forderung liegt. (S. ob. zu 3).

2. Der Verpfänder kann dem Pfandgläubiger alle Einreden (vgl. ob. zu 2. 4) entgegensetzen, welche dem persönlichen Schuldner (der mit dem Verpfänder identisch sein kann, aber nicht muß) gegen die Forderung zustehen; nur von der Verjährungseinrede gilt dieß nicht, es sei denn, daß es sich um Rückstände von Zinsen oder anderen wiederkehrenden Leistungen handelt (223 Abs. 1. Abs. 3). Anfechtungsrecht des persönlichen Schuldners und Aufrechnungsmöglichkeit gewähren dem Verpfänder (wie dem Bürgen, 770) eine dilatorische Einrede (1211 Abs. 1 S. 1). Auf die beschränkte Haftung des Erben des persönlichen Schuldners kann sich der Verpfänder nicht berufen (1211 Abs. 1 S. 2). Verzichtet der persönliche Schuldner auf eine Einrede, so bleibt sie dem Verpfänder erhalten (1211 Abs. 2). Verzicht auf Anfechtung oder Aufrechnung ist aber nicht Verzicht auf eine Einrede; die dilatorische Einrede des Verpfänders geht vielmehr verloren, sobald das Anfechtungsrecht oder die Aufrechnungsmöglichkeit aufhört, gleichviel aus welchem Grunde. Der Verpfänder kann auf eine Einrede, auf welche der persönliche Schuldner verzichtet hat, auch seinerseits verzichten; dann besteht wieder zwischen der Pfandhaftung und der persönlichen Schuld voller Parallelismus. Dagegen würde ein Verzicht des Verpfänders (der auch in der Verpfändung selbst liegen kann [vgl. ob. zu 4]) auf Einreden, welche dem persönlichen Schuldner noch zustehen, zwar den Verpfänder dieser Einreden berauben, aber das Pfandrecht nicht mit dinglicher Wirkung von der Einrede befreien; es würde also ein neuer Eigentümer, auf welchen nicht aus besonderem Grunde die Gebundenheit aus dem Verzichtvertrage übergegangen ist, die Einrede geltend machen können; die Gründe hierfür sind dem unter 1 g. E. Gesagten entsprechend. Ein dinglich Berechtigter, dessen Recht dem Pfandrecht nachsteht, braucht den nach Begründung seines Rechts erfolgten Verzicht auf eine Einrede auch dann nicht anzuerkennen, wenn derselbe vom Verpfänder und persönlichen Schuldner gemeinschaftlich ausgeht (oder beide identisch sind); denn der durch die Bestellungszeit gegebene Rang des Pfandrechts (1209) kommt nur dem Pfandrecht zu, wie es bestellt wurde, nicht aber späteren rechtsgeschäftlichen Erweiterungen des Pfandrechts.

Dieselbe Stellung in Bezug auf die Einreden gegen die Forderung, welche der von dem Schuldner verschiedene Verpfänder hat, kommt dem Pfandeigentümer auch dann zu, wenn er nicht Verpfänder ist (Mot. III S. 804), und das Gleiche wird von sonstigen dinglich Berechtigten anzunehmen sein. Da aber die Pfandklage des § 1231 Eintritt der Verkaufsberechtigung fordert, wozu Fälligkeit der Schuld gehört, so wird man sogar sagen müssen, daß jeder Besitzer die Herausgabe des Pfandes mit Berufung auf die gegen die Forderung bestehenden Einreden ablehnen kann; denn eine einredebehaftete Forderung ist nicht fällig. Wenn dagegen der Pfandgläubiger, welcher früher schon im Besitz gewesen ist, nach § 1007 klagt, so klagt er nicht aus seinem Pfandrecht, sondern aus seinem früheren Besitz, und die Mängel der Forderung können ihm an und für sich ebensowenig

entgegengehalten werden, wie die Mängel des Pfandrechts selbst. Allein die Klage des § 1007 Abf. 2 schlägt der Eigenthümer mit Berufung auf sein Eigenthum, und im Uebrigen kann jeder Beklagte einreduweise sich darauf berufen, daß er dem Kläger gegenüber zu besitzen berechtigt sei (986. 1007 Abf. 3). In dieser Lage ist aber jeder, welchem ein zum Besitz befugendes Recht an der Sache zusteht, wenn nicht nach den Grundsätzen des Pfandrechts der Kläger die Herausgabe der Sache verlangen kann. Daraus folgt, daß der Eigenthümer und jeder sonst dinglich berechtigte Besitzer auch der Klage des § 1007 gegenüber sich mit Einreden gegen die Pfandforderung in derselben Weise verteidigen kann wie gegenüber der Pfandklage.

3. Das BGB. verlangt wie das gemeine Recht grundsätzlich nicht, daß die Forderung klagbar sei (vgl. ob. zu ² ^{2a}); es kann insbesondere für eine verjährte Forderung ein Pfand bestellt werden (222 Abf. 2). In den Fällen dagegen, in denen das Gesetz sagt, eine Verbindlichkeit werde nicht begründet, kann auch kein Pfandrecht begründet werden, und wenn das Gesetz hinzusetzt, das Geleistete könne nicht aus dem Grunde, weil keine Verbindlichkeit bestanden habe, zurückgefordert werden (656. 762; auch 817 a. E.), so folgt daraus nicht, daß die Verpfändung gültig ist, sondern nur, daß wenn der Pfandgläubiger ohne Widerspruch des Schuldners aus dem Pfande sich befriedigt hat, der Schuldner dieß so wenig, wie seine Leistung, anfechten kann. Ebenso hat der Mangel der Schenkungs- oder Bürgschaftsform (518. 766) auch die Nichtigkeit des Pfandrechts zur Folge; wie aber die Leistung den Formmangel heilt, so gilt Gleiches auch von der Gestattung der Befriedigung aus dem Pfande. Dergleichen wird behauptet werden dürfen, daß bei juristischer Nichtexistenz einer Verbindlichkeit, wofern die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entspricht, die Gestattung der Befriedigung aus dem Pfande ebenso unanfechtbar ist, wie die Leistung (814). Bei der Vertragsstrafe setzt die richterliche Ermäßigung (343) auch die Pfandhaftung herab; hat aber der Schuldner die Befriedigung aus dem Pfande gestattet, so kann er die Ermäßigung nicht mehr verlangen, so wenig wie nach Entrichtung der Strafe. Wenn der Eigenthümer für den Verwendungsanspruch ein Pfand bestellt, so liegt darin die Genehmigung der Verwendungen; das von einem Dritten bestellte Pfandrecht dagegen kann nur unter denselben Bedingungen geltend gemacht werden wie der Verwendungsanspruch selbst (f. 1001).

4. Zum Text Nr. 2 Abf. 1 vgl. unt. § 249 a. E.

II. An Grundstücken und am Erbbaurecht (1017) kennt das BGB.

1. die gewöhnliche Hypothek. Diese ist eine Belastung des Grundstücks in der Weise, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstücke zu zahlen ist (1113 Abf. 1). Sie ist wie das Mobiliarpfand auch für eine künftige oder bedingte Forderung zulässig (1113 Abf. 2). Die Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung ist jedoch geringer als bei dem Mobiliarpfand. Entsteht die Forderung nicht, oder erlischt sie, so besteht die Hypothek gleichwohl, jedoch zu Gunsten des Eigenthümers des Grundstücks (1163 Abf. 1). Die Hypothek kann auf eine andere Forderung übertragen werden (1180). Die Einreden des persönlichen Schuldners stehen grundsätzlich dem Eigenthümer in derselben Weise zu, wie bei dem Mobiliarpfand (§ 1187

stimmt genau mit § 1211 überein, s. ob. I, 2); allein es kommen in Ansehung der Forderung wie der Einreden gegen dieselbe die Vorschriften der §§ 891—899 zur Anwendung (1138); es wird also die Existenz der eingetragenen Forderung vermuthet, und der gutgläubige Erwerber erwirbt sie, auch wenn sie nicht bestand; es wird die Freiheit von Einreden vermuthet, welche aus dem Grundbuch nicht ersichtlich sind, und durch gutgläubigen Erwerb der Hypothek erlöschen solche Einreden.

2. Die Sicherungshypothek. Bei ihr bestimmt sich das Recht des Gläubigers nur nach der Forderung, und zu deren Beweis kann der Gläubiger sich nicht auf die Eintragung berufen; die soeben angeführten Bestimmungen des § 1138 finden keine Anwendung. Die Sicherungshypothek ist also von der Forderung ebenso abhängig wie das Mobiliarpfandrecht (1184). Jedoch besteht auch hier die Möglichkeit der Uebertragung der Hypothek auf eine andere Forderung, und auch die Sicherungshypothek steht dem Eigenthümer zu, wenn die Forderung nicht entsteht oder erlischt.

3. Die Grundschuld ist eine Belastung des Grundstücks in der Weise, daß an Denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist (1191). Die Grundschuld ist also ein völlig selbständiges Recht. Sie kann auch für den Eigenthümer des belasteten Grundstücks (1196) und für den Inhaber des Grundschuldbriefs (1195) bestellt werden. Ein Specialfall der Grundschuld ist die Rentenschuld (1199).]

§ 226.

Erleidet die Forderung, welche durch das Pfandrecht versichert ist, eine Veränderung, so folgt ihr das Pfandrecht in die neue Gestalt¹. Wird die Forderung vergrößert, so erstreckt sich das Pfandrecht auf den Zuwachs². Wird sie verkleinert, so dauert das Pfandrecht unvermindert für jeden Rest derselben fort³.

Tritt zu der versicherten Forderung eine andere Forderung als Nebenforderung hinzu, so erstreckt sich das Pfandrecht auch auf diese⁴,

§ 226. ¹ So namentlich wenn sie sich in eine Forderung auf Interesse verwandelt.

² So namentlich auf Verzugszinsen, Ortsinteresse. L. 8 § 5 D. 13, 7.

³ L. 6 C. 8, 27 [28], l. 85 § 6 D. 45, l. 1. 19 D. 20, 1. Daher ist es auch gleichgültig für das Pfandr., daß die Obligation durch Erbgang sich in mehrere Obligationen spaltet; für jede neue Obligation besteht ein gleiches Pfandr. fort, l. 8 § 2 D. 13, 7. l. 25 § 14 D. 10, 2, l. 16 C. 8, 27 [28], l. 1 C. 8, 31 [32], vgl. l. 2 eod., l. 1 C. 8, 30 [31]. S. g. Untheilbarkeit des Pfandr. Vgl. Wächter *ACPr.* XXVII S. 188 fg., Sintonis I § 67^o Dernburg II § 82—84, Siebenhaar *Correalobligat.* S. 154 fg., Bremer (§ 225¹⁹) S. 34 fg. [*RG.* XXX S. 111 fg.]

⁴ So namentlich auf die durch das Pfandr. selbst hervorgerufenen Forderungen, z. B. wegen Verwendungen, die auf die Pfandsache gemacht worden sind, wegen der Kosten der Prozeßverfolgung und des Pfandverkaufs. L. 8 § 5 D. 13, 7, l. 6 C. 8, 13 [14]. Dernburg I S. 551, Scheurl *fr.* *VS.* II S. 507.

vorbehaltlich jedoch der Auslegung des Verpfändungswillens, welcher auch auf das Gegentheil gerichtet sein kann⁵. Aus dem Verpfändungswillen ist auch zu entscheiden, inwiefern das Pfand haftet, wenn aus dem Geschäfte, bei welchem das Pfand gegeben worden ist, eine andere als die eigentlich beabsichtigte Obligation entsteht⁶.

[I. Auch nach §§. haftet das Pfand für die Forderung in ihrem jeweiligen Bestande, insbesondere auch für Zinsen und Vertragsstrafen (1210 Abs. 1 §. 1), ebenso für die Verwendungsansprüche des Gläubigers, für die ihm zu ersetzenden Kosten der Kündigung, der Rechtsverfolgung, und für die Kosten des Pfandverkaufs (1210 Abs. 2), d. h. dieß alles, soweit nicht der Pfandvertrag abweichend bestimmt. Auch rechtsgeschäftliche Erweiterungen der Schuld erweitern von selbst die Pfandhaftung, es wäre denn das Gegentheil bestimmt. Zu unterscheiden von Erweiterung der Schuld ist aber die Begründung einer zweiten selbständigen Forderung, auf welche sich das Pfandrecht nicht von selbst ausdehnt (Prot. d. II. Comm. S. 4175). Wenn der persönliche Schuldner nicht der Eigentümer des Pfandes ist, so wird durch ein Rechtsgeschäft, welches der Schuldner nach der Verpfändung vornimmt, die Haftung niemals erweitert (1210 Abs. 1 §. 2), ein Satz, der auch für das gemeine Recht zu behaupten ist. Dementsprechend wird auch ein dem Pfandrecht nachstehendes dingliches Recht von einer rechtsgeschäftlichen Erweiterung der Pfandhaftung nicht getroffen werden können. Daß das Pfand im vollen Umfange auch für jeden Rest der Forderung haftet, ergeben von selbst die Worte „in deren jeweiligem Bestand“ (1210 Abs. 1 §. 1). — Für das Schiffspfandrecht s. 1264. Die zu Note⁶ bezeichnete Frage ist auch nach BGB. der Auslegung des Verpfändungsgeschäfts überlassen. Beim Rücktritt vom Vertrage wird das für die Vertragserfüllung bestellte Pfand im Zweifel für die Rückgewähr haften. Bei Nichtigkeit eines Vertrages ist die Verpfändung für die Vertragsobligation ebenfalls nichtig. Daß sie als Verpfändung für die eintretende Obligation auf Rückleistung oder Schadensersatz aufrecht zu erhalten ist, kann allgemein weder bejaht noch verneint werden. Art. 3 des Buchergesetzes ist aufgehoben (EG. 47).

II. In Betreff der Hypothek s. 1118. 1119. 1190.]

III. Gegenstand des Pfandrechts*.

§ 226 a.

Den Gegenstand des Pfandrechts können alle Sachen bilden,

⁵ Von demjenigen, welcher ein Pfandr. für eine Kapitalschuld bestellt, ist im Zweifel anzunehmen, daß er dasselbe Pfandr. auch für die Zinsen habe bestellen wollen, freilich auch nur im Zweifel. L. 8 § 5 D. 13, 7, l. 18. 20 D. 20, 4, l. 4 C. 4, 32. S. andererseits l. 11 § 3 D. 13, 7, l. 13 § 6 D. 20, l. Sach-
ofen S. 593 fg., Dernburg I S. 555—557.

⁶ J. B. wenn aus einem Darlehnsgeschäft statt der vertragsmäßigen Darlehnsobligation nur eine Obligation wegen ungerechtfertigter Bereicherung entsteht. Vgl. l. 56 § 2 D. 46, 1 und Dernburg I § 75. [Bucherges. 24/5 80 Art. 3 Abs. 4 (durch Ges. 19 6 93 nicht verändert).]

welche dem Verkehre nicht entzogen sind (§ 147)¹, bewegliche sowohl wie unbewegliche, selbst solche, deren Gebrauch in ihrem Verbräuche besteht². Auch an einem Bruchtheil einer Sache ist ein Pfandrecht möglich; in diesem Falle haftet der Körper der Sache ganz (§ 140),

* Sinenis § 12—23, Dernburg I § 54—65, Glüd XIX S. 199 fg.
§ 226a. ¹ L. 3. 6 C. 8, 16 [17]. Dernburg I S. 426—428.

² Auch an Geld ist ein Pfandr. möglich, l. 34 § 2 D. 20, 1, l. 7 § 1 D. 20, 4. Dasselbe dauert natürlich nur so lange, als die verpfändeten Geldstücke aufgefunden werden können. Können sie aufgefunden werden, so darf der Pfandgläubiger sich in den Besitz derselben setzen, und sie sich zu seiner Befriedigung aneignen; der Verkauf fällt hier der Natur der Sache nach weg. Ebenso wenn der Gläubiger sogleich bei der Verpfändung in den Besitz derselben gesetzt worden ist. Vgl. v. Pfaff in der unten in dieser Note citirten Schrift S. 12 fg. — Geld kann aber auch in der Weise verpfändet werden, daß es zu Eigenthum übertragen wird, so z. B. bei der Bestellung einer Caution. In diesem Falle ist immerhin ein Pfandr. vorhanden; aber freilich kein Pfandr. an fremder Sache. Vgl. § 224² a. E. und über den genannten Fall insbesondere Gesterding Ausbeute IV S. 7 fg., Dernburg I S. 429, 430, v. Pfaff Geld als Mittel pfändlicher Sicherstellung, insbesondere das f. g. *pignus irregulare* (Wien 1868), Exner Kritik des Pfandbegriffs S. 173 fg., Hanaukel uneigentl. Nießbrauch S. 165 fg. Pfaff (zustimmend Hofmann fr. WZS. XII S. 542 fg., Strohal Grünh. ZS. VII S. 410 fg.) und Exner construiren das Verhältniß in einer m. E. wenig natürlichen und dem Parteiwillen nicht entsprechenden Weise; Pfaff nimmt Pfandr. an der gegen den Pfandgläubiger selbst begründeten Forderung, Exner Pfandr. an dem Leistungsobject dieser Forderung an — die letzte Annahme ist sogar mehr als unnatürlich, sie ist unmöglich, da sie zu einem dinglichen R. an einer generisch bestimmten Sache führt. Nach meiner Ansicht ist der Pfandgläubiger, wenn er für seine Forderung nicht befriedigt wird, einfach deswegen nicht verpflichtet zur Rückgabe der ihm gezahlten Geldsumme, weil der mit ihm abgeschlossene Vertrag ihn nur für den Fall hat verpflichten wollen, daß er befriedigt werden sollte. Wird er nicht befriedigt, so ist er ebenso wenig verpflichtet, wie in diesem Fall der Empfänger einer *fiducia* verpflichtet war. Vgl. auch l. 16 D. 46, 3: — „Si quis, qui sub condicione pecuniam promisit, dedit eam ea condicione, ut, si condicio exstitisset, in solum cederet, existente condicione liberari eum .“ Hanaukel a. a. D. wendet gegen diese Construction ein, daß danach der die Caution Zurückfordernde beweisen müsse, daß der Cautionsempfänger befriedigt sei. Muß nicht etwa auch bei der *actio pigneraticia* der Kläger die Befriedigtheit des Gläubigers beweisen? Freilich, wenn der Cautionsempfänger behauptet, daß ihm durch den Cautionsteller ein Schaden zugefügt worden sei, so muß dafür er den Beweis führen. Hanaukel (gegen ihn Strohal a. a. D.) construirt seinerseits den Vorgang auf Grund eines „*pactum de compensando*“. Das heißt doch nichts Anderes, als daß der Cautionsbesteller für den Fall der Existenz einer Forderung des Cautionsempfängers auf seine Forderung gegen denselben verzichtet hat. Also im Wesentlichen das Gleiche wie hier, nur mit unnötiger Hineinziehung des doch nicht durchweg passenden Compensationsbegriffes. Kretschmar *Secum pensare* S. 110 fg., Eisele fr. WZS. XXVIII S. 568 fg., Reiff (§ 224¹) S. 95 fg. [Pfändung von Geld CPD. 716 Abf. 2.]

und hört dadurch nicht auf, ganz zu haften, daß er zwischen den mehreren Miteigentümern getheilt wird³. Wird ein Pfandrecht an einer Sachgesamtheit begründet, so ist es möglich, daß dasselbe die Gesamtheit in ihrem Bestande zur Zeit der Begründung oder daß es sie in ihrem jeweiligen Bestande ergreife; im ersten Fall haftet das zu der Gesamtheit später Hinzugefügte nicht, während das von derselben Ausgeschiedene fortfährt zu haften, im zweiten Fall haftet das neu Hinzugefügte und das Ausgeschiedene tritt, vorausgesetzt daß es nach der Bestimmung der Sachgesamtheit ausgeschieden wird, aus der Verhaftung heraus. Ob das Eine oder das Andere der Fall sei, ist nach der Natur der Sachgesamtheit, ob sie nämlich zum Wechsel bestimmt ist oder nicht, und nach dem durch Auslegung zu bestimmenden Inhalt des Verpfändungswillens zu entscheiden⁴.

Mit der Pfandsache haftet⁵ Alles, was mit derselben zu einem Ganzen verbunden ist⁶; ferner haften mit derselben die ihr anlebenden

³ L. 7 § 4 D. 20, 6, 1. 3 § 2 D. 20, 4, 1. 6 § 8 D. 10, 3, 1. un. C. 8, 20 [21]. Dernburg I § 55. Vgl. Cf. X. 236, XXXVI. 266. Bremer (§ 225¹⁹) S. 31 fg. 36 ist der Meinung, daß in dieser Weise nur der Theileigentümer, nicht der Volleigentümer verpfänden könne; dagegen mit Recht Hofmann fr. HJ. S. XII S. 541, Exner Kritik des Pfandrechts S. 63. — Nicht zu verwechseln mit dem Pfandr. am Bruchtheil einer Sache ist das Pfandr. an einer Sache zu einem Theil ihres Werthes, d. h. mit der Maßgabe, daß der Pfandgläubiger nur einen Theil des durch den Verkauf der Sache zu gewinnenden Preises sich solle aneignen dürfen. F. P. Bremer a. a. O. S. 39 fg. spricht in diesem Fall von einem Pfandr. an einer Werthquote (Verpfändung einer Werthquote) — nicht glücklich, da durch diese Bezeichnung der (von Bremer nicht ausdrücklich zurückgewiesene) Irrthum nahe gelegt wird, als sei in diesem Falle auch die Abforderungs- und Verkaufsmacht des Pfandgläubigers eine beschränkte, was eben nicht der Fall ist. G. Buchla die Hypothek des Eigenthümers (1875), bemerkt von diesem Fall, es bestehe nur eine obligatorische Verpflichtung des Pfandgläubigers, dem Eigenthümer den überschießenden Theil herauszugeben, und das wird richtig sein.

⁴ Beispiele: Jemand verpfändet sein Waarenlager, seine Herde, seine Bibliothek, sein Mobiliar, sein Silbergeräth. Entscheidungen der Quellen: l. 13 pr. l. 34 pr. D. 20, 1. Die Meinungen gehen hier auseinander. Vgl. Sintenis Pfandr. S. 467—470, Wächter Erörterungen I S. 20—23, Fuchske Z. f. CR. u. Pr. XX S. 252, 253, Bangerow I § 369 Anm. 3, Dernburg I § 59, Göppert über einheitliche und zusammengesetzte zc. Sachen S. 59 fg., Cf. XV. 187.

⁵ Vgl. zu dem Folgenden Fuchske Z. f. CR. u. Pr. XX S. 246 fg., Dernburg I § 56—58.

⁶ So haftet namentlich mit dem verpfändeten Grundstück das auf demselben errichtete Gebäude (l. 29 § 2. l. 35 D. 20, 1, l. 21 D. 13, 7), und was durch Anschaffung zu demselben hinzugefügt wird (l. 16 pr. D. 20, 1, l. 18 § 1 D. 13, 7). Wird das Verbundene von der verpfändeten Hauptsache wieder getrennt,

Rechte⁷, ihre Zubehörungen⁸, und⁹ ihre Früchte¹⁰, die letzteren jedoch nur, wenn sie mit ihrer Entstehung (Trennung von der Hauptsache) in das Eigenthum des Verpfänders gelangen¹¹. Dagegen haftet mit

so fährt es fort zu haften, wenn das an ihm mit der Trennung wieder in Kraft tretende Eigenthum an den Eigenthümer der Hauptsache fällt und die Verbindung mit dessen Willen bestanden hat; sonst scheidet es aus dem Pfandr. aus. Vgl. § 175a³ C. f. XXXIX. 9. R. XII C. 157.

⁷ L. 16 D. 8, 1. 1. 9 D. 39, 1.

⁸ Vgl. Dernburg I C. 435. 436.

⁹ Ueber die Frage inwiefern sich das Pfandr. auf die Früchte der verpfändeten Sache erstreckt, gibt es besondere Abhandlungen von: Warnkönig *ACPr.* XXII C. 395 fg. (1839), Franke *das.* XXX C. 151 fg. (1847), Franke *das.* Frucht. des reblichen Besitzers und des Pfandgläubigers C. 193 fg. (1862), darüber Demelius *fr.* *VJZ.* IV C. 302 fg.), Göppert die organischen Erzeugnisse C. 371—405 (1869), darüber Hartmann *fr.* *VJZ.* XI C. 524 fg.), Dangerow I § 370 Anm. [Arnöng über die Haftung der Früchte einer verpfändeten Sache. *Öst. Diff.* 1891, W. v. Kries über den Anspruch des Pfandgläubigers auf die Früchte der verpfändeten Sache. *Königsb. Diff.* 1891, Daudert über den Anspruch des Pfandgläubigers auf die Früchte der verpfändeten Sache. *Erl. Diff.* 1897.]

¹⁰ In l. 3 C. 8, 14 [15] wird dieß auf eine „tacita conventio“ zurückgeführt; jedenfalls muß das Gleiche auch für das nicht vertragsmäßige Pfandr. gelten. Vgl. außer l. 3 C. cit. noch l. 29 § 1. l. 26 § 2 D. 20, 1, l. 1 C. 8, 24 [25]. Widersprechend ist eine Stelle aus den *sententiae* des Paulus, II. 5 § 2: „Fetus vel partus eius rei, quae pignori data est, pignoris iure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit“. Für das Justinianische R. verschlägt diese Stelle natürlich nichts; wie sie mit den Grundsätzen des classischen R. zu vereinigen sei, darüber s. *Huschke Studien* I C. 371 und *JC.* f. *GR.* u. *Pr.* XX C. 263, *Bachofen* C. 146. 154, *Dernburg* I C. 441, *Scheurl* *fr.* *VJZ.* II C. 486, *Schlager ACPr.* XLIX C. 87 fg., *Göppert* C. 376 fg., *Hartmann* C. 525. — *Bachofen a. a. D.* nimmt an, die Erstreckung des Pfandr. auf die Früchte gelte nicht für (Sclavenkinder und) Thierjunge. Noch Andere leugnen die Erstreckung auf die Früchte ganz und lassen die Früchte nur als mögliche Nebengegenstände der Condemnation bei der hypothetischen Klage in Betracht kommen, so *Warnkönig a. a. D.*, *Franke a. a. D.*, *Buchta* § 203^f. — *Fructus civiles:* C. f. XXX. 125.

¹¹ L. 29 § 1 D. 20, 1. „Si mancipia in causam pignoris ceciderunt, ea quoque, quae ex his nata sunt, eodem iure habenda sunt. Quod tamen diximus, etiam agnata teneri, sive specialiter de his convenerit sive non, ita procedit, si dominium eorum ad eum pervenit, qui obligavit vel heredem eius. Ceterum si apud alium dominum pepererint, non erunt obligata“. Vgl. l. 1 § 2 D. 20, 1. Vom Eigenthum des Verpfänders an den Früchten kann natürlich nur die Rede sein, wenn die Früchte von der Hauptsache getrennt sind (§ 144 z. A.); nach einer anderen Meinung soll es aber genügen, daß der Verpfänder Eigenthümer der Hauptsache zu der Zeit gewesen ist, wo die Früchte mit der Hauptsache noch verbunden waren. Diese Meinung ist von *Huschke Studien* I C. 368 fg. vertheidigt worden, später hat derselbe sie auf *Sclavenkinder* beschränkt (*JC.* f. *GR.* u. *Pr.* XX C. 264 fg.); so auch *Dernburg* I C. 446 fg. Gestützt wird diese Meinung auf l. 18 § 2 D.

der Pfandsache nicht, wie sonst auf Grund des Eigenthums an derselben erworben wird, wie die im Fluß entstandene Insel und das verlassene Flußbett¹². Wird die verpfändete Sache von einer auf derselben liegenden Last befreit, so gereicht dieß dem Pfandgläubiger zum Vortheil, wenn die Last kraft rechtlicher Nothwendigkeit, nicht wenn sie durch den Willen des Berechtigten erlischt¹³.

[I. Das **GG.** kennt, wie bereits bemerkt, ein Pfandrecht nur an beweglichen körperlichen Sachen (s. ob. § 224 a. E.).

1. Auch verbrauchbare Sachen sind nicht ausgenommen (s. ob. zu ²). Die Verpfändung von Geld (s. ob. ²) hatte im I. E. § 1168 eine besondere Regelung gefunden, welche die II. Comm. strich, um die Sache der Wissenschaft und Praxis zu überlassen (Prot. S. 4212 fg. bes. S. 4217). Ueberträgt Jemand Eigenthum an Geld auf seinen Gläubiger als Sicherheit für seine Schuld, so soll nach Ansicht der II. Comm. der Gläubiger nach Fälligkeit seiner Forderung diese gegen seine Rückgewährpflicht aufrechnen können (Prot. S. 4216). Dieß ist natürlich nur dann zutreffend, wenn die versicherte Forderung in Geld von Anfang an bestand oder in eine Geldforderung übergegangen ist, was der allgemeinen Voraussetzung des Rechts der Befriedigung aus dem Pfande entspricht (1228 Abs. 2). Daß der Pfandgläubiger nach dem Sinn des Vertrages erst nach Tilgung der Schuld zurückzahlen verpflichtet ist, steht seiner Aufrechnung nicht im Wege, da er zurückleisten darf (387). Bezweifeln könnte man, ob auch der Schuldner die Aufrechnung erklären kann, da für ihn das Recht auf Rückleistung noch nicht gegeben, vielmehr durch Zahlung seiner Schuld bedingt ist. Allein es entspricht zweifellos der Parteiabsicht, daß die Befriedigung des Gläubigers eben durch Aufrechnung mit dem zur Sicherheit gezahlten Gelde auch wider seinen Willen erfolgen kann. *W. E.* kann man aber die Aufrechnung als Hülfsmittel zur Construction des Verhältnisses entbehren, indem man nach Analogie der §§ 1247. 1288 Abs. 2 einfach sagt: die Forderung gilt als von Demjenigen, der das Geld

13, 7 und l. 1. D. 43, 33. Ueber andere Erklärungen dieser Stellen s. Francke *ACPra.* XXX S. 173—180, Bangerow a. a. D. (S. 827 der 7. Aufl.) Gegen die ganze Beschränkung (Eigenthum des Verpfänders an der Hauptsache bei oder vor Trennung der Frucht) erklärt sich Göppert a. a. D. nach seiner Grundanschauung, daß die Frucht auch nach der Trennung als gewesener Theil der Hauptsache rüch in Betracht komme. Vgl. § 144 ². Es ist ihm nicht gelungen, l. 29 § 1 cit. zu beseitigen. Dagegen auch Hartmann a. a. D. Eine Interpolation in l. 29 § 2 cit. nimmt an Czypkharz Fortf. v. Glück Buch 41 I S 418 ²⁷.

¹² Arg. l. 9 § 4 D. 7, 1, l. 3 § 2 D. 43, 20 (wo statt „fundo tuo“ zu lesen ist: „fundo meo“). Hierher gehört auch der Schatz.

¹³ In l 18 § 1 D. 13, 7 heißt es: „Si nuda proprietas pignori data sit, usufructus, qui postea accreverit, pignori orit“. Wie aber wenn der Eigenthümer den Nießbrauch zurückkauft, oder auch wenn er ihm vom Nießbraucher schenkungsweise zurückübertragen wird? Offenbar hat die Stelle nur den Fall im Auge, wo der Nießbrauch kraft seiner Natur, durch Tod oder Verjährung (*capitis diminutio*), untergeht und an das Eigenthum zurückfällt. *W. W. Dernburg* Pand. I § 273 ⁵.

pfandweise eingezahlt hat, berichtigt, sobald sie als Geldforderung fällig geworden ist. Solange sich die versicherte Forderung nicht auf Geld richtet, hat es dabei sein Bewenden, daß die Erfüllung der Verpflichtung des Schuldners Bedingung für seinen Rückforderungsanspruch ist. Ist an Geld ein echtes Pfandrecht bestellt, so wird man es als Parteiintention anzusehen haben, daß an Stelle des Pfandverkaufs die Aneignung der verpfändeten Geldstücke bis zur Höhe der Forderung und die Berichtigung der Forderung zu dem entsprechenden Betrage tritt. (Vgl. 1247; C.P.D. 716 Abs. 2, Novelle [Reichstagsvori.] § 716a, Prot. der II. Comm. S. 4216. 4217.)

2. Pfandrecht an einem Bruchtheil einer Sache (s. ob. zu *) ist möglich nicht nur, wenn der Bruchtheil in dem Antheil eines Miteigenthümers besteht (darüber 1258), sondern auch ohne diese Voraussetzung. Der I. C. (§ 1146) hatte das ausgesprochen; die II. Comm. sah es als selbstverständlich an (Prot. S. 4160, vgl. 4058) und fand im Uebrigen einen hinlänglichen Ausdruck dafür in dem § 1185 des I. C. Diesen § hat die Commission später sachlich gebilligt, dabei aber der Redactionscommission überlassen, ob derselbe mit § 1184 zu einer Vorschrift zu verschmelzen sei (Prot. S. 4248). Daß darauf hin § 1185 ganz gestrichen wurde, hat zwar den gesetzlichen Ausdruck für die Möglichkeit eines Pfandrechts an einem Bruchtheil, der nicht Antheil eines Miteigenthümers ist, wohl aber diese Möglichkeit selbst beseitigt. Besonders gedacht ist des Pfandrechts an Schiffsparten (1272).

3. Ueber die Verpfändung eines Inbegriffs von Sachen (s. ob. zu *) gibt das OGB. keine Vorschriften. Es unterliegt natürlich keinem Zweifel, daß eine Mehrheit von Sachen zusammen verpfändet werden kann; es finden dann aber die nämlichen Vorschriften Anwendung, wie wenn die Sachen einzeln verpfändet wären. Möglich ist, daß nach dem Sinne des Verpfändungsacts auch anderer Zuwachs als die Erzeugnisse der verpfändeten Sachen (1212) in den Pfandverband treten sollen; dieß ist aber nur wirksam, sofern der Zuwachs in den Besitz des Gläubigers kommt (1205 Abs. 1). Möglich ist andererseits, daß der Verpfändungsact ausdrücklich oder stillschweigend gewisse besondere Endigungsgründe des Pfandrechts festsetzt; daß der Verpfänder mit den verpfändeten Sachen wirtschaftet und das bestimmungsgemäß aus der Gesamtheit Ausgeschiedene aufhört zu haften, während Nachgeschafftes in den Pfandverband eintritt, ist bei dem Vertragspfand des OGB. nicht möglich, weil dasselbe Faustpfand ist; bei dem gesetzlichen Pfandrecht dagegen können sich auch nach OGB. ähnliche Sätze ergeben (vgl. 559. 560. 561. 585. 704).

4. Daß das Pfand alle Bestandtheile der Sache ergreift (ob. zu *), ist selbstverständlich, jedoch können Bestandtheile, die nicht zu den wesentlichen gehören, von der Verpfändung ausgenommen werden (s. ob. S. 609 fg.). Den Satz, daß das Pfandrecht das Zubehör ergreift (ob. zu *), hat das OGB. nicht; der Pfandgläubiger erhält Pfandrecht an dem Zubehör nur soweit, als dasselbe mitübergeben wird (anders für eingetragene Schiffe 1265). Abgetrennte Erzeugnisse unterstehen dem Pfandrecht (1212), auch wenn sie nicht in den Besitz des Pfandgläubigers kommen; daß sie bei der Trennung in das Eigenthum des Verpfänders gelangen, ist als Voraussetzung nicht aufgestellt. Die Mot. (III S. 805) verweisen wegen der Concurrenz anderer Berechtigter auf den Altersvorzug. Es

kann auch nicht bezweifelt werden, daß ein Nießbraucher, dessen Recht dem Pfandrechte vorgeht, die Früchte pfandfrei erwirbt, während bei umgekehrter Rangfolge die Früchte dem Pfandrechte unterliegen. Es kann aber auch ein Dritter gemäß § 936 die Früchte gutgläubig pfandfrei erwerben, und die Tradition kann sich auch in Gestalt einer von dem Verpfänder gestatteten Aneignung vollziehen. Keineswegs aber erwirbt jeder, der nach §§ 954—957 das Eigenthum erwirbt, dasselbe pfandfrei (es lägen denn die Voraussetzungen des § 936 vor); eine derartige Bestimmung, welche für die Hypothek § 1120 trifft, ist für das Pfandrechte absichtlich nicht aufgenommen (Mot. a. a. O.). Was auf Grund des Eigenthums an der Sache erworben wird, ohne Erzeugniß zu sein (s. ob. zu ¹²; BGB. 984), untersteht dem Pfandrechte nicht.

5. Erlischt ein vorgehendes Recht, so rückt das Pfandrechte auf; den in Note ¹³ beschriebenen Schutz des Eigenthümers gewährt aber das BGB. durch den Satz, daß bei Confusion sowohl der Nießbrauch wie das Pfandrechte als nicht erloschen gelten, insoweit der Eigenthümer ein rechtliches Interesse an ihrem Fortbestehen hat (1063 Abs. 2. 1256 Abs. 2). Dem Eigenthümer bleibt also gegen den nachstehenden Pfandgläubiger die bisherige Stellung des vorgehenden Nießbrauchers oder Pfandgläubigers gewahrt.

II. In Ansehung der Hypothek (Grundschuld, Rentenschuld) vgl. über Bestandtheile, Erzeugnisse, Zubehör 1120. 1121. 1122, über ein dem hypothecirten Grundstück (als Bestandtheil) zugeschriebenes anderes Grundstück 1131. Rechte ergreift die Hypothek, soweit sie als Bestandtheile des Grundstücks gelten (96), auch ohne besondere Vorschrift; im Uebrigen vgl. über Mieth- und Pachtforderung 1123—1125, Rechte auf wiederkehrende Leistungen 1126, Versicherungsforderung 1127—1129. Zu beachten ist die danach obwaltende Möglichkeit, daß bewegliche Sachen und Rechte der Hypothek (im Gegensatz zum Pfandrechte) unterliegen. An und für sich folgt auch das Grundbuchrecht dem Princip, daß bei Erlöschen eines vorgehenden Rechts die nachstehenden aufrücken. Dieß wird aber seiner Gefahren für den Eigenthümer auf anderem Wege entkleidet. Beim Erlöschen der Forderung oder beim Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek erlischt die letztere nicht, sondern wird vom Eigenthümer erworben (1163 Abs. 1. 1168); das Entsprechende gilt für Grundschuld und Rentenschuld (1192. 1199). Durch Bereinigung erlöschen Rechte an Grundstücken überhaupt nicht (889.)]

§ 227.

Von den körperlichen Sachen ist das Pfandrechte auf alle anderen Vermögensstücke erstreckt worden, welche wie jene einen Verkaufswerth haben¹. So namentlich^{1a} auf die Forderungsrechte², ferner

¹ L. 9 § 1 D. 20, 1. „Quod emtionem venditionemque recipit, etiam § 227. pignorationem recipere potest“. Vgl. übrigens über diese Stelle Huschke 36. f. GR. u. Pr. XX S. 181. Ueber den Begriff des H. am H. im Allgemeinen s. § 48a. [Horn H. als Objecte des Pfandr. Eine Studie nach oesterr. Civilt. unter Berücksichtig. des gem. H. Teschen 1897.]

^{1a} Ueber Pfandr. an den neueren Ursprungs s. Dernburg I § 64, Kohler Patentr. S. 166 fg.

² L. 7 C. 4, 39, l. 4 C. 8, 16 [17].

auf die *Emphyteusis* und die *Superficies*³, und endlich auf den Nießbrauch⁴, welcher, wenn auch nicht dem Rechte, doch der Ausübung nach veräußert werden kann, nicht aber auf das Gebrauchsrecht und die Grunddienstbarkeiten, bei denen auch dieses Letztere nicht möglich ist⁵. Der Pfandgläubiger hat in diesen Fällen im Wesentlichen die gleichen Rechte, wie wenn ihm eine körperliche Sache verpfändet worden ist, Verkaufs- und Besizesrecht. Das Nähere darüber unten § 239.

Aber bei Forderungsrechten beschränkt sich hierauf der Inhalt des Pfandrechts nicht. Forderungsrechte gewähren dem Pfandberechtigten noch einen anderen, ja näher liegenden Weg, sich Befriedigung zu verschaffen, als durch ihren Verkauf, nämlich durch ihre Einziehung. Und so ist demjenigen, welcher ein Pfandrecht an einer Forderung hat, diese Befugniß ebenfalls zugestanden worden⁶.

³ L. 16 § 2 D. 13, 7, 1. 13 § 3. 1. 31 D. 20, 1, 1. 15 D. 20, 4, 1. 1 § 6 D. 43, 18 (vgl. § 223 7). — Es findet sich die Behauptung, daß durch die Verpfändung der *Emphyteusis* und der *Superficies* nicht sowohl ein Pfandr. an dem R., als vielmehr ein Pfandr. an der Sache selbst entstehe (dafür namentlich Dernburg I § 26, ebenso Büchel civilr. Erörterungen I. 3 S. 121—126 und zweite Aufl. I S. 435. 436, Erner Kritik des Pfandbegriffes S. 75 fg. [vgl. 7], fr. BZS. XX S. 406; dagegen Hepp ACPr. XV S. 81—83, Sohm die Lehre vom subpignus S. 33 fg., F. P. Bremer das Pfandr. und die Pfandobjecte S. 40 fg. 183 fg.; vgl. noch Vetter fr. BZS. VI S. 481, Arndts Alex. III S. 866. BZS. f. CK. u. Pr. R. F. III S. 285, Hartmann Ne an fremder Sache S. 23 fg.). Wenn man sich für diese Behauptung darauf beruft, daß es in den Quellen geradezu heiße, der *Emphyteuta* und der *Superficiar* könne die Sache verpfänden, so könnte man mit demselben Argument auch darthun, daß der *Emphyteuta* und der *Superficiar* die Sache veräußern, d. h. Eigenthum an derselben übertragen könne. S. § 219⁵, § 223⁷. Natürlich aber geben auch diejenigen, welche Sachpfandr. annehmen, dem Pfandgläubiger kein anderes R., als das R., die Sache zum *emphyteutischen* oder *superficiarischen* R. zu veräußern. So ist die Frage lediglich eine Frage der Construction. Nach dem § 48a a. E. Gesagten hat das Pfandr. zum unmittelbaren Gegenstand das R., durch das R. aber zum Gegenstand auch die Sache. Nimmt man an, daß der Pfandgläubiger nicht sowohl die bestehende *Emphyteuse* oder *Superficies* übertragen, als vielmehr eine neue *Emphyteuse* oder *Superficies* an der Sache begründen könne, so ist auch der unmittelbare Gegenstand seines R. die Sache. Vgl. 7.

⁴ L. 11 § 2. 1. 15 pr. D. 20, 1, 1. 8 pr. D. 20, 6.

⁵ Vgl. Bangerow I § 367 Anm. Nr. I, Dernburg I § 62. Ueber die Verpfändbarkeit der *habitatio* wird gestritten, Bangerow a. a. O., Dernburg I S. 488. Ueber die Verpfändung von *Reu* an fremder Sache überhaupt f. die Abhandlungen von Hepp ACPr. XIII S. 343 fg. und XV S. 79 fg. (1830. 1832), Büchel civilr. Erörterungen I Nr. 3 (1834, 2. Aufl. 1847), Lang ACPr. XXIX S. 307 fg. (1846), Reinh. Schmid BZS. f. CK. u. Pr. R. F. V S. 324 fg. (1848).

⁶ Das Nähere hierüber f. unten § 239. Dasselbst (12. 12a) auch über den Fall, wo der Pfandberechtigte selbst Schuldner in der verpfändeten Forderung ist.

Auf diesem Wege weiter gehend erhält man auch die Möglichkeit eines Pfandrechts an einem Pfandrechte. Ein Pfandrecht kann als solches (ohne seine Forderung) nicht verkauft werden; aber auch ohne seinen Verkauf kann sich ein Gläubiger durch dasselbe verschaffen, was er zu fordern hat, durch seine Ausübung nämlich. So besteht der Inhalt des Pfandrechts am Pfandrechte lediglich in der Befugniß, dasselbe statt des Berechtigten geltend zu machen.

Das Pfandrecht behält in allen diesen Fällen die gleiche wirthschaftliche Natur; es ist ein Recht eines Gläubigers, sich für seine Forderung aus dem Pfandobject durch eigene Macht Befriedigung zu verschaffen, nur nehmen die juristischen Mittel, durch welche diese Befriedigung erreicht wird, theilweise eine andere Gestalt an⁷. Ein

⁷ Es ist eine sehr nahe liegende Frage, ob nicht die Definition des Pfandr. von vornherein so gestellt werden soll, daß sie die bezeichneten Eigenthümlichkeiten des Forderungs- und des Pfandpfandr. mit umfaßt. Diese Frage wird behaft in zwei Schriften: R. Sohm die Lehre von subpignus (1864), und F. P. Bremer das Pfandr. und die Pfandobjecte (1867, vgl. über diese Schrift Hofmann fr. BZS. XII S. 524 fg.). Sohm definiert das Pfandr. als „das mit unmittelbarer Macht über ein Object ausgerüstete R. auf denjenigen Theil des Vermögenswerthes, der zur Befriedigung einer dem Pfandberechtigten zustehenden Forderung hinreicht“ (S. 12. 13). Bremer setzt die Macht des Pfandgläubigers darein, daß er „sich den Werth des Pfandobjectes in Anrechnung auf eine ihm zustehende Forderung aneignen (dürfe)“. Wenn man sich darüber hinwegsetzt, daß das R. nicht in gleichem Sinne Gegenstand des Pfandr. ist, wie die Sache (§ 48a⁴), so will ich die Berechtigung dieser Begriffsbestimmungen, von denen die letztere auch der in § 226a² bezeichneten Eigenthümlichkeit des Pfandr. an baarem Geld Rechnung trägt, nicht in Abrede stellen, glaube aber, daß es jedenfalls für den Lehrvortrag besser ist, bei der hergebrachten Art und Weise der Darstellung stehen zu bleiben, und von dem immerhin hauptsächlichsten Fall des Pfandr. an körperlichen Sachen als Normalfall auszugehen. — Uebrigens scheint es mir irreführend, wenn Sohm die oben genannte Macht des Pfandgläubigers nur als „den Inhalt“ des Pfandr. bezeichnet, und von diesem Inhalt die „Form“ des Pfandr. unterscheidet, welche nach Verschiedenheit des Pfandobjectes verschieden sei. S. dagegen auch Bekker fr. BZS. VI S. 474 fg., Bremer a. a. O. S. 28 fg. 81 fg., Mansbach Nießbrauch an Forderungen S. 27. — Bremer erzielt dadurch eine noch größere Vereinfachung des Begriffs, daß er auch das Pfandr. an körperlichen Sachen als Pfandr. an einem R., dem Eigenthumsr. bezeichnet; übereinstimmend Hofmann a. a. O. S. 527 fg., Pfaff pignus irregulare S. 13, Siebenhaar Correaloblig. S. 154 fg. Dieser Auffassung wird, was das Veräußerungsr. des Pfandgläubigers angeht, nicht entgegengetreten werden dürfen, sobald man nämlich auch die Veräußerung durch den Eigentümer als Uebertragung, nicht als Neubegründung, des R. faßt (§ 64⁶), und es wird nur darauf hingewiesen werden dürfen, daß in der Veräußerung des Eigenthumsr. der Wille des Pfandgläubigers sich mittelbar auch für den Körper der Sache geltend macht. Nicht gehörig beachtet ist aber in jener Auffassung das Besitzesr. des Pfandgläubigers; in diesem R. macht sich der Wille des Pfandgläubigers für den Körper der Sache in aller

Bindsch eid, Pandekten. 8. Aufl. I. Band.

dingliches Recht aber ist das Pfandrecht an einem Rechte nur dann, wenn das Recht selbst ein dingliches ist⁸.

Von einem Pfandrechte an Rechten kann übrigens noch in einem ganz anderen Sinne, als in dem hier entwickelten, geredet werden, nämlich in dem Sinne⁹, daß der Pfandgläubiger die Befugniß hat, nicht ein bestehendes Recht der bezeichneten Art zu übertragen, sondern ein noch nicht bestehendes neu zu begründen. Ein Pfandrecht dieses Inhalts hat das römische Recht zwar nicht an Forderungsrechten und an Pfandrechten^{9a}, wohl aber an den übrigen Rechten an fremder Sache anerkannt¹⁰. Den wirklichen Gegenstand eines

Unmittelbarkeit geltend. Bremer sucht zwar die Bedeutung dieses Besitzes. dadurch abzuschwächen, daß er dasselbe dem Pfandgläubiger nur zum Zweck der Veräußerung einräumt. Aber ich halte dieß nicht für richtig, wie es denn jedenfalls mit der geschichtlichen Entwicklung der römischen hypotheca in unterschiedenem Widerspruch steht; und wenn es richtig wäre, so wäre es nicht weniger wahr, daß in dem Besitzesr., so weit es reicht, der Wille des Pfandberechtigten unmittelbar entscheidend ist für den Körper der Sache. Vgl. auch Wendt Jahrb. f. Dogm. XXIX S. 85 fg. — In geradem Gegensatz zu Bremer sucht Exner in seiner Schrift „Kritik des Pfandbegriffs nach r. R.“ (Leipzig 1873) auszuführen, daß das Pfandr. nie ein R. am Re sei, auch nicht dasjenige Pfandr., welches man gewöhnlich so nennt. Ich halte aber seine Ausführungen nicht für überzeugend. Vgl. zu denselben die 4. Aufl. und: Beller fr. BZS. XV S. 540 fg., Pfaff Grünh. JS. I S. 53 fg., Hanaußel uneigentlicher Nießbrauch S. 43 fg., Strohal Grünh. JS. VII S. 404 fg. — S. jetzt auch Dernburg Pand. I § 261⁸.

⁸ Weil nur in diesem Falle der Wille des Pfandberechtigten (mittelbar) maßgebend für eine Sache ist (vgl. § 38, 48a). Vgl. über diese Frage einerseits Bremer a. a. D. S. 80 fg., Hofmann a. a. D. S. 529 — andererseits Bürkel fr. BZS. XI S. 218 fg., Exner a. a. D. S. 22, Mansbach Nießbrauch an Forderungen S. 5 fg. Pfaff pignus irregulare S. 14 lehrt, das Pfandr. am Re sei kein dingliches, aber ein absolutes R., dagegen Exner a. a. D. S. 23 fg.

⁹ Vgl. über diesen in der neueren Zeit viel besprochenen Fall: Büchel a. a. D. S. 74—95. 2. Aufl. S. 425—429, v. d. Pfordten ACPr. XXII S. 24 fg. (1839), Zachariae v. Lingenthal über die Unterscheidung zwischen servit. rusticae und urbanae S. 31—58 (1844), Rudorff fr. Jahrb. f. RW. XV S. 324—326, Lang a. a. D. S. 317 fg., Schmid a. a. D. S. 327—364, Evers Servitutentehre § 38, Keller Jahrb. d. gem. R. II S. 212 fg. (1858), Dernburg I § 68, Cohnfeldt die f. g. irregulären Servituten nach r. R. S. 87—98 (1826), Sangerow I § 367 Ann. Nr. II, Göppert ACPr. XLIX S. 289 fg. (1866), F. P. Bremer das Pfandr. und die Pfandobjecte (1867) S. 127 fg. 194 fg., Kohler pfandrechtliche Forschungen S. 36 fg. 261 fg. (1882).

^{9a} Vgl. jedoch Kohler a. a. D. S. 1—36.

¹⁰ Speciell genannt werden der Nießbrauch (l. 11 § 2. l. 15 pr. D. 20, 1) und die Felddienstbarkeiten (l. 12 D. eod.). In Betreff des Gebrauchsr. f.

solchen Pfandrechts bildet jedoch nicht das Recht, sondern allein die Sache; der Pfandgläubiger hat über die Sache rechtliche Macht, insofern er den Willen eines Andern zum entscheidenden Willen für sie machen, und zu diesem Ende, so weit es nöthig ist, auch den Besitz derselben einfordern kann¹¹.

Bangerow a. a. D. Nr. II. 3, Bremer S. 206. Was die Gebäudedienstbarkeiten angeht, so schließt die herrschende Meinung dieselben aus, auf Grund von I. 11 § 3 D. 20, 1. Aber die inneren Gründe, welche man für den Ausschluß angibt (s. darüber Bangerow a. a. D. Nr. II. 2, Elvers S. 342 fg., Dernburg S. 497, Hölder ACPr. LXIII S. 113 fg., vgl. Kohler S. 271 fg.), befriedigen sämmtlich nicht, wenigstens für das neuere R. nicht, s. auch Arnolds § 367 Anm. Nr. 2. d., Keller a. a. D. S. 217. So liegt die Erklärung nahe, welche nach dem Vorgange Kelterer wieder v. b. Pfordten a. a. D. vertritt, daß die I. 11 § 3 cit. nur die Möglichkeit der Verpfändung einer bestehenden Gebäudedienstbarkeit, dieselbe beispielsweise nennend, leugne. Bedenklicher ist es, diese Erklärung auch für den Zusammenhang der Justinianischen Compilation festzuhalten, wo die Einrückung der I. 12 cit. hinter I. 11 § 3 Absicht zu verrathen scheint. Doch ist es auch möglich, daß die Compiler ohne alle Absicht einfach das Material haben zusammenstellen wollen, und ich entschlief mich lieber zu dieser Annahme, als zu der Annahme einer Unerklärlichkeit. Eine ausführliche Dogmengeschichte der Ansichten über das Verhältniß der genannten Stellen findet sich in der Schrift von Fr. Piccinelli *il pegno di servitù prediale*, Firenze 1884, welcher Schriftsteller seinerseits der Ansicht ist, die I. 11 § 3 cit. verbiete nicht die Verpfändung von Gebäudedienstbarkeiten, sondern wolle nur hervorheben, daß bei ihnen das Interesse der Verpfändung nicht gleich groß sei, wie bei den Felddienstbarkeiten (p. 73). — Noch Andere (namentlich Zachariae von Lingenthal a. a. D. S. 52, ferner Elvers S. 342, Dernburg S. 396) lassen eine Verpfändung des nicht bestehenden R. auch nicht bei allen Felddienstbarkeiten, sondern nur bei den Wege- und Wasserleitungsgerechtigkeiten zu, während Keller a. a. D. die I. 12 cit. so interpretirt, daß sie auch für die letzteren nicht von einer Verpfändung der bezeichneten Art, sondern von einem eventuellen Verkauf an den Pfandgläubiger sprechen würde (dawider Dernburg I S. 495¹², Cohnfeldt a. a. D. S. 90—92, Bangerow a. a. D. Nr. II 1 a. E., Bremer S. 128. 194, Göppert S. 299 fg., zustimmend Rindervater Jahrb. d. gem. R. VI S. 129. 180). Auch Eisele ACPr. LXV S. 113 fg. versteht die I. 12 cit. nicht von einer Verpfändung der hier bezeichneten Art, sondern von der Verpfändung einer bestehenden Servitut in der Weise, daß der Pfandgläubiger sie an den Eigentümer der dienenden Sache solle verkaufen dürfen. [Kluschmann ein Beitrag zur Lehre v. b. Verpfändung der Präbialservituten, Kiel. Diff. 1885.]

¹¹ Die Frage, ob es nicht das R. des Verpfändenden sei, welches der Pfandgläubiger veräußere, fällt hier von selbst weg. — Mit der Verpfändung kann eine sofortige fauſtpfandweise Einräumung des Genusses des verpfändeten R. verbunden werden, I. 12 D. 20, 1. — Die hier vertretene Ansicht, nach welcher eine Verpfändung eines noch nicht bestehenden R. an fremder Sache dem Pfandgläubiger nur die Macht gibt, ein R. an der Sache für einen Andern zu begründen, ist seit den Ausführungen Büchel's (*) die herrschende. Früher war die herrschende Ansicht die, daß der Pfandgläubiger selbst das R. erwerbe, und das erworbene R. veräußern dürfe. Diese Ansicht wird auch jetzt noch festge-

[I. 1. Das Pfandrecht an einem Recht setzt auch nach § 69 die Uebertragbarkeit des Rechts voraus und zwar dem Rechte, nicht bloß der Ausübung nach; demnach ist auch der Nießbrauch nicht verpfändbar (vgl. ob. zu 4), nur ein Pfandrecht an der durch die Uebertragung der Ausübung begründeten Forderung ist möglich (vgl. ob. S. 927, f. auch Prot. d. II. Comm. S. 4315 fg.). Eine Zwangsvollstreckung in Rechte, welche nur der Ausübung nach veräußerlich sind, ist möglich (E.P.D. 754 mit Novelle [Reichstagsvorlage Art. I Nr. 228 § 754 unter b]). Auch hier kann aber, wenn, wie beim Nießbrauch, die Uebertragung der Ausübung nur obligatorisch wirkt, durch die Pfändung nur eine obligatorische Duldungspflicht des Berechtigten und des durch das gepfändete Recht Gebundenen entstehen. Es kann auch der Nießbraucher einem Andern zur Sicherheit für eine Forderung die Ausübung des Nießbrauchs einräumen; auch hierdurch entsteht nur eine Obligation mit besonderem Zwecke, von dem Pfandrecht an der Forderung eines Ausübungsberechtigten ist das Verhältniß deutlich verschieden. — Vgl. im Uebrigen zu § 239.

2. Die am Schlusse dieses § erwähnte Möglichkeit der Verpfändung von Rechten in dem Sinne, daß der Pfandgläubiger sie begründen kann, ist dem BGB. nicht bekannt. Möglich ist, daß der Schuldner dem Gläubiger zur Sicherheit für seine Forderung unter entsprechenden Bedingungen die unwiderrufliche Einwilligung zur Begründung eines Rechts an seiner Sache erteilt (185 Abf. 1. 183). Den Vorschriften über das Pfandrecht untersteht ein solches Verhältniß indessen nicht.

II. Das Erbbaurecht unterliegt nicht dem Pfandrecht am Rechte, sondern der Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld.]

§ 228.

Wenn als möglicher Gegenstand des Pfandrechts auch das gesammte Vermögen bezeichnet wird, so ist das insofern unrichtig, als

halten (für Felddienfbarkeiten) von Buchta § 178 ², während Dernburg und Göppert zwar den Pfandgläubiger das verpfändete R. erwerben lassen, aber die Verkaufsbefugniß desselben anders fassen. Dernburg: der Pfandgläubiger habe die Verkaufsbefugniß nur kraft ausdrücklicher Einräumung, und er übertrage bei Grunddienfbarkeiten nicht das erworbene R., sondern begründe ein anderes R. gleichen Inhalts; Göppert (welcher nur von Grunddienfbarkeiten handelt): der Pfandgläubiger dürfe nach Fälligkeit der Forderung das herrschende Grundstück mit der ihm anklebenden Dienfbarkeit veräußern, während eine Veräußerung des herrschenden Grundstücks vor Fälligkeit der Forderung die Grunddienfbarkeit auf den Käufer nicht übertrage. Gegen Dernburg: Vangerow I S. 807. 808 in der 7. Aufl., Bremer S. 195 fg. (für denselben Wendt S. 406); gegen Göppert Bremer S. 196 fg., für denselben Skoniecki Gruch. Beitr. XXVII S. 503 fg. Unter denjenigen, welche im Uebrigen mit uns gehen, gibt es dann noch solche, welche dem Pfandgläubiger nicht die actio hypothecaria zugesiehen, sondern nur possessorischen Schutz in dem Fall, wo ihm faufpfandweise der Genuß des R. eingeräumt worden ist, so Zachariae v. Lingenthal a. a. D. S. 33 und theilweise Schmid a. a. D. S. 349. 363, f. auch Bremer S. 79. Rudorff (a. a. D.), dem Sohnfeldt (a. a. D.) folgt, gibt dem Pfandgläubiger, selbst was den Käufer angeht, keine andere Befugniß, als die, denselben Besitz zu verschaffen. Dagegen Vangerow S. 808. 809.

es ein Pfandrecht am Vermögen als solchem, als einem von seinen Bestandtheilen unterschiedenen Rechtsding, nicht gibt. Der wahre Kern jenes Satzes ist, daß ein Pfandrecht an den sämmtlichen zu einem Vermögen gehörigen Gegenständen auch ohne spezielle Bezeichnung derselben begründet werden kann, sei es unmittelbar durch gesetzliche Vorschrift, sei es durch den Willen des Herrn des Vermögens¹. Für den letztern Fall stellt das römische Recht die Auslegungsregeln auf, daß die Verpfändung des gesammten Vermögens auch auf den zukünftigen Erwerb gehe², nicht aber auf diejenigen Gegenstände, von denen anzunehmen ist, daß der Eigenthümer sie speziell nicht verpfändet haben würde³.

[Auch das BGB. kennt kein Pfandrecht am ganzen Vermögen, sondern nur eine Verpfändung der einzelnen dazugehörigen Gegenstände, sofern an ihnen ein Pfandrecht möglich ist. Der Vereinigung der Verpfändungsacte (deren jeder den Voraussetzungen der Einzelverpfändung seines Gegenstandes entsprechen muß) in einem Vertrage steht nichts im Wege, wenn ihre Formen diese Vereinigung nicht hindern.]

IV. Entstehung des Pfandrechts.

A. Von den Entstehungsgründen des Pfandrechts im Allgemeinen.

§ 229.

Das Pfandrecht kann entstehen durch die Willenserklärung des Eigenthümers, ferner unmittelbar durch Rechtsfaß, endlich durch richterliche Verfügung. Ersetzung ist als Entstehungsgrund des Pfandrechts nicht anerkannt¹. Die Willenserklärung des Eigenthümers kann eine

¹ L. 1 pr. I. 6. 34 § 2 D. 20, 1, I. 6 D. 40, 8, I. 28 D. 49, 14, I. 2 § 228 C. 8, 13 [14]. Man spricht in einem solchen Fall von einem „Generalpfand“, einer „Generalhypothek“, statt wie man sollte, von einer General-Verpfändung zc. zc. Der Streit darüber, ob diese Ausdrücke nicht auf jede Verpfändung mehrerer Gegenstände unter einer Collectivbezeichnung zu beziehen seien, ist mit Recht unfruchtbar genannt worden. Vgl. Buchta § 195 ^b Vangerow I § 369 Anm. 1 z. A., Dernburg I S. 503.

² L. 9 C. 8, 16 [17].

³ L. 6—9 pr. D. 20, 1, I. 1 C. 8, 16 [17]. Vangerow I § 369 Anm. 2, Dernburg I § 65, Cf. XVI. 15, XXIII. 194.

¹ So von jeder die herrschende Meinung: nur vereinzelt ist das Gegentheil § 229. behauptet worden. Der Grund des Ausschlusses der Ersetzung liegt darin, daß das Pfandrecht seinem wesentlichsten Inhalt nach nicht besessen werden kann (§ 163 ¹. ²). Vgl. Unterholzner Verjährungslehre II § 247. 248, Büchel civilt. Erörterungen I. 2 S. 51—53, Dernburg I S. 178 fg., Scheurl fr. BZS. II S. 443, Bremer (§ 227 ¹) S. 189 fg.

testamentliche sein — davon im Erbrecht, — oder eine Willenserklärung unter Lebenden; in diesem letzteren Falle ist Acceptation von Seiten desjenigen, welcher das Pfandrecht erwerben soll, erforderlich, also ein Begründungsvertrag.

Was im Folgenden über die Entstehung des Pfandrechts des Näheren vorgetragen werden soll, bildet auch heutzutage noch das gemeine Recht Deutschlands. Dieses gemeine Recht erleidet aber in den allermeisten deutschen Territorien die wesentlichste Modification durch das, an die alte deutsche Auffassung anknüpfende, Institut der Hypothekenbücher. Wo dieses Institut in seiner vollen Entwicklung besteht, wird an unbeweglichen Sachen kein Pfandrecht irgend einer Art anerkannt, welches nicht in ein öffentliches Buch eingetragen ist; die gemeinrechtlichen Entstehungsgründe des Pfandrechts geben nur einen Titel auf die Eintragung². In dieser Weise ist Jedem, welcher ein Pfandrecht an einem Grundstück erwerben will, die Möglichkeit gegeben, in Erfahrung zu bringen, ob das Grundstück nicht schon mit anderen Pfandrechten belastet ist. Ohne eine Einrichtung dieser Art gewährt das Pfandrecht eine wirkliche Sicherheit nicht; das römische Recht, welches eine solche Einrichtung nicht ausgebildet hat, entzog damit dem Realcredit seine wesentlichste Grundlage³. — Bei beweglichen Sachen ist dieses System nicht durchführbar. Dafür haben viele deutsche Particularrechte den Satz des älteren deutschen Rechts festgehalten, wonach an Mobilien nur ein Faustpfand anerkannt wird⁴.

B. Entstehung des Pfandrechts durch Vertrag*.

§ 230.

Für den Pfandvertrag gelten im Allgemeinen die nämlichen Grundsätze, welche für Rechtsgeschäfte und Verträge überhaupt maß-

² Vgl. die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Gerber § 149—151, Beseler § 95—97, Bluntschli § 99—101, Stobbe II § 111, [3. Aufl. (Vehmann) II § 148, 4.]

³ Als Ersatz hatte das r. R. nur eine Strafdrohung gegen den betrügerischen Verpfänder, l. 3 § 1. 2 D. 47, 20. Vgl. Dernburg I §. 181.

⁴ Gerber § 149 a. E. 152, Beseler § 95, 98, Bluntschli § 102, 103, Stobbe II § 154, 155, [3. Aufl. (Vehmann) § 164, 165.] — *POB.* Art. 306—312, *Goldschmidt Handelsr.* I §. 881 fg., *Lhöfl Handelsr.* 6. Aufl. I § 314. — *RD.* § 40, 41 [i. die Novelle (Reichstagsvorlage) Art. I No. 21. § 40, 41] und Einföhrungsgesetz zur *RD.* § 14 [soll aufgehoben werden durch Novelle *CG.* (Reichstagsvorlage) Art. II No. 4]; ein Absonderungsr. im Concurse gibt nur das Faustpfand und was dem Faustpfand gleich gestellt ist.

* *Sintenis* § 26—28, *Dernburg* I § 22—32.

gebend sind; im Einzelnen ist Folgendes zu bemerken.

1. Einer Form bedarf der Pfandvertrag nicht, auch nicht der Vollendung durch die Besitzübertragung¹.

2. Ein gesetzliches Veräußerungsverbot schließt auch die Gültigkeit des Pfandvertrages aus². Dagegen ist in der Person des Erwerbers die Fähigkeit, Eigenthum der verpfändeten Sache zu erwerben, Voraussetzung der Gültigkeit des Pfandvertrages nicht³.

3. Verpfändung durch den Nichteigenthümer⁴ gibt dem Gläubiger kein Pfandrecht⁵; aber sie gibt ihm, wenn der Verpfänder redlicher Erwerber war, einen dem Anspruch dieses Letzteren entsprechenden dinglichen Anspruch auf Herausgabe der Pfandsache⁶. Erwirbt

¹ L. 1. pr. D. 13, 7, l. 4 D. 20, 1. Pfandvertrag unter Abwesenden: l. 23 § 1 eod. Pfandvertrag durch den Geschäftsführer: Cf. V. 114. Acceptation: das. V. 115. Auslegung des Verpfändungswillens: l. 3 C. 4, 22, l. 3 § 2 D. 20, 4, l. 2 C. 8, 16 [17], l. 5 § 2 D. 20, 2, l. 26 § 1 D. 20, 1, l. 2 C. 8, 15 [16]. Glüd XIX §. 303 fg., Bangerow I § 372. Ann. 1. Dernburg I § 22. Vgl. auch Cf. XIV. 90.

² L. 7 C. 4, 51; l. 1 § 2 D. 20, 3, pr. I. 2, 8, l. 8 § 5 i. f. C. 6 61, l. 1 § 2 D. 27, 9, Nov. 7. 120, c. 5 X. 3, 13, l. 3 § 3 C. 6, 43, Dernburg I §. 209. 210. 231—233.

³ L. 24 D. 20, 1. „In quorum finibus emere quis prohibetur, pignus accipere non prohibetur“. Huschke 3C. f. CR. u. Pr. XX §. 194, Dernburg I §. 201 fg. — Läßt ein Geschlechtsunreifer sich ein Pfandr. bestellen, so bedarf es dazu der Mitwirkung des Vormundes nicht. A. M. Dernburg I §. 203 und Karlowa Geschäft §. 36 wegen l. 38 D. 13, 7. Aber aus dem Wegfall der Pfandverpflichtungen auf den Wegfall der Pfandberechtigung zu schließen, ist nicht gerechtfertigt, am wenigsten für den Fall, wo der Pupilil die Pfandverpflichtungen seinerseits zu erfüllen bereit ist.

⁴ Von diesem Falle handeln die Abhandlungen von: Meyer ACPr. IX §. 245 fg. (1826), Müller das. XI §. 392 fg. (1829), Trotsche 3C. f. CR. u. Pr. XVIII §. 81 fg. (1843), Huschke das. XX §. 176 fg. (1845), Windscheid das. R. F. III §. 423 fg. (1847); [Mesnier de l'hy-potheque de la chose d'autrui. Thèse de Paris 1889, Levi die Verpfändung einer fremden Sache nach r. R. Bresl. Diff. 1894.] f. ferner Bangerow I § 372 Ann. 2. Dernburg I § 28—31.

⁵ L. 2 D. 13, 7, l. 2. 4. 6. 8 C. 8, 15 [16].

⁶ L. 18 D. 20, 1. „Si ab eo, qui Publiciana uti potuit, quia dominum non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per Servianam praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam“. L. 21 § 1 eod., l. 14 D. 20, 4. Die Formel der hypothecaria actio verlangte, daß die Sache zur Zeit der Verpfändung „in bonis“ des Verpfänders gewesen sei, (l. 15 § 1 D. 20, 1, l. 6 C. 8, 15 [16]); diesem Erforderniß genügte der redliche Erwerb (l. 49 D. 50, 16). Die Behandlung ist hier eine andere, als bei dem Eigenthum und bei den übrigen Arten an fremder Sache. Es wird nicht für den Empfänger ein publicianischer Anspruch neu begründet, sondern er erhält die Befugniß, die von dem Verpfänder erworbene Stellung für sich geltend zu machen; daher ist hier guter

der Nichteigenthümer, welcher verpfändet hat, hinterher das Eigenthum der verpfändeten Sache, so ist zu unterscheiden, ob er dieselbe als fremde, also für den Fall des künftigen Erwerbes, oder ob er sie als eigene verpfändet hat. Im ersten Fall, wohin namentlich die Verpfändung des künftigen Vermögens gehört, entsteht zugleich mit dem Eigenthum für den Verpfänder ein Pfandrecht für den Pfandnehmer⁷. Im zweiten Fall vermag der Eigenthumserwerb die anfängliche Ungültigkeit der Verpfändung nicht zu heilen; doch wird der Pfandnehmer durch Einrede gegen den Verpfänder und dessen Rechtsnachfolger, und wenn er bei der Verpfändung in gutem Glauben war, auch durch Klage geschützt, und die gleiche Rechtsstellung überträgt er durch den Pfandverkauf auf den Käufer⁸. Das Nämliche Glaube beim Verpfänder nothwendig, nicht beim Pfandnehmer. Vgl. Huschke / §. 182—189, Dernburg I §. 222—225, F. P. Bremer das Pfandr. und die Pfandobjecte (1867) §. 186 fg.

⁷ Die Verpfändung war nicht ungültig. Der Verpfänder hat nicht eine rliche Wirkung begründen wollen, welche er zu begründen nicht im Stande war; er hat das Eintreten derselben auf diejenige Zeit hinausgeschoben, wo die nothwendigen Voraussetzungen ihres Eintretens vorhanden sein würden. L. 16 § 7 D. 20, 1. „Aliena res utiliter potest obligari sub condicione, si debitoris facta fuerit“. L. 1 pr. eod. (*), l. 15 § 1 eod., l. 3 § 1, l. 7 § 1 D. 20, 4. Eine Ausnahme von der Zulässigkeit der Verpfändung künftigen Erwerbes in l. 5 C. 8, 16 [17]. Huschke §. 197, Dernburg I §. 426.

⁸ Es treten hier die gleichen Grundsätze ein, wie bei der Eigenthumsübertragung durch einen Nichteigenthümer, wenn derselbe hinterher Eigenthum erwirbt (§ 172, 1, § 197, 3). L. 1 pr. D. 20, 1. „Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est. In speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuit ei qui pignus dabit debita, postea debitori dominio quaesito, difficilior erit possidenti retentio“. Diese Unterscheidung zwischen dem gutgläubigen und dem bösgläubigen Pfandnehmer wird jedoch in anderen Stellen nicht gemacht, l. 41 D. 13, 7, l. 5 C. 8, 15 [16], vgl. auch l. 22 D. 20, 1, und es fragt sich daher, ob nicht das R. der l. 1 pr. cit. als durch diese Stellen überholt und beseitigt angesehen werden muß. Die herrschende Meinung ist nicht dafür, indem sie umgekehrt aus der l. 1 pr. cit. das Erforderniß des guten Glaubens in jene anderen Stellen hinein trägt. Gewiß muß ihr darin beigetreten werden. Der Hauptgrund ist, daß das r. R. auch bei der Eigenthumsübertragung das Erforderniß des guten Glaubens für die Klage festgehalten hat, und mit der Eigenthumsübertragung wird die Verpfändung ausdrücklich zusammengestellt in l. 58 [56] D. 36, 1. Ferner aber verdient derjenige keinen Schutz, der sich wissentlich eine fremde Sache hat verpfänden lassen, und nur wenn er besitzt muß er siegen, da jedenfalls der klagende Eigenthümer in dolo ist, wie er, und bei gleicher Lage der Beklagte vorgeht. — Es gibt aber in dieser Materie noch eine andere bestrittene Frage, nämlich die, ob der Gläubiger durch Einrede in derselben Weise gegen die Sondernachfolger des Verpfänders geschützt wird, wie gegen diesen selbst. In dieser Be-

gilt, wenn der Eigenthümer der verpfändeten Sache durch Beerbung des Verpfänders in die Verpfändung eintritt⁹. Unter den nämlichen Grundsätzen steht die Verpfändung einer noch nicht existirenden Sache¹⁰.

4. Ein Pfandvertrag liegt auch in dem Vorbehalt eines Pfandrechts bei der Eigenthumsübertragung¹¹.

ziehung geht African in l. 9 § 3 D. 20, 4 von dem Satz aus, daß der Gläubiger unbedingt geschützt werde nur gegen den Sondernachfolger aus wohlthätigem Titel, gegen den Nachfolger aus lästigem Titel bloß dann, wenn derselbe bei dem Erwerbe die Verpfändung gekannt habe. Dieß sind die Grundsätze, welche für den Uebergang der exceptio doli bei dinglichen Reu überhaupt gelten (l. 4 § 27—31 D. 44, 4). Hier nun aber ist mit Bestimmtheit zu sagen, daß bei der Entscheidung des African nicht stehen geblieben werden dürfe, und zwar aus dem gleichen Grunde, welcher soeben geltend gemacht worden ist, weil das r. R. bei der Eigenthumsübertragung unbedingten Uebergang der exceptio (replicatio) doli anerkannt hat, wie der auf die citirten §§ der l. 4 D. 44, 4 sogleich folgende § 32 klar ausspricht (vgl. § 172⁷). — Uebrigens ist über die richtige Erklärung der l. 9 § 3 cit. große Meinungsverschiedenheit. Vgl. darüber Windscheid 3S. f. CR. u. Pr. N. F. III S. 423 fg. (1847), wo auch eine Uebersicht der bis dahin erwachsenen Literatur gegeben ist, ferner Bachofen S. 551 fg. 553 fg., Dernburg I S. 263 fg. (welcher zu einer älteren Meinung zurückgekehrt ist, wonach die Stelle sich daraus erklären soll, daß African die Bestellung eines zweiten Pfandr. als Verpfändung unter einer Bedingung auffaßt), Scheurl fr. VZS. II S. 453, Schmid Grundlehren der Cession I S. 324 fg., Vangerow I § 372 Anm. 2. c. Arndts § 371 Anm. 1. a.

⁹ Dieß sagt l. 22 D. 20, 1 (Modestini), das Gegentheil allerdings l. 41 D. 13, 7 (Paulus). Die Bereinigungsversuche sind zahlreich; s. darüber Dernburg I S. 269¹⁸, Scheurl fr. VZS. II S. 452, Vangerow I § 372 Anm. 2. c. Aber keiner ist überzeugend. Man muß den Widerspruch anerkennen, und nach Analogie des für die Eigenthumsübertragung Geltenden entscheiden (§ 172⁷). Umgekehrt zieht die Meinung des Paulus vor Bachofen S. 548, und was die Klage angeht, Huschke S. 244. [Für Modestinus: S. Krüger exc. doli (§ 172⁸) S. 68 fg.]. [[Ist die Erbschaft cum beneficio inventarii angetreten, so tritt Convalescenz nur dann ein, wenn der Nachlaß solvend ist. Cf. XLV. 170.]] [M. C. gilt hier dasselbe, was zu § 172⁸ bemerkt ist.]

¹⁰ Also auch hier ist zu unterscheiden, ob die Sache schlechthin, oder ob sie für den Fall, daß sie mit oder nach ihrer Entstehung in das Eigenthum des Verpfänders kommen sollte, verpfändet ist. In diesem Sinne sind zu verstehen l. 11 § 3 D. 20, 4, l. 15 pr. D. 20, 1. Eine andere Auffassung bei Exner Kritik des Pfandbegriffes S. 108 fg. Göppert die organischen Erzeugnisse S. 235 fg. gründet auf die genannten Stellen den Satz, daß die Verpfändung von Früchten, welche zur Zeit der Verpfändung bereits entstanden sind, an den getrennten Früchten auch dann Pfandr. gebe, wenn die Früchte nicht in das Eigenthum des Verpfänders gelangen. S. darüber § 144⁷.

¹¹ Und zwar ist der das Pfand Bestellende der Erwerber des Eigenthums, l. 1 § 4. l. 2 D. 27, 9. Vgl. § 212, 7 und Dernburg I § 32. A. M. Lang ACPr. XXVIII S. 383 fg., Arndts § 371 Anm. 2, vgl. Bachofen ausgw. Lehren S. 143. Gegen Lang Büchel civilr. Erörterungen 2. Aufl. I S. 463. 464. [S. auch Sohm Institutionen (7. Aufl.) S. 334¹].

[I. 1. Nach § 89. setzt die Verpfändung einer beweglichen Sache die Uebergabe der Sache an den Gläubiger und die Einigung des Verpfänders und des Gläubigers darüber voraus, daß dem Letzteren das Pfandrecht zustehen solle. (1205 Abf. 1 §. 1.)

a. Sofern der Gläubiger bereits im Besitze ist, genügt die Einigung für sich allein (1205 Abf. 1 §. 2).

b. Die Einräumung des Mitbesitzes genügt dann, wenn die Sache sich unter dem Mitverschlusse des Gläubigers befindet (1206), welches nur dann gegeben ist, wenn der Verpfänder ohne Mitwirkung des Gläubigers den Verschluß nicht öffnen kann, z. B. wenn jeder den Schlüssel zu einem von zwei zu öffnenden Schlössern hat, nicht aber wenn zu dem einzigen zu öffnenden Schloß jeder einen Schlüssel hat.

c. Verpfändung durch eine Art von *constitutum possessorium* ohne reale Uebergabe, nämlich dadurch, daß zwischen dem Verpfänder und dem Pfandgläubiger ein Rechtsverhältniß vereinbart wird, vermöge dessen der letztere den mittelbaren Besitz erlangt, etwa so, daß der Pfandgläubiger dem Schuldner die Sache zu vermietthen oder zu leihen erklärt, ist nicht möglich. § 930 ist hier nicht, wie beim Nießbrauch (1032), für entsprechend anwendbar erklärt; man hat die Verpfändung durch *constitutum possessorium* wegen ihrer Heimlichkeit ausschließen wollen (Mot. III §. 801 fg., Prot. d. II. Comm. §. 4169 fg.). Dem entspricht vollkommen, daß das Pfandrecht durch Rückgabe der Sache an den Verpfänder oder den Eigenthümer erlischt und der Vorbehalt der Fortdauer des Pfandrechts dabei ungültig ist (1253 Abf. 1). Etwas ganz Anderes ist es, wenn das Eigenthum unter Vorbehalt eines Pfandrechts zu Gunsten des Veräußerers übertragen wird (vgl. ob. zu ¹¹); einem *constitutum possessorium* dieser Art steht nach § 930 in Verbindung mit § 1205 Abf. 1 §. 2 nichts im Wege; denn in diesem Falle hat, der Idee des Faustpfandes entsprechend, der Gläubiger die Sache in Händen.

d. Ist der Eigenthümer im mittelbaren Besitze, so kann die Verpfändung durch Uebertragung des mittelbaren Besitzes auf den Pfandgläubiger in Verbindung mit Anzeige der Verpfändung an den unmittelbaren Besitzer erfolgen (1205 Abf. 2). Die Uebertragung des mittelbaren Besitzes erfolgt durch Cession des Herausgabeanspruches (870), Verpfändung desselben reicht zur Verpfändung der Sache selbst nicht aus; der Pfandgläubiger erwirbt in diesem Falle vielmehr Pfandrecht an der Sache nur nach § 1287. Wie die Cession bestehenden mittelbaren Besitzes, so muß auch die Begründung des mittelbaren Besitzes für den Pfandgläubiger genügen, indem die Sache einem Dritten mit der Verpflichtung der Herausgabe an den Pfandgläubiger übergeben wird. Während Eigenthumsübertragung und Nießbrauchsbestellung auch durch Cession der vindication (welche dem Eigenthümer die Stellung des mittelbaren Besitzers nicht gibt; s. ob. §. 698) erfolgen können (931. 1032), ist beim Pfandrecht diese Möglichkeit nicht zugelassen.

e. Nach § 1206 genügt die Einräumung des Mitbesitzes auch dann, wenn die Sache im Besitze eines Dritten ist und nur an den Eigenthümer und den Pfandgläubiger gemeinschaftlich herausgegeben werden kann. Das ist Einräumung des mittelbaren Mitbesitzes. Es ist möglich, daß erst zum Zwecke der Verpfändung die Sache in dieser Weise dem Dritten übergeben wird, aber auch, daß mit

einem Dritten, der an den Eigenthümer allein herauszugeben hatte, das Rechtsverhältniß durch Vertrag entsprechend abgeändert wird. Es ist endlich möglich, daß schon zuvor beide Parteien zu dem Dritten im Verhältniß des mittelbaren Mitbesitzes standen; dann genügt die Pfandeinigung für sich allein.

f. Ist der Verpfänder nicht Eigenthümer, so finden die Vorschriften über den gutgläubigen Eigenthumserwerb in §§ 932. 934. 935 auf den Erwerb des Pfandrechts entsprechende Anwendung (1207). § 933 fällt aus wegen des Ausschlusses der Verpfändung durch *constitutum possessorium*. S. auch § 366. § 366 Abs. 1. § 367.

g. Ist die Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, so geht diesem Recht das des gutgläubigen Pfanderverbers vor. War der Pfandgläubiger schon im Besitz der Sache, und wurde das Pfand durch bloße Einigung bestellt, so gilt der vorige Satz nur, wenn der Pfandgläubiger den Besitz von dem Verpfänder erlangt hatte (vgl. hierzu ob. S. 793 unter b). Erfolgt die Verpfändung durch Cession des mittelbaren Besitzes, so behalten die Rechte des unmittelbaren Besitzers den Vorrang (s. hierzu ob. S. 794 unter d). Alle Rechte behalten ihren Rang, wenn die verpfändete Sache (außer Geld und Inhaberpapieren) gestohlen, verloren gegangen oder abhanden gekommen war und zwar auch hier dem Eigenthümer, oder falls dieser mittelbarer Besitzer ist, dem unmittelbaren Besitzer (1208). S. auch § 366. § 366 Abs. 2. § 367.

h. Ein Veräußerungsverbot kann, aber muß nicht ein Verfügungsverbot sein; sein Einfluß auf die Pfandbestellung, wenn es den letzteren Charakter hat, bemißt sich nach dem ob. S. 798 fg. Gesagten; vgl. auch S. 968 unter 3.

i. Ueber die Verpfändung eingetragener Schiffe s. 1260; vgl. auch 1261. 1262. 1265. 1266.

2. Die Bestellung des Pfandrechts an Rechten erfolgt nach den Vorschriften, welche für die Uebertragung des Rechts gelten (vgl. 398. 413 [s. aber auch 410]. 1154).

a. Die Verpfändung einer durch formlosen Vertrag übertragbaren Forderung setzt aber Anzeige des verpfändenden Gläubigers an den Schuldner voraus (1280).

b. Ist die Uebergabe einer Sache erforderlich, z. B. die des Hypothekenbriefs (1154), so finden die §§ 1205. 1206 Anwendung (s. ob. 1, a. b. d. e.), nicht aber die §§ 1207. 1208. Das Gesetz schließt freilich nur die Anwendung des § 1208 ausdrücklich aus (1273 a. G.); dieß ist geschehen, weil man ohne solchen Ausschluß jenen § für anwendbar halten könnte, da er von der Tradition der Pfandsache scheinbar unabhängig dasieht. § 1207 dagegen ist deutlich von dieser Tradition abhängig; das verpfändete Recht wird aber nicht tradirt und die Wirkungen des gutgläubigen Traditionsempfangs sind also auf die Pfandbestellung an einem Rechte nicht anwendbar, trotzdem ihre Anwendung nicht ausdrücklich verneint worden ist. Die Uebergabe einer Sache zum Zwecke der Rechtsverpfändung, wovon § 1274 Abs. 1 S. 2 spricht, ist der Uebergabe der zu verpfändenden Sache nur so weit gleichzustellen, als das Gesetz es verfügt. Auch ist kein Zweifel, daß die Absicht obwaltete, die Grundsätze vom gutgläubigen Erwerb des Mobiliarpfandrechts auf den Erwerb des Pfandrechts am Rechte nicht zu übertragen (vgl. Mot. III S. 854 fg., Prot. d. II. Comm. S. 4318 fg.). Anders

ist es nur bei Inhaberpapieren, weil für diese schlechthin die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen gelten (1293).

c. Zur Verpfändung eines indossablen Papiers ist erforderlich Einigung des Gläubigers und des Pfandgläubigers, Indossament und Uebergabe des indossirten Papiers (1292).

d. Das Pfandrecht an einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld wird bestellt durch schriftliche Erklärung und Uebergabe des Hypotheken-Grundschuld- oder Rentenbriefs (1154), die Eintragung der Verpfändung kann erfolgen (Grdb. 26), ist aber nicht nothwendig. Nur bei einer Hypothek (Grundschuld, Rentenschuld), bei welcher die Ertheilung des Briefs ausgeschlossen ist (1116. 1185), erfolgt die Verpfändung nothwendig durch Einigung und Eintragung im Grundbuch (1154 Abs. 3). Der Inhalt des Grundbuchs in Ansehung des verpfändeten Rechts gilt gemäß § 892 zu Gunsten des gutgläubigen Pfandwerbers als richtig, gleichviel ob die Verpfändung mit oder ohne Eintragung vor sich geht; die Vermuthung der Existenz des Pfandrechts gemäß § 891 hängt dagegen von der Eintragung ab. Die Verpfändung einer für den Inhaber des Grundschuldbriefs bestehenden Grundschuld erfolgt durch Einigung und Uebergabe des Briefs, und hier finden die Vorschriften über die Verpfändung beweglicher Sachen vollständig Anwendung (1195. 1293. 1205—1208).

II. Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld entstehen durch Einigung und Eintragung im Grundbuch (873). Die Uebergabe des Briefes darüber ist gemäß § 1117 (1192. 1199) für den Erwerb des Rechts durch den Gläubiger erforderlich, nicht aber für die Entstehung des Rechts; dasselbe steht vielmehr bis zur Uebergabe des Briefes dem Eigenthümer des belasteten Grundstücks selbst zu (1163 Abs. 2). Ist die Ertheilung des Briefes ausgeschlossen, so kommen die letzteren Sätze natürlich nicht zur Anwendung. Statt der Einigung genügt einseitige Erklärung des Eigenthümers, wenn die Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber bestellt wird (1188 Abs. 1), sowie wenn die Grundschuld (Rentenschuld) für den Eigenthümer selbst (1196. 1199) oder für den Inhaber des Grundschuldbriefs bestellt wird (1195. 1188 Abs. 1. 1199). — S. noch 891. 892.]

C. Entstehung des Pfandrechts durch Rechtsfaß*.

§ 231.

Gewisse Forderungen haben ein Pfandrecht ohne Weiteres, bloß kraft ihrer Existenz; der Verpfändungswille wird bei ihnen durch einen Rechtsfaß ersetzt. Man spricht in diesen Fällen von einem gesetzlichen Pfandrecht¹.

* Meißner vollständige Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfand. 2 Theile. 1803. Sintenis § 31—35, Bachofen Nr. X. XI, Dernburg I § 35—50. Glüd XVIII S. 393—448. XIX S. 1—198; Bangerow I § 374—376. — Die gesetzlichen Pfandre des G. B.: Art. 374—375. 382. 409—412. Vgl. auch Art. 313—316. — Die Wirkung der gesetzlichen Pfandre im Concurse bestimmt sich heutzutage nach R. D. § 39—41. Mandry S. 336 fg.

§ 231. ¹ Die Quellen sprechen von „pignora tacito contracta“. Vgl. die Rubriken

Die gesetzlichen Pfandrechte haben zum Gegenstand entweder einzelne Sachen, oder das gesammte (gegenwärtige und zukünftige) Vermögen des Schuldners. Von den letzteren wird im folgenden § die Rede sein; die ersteren sind die nachgenannten.

1. Der Vermiether eines nicht zum Fruchtbau bestimmten Grundstücks² hat wegen seiner Forderungen aus dem Miethvertrage³ ein gesetzliches Pfandrecht^{3a} an allem in das Grundstück nicht bloß vorübergehend⁴ Eingebrachten⁵.

von Dig. 20, 2 und Cod. 8, 14 [15] „in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur“, und daselbst l. 3. 4. 6. 7 pr. D. l. 2. 3. 7 C., ferner l. 4 pr. D. 2, 14, l. 1 § 1 C. 5, 18, l. 1 C. 6, 48, l. 6 § 4 C. 6, 61. Dieser Ausdruck weist, was die Pfandre des Verpächters und des Vermiethers (unten im Text Ziff. 1 und 2) angeht, darauf hin, daß dieselben gesetzlich anerkannt worden sind auf Grund des präsumtiven Parteivillens (l. 3. 4 pr. l. 6. 7 pr. D. tit. cit., l. 5 § 2 eod., l. 1 pr. D. 43, 32, l. 62 [61] § 8 D. 47, 2); bei den anderen gesetzlichen Pfändern will er nichts Anderes besagen, als daß hier der Parteiville durch den Ausspruch des Gesetzes ersetzt werde. Jedenfalls soll durch diese Bezeichnung nicht etwa das gesetzliche Pfand. auf die Grundstücke vom Vertragspfand. zurückgeführt werden. So schließt namentlich ein gesetzliches Verpfändungsverbot die Entstehung eines gesetzlichen Pfandes nicht aus, l. 2. 3 pr. D. 27, 9. Dernburg I § 35. Als eigentliche gesetzliche Pfandre will nur die am gesammten Vermögen anerkennen Bachofen S. 271.

² Nicht bloß Wohngebäude gehören hierher, sondern auch Magazine, Stalungen zc. zc., selbst leere Plätze (areae), welche etwa zur Lagerung von Materialien, zu Zimmermannsarbeiten zc. zc. benützt werden, L. 6 D. 20, 2, l. 4 pr. D. 2, 14, l. 3. 4 D. 20, 2. Cf. IV. 210. Eine besondere Abhandlung über dieses Pfand. in: Schwarze und Heyne Untersuchung praktisch wichtiger Materien (1844) Nr. 9. S. auch F. Wächter das Vorzugsr. des Vermiethers. Nach r. und modernem R. Zürich 1885. [Crespel hypothèque tacite du locateur. v Th. de Paris 1891.]

³ L. 2 D. h. t. Bgl. Cf. V. 58, XXXVI. 2 und Citate daselbst, XXXVII. 186.

^{3a} Nicht bloß ein qualificirtes Retentionsr. Dernburg I S. 296, Vangerow I § 376 Nr. 1. a. Das Gegentheil nimmt an Cf. IV. 210. Bgl. Stobbe III S. 264.

⁴ L. 7 § 1 D. 20, 2. l. 32 D. 20, 1. Bgl. l. 44. l. 79 § 1 D. 32.

⁵ Invecta et illata, l. 2. 3. 4 pr. l. 6 D. 20, 2. l. 4 pr. D. 2, 14. Bgl. Cf. XXIV. 194, XXVI. 111, XXVII. 101. Hat aber der Schuldner kein anderes Vermögen hinterlassen, aus dem seine Vererdigung bestritten werden kann, so steht das Pfand. nach, l. 14 § 1 D. 11, 7. An fremden Sachen hat der Vermiether wenigstens dem Miether gegenüber ein Retentionsr. l. 1 § 5. l. 2 D. 43, 32. Bgl. Cf. XXXII. 116, XXXIII. 109. Das von dem Astermiether Eingebrachte haftet dem Astervermiether, aber zugleich dem ersten Vermiether, l. 5 pr. D. 20, 2, l. 11 § 5 D. 13, 7. Dernburg I S. 305 fg., Vangerow a. a. D. a. E. [Zuhrmann das gesetzliche Pfand. des Vermiethers an den in die Miethswohnung eingebrachten Sachen dritter Personen (Greifsw. Diff. 1893). Speciell über Sachen des Astermiethers. S. 20 fg.] Vertrag ohne sofortige Bestimmung eines Miethpreises: s. II § 399 ¹⁴ Cf. XXIV. 193. Ausnahme für die nach Reichsr. unpfändbaren Sachen? Ja: Cf. in Festgabe für Greif S. 251

2. Der Verpächter eines zum Fruchtbau bestimmten Grundstücks hat wegen seiner Forderungen aus dem Pachtvertrage⁶ ein gesetzliches Pfandrecht an den auf dem Grundstück von dem Pächter oder einem Aftpächter⁷ gezogenen Früchten⁸.

3. Ein gesetzliches Pfandrecht hat ferner derjenige, welcher Geld zur Wiederherstellung eines Gebäudes geliehen hat, an dem wiederhergestellten Gebäude⁹.

4. Ferner der geschlechtsunreife Mündel an der mit seinem Gelde (nicht auf seinen Namen) angeschafften Sache¹⁰.

5. Endlich der Singular-Vermächtnißnehmer an demjenigen, was der Beschwerte seinerseits aus der Erbschaft erhalten hat¹¹.

§ 232.

Ein gesetzliches Pfandrecht am gesammten Vermögen steht folgenden Personen zu.

fg. (besondere Ausgabe Berlin 1888). [[Rein: Folge in der Kritik dieser Schrift 35. f. CPr. XV S. 96 fg.]] [Überbed Erstreckt sich das gesetzliche Pfandr. des Vermiethers nach gem. R. auch auf die ... Sachen ..., welche nach § 715 CPO. der Zwangsvollstreckung nicht unterworfen sind? Greifsw. Diss. 1895. Antwort (im Wege der Rechtsstückenergänzung durch Interessenabwägung gefunden): Rein. S. auch Dernburg Pand. I § 268 ⁷]. [[De lege ferenda (ob das gesetzliche Pfandr. des Vermiethers beizubehalten sei?) 20. Jur.-Tag III S. 152 fg. (Thomfen), III. S. 207 fg. (Kewinsohn), IV. S. 156 fg. 490 fg. (Berhandl).]]

✓ ⁶ Arg. l. 2 D. 20, 2 [Crespel (⁶), Simon das gesetzliche Pfandr. des Verpächters an den Früchten. Göt. Diff. 1894].

⁷ L. 24 § 1. l. 53 D. 19, 2.

⁸ L. 7 pr. D. 20, 2, vgl. l. 62 [61] § 8 D. 47, 2. — An den auf das Grundstück eingebrachten Sachen hat der Verpächter ein Pfandr. nicht kraft Gesetzes, sondern nur kraft Vertrages, welcher aber kein ausdrücklicher zu sein braucht. Davon l. 5 C. 4, 65 (Dernburg S. 312: „voluntate dominorum“, d. h. auf Verlangen der Verpächter). A. M. Bachofen S. 21—23, welcher annimmt, es werde in der Stelle ein ausdrücklicher Pfandvertrag vorausgesetzt, und unter den „domini“ seien die Eigenthümer der eingebrachten Sachen verstanden. Wegen diese Erklärung auch Bangerow I § 372 Anm. 1 (welcher in der 6. Aufl. Bachofen gefolgt war). Cf. XXIV. 192, XXVII. 100.

⁹ Dieses Pfandr. ist durch einen Senatsbeschluss unter R. Marcus eingeführt worden, l. 1 D. 20, 2. Eine besondere Abhandlung über diesen Gegenstand ist die von Madai 35. f. CPr. u. Pr. XIX S. 82 fg. (1844). Vgl. außerdem Dernburg I § 38, Sintenis S. 298 fg. und gem. Civilr. I § 72 ⁹, Schlayer ACPr. XLIX S. 83—87, Cf. I. 187, II. 266, VI. 162, XII. 258, XXV. 203.

¹⁰ Nach einer Verordnung von Severus und Caracalla. L. 6 C. 7, 8, l. 3 pr. D. 27, 9, l. 7 pr. D. 20, 4. Mit diesem Pfandr. concurrirt in dem Falle, wo die Anschaffung durch den Vormund geschehen ist, die Befugniß des Mündels, die Sache sofort als die seinige in Anspruch zu nehmen (§ 174 ¹⁰).

¹¹ Dieses Pfandr. ist erst von Justinian eingeführt worden. L. 1. 2 C.

1. Dem Fiskus für alle seine Forderungen mit Ausnahme der Strafforderungen¹.

2. Ebenso dem Landesherrn und seiner Gemahlin².

3. Den Minderjährigen und den Wahnsinnigen für ihre Forderungen gegen ihren Vormund aus der von demselben geführten Verwaltung ihres Vermögens³. Ist die Mutter Vormünderin, und schreitet sie zur zweiten Ehe, bevor sie den Kindern Rechnung gelegt und ihnen ihr Vermögen herausgegeben hat, so erstreckt sich dieses Pfandrecht

6, 43. Dem Erbschaftsvermächtignehmer steht es nur in einem ganz besonderen Falle zu, Nov. 106 c. 2.

¹ Steuerforderungen: l. 1 C. 8, 14 [15], l. 1 C. 4, 46. Contracts- § 282. forderungen: l. 28 D. 49, 14, l. 2 C. 8, 14 [15] l. 2 3 C. 7, 73, l. 3 C. 12, 62 [63]. Die allgemeine Regel in l. 46 § 3 D. 49, 14: „Fiscus semper habet ius pignoris“. Die Ausnahme der Strafforderungen in l. 17. 37 D. 49, 14, l. un. C. 10, 7. In diesem Umfange ist das gesetzliche Pfand. des Fiskus erst am Ende des 2. Jahrhunderts der Kaiserzeit ausgebildet. Ueber das Geschichtliche s. Bachofen Nr. X, Dernburg I § 41. 43. Früher war es herrschende Ansicht, daß der Fiskus nur für seine Steuer- und Contractsforderungen ein gesetzliches Pfand. habe, und diese Ansicht vertritt mit manchen Andern (vgl. Pfeiffer prakt. Ausf. VIII §. 5) jetzt wieder Dernburg I §. 340. Ich glaube nicht, daß dieselbe haltbar ist. L. 10 pr. D. 2, 14 und l. 2 C. 4, 16 enthalten keinen Beweis; man braucht nur an Fälle zu denken, wo der Fiskus auf sein Pfand. verzichtet hat. Dazu kommt der weite Sinn, in welchem der Ausdruck contrahere in den Quellen genommen wird, vgl. l. 1 D. 11, 7, l. 3 § 11 D. 15, 1, l. 3 § 3. l. 4 D. 42, 4 und namentlich l. 20 D. 5, 1. Gegen die Dernburg'sche Ansicht s. namentlich Schröder ZS. f. GR. u. Pr. I §. 336 fg., Sintonis I § 72¹⁰, Bangerow I § 375 Anm. Nr. 1. Aus der Praxis: Cf. II. 263. XI. 20, XIV. 120. — Der Fiskus als Nachfolger in eine fremde Forderung: l. 25 D. 20, 1, l. 6 D. 49, 14; Windscheid die Actio x. §. 187, Dernburg I §. 342 fg., Bangerow I § 375 Anm. Nr. 1 b. §. auch II § 332¹¹. — Forderung gegen den Bürgen des fiscalischen Schuldners: RG. V §. 136.

² L. 6 § 1 D. 49, 14.

³ L. un. C. 4, 53, l. 20 C. 5, 87 (= l. 1 C. Th. 3, 30), l. 7 § 5. 6 C. 5, 70. Das gesetzliche Pfand. des Wahnsinnigen rührt erst von Justinian her (dritte Stelle); über das Alter des Pfand. des Minderjährigen ist Streit, indem Einige auf Grund der ersten Stelle annehmen, daß es bereits unter der Regierung des Severus und Caracalla gegolten habe, während Andere, diese Stelle für interpolirt haltend, es erst auf Constantin (zweite Stelle) zurückführen. Vgl. Dernburg I § 45 und die dort Citirten. — Findet das Pfand. auch statt, wenn Jemand, ohne wirklich Vormund zu sein, das Vermögen eines Minderjährigen oder Wahnsinnigen vormundtschaftlich verwaltet? Dafür Dernburg I §. 367, Bangerow I § 375 Anm. Nr. 2 und die daselbst Citirten. — Ungerechtfertigt ist die Ausdehnung auf die Vormünder anderer Personen, Dernburg I § 368 (welcher aber in l. 13 § 11 C. 3, 1 für den speciellen Fall derselben die Anordnung einer gesetzlichen Hypothek findet), Bangerow a. a. O. A. W. die bei Glüd XIX §. 147¹⁷ Genannten, Sintonis Pfand. §. 336. Vgl. Cf. XII. 252, XXVII. 10.

auch auf das Vermögen ihres zweiten Ehemanns⁴.

4. Kinder, deren Vermögen unter der Verwaltung ihres Vaters steht, haben ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen desselben: a) in Betreff des Ehegewinnes⁵, welcher dem Vater von der Mutter zugekommen und in Folge zweiter Ehe⁶ oder sofort⁷ an die Kinder gefallen ist⁸; b) in Betreff dessen, was die Kinder von der Mutter oder den mütterlichen Ascendenten direct erworben haben⁹.

5. Ein gleiches Pfandrecht, wie das unter 4. a genannte, haben die Kinder auch am Vermögen ihrer Mutter wegen des von dem Vater an dieselbe gefallenen und den Kindern erworbenen Ehegewinnes¹⁰.

6. Die Ehefrau hat ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen ihres

⁴ L. 2 C. 5, 35, l. 6 C. 8, 14 [15], Nov. 22 c. 40. Gegen die (auf l. 3 C. 5, 35, Nov. 94 c. 1 gestützte) Ansicht, daß die Mutter als Vormünderin nur in diesem letzteren Falle dem gesetzlichen Pfand. unterworfen sei (Emmerich 38. f. CR. u. Pr. III S. 225—232, Rudorff Vormundschaft I S. 262, Vangerow a. a. O.) s. Dernburg I S. 365—366.

⁵ *Lucrum nuptiale*. S. II § 511².

⁶ S. II § 511²⁻⁶.

⁷ Nach Nov. 98 c. 1 soll die dem Manne anfallende Dos auch ohne zweite Ehe sogleich in die Proprietät der Kinder übergehen, nach Nov. 127 c. 3 jedoch mit Abzug eines Kopfteils.

⁸ L. 8 § 4 C. 5, 9 (von Justinian). Man hat geäußert, daß dieses Pfand. auch für die nach der vorigen Note sofort an die Kinder fallende Dos gelte. So Heimbach 38. f. CR. u. Pr. XVI S. 57 fg., dem sich Dernburg I S. 379 anschließt. Dieser Meinung ist nicht beizutreten. Gegen dieselbe beweisen zwar nicht die Worte am Schluß der Nov. 98 c. 1 cit.: „et aliis accessionibus“, welche in Widerspruch mit dem griechischen Texte zu verstehen nicht nöthig ist, wohl aber, was Justinian in der Mitte sagt: „his, quae super parentibus ad secundas venientibus nuptias sancita sunt, in suo ordine servandis“. Vgl. Marezoll 38. f. CR. u. Pr. III S. 84 fg., Vangerow I § 375 Anm. Nr. 3 a. C.

⁹ L. 8 § 5 D. 5, 9 (von Justinian). Abweichende Ansichten: 1) dieses Pfand. erstrecke sich auch auf das den Kindern von den mütterlichen Seitenverwandten Angefallene, s. dagegen Pfeiffer jur. Ausführungen I S. 34 fg., Dernburg I S. 373, Vangerow I § 375 Anm. Nr. 3. b. 2) Dieses Pfand. setze zweite Ehe des Vaters voraus. So z. B. Vangerow I § 375 Anm. Nr. 3a; s. dagegen Dernburg I S. 377. 3) Es bestehe gar nicht, sondern in l. 8 § 5 cit. sei nichts enthalten, als eine Erstreckung des Pfand. wegen des Ehegewinnes auf die Kinder in der Gewalt. So Vöhr ACPr. IX S. 71 fg. X S. 286 fg.; dagegen Dernburg I S. 376—377, Vangerow I § 365 Anm. Nr. 3.—Gegen die Erstreckung des gesetzlichen Pfand. auf das *pec. adventicium* überhaupt: Cf. XXXVII. 40.

¹⁰ L. 6 § 2 D. 5, 9. (von Leo 469), Nov. 98 c. 1. Nach der letzteren Stelle fällt an die Kinder auch ohne zweite Ehe, in gleicher Weise wie die dem Vater erworbene Dos, die der Mutter erworbene *donatio propter nuptias*; jedoch gilt auch hier die Beschränkung der Nov. 127 c. 3.

Ehemannes wegen ihrer Forderungen auf Herausgabe: a) ihrer Dos¹¹; b) ihres in die Verwaltung des Mannes übergegangenen Paraphernalvermögens¹²; c) der ihr vom Manne als Widerlage gegen die Dos ausgesetzten Eheschenkung¹³. Das Pfandrecht wegen der Dos steht in gleicher Weise jedem Andern zu, an welchen nach gesetzlicher Regel des Dotalrechts die Dos mit Auflösung der Ehe fällt¹⁴.

7. Umgekehrt hat der Ehemann ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen desjenigen, der ihm eine Dos versprochen hat¹⁵.

8. Wenn einem überlebenden Ehegatten etwas unter der Bedingung der Nichtwiederverheirathung hinterlassen worden ist, so findet ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen desselben zu Gunsten desjenigen statt, an welchen das Hinterlassene bei Ueberschreitung der Bedingung zurückfällt¹⁶.

9. Kirchen haben ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen ihrer Emphyteuten wegen ihrer Forderungen gegen dieselben aus der Verschlechterung der Emphyteufis¹⁷.

¹¹ L. 30 C. 5, 12 (vgl. II § 503 ⁴) l. un. § 1 C. 5, 13 (Justinian), § 29 I. 4, 6. [Emission de l'hypothèque légale de la femme, Th. de Paris 1892.] Auch die Braut, wenn die Ehe nicht zu Stande kommt? Dafür z. B. Sintenis Pfandr. S. 316, Puchta § 200^m.; dagegen Dernburg I. S. 386—387, Bangerow I § 375 Anm. Nr. 4, Czyslarz Dotatr. S. 424. Auch die putative Ehefrau? Dafür Puchta a. a. D., Sintenis S. 319, Dernburg I S. 388; dagegen Bangerow a. a. D., Czyslarz a. a. D. Auch die jüdische Ehefrau? Dagegen Viele wegen Nov. 109 (Bangerow a. a. D.), so auch Cf. VIII. 115, XXI. 240; dafür Fr. Schloß die Dotalprivilegien der Jüdinnen (1856), Dernburg I S. 388—389, Czyslarz a. a. D. S. 423^b, Cf. XVII. 117. Gegenwärtig ist die Frage durch die Gesetzgebung des neuen deutschen Reichs erledigt S. I § 55² ².

¹² Nach l. 11 C. 5, 14 (Justinian) nur wegen der dem Manne übergebenen und von demselben eingetriebenen Capitalien. Die Ausdehnung beruht auf der Praxis. Dernburg I S. 393.

¹³ L. 12 § 2 C. 8, 17 [18], Nov. 109 c. 1. Sintenis Pfandr. S. 325—327, Dernburg S. 384—385.

¹⁴ Den Erben, dem Vater und den väterlichen Ascendenten der Frau. Justinian hat dieses Pfandr. anknüpfend an die von ihm neu geschaffene *actio ex stipulatu*. S. die in Note ¹¹ citirten Stellen.

¹⁵ L. un. § 1 C. 5, 13. Dernburg I S. 394; vgl. Bangerow I § 375. Anm. Nr. 5.

¹⁶ Nov. 22 c. 44. Die Erklärung von Marezoll (Magazin f. RW. und Gesetzg. IV S. 215 fg. ZS. f. CR. u. Pr. VI S. 296 fg.), wonach dieses Pfandrecht ganz weggelassen würde, hat keinen Beifall gefunden. S. darüber Dernburg I § 50, Bangerow I § 375 Anm. Nr. 6. Vgl. noch Vermehren ACBra. XIII S. 37—42.

¹⁷ Nov. 7 c. 3 § 2.

10. Die Praxis neigt dazu, Kirchen ein gesetzliches Pfandrecht auch am Vermögen ihrer Verwalter wegen ihrer Forderungen gegen dieselben aus der geführten Verwaltung, ein gleiches Pfandrecht den Stadtgemeinden, sowie den letzteren ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen der Steuerpflichtigen wegen ihrer Steuerforderungen zu gewähren ¹⁸.

[I. Auch das **RG.** kennt Fälle des gesetzlichen Pfandrechts.

1. Gesetzliche Pfandrechte an beweglichen Sachen.

a. Das Pfandrecht des Vermiethers eines Grundstücks (ob. § 232, 1) betrifft die eingebrachten Sachen des Miethers mit ausdrücklicher Ausnahme der der Pfändung nicht unterworfenen Sachen. Die Pfänder haften für alle rückständigen Forderungen aus dem Miethvertrage, nicht aber für künftige Entschädigungsforderungen, und für den Miethzins nicht weiter als für das laufende und das folgende Miethjahr (569). Die Geltendmachung des Pfandrechts kann durch Sicherheitsleistung abgewandt werden (562). Vgl. im Ganzen 559—563.

b. Das Pfandrecht des Verpächters eines landwirtschaftlichen Grundstücks (ob. § 232, 2) ergreift (anders als im gemeinen Recht) das Eingebachte des Pächters und die Früchte. Die Ausnahme in Ansehung der unpfändbaren Sachen gilt hier nicht, soweit die in **CPD.** 715, 5 (nach der Novelle [Reichstagsvorl.] 715, 4) genannten Gegenstände in Frage kommen (Inventar und Erzeugnisse). § 563 findet keine Anwendung (585).

c. Der Gastwirth hat gesetzliches Pfandrecht an dem Eingebachten des Gastes mit Ausnahme der unpfändbaren Sachen für alle Forderungen für Wohnung und andere dem Gaste zur Befriedigung seiner Bedürfnisse gewährte Leistungen einschließlich der Auslagen. §§ 560—563 sind entsprechend anwendbar (704).

d. Bei dem Werkvertrage hat der Unternehmer ein gesetzliches Pfandrecht an den von ihm hergestellten oder ausgebesserten beweglichen Sachen des Bestellers, wenn sie bei der Herstellung oder zum Zwecke der Ausbesserung in seinen Besitz gelangt sind (647).

e. Der Pächter eines Grundstücks sammt Inventar hat wegen seiner Forderungen, welche sich auf das Inventar beziehen, ein Pfandrecht an den in seinen Besitz gelangten Inventarstücken. § 562 ist anwendbar (590).

f. Das Pfandrecht, welches bei Sicherheitsleistung durch Hinterlegung entsteht (233), entsteht nicht durch Pfandvertrag zwischen dem Pfandgläubiger und dem Verpfänder, sondern ist eine gesetzliche Folge des Hinterlegungsvorgangs, der sich zwischen dem Hinterleger und der Hinterlegungsstelle abspielt.

g. Ebenso muß man das Pfandrecht ein gesetzliches nennen, welches entsteht (1287), wenn der Schuldner einer verpfändeten Forderung an seinen Gläubiger und den Pfandgläubiger gemeinschaftlich (1281) oder an den einziehungsberechtigten Pfandgläubiger allein leistet (1282).

¹⁸ Vgl. **Sintenis** S. 342—343, **Dernburg I** S. 356—357. Ueber 1. 2 C. 11, 33. [32] f. **Dernburg I** S. 355.

h. Das Pfandrecht des Landesherrn und seiner Gemahlin (ob. § 232, 2) ist jeden Falls in Betreff aller beweglichen Sachen des Schuldners als aufrechterhalten anzusehen (EG. 57).

i. S. auch HGB. § 397. 410. 421. 623. 674. 726. 755.

2. Gesetzliche Pfandrechte an Rechten.

a. Da das Pfandrecht an Inhaberpapieren gemäß § 1293 sich nach den Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen richtet, so kommen auf Inhaberpapiere auch die Vorschriften über die gesetzlichen Pfandrechte an beweglichen Sachen zur Anwendung. Dieß kann bei dem Pfandrecht des Vermiethers, Verpächters, Gastwirths wichtig werden, aber auch bei dem Pfandrecht des Unternehmers vorkommen (z. B. wenn Jemand einem Buchbinder schadhafte Banknoten zum Ausbessern anvertraut). S. auch 233.

b. Ein gesetzliches Pfandrecht an einem Rechte entsteht auch gemäß § 1287, wenn die verpfändete Forderung auf Begründung oder Uebertragung eines Rechtes gerichtet ist (vgl. ob. 1, g).

c. Das gesetzliche Pfandrecht des Landesherrn und seiner Gemahlin kann auch in Betreff der Rechte ihrer Schuldner nicht geleugnet werden.

3. Auf gesetzliche Pfandrechte sind die Vorschriften über vertragsmäßige Pfandrechte entsprechend anwendbar (1257). Daher kann auch an beweglichen Sachen ein Pfandrecht entstehen und vorgehende dingliche Rechte im Range zurückdrängen in Gemäßheit der Vorschriften der §§ 1207. 1208. In den Fällen, in welchen Besitzergwerb des Gläubigers zur Entstehung des gesetzlichen Pfandrechts gehört (1, d. e. g [1282]), macht diese Analogie keine Schwierigkeiten; dasselbe gilt für die Fälle, in denen der Gläubiger Mitbesitz erwirbt (1, g [1281]) und im Falle der Hinterlegung (1, f). Ebenso aber wird anzunehmen sein, daß in den Fällen 1, a. b. c die Einbringung der Sachen ausreicht, und Besitzergwerb des Pfandgläubigers nicht hinzuzukommen braucht, es also auch auf den guten Glauben zur Zeit der Einbringung ankommt. Dagegen findet das Pfandrecht im Falle h schlechthin nur an den Sachen des Schuldners und seinen publicianischen Rechten statt, da es überhaupt nicht auf die Vorschriften des BGB. sich stützt, sondern diesen gegenüber nur seinen alten Bestand bewahrt. — S. auch HGB. § 396 Abf. 3.

II. Gesetzliche Entstehung von Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden ist dem BGB. im Allgemeinen fremd. Gesetzliche Entstehung einer Sicherungshypothek ohne Eintragung findet statt auf Grund des § 1287, wenn die verpfändete Forderung auf die Uebertragung des Eigenthums an einem Grundstück gerichtet ist. So mit Recht Streckler (ob. S. 967) S. 53 gegen Hachenburg Vorträge S. 227 fg.; vgl. Prot. d. II. Comm. S. 4345). Es ist aber dem Gläubiger zu rathen, auf Eintragung der Hypothek zu dringen (vgl. 894). Die Sicherungshypothek des Unternehmers eines Bauwerks oder eines Theils eines solchen dagegen kommt erst durch Einigung und Eintragung zu Stande, und der Unternehmer hat nur ein gesetzliches Recht, diese zu verlangen (648). Dem gesetzlichen Pfandrecht des Landesherrn und seiner Gemahlin kann man auch bei Grundstücken die Anerkennung nicht versagen. Vgl. ob. § 6 b².]

D. Richterliches Pfandrecht.

§ 233.

Der Richter kann durch seine Verfügung ein Pfandrecht begründen im Theilungsurtheil¹. Die rechtskräftige richterliche Verurtheilung zur Bestellung eines Pfandrechts ersetzt die Bestellung².

Aus anderen richterlichen Verfügungen ergeben sich Rechtsverhältnisse, auf welche zwar der Ausdruck Pfand in unseren Quellen angewendet wird, aber mehr in dem allgemeinen Sinn, daß auch hier Etwas zur Sicherheit eines Anspruchs dient, während der nähere Inhalt dieser Rechtsverhältnisse von dem Inhalt des gewöhnlichen Pfandrechts mehr oder minder abweicht. Im einzelnen gehört hierher:

1) die Pfändung³, welche der Richter zum Zweck der Execution eines Urtheils vornimmt. Das Gepfändete wird durch die Pfändung jeder die Befriedigung des Gläubigers beeinträchtigenden Verfügung des Schuldners entzogen, und es wird auch, wenn der Schuldner die gesetzliche Frist verstreichen läßt, verkauft, und aus dem Kaufpreise der Gläubiger befriedigt⁴. Aber dieser Verkauf erfolgt nicht durch den Gläubiger kraft eines ihm zustehenden Rechts an der Sache, sondern durch den Richter von Amtswegen⁵, wie denn auch der Gläubiger durch den Verkauf dem Käufer gegenüber weder berechtigt noch verpflichtet wird⁶. Ebensovienig enthalten die Quellen etwas von einem dem Gläubiger zustehenden Klagerrecht auf Herausgabe des Besizes

§ 233. ¹ Es ist das zwar in den Quellen nicht ausdrücklich anerkannt, aber deswegen nicht weniger sicher. Für entscheidend muß die Analogie der Dienstbarkeiten (§ 214¹) gehalten werden. A. R. Böding Grundriß II § 94 und, jedoch nicht für das heutige R., Dernburg I S. 177—178. Vgl. Arnolds § 372².

² CPO. § 779. Vgl. § 173³, § 214², § 221⁵, § 223¹⁹.

³ Baillon des voies d'exécution sur les biens du débiteur pendant la période formulaire et spécialement du pignus in causa iudicati captum. Thèse de Paris 1890, Reverdy du pignus ex causa iudicati captum. Thèse de Poitiers 1894, Fleischmann vom pignus in causa iudicati captum. Bresl. Diss. 1896, Siebert das pignus in causa iudicati captum und das Vollstreckungspfand der CPO. Erl. Diss. 1897.]

⁴ L. 15 § 2. l. 31 D. 42, 1.

⁵ L. 2 C. 8, 22 [23]. „Quum in causa iudicati aliqua res pignori capitur, per officium eius, qui ita decrevit, venundari solet, non per eum, qui iudicatum fieri postulavit“. L. 50. l. 74 § 1 D. 21, 2.

⁶ Verweigert der Käufer die Zahlung, so wird demselben das Pfand durch den Richter wieder genommen, l. 15 § 7 D. 42, 1. Wird das Pfand dem Käufer evincirt, so hat er zwar actionem ex emto, aber nur gegen den befreiten Schuldner auf Erstattung des Kaufpreises, l. 74 § 1 D. 21, 2.

der verpfändeten Sache⁵. — Das Gefagte gilt seit der Reichscivilprozeßordnung nur noch für unbewegliche Sachen^{5a}. Die Pfändung beweglicher Sachen erfolgt nach der Reichscivilprozeßordnung^{5b} nicht mehr durch den Richter, sondern durch den Gerichtsvollzieher im Auftrag des Gläubigers, und erzeugt ein „Pfandrecht“, welches, abgesehen von den besonderen Vorschriften der Reichscivilprozeßverordnung, nach den gewöhnlichen Regeln für das Pfandrecht beurtheilt werden muß^{5c}. Das Letztere gilt auch von der Pfändung von Rechten^{5d} — nicht das Erstere: die Pfändung von Rechten erfolgt auch nach der Reichscivilprozeßordnung durch den Richter^{5e}. — Durch Pfändung wird nach der Reichscivilprozeßordnung auch der Arrest in das bewegliche Vermögen vollzogen^{5f}; die richterliche Arrestverfügung als solche begründet ein Pfandrecht nicht^{5g}.

2. Ein Pfandrecht entsteht auch aus einer vom Richter erteilten Einweisung in den Besitz einer einzelnen Sache oder eines ganzen Vermögens⁶, wenn in Folge derselben der Besitz wirklich erlangt

⁵ Die im Texte vorgetragene Auffassung wird mit Recht geltend gemacht von Dernburg I § 53. II § 119, während die herrschende Ansicht das f. g. *pignus in causa iudicat. captum* mit dem gewöhnlichen Pfandre auf ganz gleiche Linie stellt, so neuerdings noch Stölzel *ACPra.* XLV S. 272 fg., Walbed das. LV S. 484⁵; übereinstimmend dagegen in der Sache Rudolph Jahrb. f. Dogm. XIX S. 311 fg. Für die herrschende Ansicht beweist auch nicht l. 1 C. 8, 22 [23], welche von Einweisung in den Besitz und einem dadurch erzeugten f. g. prätorischen Pfandr. (f. im Text unter Ziff. 2) spricht. Vgl. l. 2. 3 C. 8, 17 [18]. *A. M.* in dieser Beziehung Rudolph a. a. O. S. 356 fg. Wehagl *Civilproc.* § 50, 1. Vgl. auch Meibom *ACPra.* LII S. 295 fg. Cf. XXXI. 193.

^{5a} *CPD.* § 757.

^{5b} *CPD.* § 708 fg. Vgl. Mandry S. 335 fg. [4. Aufl. (Geib) 1898 S. 391 fg.].

^{5c} *CPD.* § 709. Mandry S. 340 [397¹⁶], Rudolph a. a. O. S. 407 fg. — Die frühere streitige Frage, welches die Wirkung der Pfändung der Früchte auf dem Halm sei (f. ^{5a} in der 5. Auflage), ist durch *CPD.* § 714 gelöst. Nach diesem § ist die Pfändung ungetrennter Früchte wirkungslos, wenn sie früher als einen Monat vor der gewöhnlichen Zeit der Reife erfolgt, im Uebrigen steht sie jeder anderen Pfändung gleich. Vgl. Mandry S. 381 fg. [392 fg.] Cf. XXXVII. 355.

^{5d} Auch diese Pfändung steht unter § 709.

^{5e} *CPD.* § 729.

^{5f} *CPD.* § 810.

^{5g} Mandry S. 336³ [391²]. Vgl. v. Meibom *Festschrift zur vierten Säcularfeier der Universität Tübingen* S. 74 fg.

⁶ L. 26 pr. D. 13, 7: „si ex quacumque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constituit“. L. 3 § 1 D. 27, 9. Die Quellen sprechen in diesem Falle von einem *pignus praetorium*, l. 12 D. 41, 4, l. 1.

worden ist⁷, und vorausgesetzt daß die Einweisung den Zweck hat, dem Eingewiesenen Sicherheit für die Erfüllung eines ihm zustehenden Anspruches zu verschaffen⁸. Im Einzelnen gehört hierher⁹: a) nach römischem Recht die Einweisung in den Besitz des Vermögens des Schuldners¹⁰, welche den Gläubigern im Falle des Concurse ertheilt wird¹¹; b) nach römischem und heutigem Recht die Einweisung der Vermächtnisnehmer¹²; die Einweisung wegen verweigerter Sicherheit für den Ersatz des Schadens, welcher von der Fehlerhaftigkeit des benachbarten Grundstücks oder einer darauf befindlichen Anlage droht¹³;

2 C. 8, 21 [22], vgl. l. 3 C. 6, 54. — Vom *pignus praetorium* handelt ausführlich Bachofen S. 281—480; ferner Dernburg I § 51. 52.

⁷ L. 26 § 1 D. 13, 7.

⁸ Diese Voraussetzung versteht sich nach dem Begriffe des Pfandr. von selbst. Ein Pfandr. entsteht also nicht, wenn durch die Einweisung unmittelbar derjenige factische Zustand realisiert wird, dessen Rechtmäßigkeit der Nachsuchende behauptet, wie z. B. wenn der Curator eines Wahnsinnigen oder der in einem äußerlich fehlerfreien Testamente Eingesezte in den Besitz der Erbschaft eingewiesen wird. Dernburg I S. 491.

⁹ L. 1 D. 42, 4. „Tres fere causae sunt, ex quibus in possessionem [bonorum] mitti solet: rei servandae causa, item legatorum servandorum gratia, et ventris nomine: damni enim infecti nomine si non caveatur, non (in) universorum nomine fit missio, sed rei tantum de qua damnum timetur“. Dernburg I S. 401.

¹⁰ L. 11 § 1 D. 96, 4, l. 35 D. 42, 5, l. 2. 3 C. 8, 17 [18], l. 1 C. 8, 22 [23] (⁶).

¹¹ Im älteren r. R. war die „missio rei servandae causa“ in Verbindung mit dem in den meisten Fällen sich daran anschließenden Verkauf des Vermögens des Schuldners das allgemeine römische Executionsmittel gegen den verurtheilten, geständigen oder nicht belangbaren Schuldner. Das Nähere über ihre fernere Geschichte gehört nicht hierher. Vgl. Bachofen S. 283 fg., Dernburg I S. 404. 416, Bethmann-Hollweg röm. Civilproc. II § 114. III § 159, Wegeßell Civilproc. § 50 i. A. Heutzutage bestimmt sich das R. der Gläubiger im Concurse lediglich nach der RRD.

¹² L. 12 D. 41, 4, l. 2 pr. D. 41, 5, l. 3. 5 C. 6, 54. Der Vermächtnisnehmer wird eingewiesen: 1) in den Besitz des Nachlasses, wenn ihm der beschwerte Erbe bei nicht sofortiger Einforderbarkeit des Vermächtnisses Bürgschaft verweigert; 2) auch in den Besitz des eigenen Vermögens des Erben, wenn derselbe nach Fälligkeit des Vermächtnisses und gerichtlicher Zahlungsaufforderung 6 Monate mit der Entrichtung im Rückstand bleibt. Beide Einweisungen stellt zusammen l. 6 C. 6, 54; näher handelt von denselben l. 5 D. 36, 4. Die letztere Einweisung unterscheidet sich von der ersteren dadurch, daß der Eingewiesene auch das R. hat, sich aus den Früchten des Vermögens, in welches er eingewiesen ist, zu befriedigen, l. 5 § 16. 21 D. tit. cit. Vgl. III § 648, 2. 3.

¹³ Die Einweisung hat zum Gegenstand das schabendrohende Grundstück. L. 7 pr. D. 39, 2, l. 3 § 1 D. 27, 9, l. 23 D. 15, 1. Vgl. II § 458. 459.

die Einweisung der Mutter des ungeborenen Erben¹⁴. Das aus einer solchen Einweisung entstehende Rechtsverhältniß ist im Allgemeinen das, das der Eingewiesene in dem ihm verliehenen Besitz geschützt wird¹⁵, und ihm derselbe auch durch fernere rechtliche Verfügungen des Eigentümers nicht mehr verkümmert werden kann¹⁶; ein Verkaufrecht dagegen ist mit demselben nur in dem bei a genannten Fall verbunden¹⁷. In einem Fall gewährt dieses Pfandrecht die Befugniß, sich aus den Früchten des Gegenstandes der Einweisung zu befriedigen¹⁸⁻¹⁹.

[I. In Ansehung des Pfändungspfandrechts wird es unter der Herrschaft des § 58.]

1. dabei verbleiben, daß bewegliche Sachen durch Wegnahme seitens des Gerichtsvollziehers gepfändet werden (C.P.D. 712). Die Pfändung ungetrennter Früchte wird zu Gunsten der Immobiliargläubiger und der Immobiliarzangsvollstreckung eingeschränkt werden (Nov. z. C.P.D. Reichstagsvorl. Art. I Nr. 198 § 714), der Kreis der unpfändbaren Objecte wird erweitert werden (das. § 715); vgl. auch § 715 a. 715 b. — Der § 716 Abs. 2 wird ersetzt durch einen § 716a, welcher aber an dem bisherigen Grundsatz festhält, daß das gepfändete Geld dem Gläubiger abzuliefern ist, und die Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher als Zahlung wirkt.

2. Die Pfändung von Rechten erfolgt auch fernerweit durch Gerichtsbeschluß (C.P.D. 730. 745. 754). Die Aufzählung der unpfändbaren Rechte wird

¹⁴ Die Einweisung erfolgt in die Erbschaft. Dig. 37, 9 de ventre in possessionem mittendo. Vgl. III § 618.

¹⁵ Die Verletzung seines Besitzes erzeugt nach früherem r. R. nur einen persönlichen Anspruch gegen den Verlezer, l. 1 pr. l. 4 pr. § 2. 4 D. 43, 4, l. 15 § 36 D. 39, 2. Justinian hat dem Eingewiesenen einen dinglichen Anspruch gegen jeden Besitzer gegeben, l. 2 C. 8, 21 [22].

¹⁶ L. 3 C. 6, 54, l. 2 C. 8, 17 [18], vgl. l. 2 pr. D. 41, 5, l. 12 D. 41, 4.

¹⁷ L. 1 C. 8, 22 [23]. S. auf der andern Seite l. 5 § 21 D. 36, 4, l. 114 § 12 D. 30.

¹⁸ Note ¹² a. E. Der eingewiesenen Mutter des ungeborenen Erben werden die Alimente, auf welche sie Anspruch hat, durch den aufgestellten Curator des Ungeborenen unmittelbar verabreicht, l. 1 § 19. l. 5 pr. D. 37, 9.

¹⁹ Der wesentliche Gegensatz, in welchem das hier erörterte Rechtsverhältniß zu dem gewöhnlichen Pfandr. steht, spiegelt sich auch in der Ausdrucksweise der Quellen ab. Gegenüber den Stellen, in welchen geradezu von einem pignus gesprochen wird, wird in l. 3 C. 6, 54 gesagt: — „causam tuam quam iure praetorio veluti pignus habuisti“, in l. 18 § 6 D. 10, 2: — „non . . . discederet legatarius a possessione, quam vice pignoris erat consecutus“, in l. 23 D. 15, 1: — „pro pignore ea, si non defendantur, actor . . . possidet“. In l. 5 § 21 D. 36, 4 heißt es geradezu: „sed pignora quidem quis et distrahere potest, hic autem frui tantum ei constitutio permisit“. Derselbe Gegensatz in l. 13 D. 42, 8. S. auch l. 9 § 5 D. 42, 5.

verändert (Nov. Art. I Nr. 209 § 749 [s. auch Nr. 212 §§ 754b—754f]), außerdem soll allgemein ausgesprochen werden, daß eine Forderung nur so weit pfändbar ist, als sie übertragbar ist (Nr. 210 § 749 a Abs. 1), jedoch mit einer besonderen Maßgabe (das. Abs. 2. Der Abs. 3 der Vorlage ist von der Reichstagscommiff. gestrichen.). Der Pflichttheilsanspruch und der Anspruch des Schenkers auf Herausgabe des Geschenks gemäß BGB. 528 sollen nur pfändbar sein, wenn sie durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden sind (das. § 749 b). Unveräußerliche Rechte, deren Ausübung veräußerlich ist, sollen in Ermangelung besonderer Vorschriften der Pfändung unterworfen sein (das. Nr. 211 § 754 unter a. Ueber die Wirkung einer solchen Pfändung s. ob. S. 1028). Das Gericht kann dabei besondere Anordnungen erlassen, insbesondere bei Nutzungsrechten eine Verwaltung anordnen (das. unter b); in diesem Falle wird die Pfändung durch Uebergabe der Sache an den Verwalter bewirkt, wenn sie nicht schon durch Zustellung des Beschlusses bewirkt ist. Bemerkenswerth ist, daß die Zwangsvollstreckung in Schiffspartcn als Zwangsvollstreckung in Rechte behandelt wird (754 a), während sonst das Pfandrecht an Schiffspartcn Sachpfandrecht ist (BGB. 1272). Diese Regelung hängt damit zusammen, daß einerseits die Schiffspart nicht, wie das Schiff, der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterfällt werden sollte, andererseits die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in bewegliche Sachen hier nicht angemessen erschienen.

3. Eine Hypothek kann nicht ohne die Forderung gepfändet werden, für welche sie haftet; die Pfändung der Forderung sammt der Hypothek erfolgt nach der Novelle zur C.P.D. (Reichstagsvorl. Art. I Nr. 204 § 731) durch Pfändungsbefchluß in Verbindung mit der Uebergabe des Hypothekenbriefs an den Gläubiger. Nöthigenfalls ist der Hypothekenbrief dem Schuldner durch den Gerichtsvollzieher wegzunehmen; dann genügt die Wegnahme und der Uebergabe an den Gläubiger bedarf es nicht. Bei der Buchhypothek ist erforderlich Pfändungsbefchluß und Eintragung der Pfändung in das Grundbuch (auf Grund des Pfändungsbefchlusses). Wird dem Drittschuldner (d. h. dem persönlichen Schuldner) der Pfändungsbefchluß zugestellt, so gilt die Pfändung ihm gegenüber als bewirkt, auch vor der Uebergabe (Wegnahme) des Hypothekenbriefs oder vor der Eintragung. Die Pfändung von rückständigen Ansprüchen auf Zinsen und sonstige Nebenleistungen sowie auf Kostenersatzung unterliegt diesen besonderen Vorschriften nicht, sondern durchaus den allgemeinen Vorschriften über Forderungspfändung. Das Gleiche gilt bei der Sicherungshypothek im Falle des § 1187 BGB. auch für die Hauptforderung. Die Vorschriften über die Pfändung hypothekarischer Forderungen finden entsprechende Anwendung auf die Pfändung von Realkaffen, Grundschulden, Rentenschulden (a. a. D. Nr. 211 § 754 unter c).

II. Bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen sind zu unterscheiden: Eintragung einer Sicherungshypothek, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung (a. a. D. Nr. 214 § 757 b).

1. Die Eintragung einer Sicherungshypothek findet statt bei Grundstücken und grundstücksgleichen Berechtigungen (s. ob. S. 612) insbesondere beim Erbbaurecht. Die Eintragung erfolgt auf Antrag des Gläubigers (a. a. D. § 757 c. 757 f. Nach einem von der Reichstagscommission beschlossenen Zusatz zu § 757 b kann eine Sicherungshypothek nur für eine mehr als 300 M. betragende

Forderung, und auf Grund eines Vollstreckungsbefehls (CPD. 639) überhaupt nicht verlangt werden.

2. Die Zwangsverwaltung ist bei denselben Gegenständen zulässig. (a. a. O. 757 b. 757 f.) Sie wird durch Beschluß des Vollstreckungsgerichts eingeleitet, die als Beschlagnahme des Gegenstandes und damit als Veräußerungsverbot wirkt.

3. Die Zwangsversteigerung ist bei den vorgenannten Gegenständen und außerdem bei eingetragenen Schiffen (nicht auch Schiffsparten; über diese s. ob. I, 2 a. E.) anwendbar (a. a. O. 757 b. 757 f.). Ihre Einleitung erfolgt wie die der Zwangsverwaltung.

Das Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung v. 24. März 1897 nebst Einföhrungsgef. vom gleichen Tage enthält die genauere Regelung der bezeichneten Vollstreckungsmethoden, vgl. das. 15. 20. 23. 146.

Die Bestandtheile der der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterworfenen Gegenstände unterliegen dieser Zwangsvollstreckung ohne besondere Vorschrift; über ihr Hinauswirken auf Nebengegenstände vgl. Nov. z. CPD. a. a. O. § 757 a, Zwangsversteigerungsges. § 20 Abs. 2, § 21. 148.

III. Die Arrestvollziehung soll wie bisher in bewegliches Vermögen durch Pfändung erfolgen, welche bei jedem Gegenstande ebenso wie die Vollstreckungspfändung erfolgt (CPD. 810). Auch eingetragene Schiffe sollen der Arrestpfändung unterliegen (Nov. z. CPD. Art. I Nr. 228 § 810 a.) Bei Grundstücken und grundstücksgleichen Berechtigungen erfolgt Eintragung einer Sicherungshypothek (das. Nr. 229 § 811).

E. Erwerb bestehender Pfandrechte.

§ 233a.

Der Erwerb eines bestehenden Pfandrechts ist möglich in und mit dem Erwerbe der Forderung, zu deren Sicherheit das Pfandrecht dient, das Pfandrecht folgt seiner Forderung ohne Weiteres in jede neue Hand¹. Ohne die Forderung, welche es versichert, kann das

¹ L. 6. 7 C. 4, 10. — Vgl. II § 332^o. Dernburg I § 78. — Es § 233a. gibt Fälle, in welchen Jemand das R. hat, die Abtretung einer Pfandforderung von dem Gläubiger gegen Befriedigung desselben zu verlangen. Diese Fälle sind: 1) der Fall des von dem Pfandgläubiger belangten Bürgen (l. 2. 11. 14. 21 C. 8, 40 [41], vgl. Knorr RCPra. XXVIII S. 170 fg.), so jedoch, daß nach Nov. 4 c. 2 (§ 235¹⁹) der Bürge durch die Abtretung der Forderung keinen Pfandanspruch gegen den dritten Besitzer der Pfandsache erhält (Dernburg II S. 267 fg., vgl. Arndts § 378⁵, Seuffert § 222¹); 2) der Fall des rmäßigen Besitzers der Pfandsache, von welchem der Pfandgläubiger Herausgabe derselben verlangt (l. 19 D. 20, 4, § 235¹⁹). In diesem letzteren Falle geht aber die Pfandforderung auch ohne Abtretung von Seiten des Gläubigers (durch f. g. cessio legis) auf den abfindenden rmäßigen Besitzer über. So, gegen die herrschende Meinung, Schmid Grundlehren der Cession I S. 288 fg., und ich glaube nicht, daß nach l. 57 i. f. D. 30 dieser Satz bestritten werden darf. [[Dagegen E. A. Seuffert in der Festg. f. Pfand S. 188—206 (der Zahlende habe nur eine Klage auf Cession; aber der Zahlungsempfänger könne die Actio, welche er be-

Pfandrecht regelmäßig nicht erworben werden². In Ausnahmefällen jedoch hat das römische Recht auch einen solchen Erwerb zugelassen³. Dasselbe hat anerkannt, daß das Pfandrecht unter gewissen Voraussetzungen von der Forderung, für welche es besteht, auf eine andere Forderung übertragen werden könne. Die Fälle, in welchen das römische Recht dieß anerkannt hat, haben das Gemeinsame, daß die Forderung, auf welche das Pfandrecht übergeht, an die Stelle der ursprünglichen Pfandforderung tritt, während diese letztere untergeht.

halten habe, weder gegen den Schuldner geltend machen, noch über dieselbe anderweitig verfügen.)). Mühlenbruch Cession § 44⁵⁴² stellt die Entscheidung der genannten Stelle als eine Singularität für Vermächtnisse dar, aber es leuchtet nicht ein, welche Rechtfertigung sie gerade in der Natur der Vermächtnisse finde. Jedenfalls abstrahirt sie von aller Willensinterpretation, kraft deren sonst so häufig bei Vermächtnissen eine Entscheidung getroffen wird, die an und für sich nicht begründet wäre. Die übrigen Stellen, welche Schmid für sich anführt (I. 7 C. 4, 10, I. 3 C. 2, 18 [19], I. 2 C. 11, 33 [32]), halte ich nicht für beweisend.— Erwerb einer Pfandforderung kann auch im Erbtheilungsverfahren durch den Theilungsanspruch geschehen, (I. 3 D. 10, 2). Keinen Erwerb der Pfandforderung aber finden die Quellen in der Abjudication der Pfandsache, wenn dieselbe im Erbtheilungs- oder gewöhnlichen Theilungsverfahren einem der Pfandgläubiger ganz gegen Befriedigung des andern zugesprochen wird; in diesem Falle wird dem Abjudicator zum Zweck der Wiedererlangung des an den andern Theilhaber gezahlten ein Anspruch gegen den Schuldner nur nach dem Gesichtspunkt einer für den Schuldner gemachten Auslage gewährt. L. 29 D. 10, 2, vgl. I. 7 § 12, 13 D. 10, 3. Freilich ist über die Auslegung der I. 29 cit. viel Streit; s. darüber Sintonis Pfandr. S. 447 fg. und gem. Civilt. I § 75⁹, Bachofen S. 196 fg., Schmid Cession I S. 270 fg., Dernburg II S. 43 fg., Bangerow I § 365 Anm., Ueb die doppelseitigen Klagen S. 144 fg., Göppert fr. BZS. XIV S. 550. ✓ [Herrmanns der Fall der lex 29 Dig. 10, 2 u. f. w. Erl. Diff. 1898]. Ich halte es nicht für unwahrscheinlich, daß die genannten Stellen ursprünglich von der fiducia gehandelt haben.

² Anders verhält es sich mit dem Pfandanspruch (der actio hypothecaria); derselbe kann durch Cession erworben werden, wie jeder andere Anspruch. Aber damit erlangt der Cessionar kein Pfandrecht und namentlich keine Verkaufsbefugniß. Vgl. über diese Frage Mühlenbruch Cession S. 332 fg., Puchta Ner. II S. 644 (N. civ. Schriften S. 468), Bangerow III S. 120, Dernburg I S. 561, Sintonis II § 129^{99a}.

³ Diese Ausnahmefälle sind es, in welchen man heutzutage vorzugsweise von einer „hypothecarischen Succession“ spricht. Vgl. über dieselbe Glüd XIX S. 351 fg. Sintonis § 46, 47, Bachofen S. 497—541, Dernburg II § 161—166 (die §§ 161—164 schon früher abgedruckt im ACPr. XLI S. 1 fg.). ✓ Schmid die Grundlehren der Cession I S. 279—352 (1863). Adamkiewicz ACPr. LVI S. 1 fg. (1873), Voß Jahrb. f. Dogm. XV S. 332 fg. (1877), ✓ Siebenhaar allg. Gerichtszeitung f. d. R. Sachsen XXIV S. 1 fg. 33 fg. ✓ (1880). S. auch § 233b¹³ a. E. [Godefroy de his qui in priorum creditorum locum succedunt. Th. de Paris 1888, Peggall die Abweichungen von der accessorischen Natur des Pfandr. Ödt. Diff. 1895 S. 42 fg.]

Das praktische Interesse des in diesen Fällen anerkannten Erwerbes eines bestehenden Pfandrechts zeigt sich hauptsächlich, jedoch nicht ausschließlich¹, in der dadurch gewährten Möglichkeit, sich den Rang zu verschaffen, welchen ein bestehendes Pfandrecht vor anderen nachfolgenden Pfandrechten einnimmt (vergl. § 237).

§ 233b.

Die einzelnen hierher gehörigen Fälle sind folgende.

1. Wenn durch Novation an die Stelle einer Forderung eine andere gesetzt wird, so können die den Novationsvertrag Abschließenden ausmachen, daß auf die neue Forderung, soweit sie den Betrag der alten nicht übersteigt, das Pfandrecht der alten übergehen solle¹; jedoch ist dazu die Mitwirkung oder Einwilligung des Eigenthümers der Pfandsache erforderlich².

2. Unter der gleichen Voraussetzung³ kann derjenige, welcher einem Pfandschuldner die Mittel zur Befriedigung seines Gläubigers gewährt, sich durch den Schuldner das Pfandrecht des abgefundenen Gläubigers übertragen lassen⁴. Der gewöhnlichste hierher gehörige Fall ist der, wo Jemand einem Pfandschuldner ein Darlehn zum

¹ Vgl. I. 3 D. 20, 3.

² L. 11 § 1 D. 13, 7, I. 3 pr. I. 12 § 5. I. 21 pr. D. 20, 4, vgl. I. § 288b. un. C. 8, 26 [27], I. 18 D. 46, 2. Bezieht bei der Novation der Gläubiger nicht, so heißt es in den Quellen „in suum locum eum succedere“.

³ L. 30 D. 46, 2 und arg. I. 2 D. 13, 7. Zwar geht der Wortlaut der in beiden Stellen erwähnten und wegen Mangels des Eigenthums des Vertragsschließenden für ungültig erklärten Verträge nicht speciell auf Uebertragung des für die alte Obligation bestehenden Pfandr., sondern im Allgemeinen darauf, daß die neue Obligation ein Pfandr. haben solle; aber es läßt sich nicht wohl bezweifeln, daß man diese Verträge interpretationsweise durch Beziehung auf die bestehenden Pfandre aufrecht erhalten haben würde, wenn sich ihnen nicht auch in dieser Richtung das mangelnde Eigenthum des Pfandverleihers entgegengestellt hätte.

⁴ L. 2 D. 13, 7.

⁵ L. 3 D. 20, 3, I. 12 § 8 D. 20, 4, I. 1 C. 8, 18 [19]. Man darf nicht etwa sagen, daß derjenige, welcher einem Schuldner die Mittel zur Befriedigung seines Gläubigers gewährt, dadurch das Pfandr. des abgefundenen Gläubigers ohne Weiteres erwerbe; dagegen ausdrücklich I. 1 C. cit. I. 3 D. cit., I. 2 D. 13, 7. Sondern es ist eben nothwendig ein Vertrag mit dem Schuldner, durch welchen dieser ihm ein Pfandr., und gerade das Pfandr. des Abgefundenen einräumt. Freilich braucht das Letztere (daß auf den neuen Gläubiger gerade das Pfandr. des Abgefundenen übergeben solle) nicht ausdrücklich ausbedungen zu werden; auch die Umstände können es als gewollt ergeben. Hieraus erklären sich die scheinbar widersprechenden Entscheidungen der citirten Stellen. Anderes meint auch wohl kaum Dernburg a. a. O. S. 506—508. Vgl. noch Puchta § 213^b.

Zweck der Befriedigung des Gläubigers gibt⁵; aber auch der Fall gehört hierher, wo Jemand auf Anweisung des Schuldners selbst an den Gläubiger zahlt⁶, so wie der, wo Jemand auf ein ihm für eine andere Forderung zustehendes Pfandrecht verzichtet, damit der Schuldner die Sache pfandfrei verkaufen und aus dem Erlöse den Gläubiger befriedigen könne⁷. Ist die Befriedigung des abgefundenen Gläubigers nur eine theilweise, so geht das Pfandrecht auf denjenigen, aus dessen Mitteln er abgefunden worden ist, auch nur für den geleisteten Betrag über⁸, und zwar behält der Gläubiger für den Betrag, welcher ihm nicht geleistet worden ist, den Vorrang⁹.

3. Auch dadurch, daß derjenige, welcher einem Pfandschuldner die Mittel zur Befriedigung seines Gläubigers gewährt, sich dafür von dem Schuldner die Pfandsache zu Eigenthum übertragen läßt, erlangt er den nachstehenden Pfandgläubigern gegenüber die rechtliche Stellung des abgefundenen Gläubigers¹⁰.

⁵ Vgl. Dernburg a. a. O. S. 504—506. Cf. IX. 271.

⁶ Dernburg a. a. O. S. 504.

⁷ L. 12 § 9 D. 20, 4. In diesem Falle ist die Forderung, mit welcher sich das übergehende Pfand. bei dem Erwerber vereinigt, bereits vorhanden, in den beiden zuvor genannten entsteht sie neu.

⁸ Aus dem einen Pfandr., welches vorhanden war, werden hier zwei Pfandre — in gleicher Weise, wie dieß stattfindet, wenn ein Pfandgläubiger mit Hinterlassung mehrerer Erben stirbt.

⁹ Diese Frage ist in den Quellen nicht ausdrücklich entschieden; aber deswegen ist es nicht weniger unzweifelhaft, daß sie beantwortet werden muß, wie im Texte geschehen ist. Der abgefunden Gläubiger behält gemäß der Regel (§ 226 ³) für den ihm nicht geleisteten Theil seiner Forderung die gleiche Pfandmacht, welche er für die volle Forderung hatte; die Berufung auf diese Regel kann ihm durch die Verhandlung seines Schuldners mit einem Dritten, welcher er vollkommen fremd geblieben ist, nicht entzogen oder geschwächt werden. Vgl. Dernburg a. a. O. S. 512—513, Seuffert Pand. I § 202 ², A. M. Bachofen S. 527, welcher Concurrenz des alten und neuen Gläubigers annimmt, und Schläpfer, welcher früher (ACPr. XLIX S. 218 fg.) der gleichen Meinung war, jetzt (das. LXIV S. 395 fg.) den neuen Gläubiger dem alten vorgehen läßt. Eine Folgerung aus dem aufgestellten Satze ist, daß, wenn Mehrere hintereinander die Mittel zur Befriedigung eines Pfandgläubigers hergeben, immer der Spätere dem Früheren vorgeht.

¹⁰ L. 3 § 1 D. 20, 5: — nihil enim interest, debitor pignus datum vendidit, an denuo pignori obliget“. L. 3 C. 8, 18 [19]: „in ius eorum successisti“. L. 17 D. 20, 4. Von diesem Falle sind auch wohl die Worte der l. 3 D. 20, 3: „quo casu emtoris causa melior efficietur“ zu verstehen. Es ist in diesem Fall nicht erforderlich, daß das Pfandr. des Befriedigten noch besonders eingeräumt werde. Cf. XIII. 310. Ueber die Bedeutung eines Pfandr. an eigener Sache s. das Nähere unten § 248, 4. Vgl. noch Dernburg a. a. O. S. 514—517, Hofmann Jahrb. f. Dogm. X S. 377—382. G. Buchta

4. Endlich hat jeder nachstehende Pfandgläubiger das Recht, durch Ausbezahlung eines vorgehenden dessen Pfandrecht ohne Weiters an sich zu bringen¹¹. Verweigert der vorhergehende Pfandgläubiger die Annahme, so wird durch gerichtliche Hinterlegung des Betrages die gleiche Wirkung erzielt¹². Bei theilweiser Befriedigung des vorgehenden Gläubigers tritt das gleiche Rechtsverhältniß ein, wie in dem bei Ziff. 2 genannten Fall¹³. Das Auszahlungsrecht geht dem nachstehenden Gläubiger verloren, wenn er den vorgehenden bei Lebzeiten des Schuldners 40 Jahre, nach dessen Tode 30 Jahre lang in Besiz

die Hypothek des Eigentümers (1875) S. 37 fg. nimmt in diesem Falle nicht Erwerb eines Pfandr., sondern nur Einbeschuz nach dem Gesichtspunkt der Verwendung an — nicht in Uebereinstimmung mit den Quellen (f. ob.). S. auch Regelsberger fr. RZS. XVIII S. 206. Vgl. noch S. IX. 270.

¹¹ S. g. ius offerendi. L. 12 § 6. 9. l. 16. 20 D. 20, 4, l. 5 pr. D. 20, 5, l. 22 C. 8, 14, l. 1. 5. C. 8, 17 [18], l. 4 C. 8, 18 [19]. Der nachstehende Pfandgläubiger hat das Recht, das Pfandr. des vorgehenden ohne Weiters an sich zu bringen; es ist nicht etwa eine Uebertragung von Seiten des vorgehenden erforderlich. Der Vortheil, welchen der nachstehende Pfandgläubiger von dieser Succession hat, besteht namentlich darin, daß er sein Pfandr. gegen den Verkauf des vorgehenden schützt, welcher Letztere natürlich bei dem Verkauf nur seine Interessen, nicht die des Nachpfandgläubigers, befragen wird. In diesem Sinne heißt es in den Quellen, daß der Nachpfandgläubiger durch Ausbezahlung des vorgehenden „confirmat pignus suum“. — In früheren Auflagen dieses Lehrbuchs ist angenommen, daß in diesem Falle der Erwerber des Pfandr. ein Pfandr. ohne Forderung habe. Dabei war übersehen die dem Auszahlenden zustehende actio negotiorum gestorum contraria (Note ¹⁶ a. E.). — Ueber das ius offerendi ist außer den beim vorigen § in Note ² Citirten noch zu vergleichen Linde ZS. f. W. u. Pr. V S. 290 fg. (1832), Willms Höbiter's Magaz. f. d. deutsche R. der Gegenwart I S. 315 fg. (1881). Dieser letztere Schriftsteller behauptet ohne hinreichende Begründung, daß nach heutigem R. das ius offerendi voraussetze, daß der vorstehende Pfandgläubiger wirklich verkaufen wolle. So ist auch erkannt worden bei S. XXI. 109. [Cassan ius offerendae pecuniae. Th. de Toulouse 1893, Regels das ius offerendi. Berl. Diff. 1893, Holländer das ius offerendi et succedendi nach r. R. Erl. Diff. 1894.]

¹² L. 1 C. 8, 17 [18]. Es muß dem Gläubiger mit dem Betrage seiner Forderung auch der Betrag der aufgelaufenen Zinsen angeboten werden, l. 1 C. 8, 17 [18], l. 12 § 6. l. 20 D. 20, 4, l. 2. 3 § 1 D. 20, 5, l. 22 C. 8, 13 [14], nicht aber auch der Betrag sonstiger chirographarischer Forderungen, wegen welcher der Gläubiger ein Retentionsr. am Pfande hat (l. un. C. 8, 26 [27], § 234¹). Eine Klage zur Geltendmachung des Auszahlungsr. ist nicht nöthig bez. nicht zulässig. S. f. VI. 160.

¹³ Der vorgehende Pfandgläubiger, welcher von dem nachstehenden theilweise Befriedigung annimmt, wozu er keine Verpflichtung hat, thut das, um seine Pfandsicherheit zu verbessern, nicht, um sie mit dem Abfindenden zu theilen. Es liegt also auch hier kein Grund vor, aus welchem ihm die Verufung auf die gesetzliche Regel (*) ver sagt werden dürfte.

läßt^{13a}. — Ein gleiches Recht, wie dem nachstehenden Pfandgläubiger gegen den vorgehenden, darf auch dem vorgehenden gegen den nachstehenden nicht versagt werden¹⁴. Dagegen hat ein solches Recht nicht derjenige, welcher gar nicht Pfandgläubiger ist. Wer ohne Pfandgläubiger zu sein, einen Pfandgläubiger befriedigt hat, erhält dadurch nicht dessen Pfandrecht, sondern es steht ihm nur gegen den Eigentümer und die nachfolgenden Pfandgläubiger, deren Lage er dadurch verbessert hat, ein Erfazanspruch nach dem Gesichtspunkt der Verwendungs zu¹⁵. —

Uebrigens ist die juristische Natur der hier aufgezählten Fälle nicht unzweifelhaft, worüber das Nähere in der Note¹⁶ bemerkt ist.

^{13a} L. 7 § 3 C. 7, 39.

¹⁴ Diese Frage ist sehr bestritten. Für die Bejahung: Glüd XIX S. 355 und die das. Citirten, und aus der neueren Zeit: Müller ACPr. XI S. 386 fg (1828) und ausführlicher civilistische Abhandlungen Nr. 2 (1833), Bopp in Hoffbirt's JZ. I S. 375 fg. (1833), A. Thon das ius offerendi des besseren Pfandgläubigers (Habilitationsschrift 1863), ders. Rechtsnorm und subjectives R. (1878) S. 389^{2a}, Schmid a. a. D. S. 311 fg., Dernburg a. a. D. S. 529 fg., Vangerow I § 377 Anm. 1; für die Verneinung: Zimmermann JZ. f. CR. u. Pr. I S. 53. 54 (1828), Vinde das. V S. 293 fg. und VI S. 215 fg. (1832. 1833), Friß Erläuterungen I S. 526 fg. (1833, hier auch eine Uebersicht über die bis dahin erwachsene Literatur), Sintenis Pfandr. S. 409—416 und gem. Civilr. I § 73¹⁰, Bachofen S. 505—510, Siebenhaar S. 11 fg., Willms a. a. D. S. 318 fg. In der ersten Auflage dieses Lehrbuchs habe auch ich mich für die Verneinung ausgesprochen: ich möchte dieselbe gegenüber Paul. sentent. II. 13 § 8 nicht mehr aufrecht erhalten, einer Stelle, welche, wenn sie auch nicht der Justinianischen Compilation angehört, doch immerhin gebraucht werden darf, um den eigentlichen Gedanken der in dieselbe aufgenommenen Sätze festzustellen. Doch bleibt die Sache zweifelhaft, und in diesem Sinne spricht sich auch Dernburg aus. Kein Gewicht ist für die Bejahung auf l. 5. C. 8, 17 [18] zu legen. Dernburg a. a. D. S. 530. Die Erklärung, welche jetzt Schwemann ACPr. LXXI S. 153 fg. von der Stelle des Paulus gibt, halte ich für nahezu unmöglich. Gegen dieselbe auch Sutro in Themis, Rechtskundig Tydschrift, Bd. 50.

¹⁵ L. 29 D. 10, 2, l. 7 § 12 D. 10, 3, l. 12 § 1 D. 20, 4.

¹⁶ Mit der hier vorgetragenen Auffassung, wonach in den genannten Fällen ein Uebergang des Pfandr. ohne seine Forderung stattfindet, stimmt überein Brinz 1. Aufl. S. 292. 336 (2. Aufl. II § 348¹³), ferner Boff a. a. D., für die Fälle Jiff. 1 u. 3 theilt sie auch Adamkiewicz a. a. D. Dagegen läßt 1) die herrschende Meinung Uebergang des Pfandr. ohne seine Forderung nur in dem ersten der genannten Fälle eintreten; in den übrigen läßt sie mit dem Pfandr. zugleich seine Forderung, und das Pfandr. nur auf Grund des Ueberganges der Forderung übergehen, vgl. namentlich Glüd XIX S. 351 fg., Vinde a. a. D. (¹⁴) S. 291 fg., Mühlensbruch Cession S. 482—488, Puchta § 213 (welcher Letztere sogar den Fall unter Jiff. 1 nicht ausnimmt), Schmid a. a. D. (welcher im Falle Jiff. 1 Fortdauer des alten Pfandr. mit naturalis obligato annimmt).

I. 1. Nach § 374 ist das Pfandrecht nur mit der Forderung übertragbar und folgt wie im gemeinen Recht der Forderung bei jeder Uebertragung (1250 Abs. 1), worunter das Gesetz sowohl die rechtsgeschäftliche Abtretung wie den gesetzlichen Uebergang versteht (412). Wird die Forderung mit Ausschluß des

Arndts § 374¹; für den Fall Ziff. 4 wird diese Meinung verteidigt auch von Ruden ACPr. LIII S. 35 fg., Zimmermann das. S. 388 fg., Adamkiewicz a. a. O. 2) Umgekehrt ist Dernburg a. a. O. der Ansicht, daß in allen hierher gehörigen Fällen weder Forderung noch auch Pfandr. übergehe, sondern daß in denselben ein neues Pfandr. entstehe, welchem dann durch gesetzliche Vorschrift vielfach die gleiche juristische Stellung und namentlich der Rang des untergegangenen beigelegt werde. Diese Meinung theilen für den Fall Ziff. 1 Adamkiewicz a. a. O., für den Fall Ziff. 1—3 Bachofen a. a. O., dieser letztere jedoch mit der Modification, daß er den Rang und die rlichen Vorzüge des abgetretenen Pfandr. in dem neuen fortdauern läßt. Vgl. auch Simon ACPr. XLI S. 56—61, Karsten die fingirte Cession (Hofstod 1874) S. 113 fg. — Die Sache liegt so, daß sich zu einem zweifellosen Resultat kaum wird gelangen lassen. Jedoch spricht gegen die herrschende Meinung, daß die Quellen von einem Uebergang der Forderung nirgends reden; daß, wenn die Forderung wirklich überginge, der abfindende Nachpandgläubiger auch die sonstigen für die Forderung bestehenden Pfandre erhalten müßte, obgleich er doch für diese Nachpandgläubiger nicht ist; endlich, daß nicht abzusehen ist, warum Uebergang eines Pfandr. ohne seine Forderung nicht überhaupt möglich sein sollte, wenn er in Einem Fall wirklich eintritt. Für die herrschende Meinung darf man sich nicht auf l. 1 § 11 D. 14, 1, l. 2 D. 42, 3, l. 24 § 3 D. 42, 5, l. 10 § 1 D. 42, 8 berufen, denn man würde das nur in dem Sinne thun dürfen, daß man aus diesen Stellen den allgemeinen Satz herleitete, daß überhaupt, wer einem Schuldner die Mittel zur Befriedigung seines Gläubigers gewährt, dessen Forderungsr. erwerbe, und f. gegen diesen Satz Note⁴. Sondern die genannten Stellen lassen sich, wie mir scheint, in keiner andern Weise erklären, als durch die Annahme, daß hier durch gesetzliche Vorschrift einer Forderung eine gleiche Kraft beigelegt werde, wie sie eine untergegangene frühere hatte. Und dieß spricht entschieden für Dernburg's Auffassung. Es ist auch zuzugeben, daß gegen diese letztere Auffassung nicht die von den Quellen in Betreff der hypothekarischen Succession gebrauchten Ausdrücke: loco succedere, in locum succedere, in locum substitui, in pignus succedere, in ius succedere Dernburg a. a. O. S. 492) geltend gemacht werden dürfen. Es ist keineswegs nothwendig, diese Ausdrücke von einem Eintreten in das identische R. des Vorgängers zu verstehen: es ist möglich, daß sie nichts Anderes sagen wollen, als daß der Nachfolger eine gleiche Stellung gewinne, wie der Vorgänger (vgl. l. 2 D. 42, 3, l. 24 D. 13, 5, Gai. III. 7, Ulp. XXVI. 2, Dig. 38, 9 de successorio edicto, l. un. C. 8, 26 [27]). Von der andern Seite: wenn wirklich das durch die f. g. hypothekarische Succession begründete Pfandr. in aller und in jeder Beziehung die gleiche juristische Stellung hätte, wie das zuvor dagesessene, könnte man die Frage, ob es das alte sei, oder ein neues, immerhin auf sich beruhen lassen, da ja der Begriff der Nachfolge nur darin seine Bedeutung hat, daß durch eine eingetretene Veränderung die vorhanden gewesene juristische Bestimmtheit nicht weiter aufgehoben wird, als die Veränderung reicht (§ 64¹). Und das ist denn auch die einzige praktische Differenz zwischen der Ansicht Dernburg's und der hier vertretenen, daß nach der letzteren in Beziehung auf das Pfandrecht Alles so bleibt, wie es gewesen ist, nach der Ansicht Dernburg's aber, wenn ich ihn

Pfandrechts übertragen, so erlischt das letztere (1250 Abs. 2). Die Uebertragung des Pfandrechts setzt nicht voraus, daß der neue Pfandgläubiger den Besitz erlangt, vielmehr kann er auf Grund der geschehenen Uebertragung die Herausgabe des Pfandes verlangen (1251 Abs. 1). In die Verpflichtungen aus dem Pfandverhältniß tritt der neue Pfandgläubiger mit dem Besitzerwerb kraft Gesetzes ein; der bisherige Pfandgläubiger haftet aber für den wegen Nichterfüllung derselben zu leistenden Schadensersatz als Bürge ohne Einrede der Vorausklage; diese Haftung tritt nicht ein, wenn die Forderung kraft Gesetzes auf den neuen Pfandgläubiger übergeht, oder die Abtretung auf gesetzlicher Verpflichtung beruht (3. B. 255. 281. — 1251 Abs. 2). Die Verpflichtungen des ehemaligen Pfandgläubigers aus seinem Verschulden bleiben bei Uebertragung des Pfandrechts natürlich bestehen.

2. Eine Möglichkeit, das Pfandrecht auf eine neue Forderung zu übertragen oder nach Erlöschen der Forderung ein Pfandrecht mit dem alten Range neu zu bestellen, besteht nach *WOB.* nicht. Der Pfandeigentümer, welcher nicht Schuldner ist, kann aber die Forderung sammt dem Pfandrecht erwerben; das Pfandrecht gilt dann trotz der Vereinigung als nicht erloschen, soweit das Interesse des Eigentümers für seine Fortexistenz spricht (1256 Abs. 2), und das ist der Fall, wenn nachstehende Pfandgläubiger vorhanden sind. Der Pfandeigentümer kann also auch einem Andern die Forderung sammt Pfandrecht weiter übertragen. Für den persönlichen Schuldner gelten diese Sätze nicht, da durch Vereinigung die Schuld und damit das Pfandrecht nothwendig erlischt.

recht verstehe, nur der Rang und allenfalls die Begünstigung in Betreff des Verkaufsr. (nach l. 8 D. 20, 4, f. a. a. O. §. 509. 510), es müßte denn ausdrücklich Weiteres ausgemacht sein. Ich muß nun gesehen, daß *Dernburg* das Argument, welches in dieser Beziehung in der genannten l. 8 D. 20, 4 gegen ihn liegt, mir auch durch die Erklärung, welche er jetzt von dieser Stelle gibt (vgl. *Arch.* §. 23. 24), nicht aus dem Wege geräumt zu haben scheint, und zu beachten ist doch auch l. 7 § 5. 6 D. 27, 9. obgleich diese Stelle freilich keinen entscheidenden Beweis liefert (*Dernburg* a. a. O. §. 501. 502). Daß in den Fällen *Ziff. 1. 2* Einwilligung des Eigentümers erforderlich ist, ist kein Beweis für die Neubegründung des Pfandr.; es ist ein sich von selbst aufdrängender Gedanke, daß über ein vacant werdendes Pfandr. nur der Eigentümer disponiren dürfe. Wenn ich in der ersten Auflage für entscheidend gegen *Dernburg* erklärt habe, daß derselbe sich genöthigt sehe, beim *ius offerendi* eine (gesetzliche) Neubegründung eines Pfandr. ohne Forderung anzunehmen, so halte ich das jetzt nicht mehr aufrecht; denn es wird dem Ausbezahlenden die *actio negotiorum gestorum* nicht versagt werden können (s. II § 431¹² und namentlich l. 8 C. 2, 18 [19]). Jedensfalls aber hat *Dernburg* beim *ius offerendi* eine neue und bisher unbekannte Art gesetzlichen Pfandr. Denn wenn er jetzt auszuführen sucht (a. a. O. §. 518 fg.), daß die Ausbezahlung des *Vorhypothekars* durch den *Nachhypothekar* eine Erweiterung des nachstehenden Pfandrechts nach dem Gesichtspunkt der Verwendung bewirke (l. 8 § 5 D. 13, 7, l. 6 C. 8, 13 [14]), so halte ich das in keiner Weise für zutreffend. Der *Nachhypothekar* zahlt nicht um sein Pfandr. in der demselben an und für sich zukommenden Kraft zu erhalten, sondern um demselben eine ihm an und für sich nicht zukommende Kraft neu zu erwerben. — Eine dankenswerthe Uebersicht über die in den neueren Hypothekengesetzen vertretenen Auffassungen gibt *Notz* *ACPra.* LXII §. 106 fg.

3. Das BGB. gibt Jedem, der durch den Pfandverkauf ein Recht an dem Pfandgegenstande verlieren würde, also dem Eigenthümer, dem nachstehenden, aber auch dem vorgehenden Pfandgläubiger und dem nicht allen Pfandrechten vorgehenden Nießbraucher (1242 Abs. 2), das Recht, den Pfandgläubiger zu befriedigen (vgl. ob. § 233 b, 4), sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist. Soweit die Befriedigung erfolgt, erwirbt der Befriedigende von Rechtswegen die Forderung sammt dem Pfandrecht (1249. 268 Abs. 2. Abs. 3). Eine Abweichung von der accessorischen Natur des Pfandrechts liegt also nicht vor. Der bloße Besitzer hat das Recht des § 1249 nicht; er ist nicht, wie in § 268 Abs. 1 S. 2, genannt. Er kann sich aber auf das Recht des § 268 stützen, wenn der Gläubiger seine Befriedigung aus dem Pfande durch Zwangsvollstreckung sucht (1233 Abs. 2. 1268. 1277).

II. Ueber Abtretung der Forderung sammt Hypothek, sowie Abtretung der Grundschuld, Rentenschuld vgl. 1153—1159. 1192. 1199. Die Hypothek geht mit jeder Uebertragung auf den neuen Gläubiger über (1193), jedoch kann in dem besonderen Falle der Maximalhypothek (1190) die Forderung nach den allgemeinen Vorschriften über die Abtretung von Forderungen (im Gegensatz zu denen des Hypothekenrechts) übertragen werden; dann ist der Uebergang der Hypothek ausgeschlossen, und dieselbe fällt an den Eigenthümer. (1190 Abs. 4). Bei jeder Art der Hypothek kann an Stelle der Forderung, für welche sie haftet, eine andere gesetzt werden, und zwar durch Einigung des Gläubigers und des Eigenthümers und Eintragung im Grundbuch. Soll die Hypothek auf die Forderung eines neuen Gläubigers übertragen werden, so ist natürlich auch die Zustimmung des alten Gläubigers erforderlich (1180). — Der gesetzliche Uebergang in Folge Befriedigung des Gläubigers durch Dritte trifft auch bei der Hypothek (wie beim Pfandrecht) die persönliche Forderung mit (1150.) Dieß gilt auch für den Eigenthümer, welcher befriedigt, ohne zugleich persönlicher Schuldner zu sein (1143, f. auch 1142). Ist er das letztere, so geht die Forderung unter und es kommt die allgemeine Vorschrift des § 1163 Abs. 1 S. 2 zur Anwendung, wonach bei Erlöschen der Forderung der Eigenthümer die Hypothek erwirbt. Das Gleiche gilt, wenn die Stellungen des Eigenthümerschuldners und des Gläubigers sich vereinigen. Der Eigenthümer erwirbt die Hypothek auch dann, wenn der Gläubiger auf sie verzichtet (1168; f. auch 1169) oder nach § 1170. 1171 mit seinem Recht ausgeschlossen wird. Die Forderung gegen den dritten persönlichen Schuldner erwirbt der Eigenthümer im Falle der §§ 1168. 1169. 1170 nicht, wohl aber im Falle des § 1171, weil hier der Gläubiger als durch den Eigenthümer befriedigt gilt (f. 1143). Eine Abweichung von der accessorischen Natur der Hypothek ergibt sich nur, wenn der Eigenthümer die Hypothek ohne die Forderung erwirbt; die Hypothek verwandelt sich dann in eine Grundschuld (1177). Befriedigt den Gläubiger der persönliche Schuldner, welcher nicht Eigenthümer ist, so geht die Hypothek auf ihn insoweit über, als er Regreß gegen den Eigenthümer oder einen Rechtsvorgänger desselben hat (1164 Abs. 1), und das Entsprechende gilt, wenn sich die Stellungen des Gläubigers und eines solchen Schuldners in einer Person vereinigen (1164 Abs. 2). Dieß sind Fälle, in welchen die Hypothek gesetzlich auf eine andere Forderung (die Regreßforderung) übergeht.]

V. Inhalt des Pfandrechts.

Einleitung.

§ 233c.

Den Inhalt des Pfandrechts bildet die rechtliche Macht, welche dasselbe dem Pfandgläubiger gewährt. Von derselben soll im Folgenden mit Zugrundelegung der Unterscheidung zwischen Pfandrecht an körperlichen und Pfandrecht an unkörperlichen Sachen gehandelt werden. —

Das Pfandrecht ist von obligatorischen Verpflichtungen, sowohl des Pfandgläubigers als des Verpfänders, begleitet, in gleicher Weise wie Nießbrauch, Emphyteusis und Superficies von obligatorischen Verpflichtungen begleitet sind. Den Ausgangspunkt für die das Pfandrecht umgebenden obligatorischen Verpflichtungen bildet im römischen Recht der Fall der Hingabe einer Sache zum Faustpfand; später sind die für diesen Fall entwickelten Grundsätze auf andere Arten des vertragsmäßigen Pfandrechts, so wie auf nicht vertragsmäßige Pfandrechte, so weit die Verhältnisse die gleichen sind, übertragen worden¹.

A. Inhalt des Pfandrechts an körperlichen Sachen.

1. Recht des Besitzes.

§ 234.

Dem Pfandgläubiger kann möglicherweise sogleich bei der Verpfändung die verpfändete Sache zum Besitz übergeben worden sein (Faustpfand). Ist dieß nicht der Fall, so kann er sich im Falle der Nichtbefriedigung in den Besitz derselben setzen. In dem einen und dem andern Falle braucht er die Sache dem Verpfänder nicht eher herauszugeben, bis er für die Pfandforderung befriedigt worden ist. Aber auch nachdem er für die Pfandforderung befriedigt worden ist, hat er nach der positiven Bestimmung des römischen Rechts dem verpfändenden Schuldner gegenüber ein Retentionsrecht wegen seiner sonstigen Forderungen gegen denselben¹.

§ 233c. ¹ Vgl. II § 381. Dernburg I S. 188—169.

§ 234. ¹ L. un. C. etiam ob chirographarum pecuniam pignus teneri posse 8, 26 [27] (Gordianus III. a. 240). Dem verpfändenden Schuldner gegenüber: nicht gegenüber dem nachstehenden Pfandgläubiger, was die Stelle ausdrücklich hervorhebt; aber auch nicht gegenüber dem Verpfänder, welcher für eine fremde Schuld verpfändet hat. Ueber diese und andere Fragen, zu denen die Stelle Veranlassung gegeben hat, s. Glüd XV S. 130 sq., Friß Erläuterungen I S. 290—295, Sintenis Pfandr. S. 243—246, Schenk die Lehre vom Reten-

Ebensowenig wie die Pfandsache braucht der Gläubiger vor seiner Befriedigung die von der Pfandsache gezogenen Früchte herauszugeben. Da nun Früchte nicht zum Aufbewahren bestimmt sind, darf er dieselben auch verzehren², muß sich aber den Werth derselben zuerst auf die Zinsen, dann auf das Kapital anrechnen³. Ist die Sache ihm zum Faustpfand gegeben, so kann er aus den Früchten Zinsen entnehmen, auch ohne daß ihm Zinsen versprochen worden sind⁴. Es kann auch ausgemacht werden, daß die Früchte statt der Zinsen dienen sollen⁵, in welchem Falle die Bestimmungen des römischen Rechts über

tionsr. (1837) § 71. 92, Bangerow I § 382 Anm., Dernburg II §. 94—107, Schläger ACPr. XLIX §. 102 fg. S. XIX. 128, XXIX. 224. Bubbe Entsch. d. OAG. zu Moskau VII Nr. 31. [Holtkötter *retentio Gordiana* Crf. Diff. 1897.] ✓

² Andere geben dem Pfandgläubiger Eigenthum an den Früchten, so namentlich Dernburg II §. 71 fg. ferner Bachofen Nr. V und Böding § 151¹⁷, die Letzteren indem sie den Pfandgläubiger als b. f. possessor ansehen — hiergegen Keller Rec. §. 1001 fg., Dernburg a. a. D. Wegen den Eigenthums-erwerb auch Göppert die organischen Erzeugnisse §. 388 fg. Natürlich kann es aber ausgemacht werden, daß der Pfandgläubiger Eigenthümer der Früchte werden solle. In diesem Fall entsteht die Frage, ob er das Eigenthum erwirbt kraft der Gestattung des Verpfänders, wie ein Pächter, oder kraft dinglichen Rechts. Das Letzte läßt sich vertheidigen unter dem Gesichtspunkt, daß ihm ein dingliches Nutzungsr. pignoris causa bestellt worden sei. Zu weit geht Kohler pfandrechtliche Forschungen §. 63 fg. 166 fg. (*). Vgl. Erner fr. BZS. XXIV §. 505 fg.

³ L. 1—3. 12 C. 4, 24, l. 12 [11] C. 4, 32. l. 2 C. 8, 24 [25], l. 1 C. 8, 27 [28], l. 23 pr. D. 20, 1, l. 5 § 21 D. 36, 4. Von der anderen Seite ist der Gläubiger auch verpflichtet, die Interessen des Schuldners in Betreff der Fruchtziehung zu wahren; daher die Anrechnung auch dann geschieht, wenn er durch seine Schuld keine Früchte gezogen hat, l. 3 C. 4, 24, l. 2 C. 8, 24 [25]. — Wie ist es wenn der Pfandgläubiger in anderer Weise, als durch Verzehren von Früchten, aus der Pfandsache einen Gewinn zieht, muß er auch diesen sich anrechnen bez. herausgeben? §. 1. 21 § 2 D. 20, 1, l. 63 § 4 D. 41, 1, l. 22 pr. § 1 D. 13, 7 (l. 15 pr. D. 47, 2, l. 80 [79] eod., l. 74 D. 46, 3, l. 46 D. 50, 17), und Dernburg I §. 142—151. — Es kann übrigens bei der Verpfändung sowohl ausgemacht werden als stillschweigend verstanden sein, daß der Gläubiger das Pfand nicht solle benützen dürfen; in diesem Falle macht er sich, wenn er es dennoch thut, der Entwendung (furtum) schuldig, l. 55 [54] pr. D. 47, 2, § 6 I. 4, 1; vgl. l. 6 § 1 D. 13, 7, l. 9 § 2 D. 33, 10. — Ueber das Ganze s. Dernburg II §. 67—73.

⁴ L. 8 D. 20, 2. „Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pignoratæ ad modum legitimum usuras retinere“. Es hat von jeher nicht an Versuchen gefehlt, die l. 8 cit. zu befeitigen, der letzte ist von Stephan ACPr. XXX §. 355 fg. (1847). S. dagegen Bangerow I § 384 Anm. 2, Dernburg II § 89.

⁵ Dafür war bei den Römern der Ausdruck *anticresis* gebräuchlich. (In dem in der vorigen Note bezeichneten Fall sprechen die Neueren von einer *anti-*

das erlaubte Zinsmaß, wenn nicht offener Zinswucher vorlag, keine Anwendung fanden⁶. Auch das kann ausgemacht werden, daß der Gläubiger seine Sicherheit allein in dem Besitz oder der Nutzung der Pfandsache haben solle, so daß ihm ein Verkaufsrecht nicht zusteht^{6a}.

[I. 1. Bei dem vertragsmäßigen Pfandrechte an beweglichen Sachen hat nach § 1227 der Gläubiger Besitz regelmäßig auf Grund des Pfandvertrages und kann die ihm abhanden gekommene Sache jeder Zeit nach § 1227. 1007 verfolgen. War ihm nur der Mitbesitz eingeräumt (1206), so kann er nach Eintritt der Verkaufsbefugniß (1228 Abs. 2) die Herausgabe zum Zwecke des Verkaufs fordern. Der Verpfänder kann jedoch verlangen, daß statt der Herausgabe die Ablieferung an einen gemeinschaftlichen Verwahrer erfolgt, welcher sich verpflichten muß, die Sache zum Zwecke des Verkaufs bereit zu stellen (1231). War dem Pfandgläubiger nur der mittelbare Besitz übertragen (1205 Abs. 2), so kann er sich den unmittelbaren Besitz verschaffen, sobald der Herausgabeanpruch, auf welchem der mittelbare Besitz beruht, fällig ist. Die Pfändung führt nicht zum Besitz des Gläubigers, sondern zu dem des Gerichtsvollziehers (C.P.D. 712). Bei den gesetzlichen Pfandrechten kommt es vor, daß der Besitzwerb des Gläubigers Voraussetzung ihrer Entstehung ist (590. 647. 1287. 1282). Soweit das nicht der Fall ist, kommen die Vorschriften des § 1231 zur Anwendung (1257). Bei dem Pfandrechte des Vermiethers, Verpächters, Gastwirths kann außerdem der Gläubiger, wenn der Schuldner auszieht, die Sachen einseitig in seinen Besitz nehmen (561 Abs. 1. 585. 704). Dieses Recht steht ihm zu, soweit er nach § 560 der Entfernung der Sachen von dem Grundstück widersprechen kann; das kann er nicht, wenn die Entfernung im regelmäßigen Geschäftsbetriebe des Schuldners erfolgt oder den gewöhnlichen Lebensverhältnissen entspricht oder die zurückbleibenden Sachen zur Sicherung des Vermiethers offenbar ausreichen. Natürlich aber kann sich der Ausziehende nicht darauf berufen wollen, es entspreche den gewöhnlichen Lebensverhältnissen, daß er das Seinige mitnehme.

chresis tacita.) Vgl. über dieses Verhältniß Glüd XIV S. 104 fg., Sitenis S. 261 fg., Dernburg II § 91, Göppert a. a. O. S. 296 fg. Aelteres deutsches R. Meibom S. 341 fg. — Es scheint, daß man in der römischen Jurisprudenz verschiedener Meinung darüber war, ob der Ausdruck *pignus* die *antichresis* mit umfasse, und ob daher nicht die Formel der *actio hypothecaria* und *pignoraticia* besonders eingerichtet werden müsse, um den Jüder zu befähigen, über ein solches Verhältniß zu erkennen; daher l. 33 D. 13, 7, l. 11 § 1 D. 20, 1. Andere beziehen die letztere Stelle auf eine *Antichresis* ohne Verpfändung, so namentlich Glüd S. 108 fg., Dernburg II S. 92.

⁶ L. 17 C. 4, 32. „Si ea lege possessionem mater tua apud creditorem suum obligavit, ut fructus in vicem usurarum consequeretur, obtentu maioris percepti emolumenti propter incertum fructuum proventum rescindi placita non possunt“. Vgl. l. 14 C. eod. Vgl. außer den Genannten Scuffert Erörterungen II S. 105 fg., Bangerow I § 384 Num. 2, Holzschuher II § 125 Nr. 10.

^{6a} Von diesem Falle vorzugsweise handelt die in Note ² citirte Schrift von Rohler: *pfandrechtliche Forschungen*, Jena 1882. Vgl. über dieselbe Exner fr. B.Z. XXIV S. 503 fg., Cosack B.Z. f. 58. XXIX S. 320 fg.

2. Der besitzende Pfandgläubiger hat auch die Verpflichtung, die Sache zu verwahren (1215); der Verpfänder ist mittelbarer Besitzer (868). Der Pfandgläubiger haftet wegen jeder Fahrlässigkeit (276). Ist die Verpfändung durch Uebertragung des mittelbaren Besitzes erfolgt, so ist der Gläubiger auch verpflichtet, die Sache bei Fälligkeit des Herausgabeanpruchs an sich zu ziehen, sofern dieß einer ordnungsmäßigen Verwaltung entspricht. Die Ansprüche des Verpfänders wegen Veränderungen oder Verschlechterungen des Pfandes verjähren in sechs Monaten von der Rückgabe der Pfandsache an; sie verjähren außerdem zugleich mit dem Anspruch auf diese Rückgabe (1226. 558 Abs. 2. 3).

3. Die *retentio Gordiana* (ob. zu ¹) findet nicht statt.

4. Das Pfandrecht kann in der Weise bestellt werden, daß der Pfandgläubiger berechtigt sein soll, die Nutzungen des Pfandes zu ziehen (1213 Abs. 1). Wenn eine von Natur fruchttragende Sache dem Pfandgläubiger zum Alleinbesitz übergeben ist, so ist im Zweifel anzunehmen, daß er zum Fruchtbezuge berechtigt sein soll (1213 Abs. 2). Hierbei ist aber zu beachten, daß Frucht ein engerer Begriff ist als Nutzungen (100); zur Gewinnung von Gebrauchsvorteilen ist der Pfandgläubiger nur auf Grund besonderer Abrede berechtigt. Die Vorschrift des § 1213 Abs. 2 wird auch Anwendung finden müssen, wenn dem Gläubiger der alleinige mittelbare Besitz übertragen war, und er von dem unmittelbaren Besitzer die fruchttragende Sache auf Grund des Herausgabeanpruchs eingezogen hat. Wenn dagegen der Gläubiger auf Grund des § 1231 die Sache zum Zwecke des Verkaufs einverlangt hat, so gilt die Vorschrift des § 1213 Abs. 2 nicht; die Früchte werden vielmehr in diesem Falle nur (auf Grund des § 1212) Pfandgegenstand, nicht Eigenthum des Gläubigers.

Ist der Pfandgläubiger zum Bezuge der Nutzungen berechtigt, so ist er auch dazu verpflichtet. Der Reinertrag wird auf die geschuldete Leistung und zwar zunächst auf Kosten und Zinsen, angerechnet. Der Gläubiger ist rechenschaftspflichtig. Abweichende Bestimmungen sind ausdrücklich für zulässig erklärt (1214). Es kann also eine andere Art der Anrechnung vereinbart werden, auch vereinbart werden, daß der Gläubiger die Früchte statt der Zinsen ohne Rechnungslegung behält, wofern nicht dabei gegen § 138 Abs. 2 verstoßen wird. Der Satz zu ⁴ ist beseitigt.

5. Verwendungen des Pfandgläubigers auf das Pfand beurtheilen sich nach den Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag (1216 S. 1). Bei dem Nutzungspfande wird anzunehmen sein, daß der Pfandgläubiger alle Kosten der gewöhnlichen Erhaltung der Sache selbst trägt, nicht nur die Verwendungen auf die Ziehung der Nutzungen. Ist das Pfand dagegen kein Nutzungspfand, so bewirkt der Umstand, daß die Erzeugnisse dem Pfandrechte unterfallen (1212), keine Verpflichtung des Pfandgläubigers, die Kosten der Fruchtziehung aus eigenen Mitteln zu bestreiten. Eine Einrichtung, mit welcher der Gläubiger die Sache versehen hat, kann er wegnehmen (1216 S. 2. 258). Die Ansprüche auf Ersatz der Verwendungen oder auf Gestattung der Wegnahme verjähren in sechs Monaten vom Ende des Pfandverhältnisses an (1226. 558 Abs. 2).

6. Wenn der Pfandgläubiger die Rechte des Verpfänders in erheblichem Maße verletzt und trotz Abmahnung damit fortfährt, so kann der Verpfänder verlangen, daß das Pfand auf Kosten des Pfandgläubigers hinterlegt

wird, oder wenn es sich dazu nicht eignet (372), an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abgeliefert wird. Statt dessen kann der Verpfänder auch Rückgabe des Pfandes gegen (selbst vorzeitige) Befriedigung des Gläubigers verlangen, bei unverzinslicher Forderung unter Abzug des Zwischenzinses (1217).

7. Ist der Verderb des Pfandes oder eine wesentliche Minderung des Wertes desselben zu besorgen, so kann der Verpfänder Rückgabe des Pfandes gegen anderweitige Sicherheitsleistung verlangen; die Sicherheitsleistung durch Bürgen ist jedoch ausgeschlossen (1218 Abs. 1). Von dem drohenden Verderb, nicht auch von der drohenden Werthminderung (welche der Verpfänder selbst beobachten kann), hat der Pfandgläubiger dem Verpfänder unverzüglich Anzeige zu machen, wenn die Anzeige nicht unthunlich ist (1218 Abs. 2). Wird durch die bezeichneten Gefahren die Sicherheit des Gläubigers bedroht, so kann der Gläubiger das Pfand nach den Vorschriften der §§ 1219—1221 verkaufen lassen. Dieß ist nicht ein Verkauf zur Befriedigung wegen der Forderung, vielmehr tritt der Erlös an Stelle des Pfandes; derselbe kommt also in das Eigenthum des Eigenthümers der Pfandsache, und der Gläubiger erhält daran echtes Pfandrecht (das Verhältniß ist nicht pignus irregulare). Auf Verlangen des Verpfänders ist der Erlös zu hinterlegen. Das dingliche Verhältniß ändert sich dadurch an und für sich nicht; wenn aber nach landesrechtlicher Vorschrift das Geld in das Eigenthum des Fiscus oder der Hinterlegungsstelle übergeht, so ist die Hinterlegung so zu bewerten, daß der Verpfänder die Forderung auf Rückzahlung, der Pfandgläubiger Pfandrecht an dieser Forderung erwirbt (vgl. 233).

8. Auch nach BGB. kann dem Gläubiger das Recht eingeräumt werden, eine Sache bis zur Tilgung einer Forderung zu retiniren, ohne sie verkaufen zu dürfen (ob. zu ^{6a}). Dieß begründet aber kein Pfandrecht, sondern wirkt nur obligatorisch.

9. Kein Besitzrecht besteht bei dem Schiffspfand (1266).

II. Bei Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld kommt ein Besitzrecht des Gläubigers nicht vor. Die Zwangsvollstreckung auf Grund dieser Rechte kann Zwangsverwaltung sein, das Grundstück also in die Hände eines gerichtlich bestellten Verwalters kommen (ZwangsvollstreckGef. § 150.)]

§ 235*.

Gegen denjenigen, welcher ihm den Besitz der Pfandsache vorenthält, steht dem Pfandgläubiger ein Anspruch auf Grund seines Rechts an der Sache, also ein dinglicher Anspruch, und bei Verweigerung der Befriedigung desselben eine dingliche Klage zu (§ 122)¹.

* S. unten § 59, Dernburg II § 126—134. Glüd XVIII S. 309—392.
§ 235. ¹ Actio Serviana, quasi Serviana, utilis Serviana, hypothecaria, pignoratitia (in rem). Eine prätorische Klage (l. 17 § 2 D. 2, 14), ursprünglich aufgestellt, als Serviana actio, für den Fall, wo der Pächter das auf das gepachtete Grundstück Eingebrachte verpfändet hatte, später, als actio quasi Serviana oder utilis Serviana, ausgedehnt auf alle anderen Fälle des Pfandr., aber auch in dieser Ausdehnung sehr gewöhnlich actio Serviana schlechthin genannt.

Hierüber ist folgendes Nähere zu bemerken.

1. Fälligkeit der Schuld^{1a} ist nicht unumgängliche Voraussetzung des Pfandanspruchs und der Pfandklage. Einmal dann nicht, wenn es sich um eine zum Faustpfand gegebene Sache handelt, gemäß des in einer solchen Verpfändung ausgesprochenen Willens des Eigentümers; und auch bei anderen Pfändern kann vor der Fälligkeit der Schuld Herausgabe verlangt werden, wenn das Interesse des Gläubigers es erfordert². Nicht das Gleiche gilt, wenn die Pfandschuld eine bedingte ist, während bei bedingter Verpfändung wenigstens Sicherstellung begehrt werden kann³.

2. Abgefordert werden kann die Sache von jedem Besitzer⁴, Ver-

§. § 7 I. 4, 6 und die bei Bachofen §. 28—30 citirten Stellen. Sie ist eine in rem actio, eine vindicatio, petitio, und zwar rei, nicht iuris, § 31 I. 4, 6, l. 18 C. 8, 13 [14], l. 12 § 1 D. 20, 6, l. 16 D. 8, 1. Bachofen §. 30, 31, Dernburg II §. 289, 290. Ueber die Geschichte und die Formel der Serviana actio s. namentlich Huschke 3§. f. CR. u. Pr. XX §. 168, Rudorff 3§. für gesch. RW. XIII §. 226 fg., Bachofen Nr. II und §. 637, Keller Rec. §. 972 fg., Dernburg I § 6, 7, Scheurl Rec. §. 429, A. Thon 3§. f. RW. II §. 262 fg., Schmid Grundlehren der Cession I §. 97 fg., Venel Edictum perpetuum §. 395 fg. [Pinon de la réalisation du gage hypothécaire. Thèse de Dijon 1890 p. 23 suiv. Domin de l'action quasi-Servienne ou hypothécaire. Thèse de Caen 1892. Emmerich de l'action hypothécaire. Th. de Paris 1894.]

^{1a} Bgl. Cf. XXXI. 317.

² L. 14 pr. D. 20, 1. „Quaesitum est, si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignora permittendum sit. Et puto, dandam pignoris persecutionem, quia interest mea. Et ita Celsus scribit“. Der Richter kann sich nach der freien ihm bei der Pfandklage eingeräumten Stellung (actio arbitraria) auch damit begnügen, Bestellung einer Caution zu verfügen; Huschke 3§. für CR. u. Pr. XX §. 165 will nur eine Klage auf Caution gestatten. Andere (Glück XVIII §. 327, Sintenis §. 54, Veist bon. possessio I §. 377) verstehen die l. 14 pr. cit. nur von dem Falle des Faustpfands; noch Andere (Rudorff 3§. f. gesch. RW. XIII §. 217, Bachofen §. 13^o sehen in derselben eine Eigentümlichkeit des interdictum Salvianum. Dawider Keller Rec. §. 967 fg., Dernburg II §. 299, Stölzel ACPr. XLV §. 376 fg. Ueber l. 10 C. 8, 13 [14] s. Huschke a. a. D. §. 164, Bachofen §. 179, Dernburg II §. 377 fg. — Cf. VI. 159, XI. 215.

³ L. 13 § 5 D. 20, 1. Die Formel verlangte Verpfändung für eine Schuld. Von einer bedingten Verpfändung konnte man immerhin sagen, sie sei Verpfändung; ebenso von einer befristeten Schuld, sie sei Schuld, (§ 96^o). Aber man konnte nicht auch von einer bedingten Schuld sagen, daß sie Schuld sei (§ 89^o). Bgl. überhaupt Huschke 3§. f. CR. u. Pr. XX §. 146—148. 163—172. Dernburg II §. 299 glaubt, auch im Falle bedingter Schuld sei actio utilis gegeben worden, was sich in der Sache sehr empfiehlt, aber schlecht zu l. 13 § 5 cit. paßt.

⁴ L. 16 § 3 D. 20, 1. Cf. III. 150.

pfänder oder Dritten⁵. Ueber das Nähere entscheiden die Grundsätze von dem Eigenthumsanspruch und der Eigenthumsklage (§ 196 Ziff. 2. 3)⁶.

3. Auch in Betreff des Inhalts des Pfandanspruchs und der aus demselben erfolgenden Verurtheilung gelten im Allgemeinen dieselben Grundsätze, wie beim Eigenthum (§ 193. 194)⁷. Nur werden, wenn es zur Geldcondemnation kommt, der Schuldner, der nachstehende Pfandgläubiger und jeder Besitzer, welcher einen Regreß gegen den Schuldner hat, nie auf Mehr verurtheilt, als auf den Betrag der Schuld⁸; und was die Früchte angeht⁹, so wird a) auf dieselben über-

⁵ Der Dritte kann auch der Eigenthümer sein; wer das Eigenthum der Pfandsache erwirbt, erwirbt es „cum sua causa“. L. 18 § 2 D. 13, 7, l. 15 C. 8, 13 [14], l. 10 C. 8, 25 [26], l. 12 C. 8, 27 [27]. Wichtig ist die Veräußerung der Pfandsache durch den Eigenthümer, wenn sie durch Vertrag verboten ist (§ 172a⁹), und in der Veräußerung einer verpfändeten beweglichen Sache, um sie dem Gläubiger zu entziehen, liegt eine Entwendung (furtum), welche jedoch den Eigenthumserwerb auf Seite des rechtlichen Empfängers nicht ausschließt. L. 19 § 6. l. 62 [61] § 8. l. 67 [66] pr. D. 47, 2, l. 36 D. 9, 4, Nov. 112 c. 1. Friß Erläuterungen I S. 495—496, Vangerow I § 384 Anm. 1, Dernburg II S. 6—10. (Heutzutage unpraktische Beschränkungen des Veräußerungsre. des Eigenthümers: l. 3 D. 40, 1, l. 3 C. 7, 8, l. 29 D. 40, 9; l. 2 § 9 D. 11, 7. Dernburg II S. 12—19.)

⁶ Die actio hypothecaria ist petitio rei, und ausdrücklich anerkannt ist in den Quellen, daß sie auch gegen denjenigen gehe, „qui dolo desit possidere“, l. 16 § 3 cit. Cf. XXXVIII. 110 (M.). Hiernach ist es keiner Frage unterworfen, daß namentlich auch in Betreff der Verhaftung desjenigen, welcher ohne Arglist den Besitz verloren, sowie desjenigen, welcher, ohne zu besitzen, sich arglistigerweise in den Proceß eingelassen hat, die Regeln von der rei vindicatio maßgebend sind. Vgl. überhaupt Dernburg II S. 291—294. — Actio hypothecaria als actio negatoria gegen den Nichtbesitzer: Cf. XXXII. 25.

⁷ Aus l. 16 § 3 cit. geht im Besonderen hervor, daß gegen denjenigen, welcher in Folge seiner Arglist nicht mehr besitzt, das Interesse durch Eid bestimmt werden kann, was freilich heutzutage nicht mehr gilt (§ 183¹⁰). — Erfolgt der Pfandverkauf, wie heutzutage regelmäßig bei unbeweglichen Sachen (§ 237^{11a}), durch den Richter, so wird der Pfandgläubiger häufig kein Interesse haben, Herausgabe der Pfandsache zu verlangen; er trägt dann nur darauf an, das Gericht möge sein Pfandr. anerkennen, die Stellung der Pfandsache zum öffentlichen Verkaufsvorfahren verordnen, und den Beklagten zur Herausgabe der Pfandsache an den künftigen Erwerber verurtheilen. Vgl. Dernburg II § 120, Bähr Jahrb. f. Dogm. XIII S. 185. — Ueber Beweisfragen s. Dernburg II § 130.

⁸ Dieß sagt für den Schuldner l. 21 § 3 D. 20, 1. L. 16 § 6 D. 20, 1 cod. ist jedenfalls im Zusammenhange der Justinianischen Compilation von dem Falle zu verstehen, wo der Schuldner durch ein Versehen des Richters auf Mehr als den Betrag seiner Schuld verurtheilt worden ist; der Verfasser der Stelle aber war wohl überhaupt abweichender Meinung (s. auch § 3 cod.). Der Grund, weshalb der Schuldner nicht auf Mehr als den Betrag seiner Schuld verur-

haupt nur dann verurtheilt, wenn die Hauptsache zur Befriedigung des Gläubigers nicht ausreicht¹⁰; b) auf diejenigen, welche vor dem Beginne des Processus gezogen sind, auch unter dieser Voraussetzung nur dann, wenn sie zur Zeit des Beginnes des Processus noch vorhanden waren¹¹ und bei ihrer Entstehung in das Eigenthum des Verpfänders gelangt sind¹².

4. Einen Gegenanspruch wegen Verwendungen¹³ hat der Schuldner nie¹⁴, der Eigenthümer der Pfandsache, welcher nicht Schuldner ist, nur wegen solcher Verwendungen, durch welche der Verkaufswerth^{14a}

theilt wird, ist, weil der Gläubiger ihm das Mehr doch herausgeben müßte. Daraus folgt von selbst, daß das Gleiche für den nachstehenden Pfandgläubiger gelten muß, und auch die Gleichstellung des dritten Besitzers, welcher einen Regreß gegen den Schuldner hat, rechtfertigt sich durch die Betrachtung, daß das Mehr, welches von ihm gefordert wird, indirect vom Schuldner gefordert wird. Vgl. noch Dernburg II 315—317.

⁹ Fuchste § 8. f. CR. u. Pr. XX S. 273 fg., Franke ACPr. XXX S. 189 fg., Bangerow I § 370 Num. Nr. II, Franke (§ 226a ⁹) S. 260 fg. Dernburg II S. 318—320, Göppert die organischen Erzeugnisse S. 392 fg.

¹⁰ L. 16 § 4 D. 20, 1: — „quid enim si minoris sit praedium, quam debetur?“ Franke a. a. D. S. 193 will dieß auf die zuvor genannten Personen beschränken.

¹¹ L. 16 § 4 cit.: „nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare, nisi exsistent et res non sufficit“. Franke a. a. D. S. 192 will den bösgläubigen Besitzer auch für die nicht mehr vorhandenen Früchte nach den Grundstücken von der Eigenthumsklage haften lassen. Dagegen Bangerow a. a. D. S. 829.

¹² Denn sonst sind sie dem Pfandre gar nicht unterworfen (§ 226a ¹¹). Die nach dem Beginne des Processus gezogenen Früchte müssen, auch wenn sie in das Eigenthum des besitzenden Dritten gelangt sind, nach dem Grundsatz herausgegeben werden, daß die Dauer des Processus dem Beklagten nicht zum Vortheil gereichen soll (§ 124). L. 16 § 4 D. cit.: — „ut, ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore otiam fructibus condemnet“. — Dernburg S. 320 will die Verurtheilung auch auf die nicht in das Pfandr. gefallenen Früchte erstreckt wissen, mit Beschränkung jedoch auf die nach der Fälligkeit der Forderung gezogenen. Dernburg meint, der Kläger könne sagen, der Besitzer verdanke es nur seiner Nachsicht, daß er diese Früchte nicht nach dem Prozesse gezogen habe. Aber nicht nur scheint mir dieses Argument von zweifelhaftem Werth, sondern auch die Voraussetzung, die Stelle habe den gewöhnlichen Fall des beklagten Verpfänders im Auge, viel näher zu liegen, als die von Dernburg gemachte (Fruchtgewinn nach Fälligkeit der Forderung).

¹³ Hierüber eine besondere Abhandlung von Burghardi ACPr. XX S. 161 fg. (1837). Dernburg II § 139. 140. S. auch Großkopf zur Lehre vom Retentionsr. (1858) S. 40—44. 114—116.

¹⁴ Denn reichte die Sache nach Abzug der Verwendungen zur Befriedigung des Gläubigers nicht hin, so müßte er dennoch nachzahlen; gewährt sie, wie sie ist, einen Ueberschuß, so bekommt er denselben ohnehin zurück.

^{14a} Vgl. Dernburg a. a. D. S. 355—356.

der Sache jetzt noch erhöht ist¹⁵, jeder Dritte nach den beim Eigenthum geltenden Grundsätzen (§ 195)¹⁶.

5. In Betreff der Einreden gilt hier folgendes Besondere.

a) Der Pfandanspruch unterliegt den gleichen Einreden, wie die durch Pfandrecht versicherte Forderung^{16a}; nur können dritte Besitzer (Besitzer außer dem Schuldner) nicht solche Einreden entgegensetzen, welche höchst persönlicher Natur sind, sie müßten denn einen Rückgriff gegen den Schuldner haben (§ 225 Note 3).

b) Jeder Besitzer gewinnt dadurch eine Einrede gegen den Pfandanspruch, daß er sich bereit erklärt, den Gläubiger für seine Forderung zu befriedigen¹⁷. Ist er rechtmäßiger Besitzer, so kann er zugleich verlangen, daß der Gläubiger ihm gegen Befriedigung seine Forderung mit ihren Accessionen abtrete¹⁸.

c) Dritte Besitzer können verlangen, daß der Gläubiger seine Befriedigung zuerst bei dem Schuldner und dessen Bürgen suche¹⁹.

¹⁵ Er hat also nicht nur keinen Anspruch wegen der *f. g. impensae voluptuariae*, was allgemeinen Grundsätzen gemäß ist (§ 195¹⁰. 11), sondern auch keinen wegen der nothwendigen Verwendung (nothwendige Verwendungen erhalten nur die Sache, aber steigern nicht ihren Werth). Denn derjenige, dem er durch diese Verwendungen die Sache erhalten hat, ist in erster Linie er selbst. Beweiser wird der hier aufgestellte Satz durch l. 44 § 1 D. 39, 2, wo übrigens eine Ausnahme für denjenigen gemacht wird, welcher ein ihm Schaden drohendes Gebäude reparirt, dessen Eigenthum ihm wegen verweigerter *cautio damni infecti* zugesprochen wird. Daß der Eigenthümer einen Anspruch auf Ersatz der werthsteigernden Verwendungen hat, sagt l. 29 § 2 D. 20, 1 (wo die *bonae fidei possessio* nicht etwa von einem Nichtkennen des Pfandr. verstanden werden darf). Ueber die verschiedenen Ansichten in Betreff des Verhältnisses der genannten beiden Stellen und der aus ihnen zu entwickelnden Fälle s. Dernburg a. a. O. S. 359—363. Aus der Praxis: Sf. IX. 11, XI. 127.

¹⁶ L. 29 § 2 cit. i. f. Bgl. Sf. XXVI. 17. (?)

^{16a} Dieser Satz ist auch durch das Princip des modernen Hypothekentr. an und für sich nicht ausgeschlossen; nur verlangt dieses Princip, daß der dritte Erwerber einer eingeschriebenen Hypothek keinen Einreden unterliege, welche aus dem Hypothekenbuch nicht ersichtlich und ihm auch sonst nicht bekannt waren. Weiter geht übrigens das Mecklenburgische R. (§ 225¹⁶). Bgl. Bähr Jahrb. f. Dogm. X S. 48 fg. 96 fg., v. Meibom das Mecklenburgische Hypothekentr. § 23. 30.

¹⁷ L. 12 § 1 D. 20, 6, l. 16 § 3 D. 20, 1, l. 11 § 4 D. 20, 4, vgl. l. 16 § 6 D. 20, 1. Die Befriedigung kann auch durch Compensation geschehen: Sf. XIV. 20. Im Allgemeinen: Bachofen S. 501—504, Dernburg II § 131.

¹⁸ L. 19 D. 20, 4. Die Forderung geht aber auch ohne Abtretung über (§ 233 a¹). Ueber Näheres s. Dernburg II § 141; auch Knorr ACPr. XXVIII S. 167 fg. Sf. XXXV. 193 (RG.).

¹⁹ S. g. *exceptio excussionis personalia*, eingeführt in Nov. 4 c. 2. Früheres R.: l. 19 D. 20, 4, l. 14. 24 C. 8, 13 [14], l. ult. C. 4, 10; f. aber auch l. 47 D. 49, 14, l. 1 C. 10, 2, l. 10 C. 8, 13 [14] (Dernburg II

d) Dritte Besitzer eines für eine Bürgschaftsobligation haftenden Pfandes können den Gläubiger nicht bloß auf den Bürgen und dessen Afterbürgen, sondern auch auf seine Forderung gegen den Hauptschuldner und die für diese haftenden Pfänder verweisen²⁰.

e) Eine Verweisung auf andere, ihm für dieselbe Forderung haftende Pfänder²¹ braucht der Gläubiger, wenn ihm keine Chicane zur Last fällt²², sich nicht gefallen zu lassen²³, es müßte denn ein dahin zielendes Abkommen ausdrücklich oder stillschweigend getroffen worden sein²⁴. Auf ein solches Abkommen kann sich auch der dritte

§. 376—378). Gegen die Ansicht (Vöhr ACPr. XXVI §. 6—12, f. außerdem die bei Glüd XVIII §. 372 Citirten), daß durch Nov. 112 c. 1 diese Einrede für den Fall eines vom Eigenthümer veräußerten Specialpfandes wieder aufgehoben worden sei, f. Knorr ACPr. XXVIII §. 189—194, Busch das. XXXI §. 20—25, Bangerow I § 389 Anm. 2 lit. b, Cf. VII. 11; für diese Ansicht neuerdings wieder Dernburg II §. 380. Nach der gewöhnlichen Annahme soll die Einrede wegfallen, wenn der Gläubiger den Besitz der Pfandsache bereits gehabt und zufällig wieder verloren habe; dagegen Vöhr a. a. D. §. 5, dafür neuerdings Dernburg II §. 382. Gewiß fällt sie weg, wenn die Insolvenz des Hauptschuldners und des Bürgen notorisch, oder eine Klage gegen sie nicht begründet ist. Vgl. II § 478, 3. 4. Dernburg II §. 384. Cf. XIII. 85, XXI. 110, XXIV. 221. Auch im Fall des Concurres des Hauptschuldners und des Bürgen fällt sie weg, obgleich dieß sehr bestritten ist. §. II § 478, 2 und die daselbst citirten Schriftsteller und Erkenntnisse, außerdem Cf. XXI. 111, XXVI. 18, XXVIII. 204. Ist der Schuldner oder dessen Bürge abwesend, so ist durch den Richter dem Pfandbesitzer eine Frist zu bestimmen, um denselben zu stellen, widrigenfalls die Klage gegen ihn ihren Fortgang hat, Nov. 4. c. 2; a. R. Heimbach 3C. f. CR. u. Pr. XIII §. 392—397, gegen denselben Vöhr ACPr. XXVI §. 3—5, Dernburg II §. 385. Ueber Anderes vgl. Knorr a. a. D. §. 194 fg., Seuffert § 225^a Dernburg II § 144. Cf. VII. 12. 157. 278, XXIV. 222. 223. [Mosler das beneficium excussionis personalis des dritten Pfandbesitzers und des Drittschuldners. Greifsw. Diff. 1895.]

²⁰ Auch dieß ist in der Nov. 4 c. 2. vorgeschrieben. Man spricht auch hier von einer exceptio excussionis personalis.

²¹ §. g. exceptio excussionis realis. Vgl. darüber vor Allem den Aufsatz von Thibaut ACPr. XVII §. 1 fg. (1887). Ferner: Hepp das. IX §. 368 fg., Zimmern 3C. f. CR. u. Pr. I §. 47—49, Schröter das. I §. 327—336, Simon ACPr. XLI §. 32 fg. 352 fg., Dernburg II § 142, Glüd XVIII §. 235 fg., Pringz 1. Aufl. §. 341, Bangerow I § 389 Anm. 2a. [Wolff das beneficium excussionis realis. Berl. Diff. 1894.]

²² §. § 121^b. Zu weit geht Guyet ACPr. XVIII §. 368—372. Vgl. auch Jhering Jahrb. f. Dogm. X §. 328—329, und f. noch § 231¹.

²³ L. 8 D. 20, 5, 1. 2 D. 20, 4.

²⁴ Dieses Abkommen ist nicht so zu denken, daß erst dann die befehlene Sache verpfändet sein solle, wenn eine andere dem Gläubiger keine Befriedigung gewähren sollte; denn in diesem Falle (von welchem l. 2 D. 20, 4 handelt, vgl. darüber Thibaut ACPr. XVII §. 6 fg., Dernburg II §. 371) würde bis zur Erfüllung dieser Bedingung der Pfandanspruch an sich nicht begründet sein.

Besitzer, welcher sein Recht zu besitzen von dem Verpfänder ableitet, berufen²⁵.

f) Dem Pfandanspruch kann einredeweise, wie jedes andere dingliche Recht an der Sache, so auch ein Pfandreht, vorgehendes oder gleiches, entgegengesetzt werden²⁶.

g) Der Pfandanspruch verjährt gegen den Schuldner (Verpfänder) und dessen Erben, so wie gegen den nachstehenden Pfandgläubiger bei Lebzeiten des Schuldners (Verpfänders) erst in 40 Jahren²⁷.

[I. 1. Der Pfandgläubiger hat nach **§ 985** gegen Jedermann wegen Beeinträchtigung seines Rechts Ansprüche analog denen des Eigenthümers (1227). Die Mot. (III S. 89) bemerken: Der Umstand, daß das Interesse des Gläubigers ein Pfand- und Sicherungs-, kein Eigenthums- und Nutzungsinteresse sei, werde auf die Feststellung des zu ersetzenden Schadens bezw. der herauszugebenden Bereicherung, ferner auch auf die Erstattungspflicht des Pfandgläubigers in Ansehung der vom Besitzer auf die Sache gemachten Verwendungen Einfluß ausüben, doch sei die Würdigung dieses Einflusses der Doctrin und Praxis zu überlassen. Zu unterscheiden ist die Klage auf Herausgabe der Sache analog der Klage des Eigenthümers gemäß § 985 fg. und die Klage wegen sonstiger Beeinträchtigung analog der des Eigenthümers aus § 1004.

2. Die Klage auf Herausgabe setzt voraus, daß der Gläubiger Besitz-

Sondern es ist so zu denken, daß das Pfandr. an den mehreren verpfändeten Sachen in einer gewissen Weise ausgeübt werden sollte. Ein stillschweigendes Abkommen dieser letzteren Art kann namentlich liegen in der gleichzeitigen Verpfändung specieller Sachen und des gesammten Vermögens. Von diesem Falle handelt I. 2 C. 8, 13 [14], und wohl auch I. 9 C. 8, 27 [28].

²⁵ L. 2 C. 8, 13 [14] cit. Diese Stelle nennt nur den nachstehenden Pfandgläubiger; aber sie ist ein Rescript, und es ist nicht abzusehen, warum gerade dieser eine bevorzugte Stellung verdienen sollte. Andere, welche die Entscheidung dieser Stelle nicht, wie hier geschieht, auf einen stillschweigenden Vertrag zurückführen, sondern in derselben eine positive Verfügung erblicken, (so auch neuerdings Dernburg a. a. O.), wollen sie deswegen auch nicht über den Pfandgläubiger, oder nicht über den Pfandgläubiger und den Eigenthümer und dessen Anachfolger, hinaus erstreckt wissen — man müßte die Consequenz leugnen, selbst wenn der Ausgangspunkt richtig wäre (§ 29³). Eine Singularität liegt in der Entscheidung der Stelle auch nach der hier vertretenen Auffassung insofern, als die Berufung auf einen bloß obligatorischen Vertrag auch Personen gestattet wird, welche nicht Gesamtnachfolger sind.

²⁶ L. 10 D. 20, 1, I. 12 pr. § 7 D. 20, 4. Es kann aber der Besitzer sich auf ein Pfandr. aus der Person desjenigen, von welchem auch der Kläger sein Pfandr. herleitet, wenn er das Eigenthum desselben bestritten hat und ihm dieses Eigenthum nachgewiesen worden ist, nicht berufen, ohne vorher die Sache herauszugeben. Dieß sagt Nov. 18 c. 10 (sie sagt nicht bloß dieß, obgleich sie von Auth. Item possessor C. 8. 17 [18] nur in diesem Sinne verstanden worden ist. Vgl. § 197¹).

²⁷ L. 7 pr. — § 2 C. 7, 39. Unterholzner Verjährungslehre II S. 271—273, Arndts § 390³, Dernburg II S. 604—606, Cf. VI. 161.

recht gemäß dem ob. zu § 234 Ausgeführten hat. Denn, wenn dem Pfandgläubiger kein Besitzrecht zusteht, so wird durch Vorenthaltung der Sache sein Recht nicht beeinträchtigt. Der Satz des § 1230 jedoch, wonach der Pfandgläubiger nur so viele Sachen (nach seiner Wahl) zum Verkauf bringen kann, als zu seiner Befriedigung erforderlich sind, führt nicht zur Einschränkung seines Besitzrechts. Er kann alle Pfänder einklagen, um unter ihnen zum Verkauf wählen und den Verkauf verschiedener versuchen zu können.

3. Der Inhalt des Anspruchs folgt im Allgemeinen dem der rei vindicatio (s. ob. S. 378 fg. 380 fg.). Die Analogie ist in Ansehung der Nutzungen dann eine vollständige, wenn der Gläubiger berechtigt ist, die Nutzungen des Pfandes zu ziehen. Er kann dann vom Besitzer die Nutzungen in dem vollen Umfange verlangen wie der Eigenthümer und hat sich mit dem Verpfänder gemäß § 1214 auseinanderzusetzen. Ist er nur die Früchte, aber nicht die Gebrauchsvorteile zu ziehen berechtigt, so gilt das Ebenbemerkte nur für die Früchte. Hat der Pfandgläubiger kein Fruchtziehungsrecht im Sinne der §§ 1213. 1214, so werden doch die Erzeugnisse dem Pfandrechte unterworfen (1212); daher muß auch in diesem Falle der Gläubiger alle Erzeugnisse vom Besitzer in derselben Weise wie der Eigenthümer fordern können, es wäre denn, daß der Besitzer wegen seines Rechts an den Früchten Einwendungen zu erheben in der Lage ist (s. ob. zu § 226 a I, 4); die gemeinrechtlichen Beschränkungen ob. zu 9 sa. gelten im BGB. nicht; auch auf § 1230 kann eine derartige Beschränkung nicht gestützt werden (s. ob. 2).

4. Der Schadensersatz, welchen der Pfandgläubiger in Ansehung der Hauptsache fordert, bemißt sich nach dem Umfang seines (Pfand-)Interesses, aber auch das weitergehende Interesse des Eigenthümers wird er dann geltend machen können, wenn er diesem dafür aufzukommen hat; denn dadurch wird es sein Interesse. Das Gleiche ist zu sagen für Ersatzansprüche in Ansehung von Früchten, wenn der Gläubiger nicht im Sinne der §§ 1213. 1214 zur Fruchtziehung berechtigt ist, sondern die Früchte nur Pfand sind; Ersatz für Gebrauchsvorteile hat der Pfandgläubiger, wenn er nicht sie zu ziehen berechtigt ist, aus eigenem Interesse überhaupt nicht zu fordern; denn das Pfandrecht erstreckt sich auf sie nicht; wohl aber kann ein Interesse des Gläubigers auch hier durch seine Verantwortlichkeit gegenüber dem Verpfänder gegeben werden. Soweit der Pfandgläubiger die Nutzungen zu ziehen hat, kann er Ersatz wegen derselben im gleichen Umfange wie der Eigenthümer fordern.

5. Wenn der Pfandgläubiger gegen den Verpfänder selbst klagt, so kann er solche Ansprüche, die erst durch seine Verantwortlichkeit gegenüber dem Verpfänder begründet werden würden, nicht erheben. Im Uebrigen bleiben die Ansprüche des Pfandgläubigers dieselben. Auch der Verpfänder ist nicht befugt, Früchte zurückzuhalten, weil die Hauptsache zur Befriedigung des Pfandgläubigers ausreicht, oder zu verlangen, daß der Gläubiger seinen Anspruch auf eins unter mehreren Pfändern beschränke, oder bei dem Nutzungspfand nur so viel Nutzungen auszuliefern als zur Tilgung der Forderung ausreichen; der Pfandgläubiger hat das Recht, sämtliche Nutzungen zu verlangen, um sie zu verwerthen und dann erst Rechenschaft abzulegen und den etwaigen Ueberschuß des Erlöses zu restituieren.

6. Hat der Besitzer Verwendungen auf das Pfand gemacht, so sind eben-

falls grundsätzlich dieselben Rechtsfolgen begründet, wie im Verhältniß zwischen Besitzer und Eigenthümer.

a. Bei der Bestimmung der Werthserhöhung im Sinne des § 996 wird nur auf den Verkaufswert zu sehen sein.

b. Ist der Besitzer der Verpfänder, so ist ihm nach BGB. die Verwendungseinrede ganz abzuspochen. Der Pfandgläubiger kann seinerseits wegen Verwendungen auf das Pfand vom Verpfänder Ersatz nach den Grundsätzen der freiwilligen Geschäftsführung verlangen (s. ob. zu § 234 I, 5). Verwendungen, deren Erstattung der Verpfänder vom Pfandgläubiger verlangen würde, müßten aber als solche erscheinen, die der Pfandgläubiger im Sinne des § 683 gemäß dem wirklichen Willen des Verpfänders machte; also müßte sie der Verpfänder wiederum dem Pfandgläubiger erstatten, und zwar würde er dafür persönlich, nicht bloß würde das Pfand haften. Daraus ergibt sich unmittelbar, daß der Verpfänder die Erstattung nicht zu beanspruchen hat. Bei dem Nutzungspfand gehen die Kosten der Fruchtziehung und der gewöhnlichen Erhaltung der Sache von dem Reinertrage der Nutzungen ab; nur letzterer ist auf die versicherte Forderung abzurechnen. Uebersteigen jene Kosten die Nutzungen, so ist nichts abzurechnen; daß aber der Gläubiger einen Zuschuß verlangen könnte, widerspricht der Intention des Verhältnisses. Ist nun ein Nutzungspfand im Besitze des Verpfänders, so kann der Pfandgläubiger die Nutzungen nur gegen Erstattung der Kosten der gewöhnlichen Erhaltung der Sache und der Ziehung der Nutzungen verlangen. Dieß gilt nicht bloß, wenn die Nutzungen in Geld erstattet werden, sondern auch bei Auslieferung von Früchten in Natur; denn auch wenn der Pfandgläubiger die Sache selbst zur Fruchtziehung in der Hand gehabt hätte, hätte er jene Kosten vorweg verauslagen müssen. Ein weiteres Recht als das der Einbehaltung der Nutzungen steht aber dem Verpfänder wegen der fraglichen Kosten nicht zu.

c. Ist der Besitzer der persönliche Schuldner und zugleich der Verpfänder, so ist das oben unter b Bemerkte maßgebend. Der Beklagte hat also keine Verwendungseinrede. Er hat sie hier aber auch nicht bei dem Nutzungspfand in Betreff der Kosten der gewöhnlichen Erhaltung der Sache und der Ziehung der Nutzungen. Verlangte er die Absetzung dieser Kosten von den Nutzungen, so verlangte er damit eine Minderung des Betrages, der als Reinertrag der Nutzungen von der Forderung des Pfandgläubigers gegen ihn selbst zur Abrechnung kommen kann; er bliebe also nur um so viel mehr auf die persönliche Forderung schuldig. Unter diesen Umständen kann der Absatz nicht zulässig sein.

d. Ist der Beklagte der persönliche Schuldner, aber nicht der Verpfänder, sondern nur zufällig der Pfandbesitzer, so ist die Verwendungseinrede nicht aus den Gründen unter b ausgeschlossen. Auch kommt hier in Betracht, daß der Erlös des Pfandes in diesem Falle dem Schuldner zwar zur Tilgung seiner Schuld gereicht, aber ein Ueberschuß nicht an ihn, sondern an den Pfand-eigenthümer fällt. Dennoch ist auch in diesem Falle die Verwendungseinrede zu verfehlen. Wenn nämlich der Pfandgläubiger dem Schuldner Verwendungen ersetzte, so könnte er sie vom Verpfänder als eigene Verwendungen wieder fordern und das Pfand würde hierfür haften (1210 Abs. 2). Die Geltendmachung der Verwendungseinrede würde dem Schuldner also nur dann Nutzen bringen, wenn der

Pfanderlös zur Tilgung der Verwendungen und der versicherten Schuld ausreichte. Allein man kennt den Pfanderlös nicht im Voraus und dieß in Verbindung mit der Unbilligkeit, die darin liegen würde, daß der Gläubiger seinem Schuldner noch Geld darauf zahlen müßte, um die Pfandsache von ihm zu erlangen, muß zur Verneinung der Verwendungseinrede führen. Fließt dem Verpfänder ein Ueberschuß zu, welcher durch die Verwendungen des Schuldners vergrößert ist, so muß dieser sich an den Verpfänder nach den Grundsätzen des zwischen beiden obwaltenden Rechtsverhältnisses wenden. Auch für das Nutzungspfand gilt hier nichts Besonderes. Der Schuldner hat keine Verwendungseinrede in Bezug auf die Kosten der gewöhnlichen Erhaltung der Sache und der Ziehung der Nutzungen, sondern höchstens, soweit die Nutzungen einen Ueberschuß liefern, Regreß an den Verpfänder.

e. Die Geltendmachung des Verwendungsanspruchs erfolgt wie bei der vindication durch Einrede (1000); die Klage folgt den Vorschriften des § 1001, ist also begründet, wenn der Pfandgläubiger die Sache wiedererlangt oder die Verwendungen genehmigt. Bis zur Genehmigung der Verwendungen kann sich der Pfandgläubiger von dem Anspruch dadurch befreien, daß er die wiedererlangte Sache zurückgibt. Das Befriedigungsrecht des § 1003 wird in der Weise zur Anwendung kommen, daß der Pfandgläubiger bei dem Verkauf als nachstehender Pfandgläubiger zu behandeln ist.

7. Ueber die Geltendmachung der gegen die Forderung begründeten Einreden (f. ob. Text 5, a) vgl. ob. zu § 225 I, 2.

8. Ueber das Befriedigungsrecht des § 1249 (f. Text 5, b) vgl. ob. zu § 233b I.

9. Ein beneficium excussionis personalis oder realis (Text 5, c. d. e) besteht nicht. Unter mehreren Pfändern kann nach ausdrücklicher Vorschrift des § 1230 der Pfandgläubiger zum Verkaufe auswählen, welches er will, falls nicht ein Anderes besonders bestimmt ist; er kann also auch die Auslieferung jedes beliebigen und aller zugleich (f. ob. 2) verlangen. Vgl. übrigens Nov. 3. C. P. D. § 692a.

10. Eine Einrede gegen den Pfandanspruch kann natürlich auch nach BGB. auf vorgehendes dingliches Recht gestützt werden (1232; vgl. Text 5, f); einem gleichstehenden Pfandgläubiger gegenüber kann der Gleichstehende den zum Verkauf notwendigen Maßregeln nicht widersprechen; aber er kann den Verkauf selbst betreiben und braucht dann die Sache dem andern nicht herauszugeben (f. ob. S. 527); dem nachstehenden Pfandgläubiger gegenüber, welcher im Besitze ist, kann der vorgehende die Herausgabe zum Zwecke des Verkaufs verlangen; denn er kann nach § 1232 S. 2 nur, sofern er den Verkauf nicht selbst betreibt, dem Verkauf durch den nachstehenden nicht widersprechen. Ein gleichstehendes Recht von anderer Art als das Pfandrecht berechtigt zur Abwehr der Pfandklage; die Grundsätze von der billigen Theilung sind hier nicht anwendbar (f. ob. S. 527 fg.). Daß der Nießbrauch durch den vollzogenen Pfandverkauf nach § 1242 Abs. 2 untergeht, beweist nicht, daß der besitzende Nießbraucher, wenn er dem klagenden Pfandgläubiger vorgeht oder gleichsteht, die Einrede des § 936 nicht hätte. Uebrigens kann auch auf eine obligatorische Verpflichtung des Pfandgläubigers, dem Besitzer die Sache zu lassen, eine Einrede gestützt werden.

11. Die Verjährung (Text 5, g) ist die gewöhnliche dreißigjährige. Vgl. indessen zu § 234 I, 5.

II. Bei der Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld findet eine Klage auf Herausgabe des Grundstücks nicht statt, sondern nur eine solche auf Zahlung aus dem Grundstück (1118. 1191. 1199), mit andern Worten auf Zahlung bei Weidung der Befriedigung aus dem Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung (1147). Daneben gibt es aber auch eine Art negatorischer Klage wegen Einwirkungen auf das Grundstück, welche die Sicherheit der Hypothek gefährden (1134. 1135).]

§ 236.

Der bisher betrachtete dingliche Pfandanspruch ist nicht der einzige Anspruch, mit welchem Herausgabe des Besitzes der Pfandsache verlangt werden kann. Der vertragsmäßige Pfandgläubiger hat gegenüber dem andern Contrahenten auch einen persönlichen Anspruch aus dem abgeschlossenen Vertrag¹, und der Pfandgläubiger, welcher einmal im Besitz gewesen ist, genießt im Falle des Verlustes des Besitzes den gleichen Schutz, wie der Besitzer in eigenem Namen².

Selbsthilfe ist beim Pfandrechte nach den gleichen Grundsätzen verboten wie sonst³. Es kann aber der Vermiether den Miether an der Wegbringung der in den gemietheten Raum eingebrachten Sachen verhindern⁴, und bloß provisorischen Besitz, ohne daß damit die Frage nach seinem Rechte definitiv erledigt wäre, kann jeder Pfandgläubiger schon auf summarische Cognition hin erlangen, wenigstens gegen den Verpfänder⁵.

§ 236. ¹ L. 3. 22 § 3 D. 13, 7. Diese Stellen handeln nur vom Faustpfandgläubiger. Aber ohne allen Zweifel liegt in jeder Pfandbestellung auch die Uebernahme der persönlichen Pflicht zu den dem Pfandre entsprechenden Leistungen, und nach heutigem R. bedarf der obligatorische Vertrag zur vollen Wirksamkeit nicht mehr einer Form oder ihres Erfasses. Dernburg I §. 167—169.

² C. § 154^o.

³ Paul. sentent. II. 14 § 5, l. 2 § 18 D. 47, 8, l. 3 C. 8, 13 [14], vgl. l. 11 C. 4, 24. Dernburg II § 134, vgl. auch § 135.

⁴ L. 9 D. 20, 2, l. 33. 34. D. 39, 2. Ueber die Frage, ob nicht dem Vermiether dieses Zurückbehaltungsr. auch da noch zusteht, wo sein Pfandr. particularrlich aufgehoben ist, vgl. die Aufsätze in der Mecklenb. ZS. f. R.Pfl. u. RWissenschaft. III S. 70 fg. 93 fg. u. die Citate daselbst. — Nach Befriedigung des Vermiethers wird dem Miether gegen die Verhinderung desselben richterliche Hülfe gewährt (interdictum de migrando, Dig. 43, 32); ebenso in Betreff der Sachen, die gar nicht „pignoris nomine inducta sunt“ (l. 1 § 5 D. tit. eit.). Vgl. Dernburg II § 136; auch Schwarze und Heine Untersuchung praktisch wichtiger Materien S. 127 fg. Dernburg will das gleiche R. auch dem Verpächter geben, auf Grund eines wie mir scheint unbegründeten Schlusses aus l. 5 C. 8, 14 [15].

⁵ So hat die Praxis von jeher das römische interdictum Salvianum (Dig. 43, 33, Cod. 8, 9) verstanden; ob auch das v. R. demselben nur provisorische Bedeutung zugeschrieben habe, ist bestritten und muß dahingestellt bleiben. Ueber-

[1. Es gibt im **§ 236** kein Rechtsmittel nach Art des *interdictum Salvianum*. Der Pfandgläubiger ist angewiesen auf die einstweiligen Verfügungen der **CPD.** (814 fg.)

2. Ueber die Verpflichtungen zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder ist bereits gehandelt. Eine besondere Ausgestaltung hat die obligatorische Seite des Pfandcontractes oder die obligatorische Beziehung zwischen dem Eigentümer einer als gesetzliches Pfand haftenden Sache und dem Pfandgläubiger nicht gefunden. Ein Titel des I. C. (§§ 680. 681), welcher den Vertrag auf Stellung eines Pfandes behandelte, ist von der II. Comm. gestrichen, in der Absicht, für diesen Vertrag lediglich die Grundsätze von den auf Veräußerung gerichteten Beträgen zur Anwendung gelangen zu lassen (Prot. S. 2553). Eine Verpflichtung zur Verschaffung eines Pfandes kann in und mit der Verpfändung selbst übernommen werden.

3. Ueber Selbsthilfe des Vermiethers und der ihm Gleichgestellten s. ob. zu § 234 I, 1.

haupt ist über das *Salvianum* viel Streit, so namentlich darüber, ob es nur dem Verpächter zustehe (für welchen es, wie die *Serviana actio*, ursprünglich eingeführt worden ist, Gai. IV. 147, § 3 I. 4, 15), oder ob es in gleicher Weise wie die *Serviana actio* später eine Ausdehnung auf andere Pfandgläubiger erfahren habe? Die angeführten Stellen widersprechen der Ausdehnung doch nicht direct, und für dieselbe sind Paul. *sentent.* V. 6 § 16, l. 1. C. 8, 9. Eine andere viel verhandelte Frage ist die, ob das *Salvianum* nur gegen den Verpfänder gehe, oder auch gegen Dritte. Für Jenes l. 1 C. 8, 9, für Dieses l. 1 pr. § 1 D. 43, 33 (Theoph. ad § 3 I. 4, 15). Wenn es nicht noch gesagt, einen Vereinigungsversuch zu finden, welcher mehr befriedigt, als die bisher aufgestellten (Dernburg II S. 344 will l. 1 C. cit. aus der Unterstellung einjähriger Verjährung des *Interdicts* in seiner Richtung gegen Dritte erklären, Jhering *Jahrb. f. Dogm.* X S. 514¹⁴⁷ nimmt an, daß die Verhaftung des Dritten auf den Fall des Erwerbs aus doloser Veräußerung beschränkt sei), so wird nichts übrig bleiben, als zu sagen, daß die genannten Stellen sich gegenseitig aufheben, und daß daher für die Geltung des *Salvianum* gegen dritte Personen kein Zeugniß vorliegt — gegen den Verpfänder muß man es gewähren, wenn es überhaupt irgend welche Anwendung finden soll. Venel *Sav. 3C.* III S. 180 sucht jetzt nachzuweisen, daß die citirte Pandektenstelle ursprünglich von der *actio Serviana* gehandelt habe, und daß in der Umschreibung derselben auf das *interdictum Salvianum* die wahre Willensmeinung der Compileratoren zu Tage trete. — Literatur des *Salvianum*: Zimmern 3C. f. *Edt. u. Pr.* I S. 54—56 und *ACPra.* XI S. 345 fg. (1828), Thibaut *das.* XI S. 123 fg. (1828), *Neueste Studien I Nr. 4* (1830), Rudorff 3C. f. *gesch. RW.* XIII S. 209—225. 237—245 (1846), Bachofen S. 12—17, Keller *Rec.* S. 966—972. 977—981, Dernburg I S. 55—61. II S. 338—351; *Fritz Erläuterungen* I S. 538 fg., Brinz 1. *Auff.* S. 306—308. 333—334 (2. *Auff.* II S. 858), Vangerow I § 390 *Ann.*, Wendt *Faust.* S. 261 fg., Venel a. a. D., *derf. Edictum perpetuum* S. 393 fg., Dernburg *Pand.* I § 285⁴, Ascoli *le origini dell' ipoteca e l'interditto Salviano.* Livorno 1887, Bertolini *A chi o contro chi compete l'interditto Salviano,* *Arch. giur.* XXXIX p. 3 s. Dazu Schupfer *Rivista italiana* V p. 216—220. Schneider *fr. 3C.* XXXII S. 239 fg. [Pinon (§ 235¹) p. 14 suiv. Lameire de l'interdit Salvien. *Th. de Paris* 1892.]

4. Der Pfandgläubiger, welcher früher besaß, hat die Klage des § 1007. Vgl. dazu oben zu § 225 I, 2.

5. Endlich kommt dem Pfandgläubiger, welcher besitzt oder durch Eigenmacht aus dem Besitz verdrängt ist, der Besitzeschutz zu.]

2. Recht des Verkaufes*.

§ 237.

Dasjenige Recht, welches dem Gläubiger auf dem geradesten und sichersten Wege zu seiner Befriedigung verhilft, und welches daher den hauptsächlichsten Inhalt des Pfandrechts bildet, ist das Verkaufsrecht¹.

1. Die Voraussetzungen des Verkaufsrechts sind: a) Nichtbefriedigung des Gläubigers²; b) Fälligkeit der Schuld³; c) Anzeige an

* Dig. 20, 5 de distractio pignorum et hypothecarum. Cod. 8, 27 [28] de distractio pignorum. — Sinentis § 54—57, Bachofen Nr. VI—VIII, Dernburg II S. 95—124. Glüd XIX S. 382—409. [Marquès de la distractio pignoris. Th. de Paris 1849. Pinon (§ 235¹) p. 35 suiv. Hubert du droit de vente du créancier hypothécaire. Th. de Toulouse 1892.]

§ 237. ¹ Nach früherem r. R. stand das Verkaufsrecht dem Pfandgläubiger nicht schon kraft der Verpfändung an sich, sondern nur kraft besonderer Einräumung zu. Aber schon zur Zeit des Ulpian war es geltendes R., daß die Verpfändung als solche das Verkaufsrecht gebe. Ja nach dem neuesten R. (⁶) schließt selbst eine ausdrückliche Verabredung, daß nicht sollte verkauft werden dürfen, als mit dem Verpfändungswillen in Widerspruch stehend, das Verkaufsrecht nicht aus. Gai. II. 64. l. 8 § 4 D. 13, 7, l. 73 [74] D. 47, 2, l. 3 D. 20, 3, l. 4 C. 4, 24, l. 12 § 10 D. 20, 4, l. 4 D. 13, 7. Ueber die Geschichte des Pfandverkaufs s. Bachofen Nr. VI, Dernburg I § 8.

² Verweigert der Gläubiger die Annahme, so muß der Schuldner deponiren, l. 2 C. 8, 28 [29], l. 8 C. 8, 27 [28]. L. 5 eod., welche bloß vom Anbietern spricht, setzt Deposition voraus. S. auch l. 19 C. 4, 32. Vgl. Fritz Erläuterungen I S. 464—466, Bangerow I § 379 Anm. Nr. 3, Dernburg II S. 126—128. A. W. Mommsen Beiträge III S. 290, Kohler Jahrb. f. Dogm. XIX S. 381 fg. Die abweichende Meinung von Brinz l. Aufl. S. 354. 355 kommt darauf hinaus, daß das bloße Anerbieten dem Gläubiger die Verkaufsbesugniß dann nehme, wenn derselbe das Anerbieten, ohne seine Richtigkeit oder Vollständigkeit zu prüfen oder zu bestreiten, einfach abgewiesen habe. Etwas anders 2. Aufl. II § 353^o.

³ L. 4 D. 20, 5, l. 5 § 1 D. 20, 6. Vgl. jedoch in Betreff dieser Stellen auch Dernburg II S. 121. — Bei einer in verschiedenen Terminen fälligen Forderung kann nach Fälligkeit des ersten Termines verkauft werden, wenn nicht das Gegentheil ausgemacht ist. L. 8 § 3 D. 13, 7; Dernburg II S. 119 fg. und die das. Citirten. — Daß der Schuldner auch in Verzug sein müsse, d. h. daß ihm aus der Nichtbefriedigung ein Vorwurf gemacht werden könne, wird in den Quellen nirgends verlangt. Vgl. über diese Frage Wening-Zugenheim 3S. f. CN. u. Pr. I S. 354—359, Fritz Erläuterungen I S. 459—464, Bachofen S. 640—647, Bangerow I § 379 Anm. Nr. 3, welche Schriftsteller sämmtlich

den Schuldner, daß mit dem Verkaufe werde verfahren werden, wenn nicht Befriedigung erfolge⁴. Die Anzeige muß, wenn ausgemacht worden ist, daß nicht solle verkauft werden dürfen, dreimal wiederholt werden⁵; sie braucht gar nicht zu geschehen, wenn ein richterliches Urtheil vorliegt⁶. d) Ablauf von zwei Jahren nach der (letzten)⁷ Anzeige bez. nach dem Urtheil⁸. — Der Verkauf gerichtlich gepfändeter Sachen tritt mit Ablauf der gesetzlichen Frist nach der Pfändung ohne Wei-

das Erforderniß des Verzugs bestreiten, und Müller civ. Abh. I S. 104—106, welcher dafür ist. Wenn sich jetzt auch Dernburg II S. 122 fg. für das Erforderniß des Verzugs ausspricht, so thut er das nur in dem Sinne, daß er die in der folgenden Note erwähnte Anzeige an den Schuldner für nothwendig erklärt. (Verzug erfordert das § 310. Art. 310.) — Ebensovienig ist Liquidität der Forderung erforderlich, vgl. l. 1 pr. D. 44, 6, l. 1 C. 8, 36 [37], l. 2 C. 8, 28 [29]. Doch wird das Verkaufsfr. dadurch ausgeschlossen, daß der Schuldner in gutem Glauben auf richterliche Entscheidung provocirt; in dieser Allgemeinheit scheint nämlich l. 5 C. 8, 27 [28] verstanden werden zu müssen, welcher Stelle freilich Andere anderen Sinn beilegen. Vgl. Müller civ. Abhandlung I S. 101—102, Fritz Erläuter. I S. 456—459, Bachofen S. 647—649, Bangerow I § 379 Anm. Nr. 2, Dernburg II S. 128—131.

⁴ L. 3 § 1 C. 8, 33 [34], vgl. l. 18 C. 5, 37. Vgl. Cf. XVI. 16 (Dernburg II S. 124. 125).

⁵ L. 4 D. 13, 7: — „ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat, et cessaverit“. Es läßt sich die Vermuthung nicht unterdrücken, daß die herausgehobenen Worte erst den Compilatoren Justinian's angehören. Dafür spricht l. 5 eod., und daß Paulus sentent. II 5 § 1 dreimalige Anzeige schon in dem Falle für nothwendig erklärt, wenn nur die Verkaufsberedung nicht ausdrücklich hinzugefügt sei; ferner l. 7 C. 8, 27 [28]. Vgl. Bachofen S. 176 fg., Brinz 1. Aufl. S. 353 (2. Aufl. § 353⁷), Dernburg I S. 88 fg. — Welcher Zwischenraum muß zwischen den drei Anzeigen liegen? Man sagt: ein durch das Ermessen des Richters zu bestimmender; zehn Tage; so viel, daß daraus die Fruchtlosigkeit der Mahnung hervorgehe. S. Bangerow § 379 Anm. Nr. 4 und die dort Citirten, Bachofen S. 176⁹, Dernburg I S. 89. — Kohler Pfandrl. Forschungen S. 65 fg. bezieht die oben im Druck hervorgehobenen Worte der l. 4 D. 13, 7 lediglich auf den Ausschluß des furtum, so daß die Stelle gar nicht sagen würde, daß der Gläubiger auch gegen das Verkaufsverbot verkaufen dürfe. Dagegen Dernburg I § 280⁴. Dafür Wendt Pand. S. 405. Jedenfalls wird das Verkaufsverbot nur dann für ungültig erklärt werden dürfen, wenn ausdrücklich „verpfändet“ worden ist. Vgl. ¹ und oben § 234^{6a}.

⁶ L. 3 § 1 C. 8, 33 [34].

⁷ Zimmermann 3S. f. C. u. Pr. I S. 51—53. A. M. Fritz Erläuterungen I S. 467—470, Bangerow I § 379 Anm. Nr. 4 a. C., Dernburg II S. 142.

⁸ L. 3 § 1 C. cit. Es kann aber dieses Erforderniß durch Vertrag erlassen werden, l. 3 § 1 cit. Ueber die heutige Geltung desselben s. Glück XIX S. 389. 406, Sintenis (Pfand.) S. 510¹. Dernburg II S. 143. — § 310. Art. 310. 311.

teres ein; die Frist beträgt nach römischem Recht zwei Monate, jetzt nach der Reichscivilprozeßordnung eine Woche⁹.

2. Der Verkauf geschieht bei gerichtlich gepfändeten Sachen durch den Richter heutzutage bei beweglichen Sachen durch den Gerichtsvollzieher auf dem Wege öffentlicher Versteigerung¹⁰. Abgesehen von diesem Fall erklärt das römische Recht öffentlichen Verkauf nur bei Verkäufen durch den *Fiscus* für nothwendig¹¹, während er nach den Regeln der deutschen Particularrechte bei unbeweglichen Pfandsachen überhaupt eintritt¹². Der Gläubiger muß aber beim Verkaufe in guten Treuen verfahren und nach Kräften bestrebt sein, nicht bloß sein Interesse, sondern auch das des Eigenthümers, so weit dieß ohne Verletzung seines eigenen Interesses möglich ist, wahrzunehmen; sonst haftet er dem Eigenthümer auf Entschädigung¹³. Ist er insolvent und der Käufer hat sich an der Unredlichkeit betheiliget, so steht dem Eigenthümer ein Entschädigungsanspruch auch gegen diesen Letzteren zu¹³. Verkauf an sich selbst ist nichtig¹⁴.

⁹ L. 31 D. 42, 1. CPO. 717.

¹⁰ L. 2 C. 8, 22 [23], l. 3 C. 7, 53. Vgl. Müller civ. Abh. I S. 122—131. CPO. 716.

¹¹ L. 3 C. 2, 36 [37], l. 1. 2. 4. 6 C. 10, 3, l. 16 C. 4, 44. *Marezoll Magazin f. Gesetzg. u. RW.* IV S. 376 fg., Müller a. a. O. S. 109, Bangerow I § 379 Anm. Nr. 5, Dernburg II S. 138; a. M. Friß Erläuter. I S. 470. Bei anderen Pfandverkäufen spricht das r. R. von der öffentlichen Versteigerung (*proscriptio*) nur in dem Sinne, daß der Pfandgläubiger bei dem Verkauf überhaupt bemüht sein müsse, im Interesse des Eigenthümers einen möglichst hohen Kaufpreis zu erzielen (¹²), und in diesem Sinne scheint sie sogar die Regel gebildet zu haben. Vgl. l. 4 C. 8, 27 [28], l. 15 § 32 D. 47, 10, l. 16 C. 4, 44 — mit l. 9 C. 8, 27 [28], l. 4 C. 8, 29 [30]. Daß sie später ganz außer Gebrauch gekommen sei, möchte man aus l. 3 pr. C. 8, 33 [34] (von Justinian) entnehmen: „*pignus autem publice proscriptum neque vidimus, neque, nisi tantummodo ex librorum recitatione, audivimus*“; doch bezieht sich die hier erwähnte *proscriptio* nur auf die *dominii impetratio*. Dernburg II S. 141. 142.

¹² Dernburg II S. 257 fg. nimmt dafür gemeinliche Geltung in Anspruch; ebenso, obgleich unbestimmter, Sintonis Pfandr. S. 535 fg. und gem. Civilr. I § 77 a. E.; anders Sufferert Pand. I § 204³. Jedenfalls in dem älteren deutschen Re hat diese Ordnung des Verfahrens nach den Untersuchungen von Meibom (das deutsche Pfandr. S. 115 fg. 346 fg. 432 fg. vgl. 92 fg.) keinen Anhalt. Vgl. noch Goldschmidt Handelsr. I S. 920 (1. Aufl.).

¹³ L. 4. 7. 9 C. 8, 27 [28], l. 1. 4 C. 8, 29 [30], l. 10 D. 18, 2, vgl. l. 3 § 5 C. 8, 33 [34]. Er steht nach der Regel des Pfandr. (vgl. 233 c) für *omnis culpa* ein, l. 13 § 1. l. 14. l. 22 § 4 D. 13, 7.

¹⁴ L. 7 C. 8, 27 [28], l. 1. 3. 4. 5 C. 8, 29 [30]. Insolvenz des Verkäufers wird nur in l. 1 und 3 C. cit. verlangt, nicht aber in l. 4 cit. Bei der Bestimmtheit, mit welcher l. 3 cit. dieses Erforderniß hervorhebt, muß angenommen werden, daß es in l. 4 cit. vorausgesetzt werde. Müller a. a. O. S.

3. Die Wirkung des Verkaufs ist, daß der Käufer — Besitzübergabe und Zahlung des Kaufpreises vorausgesetzt (§ 172 Note 19) — Eigenthümer wird¹⁵. Der Gläubiger überträgt ihm fremdes Eigenthum¹⁶; aber dazu ist er eben kraft seines Pfandrechts befugt¹⁷. Er überträgt ihm unwiderrufliches Eigenthum, wenn nicht etwa beim Verkaufe ein Wiedereinlösungsrecht vorbehalten worden ist¹⁸. Er überträgt ihm das Eigenthum so, wie es zur Zeit der Begründung des Pfandrechts war, unbeschränkt durch später auf die Sache gelegte Lasten¹⁹. — Verpflichtet ist der Gläubiger dem Käufer nach den

111, Sintenis Pfandr. S. 515, Bangerow I § 379 Anm. Nr. 6 (vgl. auch Friß a. a. O. S. 476) wollen im Falle der Insolvenz des Verkäufers dem Eigenthümer einen Anspruch auch gegen den unschuldigen Käufer, auf Rückgabe der Sache gegen Erstattung des Kaufpreises, einräumen, wegen l. 3 C. cit. Aber der Verkauf um zu geringen Preis, „per gratiam“, wovon diese Stelle redet, ist doch wohl gedacht als erfolgt unter Betheiligung des Käufers an der Unredlichkeit. Dernburg II S. 152—155. — Welches aber ist die juristische Natur dieses Entschädigungsanspruches gegen den Käufer? Dernburg II S. 155 fg. erklärt sich, und wohl mit Recht, für die actio doli, so daß dann auch im Einzelnen die für diese Klage geltenden Grundsätze (II § 451) anzuwenden sind. Ebenso Geib die Person des pignericisch Berechtigten (1884) S. 51 fg.

¹⁴ L. 10 C. 8, 27 [28], Paul. sentent. II. 13 § 4. Dernburg II S. 163—165. — Wichtig ist natürlich nach allgemeinen Grundsätzen auch der Verkauf an den Eigenthümer, l. 39 D. 18, 1, l. 40 pr. § 1 D. 13, 7. Dernburg II S. 160—163. — Der Verkauf an den Bürgen ist zwar nicht wichtig, aber der Bürge versteht sich gegen die dem Schuldner schuldige Treue, wenn er zum Nachtheil desselben kauft, so daß dem Schuldner das Einlösungsrecht bleibt, l. 1 C. 2, 20 [21], l. 59 § 1 D. 17, 1. Uebrigens mischt sich beim Bürgen auch der Gesichtspunkt ein, daß möglicherweise seine Absicht nicht sowohl auf den Erwerb des Eigenthums, als auf den Erwerb des Pfandr. gerichtet war, l. 2. l. 5 § 1 D. 20, 5, l. 59 vgl. l. 36 D. 46, 1, nach welchem Gesichtspunkt dem Eigenthümer auch dem tausenden Nachpfandgläubiger gegenüber ein Einlösungsrecht bleibt. Vgl. § 248²⁷. Etwas anders Dernburg II S. 165—169.

¹⁵ L. 4 D. 13, 7, l. 13. 15. 18 C. 8, 27 [28]. Dernburg II § 110.

¹⁶ Eine Consequenz daraus in l. 10 § 1 D. 20, 6.

¹⁷ L. 46 D. 41, 1. Will man diese Befugniß auf eine dem Gläubiger bei der Verpfändung ertheilte Vollmacht zurückführen (vgl. Gai. II. 64. § 1. I. 2, 8) — was übrigens jedenfalls nur für die vertragsmäßigen Pfandre paßt — so muß man festhalten, daß diese Vollmacht eine dem Gläubiger in seinem eigenen Interesse ertheilte und unwiderrufliche ist (vgl. l. 6 pr. l. 42 D. 13, 7, l. 13 D. 20, 5, l. 7 § 1 D. 27, 9). In l. 29 D. 10, 2 (vgl. l. 7 § 12. 13 D. 10, 3) wird der procurator mit dem Pfandgläubiger nur in einer ganz besonderen Beziehung verglichen. S. über diese Stelle die in § 293a¹ a. E. Citirten und über das Ganze Bachofen Nr. VII, Dernburg II S. 108—113. Cf. XVII. 220, XXXII. 308. [Vertmann Jahrb. f. Dogm. XXXI S. 450 fg.]

¹⁸ L. 2 C. 8, 19 [20], l. 13 pr. D. 13, 7, l. 7 pr. § 1 D. 20, 5.

¹⁹ Namentlich also unbeschränkt durch später begründete Pfandre L. 1 C. 8,

Regeln des Kaufvertrages zum Verschaffen der Sache (II § 389); wenn er aber als Nichtbesitzer verkauft und der Käufer dieß gewußt hat, nur zur Abtretung seines Pfandanspruchs²⁰. Ferner braucht der Gläubiger dem Käufer nur für die Wahrheit der Thatsache, auf welche er sein Pfandrecht zurückführt, und dafür einzustehen, daß nicht ein Anderer ein besseres Pfandrecht hat²¹, nicht aber für das Recht des Verpfänders²².

4. An dem Kaufpreis erwirbt der Gläubiger durch Uebergabe von Seiten des Käufers Eigenthum^{22a}, und kann denselben zu seiner Befriedigung verwenden²³. So weit der Kaufpreis zu seiner Befrie-

19 [20], I. 6. 7 C. 4, 10, I. 3 pr. D. 20, 5. Was Dienstbarkeiten angeht, s. Dernburg II S. 148 fg. Cf. VI. 16. Vgl. noch das. XIV. 214.

²⁰ L. 13 D. 20, 5 „Creditor, qui iure suo pignus distrabit, ius suum cedere debet, et si pignus possidet, tradere utique debet possessionem“. Mit Unrecht stellen Bachofen S. 561 fg., Schmid Grundrissen der Cession I S. 223 fg. die Verpflichtung des Pfandgläubigers schlechthin auf Abtretung seines Pfandanspruchs. Dernburg II § 105.

²¹ L. 1 C. 8, 45 [46]. Dabei wird aber natürlich vorausgesetzt, daß der Gläubiger bei dem Verkauf erklärt habe, daß er in seiner Eigenschaft als Pfandgläubiger verkaufe, und die gleiche Voraussetzung gilt für den sogleich folgenden Satz. Vgl. I. 9 § 1 D. 19, 2.

²² Das hat nicht bloß den Sinn, daß der Gläubiger im Falle der Eviction keinen Schadenersatz zu leisten hat, sondern auch den, daß er in diesem Falle selbst den Kaufpreis nicht zurückzuerstatten braucht: er ist nur zur Abtretung seines Entschädigungsanspruchs gegen den Verpfänder verpflichtet. L. 1. 2 C. 8, 45 [46], I. 10 D. 20, 5, I. 11 § 16 D. 19, 1, I. 38 D. 21, 2. Ist noch besonders ausgemacht worden, daß der Gläubiger nicht für Eviction einzustehen habe, so kann er sogar den Kaufpreis trotz derselben eintreiben, I. 68 pr D. 21, 2 (andern versteht diese Stelle Dernburg II S. 189). Uebrigens wird der Pfandgläubiger nicht leicht einen Käufer finden, wenn er nicht die Verpflichtungen, welche ihm gesetzlich nicht obliegen, freiwillig übernimmt. L. 1. 2 C. 8, 45 [46], I. 22 § 4 D. 13, 7, I. 59 § 4 D. 17, 1. Daß er wegen Arglist haftet, versteht sich von selbst, I. 2 C. 8, 45 [46], I. 11 § 16 D. 19, 1. Vgl. Bachofen S. 560—569, Dernburg II § 109. Cf. VI. 22, VIII. 28. — Nach Analogie des Gesagten darf der Pfandgläubiger auch nicht für Mängel der Sache, die ihm verborgen geblieben sind, haftbar gemacht werden. Dernburg II § 170. — Der Käufer hat einen Anspruch gegen den Schuldner auf Erstattung des Kaufpreises, welcher demselben zu Gute gekommen ist, I. 12 § 1 D. 20, 5, I. 74 § 1 D. 21, 2. Bachofen S. 582—596, Dernburg II § 109. Vgl. II § 422^{4a}.

^{22a} Nicht bloß Pfandr. Exner Kritik des Pfandbegriffs S. 40 fg. Ist der Verkauf ein gerichtlicher, so ist der Richter als Stellvertreter des Gläubigers in der Besitz- und Eigenthumsübertragung anzusehen. Cf. II. 355. Blätter für Anw. XXXIV S. 83 fg. A. M. Pfaff pignus irregulare (§ 226a) S. 23 fg., welcher den Eigenthümer der Pfandsache, und Exner a. a. O. S. 44 fg., welcher das Gericht Eigenthümer des Kaufpreises werden läßt. Verkauf durch den Gerichtsvollzieher beim Pfändungspfandr.: CPD. § 720.

²³ L. 26. 44 D. 46, 3, I. 10 C. 4, 10. Vgl. I. 9 pr. D. 20, 5; I. 35

digung nicht ausreicht, dauert sein Forderungsrecht fort²⁴, den Ueber-
schuß muß er dem Eigenthümer bez. den nachstehenden Pfandgläubigern
herausgeben²⁵.

§ 238.

Der Gläubiger braucht von seinem Verkaufsrecht keinen Gebrauch
zu machen, wenn er nicht will; er darf aber nicht dem Eigenthümer,
welcher seinerseits verkaufen will, den Verkauf unmöglich machen, und
muß daher, wenn er im Besitze der Sache ist, demselben die Sache zu
diesem Zwecke gegen Caution herausgeben¹. Auf seine Forderung be-
halten darf der Gläubiger die Sache nur dann, wenn der Eigen-
thümer ihm dieß gestattet²; eine im Voraus für den Fall der Nicht-
zahlung der Schuld zur Verfallzeit gegebene Gestattung ist nichtig³.

pr. D. 13, 7, l. 5 § 2 D. 46, 3, l. 96 § 3. l. 101 § 1 eod., l. 73 eod.; l.
23 D. 13, 7. Dernburg II §. 205 fg. 211 fg. Kretschmar Secum pensare
§. 100 fg. Ist ausgemacht worden, daß der Pfandgläubiger nur einen Theil
des Kaufpreises sich solle aneignen dürfen (§ 226a³) so behält es natürlich bei
dieser Bestimmung sein Verwenden. Eine solche Bestimmung kann auch in der
Weise getroffen werden, daß der Eigenthümer mit einer gewissen Summe vor-
gehen solle. Vgl. Bremer Hypothek und Grundschuld §. 39 fg. [Verrechnung
des Erlöses bei Mehrheit von Forderungen: Cf. L. 240; f. unt. II § 343 zu ¹¹.]

²⁴ L. 9 § 1 D. 20, 5 l. 3 C. 8, 27, [28] l. 28 D. 12, 1, l. 8 C. 4, 2,
l. 10 C. 4, 10. Dernburg II §. 205.

²⁵ L. 24 § 2. l. 42 D. 13, 7, l. 12 § 5 D. 20, 4. Dernburg II § 114;
speciell über den Anspruch des nachstehenden Pfandgläubigers auf den Ueber-
schuß Bachofen §. 491—493, Brinz (1. Aufl.) §. 358, Dernburg II §. 487—489.
Cf. XVIII. 216, vgl. XXII. 220.

¹ L. 6 pr. D. 13, 7.

² L. 24 pr. D. 13, 7, l. 44 D. 46, 3, l. 13 C. 8, 13 [14], vgl. l. 1 C.
8, 34 [35].

³ Die Quellen sagen: es sei beim Pfande die lex commissoria verboten.
Das Verbot rührt erst von Constantin her, l. 3 C. 8, 34 [35]. Vgl. c. 7 X
3, 21, RP.C. 1577 Tit. XX § 5. Das Verbot erfordert nicht nothwendig, daß
die Gestattung gerade bei der Verpfändung gemacht worden sei. Cf. XIX. 217.
Eine im Voraus getroffene Verabredung, daß bei Nichtzahlung der Schuld das
Pfand dem Gläubiger um einen dann durch Schätzung zu bestimmenden Preis
verkauft sein solle, fällt nicht unter den Begriff der lex commissoria, l. 16
§ 9 D. 20, 1. Cf. III 12. Das hier mitgetheilte Urtheil nimmt ferner an, daß
auch der Verkauf um einen im Voraus bestimmten Preis nicht gegen das gesetz-
liche Verbot verstoße, wenn dieser Preis ein angemessener (den Werth erreichender
oder übersteigender sei). Noch weiter geht Dernburg II §. 282 fg.; derselbe hält
den Verkauf im Voraus ohne Rücksicht auf die Angemessenheit des Preises aufrecht, f.
übrigens auch den f. §. 285 Nr. 1 und Bangerow I § 383 Anm. Nr. 2. Ueber
l. 81 pr. D. 18, 1 f. Bangerow a. a. O. Nr. 3. Nach dem Urtheil bei Cf.
VIII. 297 (ebenso XLI. 177) soll der Richter das Verbot sogar ex officio be-

§ 238.

Findet sich für das Pfand kein Käufer⁴, so kann der Gläubiger sich dasselbe zu Eigenthum zuschlagen lassen, wobei ihm der wahre Werth der Sache angerechnet wird, dem Eigenthümer jedoch zwei Jahre lang ein Einlösungsrecht bleibt. Der Zuschlag muß nach römischem Rechte vom Kaiser erwirkt werden; heutzutage erfolgt er durch das zuständige Gericht⁵. Bei richterlich gepfändeten Sachen fällt das Wiedereinlösungsrecht des Eigenthümers⁶, andererseits aber auch

rücksichtigen müssen. In Betreff des Falls eiblicher Bestätigung s. § 88a, Dernburg II §. 285 fg. und die daſ. Citirten, Holzschuber II § 126 Nr. 2. Eine ungemein ausführliche „dogmengeschichtliche Darstellung der Lehre von der lex commissoria beim Pfandrechte“ gibt Warnkönig *ACPra.* XXIV §. 1—38. 312—388. XXV §. 60—114. 226—255. 420—439 (1841. 1842). Vgl. ferner Glüd XIV §. 85 fg., Bachofen §. 617—623, Ranagerow I § 383 Anm., ✓ Dernburg II § 122—124, Römer Leistung an Zahlungsstatt §. 151—155 (1866). [Brinkmann die lex comm. beim Pfandr. *Gött. Diff.* 1892. v. ✓ Bräder die Ungültigkeit der lex comm. beim Pfandr. *Erl. Diff.* 1896. S. auch ✓ Brill die zur Sicherung einer Vertragsobligation vorgenommenen bedingten Eigenthumsübertragungen und das Verbot der pfandlichen lex commissoria. *Erl. Diff.* 1896.] — Ueber die Frage, ob nicht das Verbot der lex commissoria durch § 1 des Reichsgesetzes vom 14.11.1867 aufgehoben sei, vgl. das Erkenntniß des O.L. zu Berlin 303 71 bei *Sf.* XXIX. 114, welches sich, wohl mit Recht, dagegen ausgesprochen hat. Ebenso das O.L. zu Kofnod 24/3 79, Entscheidungen x. IX §. 62. Dafür außer den a. a. D. Citirten neuerdings Wittelschöfer das Pfandr. an einer Forderung (1876) §. 9 fg.

⁴ Vgl. zum Folgenden, in Betreff dessen keineswegs vollständige Meinungsübereinstimmung herrscht: Glüd XIX §. 408 fg., Müller *civ. Abhandlungen* I Nr. 3 § 9—12. 18, Frig *Erläuter.* I §. 479—490, Sintenis *Pfandr.* § 56, Bachofen §. 624—627, Ranagerow I § 381 Anm., Dernburg II § 118. 119 a. E., Wächter *das schwebende Eigenthum* §. 24—34, Köppen *Frucht-erwerb des bonae fidei possessor* §. 73 fg.

⁵ Der Zuschlag des Pfandes durch den Kaiser galt schon im früheren R. (l. 24 pr. D. 13, 7, l. 5 § 3 D. 27, 9, l. 63 § 4 D. 41, 1, l. 1. 2 C. 8, 33 [34], l. 3 C. 8, 22 [23]); neu geordnet worden ist er von Justinian in l. 3 C. 8, 33 [34]. Durch diese Verordnung hat Justinian an die Stelle des früheren einjährigen Einlösungsr. ein zweijähriges gesetzt, und außerdem vorgeschrieben, daß beim Zuschlag eine neue Zahlungsaufforderung vorhergehen müsse, entweder durch den Gläubiger, oder, bei Abwesenheit des Schuldners, durch das Gericht unter Stellung einer Frist. Der wahre Werth der Sache soll bestimmt werden entweder durch gerichtliche (nicht notwendig vorhergehende) Schätzung, oder aber durch einen etwaigen späteren Verkauf des Gläubigers; jedoch soll in letzterem Falle der Gläubiger auf Verlangen die eibliche Versicherung abgeben müssen, daß er die Sache um keinen höheren Preis hätte verkaufen können. Ist der Werth der Sache höher, als der Betrag der Forderung, so entsteht Miteigenthum, aber mit gegenseitigem Auskaufsre.

⁶ Justinian's Verordnung bezieht sich nur auf den Fall „si quis rem creditori suo pignora verit“ (§ 1 der cit. l. 3), und die Stellen der Compilation, welche von dem Zuschlag gepfändeter Sachen reden (l. 15 § 3 D. 42, 1, l. 3

jede Nachforderung des Gläubigers im Falle des Minderwerths der Sache weg⁷.

[I. Der Pfandverkauf nach BGB.

1. Das Verkaufsrecht des Gläubigers setzt voraus:

a. daß die Schuld ganz oder zum Theil fällig ist (1228 Abf. 2 S. 1);

b. daß sie Geldforderung ist oder geworden ist (1228 Abf. 2 S. 2);

c. der Verkauf ist nach Eintritt der vorgenannten Voraussetzungen anzudrohen, es sei denn daß dieß unthunlich ist (1234 Abf. 1);

d. ein Monat muß verlaufen von der Androhung an, und falls diese unthunlich ist, vom Eintritt der Verkaufsberechtigung gemäß § 1228. Abf. 2 an (1234 Abf. 2).

e. Der Gläubiger kann nicht mehr Sachen zum Verkauf bringen, als zu seiner Befriedigung erforderlich sind (1230 S. 2), hat aber freie Wahl (1230 S. 1).

f. Ueber Mehrheit der Pfandgläubiger vgl. zu § 235 I, 10.

2. Der Verkauf ist im Allgemeinen im Wege öffentlicher Versteigerung zu bewirken (1235 Abf. 1).

a. D. h. öffentlich durch einen für den Versteigerungsort bestellten Gerichtsvollzieher oder zu Versteigerungen befugten anderen Beamten oder öffentlich angestellten Versteigerer (383 Abf. 3).

b. Ueber den Ort der Versteigerung bestimmt § 1236.

c. Zeit und Ort der Versteigerung sind unter allgemeiner Bezeichnung des Pfandes öffentlich bekannt zu machen (1237 S. 1).

Der Eigenthümer und Dritte, denen Rechte an dem Pfande zustehen, sind besonders zu benachrichtigen; es sei denn, daß dieß unthunlich ist (1237 S. 2), was insbesondere der Fall ist, wenn sie dem Pfandgläubiger unbekannt sind. In Betreff des Eigenthümers gilt die ausdrückliche Vorschrift, daß der Pfandgläubiger den Verpfänder für den Eigenthümer nehmen darf, wenn er es nicht anders weiß, selbst wenn dieß auf Fahrlässigkeit beruht (1248).

3. Hat das Pfand einen Börsen- oder Marktpreis, so kann der Pfandgläubiger den Verkauf aus freier Hand durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person bewirken (1235 Abf. 2. 1221).

4. Gold- und Silberfachen dürfen bei der Versteigerung nicht unter dem Gold- oder Silberwerthe zugeschlagen werden (1240 Abf. 1). Wird ein dieser Vorschrift genügendes Gebot nicht abgegeben, so kann der Verkauf zu einem mindestens den Gold- oder Silberwerth deckenden Preise aus freier Hand erfolgen, aber nur durch eine zu öffentlicher Versteigerung befugte Person (1240 Abf. 2).

C. 7, 53, vgl. übrigens auch I. 2 C. 8, 22 [23]), gestatten ein Wiedereinlösungsr. nicht. Daß nach diesen Stellen der Zuschlag durch den Richter erfolgen kann (übrigens wird auch ein Zuschlag durch den Kaiser erwähnt, I. 3 C. 8, 22 [23]), ist heutzutage nichts Besonderes mehr.

⁷ L. 15 § 3 D. 42, 1. Daß der Gläubiger auch Anspruch auf den Mehrwerth der Sache habe, scheint mir in dieser Stelle nicht gesagt zu sein. [Nach der C.P.O. findet ein Zuschlag gepfändeter Sachen an den Gläubiger nicht statt; derselbe kann aber bei der Versteigerung mitbieten.]

5. Das Pfand muß in jedem Falle mit der Bestimmung verkauft werden, daß der Käufer den Kaufpreis sofort baar zu entrichten hat und anderen Falls seiner Rechte verlustig geht (1238 Abs. 1. 360).

6. Von dem Verkauf und dem Ergebnis ist der Eigentümer des Pfandes (also im Allgemeinen gemäß § 1248 der Verpfänder) unverzüglich zu benachrichtigen, es sei denn, daß dies unthunlich ist (1241).

7. Durch die rechtmäßige Veräußerung des Pfandes erlangt der Erwerber die gleichen Rechte, wie wenn er die Sache vom Eigentümer erworben hätte. Er wird also Eigentümer. Pfandrechte erlöschen, auch wenn sie dem Erwerber bekannt sind, und auch wenn sie dem Rechte des verkaufenden Pfandgläubigers vorgehen. Dasselbe gilt von einem Nießbrauch, nur nicht, wenn er allein an der Sache bestehenden Pfandrechten vorgeht (1242). Die Correctur dieses Erlöschens der Rechte Dritter liegt darin, daß der Erlös an Stelle des verkauften Pfandes tritt, also jene Rechte an dem Erlös stattfinden.

8. „Soweit der Erlös aus dem Pfande dem Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung gebührt, gilt die Forderung als von dem Eigentümer berichtigt. Im Uebrigen tritt der Erlös an die Stelle des Pfandes“. (1247; vgl. Not. III S. 833 fg.)

a. Ist der Kaufpreis an den Gläubiger oder an die Verkaufsperson als seinen Vertreter gezahlt, so erwirbt er daran Eigentum, soweit seine Forderung reicht. Ist der Erlös höher, so tritt Miteigentum zwischen ihm und dem Pfandeigentümer ein; der die Forderung übersteigende Theil des Geldes ist also dem Pfandeigentümer herauszugeben. (1223). Ist der Pfandeigentümer der Schuldner, so ist die Schuld getilgt, so weit der Erlös reicht. Ist der Pfandeigentümer nicht der Schuldner, so erwirbt er die Forderung gegen den Schuldner gemäß § 1249. 268 Abs. 3, aber selbstverständlich kein Pfandrecht an dem auf den Gläubiger entfallenden Theile des Geldes (268 Abs. 2 S. 3). Sind Drittberechtigte vorhanden, so gebührt ihnen gegenüber der Erlös dem Gläubiger, soweit dieser ihnen im Range vorgeht, und insoweit haben sie Rechte an dem Erlös nicht. Insoweit sie dagegen dem Gläubiger vorgehen, haben Pfandgläubiger echtes Pfandrecht an dem ganzen Erlös als individuellen Sachen, trotzdem es sich um Geld handelt. Geht ein Nießbraucher dem Pfandgläubiger vor, so gebührt ihm der Nießbrauch an dem ganzen Erlös; steht er dem Pfandgläubiger nach, so gebührt ihm der Nießbrauch nur an dem Theil, welcher zur Deckung der Forderung nicht notwendig ist. Die dingliche Sicherheit des Nießbrauchers würde aber verloren gehen, wenn man annehmen wollte, daß der Nießbraucher nur eine Forderung auf Auszahlung des ihm Gebührenden zu Quasiusfruct hätte; man muß vielmehr umgekehrt sagen, daß der Nießbraucher durch die Zahlung seitens des Käufers Eigentümer gemäß § 2068 wird, die Geldstücke vindiciren kann und nur seinerseits obligatorisch gemäß § 1068 verpflichtet ist.

Insoweit nun aber der Erlös den bezeichneten Rechten Dritter unterliegt, die dem Gläubiger vorgehen oder ihn beschränken, kann die Forderung des Gläubigers auch nicht als berichtigt angesehen werden; die Berichtigung muß mit unbelastetem Gelde erfolgen. Deshalb ist aber auch nicht anzunehmen, daß der Gläubiger belastetes Eigentum an dem Erlöse erwirbt, sondern daß er kein Eigentum erwirbt. Hat also ein Anderer vorgehendes Pfandrecht an dem Erlös, so

behält der Gläubiger seine Forderung und hat das frühere Pfandrecht nunmehr an dem Erlöse; dessen Eigentümer ist der Pfandeigentümer. Der vorgehende Pfandgläubiger kann aber in einem solchen Falle von dem Gelde nicht mehr mit der Pfandklage fordern als zu seiner Befriedigung erforderlich ist; dieß folgt daraus, daß der besitzende Gläubiger ihn durch Zahlung dieses Betrages gemäß § 1249 abfinden kann. Das Uebrigbleibende kann der besitzende Gläubiger sich zueignen (vgl. ob. zu § 226 a I, 1) und dann gilt insoweit seine Forderung als vom Pfandeigentümer getilgt. Fällt der vorgehende Pfandgläubiger weg, so erstreckt sich das Zueignungsrecht des Besitzenden auf den ganzen Betrag. Ist ein gleichstehender Pfandgläubiger vorhanden, so wird ebenfalls der Pfandeigentümer Eigentümer des Erlöses. Beide Pfandrechte bestehen fort; der besitzende Pfandgläubiger, der dem Verkauf durch den Andern nicht hätte widersprechen können, wenn er nicht selbst verkauft hätte (s. zu § 235 I, 10), hat auch mit jenem den Erlös zu theilen, aber nach Analogie des § 742 und weil das Pfand ganz für jede Forderung haftet ohne Rücksicht auf deren Höhe, nicht pro rata der Forderungen, sondern zu Kopftheilen; das Aneignungsrecht des Einen erstreckt sich auf denjenigen Theil des Geldes, den der Andere zu seiner Befriedigung nicht braucht. Mit der Aneignung gilt die Forderung auch hier als in Höhe des Angeeigneten vom Pfandeigentümer berichtigt. Bei vorgehendem Nießbrauch steht die Forderung des § 1068 dem Pfandeigentümer zu; der Pfandgläubiger hat Pfandrecht an dieser Forderung.

Indessen ist die dingliche Rechtsstellung aller dem verkaufenden Pfandgläubiger gegenüberstehenden Beteiligten praktisch nicht viel werth; denn sobald der verkaufende Gläubiger das Geld in seiner Kasse verschwinden läßt, erwirbt er gemäß § 947 Abs. 2. 948. 949 unbelastetes Alleineigenthum (s. ob. S. 871 fg. unter B) und die Gegner haben nur noch Forderungen an ihn (951).

b. Ist der Kaufpreis nicht gezahlt, so kommt zunächst die Vorschrift des § 1238 in Betracht. Wenn der Verkauf ohne die *lex commissoria* des § 1238 Abs. 1 erfolgt, so gilt der Kaufpreis als vom Pfandgläubiger empfangen. Die oben beschriebenen Folgen in Ansehung der dinglichen Stellung Anderer können aber nicht eintreten, weil der Kaufpreis nicht als individuelle Masse vorhanden ist. Der Pfandeigentümer hat vielmehr, soweit er Eigenthum an dem Erlös haben würde, eine Forderung auf Zahlung des die Forderung des Gläubigers übersteigenden Theils des Erlöses. Dritte Berechtigte haben Pfandrecht, Nießbrauch an dieser Forderung, und der verkaufende Gläubiger hat, soweit nach dem vorigen sein Pfandrecht erhalten bleibt, ebenfalls ein Forderungspfandrecht an seiner eigenen Schuld. Ist jene *lex commissoria* vorbehalten, so treten, wenn der Kaufpreis nicht gezahlt ist, die gleichen Folgen dann ein, wenn nicht bis zum Schlusse des Versteigerungstermins von dem Rücktrittsrecht Gebrauch gemacht ist. In beiden Fällen bewirkt aber erst die Tradition des Pfandes an den Käufer den Verlust der bisherigen dinglichen Rechte an der Sache; dieser Tradition kann der Pfandgläubiger immer noch nach den Grundsätzen von den gegenseitigen Verträgen sich entziehen, und wenn er das Pfand in natura stellt, wird der Satz, daß der Kaufpreis als von ihm empfangen gelte, von den dritten Interessenten nicht geltend gemacht werden können. Hätte das Gesetz gewollt, daß mit Verkauf ohne *lex commissoria* oder mit Veräumniß ihrer Ausübung es schlechtweg bei der

Fiction des Empfanges des Erlöses durch den Gläubiger sein Bemenden haben sollte, so hätte es auch bestimmen müssen, daß im gleichen Augenblick der Pfandgläubiger wie ein Pfandkäufer das Eigenthum der Sache erwirbt, und das ist für diesen Fall nicht (wie im Falle des Zuschlags an den Gläubiger in § 1242 Abs. 1 S. 2) verordnet. Fraglich kann nur sein, ob nicht vielmehr die Gegeninteressenten vor der Tradition der Sache an den Käufer die Wahl haben, ob sie die Fiction des Empfanges des Kaufpreises oder ihre an der verkauften Sache bestehenden Rechte geltend machen wollen. Allein dieß ist nicht anzunehmen, da die Veräußerung nicht unrechtmäßig (1243) und der Pfandgläubiger gegen Zahlung des Kaufpreises dem Käufer verpflichtet ist, ihm die Sache mit den Wirkungen des § 1242 zu verschaffen. Der § 1238 Abs. 2 hat zwar nur die Versteigerung im Auge; aber auch bei zulässigem freihändigen Verkauf ist analog zu entscheiden. An Stelle der Nichtausübung der Verfallklausel bis zum Schlusse des Versteigerungstermins kann aber hier nur die Tradition der Sache ohne Empfang des Preises treten. Wenn der Gläubiger den Erlös nachträglich wirklich empfängt, so müssen die anderen Interessenten wählen können, ob sie an diesem Erlös die unter a beschriebenen dinglichen Rechte oder ob sie die Fiction des Empfanges geltend machen wollen.

9. Bei der Versteigerung kann der Pfandgläubiger mitbieten (1239 Abs. 1). Erhält er den Zuschlag, so erwirbt er (ohne Tradition) dieselben Rechte, wie ein anderer Käufer (1242 Abs. 1 S. 2); der Kaufpreis gilt als von ihm empfangen, und dieß bedeutet hier die definitive Regelung. Auch der Eigenthümer kann mitbieten. Durch den Zuschlag und die Herausgabe der Sache erwirbt er natürlich nicht Eigenthum, aber die Rechte Dritter erlöschen gemäß § 1242. — Das Gebot des Eigenthümers kann jedoch (wie das des Schuldners) zurückgewiesen werden, wenn nicht der Betrag baar erlegt wird (1239 Abs. 2). Auch dem Kauf des Pfandgläubigers oder des Eigenthümers aus freier Hand unter den gesetzlichen Voraussetzungen eines solchen Verkaufs steht nichts im Wege.

10. Erfolgt der Verkauf unter Verletzung der gesetzlichen Vorschriften, so ist zu unterscheiden:

a. Die Verletzung einiger Vorschriften entzieht dem Verkauf die Rechtmäßigkeit, so daß der Käufer nicht Eigenthum erwirbt und die Rechte an der Sache nicht erlöschen (1243 Abs. 1). Dieß tritt ein, wenn eine Verkaufsberechtigung nach § 1228 Abs. 2 nicht vorlag (1, a. b.), ferner wenn der Gläubiger mehr Pfänder zum Verkauf bringt, als zu seiner Befriedigung erforderlich sind (1230 S. 2). Verkauft er zu viel hintereinander, so trifft die Unwirksamkeit diejenigen Veräußerungen, welche die Grenze überschritten haben; verkauft er zu viel gleichzeitig, so müssen alle Veräußerungen unwirksam sein. Ebenso ist *lex perfecta* die Bestimmung über die Nothwendigkeit öffentlicher Versteigerung und über deren Bekanntmachung (1235 Abs. 1. 1237 S. 1) sowie über Voraussetzung und Methode des freihändigen Verkaufs nach § 1235 Abs. 2 oder § 1240.

b. Die Verletzung anderer Vorschriften macht den Gläubiger nur schadensersatzpflichtig im Falle seines Verschuldens; für das Verschulden seiner Verkaufspersonen haftet er nach § 278.

11. Hat Derjenige, der die Sache als Pfand verkauft, kein Pfandrecht, oder ist die Veräußerung gemäß 10a unwirksam, so finden die Grundsätze über den

gutgläubigen Erwerb entsprechende Anwendung, vorausgesetzt nur, daß die §§ 1235 oder 1240 Abs. 2 beobachtet worden sind. Jene Vorschriften für entsprechend anwendbar zu erklären, war nothwendig, da sie ihrem eigenen Sinn zufolge auf den Fall, daß Jemand als Pfandgläubiger verkauft, der Käufer also weiß, daß der Veräußerer nicht Eigenthümer ist, keine Anwendung finden würden (vgl. S. 793 ob.). Das Erlöschen von Pfandrechten und Nießbrauch gemäß § 1242 hängt von dem guten Glauben des Käufers in Ansehung dieser Rechte nicht ab, setzt aber den guten Glauben an das Pfandrecht, in dessen Ausübung verkauft wird, voraus. Ein Nießbrauch, der allen Pfandrechten vorgeht, erlischt nur, wenn der Käufer in Ansehung seiner im guten Glauben ist; denn sein Erlöschen kann auf § 1242 überhaupt nicht, sondern nur auf § 936 gestützt werden. Er erlischt gemäß § 936 natürlich gleichviel, ob der Eigenthumswerb des Käufers kraft Rechtmäßigkeit des Verkaufs nach § 1242 oder kraft des guten Glaubens des Käufers nach § 1244 eintritt. Die Ausnahmenvorschrift des § 935 gilt für den Fall öffentlicher Versteigerung überhaupt nicht; sie gilt aber auch nicht für den nach § 1235 Abs. 2 oder § 1240 Abs. 2 erfolgenden freihändigen Pfandverkauf. Verkauft der Pfandgläubiger, indem er sich für den Eigenthümer ausgibt, so kommen die Vorschriften der § 932—936 unmittelbar und ausschließlich zur Anwendung.

12. Hat der Pfandgläubiger einen vollstreckbaren Titel, so kann er den Verkauf auch nach den für den Verkauf einer gepfändeten Sache geltenden Vorschriften bewirken lassen (1233 Abs. 2). Dieß betrifft aber nur die Methode des Verkaufs. Die materiellen Wirkungen des Ergebnisses richten sich nach OGB. Auch die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb des Käufers (ob. 11) finden Anwendung (1244). Bei dem Schiffspfande findet ausschließlich Befriedigung durch Zwangsvollstreckung statt (1268).

13. Der Eigenthümer, d. h. gemäß § 1248 regelmäßig der Verpfänder, und der Pfandgläubiger können eine von den gesetzlichen Vorschriften (1234—1240) abweichende Art des Pfandverkaufs vereinbaren; steht aber einem Dritten an dem Pfande ein Recht zu, welches durch den Verkauf erlöschen würde, d. h. durch den Verkauf, wie er vereinbart werden soll, so ist dessen Zustimmung erforderlich. Diese ist Demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt. Danach kann sie, im Allgemeinen wenigstens, doch wohl jedem der Vereinbarenden gegenüber erklärt werden. Sie ist, abweichend von der allgemeinen Vorschrift des § 183, unwiderruflich (1245 Abs. 1). Darauf, daß das Pfand in öffentlicher Versteigerung zu verkaufen ist, und nur wenn es einen Börsen- oder Marktpreis hat, freihändig mit Wahrung der Vorschriften des § 1221 verkauft werden darf, ferner darauf, daß Zeit und Art der Versteigerung nach § 1237 S. 1 bekannt zu machen sind, daß Gold- und Silbersachen nicht unter dem Gold- oder Silberwerthe zugeschlagen werden dürfen (1240 Abs. 1) und nur beim Mangel eines ausreichenden Gebots unter Beobachtung der Vorschriften des § 1240 Abs. 2 freihändig verkauft werden dürfen, kann nicht vor Eintritt der Verkaufsberechtigung im Sinne des § 1228 Abs. 2 verzichtet werden (1245).

14. Jeder Betheiligte kann eine nach billigem Ermessen dem Interesse aller entsprechende, von den Vorschriften der §§ 1235—1240 abweichende Art des Pfandverkaufs verlangen; kommt eine Einigung nicht zu Stande, so entscheidet das

Gericht, was in dem Sinne gemeint ist, daß das Amtsgericht im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine Anordnung trifft. (1246; vgl. Entw. e. Ges. betr. die Angeleg. d. freiw. Gerichtsbarkeit [Reichstagsvorlage] § 162.)

15. Eine Vereinbarung, nach welcher dem Pfandgläubiger, falls er nicht oder nicht rechtzeitig befriedigt wird, das Eigentum an der Sache zufallen oder übertragen werden soll (*lex commissoria*), ist nichtig, wenn sie vor Eintritt der Verkaufsberechtigung im Sinne des § 1228 Abs. 2 erfolgt (1229).

16. Ueber den Verkauf des Vollstreckungspfandes, auch über die Concurrenz mehrerer Gläubiger bei einem solchen vgl. C.P.D. 717—728. 758—768 nebst den wenigen Abänderungen der Novelle (Reichstagsvorlage Art. I Nr. 201. 202. 215). S. auch BGB. 1244 in Verbind. m. 1233 Abs. 2; 456. 458.

17. In den seltenen Fällen, in denen angesichts der Vorschriften des BGB. der gutgläubige Pfandkäufer nicht freies Eigentum erwirbt (vgl. ob. 7. 11; auch S. 1035 unter f. g.), haftet der Gläubiger als Verkäufer gemäß §§ 433 fg. Für thatsächliche Mängel haftet er überhaupt nicht, wenn die Sache unter der Bezeichnung als Pfand öffentlich versteigert wird (461); bei anderen Arten des Pfandverkaufs gelten die allgemeinen Sätze der §§ 459 fg. Bei Veräußerung auf Grund des Pfändungspfandrechts ist jede Haftung sowohl für thatsächliche wie rechtliche Mängel ausgeschlossen (Nov. 3. C.P.D. [Reichstagsvorf.] Art. I Nr. 196 § 710a). Dieß wird auch bei einem Pfandverkauf nach § 1233 Abs. 2 BGB. zur Anwendung kommen müssen (s. ob. 12).

II. Bei Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld erfolgt die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück und den Gegenständen auf welche sich das Recht erstreckt, ausschließlich im Wege der Zwangsvollstreckung (1147.)

B. An unförperlichen Sachen. *)

§ 239.

Ueber den Inhalt des Pfandrechts an unförperlichen Sachen ist im Allgemeinen bereits oben (§ 227) gehandelt worden. An diesem Orte ist folgendes Nähere zu bemerken.

1. Das Pfandrecht¹ am Nießbrauch, an der Emphyteusis und an der Superficies gibt die Befugniß, durch Geltendmachung dieser Rechte sich in den Besitz derselben zu setzen bez. sich im Besitz zu erhalten²; ferner die Befugniß, je nach der Natur des Rechts, das

[*) *Moulin de l'hypothèque des choses incorporelles. Th. de Paris 1892, Horn* *Re als Objecte des Pfandr. Teschen 1897.*

§ 239.

¹ Die hierher gehörige Literatur s. § 227 ² 5. 7. 9.

² L. 11 § 2 D. 20, 1. Diese Stelle (§ 205 *) spricht freilich nur von dem Falle, wo das verpfändete R. (Nießbrauch) zum Faustpfande gegeben worden ist, und nicht von der Erlangung des Besitzes, sondern nur von der Erhaltung desselben durch Einrede. Aber jedenfalls gibt sie dem Pfandgläubiger die Befugniß, sich auf die Verpfändung nicht bloß dem Verpfänder, sondern auch Dritten gegenüber zu berufen, d. h. also, nicht bloß die durch die Pfandeinräumung von

Recht selbst oder dessen Ausübung zu veräußern³. Auf den Ertrag dieser Rechte — die Früchte der Sache — erstreckt sich das Pfandrecht nach den für das Pfandrecht an körperlichen Sachen geltenden Grundsätzen⁴. — Derjenige, welchem ein noch nicht bestehendes Recht an fremder Sache verpfändet worden ist, kann durch Verkauf dieses Recht begründen; außerdem kann er durch Geltendmachung seines Pfandrechts sich den dem Rechte entsprechenden Besitz verschaffen⁵. In Betreff der Früchte gilt das Gleiche, was soeben bemerkt wurde⁶.

2. An Forderungsrechten⁷ ist zwar, da der ihnen entsprechende

dem Verpfänder eingegangene obligatorische Verpflichtung, sondern auch das verpfändete R. selbst geltend zu machen. Es ist nicht abzusehen, warum diese Befugniß gerade in der Verpfändung zu Faustpfand ihren Grund haben, oder warum sie nicht in gleicher Weise für den Weg der Klage, wie für den der Einrede gelten sollte. Ueberdies ist, was hier gefolgert wird, für die *Superficies* ausdrücklich anerkannt. L. 13 § 3 D. 20, 1. „*Et in superficialiis legitime consistere creditor potest adversus quemlibet possessorem, sive tantum pactum conventum de hypotheca intervenerit, sive etiam possessio tradita, deinde amissa sit*“. Die Behauptung Bremer's (§ 227⁷) S. 124 fg. vgl. S. 105, daß sowohl in dieser Stelle, als in der zuvor genannten, nur possessorischer Schutz (nur Schutz des Besitzes im Falle des *pignus* in engeren Sinn?) anerkannt sei, ist ohne allen Grund, und in Betreff der l. 13 § 3 cit. schwer zu begreifen. — Man hat (in Betreff der Dienstbarkeiten) gefragt, ob die *actio* des Pfandgläubigers eine *actio confessoria* sei, oder eine *actio hypothecaria* (s. Dernburg I S. 487). Man wird sich für das Erstere entscheiden müssen; es ist das verpfändete R., welches der Pfandgläubiger geltend macht. Aber das verpfändete R. macht er kraft eigenen R., kraft des Pfandr., geltend (er hat eine *actio suo*, nicht *procuratorio nomine*), daher auch gegen den Verpfänder selbst. Vgl. § 205⁴.

³ Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt, folgt aber aus dem Begriff des Pfandr.

⁴ Vgl. l. 15 pr. D. 20, 1. Dernburg I S. 487 glaubt, der Pfandgläubiger, welchem der Besitz des R. eingeräumt worden sei, werde Eigentümer der Früchte. Aus der Verpfändung als solcher folgt dieß gewiß nicht; es gehört dazu ein besonderer Vertrag.

⁵ Vgl. § 227⁹⁻¹¹ und Text dazu. Dasselbst ist bereits bemerkt worden, daß in diesem Falle den wirklichen Gegenstand des Pfandr. nicht das Recht an der Sache, sondern die Sache selbst bildet, und so wird dieser Fall hier nur der Ueberflüssigkeit wegen noch einmal erwähnt. Weil die Sache selbst den Gegenstand des Pfandr. bildet, muß hier auch die *actio* des Pfandgläubigers als *actio hypothecaria* bezeichnet werden; der Pfandgläubiger macht eine zwar durch den Verpfändungswillen beschränkte, aber doch immerhin eine Macht *direct* über die Sache, nicht eine Macht über ein R. an der Sache geltend (s. ¹¹ a. a. D.). Die Verkaufsbefugniß hebt hier ausdrücklich hervor l. 12 D. 20, 1.

⁶ L. 15 pr. D. 20, 1.

⁷ Besondere Abhandlungen über das Pfandr. an Forderungsren sind: Gesterding über die Schuldverbindlichkeit als Object des Pfandr. (1812). Pfeiffer praktische Ausführungen I S. 1 fg. mit Nachtrag VII S. 1 fg. (1825. 1844). Trosche das Verpfändungsrt. des Pfandgläubigers S. 75 fg. (1834). Sintenis ✓

factische Zustand kein dauernder ist, kein Beſitz, wohl aber insofern etwas dem Besitze Entsprechendes möglich, als auch hier eine Verhinderung des Gläubigers an der eigenen Geltendmachung des verpfändeten Rechts denkbar ist. Diese Verhinderung kann auf doppeltem Wege erfolgen, durch Vorenthaltung der Beweisdocumente, und durch Anzeige an den Schuldner, nach welcher derselbe sich nicht mehr durch Leistung an seinen Gläubiger oder sonstige Verhandlung mit demselben befreien kann. Auf Herausgabe der Beweisdocumente, wenn sie von dem Schuldner nicht freiwillig faustpfandweise übergeben worden sind, hat der Pfandgläubiger einen Anspruch nicht^{7a}; die Anzeige an den Schuldner dagegen ist eine durch die Verpfändung als solche gewährte Befugniß⁸. Wird der Pfandgläubiger nicht befriedigt, so hat er die

- pfandliche Streitfragen Abh. 1 (1835). Ueberhard die Verpfändung von Forderungen (1869). Städler A. f. Pr. RW. N. F. VII S. 335—387 (1870).
- Marcus die Verpfändung ausstehender Forderungen nach gemeinem, preussischem und Handelsr. (1876). Hellwig die Verpfändung und Pfändung von Forderungen nach gem. R. und der ACPC. (1883). Darüber: Krasnopolski Grünh. 3E. XII S. 507 fg., Pfersche fr. 33S. XXVII S. 208 fg. Ferner handeln von diesem Gegenstand die Preisschrift von Huschke (de pignore nominis, 1820), die Inauguralbitterationen von Gaupp (de nominis pignore (1820), Spiegel (de iuris pignoris . . natura, 1869), Hottineanu (de pignore nominis, 1875), Wittelschöfer (das Pfandr. an einer Forderung, 1876), Pioni (de verpanding van inschulden naar het romeinsch en neederlandsch recht, Amsterdam 1885), und die Habilitationsschrift von Buchla (de pignore nominis, 1843). S. außerdem Mühlenbruch Cession S. 519—530, Schmid Grundlehren der Cession I S. 114—140 (1863), R. Sohm die Lehre vom subpignus S. 42—52 (1864), F. P. Bremer das Pfandr. und die Pfandobjecte S. 207—215 und an den andern daselbst citirten Stellen (1867), Erner Kritik des Pfandbegriffs S. 133—173 (1873); Sintenis Pfandr. § 22, Dernburg I § 60; Sangerow I § 368 Anm. 1. Hasenöhr! österr. Obligationenr. II § 76. [Vazarus die rliche Natur des Pfandr. an Forderungen. Greifsw. Diff. 1889, Delvas du pignus nominis. Thèse de Paris 1892, Schröder das Lager. des Forderungspfandgläubigers gegen den Drittschuldner. Greifsw. Diff. 1893, Kleiner die rliche Natur des pignus nominis. Bresl. Diff. 1895, Frh. Müller Forderungspfandr. u. Sicherungscession. Erl. Diff. 1897, Buchmann Ausübung des an einem Forderungsre bestehenden Pfandr. Erl. Diff. 1897, Lipstein über das Pfandr. an Forderungen, die in einem kaufmännischen Kontocorrent eingetragen sind. Erl. Diff. 1895, Geiseler das Pfandr. an Forderungen nach gem. Civilt. unter Berücksichtigung des BGB. Erl. Diff. 1898.]

^{7a} Auf Herausgabe der Beweisdocumente hat der Pfandgläubiger nur insofern einen Anspruch, als ihm dieselben zum Zweck der Einziehung der Forderung⁽¹⁰⁾ nöthig sind. Arg. I. 6 pr. D. 13, 7.

⁸ L. 4 C. 8, 16 [17]. Vgl. Mühlenbruch S. 526, Dernburg S. 464—465, Schmid S. 135—138. Cf. II. 279, XI. 216, XXIII. 114, XXXIII. 15.

Wahl, ob er die Forderung zum Verkauf bringen⁹, oder ob er sie selbst eintreiben will¹⁰. In letzterem Falle kann er das eingezogene

⁹ Dernburg I §. 469—470. Uebrigens ist das Verkaufsr. des Forderungspfandgläubigers nicht unbestritten, und namentlich Erner a. a. O. §. 164 fg. will ihm dasselbe nur kraft besonderer (ausdrücklicher oder stillschweigender) Verleihung gewähren. Eberhard a. a. O. §. 29 fg. gesteht es ihm zwar kraft der Verpfändung zu, aber nur als subsidiäres, für den Fall, wo er nicht kraft des *ius exigendi* ohne Schwierigkeit Befriedigung erlangen könne. Gegen das Verkaufsr. auch Hellwig §. 161 fg., Eisele *ACPra.* LXV §. 117. Es ist zuzugeben, daß es mit dem Quellenbeweis für dieses Verkaufsr. schwach steht. Man beruft sich für dasselbe auf l. 15 § 10 D. 42, 1 und l. 7 C. 4, 39. Aber die erste Stelle bezieht sich nur auf das Executionspfand. In der zweiten wird zwar nach der gewöhnlichen Lesart das Verkaufsr. des Forderungspfandgläubigers, wenn auch nicht direct bezugt, doch als selbstverständlich vorausgesetzt; aber nach der von P. Krüger tr. *WZS.* XVI §. 115 fg. aus den besten Handschriften mitgetheilten Lesart (hinter *visum est* einzuschieben ut) spricht die Stelle von dem Verkaufe durch den Pfandgläubiger überhaupt nicht. (A. W. Dernburg *Pfand.* I § 293¹⁰.) Von der andern Seite leuchtet es nicht ein, warum, wenn nach gesetzlicher Annahme bei körperlichen Sachen der Verpfändungswille die Verleihung des Verkaufsr. in sich trägt, es hier anders sein sollte. Jene Annahme beruht nicht auf der Natur der körperlichen Sache, sondern auf der Natur des Pfandr., und muß daher überall Platz greifen, wo die Natur des Pfandgegenstandes kein Hinderniß in den Weg legt. Vgl. ⁹ Pfändungspfandr.: *CPD.* 736. 743. Hellwig §. 209 fg.

¹⁰ L. 18 pr. D. 13, 7, l. 20 D. 20, 1, l. 7 C. 4, 39. *§f.* VIII. 18. Erner §. 133 fg. 147 fg. leugnet auch von diesem R., daß es mit dem Pfandr. von selbst gegeben sei; nach der Ansicht dieses Schriftstellers ist der wirkliche Gegenstand des *pignus nominis* nicht die Forderung, sondern der sachliche Inhalt derselben, das gemäß der Forderung zu Leistende. Vgl. ¹². — Man streitet darüber, ob die *actio* des Pfandgläubigers die *actio hypothecaria* oder die *actio in personam* aus dem Forderungsr. sei; Letzteres ist die herrschende Meinung, Ersteres hat nach dem Vorgang Aelterer in neuerer Zeit wieder Trotsche a. a. O. §. 76 fg. vertheidigt. Offenbar muß man sich für die *actio in personam* entscheiden; der Pfandgläubiger macht die verpfändete Forderung kraft seines Pfandr. geltend, aber es ist nicht sein Pfandr. unmittelbar, welches er geltend macht. Von der andern Seite ist es irreführend, auf die Forderungsverpfändung den Begriff der Cession anzuwenden, wie man das in verschiedenen Wendungen versucht hat; man spricht von einer bedingten oder eventuellen Cession (so namentlich Mühlenbruch a. a. O., Puchta § 208) oder einer beschränkten Cession (Dernburg, Eberhard und Erner a. a. O.), oder einer eigenen Spezies der Cession (*Ekonięti* in *Gruch. Beitr.* XXVII §. 426 fg., welcher Schriftsteller übrigens bei allen Men Uebergang auf die Pfandgläubiger annimmt). Denn die Cession ist darauf gerichtet, das Forderungsr. von dem bisherigen Gläubiger abzulösen und auf einen neuen Gläubiger zu übertragen, während durch die Forderungsverpfändung in das Forderungsr. ein anderer Berechtigter mit einer durch den Zweck des Pfandr. bestimmten Stellung aufgenommen wird (§ 227⁷ g. e.). Wenn man die Forderungsverpfändung unter den Cessionsbegriff stellt, so macht man sich entweder unnöthige Schwierigkeiten, indem man die durch die Natur des Pfandverhältnisses ausgeschlossenen Consequenzen des Cessionsbegriffs erst wieder

Geld zu seiner Befriedigung verwenden¹¹; geht das Forderungsrecht auf einen andern Leistungsgegenstand als Geld, so hat er an demselben ein Pfandrecht¹². — Ist der Pfandgläubiger selbst Schuldner

entfernen muß, oder man läuft Gefahr, gegen die Natur des Pfandverhältnisses solche Consequenzen zuzulassen. So ist alles Ernstes gefragt worden, ob die verpfändete Forderung noch weiter cedirt werden könne, und man hat die gewiß irrigen Sätze aufgestellt, daß die Priorität zwischen mehreren Forderungspfandgläubigern sich nach der Denuntiation, nicht nach Pfandgrundbüßen, bestimme, und (im früheren gem. R.) daß dem Forderungspfandgläubiger im Concurse ein Separationsr. zustehe. Gegen die Heranziehung des Cessionsbegriffs haben sich in der neueren Zeit u. A. ausgesprochen: Schmid, Vangerow, Sohm, Bremer, Stöcker, Marcus a. a. O., Pfaff *pignus irregulare* S. 44, Regelsberger Studien im bay. Hypothekenrecht S. 41 fg. S. auch den Aufsatz in den Bl. f. Anw. XXXII S. 97 fg. 113 fg. S. XV. 6 (der Verpfänder behält die Paulianische Klage). Vgl. auch XXVI. 112. Hellwig nimmt jetzt eine „cooptirende Cession“ an, d. h. die Forderung soll zwar auf den Pfandgläubiger übergehen, aber zugleich bei dem Pfandschuldner bleiben, so daß eine solidarische Berechtigung Mehrerer entstehe. Ich glaube, daß auch damit der pfandliche Gedanke nicht zum entsprechenden Ausdruck gebracht wird; der Pfandgläubiger soll ein R. an einem fremden R. haben. S. auch Kraskopolski a. a. O. S. 512. [[Bekker Jahrb. f. Dogm. XVIII S. 92: constitutive Uebertragung einer Forderung, d. h. Schaffung einer Forderung aus der Forderung, wie aus dem Eigenthum die Servitut geschaffen wird.]] — Steht dem Schuldner in der verpfändeten Forderung die *exc. excussionis* zu? Dernburg S. 465¹³, Schmid S. 140, Bremer S. 214, Eberhard S. 35, Stöcker S. 377, Hellwig S. 148¹⁴. Kann der Pfandgläubiger, statt die Forderung einzutreiben, sie in anderer Weise vernichten, z. B. durch Novation, Erlaß? Ohne Zweifel; nur daß er sich den Betrag derselben anrechnen lassen muß, als hätte er ihn empfangen. Vgl. mit Vangerow § 368 Anm. 1 a. E. Dernburg S. 468, Schmid S. 139, Bremer S. 213.

¹¹ L. 18 pr. D. 13, 7, l. 13 § 2 D. 20, 1, l. 4 C. 8, 16 [17]. Geht die Forderung auf Mehr, so kann er nur so viel einziehen, als zu seiner Befriedigung erforderlich ist, l. 4 C. cit. Vgl. Schmid S. 133, Bremer S. 215, Eberhard S. 35, A. W. Hellwig S. 169, Kretschmar *Secum pensare* S. 91 fg. Dazu Eisele fr. WJS. XXVIII S. 568.

¹² L. 18 pr. cit., l. 13 § 2 cit. Wenn dies darauf zurückgeführt wird (vgl. namentlich Dernburg S. 468, Eberhard S. 14. 34, Erner S. 133 fg.), daß in jeder Verpfändung der Forderung eine den Erwerb des geschuldeten Objects anticipirende Verpfändung liege, so ist zu bemerken, daß mit dieser Auffassung dem gesetzlichen Forderungspfandr. nicht Genüge geleistet wird. Für das gesetzliche Forderungspfandr. jedenfalls wird man sagen müssen, daß dasselbe nach Maß auch das kraft der Forderung Geleistete erfasse: und warum soll dieser Maß nicht auch für das vertragmäßige und richterliche Pfandr. gelten? Vgl. auch Bremer S. 173—175. Daß Erner den Leistungsgegenstand als den einzigen Gegenstand des Forderungspfandr. ansieht, ist Note¹⁰ bereits bemerkt worden. Im Wesentlichen der gleichen Ansicht ist Eberhard a. a. O., ferner Venel Jahrb. f. Dogm. XIX S. 236. Hellwig S. 82. 177 fg. wird durch seine Auffassung, daß der Pfandgläubiger Gläubiger in der Pfandforderung werde, zu der Annahme gedrängt, daß er an dem eingezogenen Schulobject Eigenthum (fidu-

in der verpfändeten Forderung^{12a}, so steht ihm gegen die Klage des Gläubigers eine Einrede, aber auch die Befugniß zu, in Ausübung seines Pfandrechts die Forderung desselben direct aufzuheben^{12b}.

3. Das Pfandrecht an einem Pfandrechte¹³ gibt die Befugniß, das verpfändete Pfandrecht¹⁴ statt des Pfandgläubigers, welchem das-

ciarisches Pfandeigenthum) erwerbe. — Gegen die Ansicht, daß der Pfandgläubiger an dem eingetriebenen Schulobject nur ein Retentionsr. habe, s. Vangerow a. a. O. Nr. 2, Dernburg S. 467, Eberhard S. 33. — Wie ist es, wenn der Schuldner selbst die Forderung eintreibt? Es ist kein Grund vorhanden, weßwegen nicht auch in diesem Falle das Eingetriebene dem Forderungspfandgläubiger verpfändet sein sollte; jedoch bildet, wenn das Eingetriebene Geld ist, die Unverfolgbarkeit des Geldes, welche regelmäßig stattfinden wird, ein Hinderniß. Vgl. Dernburg S. 468, Bremer S. 161. 169, Exner S. 139, und unten¹⁴.

^{12a} Die Quellen sprechen von diesem Falle nicht. Aber man nehme an, der Pfandgläubiger beerbe den Schuldner in der verpfändeten Forderung oder umgekehrt. Vgl. § 226a².

^{12b} In dieser Weise scheint mir der dem Pfandrecht innewohnende Gedanke nach der Besonderheit des vorliegenden Verhältnisses am Einfachsten und Natürlichsten realisiert zu werden. Die Auffassungen sind übrigens sehr verschieden. Vgl. Dernburg I S. 474, Bremer das Pfandr. und die Pfandobjecte S. 156 fg., Pfaff pignus irregulare S. 35 fg., Exner Kritik des Pfandbegriffs S. 176 fg., Hellwig S. 133 fg. [Wertmann das Pfandr. an eigener Schuld ACPr. LXXXI S. 61 fg.]

¹³ Das Pfandr. am Pfandr., das s. g. Afterspandr. oder subpignus hat eine sehr reiche Literatur. Von besonderen Bearbeitungen ist namentlich zu nennen die gute Schrift von H. Sohm, die Lehre vom subpignus (1864); dazu die Recensionen von Beller tr. BZS. VI S. 473 fg. und Regelsberger Schletter's Jahrb. XI S. 3 fg. S. außerdem: Hepp ACPr. XIII S. 350 fg. XV S. 86 fg. (1830. 1832), Vöhr das. XIV S. 162—164 (1831), Gesterding Ausbeute von Nachforschungen IV Abth. 1 S. 199 fg. (1832), Trotsche Verpfändungsr. des Pfandgläubigers S. 2 fg. (1834), Büchel civilr. Erörterungen I. 3 S. 99 fg. und dazu Nachtrag in der 2. Ausg. S. 436 fg. S. 472 fg. (1834. 1847), Hoffmann in Fuhr und Hoffmann civilistische Versuche S. 72 fg. (1835), Sintenis pfandrl. Streitfragen S. 33 fg. (1835), Huschke ZS. f. CR. u. Pr. XX S. 221 fg. (1845); ferner in den in Note⁶ citirten Abhandlungen von Huschke, Gaupp und Buchta cap. 2 § 3, p. 40 sqq., p. 24 sqq.; sodann Mühlenbruch Cession S. 336 fg., Schmid Grundlehren der Cession I S. 140 fg., F. P. Bremer das Pfandr. und die Pfandobjecte S. 215—218 und an den andern das. citirten Stellen, Exner Kritik des Pfandbegriffs S. 79 fg.; endlich Sintenis Pfandr.) § 23, Dernburg I § 61, Brinz 1. Aufl. S. 323 fg., Vangerow I § 368 Anm. 2. [Wehl hat der Pfandgläubiger das R. der Weiterverpfändung? Erl. Diss. 1898.]

¹⁴ Nach der Meinung Vieler (s. Vangerow a. a. O. und die dort und bei Sohm S. 60 Genannten) ist der Gegenstand des Afterspandr. nicht sowohl das Pfandr., als die verpfändete Sache selbst. Dafür spricht die Ausdrucksweise der Quellen (l. 13 § 2 D. 20, 1, l. 14 § 3 D. 44, 3; l. 1. 2. C. 8, 23 [24]). Von der andern Seite liegt es auf der Hand, daß der Pfandgläubiger von der Sache nicht Mehr zur Sicherheit stellen kann, als er selbst hat, und da er an derselben

selbe zusteht, auszuüben — also statt dieses Pfandgläubigers unter den Bedingungen, unter welchen dieser selbst berechtigt ist, die verpfändete Sache abzufordern und sie zum Verkauf zu bringen¹⁵. Da aber das Pfandrecht nichts ist, als ein Mittel, zur Befriedigung der Forderung zu gelangen, welche es versichert, so darf der Austerpfandgläubiger, auch ohne zur Geltendmachung des verpfändeten Pfandrechts zu schreiten, die Leistung aus dieser Forderung annehmen, und steht dann zu dem Geleisteten in demselben Rechtsverhältniß, wie der Forderungspfandgläubiger¹⁶.

nur ein Pfandr. hat, so kann er an ihr eben auch nur ein Pfandr. zur Sicherheit stellen. Insofern freilich der Austerpfandgläubiger dieses Pfandr. statt des verpfändenden Pfandgläubigers geltend macht, macht er ein Pfandr. an der Sache selbst geltend, und insofern kann und muß man allerdings sagen, daß er mittelbar ein R. auch an der Sache selbst habe. So auch Sohm S. 57 fg., Bremer S. 41 fg. 216. Wenn Brinz a. a. O. das Verhältniß so auffaßt, daß das Pfandr. dem Pfandgläubiger unter Anderem auch die Macht gebe, ein Pfandr. an der Sache zu begründen, so ist zu fragen, ob das im Begriffe des Pfandr. liege? Im Begriffe des Pfandr. liegt es, daß es dem Gläubiger so viel Macht gibt, als ihm nothwendig ist, damit er die Sicherheit für die Befriedigung seiner Forderung habe; aber es liegt nicht im Begriffe des Pfandr., daß es dem Gläubiger die Macht gibt, den Pfandgegenstand als Sicherungsmittel für eine Schuld zu verwenden, die er selbst hat. Als Sicherungsmittel für eine Schuld, die er hat, kann der Pfandgläubiger nur sein Pfandr. selbst verwenden, indem er nämlich die Realisirung desselben abtritt; er gibt zur Sicherheit seine Sicherheit. Brinz betont mit Huschke, daß der Austerpfandgläubiger kein R. gewinne, das Pfandr. des Verpfänders, sondern nur ein R., die verpfändete Sache zu verkaufen; geht denn der Begriff des Pfandr. im weiteren Sinne im Verkaufstre auf? S. § 227, und vgl. in Betreff der hier verhandelten Frage noch Sohm S. 57 fg., Schmid S. 141 fg., Bremer S. 41 fg. 216, Dernburg S. 476—478, Arndts § 367³.

¹⁵ L. 13 § 2 D. 20, 1, l. 2 C. 8, 23 [24], l. 40 § 2 D. 13, 7.

¹⁶ L. 13 § 2 D. 20, 1. „Quum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur, et tam exceptio quam actio utilis ei danda est. Quodsi dominus solverit pecuniam, pignus quoque peremitur. Sed potest dubitari, numquid creditori nummorum solutorum nomine utilis actio danda sit an non. Quid enim, si res soluta fuerit? Et verum est, quod Pomponius libro septimo ad edictum scribit: si quidem pecuniam debet is, cuius nomen pignori datum est, exacta ea creditorum secum pensaturum; si vero corpus is debuerit, et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem“. Eine unendlich vielbesprochene Stelle, über deren Erklärung die Meinungen noch immer sehr viel auseinander gehen! Vgl. darüber Bangerow a. a. O., Dernburg S. 478 fg., Sohm S. 106 fg., Bremer S. 221 fg., Erner S. 82¹⁰¹, Hofmann Jahrb. f. Dogm. X S. 382 fg., neuestens Schwemann ACPr. LXVII S. 301 fg., Kretschmar Secum pensare S. 5 fg. Ich versehe die Leistung, von welcher im Anfang der Stelle die Rede ist („quodsi dominus solverit pecuniam“), von einer Leistung an den ersten Pfandgläubiger, die utilis actio, von welcher sodann gesprochen wird („sed potest dubitari“), von einer

[Das Pfandrecht an Rechten steht im **§ 239** unter den Vorschriften vom Pfandrecht an beweglichen Sachen, so weit nicht besondere Vorschriften Abweichungen ergeben (1273).

1. Diese Vorschriften sind zum Theil wiederum allgemeine für das Pfandrecht an allen Rechten, zum Theil besondere, die allgemeinen modifizirende, für Rechte gewisser Art.

a. Allgemein gilt, daß das Pfandrecht an einem Rechte zwar ein Nutzungspfand sein kann, aber nicht in irgend einer analogen Anwendung des § 1213 Abs. 2 im Zweifel als solches aufgefaßt werden darf (1273 Abs. 2). Bei dem Nutzungspfande kann der Pfandgläubiger die Einräumung der Ausübung des Rechts zum Zwecke der Ziehung der Nutzungen verlangen. (Vgl. ob. S. 1061 unter 4.)

b. Kann kraft des Rechts eine Leistung gefordert werden, so finden auf das Verhältniß des Verpflichteten zu dem Pfandgläubiger die Vorschriften entsprechende Anwendung, welche im Falle der Uebertragung des Rechts für das Verhältniß

utilis hypothecaria actio des Afterspandgläubigers, endlich den Schluß der Stelle so, daß durch denselben die vorher aufgeworfene Frage indirect, durch Verweisung auf das für das Forderungspfandr. Geltende, bejaht wird. Nach dieser Auffassung enthält die Stelle den im Text bezeichneten Satz. Ein anderes Resultat ergibt sich aus der neuesten, von Schwemann a. a. D. aufgestellten Erklärung. Dieselbe geht davon aus, daß im Fall der Stelle zum Afterspand nicht eine Sache, sondern eine Forderung gegeben sei. Nach dieser Erklärung gibt die Stelle dem Afterspandgläubiger ein Pfandr. nicht an dem, was auf die durch das Pfand versicherte Forderung geleistet ist, sondern an dem auf die verpfändete Forderung Geleisteten. Es läßt sich nicht leugnen, daß durch diese Erklärung ein besserer Zusammenhang in die Stelle gebracht wird. Aber ohne Bedenken ist auch sie nicht (der geheimnißvolle Gegensatz zwischen „dominus“ und „creditor“; warum *utilis actio*?). — Hieran hat sich nun eine fernere sehr lebhafte Controverse angeknüpft, indem nämlich die angegebene Entscheidung von Vielen darauf zurückgeführt wird, daß das Pfandr. am Pfandr. auch die versicherte Forderung ergreife, während Andere dieselbe gar nicht, oder nur durch das Pfandr. hindurch, soweit sie von demselben untrennbar ist, haften lassen; s. darüber Bangerow a. a. D., Dernburg S. 478 fg., Schmid S. 145 fg., Sohn S. 66 fg., Dremer S. 221, und die von diesen Schriftstellern Citirten, neustens Bekker fr. VJS. XV S. 539, Kohler pfandliche Forschungen S. 199 fg., Schwemann a. a. D. Ich halte die zuletzt bezeichnete Meinung, nämlich daß die Forderung durch das Pfandr. hindurch hafte, für richtig (so auch Erner S. 80 fg.). Weniger anzunehmen, erlaubt l. 13 § 2 cit. (nach der hier festgehaltenen Auffassung) nicht; aber diese Stelle gebietet auch nicht, Mehr anzunehmen. Näher also so: der Afterspandgläubiger fordert Befriedigung für die durch das verpfändete Pfandr. versicherte Forderung; wird ihm geleistet, so ist er der rechte Empfänger, aber wird ihm nicht geleistet, so hat er kein anderes Mittel, die Leistung sich zu verschaffen, als Geltendmachung des verpfändeten Pfandr. Deswegen kann er namentlich auch nicht den Schuldner in dieser Forderung durch Denuntiation hindern, sich durch Leistung an seinen Gläubiger zu befreien, wie denn dieses Mittel in den Quellen nirgends erwähnt wird (vgl. namentlich l. 40 § 2 D. 13, 7, l. 14 § 3. D. 44, 3). Anders Cf. XL. 280. Wird dem ersten Pfandgläubiger geleistet, so gilt das Gleiche wie beim Forderungspfandre.

des Verpflichteten zu dem Erwerber gelten. Ist wegen Verletzung der Rechte des Verpfänders gemäß § 1217 Abs. 1 ein Verwahrer oder vielmehr Verwalter bestellt, so ist dieß dem Verpflichteten gegenüber erst wirksam, wenn ihm die Anordnung bekannt geworden oder eine Mittheilung davon zugestellt ist. Das Entsprechende gilt, wenn die Anordnung aufgehoben wird (1275. 1070 Abs. 2). (Vgl. ob. S. 933 unter a).

c. Ein verpfändetes Recht kann durch Rechtsgeschäft nur mit Zustimmung des Pfandgläubigers aufgehoben werden. Die Zustimmung ist demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt; sie ist in Abweichung von § 183 unwiderruflich. Ist das verpfändete Recht ein Recht an einem Grundstück, so kann die Zustimmung auch dem Grundbuchamt gegenüber erklärt werden (1276 Abs. 1). Die gleichen Sätze gelten von einer Aenderung des Rechts, welche das Pfandrecht beeinträchtigt (1276 Abs. 2).

d. Der Pfandgläubiger kann, sofern nicht ein Anderes durch Rechtsatz oder Rechtsgeschäft bestimmt ist, seine Befriedigung aus dem Rechte nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung suchen (1277 S. 1). Der vollstreckbare Titel ist natürlich gegen den aus dem verpfändeten Recht Berechtigten zu erwirken, nicht gegen den durch dasselbe Gebundenen; denn der Berechtigte ist es, gegen den die Zwangsvollstreckung in das Recht sich richtet. In Betreff rechtsgeschäftlicher Bestimmungen gilt auch hier, daß die pfandrechtliche *lex commissoria* nichtig ist, wenn sie vor Eintritt der Voraussetzungen des § 1228 Abs. 2 vereinbart wird, und daß auf die Beobachtung der Vorschriften der §§ 1235. 1237 S. 1. 1240 erst nach Eintritt der dem Pfandgläubiger etwa eingeräumten Verkaufsberechtigung verzichtet werden kann (1277 S. 2).

2. Das Forderungspfandrecht unterliegt folgenden besonderen Sätzen.

a. Der Schuldner kann zunächst nur an den Pfandgläubiger und den verpfändenden Gläubiger gemeinschaftlich leisten. Jeder von Beiden kann verlangen, daß an sie gemeinschaftlich geleistet wird, oder die Sache für Beide hinterlegt oder, falls sie sich dazu nicht eignet (s. 372), an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abgeliefert wird (1281). Sobald die versicherte Forderung ganz oder zum Theil fällig, und (falls sie nicht schon von Anfang an Geldforderung war) in eine Geldforderung übergegangen ist, also unter den Voraussetzungen der Verkaufsberechtigung beim Sachpfande, ist der Pfandgläubiger zur Einziehung der verpfändeten Forderung allein berechtigt, und der Schuldner kann nur an ihn leisten. Die Einziehung einer Geldforderung steht dem Pfandgläubiger jedoch nur so weit zu, als sie zu seiner Befriedigung erforderlich ist. Insofern kann er auch Abtretung der Geldforderung an Zahlungsstatt verlangen (1282 Abs. 1). Statt die Rechte des § 1282 Abs. 1 auszuüben, kann der Pfandgläubiger auch nach § 1277 Zwangsvollstreckung in die verpfändete Forderung betreiben. Zu anderen Verfügungen über die Forderung ist er nicht befugt (1282 Abs. 2). Hängt die Fälligkeit der verpfändeten Forderung von einer Kündigung ab, so steht die Kündigung zunächst dem Verpfänder zu; der Zustimmung des Pfandgläubigers bedarf es nur, wenn Nutzungspfandrecht vorliegt. Der Schuldner muß Beiden kündigen (1283 Abs. 1. 2). Sobald aber die versicherte Forderung fällig geworden ist, und zwar als Geldforderung, kann auch der Pfandgläubiger kündigen; der Schuldner kann ihm

oder dem verpfändenden Gläubiger kündigen (1288 Abs. 3.). Alle diese Vorschriften sind ausdrücklich für dispositiv erklärt (1284).

b. Muß (nach Gesetz oder Abrede) an Gläubiger und Pfandgläubiger gemeinschaftlich geleistet werden, so sind Beide bei Fälligkeit einander verpflichtet, zur Einziehung mitzuwirken (1285 Abs. 1). Ist der Pfandgläubiger (nach Gesetz oder Abrede) zur selbständigen Einziehung berechtigt, so ist er auch verpflichtet, für ordnungsmäßige Einziehung zu sorgen. Von der Einziehung hat er den Gläubiger unverzüglich zu benachrichtigen, sofern dieß nicht unthunlich ist (1285 Abs. 2). Hängt die Fälligkeit der Forderung von einer Kündigung ab und ist diese nach den Regeln ordentlicher Vermögensverwaltung wegen Gefährdung der Sicherheit der Forderung geboten, so ist in dem Falle, daß jeder für sich kündigen kann, nichts weiter vorzusehen; steht aber das Kündigungsrecht dem Gläubiger zu, so kann der Pfandgläubiger die Kündigung verlangen, und hat der Pfandgläubiger ein Zustimmungsgrecht, so kann der Gläubiger die Zustimmung verlangen (1286).

c. Mit der Leistung gemäß § 1281 oder 1282 erwirbt der Gläubiger der verpfändeten Forderung den geleisteten Gegenstand, also das Eigenthum der geleisteten Sache oder das sonst geleistete Recht, der Pfandgläubiger erwirbt Pfandrecht an diesem Gegenstande. Ist das Eigenthum an einem Grundstück übertragen, so erwirbt der Gläubiger eine Sicherungshypothek (1287; vgl. ob. zu § 232 I, 1, g. 2, b. II). Sind bewegliche Sachen geleistet, so hat der Pfandgläubiger, wenn an ihn geleistet ist, den ihm zukommenden Besitz; ist an Beide geleistet oder für Beide hinterlegt, so kann der Gläubiger nicht den Alleinbesitz verlangen, sondern muß mit einem Mitbesitz gemäß § 1206 oder mit dem Verbleiben der Sache in der Hand der Hinterlegungshelfer oder des Verwahrers bis zum Eintritt der Verkaufsbefugniß zufrieden sein.

Wenn eine Geldforderung gemäß § 1281 eingezogen ist, so sind der Pfandgläubiger und der Gläubiger verpflichtet, einander dazu mitzuwirken, daß der eingezogene Betrag, so weit es ohne Beeinträchtigung der Interessen des Gläubigers thunlich ist, mündelmäßig verzinslich angelegt und gleichzeitig dem Gläubiger Pfandrecht an der neuen Forderung bestellt wird (1288 Abs. 1). Die Art der Anlegung bestimmt der Gläubiger. Die Mitwirkung ist je nach der Situation, in der sich das Geld befindet, verschieden.

Erfolgt die Einziehung einer Geldforderung gemäß § 1282 durch den Pfandgläubiger allein, so gilt das Eingezogene, soweit es reicht und dem Gläubiger zu seiner Befriedigung gebührt, als von dem Gläubiger der verpfändeten Forderung auf die versicherte Forderung gezahlt (1288 Abs. 2). Derselbe erwirbt also insoweit die versicherte Forderung (1249), aber Pfandrecht an dem Gezahlten hat er natürlich nicht.

d. Sind mehrere Pfandgläubiger vorhanden, so hat nur derjenige das Recht der Einziehung, der allen übrigen vorgeht (1290). Dementsprechend wird auch dann, wenn ein Nießbrauch an der Forderung besteht, der Pfandgläubiger das Einziehungsrecht nur haben, wenn er dem Nießbraucher vorgeht.

e. Die Wirkungen, welche § 1287. 1288 an die Einziehung seitens des Pfandgläubigers knüpfen, setzen voraus, daß der Pfandgläubiger als Pfandgläubiger auftritt und wirklich Pfandrecht und Einziehungsrecht hat. Es fragt sich, was

die Folge ist, wenn eine dieser Voraussetzungen fehlt. Wenn der Pfandgläubiger sich etwa für den Cessionar ausgibt — es kommen Fälle vor, wo es zweifelhaft ist, ob die Verfügung des Gläubigers über seine Forderung Cession oder Verpfändung ist — und als solcher einzieht, so erwirbt er das Eigenthum an dem Geleisteten, der Schuldner wird aber nicht befreit, und hat gegen den Pfandgläubiger *condictio indebiti*. Wenn Derjenige, welcher als Pfandgläubiger auftritt, kein Pfandrecht hat, und die Leistung an ihn und den Gläubiger gemeinschaftlich erfolgt, so erwirbt der Gläubiger das Eigenthum, der Schuldner wird befreit, der falsche Pfandgläubiger aber erwirbt kein Pfandrecht an dem Geleisteten. Wenn Jemand, ohne Pfandgläubiger zu sein, die Leistung unter Behauptung des Pfandrechts allein einzieht, so erwirbt er natürlich ebenfalls kein Pfandrecht an dem Geleisteten, aber es fehlt ihm auch die Legitimation, Eigenthum für den Gläubiger zu erwerben. Das Geleistete bleibt also Eigenthum des Schuldners, der seiner Verpflichtung unterworfen bleibt. Anders ist es bei Einziehung einer Geldforderung. Da hier der Pfandgläubiger den zu seiner Befriedigung erforderlichen Betrag zu seinem Eigenthum einzuziehen berechtigt ist, wird auch der Schuldner ihm Eigenthum an dem Gelde verschaffen wollen. Also erwirbt der Pfandgläubiger Eigenthum, der Schuldner wird aber nicht befreit und hat *condictio indebiti*. Wenn Jemand zwar Pfandgläubiger ist, aber kein Einziehungsrecht hat, so werden die Folgen die gleichen sein, wie wenn er kein Pfandrecht hätte. Dieß ist also auch für den Fall der Existenz eines vorgehenden Pfandrechts oder Nießbrauchs maßgebend. Abweichungen von den vorigen Sätzen können sich aber in Folge des guten Glaubens des Schuldners ergeben. Wenn z. B. der Gläubiger, welcher die Forderung verpfändet hat, dem Schuldner aus Irrthum anzeigt, er habe sie cedirt, so muß er dem Schuldner gegenüber die Verpfändung als Cession gelten lassen, der Schuldner wird also frei, wenn er an den Pfandgläubiger wie an einen Cessionar leistet (409). Wenn der Gläubiger die Verpfändung anzeigt (vgl. 1280), während das Pfandrecht nicht besteht, oder wenn der Schuldner das Erlöschen des Pfandrechts nach der Anzeige nicht erfährt, so muß der Gläubiger das Pfandrecht als bestehend gelten lassen; der Schuldner wird also frei, wenn er gemäß § 1282 an den ihm als Pfandgläubiger Angezeigten leistet (409. 1275). Die unrechtmäßige Einziehung seitens dessen, der als Pfandgläubiger auftritt, verpflichtet ihn dann zur Herausgabe gemäß § 816, soweit nicht nach Lage des Falles weitergehende Ansprüche begründet sind.

f. Das Pfandrecht an einer Forderung kann Nutzungspfand sein. Dann erwirbt der Pfandgläubiger die etwaigen Zinsforderungen als eigene Forderungen. Ist es kein Nutzungspfand, so erstreckt sich das Pfandrecht auf die Zinsforderungen (1289 S. 1). Darauf finden die Vorschriften entsprechende Anwendung, welche für Mieth- und Pachtzinsen gelten, auf welche eine Hypothek sich erstreckt (1123 Abs. 2. 1124. 1125); an Stelle der dort nach mehreren Richtungen wichtigen Beschlagnahme — sie verhütet Befreiung der Forderung von der Pfandhaftung und sichert den Pfandgläubiger gegen sonst wirksame Verfügungen über dieselbe — tritt hier die Anzeige des Pfandgläubigers an den Schuldner, daß er von dem Einziehungsrechte Gebrauch mache (1289 S. 2).

3. Die Vorschriften über das Forderungspfandrecht gelten auch für das Pfandrecht an einer Grundschuld und an einer Rentenschuld (1291). Ein

Pfandrecht an einer Hypothek oder einem Pfandrecht ist nur als Annex eines Forderungspfandrechts möglich.

4. Für das Pfandrecht an einem Inhaberpapier gelten durchweg die Vorschriften über das Sachpfand (1293). Jedoch ist für diese Papiere wie für indossable Papiere bestimmt, daß von Begründung des Pfandrechts an nur der Pfandgläubiger kündigen, einziehen, nur an ihn der Schuldner leisten kann (1294). Ein indossables Papier kann der Pfandgläubiger, sobald die allgemeinen Voraussetzungen des Verkaufsrechts beim Sachpfande gegeben sind, freihändig gemäß § 1221 veräußern lassen (1295).

5. Das Pfandrecht an einem Werthpapier ergreift Zins-, Renten- und Gewinn-Anteilscheine nur, wenn sie mitübergeben sind. Sofern nicht ein Anderes bestimmt ist, kann der Verpfänder die Herausgabe der mitverpfändeten Scheine (d. h. Entlassung aus dem Pfande) verlangen, so weit ihre Fälligkeit eintritt, bevor die versicherte Forderung, und zwar als Geldforderung, fällig wird (1296. 1228 Abs. 2).

6. Vgl. noch oben zu § 227 a. E.]

VI. Mehrheit der Pfandrechte.

A. Rechtsverhältniß*.

§ 240.

Das Rechtsverhältniß, welches bei einer Mehrheit der Pfandrechte an demselben Gegenstand stattfindet, kann in verschiedener Weise gestaltet sein¹.

1. Der Pfandgegenstand ist für die mehreren Pfandrechte ideell getheilt, jedes Pfandrecht bezieht sich auf einen besonderen Bruchtheil des Pfandgegenstandes². In diesem Fall ist eine Collision der mehreren Pfandrechte nicht möglich.

2. der Pfandgegenstand ist, wie körperlich, so auch ideell ungetheilt. Dabei sind Verschiedenheiten denkbar.

a) Jedes Pfandrecht steht dem andern gleich. Während dann jeder Pfandgläubiger Dritten gegenüber in derselben rechtlichen Lage ist, als wäre er alleiniger Pfandgläubiger, entscheidet zwischen den

* v. Vöhr ACPr. XIV S. 161 fg. (1831). Bangerow I S. 871—873 (7. Ausg.). Baron Gesamtvverhältnisse § 14. Dernburg II § 149. Goldschmidt Handelsr. I. 2 S. 957 fg. [Baillet du conflit entre créanciers hypothécaires. Th. de Paris 1887. Blachez de la priorité en matière hypothécaire et de ses effets. Th. de Paris 1891.]

¹ Nicht hierher gehört der Fall der Asterverpfändung. Die beiden bei der- § 240. selben stattfindenden Pfandre haben nicht denselben Gegenstand.

² Der Bruchtheil kann geradezu bezeichnet sein ($\frac{1}{2}$, $\frac{1}{3}$ etc.), oder durch das Verhältniß der Forderungen. L. 20 § 1 D. 13, 7, l. 10 i. f. D. 20, 1, l. 16 § 8 eod. Vgl. Dernburg II S. 408.

Pfandgläubigern selbst der Besitz³; es müßte denn ein Gemeinschaftsverhältniß oder ein anderweitiges obligatorisches Rechtsverhältniß zwischen ihnen bestehen, kraft dessen Theilung des Erlöses gefordert werden kann⁴.

b) Das eine Pfandrecht steht dem andern nach. Dieß ist der gewöhnlichste und bei Weitem wichtigste Fall; von ihm ist näher zu handeln.

§ 241*.

Wenn mehrere dem Range nach verschiedene Pfandrechte an dem nämlichen Pfandgegenstand stattfinden, so kommt der Vermögenswerth des Pfandgegenstandes in erster Linie dem im Rang vorgehenden Pfandgläubiger, dem im Range nachstehenden nur der Ueberschuß zu Gute¹. Hat der vorgehende Pfandgläubiger verkauft, so hat der

³ L. 10 pr. D. 20, 1, l. 14 D. 20, 4.

⁴ Ein besonderer hierher gehöriger Fall ist der, wo der Pfandgläubiger mehrere Erben hinterlassen hat. L. 1 C. 8, 31 [32]. Vgl. Dernburg II S. 39 fg. — Dieser Schriftsteller erklärt sich (das. S. 409) wohl mit Recht gegen die Auffassung, als sei das Verhältniß auch so denkbar, daß die mehreren Pfandre zwar Dritten gegenüber jedes die ganze Sache ergriffen, dagegen im Verhältniß der Pfandgläubiger zu einander Theilung gälte, ein Verhältniß, für welches auch l. 16 § 8 D. 20, 1 nicht beweist.

* Bachofen Nr. XVI, Dernburg II § 159—160.

§ 241. ¹ L. 15 § 2 D. 20, 1, l. 1 C. 8, 17 [18]. — Frage: kann der nachstehende Pfandgläubiger verlangen, daß der vorgehende seine Befriedigung aus einer andern ihm verpfändeten Sache suche? Antwort: nein; es müßte denn dem vorgehenden Pfandgläubiger eine Chicane zur Last fallen, oder er müßte eine dahin gehende Verpflichtung übernommen haben. S. § 235, 5 lit. c. und die dort Citirten. Anders, wenn es zum Concourse gekommen ist. Im Concourse hört die Willkür der einzelnen Gläubiger auf, und es wird die Masse zwischen allen vertheilt, wie es objectiv gerecht ist. Gerecht ist es aber nicht, daß durch die Befriedigung eines Gläubigers der Eine mehr Schaden erleide, als der Andere. (Wird der Gläubiger aus dem einen Pfandgegenstand befriedigt, so erleiden Schaden die auf denselben angewiesenen Nachpfandgläubiger; wird er aus dem andern befriedigt, so erleiden Schaden die Chirographargläubiger bez., wenn auch dieser Gegenstand weiter verpfändet ist, die auf ihn angewiesenen Nachpfandgläubiger). Der vorgehende Pfandgläubiger wird daher aus jedem einzelnen der mehreren Pfänder, welche ihm zustehen, nach Verhältniß des Werthes derselben befriedigt (nach einer andern Meinung aus jedem zu gleichen Theilen, so jedoch; daß ihm, was das eine Pfand von dem auf dasselbe fallenden Theil nicht zu leisten vermag, aus dem andern zugelegt wird). Dabei ist aber zu bemerken: wenn dem Doppelpfandgläubiger andere Pfandgläubiger vorgehen, so ist in Anschlag zu bringen nicht der ganze Werth der Pfandsache, sondern dasjenige, was von demselben auf den Doppelpfandgläubiger nach Befriedigung der vorgehenden Pfandgläubiger fällt; es ist aber andererseits der auf ihn fallende Werthbetrag ganz in Anschlag zu bringen, und nicht etwa, wenn derselbe seine Forderung übersteigt, nur bis zum Belange

nachstehende kein anderes Recht, als von demselben Herausgabe Dessen zu verlangen, was dieser über den Betrag seiner Forderung hinaus erlöst hat². Deswegen ist aber das Pfandrecht des nachstehenden Pfandgläubigers nicht weniger ein sofort existirendes³, und nicht weniger ein juristisch volles Pfandrecht. Dasselbe gewährt alle Befugnisse, welche in dem Pfandrechte enthalten sind, und findet seine

seiner Forderung. Den letzteren Fehler machte Guyet (ACPra. XVIII §. 365 fg.), welchem übrigens das Verdienst gebührt, diese praktisch wichtige Frage zuerst angeregt zu haben (1835). Seitdem hat dieselbe eine ganze Literatur erhalten; f. Arnold prakt. Erörterungen Nr. 9 (1845), de Fontenay ACPra. XXXVII §. 163 fg. (1854), H. Dürrschmidt die Lehre von den Verbandshypotheken der deutschen Re, mit besonderer Berücksichtigung der bayerischen Gesetzgebung, Augsburg 1856 (darüber Dahn fr. Ueberschau IV §. 292—296), Simon ACPra. XLI §. 345 fg. (1858), Brackenhöft das. XLIII §. 229 fg. (1860), H. Luden das. LIII §. 1 fg. (1870), de Fontenay das. LIII §. 308 fg. (1870); Sinteniz Pfandr. S. 472—481, Dernburg II §. 485—487; Bangerow I § 389 Anm. 2 lit. a (S. 889 der 7. Ausg.), Geuffert Pandekten. 4. Aufl. § 303¹². Cf. VIII. 107, XVI. 169, XXXVII. 100. [Nach der R.R.D. haben Immobiliargläubiger (R.D. 39), Faustpfandgläubiger (R.D. 40) und solche Gläubiger, die den letzteren gleichgestellt sind (R.D. 41), ein Recht auf abgeforderte Befriedigung, welche unabhängig vom Concursverfahren erfolgt (R.D. 3). Auf diese Befriedigung hat der Concurs also auch in Bezug auf die in dieser Note behandelte Frage keinen Einfluß. Pfandgläubiger andererseits, welche weder Faustpfandgläubiger sind, noch solchen gleichstehen, kommen im Concurs ohne Rücksicht auf ihr Pfandrecht zum Ansatz, so daß auch die Frage der Mehrheit der Pfandrechte zu keinen Erörterungen Anlaß gibt. (Vgl. II § 272a.)]

² L. 12 § 5 D. 20, 4. §. die Citate § 237²⁰. — Da, wenn der vorgehende Pfandgläubiger zur Perception gelangt, der nachstehende nur den Ueberschuß erhält, so liegt es nahe, die Verpfändung im Ausdruck sogleich auf diesen Ueberschuß zu stellen, ohne daß aus diesem Ausdruck mit Nothwendigkeit geschlossen werden dürfte, daß der Verpfändungswille nicht auf die Verpfändung des ganzen Werthes an zweiter Stelle gehe. L. 96 § 3 D. 46, 3, l. 20 D. 20, 4, l. 15 § 2 D. 20, 1.

³ Man hat wohl, entweder bloß für das ältere r. R. oder auch für das Justinianische, das Gegentheil angenommen, und dem nachstehenden Pfandgläubiger nur ein bedingtes Pfandr. zugeschrieben, namentlich wegen der Stellen (l. 9 § 3 D. 20, 4, l. 22 C. 8, 13 [14], l. 1 C. 8, 17 [18]), in welchen es heißt, daß durch Befriedigung des ersten Pfandgläubigers das Pfandr. des nachstehenden „confirmatur“. Aber dieser Ausdruck will nichts sagen, als daß erst durch Befriedigung des vorgehenden Pfandgläubigers das nachstehende Pfandr. zu ungeschmälerter Wirksamkeit gelange. Was l. 12 § 9 D. eod. angeht: „et omnino secundus creditor nihil aliud iuris habet, nisi ut solvat priori et loco eius succedat“, so bekommen diese Worte ihren wahren Sinn durch den Zusammenhang der Stelle. Danach wollen sie nur sagen, daß der zweite Pfandgläubiger kein anderes Mittel als das bezeichnete habe, um zu verhindern, daß der dritte Pfandgläubiger sich an die Stelle des ersten setze. Ueber l. 15 § 2 D. 20, 1 f. die vorige Note. Vgl. Bangerow I § 388 Anm., Bachofen §. 487; Dernburg II §. 480—482.

Grenze eben nur in dem besseren Recht des vorgehenden Pfandgläubigers. So kann der nachstehende Pfandgläubiger die Sache von jedem Dritten abfordern, und unterliegt nur im Streit mit dem vorgehenden⁴. Er kann ferner verkaufen; freilich ohne bleibende Wirkung, da der vorgehende Pfandgläubiger dem Käufer die Pfandsache wieder nimmt⁵. Da der nachstehende Pfandgläubiger in dieser Weise im Resultate doch nur erhält, was durch den Verkauf des vorgehenden Pfandgläubigers Mehr, als dessen Forderung beträgt, erlöst wird, so ist es für ihn von großem Werth, daß er in der Ausbezahlung des vorgehenden ein Mittel besitzt, durch dessen Anwendung er sich selbst an dessen Stelle setzen und sich so die Möglichkeit verschaffen kann, den Verkauf in einer seinen Interessen entsprechenden Weise vorzunehmen. Das Nähere hierüber ist bereits oben (§ 233b Ziff. 4) vorgetragen worden. — Fällt das vorgehende Pfandrecht weg, so rückt das nachstehende an dessen Stelle⁶, es müßte denn das nachstehende Pfandrecht durch besondere Bestimmung auf den Ueberschuß beschränkt worden sein⁷.

⁴ L. 12 pr. § 7 D. 20, 4.

⁵ In diesem Sinne heißt es von dem nachstehenden Pfandgläubiger „*nullo iure vendidit*“, l. 1 D. 20, 5 (vgl. l. 5 pr. eod.), und daß er erst durch die Befriedigung des vorgehenden Pfandgläubigers die „*distrahendi potestas*“ erlange (l. 8 C. 8, 17 [18]). Wenn diese Stellen in keiner Weise gegen das Verkaufsr. des nachstehenden Pfandgläubigers beweisen, so liegt der positive Beweis für dasselbe in der ganzen Structur des nachstehenden Pfandr. als eines in sich vollkommenen und nur dem vorgehenden Pfandr. weichenen R. Nicht zutreffend ist die Berufung auf l. 15 § 5 D. 42, 1, welche nur von dem richterlichen Executionspfand handelt; f. auch l. 22 § 1 D. 49, 14. Für das Verkaufsr. des nachstehenden Pfandgläubigers haben sich ausgesprochen: Bopp 3 S. f. CR. u. Pr. III S. 294 fg. (1830) und ACPr. XV S. 350 fg. (1832, das. S. 353 auch eine Uebersicht der älteren Literatur), Bachofen S. 485—490, Bangerow I § 388 Anm.; gegen dasselbe: v. Pöhr ACPr. XIV S. 170 fg. (1831), Sittenis pfandrl. Streitfragen S. 122 fg. und Pfandr. S. 663 fg., Fritz Erläuterungen I S. 531 fg., Dernburg II S. 482 fg. Eine andere Frage ist es übrigens, ob der nachstehende Pfandgläubiger unter allen Umständen verkaufen darf. In dieser Beziehung ist zu beachten, daß in dem Verlaufe einer beweglichen Sache eine Verbringung der Sache liegen kann, welche unter die Kategorien des *dolus* und des *furtum* fällt. L. 1 D. 20, 5. Vgl. § 235⁵. — Nach modernem Hypothekentr. kann der nachstehende Pfandgläubiger Subhastation mit definitiver Wirkung beantragen. Simon ACPr. XLI S. 50 fg, Pöhr Jahrb. f. Dogm. XIII S. 185, Stobbe II § 114¹⁵. [3. Aufl. (Rehmann) II § 152²²], S. XXXI. 121.

⁶ L. 15 § 2 D. 20, 1, l. 9 § 3 D. 20, 4.

⁷ In diesem Fall kann der Pfandgläubiger zwar mit bleibender Wirkung verkaufen, muß aber einen Betrag, welcher dem Betrag der durch das erloschene

B. Rang der Pfandrechte*.

1. Zeitverhältniß.**

§ 242.

Der Rang der mehreren an dem gleichen Gegenstand stattfindenden Pfandrechte bestimmt sich der Regel nach durch ihr Zeitverhältniß¹. Ausnahmen von dieser Regel werden durch den Vorzug der öffentlichen und der privilegirten Pfandrechte begründet (§ 245. 246).

Pfandr. versicherten Forderung gleich ist, dem Eigenthümer herausgeben. Vgl. § 237²². Der Eigenthümer kann in dem bezeichneten Fall für den durch Wegfall des vorgehenden Pfandr. frei werdenden Betrag auch ein neues Pfandr. mit dem Rang des erloschenen bestellen. Vgl. § 242¹. Die Beschränkung des nachstehenden Pfandr. auf den Ueberschuß versteht sich nicht von selbst; sie ergibt sich nicht einmal ohne Weiteres daraus, daß die zweite Verpfändung im Wortlaut auf den Ueberschuß gestellt worden ist. S. oben². — Das Princip des Nachrückens des dem Range nach schlechteren Pfandr. an die Stelle des getilgten dem Range nach besseren erkennt auch das moderne Hypothekenr. an, nur daß nach demselben die Hypothek nicht als getilgt gilt, bis sie im Hypothekenbuch gelöscht ist, und es daher nahe liegt, bis dahin dem Eigenthümer eine Disposition über dieselbe zu gestatten. Vgl. Preuß. Gesetz vom 5. 5. 1872 § 62—64. Regelsberger Studien im bayr. Hypothekenrecht S. 54 fg., Roth ACPr. LXII S. 125 fg.

* Dig. 20, 4 qui potiores in pignore vol hypothecca habeantur, et de his, qui in priorum creditorum locum succedunt. Cod. 8, 17 [18] qui potiores in pignore habeantur.

** Hepp Diss. qua inquiritur, ex quo tempore hypothecca bona debitoris afficiat (1827); dazu Zimmern in Schund's Jahrb. II S. 246 fg. und Mayer in Tüb. fr. JS. II S. 71 fg., Hepp ACPr. X S. 245 fg. (1827). Regelsberger zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandre (1859), und dazu Fitting fr. JS. I S. 71 fg. Dernburg II § 150. I § 68—71. Glüd XIX S. 319 fg.

¹ L. 3 [4] C. 8, 17, [18]: — „sicut prior es tempore, ita potior es § 242. iure“. L. 2 eod.: — „cum de pignore utraque pars contendit, praevalet iure, qui praeventit tempore“. Bei der Bestimmung des Zeitverhältnisses wird der Tag als untheilbares Ganze gerechnet. L. 16 § 8 D. 20, 1, vgl. l. 8 D. 2, 12. Harmonopulos Prompt. III. 5 § 36: „αι φραι αι προλαμβανουσαι και υστεροφρουσαι ου ποιουσι τινην αδιαν προτιμησιν“. Regelsberger § 35^c. A. M. Dernburg II S. 410, Arndts § 383 a. E. Cf. XXX. 234 (= Budde Entscheid. des DMG. zu Hofstad VIII S. 68. 69). — Ist es zulässig, bei der Bestellung eines Pfandr. einem später zu bestellenden den Vorrang vorzubehalten? Dagegen Dernburg II S. 414 fg., dafür Bremer Hypothek und Grundschuld S. 39 fg., v. Bar ACPr. LIII S. 373 fg., welche letztere Schriftsteller aber in der Begründung von einander abweichen. Ich bin ebenfalls für die Zulässigkeit, in folgender Auffassung: kann von einer Bedingung die Existenz eines Pfandr., so kann von einer Bedingung auch sein Inhalt, das Maß der durch dasselbe gewährten rlichen Macht, abhängig gemacht werden; die Bedingung ist hier die Bestellung oder Nichtbestellung eines andern Pfandr.

Eine fernere Ausnahme ist durch C.P.O. § 709 Abs. 2 begründet worden^{1a}.

Das den Rang der Pfandrechte bestimmende Zeitverhältniß² ist nicht nothwendig das ihrer Entstehung³. Ein Pfandrecht hat Rang gewiß von der Zeit, wo es existent geworden ist; aber es kann sehr wohl Rang von einer Zeit haben, wo es noch nicht existent war. Dieses Letztere ist dann der Fall, wenn vor der Entstehung des Pfandrechts der Grund zu demselben in einer den Schuldner (den Eigentümer der Pfandsache) bindenden Weise gelegt war. Im Einzelnen gehören hierher folgende Sätze.

1. Das unter einer Bedingung oder Befristung bestellte Pfandrecht datirt von der Zeit der Bestellung⁴.

^{1a} Das Pfändungspfandr. an einer beweglichen Sache geht allen Pfandren vor, „welche für den Fall eines Konkurses den Faustpfandren nicht gleichgestellt sind“. A.D. § 40. 41. Mandry S. 389 fg. [4. Aufl. (Geib) S. 401 fg.]

² Das Folgende gilt nur unter der Voraussetzung, daß nicht das Hypothekensystem particularlich eingeführt ist. Wo dieß der Fall ist, hat kein Pfandr. Rang von einer früheren Zeit, als der seiner Eintragung. Nicht so unbedingt ist auch der positive Satz wahr, daß jedes Pfandr. Rang von der Zeit seiner Eintragung habe; wie z. B. wenn ein Pfandr. für ein künftig zu nehmendes Darlehn eingetragen wird (*). Gewöhnlich wird dieses Letztere nicht beachtet. Vgl. Hegelsberger § 40—43 und S. VI. 318.

³ Anders die herrschende Meinung. Gegen dieselbe ist die genannte Schrift von Hegelsberger gerichtet, deren Grundauffassung auch von Fitting a. a. O. gebilligt worden ist, während sich gegen dieselbe ausgesprochen haben: Dernburg I S. 518², Sintenis I § 74¹, Bangerow I § 369 Anm. 1 Nr. 1 a. E. S. außerdem aus der Zeit vorher: Windscheid die Wirkung der erfüllten Bedingung S. 20, Scheurl fr. Uebersch. V S. 31 (vgl. aber auch fr. UZS. II. S. 501, Beiträge II. 2 S. 219), Brinz S. 342; aus der Zeit nachher: Ihering Jahrb. für Dogm. X S. 482 fg., Köppen das. XI S. 177²³. S. 203⁴⁴. Erner Kritik des Pfandbegriffs S. 100 fg. 120 fg., Brinz 2. Aufl. II S. 859 fg.

⁴ Denn in beiden Fällen ist der Verpfänder gebunden, d. h. er hat nicht mehr die Macht, das in Aussicht gestellte Pfandr. nicht entstehen zu machen, oder anders entstehen zu machen, als wie er es in Aussicht gestellt hat, d. h. als Pfandr. an einer mit den später entstandenen Pfandren noch nicht betasteten Sache. S. § 89² ⁴, § 96² a. E. Daß das unter einer Befristung bestellte Pfandr. später bestellten Pfandren vorgeht, sagt ausdrücklich I. 12 § 2 D. 20, 4. — Die herrschende Meinung (übereinstimmend in dieser Beziehung Hegelsberger S. 118. 119) erklärt diese Sätze, was die bedingte Verpfändung angeht, aus der Rückziehung der Bedingung (§ 91), was die befristete angeht, daraus, daß das unter einer Befristung verliehene H. an und für sich sofort existirt (§ 96). Demgemäß muß sie in Betreff der befristeten Verpfändung die, ganz gewiß unrichtige, Ausnahme hinzufügen, daß die Zeit der Bestellung dann nicht entscheidend sei, wenn die Parteien wirklich Existenz des Pfandr. erst von der be-

2. Ebenso das für eine bedingte oder befristete Forderung bestellte Pfandrecht⁵.

3. Dagegen datirt das für eine bloß zukünftige Forderung bestellte Pfandrecht erst von der Zeit, wo die Forderung wirklich existent geworden ist⁶, wenn nicht ausnahmsweise die Absicht der Parteien

zeichneten Zeit an gewollt hätten (s. namentlich Huschke 38. f. CR. u. Pr. XX S. 173, Regelsberger S. 119).

⁵ L. 9 pr. § 1. 2. l. 11 § 1. l. 18. D. 20, 4. Die Verpfändung bindet in demselben Maße wie die Forderung, für welche sie gemacht wird. L. 9 pr. D. cit.: „Qui balneum ex Kalendis proximis conduxerat, pactus erat, ut homo Eros pignori locatori esset, donec mercedes solverentur. Idem ante Kalendas Iulias eundem Erotem alii ob pecuniam creditam pignori dedit. Consultus, an adversus hunc creditorem petentem Erotem locatorem praetor tueri deberet, respondit: debere. Licet enim eo tempore homo pignori datus esset, quo nondum quidquam pro conductione deberetur, quoniam tamen iam tunc in ea causa Eros esse coepisset, ut invito locatore ius pignoris in eo solvi non posset, potiorems eius causam habendam“. Auch hier hilft sich die herrschende Meinung mit der Rückziehung der erfüllten Bedingung (wobei sie übrigens mit l. 9 § 2 D. 20, 4 in einen bösen Conflict kommt, indem nämlich ziemlich allgemein angenommen wird, daß bei bedingten Vermächtnissen die Rückziehung weg falle, vgl. Fitting Begriff der Rückziehung S. 40 fg.; Scheurl fr. PZS. II S. 501 und Beiträge II. 2 S. 219, Regelsberger S. 18. 19, Eisele ACPr. L. S. 307, Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 177. 203) und mit dem Satze, daß die Befristung nur die Geltendmachung, nicht die Existenz des R. aufschiebt. So auch Regelsberger § 16. 20. Dernburg (I § 69) nimmt für den Fall der bedingten Forderung Existenz des Pfandr. vor der Forderung an (vgl. 225⁷). Wendt die Lehre vom bedingten Klagschaft S. 26. 69 sofortige Existenz der bedingten Forderung (s. § 89^{12a}). Für die Möglichkeit der Existenz des Pfandr. vor der Forderung ist auch Schott Jahrb. f. Dogm. XV S. 15. 16 (ohne alle nähere Ausführung, vgl. § 225⁷). Vgl. noch Sf. XXIII. 19. — Der Schuldner ist deswegen nicht weniger gebunden, weil er durch eine Willenserklärung dem wirklichen Existenzwerden der Verbindlichkeit entgegen kann, wie z. B. bei dem auf Kündigung gestellten Miethvertrag, beim Mandat (vgl. § 225⁶ und Regelsberger § 9. 10). Dagegen ist, wenn die Bedingung der Forderung auf den nackten Willen des zu Verpflichtenden gestellt ist, eine obligatorische Gebundenheit gar nicht vorhanden, und demgemäß auch keine Pfandgebundenheit (§ 93). Von diesem Falle ist zu verstehen l. 9 § 1 D. 20, 4 (§ 89^{12b}).

⁶ Ueber den Begriff der bloß zukünftigen Forderung, der zukünftigen Forderung im technischen Sinn, im Gegensatz zu der bedingten und befristeten, s. § 225⁶. Es wird hier unter einer solchen Forderung verstanden eine Forderung, zu der auch nicht einmal der Grund gelegt ist, so daß der Schuldner noch vollkommen ungebunden ist, von welcher Art z. B. die Forderung aus einem verabredeten Darlehn ist. Eben deswegen, weil hier keine obligatorische Gebundenheit stattfindet, wird auch durch die Verpfändung keine Gebundenheit erzeugt, und datirt daher das für eine solche Forderung bestellte Pfandrecht erst von der Zeit, wo die Forderung wirklich existent wird, nicht von der Zeit der Bestellung. L. 11 pr. l. 1 § 1. D. 20, 4, l. 4 D. 20, 3 (vgl. l. 30 D. 12, 1). Regelsberger § 12, Dernburg I S. 528—530; Sf. I. 410. — Ich habe früher angenommen,

dahin ging, daß eine sofortige Pfandgebundenheit eintreten solle. Dieses Letztere ist namentlich dann anzunehmen, wenn der künftige Gläubiger genöthigt werden konnte⁷, sich durch eine Aufopferung von seiner Seite zum Gläubiger zu machen⁸; ebenso wenn die Verpfändung

daß die Entscheidung der genannten Stellen ohne inneren Grund sei (ACPr. XXXV S. 56—58). Diese Meinung beruht auf einer irrigen Auffassung des Verhältnisses des Pfandr. zu seiner Forderung, auf der Annahme, daß die Forderung etwas zu dem Pfandre äußerlich Hinzutretendes sei, während sie etwas durch seinen Begriff Gegebenes ist. Vgl. § 89¹⁵, 225⁷.

⁷ Beispiele: Jemand verpflichtet sich, einem Andern ein Darlehn, oder Darlehn bis zu einer gewissen Summe, zu geben (Creditorvertrag); Jemand verbürgt sich für die von einem Andern zu contrahirenden Schulden. Vgl. Windscheid ACPr. XXXV S. 61.

⁸ Von welcher Zeit an das Pfandr. für eine zukünftige Forderung in dem im Text genannten Fall zu datiren sei, ist eine höchst bestrittene und höchst heikle Frage. Vgl., auch was die frühere Literatur angeht, Bangerow I § 372 Anm. 3, Windscheid ACPr. XXXV S. 51 fg. (1952); aus der neueren Zeit Arndts § 384⁸, Regelsberger § 13—14 und dazu Fitting a. a. D. S. 84, 85, Dernburg I S. 590—597 und dazu Scheurl tr. BZS. II S. 508—504, Jhering Jhrb. f. Dogm. X S. 458 fg., Köppen das. XI S. 257 fg., Exner Kritik des Pfandbegriffs S. 103 fg., Schott Jahrb. f. Dogm. XV S. 22 fg. 27 fg. Dernburg Pand. I. § 274. Enneccerus Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin S. 265 fg. 271 fg. Diese neueren Schriftsteller haben sich mit Ausnahme von Fitting und Scheurl für die im Text behauptete Ausnahme erklärt, Arndts und Regelsberger mit Berufung auf die Willigkeit, Dernburg, Schott und Enneccerus nach ihrer Auffassung von der Möglichkeit des Bestehens eines Pfandr. vor der Forderung (§ 225⁷), über Jhering, Köppen und Exner s. unten. Ich selbst bin zur Aufgabe der früher (a. a. D.) von mir vertretenen gegentheiligen Meinung durch folgende Erwägung bestimmt worden. Es ist zwar vollkommen wahr, daß die Verpfändung für eine zukünftige Forderung keine Verpfändung unter einer Bedingung ist, sondern die Verleihung einer Macht, welche die zukünftige Forderung zur begriffsmäßigen Voraussetzung hat, und daß daher im Zweifel angenommen werden muß, daß der Verpfänder sich durch die Verleihung dieser Macht in keiner andern Weise habe binden wollen, als er obligatorisch gebunden war. Aber wenn nachweislich seine Intention wirklich darauf ging, sich durch die Verpfändung sogleich zu binden, soll man dann seinem Willen alle Wirkung verlagern, oder soll man ihm nur obligatorische Wirkung beilegen? Das Erstere wird Niemand wollen; das Letztere ist die eigentliche Frage. Ich sehe nun in der That keinen Grund, dieselbe zu bejahen. Wenn die Willenserklärung bindet, und bei der Verleihung eines dinglich R. dinglich bindet, welche ihre Wirkung abhängig macht von einem äußerlichen Umstande, warum soll nicht auch dieselbe in gleicher Weise zu binden im Stande sein, welche ihre Wirkung abhängig macht von einem innerlichen, d. h. aus dem Begriff des hervorzubringenden Verhältnisses sich von selbst als nothwendig ergebenden Umstande (einer f. g. *condicio iuris*)? Bejaht man aber diese letztere Frage (übereinstimmend Exner a. a. D., vgl. im Allgemeinen Exner das. S. 100; Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 470, 473, Köppen das. XI S. 163 unt. aber auch S. 219 unt. 256), so hat man Friede mit l. 1

für die künftige Schuld eines Dritten geschieht²⁰.

4. Wenn bei der Verpfändung der Gegenstand des Pfandrechts noch nicht sogleich bezeichnet wird, so ist auch dieß an und für sich kein Hinderniß, daß nicht das durch die hinterherige Bezeichnung des Gegenstandes wirklich entstehende Pfandrecht von der Zeit der Verpfändung datirt werde. Anders nur, wenn der Verpfänder die Bezeichnung des Gegenstandes sich in dem Sinne vorbehalten hat, um sich einstweilen in Betreff seiner Sachen noch freie Hand zu wahren⁹.

pr. D. 20, 4, einer Stelle, gegen welche die entgegengesetzte Ansicht nur Nothbedürfnisse hat (s. darüber Windscheid a. a. O. S. 69 fg., Regelsberger S. 39. 40, Dernburg S. 581—583, Karlowa Rechtsgesch. S. 39), und Hilfe für die armen Credithypotheken, welche schon so lange nach einer theoretischen Rechtfertigung ihres Altersvorzuges suchen. Vgl. Windscheid S. 61 fg., Dernburg I § 71, Endemann ZS. f. J. R. IV S. 210—212, Goldschmidt JR. I § 87^o, Grünhut in seiner ZS. III S. 497. 581 fg.; Cf. XIII. 113. 182. 288, XXII. 121, XXV. 261, XXVII. 11. Budde u. Schmidt Entscheid. d. OAG. zu Kostod VI. 77. RG. XIV S. 249 (Dernburg Pand. a. a. O. kann einen Unterschied zwischen dinglicher Pfandgebundenheit und Pfandrecht nicht „entdecken“. Seltsam!) [Bonelli l'ipoteca per debiti futuri in dir. Rom. Arch. giur. LI p. 395 s. p. 520 s. p. 1893. LII 108 s. 1894. (Im r. R. entsteht das Pfandr. in allen Fällen, in denen die Entstehung der Forderung noch von dem Willen des Schuldners abhängt, erst mit Entstehung der Forderung, gleichviel ob der Gläubiger bereits gebunden ist oder nicht [LII p. 145 s.]; im modernen R. können die Parteien das Pfandr. schon mit seiner Bestellung entstehen lassen [p. 150]; doch soll dieß gegen Dritte nicht wirken, welche ein R. an der Sache erwerben, wissend, daß die Verpfändung für eine noch vom Willen des Schuldners abhängige Forderung erfolgte, und zugleich nicht wissend, daß die Absicht der Parteien auf sofortige Begründung des Pfandr. gerichtet war [p. 150 s.]. Diesen Schutz des gutgläubigen Dritten versucht Verf. m. E. vergebens gegenüber der Thatsache zu rechtfertigen, daß sonst durchweg ein solcher Schutz gegen unbekannte Rechte Dritter nicht gewährt wird.) Bezall die Abweichungen von der accessorischen Natur des Pfandr. Gött. Diff. 1895 S. 9 fg.) (Das für eine obligatio futura bestellte Pfandr. entsteht vor der Obligation.) Schneider Von welchem Moment datirt die Credithypothek des gemeinen R. Erl. Diff. 1895 (für die dingliche Pfandgebundenheit)].

²⁰ Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 257.

⁹ In diesem Sinne ist zu verstehen l. 11 § 2 D. 20, 4. „Si colonus conuenit, ut inducta in fundum illata ibi nata pignori essent, et antequam inducat, alii rem hypothecae nomine obligauerit, tunc deinde eam in fundum induxerit, potior erit, qui specialiter pure accepit, quia non ex conuentione priori obligatur, sed ex eo, quod inducta res est; quod posterius factum est“. Anders also nicht bloß dann, wenn die Bezeichnung der Sache, an welcher das Pfandr. entstehen soll, dem Willen des Verpfänders ganz entzogen ist, sondern auch dann, wenn trotz der Freiheit, welche derselbe sich vorbehalten hat, seine Intention darauf ging, daß er in Betreff seiner sämtlichen möglicherweise zu bezeichnenden Sachen sofort gebunden sein wolle. Vgl. Regelsberger § 27, Dernburg I S. 193. 194; ungenügend Windscheid RCPra.

5. Pfandrechte, welche an einer Sache bestellt werden, die gegenwärtig noch nicht im Eigenthum des Verpfänders steht, oder gegenwärtig noch gar nicht existirt, haben Rang untereinander nicht von der Zeit an, wo sie durch den Erwerb oder die Entstehung der Sache zur Existenz gelangt sind, so daß sie sich gleich ständen, sondern von der Zeit der Bestellung an, so daß das früher bestellte dem später bestellten vorgeht¹⁰.

XXXV S. 55. — Wenn allgemein die Verpfändung der *inducta et illata* als Verpfändung unter einer Bedingung gefaßt wird, so ist doch zu beachten, daß es sich hier nicht um eine eigentliche Bedingung, sondern um eine *s. g. condicio iuris* handelt. — Wie ist es, wenn die *inducta et illata* Mehreren hinter einander verpfändet werden? Auch in diesem Fall geht das erstbestellte Pfand dem zweitbestellten nicht vor, eben weil der Pfandbesteller noch nicht gebunden sein wollte. *N. N. Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 262*, mit Berufung auf die rückwirkende Kraft, welche er auch der *condicio iuris* zuschreibt. Die gleiche Entscheidung gibt *Köppen (S. 256)* für den Fall, wo Mehreren zu verschiedenen Zeiten für ein zu nehmendes Darlehn verpfändet wird (*), wenn die Darlehne gleichzeitig gegeben werden.

¹⁰ Das *r. R.* nimmt an, daß auch durch eine solche Verpfändung eine sofortige Gebundenheit des Verpfänders eintrete. Freilich ist der hier aufgestellte Satz äußerst bestritten, und namentlich in seiner Anwendung auf die *s. g. Generalhypothek*, d. h. die Verpfändung des gesammten künftigen Erwerbes, wo der hier betrachtete Fall sich mit dem Fall unter *Ziff. 4* mischt, bildet er noch immer den Gegenstand der lebhaftesten theoretischen Controverse, während die Praxis von jeher an dem Vorzug des früher bestellten Pfand. festgehalten hat (vgl. *Regelsberger § 22a*, *Holzschuher II § 125 Nr. 3. b*, *Sf. XI. 19, XIX. 219*). Für mich ist entscheidend Folgendes. Pfandre, welche Jemand an einer fremden Sache ohne Hinweis auf sein Nichteigenthum, also als an einer eigenen, bestellt, haben Rang nach *l. 9 § 3 D. 20, 4* (vgl. auch *l. 14 ood.*) unbezweifelbar nach der Zeit ihrer Bestellung. Eine solche Pfandbestellung nun ist ungültig, und *convalescirt* selbst durch den späteren Eigenthumserwerb des Verpfänders nicht geradezu, sondern nur auf einem Umwege (§ 230^a): wenn dennoch Pfandgebundenheit angenommen wird, darf sie geleugnet werden bei einer Verpfändung, welche mit Hinweis auf den künftigen Erwerb der verpfändeten Sache, also gültig, gemacht wird? Diefem Argumente gegenüber muß sich, wie mir scheint, beugen sowohl *l. 7 § 1 D. 20, 4*, wo die Annahme gleichzeitiger Verpfändung immer möglich bleibt, wie *l. 28 D. 49, 14*, welche für die entgegengesetzte Meinung doch nur indirect beweist und überdieß in ihrer Lesart bestritten ist. Kein Argument für die hier vertretene Meinung liefert meiner Ansicht nach *l. 12 pr. D. 20, 4*, welche *Fitting* für die eigentliche Beweistelle hält, kein entscheidendes *l. 3 § 1 eod.*, in welcher *Dernburg* ein „völlig bestimmtes Zeugniß“ sieht — dagegen ein nicht leicht zu beseitigendes noch *l. 7 C. 8, 17 [18]* und *l. 6 § 2 C. 5, 9*. Ueber die Literatur *s. d. Nachweisungen bei Gluck XVIII S. 214 fg.*, *Schmidt (von Dresden) ZS. f. CR. u. Pr. N. F. VIII S. 368*, *Sangerow I § 309 Anm. 1*, *Arnolds § 384^a*, *Regelsberger § 22a* und außerdem *Regelsberger selbst § 22—34* und dazu *Fitting Rec. S. 87—92*, *Dernburg I § 29. 30* und dazu *Scheurl Rec. S. 450—452*. Diese zuletzt genannten neueren Schriftsteller haben sich, mit Ausnahme von *Scheurl*, sämmtlich für die hier vertrei-

§ 243.

Der im Vorstehenden entwickelte Grundsatz gilt in gleicher Weise, wie für vertragsmäßig bestellte, so auch für letztwillig hinterlassene und für richterliche Pfandrechte. Es ist aber in Beziehung auf diese beiden letzteren Klassen der Pfandrechte noch näher anzugeben, welche Thatsachen die der vertragsmäßigen Bestellung entsprechenden, also den Grund für das Pfandrecht legenden, sind. Bei dem letztwillig hinterlassenen Pfandrecht kommt die grundlegende Willenserklärung zur Vollendung durch den Tod des Erblassers¹. Für das von dem Richter im Theilungsproceß zuerkannte Pfandrecht ist die grundlegende Thatsache das rechtskräftige Theilungsurtheil², für das Executionspfandrecht die Pfändung³, für das auf der Besitzeinweisung beruhende

digte Meinung erklärt; für dieselbe sind ferner Brinz I. Aufl. S. 299 fg. (2. Aufl. II § 352⁹), Arndts a. a. D. — gegen dieselbe Puchta § 210⁸ (Vorlesungen I Beil. XIX), Bangerow I § 369 Anm. 1, Sintenis I § 74¹², Keller § 194 a. E. Enneccerus Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin S. 294 fg. — Was die l. 7 § 1 D. 20, 4 angeht, so hat Schmidt (von Dresden) a. a. D. nachzuweisen gesucht, daß diese Stelle nicht nur nicht gegen die hier verteidigte Meinung spreche, sondern sogar für dieselbe: er hat damit Brinz und Regelsberger überzeugt, und auf Bangerow wenigstens Eindruck gemacht. So weit ich sehe, beruht die Schmidt'sche Argumentation ganz auf der Annahme, daß im pr. der Stelle unter „antiquior creditor“ ein Gläubiger verstanden werde, dessen Pfandr. zuerst entstanden sei, während doch dieser Ausdruck hier, wie sonst, denjenigen bezeichnet, dem zuerst verpfändet worden ist. Auch in der Wendung, welche Regelsberger dem Schmidt'schen Argument gegeben hat, halte ich dasselbe für in keiner Weise entscheidend. Gegen Schmidt s. Herrmann 3 E. f. Ck. u. Pr. R. F. IX S. 363 fg. Eine andere und besondere Meinung über l. 7 § 1 cit. bei Fitting a. a. D. S. 88—90. — In Betreff der res debita vgl. noch Bangerow I § 372 Anm. 2. b in der 7. Aufl.

¹ Das letztwillig hinterlassene Pfandr. entsteht erst mit dem Antritt der Erbschaft. Uebrigens ist es hier praktisch gleichgültig, ob man das Pfandr. von seiner Grundlegung datirt oder von seiner Entstehung. Denn die Frage kann nur die sein, wie sich das Pfandr. zu den von dem Erben an der Erbschafts Sache im Voraus eingeräumten Pfandren verhält, und diesen geht es jedenfalls und ganz unabhängig von seinem Datum vor, da der Erbe die Sache nur als pfandbeschwerte erwirbt. Vgl. Regelsberger S. 111, Dernburg I S. 289—291, Scheurl Rec. S. 466.

² Das rkräftige Theilungsurtheil; aber das Pfandr. datirt nicht, wie Regelsberger S. 109 sagt, von der Zeit an, wo das Urtheil (durch Veräumung der Frist zur Einlegung von Rechtsmitteln oder durch Verzicht auf die Einlegung von Mitteln) rkräftig geworden ist. Durch wirkliche Einlegung von Mitteln wird das erstinstanzliche Urtheil aufgehoben, so daß das Pfandr. erst von dem höheren Urtheil an, wenn dieses rkräftig geworden ist, datiren kann. Vgl. l. 6 § 1 D. 3, 2, l. 6 § 8 D. 28, 3, l. 1 § 14 D. 48, 16. Dernburg II S. 413—414, Wegell Civilpr. § 56¹⁰².

³ L. 10 D. 20, 4. Vgl. Cf. VIII. 20, XXX. 8. Cpd. 709 Abf. 3.

Pfandrecht die wirkliche Erlangung des Besizes⁴. Werden jedoch mehrere Personen aus dem nämlichen Grunde eingewiesen, so begründet die frühere Erlangung des Besizes zwischen ihnen keinen Vorzug⁵.

§ 244.

Auch für das Datum der gesetzlichen Pfandrechte ist der in § 242 angegebene Grundsatz maßgebend. Dieselben datiren nicht erst von der Zeit, wo die mit dem Pfandrechte versehene Forderung wirklich existent geworden ist, sondern von der Zeit, wo zu derselben in einer den Schuldner bindenden Weise der Grund gelegt worden ist¹. Auch insofern ihnen Sachen unterliegen, welche zur Zeit der Begründung der Forderung noch nicht im Vermögen des Schuldners waren, datiren sie von der gleichen Zeit, und nicht erst von der Zeit, wo der Schuldner diese Sachen erworben hat². Im Einzelnen ist hier noch Folgendes zu bemerken.

1. Das Pfandrecht des Vermiethers an dem in das vermietete Grundstück vom Miether Eingebrachten datirt erst von der Zeit der Einbringung. Der Sinn der gesetzlichen Vorschrift, auf welcher dieses Pfandrecht beruht, ist nicht der, daß der Schuldner in Betreff der noch nicht eingebrachten Sachen irgendwie gebunden sein solle³.

⁴ L. 26 § 1 D. 13, 7. 1. 3 C. 6, 54, 1. 2 C. 8, 17 [18].

⁵ L. 12 pr. D. 42, 5, 1. 5 § 2. 3 D. 36, 4, 1. 15 § 15. 18 D. 39, 2, 1. 1 § 16 D. 37, 9. Dernburg I S. 409. 410. Regelsberger § 36^b.

§ 244. ¹ So datirt namentlich das Pfandr. am Vermögen des Vormundes nicht erst von der Zeit, wo nach Beendigung der Vormundschaft das Mündelvermögen herausgegeben werden muß, oder von der Zeit, wo durch die Schuld des Vormundes eine Benachtheiligung des Mündels eingetreten ist, sondern sogleich von der Zeit der übertragenen Vormundschaft. Ebenso bei den andern gesetzlichen Pfändern, welche bestimmt sind, den Inhaber eines Vermögens gegen den Verwalter desselben zu schützen. L. 6 § 4 C. 6, 61, 1. 6 § 9 [2] C. 5, 9, 1. 11 C. 5, 14. Huschte 3S. f. GR. u. Pr. XX S. 157—159, Bangerow I § 357 Anm. Nr. 2 a. G., Dernburg I S. 371. 372. S. XVIII 214.

² L. 6 § 9 [2] C. 5, 9; vgl. 1. 6 § 4 C. 6, 61, 1. 11 C. 5, 14, Nov. 109 c. 1. Huschte 3S. f. GR. u. Pr. XX S. 207—215, Regelsberger S. 96. 97, Dernburg I. S. 250. 251. Das Gesagte gilt auch von dem Pfandr. des Verpächters an den künftig auf dem verpachteten Grundstück zu ziehenden Früchten; dasselbe datirt von der Zeit des abgeschlossenen Pachtvertrags (a. M. Bangerow I § 376 Anm. 1. b a. G., Dernburg I S. 309 unt.). Es gilt ferner für das Pfandr. desjenigen, der zur Wiederherstellung eines Gebäudes Geld dargeliehen hat; dasselbe erhält sein Datum sogleich durch den Darlehnsvertrag, nicht erst durch die Wiederherstellung des Gebäudes. Madai 3S. für GR. u. Pr. XIX S. 123 fg., Dernburg I S. 320., a. M. Bangerow I § 376 Anm. Nr. 2.

³ Dieß geht mit Bestimmtheit daraus hervor, daß auch die ausdrückliche Ver-

2. Das Pfandrecht des Vermächtnisnehmers datirt von der Zeit des Todes des Erblassers. Durch den Tod des Erblassers kommt die Vermächtnisverfügung in der Weise zur Vollendung, daß der Beschwerte durch sie gebunden ist⁴.

3. Das Pfandrecht des Fiscus wegen seiner Steuerforderungen datirt von der Zeit, wo die Steuern fällig geworden sind. Jede Steuerforderung ist eine selbständige Forderung, nicht Ausfluß eines einigen zu Grunde liegenden Verhältnisses⁵.

4. Das Pfandrecht der Kinder am Vermögen der Eltern wegen des ihnen infolge der zweiten Ehe der Eltern anfallenden Ehegewinnes datirt nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung nicht erst von der Zeit, wo der Ehegewinn den Kindern angefallen, sondern bereits von der Zeit, wo er von den Eltern erworben ist⁶.

5. Das Pfandrecht der Ehefrau wegen ihrer Dos datirt, wenn die Dos vor Eingehung der Ehe bestellt worden ist, nicht schon von der Bestellung der Dos, sondern erst von der Zeit der Eingehung der Ehe. Vorher war eine Totalforderung noch gar nicht vorhanden⁷.

2. Vorzug des öffentlichen Pfandrechts*.

§ 245.

Ein Vorzug des jüngeren Pfandrechts vor dem älteren wird dadurch begründet¹, daß jenes durch eine öffentliche Urkunde oder eine Privaturkunde, welche von drei unbescholtenen Zeugen unterschrieben ist², dieses nur durch eine einfache Privaturkunde dargethan pfindung des Eingebrachten nicht anders ausgelegt wird (§ 242^o). Dernburg I S. 304, Bangerow I § 376 Anm. Nr. 1. a.

⁴ Andere Meinungen: 1) Das Pfandrecht datire vom dies codens, Bangerow I § 376 Anm. Nr. 4 und die dort Citirten; 2) es datire von der Zeit des Erbschaftsantrittes, Huschke 3S. f. CR. u. Pr. XX S. 152, Regelsberger § 38, Dernburg I S. 332.

⁵ Die Frage ist sehr bestritten; Andere sehen auf die Zeit der Auserlegung, oder auf die Zeit der Repartirung, oder unterscheiden zwischen Personal- und Realsteuern. S. Pfeiffer prakt. Ausführ. VIII S. 32 fg., Dernburg I S. 351, Bangerow I § 376 Anm. Nr. 1. a.

⁶ L. 6 § 9 [2]. l. 8 § 3 [4] C. 5, 9. Vgl. Huschke 3S. f. CR. u. Pr. XX S. 159¹, Regelsberger § 10⁶.

⁷ A. R. Dernburg I S. 391, Bangerow I § 376 Anm. Nr. 4. a.

* Dernburg II § 151. Glüd XVIII S. 278—303.

¹ Nach einem Gesetze von R. Leo aus dem Jahre 469, l. 11 C. 8, 17 [18]. § 245. Dieses Gesetz hat Veranlassung zu einer ganzen Reihe von Controversen gegeben; s. das Folgende.

² Durch ein instrumentum publicum oder (nach neuerem Sprachgebrauch)

werden kann³. Dieß gilt nicht bloß für vertragsmäßige, sondern auch für alle anderen Arten von Pfandrechten⁴. Dagegen wird durch den aufgestellten Satz der Vorzug des privilegierten Pfandrechts vor dem nicht privilegierten nicht berührt, und nur dann macht jener Satz sich wieder geltend, wenn bei mehreren gleich privilegierten Pfandrechten auf das Zeitverhältniß zurückgegriffen werden muß^{5,6}.

durch ein instrumentum quasi publicum. Auf Grund dieser Ausdrücke sagt man auch: pignus publicum und quasi publicum. Vgl. Dernburg II §. 417—419. 425—427. Cf. XIX. 220 (dawider Dernburg §. 419).

³ Wie wenn andere Beweismittel für dasselbe vorliegen? Geht auch dann das öffentliche Pfandr. vor? Das Gesetz sagt dieß nicht. Es bestimmt überhaupt nicht sowohl über die Bedeutung der durch eine öffentliche Urkunde bewiesenen Pfandre, als vielmehr über die Bedeutung der durch eine Privaturkunde bewiesenen. Uebereinstimmend Gesterding Ausbeute II §. 455, Fritz Erläuterungen I §. 519. 520; a. M. Pöhr ACPr. XII §. 163—166, Sinentis Pfandr. §. 270 fg. u. Civilt. I § 80²³. A. M. auch Cf. XXVI. 15, XXXVI. 185 (RG.).

⁴ Weder der Wortlaut des Gesetzes nöthigt zu der erwähnten Beschränkung, noch führt darauf sein Grund, wie man denselben auch fassen mag (*). Für die hier vertretene Meinung namentlich Pöhr ACPr. VI §. 158—160 und XII §. 161 fg., Fritz Erläuterungen I §. 521—523, Dernburg II §. 422. 423; gegen dieselbe Franke Beiträge I §. 105 fg., Sinentis pfandrl. Streitfragen §. 112 fg. Pfandr. §. 272 fg. System I § 80²³, Haimberger ACPr. XXI §. 235 fg., Puchta Vorles. I §. 442 (zu § 212), Prinz 1. Aufl. §. 344.

⁵ Das Gesetz Leo's will nur über den Rang bestimmen, welchen die Pfandre kraft ihres Zeitverhältnisses in Anspruch nehmen, nicht über den Rang, welcher ihnen abgesehen von allem Zeitverhältniß zukommt. Thibaut civ. Abhandl. §. 125—127, Fritz Erläuterungen I §. 518, Vangerow I § 387 Anm. Nr. 3. A. M. noch in der neueren Zeit Puchta Pand. § 212^b und Vorl. dazu, Prinz 1. Aufl. §. 344 (2. Aufl. II § 352¹⁰), Dernburg II §. 423. 424.

⁶ Abgesehen von den im Vorstehenden erwähnten einzelnen Fragen ist noch Streit über die Grundauffassung des Gesetzes. Die herrschende Meinung sieht in demselben eine positive Bevorzugung des unzweifelhaften Beweises; nach Andern aber soll dasselbe nur eine Anwendung des Satzes enthalten, daß die disponirende Privaturkunde zwar ihren Inhalt gegen Dritte beweise, aber nicht ihr Datum, und neu in demselben nur die Vorschrift sein, daß das f. g. instrumentum quasi publicum gleiche Kraft habe wie das publicum. Der neueste Vertheidiger dieser letzteren Ansicht ist Vangerow I § 387 Anm.; gegen dieselbe haben sich erklärt namentlich Pöhr ACPr. VI §. 150—158, Gesterding Ausbeute II §. 443 fg., Sinentis pfandrl. Streitfragen §. 110—112. Pfandr. §. 270—272. System I § 80²³. Die Frage wird schwerlich mit Sicherheit zu erledigen sein. Entschaidet man aber die in Note³ bezeichnete Streitfrage, wie dort geschehen, so kann die Frage auf sich beruhen bleiben. Denn die praktischen Consequenzen, welche sich aus der von Vangerow vertretenen Ansicht ergeben, sind: 1) daß der Vorrang des öffentlichen Pfandr. auch durch andere Beweismittel, als öffentliche Urkunden, gebrochen werden kann; 2) daß auch durch andere Beweismittel, als öffentliche Urkunden, ein Vorrang vor dem nur durch eine Privat-

3. Pfandprivilegien*. § 246.

Ein Vorzug des jüngeren Pfandrechts vor dem älteren wird ferner begründet durch die gewissen Pfandrechten ertheilten gesetzlichen Vorzugsrechte. Ein solches Vorzugsrecht hat

1) das Pfandrecht des Fiscus wegen seiner Steuer-¹ und Contractsforderungen, wegen der letzteren jedoch nur in Betreff des vom Schuldner später erworbenen Vermögens².

2) Das Pfandrecht der Ehefrau wegen der Dos³. Dieses Vorzugsrecht erstreckt sich auf die Descendenten der Frau (aus der betreffenden Ehe), nicht aber auf die übrigen Personen, an welche die Totalforderung fallen kann⁴. Wegen der späteren Vermehrung der

urkunde bewiesenen Pfandr. begründet werden kann. Das Erste ist in Note⁵ aus andern Gründen angenommen worden; das Zweite wird man annehmen müssen, auch wenn man die Vangerow'sche Grundauffassung des Gesetzes nicht theilt. Denn der Satz, daß Privaturkunden, wenngleich ihren Inhalt (die Disposition), doch nicht ihr Datum (in Betreff dessen sie nur ein Zeugniß enthalten) gegen Dritte beweisen, läßt sich nicht bestreiten. S. Gerau *Ze. f. O. u. Pr.* XX S. 94 fg., *Weyell Civilproc.* § 24⁶.

* *Sintenis* § 65. 66. *Dernburg II* § 152—156. *Glück XIX* S. 248—315, *Vangerow I* § 386.

¹ L. 1 C. 4, 46. Dieses Privilegium wird bezweifelt von *Bächter ACPr.* § 246. *XIV* S. 384 fg., welcher in der angeführten Stelle nur einen Vorzug der Zeit anerkannt findet; ebenso *Schlayer ACPr.* XLIX S. 78 fg. Dagegen *Sintenis Pfandr.* S. 629, *Vangerow a. a. O. Ann.* 1 Nr. 1 z. A. *Vgl.* noch *Sf.* III. 13.

² L. 28 D. 49, 14. L. 2 C. 7, 73 spricht nicht von dem später erworbenen Vermögen, und was l. 21 pr. D. 20, 4 angeht, so hatte der Fiscus zu der Zeit, wo diese Stelle geschrieben wurde, wegen seiner Contractsforderungen noch nicht einmal ein gesetzliches Pfandr., viel weniger ein Pfandprivilegium. Die verschiedenen Ansichten über die l. 28 cit. sind zusammengestellt bei *Vangerow a. a. O. Ann.* 1 Nr. 1, und in der Abhandlung von *Schlayer Ze. f. O. u. Pr.* N. F. XX S. 186 fg. Letzterer versteht das „contrahere“ der l. 28 cit. von einem Kaufe auf Grund eines dem Fiscus zustehenden Executionspfandr., welches bis zur Zahlung des Kaufpreises fort dauere. Ich glaube nicht, daß diese Erklärung sich mehr Freunde erwerben wird, als die früheren Versuche, welche zur Beseitigung der Besonderheit in der Entscheidung der l. 28 cit. gemacht worden sind. *Vgl.* auch *Regelsberger* § 28 und *Dernburg II* § 153 (welcher unter Benützung von l. 18 § 10 D. 49, 14 das Privilegium des Fiscus auf das Privilegium wegen versio in rem zurückführt). Aus der *Praxis: Sf.* I. 411, II. 263, XI. 20. 21.

³ § 29 I. 4, 6, l. 12 C. 8, 17 [18]. *Vgl.* *Sf.* XI. 22.

⁴ L. 12 § 1 C. 8, 17 [18] Nov., 9lc. 1. Die Descendenten haben dieses Vorzugsrecht nicht bloß dann, wie man behauptet hat, wenn sie mit einer zweiten Ehefrau concurriren. S. *Vangerow a. a. O. Ann.* 1 Nr. 2 und die dort

Das findet es nur statt, wenn diese Vermehrung in Grundstücken besteht⁵, die Frau müßte denn bewegliche Sachen deswegen hingegeben haben, weil sie keine Grundstücke hatte.

3. Ein Vorzugsrecht hat ferner das Pfandrecht, welches Jemandem an einer Sache wegen einer Aufwendung zusteht, welche er für die Verschaffung, Erhaltung, Wiederherstellung oder Verbesserung der Sache gemacht hat⁶. —

Was das Verhältniß der mehreren Vorzugsrechte zu einander angeht, so nimmt die erste Stelle das des Fiscus wegen seiner Steuerforderungen ein⁷, die zweite das Vorzugsrecht der Dos⁸, die dritte Citirten, Dernburg II S. 446—448, Czypkarsz Dotalr. S. 426, Cf. I. 412, II. 267, XIV. 277. Gläubiger der Frau? Entscheid. des OAG. zu Rostock IX S. 170 fg.

⁵ Nov. 97 c. 2. Cf. XIX. 103. Entscheid. des OAG. zu Rostock IX S. 167 fg. Anders Cf. XII. 265.

⁶ S. g. Privilegium wegen versio in rem. L. 5. 6. 7 pr. D. 20, 4, l. 3 § 1 eod., l. 7 C. 8, 17 [18], Nov. 97 c. 3. Friz Erläuterungen I S. 509—514, Bangerow a. a. O. Anm. 1 Nr. 3. Im Einzelnen bemerke man: 1) das Vorzugsr. beschränkt sich nicht auf den Fall eines gegebenen Gelddarlehns, sondern es findet bei jeder Aufwendung statt, so namentlich auch, wenn eine Sache verkauft und das Kaufgeld creditirt wird. Bangerow a. a. O. Anm. 1 Nr. 3, Dernburg II S. 430—431, Cf. V. 259, VI. 162. 2) Daß das Vorzugsr. auch stattfindet, wenn eine Aufwendung zu Verbesserung der Pfandsache gemacht worden ist, ist nicht allgemein anerkannt (s. Sintenis Pfandr. S. 625⁹). Aber es folgt sowohl aus den in l. 5 pr. D. 20, 4 und Nov. 97 c. 3 angeführten Beispielen der Ausrüstung eines Schiffes und der Erbauung eines Hauses, als aus dem Gedanken, auf welchem das ganze Vorzugsr. beruht; denn dieser ist kein anderer, als daß derjenige vorgehen soll, dessen Geld in der Sache steckt. Vgl. auch Dernburg II S. 433. 3) Eben deswegen muß man aber auch das Vorzugsr. wegfallen lassen, wenn das durch die Aufwendung Erzielte jetzt nicht mehr vorhanden ist, z. B. das mit dem Gelde des Gläubigers erbaute oder wiederhergestellte Haus später abgebrannt ist. A. W. Wächter ACPr. XIV S. 371. 4) Das Pfandr. muß sofort mit der Aufwendung entstanden sein, ob aber durch Vertrag oder durch Gesetz ist gleichgültig. Dernburg II S. 434.

⁷ So die herrschende Meinung auf Grund von l. 1 C. 4, 46: — „potior enim est causa tributorum, quibus priore loco omnia bona cessantis obligata sunt“. Andere setzen dieses Privilegium des Fiscus dem Dotalprivilegium, oder auch dem Privilegium wegen Verwendung, nach (vgl. Friz Erläuterungen I S. 516 in und zu Note ²⁰², Sintenis Pfandr. S. 646). S. dagegen Friz a. a. O. S. 516. 517, Bangerow a. a. O. Anm. 2, Dernburg II S. 452—453.

⁸ Andere setzen es an die erste Stelle (s. die vorige Note), oder erst an die dritte, hinter das Vorzugsr. wegen Verwendung. Die hier vertretene Meinung stützt sich auf Nov. 97 c. 3, in welcher Justinian allerdings von dem Falle, wo eine jüngere Verwendungsforderung mit einer älteren Dotalforderung zusammenrifft, ausgeht, aber seine Entscheidung ganz allgemein dahin trifft, daß das Dotalprivilegium dem Privilegium wegen Verwendung vorgehe. S. nament-

das Vorzugsrecht wegen Verwendung und das Vorzugsrecht des Fiscus wegen seiner Contractsforderungen, so daß diese beiden letzteren Vorzugsrechte gleiche Kraft haben⁹. Zwischen mehreren Vorzugsrechten derselben Art entscheiden Alter und Oeffentlichkeit, mit Ausnahme jedoch der Vorzugsrechte wegen Verwendung, deren Rang unter sich durch das Verhältniß bestimmt wird, nach welchem jeder einzelne Gläubiger zur Verschaffung und zu dem jetzigen Bestand der Sache beigetragen hat¹⁰.

Die Kraft der Pfandprivilegien erstreckt sich nicht so weit, daß sie auch solchen Pfandrechten vorgingen, welche von einem früheren Eigenthümer der Pfandsache herrühren¹¹. Davon gilt eine Ausnahme

sich auch c. 4 eod. (In der letzten Stelle nimmt Justinian nur Einen Fall aus, wenn nämlich Geld zum Ankauf eines käuflichen Amtes (militia) gegeben worden sei. Es muß dahingestellt bleiben, inwiefern der Fall dieser Ausnahme heutzutage in Deutschland noch vorkommen kann, vgl. III § 581⁵. § 610¹⁵). Vgl. Bangerow a. a. O. Anm. 2 und die daselbst Citirten, Dernburg II S. 458—455, Czjchlarz Dotatr. S. 428. Die beiden letzteren S. 449. 456 unt. lassen das Vorzugsr. der Dos auch gegenüber Contractsforderungen des Fiscus ausfallen, auf Grund von l. 2 C. 7, 73, welche nicht aus dem Re ihrer Zeit erklärt werden dürfe. Cf. I. 411, II. 264. 265, XII. 165.

⁹ Es liegt in den Quellen nichts vor, weßwegen das eine dem andern vorgezogen werden müßte. Die Meinungen gehen freilich auch hier sehr auseinander. Frig Erläuterungen I S. 515, Sintonis Pfandr. S. 647. 648, Dernburg II S. 456. 457, vgl. Pfeiffer prakt. Ausf. VIII S. 21. 22. Die l. 3 C. 12, 62 [63] zieht das Pfandr. des Fiscus am Vermögen des Primpilus nicht dem privilegierten Dotalspfandr. vor, sondern dem unprivilegierten (und nicht gefehligen), wie es damals (zur Zeit der Kaiser Diocletian und Maximian) allein bestand. Uebrigens ist es auch höchst zweifelhaft, ob dem römischen Primpilus irgend einer der heutigen Militärbeamten gleichgestellt werden darf. Vgl. Pfeiffer praktische Ausführungen VIII S. 9—11. 25—26, Dernburg II S. 442—443.

¹⁰ L. 7 pr. D. 20, 4. Die von Manchen (z. B. Sintonis Pfandr. S. 645, Seuffert Pand. § 217) aufgestellte Regel, daß hier das jüngere Pfandr. dem älteren vorgehe, ist principieil unrichtig, obgleich es sich im einzelnen Falle so herausstellen kann. Man vergleiche folgende Beispiele. 1) A leiht zum Wiederaufbau eines abgebrannten Hauses 5000; dasselbe brennt neuerdings ab, und nun leiht B zum Wiederaufbau 5000. Das Haus wird für 5000 verkauft. 2) A leiht 6000 zum Ankauf eines Hauses; nachdem dasselbe abgebrannt ist, leiht B 5000 zum Wiederaufbau. Das Haus wird für 5000 verkauft. Im ersten Falle bekommt allerdings B Alles, im zweiten Fall aber theilt er mit A nach dem Verhältniß des Werthes der Grundstücke zu dem Werthe des Gebäudes. — Dernburg II S. 456 will die Regel so gestellt wissen: allerdings gehe das jüngere Pfandr. dem älteren vor, „jedoch nur hinsichtlich der Werthvermehrung, welche dem älteren Hypothekar durch die spätere Hypothek zuflöß“.

¹¹ Für den Vorzug der von einem früheren Eigenthümer herrührenden Pfandre erklärte sich früher die herrschende Meinung (man schrieb den Pfandgläubigern, welche ihr R. von einem früheren Eigenthümer herleiteten, ein Separa-

nur für das Privilegium desjenigen, welcher eine Aufopferung zur Erhaltung, Wiederherstellung oder Verbesserung der Pfandsache gemacht hat¹².

tionsr. zu, f. g. Pfandseparatisten). Diese Meinung wurde erschüttert und aus der Theorie fast beseitigt durch den Angriff von Thibaut civil. Abhandlungen S. 313. 314 (1814). In gleicher Weise wie Thibaut sprach sich Spangenberg aus, ACPr. X S. 404 fg. (1827). XIV S. 155 fg. (1831) und in Hagemann's prakt. Erörter. VIII Abth. 2 Nr. 1 (1829); gegen Thibaut Hepp BS. f. CR. u. Pr. IV S. 37 fg. (1831), welchem Thibaut antwortete ACPr. XIV S. 235 fg. (1831). Erfolgreich wurde die frühere Meinung wieder in Schutz genommen durch Wächter ACPr. XIV S. 340 fg. (1831); denselben folgen mehr oder minder vollständig Sintenis Pfandr. S. 636 fg. und System I S. 660, Arndts § 385⁴, Prinz 1. Aufl. S. 345 (2. Aufl. II § 352¹⁹); dawider Seuffert § 215, Bangerow I § 385 Num., zweifelnd Fröh Erläuterungen I S. 526, Buchta § 211 a. E. Wächter hat auf jeden Fall das Verdienst, den richtigen Gesichtspunkt zur Lösung der Frage festgestellt zu haben. Es handelt sich hier um die Tragweite von Privilegien, d. h. von Ausnahmbestimmungen. Möglich ist es, daß dieselben einen Vorzug auch vor den Gläubigern des früheren Eigentümers haben begründen wollen, möglich ist aber auch das Gegentheil. Und man wird nicht bestreiten dürfen, daß das Nächstliegende nicht das Erste ist, sondern das Letzte. In der That haben denn auch die einzelnen hierher gehörigen gesetzlichen Bestimmungen nur den Fall im Auge, wo Gläubiger desselben Schuldners mit einander concurriren. Eine Ausdehnung derselben über ihren unmittelbaren Inhalt bedürfte besonderer Rechtfertigung, und diese Rechtfertigung läßt sich m. E. nicht erbringen. So jetzt auch, jedenfalls im Resultat, Dernburg II § 156. Für die hier verteidigte Meinung sind auch die Urtheile bei Cf. VIII. 114, XXI. 108. Ueber eine sich von selbst versehende Ausnahme s. den Text und die folgende Note. — Als von dem früheren Eigentümer herrührend dürfen nur nicht auch die f. g. reservirten Pfandre angesehen werden. S. § 230¹¹ und Bangerow I § 385. Dawider Cf. XVI. 199, XXI. 108 a. E., RG. III S. 174. Ebenso Dernburg Pand. I § 288¹².

¹² Dieses Privilegium berechtigt den Gläubiger, aus der Sache dasjenige herauszunehmen, durch dessen Anwendung bewirkt worden ist, daß die Pfandsache entweder überhaupt vorhanden ist, oder doch in demjenigen Werthe, welchen sie gegenwärtig hat. Das geht alle Pfandgläubiger an, nicht bloß die Pfandgläubiger, welche ihr Pfandr. von dem gegenwärtigen Eigentümer ableiten. Anders verhält es sich mit dem Privilegium dessen, der eine Aufopferung gemacht hat, um die Pfandsache dem gegenwärtigen Eigentümer zu verschaffen; seine Aufopferung hat eben auch nur die von Diesem herrührenden Pfandre möglich gemacht, nicht die von dem früheren Eigentümer herrührenden, und diese gehen daher seinem Pfandre vor. Dieß geben auch diejenigen zu, welche sonst für die Pfandprivilegien einen absoluten Vorzug in Anspruch nehmen (vgl. Bangerow a. a. O. [§ 385]), wie umgekehrt Wächter der hier vertretenen Ausnahme von dem von ihm aufgestellten Satze nicht entgegen ist (die Differenz ist nur die, daß er das Privilegium wegen Verwendung auch da stattfinden läßt, wo das durch die Verwendung Erzielte später wieder weggefallen ist, f. a. a. O. S. 371. 372). S. jetzt auch Dernburg II S. 460, welcher übrigens richtig bemerkt, daß möglicherweise die Aufopferung, welche gemacht wird, um die Pfandsache dem jetzigen Eigentümer zu verschaffen, doch auch den von dem Abschreiber desselben herrührenden Pfandren zu Gute

C. Uebergang des Ranges.

§ 247.

Der einem Pfandrechte zustehende Rang kann ohne das Pfandrechte, welchem er zusteht, nicht erworben werden: er bildet eine von dem Pfandrechte unzertrennliche Qualität desselben¹. Das römische Recht hat aber das Eintreten in eine gewisse Pfandstelle dadurch erleichtert, daß es den Erwerb bestehender Pfandrechte auch in solchen Fällen anerkannt hat, wo er der Regel nach nicht zulässig gewesen wäre: von diesen Fällen ist in den §§ 233a und 233b gehandelt worden. — Nicht hierher gehört der Fall, in welchem einem nachstehenden Pfandrechte der Rang eines vorgehenden rechtskräftig zugesprochen wird. Ein solches Urtheil bewirkt nicht, daß das nachstehende Pfandrechte den Rang des vorgehenden habe, sondern gibt nur dem Proceßjäger das Recht, von dem Besiegten zu verlangen, daß dieser ihn als den vorgehenden Pfandgläubiger anerkenne; Dritte werden davon nicht berührt².

kommen kann, und daß in diesem Falle das Pfandr. der Aufopferung diesen letzteren Pfandren allerdings vorgeht.

¹ Verzicht auf den einem Pfandre zukommenden Rang zu Gunsten eines § 247. andern Pfandgläubigers ist entweder ein rein obligatorisches Geschäft mit diesem Pfandgläubiger, oder Verzicht auf das Pfandr. selbst gegen gleichzeitige Bestellung eines neuen. Von der letzteren Auffassung geht l. 12 § 4 D. 20, 4, l. 12 pr. D. 20, 6, von der ersteren l. 21 C. 4, 29 aus. Doch sind die Ansichten hier verschieden. Vgl. Dernburg II § 158, Schlayer *ACPr.* XLIX S. 232 fg. *RG.* XII S. 203. [*Castelbolognesi la posposizione d'ipoteca.* Modena ✓ 1893 (fast nur modernes Hypothekenrecht). Schnitzler die Prioritätscession nach gemeinem Recht. Gött. Diss. 1889. Eichhoff die Prioritätseinräumung nach gem. R. ✓ Erl. Diss. 1896. S. auch Stadtländer Vieg in dem Pfandvorzugsverzicht eine Intercession? Erl. Diss. 1898 (bes. S. 19 fg.).] Modernes Hypothekenr.: Regelsberger Studien im bayer. Hypothekenr. S. 45 fg., Exner Grünh. *ZE.* VII S. 293 fg., Krasnopolski das. VIII S. 458 fg. 765 fg., Rohler *ZE.* f. vgl. *RB.* IV S. 45 fg., und die an diesen Orten besprochenen Schriften. Burdhard Grünh. *ZE.* XV S. 690 fg. S. f. XL. 187 (*RG.*), *RG.* XVI S. 119.

² Wenn also ein dritter Pfandgläubiger dem ersten gegenüber den Sieg davon getragen hat, so muß der erste den dritten als ersten anerkennen; aber deswegen kann nicht der dritte den Vorzug auch vor dem zweiten in Anspruch nehmen mit Berufung darauf, daß dieser dem von ihm Besiegten nachstehe. Dieß sagt die vielbesprochene *W* 16 D. 20, 4. Dadurch entsteht nun allerdings ein s. g. *circulus inextricabilis*: der Dritte hat dem Ersten den Besitz abgestritten; dem Dritten nimmt den Besitz der Zweite; dem Zweiten der Erste; diesem wieder der Dritte u. s. f. Aber dieser *circulus* kann dadurch abgebrochen werden, daß der Dritte den Zweiten abfindet, oder sich mit ihm oder dem Ersten verständigt. „Der Staat hatte . . keinen genügenden Anlaß, die Schwierigkeiten aus den Conse-

[I. Nach **BGB.** ist eine Mehrheit von Pfandrechten an beweglichen Sachen möglich, obwohl das Princip des Faustpfandes herrscht. Eine verpfändete Sache kann aus dem Besitz des Verpfänders kommen ohne Erlöschen des Pfandrechts; dann ist eine zweite Verpfändung möglich. Gesetzliche Pfandrechte, zu deren Erfordernissen nicht gehört, daß der Pfandgläubiger in den Besitz der Sache kommt (vgl. ob. zu § 232 I, 1, a. b. c. h.), schließen eine weitere Verpfändung der Sache nicht aus. Beim Pfandrecht an Rechten, sind mehrfache Pfandrechte, so weit die Verpfändung sich ohne Uebergabe einer Sache vollzieht, noch leichter möglich. Der Rang der Pfandrechte bemißt sich ausschließlich nach der Zeit ihrer Bestellung, auch bei bedingter, betagter oder bloß zukünftiger Forderung (1209); daher ist auch bei den gesetzlichen Pfandrechten der Rang von der Zeit der Fälligkeit der Forderung nicht abhängig (1257). Der gutgläubige Erwerb des zweiten Pfandgläubigers kann eine Umkehrung des Ranges begründen (s. ob. zu § 230 I, 1, g. und daselbst I, 3.). Eine dinglich wirksame Rangabtretung findet nicht statt. Die Stellung der mehreren Pfandgläubiger hat des Zusammenhanges wegen schon früher mit zur Erörterung gebracht werden müssen. Vgl. bes. zu § 235 I, 10; zu § 238 I, 8; zu § 239 I, 2, e.

II. In Betreff der Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld vgl. über die Rangfolge § 879, über dinglich wirksame Rangänderung 880, über Rangvorbehalt 881; f. ferner Zwangsversteigerungsges. 10—14. 44 fg. 105 fg.]

quenzen der Klage . . mit einem Nachspruche zu durchhauen“. Krüger processualische Conjunction S. 199. Andere (so namentlich Sangerow I § 377 Anm. 2) nehmen für den Fall, wo der Dritte als Kläger gesiegt hat, eine wirkliche Succession an, so daß der Dritte auch dem Zweiten gegenüber im Besitzestreite siege, während im Falle, wo der Dritte als Beklagter gesiegt habe (von welchem Falle die l. 16 cit. allein rede), der Dritte auch dem Ersten gegenüber nicht durchdinge. Eine noch andere Meinung (Pfeiffer ACPr. XXXVIII S. 350—358) geht dahin, daß der Dritte auch im Falle, wo er als Kläger gesiegt habe, kein R. habe, den wieder verlorenen Besitz von dem Ersten zurückzuverlangen (vgl. § 131¹). Aber die eine und die andere Meinung beruht auf einer Verkennung der richtigen Grundsätze von der exc. rei iudicatae. S. auch Brinz 1. Aufl. S. 349, Arndts § 387, Anm., Bachofen S. 317 fg., Dernburg II S. 463. 465, Krüger a. a. O. S. 195 fg. Kommt es zur Vertheilung der Kaufsumme, so ist man zwar sonst darüber einig, daß zuerst der Dritte an Stelle des Ersten für den Betrag von dessen Forderung befriedigt wird, dann der Zweite, dann der Dritte für seine Restforderung, endlich der Erste: es hat aber Dernburg II S. 469 die Behauptung aufgestellt, daß der Concurstrichter unter Hintansetzung der beiden widersprechenden Urtheile von Neuem auf Grund des materiellen R. zu erkennen habe. Dernburg's Grund ist: weil der Concurstrichter Ordnung unter allen Parteien zu schaffen habe; die Beweisraft dieses Grundes leuchtet nicht ein. [Vgl. ob. § 241¹.] Gegen Dernburg auch Voss Jahrb. f. Dogm. XVI S. 177 fg. welcher zugleich die bezeichnete Art der Vertheilung (unter Zuhilfenahme der Idee eines Gemeinschaftsverhältnisses und der actio communi dividundo) näher ausführt, und des Ferneren (S. 200) den circulus inextricabilis beseitigen zu können glaubt. Ich glaube nicht, daß ihm dieses Letztere gelungen ist. — Gibt es noch andere Fälle relativer Priorität? Dernburg II S. 470—474.

VII. Beendigung des Pfandrechts*.

A. Beendigungsgründe, welche das Pfandrecht mit anderen Rechten gemein hat.

§ 248.

Unter den Beendigungsgründen, welche das Pfandrecht mit anderen Rechten gemein hat, sind hier folgende hervorzuheben¹.

1. Erlaß durch den Pfandgläubiger. Derselbe kann sowohl von Todes wegen, wie unter Lebenden erklärt werden; im letzten Fall bedarf er, um bindend zu sein, der Acceptation von der Gegenseite². Derselbe kann ferner nicht bloß ausdrücklich, sondern auch stillschweigend erklärt werden, so z. B.³ durch Rückgabe der Pfandsache oder der Pfandurkunde⁴, durch Ertheilung der Erlaubniß zur weiteren Verpfändung⁵ oder zur Veräußerung⁶ der Pfandsache.

* Dig. 20, 6 quibus modis pignus vel hypotheca solvitur. Cod. 8, 30 [31] de luitione pignoris. — Sintonis § 69. 70. Dernburg II § 167—175. Glüd XIX §. 410—447. Vgl. Goldschmidt Handelsr. I §. 949 fg.

¹ §. außerhalb l. 6 pr. D. 20, 6 und § 165. Dernburg II § 174. § 248. Cf. XIX. 21.

² Die Quellen sprechen nur von einem Erlaßvertrag (l. 9 § 3 D. 13, 7, l. 8 § 1—5 D. 20, 6, l. 2 C. 8, 25 [26], und in l. 7 § 2. l. 8 § 2 D. 20, 6 wird die Frage aufgeworfen, ob der einem procurator des Schuldners gewährte Erlaß dem Letzteren zu Gute komme. Friz ACPr. VIII §. 392 und Erläuterungen I §. 543—545, Sintonis Pfandr. §. 671, Bangerow I § 127 Anm. (dieser Letztere mit Berufung darauf, daß das Pfandr. eine obligatio rei sei). Cf. XXX. 228. A. M. Bacher Jahrb. für Dogm. V §. 237—243, Bremer (§ 227') §. 145 fg. Zur Acceptation des Verzichts hält Dernburg II §. 546 außer dem Eigenthümer auch den Verpfänder (wenn das Eigenthum später in andere Hände übergegangen ist) für befugt; dagegen gewiß mit Recht Bremer a. a. O.

³ Vgl. noch l. 5 § 2. l. 6 § 2. l. 14 D. 20, 6. Vermehren ACPr. XIII §. 42—47, Dernburg II §. 548 fg.

⁴ L. 9. 7 C. 8, 25 [26], l. 3 D. 13, 7. Die Rückgabe der Pfandsache und der Pfandurkunde hat aber natürlich nicht nothwendig diesen Sinn. Vgl. Cf. V. 307.

⁵ Denn an und für sich ist ja die Erlaubniß des Eigenthümers zur weiteren Verpfändung nicht erforderlich. Doch kann in der Erlaubniß zur weiteren Verpfändung möglicherweise nur der Ausdruck des Willens liegen, daß der Eigenthümer ein durch das Pfandr. des Einwilligenden nicht beeinträchtigt Pfandr. an der Sache solle verleißen dürfen, so daß der Einwilligende sein Pfandr. nicht sowohl verliert, als mit demselben nur hinter das neu bestellte zurücktritt. L. 9 § 1. l. 11. l. 12 pr. D. 20, 6, l. 12 § 4 D. 20, 4. Vgl. Glüd XIX §. 421 fg., Vermehren ACPr. XIII §. 33—36, Sintonis Pfandr. §. 673, Bangerow I § 392 Anm. Nr. 2. Cf. IX. 13, XVI. 17, XXI. 218.

⁶ Der Grund für die Annahme des Erlaßwillens ist in diesem Falle der gleiche, wie in dem zuvor erwähnten. Dieser Fall hat in den Quellen eine reiche

2. Untergang der Pfandsache⁷. Ist der Untergang von vollständiger, so dauert das Pfandrecht an Demjenigen fort, was von der Pfandsache übrig bleibt⁸. Dahin gehört auch, daß das Pfandrecht die Ertragsforderung ergreift, welche dem Eigentümer aus dem Untergang der Pfandsache erwächst⁹. Wird der Gegenstand zu einer Sache anderer Art verarbeitet, so ist zu unterscheiden, ob die Sache auf die frühere Gestalt zurückgebracht werden kann oder nicht: im ersten Fall dauert das Pfandrecht fort, im zweiten geht es unter¹⁰.

casuistische Entwicklung gefunden. L. 4 § 1. 2. l. 7 pr. § 1 L. 1 § 6—10. l. 10 pr. D. 20, 6, l. 158 D. 50, 17, l. 2. 11 C. 8, 25 [26]. *Gr. 1. XIX* S. 421 fg., Vermehren a. a. O. S. 29—33, Sachosen S. 572—575, *Rechtsw. ACPr.* XXXII S. 119—122, Brinz 1. Aufl. S. 356 (2. Aufl. II § 254), Jhering Jahrb. f. Dogm. II S. 129—30, Dernburg II S. 552—553, 554 fg. Cf. XVI. 17. Stillschweigen zur Veräußerung: l. 8 § 15 D. 20. C. l. 1. C. 8 C. 8, 25 [26]. Dernburg II S. 550—552. Cf. XVIII. 215.

⁷ L. 8 pr. D. 20, 6. „Sicut re corporali extincta, ita et usufructus extincto pignus hypothecave perit“.

⁸ So dauert das am Gebäude stattfindende Pfandr., wenn das Gebäude ab- brennt, am Bauplatz fort. L. 21 D. 13, 7, l. 29 § 2. l. 35 D. 20, 1.

⁹ Denn das Pfandr. ist gerichtet auf Aneignung des Wertes des Pfand- gegenstandes; so muß auch dem Pfandr. unterworfen bleiben, was von dem Werte des Pfandgegenstandes übrig bleibt. Einen directen Beweis für den anzunehmenden Satz gewährt l. 17 § 1 D. 6, 1, nach welcher Stelle der mit der Eigentums- klage Belangte auch den durch die Beschädigung der besessenen Sache ihm er- worbenen Entschädigungsanspruch herausgeben muß; gilt dieß für die rei vindicatio, so gilt es nicht minder für die actio hypothecaria (§ 235). Hiernach halte ich es für unzweifelhaft, daß das Pfandr. sich auch auf die für die untergegangene Sache zu zahlende Versicherungssumme (die Forderung auf die Versicherungssumme) erstreckt. Rippmann Jahrb. f. Dogm. VII S. 29, A. M. Kadai *ACPr.* XXVI. S. 201—212, Dernburg II S. 565 fg., Stobbe II § 112²³, [3. Aufl. (Vehmann) II § 149, 6], Scherer, Jahrb. f. Dogm. XX S. 81 fg.; vgl. auch Mommsen *Erörterungen* I S. 116—123, Kunze zu Holzschuber II § 125 Nr. 17. A. M. auch, obgleich er von dem speciellen zuvor genannten Fall nicht spricht, im Princip Exner *Kritik des Pfandbegriffs* S. 38 fg. Sein einziges Argument ist der Untergang des Pfandr. durch Specification¹⁰); aber in diesem Falle enthält die die neue Werthform schaffende Thatfache zugleich einen Titel für den Erwerb freien Eigentums. A. M. auch das Reichsgericht *Entscheid.* VIII S. 169 und bei Cf. XL. 185, wogegen es dem Pfandgläubiger einen An- spruch gegen die Versicherungsgesellschaft dann zugesieht, wenn die Versicherungs- bedingungen eine Bestimmung zu Gunsten der Pfandgläubiger enthalten. — Cf. XLIII. 263. Vgl. noch Preuß. Gesetz 1775 84.

¹⁰ L. 18 § 3 D. 13, 7. Dernburg II S. 560 fg. Fitting *ACPr.* XLVIII S. 331 nimmt Untergang des Pfandrechts auch für den Fall an, wo die neue Sache auf die frühere Gestalt zurückgebracht werden kann, s. dagegen § 187². Umgekehrt läßt Bremer (§ 227⁷) S. 166 bei Specification durch den Eigentümer das Pfandr. auch in dem Falle fortbauern, wo die neue Sache auf die frühere Gestalt nicht zurückgebracht werden kann (genauer: er läßt an

— Ist der Pfandgegenstand ein Recht an einer fremden Sache, so geht das Pfandrecht nicht dadurch unter, daß dieses Recht an den Eigenthümer zurückübertragen wird oder durch Erbgang an den Eigenthümer zurückfällt, oder daß der Inhaber des Rechts das Eigenthum erwirbt¹¹. In gleicher Weise erlischt das Pfandrecht an einer Forderung nicht dadurch, daß der Gläubiger den Schuldner beerbt oder umgekehrt dieser jenen¹². Wird das verpfändete Forderungsrecht be-

die Stelle des untergegangenen Pfandr. ein neues treten). Aber der Eigenthümer bekommt ja das Eigenthum an der neuen Sache nicht auf Grund seines Eigenthums an der alten, sondern auf Grund seiner Arbeit. A. W. Czylharz Fortf. von Glück Buch 41 S. 278 fg. vgl. S. 376 fg. Wegen denselben Fall 3 S. f. H. XXXVI S. 325 fg. — Daß die bloße Umgestaltung einer unbeweglichen Sache das Pfandr. nicht aufhebe, sagt ausdrücklich I. 16 § 2 D. 20, 1 (s. über diese Stelle Huschke 3 S. f. C. R. u. Pr. R. F. V S. 104).

¹¹ Genauer: das verpfändete R., während es sonst untergeht, dauert für das Pfandr. fort. S. das § 205⁴ a. E. Gesagte und vgl. § 219². Die in Note⁷ citirte Stelle sieht auf den nächstliegenden Fall, wo der Nießbrauch durch den Tod des Berechtigten untergeht. Bremer (§ 227¹) S. 152 fg. 167 fg. 185 nimmt an, daß sich das Pfandr. in diesem Falle in ein neues Pfandr. verwandele, dessen Inhalt die Befugniß zur Begründung eines mit dem untergegangenen Re übereinstimmenden R. bilde (§ 227 a. E.); Erner (§ 227¹) S. 68 fg. 79. 90 fg. sieht die Hilfe in dem von ihm gelehrten Satz, daß das Pfandr. in dem bezeichneten Fall von vorn herein die Sache, nicht das R. ergreife; derselbe Gedanke bei Hartmann Re an eigener Sache S. 27. 28, Jahrb. f. Dogm. XVII S. 90. 91. Hiergegen bemerke ich: es liegt kein Widerspruch darin, daß ein R. in einer gewissen Beziehung fortbauere, während es im Uebrigen untergeht, und dieser Satz ist mehr als eine Phrase. Denn die Re bestehen nur durch die Anerkennung der Noordnung, und wie weit die Noordnung eine ertheilte Anerkennung zurücknehmen will, ist ihre Sache. Vgl. § 65. Daß aber gerade im Fall der Confusion der Untergang des R. durch eine demselben aufgedrückte rliche Bestimmtheit aufgehalten werde oder doch aufgehalten werden könne, dafür beweist I. 3 § 2 D. 7, 2 (§ 205⁴), eine Stelle, welche von Bremer und Erner gar nicht beachtet ist. Kohler Gesammelte Abhandl. I S. 295 fg.; a. W. Dernburg Pand. I § 273⁴.

¹² Genauer: der Pfandgläubiger hat die Macht, von dem früheren Schuldner, (bez. seinem Erben) eine Leistung, wie sie kraft der verpfändeten Obligation gefordert werden konnte, kraft seines Pfandr. einzutreiben; für das Pfandr. dauert die Obligation fort. „Remanet propter pignus naturalis obligatio“ könnte man auch hier sagen, freilich in einem ganz anderen Sinn, als in welchem I. 61 [59] pr. D. 36, 1 diesen Ausspruch wirklich thut. Dernburg I S. 474. II S. 559². Bremer a. a. D. S. 156. 168 läßt es dahin gestellt, ob der Pfandgläubiger in diesem Fall Ersatz durch „ein eventuelles Forderungs r. direct gegen den früheren Schuldner“ erhalte. Erner a. a. D. S. 144 fg. nimmt fortbauernde Verhaftung des ehemaligen Schuldners (bez. des Erben) auf Grund der quasisolutorischen Kraft der Confusion (II § 352⁴) und der den Pfandcontract beherrschenden bona fides an. Hellwig Verpfändung und Pfändung von Forderungen S. 133 findet die Rechtfertigung für die Fortdauer des Pfandr. in der von ihm vertretenen Auffassung des Forderungspfandgläubigers als Gläubigers

friedigt, so ergreift das Pfandrecht den geleisteten Gegenstand¹³.

3. Verjährung¹⁴. Das Pfandrecht geht nicht unter durch bloßen Nichtgebrauch¹⁵, und ebensowenig geht es unter durch die Erftigung des Eigenthums der verpfändeten Sache¹⁶; sondern es geht nur unter durch eine gegen das Pfandrecht gerichtete Erftigung der Freiheit¹⁷. Dieselbe hat die gleichen Erfordernisse, wie die Eigenthumserftigung¹⁸; nur muß zu dem guten Glauben in Betreff der Sache guter Glaube

in der Pfandforderung. S. darüber § 239¹⁰; aber auf Mansbach Nießbrauch an Forderungen S. 41²⁴ hätte sich Hellwig gegen l. 3 § 2 D. 7, 2 nicht berufen sollen.

¹³ S. § 239¹².

¹⁴ Unterholzner Verjährungslehre § 249. Schmittthener *PraktMR.* I S. 92 fg. (1852). Dernburg II § 175.

¹⁵ Durch Nichtgebrauch geht nur der Pfandanspruch unter (§ 235²⁷). Die Meinung Büchel's (civil. Erörterungen I. 2 S. 97. 141. 145 fg.), daß mit der Verjährung der actio hypothecaria gegen den Verpfänder auch das Pfandrecht selbst erloschen sei, ist eine Consequenz seiner Auffassung des Pfandr. als eines Forderungsr. (§ 224⁹). Vgl. auch Unterholzner a. a. O. S. 267 und Schirmer das. Note ***.

¹⁶ L. 44 § 5 D. 41, 3, l. 1 § 2 D. 20, 1, l. 2 pr. D. 41, 5, l. 7 C. 8, 13 [14].

¹⁷ Von derselben handeln l. 5 § 1. l. 12 D. 44, 3, l. 7. 14 C. 4, 10, l. 1. 2 C. 7, 36, l. 8 pr. § 1 C. 7, 39. Die Meinung, daß es eine besondere Erftigung der Pfandfreiheit gebe, ist besonders von Schmittthener a. a. O. vertheidigt worden. Abweichende Meinungen: 1) es gebe nur eine Verjährung der actio hypothecaria, mit oder ohne Einwirkung auf das R.; 2) das Pfandrecht gehe nach neuestem R. durch Erftigung des Eigenthums unter. Vgl. Schirmer a. a. O. Note ***, Schmittthener S. 93—94, S. f. XXVI. 113. — Die Meinung, daß es nur eine Verjährung der Pfandklage gebe, ist neuerdings wieder vertheidigt worden von Schmid die Grundlehren der Cession I S. 105—106⁹⁵ (1863), ferner von Dernburg II S. 596 fg., welchem folgt Wächter das *Superficial-* oder *Platzr.* S. 112 fg. Diese Schriftsteller verkennen aber, wie mir scheint, den Einfluß der l. 8 C. cit. Noch derselben ist, wie sich durch einen nicht abzuweisenden Schluß a contrario aus § 1 ergibt, wenn die Pfandsache 10 oder 20 bez. 30 oder 40 Jahre in gutem Glauben besessen worden ist, die Pfandklage auch gegen den dritten Besitzer ausgeschlossen, welcher nicht Anachfolger des Besitzers in gutem Glauben ist. Zur Erklärung dieses Satzes reichen die Grundsätze von der Klagenverjährung nicht mehr aus. Gegen Dernburg auch Arndts § 390², dessen Widerlegung ich aber nicht für zutreffend halte.

¹⁸ Sie wird in den Quellen bezeichnet als *longi temporis praescriptio*. Daß wirklicher Eigenthumserwerb der Erftigung der Pfandfreiheit nicht hinderlich ist, versteht sich von selbst. Ist der Besitzer nicht Eigenthümer, so kann möglicherweise die Erftigung der Pfandfreiheit vollendet werden vor Erftigung des Eigenthums oder umgekehrt (verschiedener Beginn der einen oder der anderen Erftigung; verschiedener Wohnort des Eigenthümers und des Pfandgläubigers; der Gegenstand des Pfandr. eine bewegliche Sache; der Pfandgläubiger eine in Betreff der Verjährung privilegierte Person).

in Betreff des Pfandrechts, d. h. Nichtkennen desselben, hinzukommen¹⁹, und der Besitz muß bei der ordentlichen Erfizung²⁰ ohne Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen zehn Jahre unter Anwesenden, zwanzig unter Abwesenden gedauert haben²¹; außerdem ist diese Erfizung dem Schuldner (Verpfänder) selbst und seinen Erben verschlossen²². Die Wirkung dieser Erfizung ist directer Untergang des Pfandrechts, nicht bloß Begründung einer Einrede gegen den Pfandanspruch²³⁻²⁴.

4. Zusammenkommen von Eigenthum und Pfandrecht in derselben Person (Confusion). Ein Recht, sich aus seiner eignen Sache zu befriedigen, hat keinen Sinn, und so geht das Pfandrecht unter, wenn der Pfandgläubiger das Eigenthum erwirbt oder der Eigenthümer das Pfandrecht²⁵. Aber es hat guten Sinn, daß Andere sich aus unserer Sache nur in der Weise befriedigen können, daß ein bestimmter Theil ihres Werthes uns gelassen werden muß. In diesem Sinne wird in den Quellen ein Pfandrecht an der eignen Sache^{25a} an-

¹⁹ Dies folgt aus der Richtung der Erfizung.

²⁰ Von der außerordentlichen Erfizung handelt l. 8 § 1 C. 7, 39.

²¹ Die *longi temporis praescriptio* macht keinen Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen.

²² L. 1. 2 C. 7, 36. Vgl. übrigens l. 5 § 1 D. 44, 3.

²³ §. 17. Uebrigens führt die Meinung, welche bloß Begründung einer Einrede annimmt, zu keinem praktisch verschiedenen Resultat. Denn zwischen dem Pfandgläubiger und demjenigen, welcher die Verjährung vollendet hat bez. ihren Nachfolgern leistet die Einrede das Gleiche, was durch Vernichtung auf den Untergang des Pfandr. erreicht werden könnte. Dem dritten Besitzer, welcher nicht Nachfolger des Vollenders der Verjährung ist, steht allerdings die Einrede nicht zur Seite; aber wenn diesem auf Grund des fortbestehenden Pfandr. die Sache vom Pfandgläubiger genommen wird, so tritt gegen den Pfandgläubiger der Vollender der Verjährung mit der *rei vindicatio* oder *Publiciana* auf, und schlägt dessen Einrede des Pfandr. mit der Gegeneinrede der Verjährung.

²⁴ Ueber andere hier nicht erwähnte Fragen s. Schmittthenner S. 105—107, Dernburg II S. 599 fg., Seuffert § 221^b, auch Vangerow I § 324 Anm. Cf. XII. 11.

²⁵ L. 30 § 1 i. f. D. 44, 2, vgl. l. 29 D. 13, 7, l. 83 § 5 D. 41, 3, l. 45 D. 50, 17.

^{25a} Ueber das Pfandr. an der eignen Sache vgl.: v. Wening-Ingenheim *ACPra.* VI S. 134 fg. (1823). Franke *civil. Abhandlungen* S. 107—125 (1826). Büchel *civilr. Erörterungen* I. 2 S. 85 fg. (1833). Friß *Erläuterungen* I S. 545—547 (1833). Sintonis *pfandrl. Streitfragen* Nr. 2 (1835) und Pfandr. § 17 (1836). Bachofen S. 85 fg. (1847) und dazu Keller *Rec.* S. 989 fg. Dernburg II § 371 (1863). Bremer *Hypothek* und *Grundschuld* S. 46 fg. 78 fg. (1869). Jhering *Jahrb. f. Dogm.* X S. 452 fg. (1870). Bähr *das.* XI S. 493 fg. (1871). G. Buchka *die Hypothek* **Einleitend, Pandekten. 8. Aufl. I. Band.**

erkannt²⁶, wenn es ein vorgehender Gläubiger ist, in dessen Hand sich Pfandrecht und Eigenthum vereinigen²⁷. Ein solches Pfandrecht

des Eigenthümers nach den neuesten deutschen Gesetzgebungen und in ihrem Verhältnis zum r. R. (1875). Darüber Ruther Jen. Literaturzeit. 1875 Nr. 47 und Regelsberger fr. ZS. XVIII S. 204 fg. Hartmann R. an der eigenen Sache S. 38 fg. (1877). Bekker ZS. f. vergl. RW. II S. 48 fg. (1879). Roth ACPr. LXII S. 113 fg. (1879). Bangerow I § 392 Anm. Nr. 3, Brinz 1. Aufl. S. 302, Arndts § 389. Genannt werden muß hier auch die treffliche Schrift von von der Hagen die Hypothek des Eigenthümers (Arnsberg 1836), obgleich dieselbe sich fast ausschließlich mit dem Preussischen R. beschäftigt, und wo sie des römischen gedenkt (S. 238 fg.), demselben nicht gerecht wird. Ueber die Schrift von Ruhlmann, die Hypothek des Eigenthümers nach den Grundsätzen des heutigen r. R. (1881). f. Grünh. ZS. I S. 419 fg. [Wieschner das Pfandr. an der eigenen Sache. Breslau 1893.]

²⁶ L. 30 § 1 D. c. t. — „In proposita autem quaestione magis me illud movet, numquid pignoris ius extinctum sit dominio adquisito: neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore. Actio tamen pignoratitia competit: verum est enim, et pignori datum et satisfactum non esse“. Der letzte Satz negirt den in dem vorigen aufgestellten Zweifelsgrund mit Berufung auf die Formel der hypothekarischen Klage. Es wäre sehr unrömisch (obgleich die Basiliken es thun), wenn man aus dieser Stelle den Satz herleiten wollte, daß zwar das Pfandrecht untergehe, aber die Pfandklage fortbauere. — Das Pfandr. an der eigenen Sache ist eine Anwendung der Kategorie des (theilweisen) Kuhens der R. Vgl. § 65. Freilich sind für dasselbe sehr verschiedene Constructionen aufgestellt worden (s. die citirten Schriftsteller), ja man hat dasselbe für unconstruirbar erklärt (der preussische Justizminister Leonhardt in der Sitzung des Preussischen Abgeordnetenhauses vom 30/11 1868).

²⁷ Dieß kann noch in verschiedener Weise geschehen: a) der vorgehende Gläubiger erwirbt das Eigenthum, l. 30 § 1 D. 44, 2, l. 1 C. 8, 19 [20]; b) der Eigenthümer erwirbt ein vorgehendes Pfandr., z. B. l. 19 D. 20, 4; c) Jemand erwirbt Eigenthum und ein vorgehendes Pfandr. zu gleicher Zeit, l. 17 D. 20, 4, l. 3 C. 8, 18 [19], l. 3 § 1 D. 20, 5 (§ 233b¹⁰). Nicht hierher gehören l. 5 § 1. l. 6 D. 20, 5; der in diesen Stellen erwähnte Verkauf ist gar nicht in der Absicht gemacht, Eigenthum zu übertragen; die Parteien haben von Verkauf des „Pfandes“ geredet, aber ihre Absicht war nicht auf Uebertragung der Pfandsache (des Eigenthums an derselben), sondern auf Uebertragung des Pfandr. gerichtet. L. 6 cit. „Cum posterior creditor a priore pignus emit non tam acquirendi dominii, quam servandi pignoris sui causa, intellegitur pecuniam dedisse, et ideo offerri ei a debitore potest“. Vgl. § 237¹⁴ a. E. Puchta (Pand. § 292¹ und Vorl. dazu) ist mit Unrecht der Meinung, daß auch in den oben genannten Fällen der Eigenthumserwerb nur ein scheinbarer sei, so daß ein Pfandverhältnis an eigener Sache in den Quellen überhaupt nicht anerkannt sei. S. dagegen Arndts § 389 Anm. a. E. Vgl. noch S. XXVIII. 110. — Der Zug des modernen R. geht dahin, die eingetragene Hypothek von dem Zusammenkommen mit dem Eigenthum überhaupt unabhängig zu machen. Vgl. Beseler § 97²⁵, Stobbe II § 115¹⁸. [3. Aufl. (Rehmann) II § 153 zu¹⁹]. Eintragung auf eigenen Namen: Mecklenb. revidirte Hypothekenordnung für Landgüter vom 18/10 1848 § 16⁴ (dazu die Verordnungen vom 20/3 1859 und vom 8/4 1869). Preuß. Gesetz vom 5/5 1872 § 26. 27.

gewährt nicht die Befugniß, sich einen bestimmten Theil des Vermögenswerthes der Pfandsache anzueignen, sondern nur die Befugniß, Andere an der Aneignung ihres Vermögenswerthes zu verhindern; seine vorwiegende Bedeutung ist eine negative, keine positive²⁸. Geht es aber auf einen Nichteigenthümer über²⁹, so wird es wieder zu einem Pfandrechte gewöhnlicher Art. Nur dann schließt die Vereinigung von Pfandrechte und Eigenthum in derselben Hand auch bei Vorhandensein von nachstehenden Pfandgläubigern das Pfandrechte aus, wenn in dem Vorgange, durch welchen sich die Vereinigung vollzogen hat, ein Verzicht auf das Pfandrechte gefunden werden muß³⁰. — Das hier Gesagte gilt in gleicher Weise für das Pfandrechte an Rechten, wenn Pfandrechte und verpfändetes Recht in derselben Hand zusammenkommen³¹.

²⁸ L. 17 D. 20, 4: — „atenus tuendum, quatenus ad priorum creditorem ex pretio pecunia pervenit“. L. 3 C. 8, 18 [19]: — „in ius eorum successisti, et contra eos, qui inferiores illis fuerunt, iusta defensione te tueri potes“. L. 1 C. 8, 19 [20]: — „sed ita persequens res obligatas audieris, si . . obtuleris“. L. 3 § 1 D. 20, 5: — „morti poterit offerri . .“. Hat der Eigenthümer den Besitz der Sache verloren, so verschafft er sich denselben zurück durch Geltendmachung des Eigenthumsanspruchs; ist der Besizer ein nachstehender Pfandgläubiger oder hat derselbe durch Kauf von einem nachstehenden Pfandgläubiger erworben, so schlägt er dessen Berufung auf sein Pfandr. bez. das Pfandr. seines Rurhebers durch die Gegeneinrede des besseren Pfandr. Doch kann er sich auch direct auf sein Pfandr. berufen, l. 30 § 1 D. 44, 2 (²⁸). — Hartmann Re an eigener Sache S. 53 fg. will dem Eigenthümer auch das R. zum Verfaufe als Pfandgläubiger geben. Es ist zuzugestehen, daß dieses R. für den Eigenthümer nicht ohne praktische Bedeutung sein würde. Er würde dadurch die Möglichkeit erlangen, die nachstehenden Pfandre und, was ihm noch werthvoller ist (denn den nachstehenden Pfandgläubigern muß er den Ueberfluß des Kaufgeldes über seine Forderung herausgeben), die seinem Pfandre untergeordneten dinglichen Belastungen der Sache zu vernichten. Aber bei dem Schweigen der Quellen erscheint es mir bedenklich, dem Eigenthümer auch diese Befugniß zuzusprechen. Müßte sie ihm zugesprochen werden, so würde das Pfandr. an eigener Sache nicht mehr ein theilweise ruhendes (²⁸), sondern ein vollwirksames R. sein.

²⁹ L. 3 § 1 D. 20, 5: „morti poterit offerri“.

³⁰ L. 9 pr. D. 20, 6. Die Behauptung, daß ein solcher Verzicht immer angenommen werden müsse, wenn Jemand wissentlich Pfandr. und Eigenthum in seiner Hand zusammenbringe, geht zu weit. Vgl. über diese Frage Francke a. a. D. S. 122, Sinteris Pfandr. S. 113, Bangerow I § 392 Anm., Buchta Vorles. I S. 426 und dazu die Anm. von Rudorff, Arndts § 389 Anm., Dernburg II S. 573, Buchta a. a. D. S. 22.

³¹ Vgl. Bremer (§ 227¹) S. 146. 147. — Ueber den Fall, wo Pfandr. und Schuld in der verpfändeten Forderung in derselben Hand zusammenkommen, f. § 239¹². 12a.

B. Beendigungsgründe, welche dem Pfandrechte eigenthümlich sind.

§ 249.

1. Untergang der Forderung. Das Pfandrecht als ein zur Sicherheit einer Forderung bestimmtes Recht verliert mit der Forderung die Grundlage seiner Existenz, und geht daher mit dem Untergang der Forderung selbst unter¹, wobei es gleichgültig ist, ob die Forderung direct ausgeschlossen ist, oder nur durch Hülfe einer Einrede². Jedoch ist dieser Satz nicht durchgreifend.

a. Möglicherweise kann sich das Pfandrecht bei Untergang der Forderung, für welche es besteht, mit einer andern Forderung verbinden und für diese fort dauern, s. g. hypothekarische Succession. Ueber dieselbe ist bereits oben (§ 233b) gehandelt worden.

b. Das römische Recht hat selbst die Möglichkeit anerkannt, daß das Pfandrecht nach Untergang seiner Forderung ohne alle Forderung fort dauere³, wenn gleich es sich die Sache theoretisch dadurch zurecht zulegen geneigt ist, daß es Fortbestand der Forderung ad hoc annimmt⁴. Die einzelnen Fälle, in welchen das römische Recht in dieser Weise das Pfandrecht seine Forderung überdauern läßt⁵, weisen auf

§ 249. ¹ L. 43 D. 46, 3, l. 9 § 3. l. 11 § 1. 5. D. 13, 7, l. 4 D. 20, 4, l. 6 pr. D. 20, 6, l. 3 C. 8, 30 [31], l. 19 C. 4, 32, l. 49 D. 46, 3 (vgl. zu dieser letzten Stelle Keller Rec. 986—987). Wiederherstellung der Forderung: RG. III S. 208. [Amtscaution: RG. XXXII S. 136 fg., dazu Ed Jahrb. f. Dogm. XXXV S. 293].

² L. 5 pr. l. 13 D. 20, 6. Nur muß die Forderung ihrem ganzen Inhalte und ihrem ganzen Umfange nach untergegangen sein. Ihrem ganzen Inhalte nach: es muß nicht eine natürliche Verbindlichkeit übrig geblieben sein (§ 225¹¹). Ihrem ganzen Umfange nach: die Tilgung muß sich auf den ganzen Leistungsgegenstand bezogen haben (§ 226).

³ Vgl. § 225, 2 und Franke civilistische Abhandlungen Nr. 2 (1826), Büchel civilkl. Erörterungen I S. 40—61 und zweite Aufl. I S. 114—117 (1833. 1847), Keller Jahrb. d. gem. R. IV S. 417—424 (1860), Schwanert die Naturalobligationen S. 395 fg. (1861), Schott Jahrb. f. Dogm. XV S. 52 fg. (1876). Dernburg II S. 576 fg. [Petzall die Abweichungen von der accessorisches Natur des Pfandr. Gött. Diff. 1895 S. 21 fg.]

⁴ In diesem Sinne heißt es in l. 61 [59] pr. D. 36, 1: „remanet ergo propter pignus naturalis obligatio“. Diese naturalis obligatio hat keine andere Bedeutung, als eben die, dem als fort dauernd angenommenen Pfandr. zur Grundlage zu dienen; in jeder anderen Beziehung ist sie gleich einer Nichtobligation.

⁵ Es gehören hierher die in folgenden Stellen enthaltenen Fälle: a) l. 13 § 4 D. 20, 1; b) l. 61 [59] pr. D. 36, 1; c) l. 13 § 1 D. 16, 1; d) l. 38 § 5 D. 46, 3; e) l. 3. 7 C. 7, 39, cf. l. 2 C. 8, 30 [31] (§ 112⁵). Nicht

ein Princip nicht hin⁶. Das zwar läßt sich mit Bestimmtheit behaupten, daß das Pfandrecht nicht fort dauern kann, wenn der Gläubiger in einer oder der andern Weise befriedigt worden ist; aber es darf nicht auch der umgekehrte Satz aufgestellt werden, daß es immer fort dauere, wenn die Forderung ohne Befriedigung des Gläubigers untergegangen ist⁷. Von der andern Seite ist ein Hinausgehen über die in den Quellen genannten Fälle, wo ein genügender Anhalt dafür vorliegt, nicht ausgeschlossen⁸. — Daß das moderne Hypothekenrecht

gehört hierher auch der Fall der l. 30 § 1 D. 9, 2, in welchem Fortdauer einer wirklichen *naturalis obligatio* anzunehmen ist, vgl. l. 8 § 1 D. 46, 8 und Schwanert a. a. D. S. 434—436; ob das Gleiche von l. 27 D. 20, 1 zu sagen ist, bleibt zweifelhaft. Schott a. a. D. S. 53 streicht auch den Fall unter a. (Sein Grund ist, daß der Bürge mit dem Hauptschuldner Correal-schuldner, also das Pfandr. für die Bürgschaftsobligation auch Pfandr. für die identische Obligation des Hauptschuldners sei. Als wenn der Bürge in der Pfandbestellung eine andere Absicht hätte, als ein Pfand zu bestellen für seine Beziehung zur Obligation!)

⁶ In dem Falle unter a wird Untergang der Obligationen aus einem rein formalen Grunde angenommen (vgl. § 129⁴); in den Fällen unter b und c ist es theoretische Bequemlichkeit, daß man sich ohne Forderung behilft, wo dieselbe materiell begründet ist, und durch eine einfache Operation auch theoretisch herzustellen wäre (vgl. l. 8 C. 4, 29); in dem Falle unter d wird das Pfandr. der Bürgschaftsobligation aufrecht erhalten, nachdem der Bürge mit dem Hauptschuldner zusammengefallen ist; der Fall unter e ist der der Aufhebung der Pfandforderung durch Verjährung.

⁷ Die Versuchung dazu liegt nahe, weil die römischen Juristen, wo sie ein Pfandr. ohne Forderung anerkennen, es lieben, sich auf die Worte der Formel der *actio hypothecaria* zu berufen: „*eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse*“. Aber dann müßte man z. B. auch in dem Falle Fortdauer des Pfandr. anerkennen, wo der Schuldner durch eine ohne seine Schuld eingetretene Unmöglichkeit der Erfüllung befreit worden ist. So mit Recht Arndts § 391 Anm., Dernburg II S. 578. 579.

⁸ Für sicher halte ich die Fortdauer des Pfandr. in dem Falle, wo die Unmöglichkeit der Erfüllung durch die Arglist des Eigenthümers der Pfandsache herbeigeführt worden ist, nach l. 88 D. 45, 1, l. 95 § 1 D. 46, 3. Schwanert a. a. D. S. 401; a. M. Dernburg II S. 582, Schott a. a. D. S. 39 fg. Aber dauert das Pfandr. auch fort bei Erlöschung der Forderung durch Confusion, wenn der Pfandeigenthümer ein anderer ist, als der Schuldner, oder bei Identität von Schuldner und Pfandeigenthümer, wenn Nachhypotheken auf der Sache liegen? Beide Fragen bejaht Schwanert S. 404; dawider Dernburg II S. 589 fg. Ein sicherer Fall aus dem r. R. wäre noch unbeerbter Tod eines *filiiusfamilias*, vgl. l. 1 § 14 D. 16, 3, l. 95 § 1 D. 46, 3, l. 11 D. 46, 1. Schwanert S. 401. 402; a. M. Dernburg II S. 579¹². — Arndts § 391 stellt die Regel auf, daß das Pfandr. fort dauere, so oft trotz der Aufhebung der Forderungsklage noch ein Anspruchs des Gläubigers bestehen bleibe. Ich fürchte, diese Regel führt uns ebensowenig weiter, als die von Bekker a. a. D. S. 423 aufgestellte, daß das Pfandr. in allen Fällen fort dauere, wo der Erlösungsgrund

die eingetragene Hypothek für unabhängig von jedem Schicksal der Forderung erklärt, ist oben (§ 225 a. E.) bereits bemerkt worden.

2. Verkauf der Pfandsache⁹. In dem Verkauf erreicht das Pfandrecht seine Erfüllung, und damit sein Ende; der Käufer erwirbt die Pfandsache unbeschwert mit dem Pfandrechte, kraft dessen sie ihm verkauft worden ist¹⁰. Zugleich aber gehen durch den Verkauf der Pfandsache auch alle nachstehenden Pfandrechte unter, welche auf der Pfandsache lagen¹¹; dieselben konnten der Befugniß des vorgehenden Gläubigers, das Eigenthum an der Pfandsache als einer von diesen Pfandrechten freien zu übertragen, keinen Eintrag thun¹². In dem einen und dem andern Fall hat aber der Verkauf die bezeichnete Wirkung nur dann, wenn durch denselben der Käufer wirklich zum Eigentümer gemacht worden ist¹³. Wird der Kauf wieder aufgehoben, so lebt das Pfandrecht wieder auf¹⁴.

3. Nach einer singulären Vorschrift des römischen Rechts geht das

der Obligation nicht auch einen Erlösungsgrund des Pfandr. in sich trage. Schott a. a. O.: das Pfandr. dauert in allen Fällen fort, wo die Obligation untergegangen ist, ohne daß der Zweck der Obligation „hinweggefallen“ ist. Was ist wohl ein hinweggefallener Zweck?

⁹ Bachofen S. 571—582, Platner ACPr. XXXII S. 108 fg. (1859), Dernburg II § 115.

¹⁰ L. 15 C. 8, 27 [28]. Bachofen S. 571 fg. hat die Meinung auszuführen gesucht, daß der Verkauf das Pfandr. des verkaufenden Pfandgläubigers nicht durch sich selbst beendige, sondern nur kraft eines in demselben liegenden Verzichtes, und also nur dem Käufer und seinen Nachfolgern gegenüber. Diese Meinung, welcher sich Bangerow I § 380 Anm. Nr. I angeschlossen hat, wird durch die dafür angeführte L. 4 § 1 D. 20, 6 nicht bewiesen. Nach der offenbar richtigen Erklärung Dernburg's II S. 226 spricht diese Stelle nicht von einem Pfandverkauf, sondern von einem Verkauf im Auftrage des Schuldners.

¹¹ L. 6 C. 8, 17 [18], l. 1 C. 8, 19 [20], l. 6. 7 C. 4, 10. — Nach modernem Hypothekenr. gehen durch jede Zwangsversteigerung des Pfandgrundstücks alle Hypotheken unter. Vgl. § 241^a a. E. Vgl. Bähr Jahrb. f. Dogm. XIII S. 182 fg. (Verhandlungen des 12. deutschen Juristentags I. S. 117 fg. 133 fg. (zwei Gutachten von v. Salpius und Heinsen). Preuß. Gesetz betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vom 13. 7. 1883 § 22. Sächs. Gesetz betr. die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung unbeweglicher Sachen vom 15. 8. 1884 § 10.

¹² Auch für diesen Fall wird von den erwähnten Schriftstellern (¹⁰) Unter- gang nur *ope exceptionis* behauptet, und für diesen Fall stimmt denselben auch Dernburg II S. 223. 228 zu.

¹³ Daher l. 13 D. 20, 5. „Creditor, qui suo iure pignus distrahit, ius suum cedere debet, et si pignus possidet, tradere debet utique possessionem“. Der Ausführung dieses Satzes ist der in Note ⁹ erwähnte Aufsatz von Platner gewidmet. A. M. Brinz 1. Aufl. S. 357.

¹⁴ Arg. l. 10 § 1 D. 20, 6.

Pfandrecht auch dadurch unter, daß der Erbe, welcher mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten hat, die Pfandsache zur Befriedigung der Gläubiger und Vermächtnißnehmer verkauft¹⁵.

[I. Nach § 88. erlischt das Pfandrecht:

1. durch Aufgabenerklärung des Pfandgläubigers an den Eigenthümer oder den Verpfänder (1255 Abs. 1). Die Erklärung ist im Gegensatz zum gemeinen Recht (§ 248, 1) einseitig. Ist das Pfandrecht mit dem Rechte eines Dritten belastet (bei Existenz eines Nießbrauchs oder eines Pfandrechts an der versicherten Forderung), so ist die Zustimmung des Dritten erforderlich; diese ist demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt, und in Abweichung von § 188 unwiderruflich (1255 Abs. 2).

2. Durch Rückgabe der Pfandsache seitens des Pfandgläubigers an den Verpfänder oder den Eigenthümer; Vorbehalt der Fortdauer des Pfandrechts ist ungültig (1253 Abs. 1); und die Existenz eines das Pfandrecht belastenden Rechts eines Dritten hindert das Erlöschen des Pfandrechts nicht. Die Rückgabe wird vermuthet, wenn das Pfand im Besitz des Verpfänders oder des Eigenthümers oder eines solchen ist, der den Besitz nach Entstehung des Pfandrechts von dem Verpfänder oder Eigenthümer erlangt hat (1253 Abs. 2). Ist gegen das Pfandrecht eine peremptorische Einrede begründet, sei es direct, sei es dadurch, daß gegen die Forderung eine solche Einrede begründet ist (s. ob. zu § 225 I, 2), so kann die Rückgabe des Pfandes und damit die Tilgung des Pfandrechts verlangt werden und zwar von dem Verpfänder sowohl wie von dem Eigenthümer (1254). Sind beide verschieden und weiß die Pfandgläubiger (vgl. 1248), so müssen die Vorschriften des § 432 zur Anwendung kommen. S. noch 1217 Abs. 2. 1218. Ist der Pfandgegenstand ein Recht, bei welchem zur Verpfändung die Uebergabe einer Sache erforderlich ist (1274), so vertritt die Rückgabe dieser Sache die Rückgabe des Pfandes (1278). In anderen Fällen des Pfandrechts am Rechte kann Verzicht auf das Pfandrecht unter den gleichen Voraussetzungen verlangt werden, wie beim Sachpfande die Rückgabe der Sache.

3. Durch Untergang der Pfandsache, (§ 248, 2); das Pfandrecht dauert aber an den Resten derselben fort. An der Ersatzforderung des Eigenthümers gegen den schuldigen Dritten (§ 248 zu 9) hat der Pfandgläubiger nach BGB. kein Pfandrecht; er hat aber eigene Schadenserzahlforderung gegen den Dritten gemäß § 823. Ueber Specification (§ 248 zu 10) vgl. BGB. 950 und ob. S. 860 fg. Ist der Pfandgegenstand ein Recht, so muß das Pfandrecht grundsätzlich mit dem Untergang dieses Rechts endigen. S. aber § 1276 und dazu ob. zu § 239, 1, c. Das Erlöschen des dem Pfandrechte unterliegenden Rechts durch Confusion wirkt gegen den Pfandgläubiger nicht (s. ob. § 248 zu 11. 12). Diesen Satz hatte C. I 1223 ausgesprochen; die II. Comm. hat ihn als überflüssig gestrichen (Prot. C. 4353; vgl. ob. zu § 215 unter 7).

4. Durch Erfügung der Freiheit (§ 248, 3) gemäß § 945 f. ob. zu § 216 unter 1.

5. Vgl. BGB. 936. 949. 960. 964. 973 und dazu ob. zu § 215 unter 10.

¹⁵ L. 22 § 8 C. 6, 30. Dernburg II S. 594.

6. Durch Vereinigung von Pfandrecht und Eigenthum in derselben Person (ob. § 248, 4); jedoch erlischt das Pfandrecht nicht, wenn die versicherte Forderung und somit das Pfandrecht, mit dem Rechte eines Dritten belastet ist (1256 Abs. 1). Es gilt als nicht erloschen, soweit der Eigenthümer ein rechtliches Interesse an seinem Fortbestehen hat (1256 Abs. 2), also namentlich, wenn nachstehende dinglich Berechtigte vorhanden sind.

7. Durch Erlöschen der versicherten Forderung (1252); vgl. ob. § 249, 1. Eine hypothetarische Succession besteht nicht; vgl. zu § 233b I, 2. Einreden gegen die Forderung wirken gemäß dem oben zu § 225 unter I, 2 Ausgeführten auch gegen das Pfandrecht, ausgenommen die Verjährungseinrede, es sei denn, daß die Forderung sich nur auf Rückstände von Zinsen oder anderen wiederkehrenden Leistungen richtet (223 Abs. 1. 3). Von dem letzteren Falle abgesehen bleibt das Pfandrecht nach Verjährung der Forderung bestehen.

8. Durch Abtretung der Forderung unter Ausschließung des Pfandrechts gemäß § 1250 Abs. 2.

9. Durch Pfandverkauf (s. ob. § 249, 2), vorbehältlich der Uebertragung der bestehenden Rechte auf den Erlös (vgl. ob. zu § 238 I, 7. 8.).

10. Besondere Endigungsgründe für einzelne Fälle des Pfandrechts ergeben §§ 560. 561. 562. 585. 704. 1289. — Im Falle des § 1296 C. 2 erlischt das Pfandrecht durch Rückgabe der Scheine; hier liegt also keine Besonderheit vor.

11. Ueber das Schiffspfandrecht s. 1262. 1266. 1267. 1269.

II. In Betreff der Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld s. BGB. 875. 876. 1121. 1122. 1123. 1124. 1126. 1129. 1173 Abs. 1. 1174. 1175. 1178 Abs. 1. 1181. 1183. (1192. 1199). Zu beachten ist namentlich, daß in zahlreichen Fällen, in denen man an ein Erlöschen des Rechts denken könnte, vielmehr dessen Erwerb durch den Eigenthümer eintritt (1143. 1163. 1168. 1169. 1170. 1171. 1175. 1190 Abs. 4); s. ob. zu § 233 b II und vgl. Stredker (ob. C. 967) §§ 7. 8.]

Nachträge und Berichtigungen

zum ersten Bande*.

- § 3² Patetta la scuola giuridica Constantinopolitana del secolo XI e la scuola di Bologna. Studi giuridici dedicati e offerti a Franc. Schupfer II p. 117 s. (Torino 1898.) ✓
- § 3⁴ §. 4 v. unt. zu setzen] statt [
- § 6a¹⁴ Mandry erschien in 4. Aufl., bearbeitet von Weib 1898. § 6a¹⁷ felleber die Materialien des BGB. f. jetzt Maas Bibliographie der amtlichen Materialien zum BGB. f. d. Deutsche Reich und zu seinem CG. Berlin 1897, auch denselben in der folgenden Schrift S. 29 fg. § 6a²² S. jetzt über die Literatur des bürgerlichen Rechts Maas Bibliographie des bürgerlichen Rechts (1888—1898. WR. XVI 1899, auch gesondert erschienen. Gesamtdarstellungen das. S. 60 fg. — Zitelmann das R. des BGB. Allg. Theil. Leipz. 1900 S. 7 fg. § 6a a. E. Nebengesetze des BGB.: Grundbuchordnung v. 24/3 1897. — Ges. über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung nebst CG., beide v. 24/3 1897. — HGB. nebst CG., beide v. 10/5 1897. — Ges. betr. Änderungen des HGB. und der StPD., Ges. betr. Änderungen der CPD. nebst CG., Ges. betr. Änderungen der RD. nebst CG., Ges. über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sämtlich v. 17/5 1898. Auf Grund von Ermächtigungen durch CG. z. HGB. Art. 13 und durch ein bes. Ges. v. 17/5 1898 sind durch Bekanntmachung des Reichstanzlers v. 20/5 1898 in neuer Redaction veröffentlicht: HGB., CPD., RD., Gerichtskostengef., Gebührenordn. f. Gerichtsvollzieher, f. Zeugen und Sachverständige, f. Advok. Anwälte, Ges. betr. die Anfechtung v. Rechts handlungen eines Schuldners außerhalb des Concursverfahrens, Ges. über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung nebst CG., die Grundb.D., das Ges. über die Angeleg. der freiw. Gerichtsbarkeit, das Genossenschaftsgef., das Ges. betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, das Binnenschiffahrtsges.

* Im ersten Bande sind die Reichsjustizgesetze noch nach ihrer alten Zählung angeführt, die Novellen dazu nur nach den Entwürfen. Man wird sich in dieser Beziehung im Allgemeinen nach einer der zahlreichen Ausgaben, welche die alten Zählungen und die der Entwürfe neben den neuen enthalten, leicht zurechtfinden. Nur, wo sachliche Bemerkungen über spätere Veränderungen zu machen waren, sind dieselben in diese Nachträge aufgenommen.

- ✓ § 6 b II Benschke die Grundsätze f. das Verhältniß des BGB. zum Reichs- und Landesr. Erl. Diff. 1898. Habicht die Einwirkung des BGB. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse. Jena 1899. 2. Aufl. I. 1900. Fuchs Gruch. Beitr. XLIV S. 1 fg.
- ✓ § 7^{1 a-c} Fortsetzung von Landsberg III, 1 1898. Sedel Beitr. z. Gesch. beider Re im N.-A. I. Bd. z. Gesch. der populären Literatur des r.-c. R. Tüb. 1898, dazu Conrat Sav.-ZS. XX S. 259 fg.
- ✓ § 9⁴ Zu Seitz vgl. Bekker fr. ZS. XXXVIII S. 1 fg. — Seitz Construction oder Selbstentwicklung und Verfahren der Darstellung des jeweilig positivlebenden prakt. R. Münch. 1898.
- ✓ § 12 S. 54 unter 29. Dernburg 5. Aufl. B. II. III. 1897. 6. Aufl. B. I, 1. 1900 (unter Mitwirkung von Biermann).
- ✓ § 14² Fadda-Bensa geht jetzt in der Uebersetzung bis § 526, in den Notizen der Herausgeber bis § 102. § 14⁷ S. LI. 85.
- ✓ § 15 fg. Neufamp das Gewohnheitsr. in Theorie u. Praxis des gem. R. ABW. XII S. 89 fg. 1897. Brie die Lehre vom Gewohnheitsr. I. (Geschichtl. Grundlegung. Bresl. 1899. Pernice z. r. Gewohnheitsr. Sav.-ZS. XX S. 127 fg. — Dertmann Volkstr. u. Gesetzesr. Dresden 1898. Stier-Somlo die Volksüberzeugung als Quelle Berlin 1900. Krüdmann das Gewohnheitsr. u. das BGB. Jahrb. f. Dogm. XXXVIII S. 191 fg. Crome Particulars Gewohnheitsr.? das. XXXIX S. 323 fg.
- ✓ Schmidt, Bruno, das Gewohnheitsr. als Form des Gemeinwillens. Leipz. 1899. — Haas die Stellung des Gewohnheitsr. in der kath. Kirche. Erl. Diff. 1898.
- ✓ § 18^{1a} S. LII. 1. § 18² zu l. 2 C. 8, 52 [53]: Montuori Filangieri XXII (1897) p. 81 s.
- ✓ § 20 Danz Gesetzesauslegung und das Leben. Grünh. ZS. XXIV S. 611 fg.
- ✓ Hölder die Auslegung des deutschen BGB. Leipz. Programm 1898.
- ✓ Scialoja Zeitschr. f. Schupfer (s. ob. zu § 3²) III p. 303 s. Reuter-
stidlb, Ueber Rechtsauslegung. Upsala 1899.
- ✓ § 22. 23 Schmidt (Max) Beiträge zur ratio iuris im r. R. Erl. Diff. 1899.
- ✓ § 24² Eltzbacher über Rechtsbegriffe. Berlin 1900.
- ✓ § 28 H. Krüger humanitas und pietas. Sav.-ZS. XIX S. 6 fg.
- ✓ § 30 Ehrlich das zwingende und nichtzwingende R. im BGB. f. d. deutsche Reich. Jena 1899. Ripp der Parteiville unter der Herrschaft des deutschen BGB. Erl. Prorectoratsrede 1899. Auerbach dispositives R. insbes. des BGB. Erl. Diff. 1900.
- ✓ § 34² Baviera il diritto internazionale dei Romani. Arch. giur. LX p. 266 s. 463 s. LXI p. 248 s. 488 s. bes. die beiden letzten Theile. Dazu H. Krüger Sav.-ZS. XX S. 264 fg. — Pernice Sav.-ZS. XX S. 138 fg. — Parazetti das internationale Privatr. im BGB. f. d. deutsche Reich. Hannov. 1897. Zitelmann Internationales Privatr. I. II, 1 Leipzig 1897. 98. Edelmann der grundsätzliche Standpunkt des deutschen BGB. im internationalen Privatr. ZS. f. internation. Privat- u. Strafr VIII S. 295 fg. Meili über das historische Debut der Doctrin des internationalen Privat- u. Strafr. das. IX S. 1 fg.

- § 35 **§. 126 zu BGB. §. 7 I. 7** statt 6.
- § 36 **Levy Bl. f. Anw. jun. in Bayern LXIV §. 113 fg. 129 fg. Stübel**
Sächs. Anw. IX §. 548 fg. Ruhn 3 §. f. frz. An. XXX §. 317 fg.
 § 36²⁻⁵ f. jetzt **CPD. 13—15.** Ein Theil der bisherigen Bestimmungen der **CPD.** ist wegen entsprechender Bestimmungen des **BGB.** gestrichen. § 36 **§. 129 §. 12. 13** Unrichtig wegen **BGB. 1586.**
- § 41¹ statt **Regelsberger I §. 50 I. I §. 51.**
- § 43² a. **§. 44^{1a} a. §.** statt § 123a I. § 122^e.
- § 45⁶ a. **§.** statt § 123a I. § 122⁷.
- § 47 **Carusi sul concetto della exceptionis defensio. Studi e documenti di storia e dir. XVII p. 217 s. p. 305 s. XIX p. 3 s. 255 s. Friedensthal Einwendung und Einrede in der CPD. und dem BGB. f. d. Deutsche Reich. Jena 1898. Bucerius Erörterung der Begriffe Exceptio, Einrede und Einwendung nach r. und nach gem. R., nach d. deutsch. CPD. und nach dem BGB. f. d. deutsche Reich. Göt. 1899, gekr. Preischr. § 47^{1a} **§.** Cf. LIII. 135. § 47⁷ Cf. LI. 170, **MG. XLIII §. 164 fg. § 47 §. 181 §. 10 I. 278** statt 378.**
- § 51^{1a} **verlehte Zeile I. §. 207¹²** statt 207¹⁰.
- § 53 **Rüppers die Grundsätze des gem u. preuß. R., sowie insbes. des neuen BGB. über die Todeserklärung. Erl. Diff. 1898. Kay Verschollenheit u. Todeserklärung nach d. BGB. Erl. Diff. 1899.**
- § 54 **§. 207.** Das dort über **BGB. 1305** Gesagte ist zurückzunehmen wegen **BGB. 1308**; das volljährige Kind im Sinne des § 1308 ist das für volljährig erklärte.
- § 56b² **MG. XLI §. 158 fg., Cf. LIV. 23.**
- § 57 **Giorgi I erschien in 2. Aufl. 1899. Goudy de la personnalité juridique. Th. de Paris 1896. Frey juristische Personen mit Ausschluß der Stiftungen. Sächs. Anw. VIII §. 385 fg. — Vereinsr.: v. Staubinger Bl. f. Anw. jun. in Bayern LXII §. 305—348. 356—377. A. Veit Vereinsherrschaft und Vereinsfreiheit im künftigen Reichsr. Jena 1899.**
- § 59^{1a} **Vierling Gesamtwille und Gesamthandlung. Greifsw. Festg. f. Keller 1899 §. 1 fg. § 59^{2a} Cf. LII. 72. § 59^{6a} Pöchner Ausschluß von Mitgliedern freier Vereine. Göt. Diff. 1896. Cf. LI. 167—169. § 59⁷ Hammer Schlag Geltung und Tragweite des Satzes universitas non delinquit nach gem. Civilr. Erl. Diff. 1898. § 59¹⁰ **MG. XXXIX §. 183 fg. XLI §. 191 fg., Cf. LII. 220, LIV. 209.****
- § 60 **Fränkel über die Entstehung von Stiftungen nach gem. R. u. BGB. Erl. Diff. 1898. Stinzing (W.) über das Stiftungsgeschäft nach dem BGB. AnPr. LXXXVIII §. 392 fg. Fay z. Lehre v. d. Sammelgeschäften Jahrb. f. Dogm. XXXVI §. 409 fg. § 60². Unger Ist die Ertheilung der juristischen Persönlichkeit durch die Staatsgewalt Begründung oder Anerkennung u. f. w.? Erl. Diff. (1896). Cf. LI. 166.**
- § 62 **Steinbach das Schicksal des Vermögens einer untergegangenen jur. Person nach dem BGB. Erl. Diff. 1898.**

- ✓ § 69 fg. Jfay die Willenserklärung im Thatbestande der Rechtsgeschäfte nach d. BGB. f. d. deutsche Reich. Jena 1899. Dazu Danz fr. RZS. XLII
- ✓ § 25 fg. Monich Willenserklärung und Rechtsgeschäft nach dem BGB. Berlin 1900.
- ✓ § 69 §. 270 fg. Nägelsbach die einseitigen Willenserklärungen und ihre Geltung im BGB. Erl. Diff. 1898. § 69 §. 271. S. ferner in Betreff beweglicher Sachen 929. 1205. — Vgl. Engeling Ist die Einigung des BGB. ein Vertrag im Sinne des gem. R. und im Sinne des BGB.? Erl. Diff. 1898. § 69 §. 274 3. 3 v. unt. im Text l. 671 statt 1671. § 69¹³ Cf. LI. 6.
- ✓ § 70² Reff Beitr. z. Lehre v. d. fraus legi facta in den Digesten. Berl. Diff. 1895. Zu Pfaff und Reff: Ehrlich fr. RZS. XXXIX S. 421 fg.
- ✓ § 71 Goering das R. der Minderjährigen und Entmündigten nach dem 1. I. 1900. Leipz. 1899. § 71, 1 Hardeband Jahrb. f. Dogm. XXXVII
- ✓ § 95 fg. 1897. Brasch die Geisteskranken im BGB. f. d. deutsche Reich. Berl 1899. — RG. XXVIII S. 191 fg., Cf. LI. 89, LIII. 2,
- ✓ LIV. 2. § 71, 4. Kräußlich die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen u. s. w. Erl. Diff. 1898. § 71, 5 Heude Begriff und Stellung des Verschwenders nach r. und deutschem R. Berl. Diff. 1898.
- ✓ Fischer die Lehre vom Verschwender u. s. w. Erl. Diff. 1898. § 71, 6 Entmündigung wegen Trunksucht: Doehn Sächs. ABH. IX S. 529 fg.
- § 72 Tränkner die Form der Rechtsgeschäfte nach dem deutschen BGB. Sächs. ABH. VII S. 321 fg. § 72⁸ Fritze die stillschweigende Willenserklärung im BGB. ABH. XIV S. 181 fg. § 72¹⁰ Simoncelli il silenzio nel dir. civile Rendiconti del R. istituto Lombardo serie II vol. XXX p. 258 s.
- § 73¹ Fied ABH. XV S. 337 fg. (Vote). § 73 S. 300. Fernere Fälle des Ausschusses der Vertretung 1317. 2282. 2284. In Betreff des zu BGB. 1307 Bemerkten ist zu beachten, daß das RGes. v. 6 2 75 § 45 Abs. 2 Ziff. 2 keine unerlässliche Form der Einwilligungserklärung vorschreibt. S. Abs. 3 das. § 73¹⁰ Cf. LIV. 139. 169. § 73 S. 306 die Berufung dessen, der äußerlich in eigenem Namen auftritt, auf seiner irrigen Annahme, daß seine Erklärung eine solche in fremdem Namen sei, wollte man ausschließen. Prot. d. II. Comm. S. 284 fg.
- § 74, 3. 74a Clarus Vollmacht und Geschäftsführung ohne Vertretungsmacht. Bl. f. RAnw. zun. in Bayern LXIV S. 161 fg. 177 fg. Förtsch die empfangsbedürftigen Willenserklärungen und die Proceßvollmacht. Jur.-Zeit. IV S. 489 fg. 1899. Fay die Vollmacht nach dem BGB. Erl. Diff. 1899. RG. XLIII S. 188 fg., Cf. LIII. 38. § 74³ Barassi la teoria della ratifica del contratto annullabile. Milano 1898.
- ✓ Raimweg Einwilligung und Genehmigung im BGB. Erl. Diff. 1898.
- ✓ Junker die Genehmigung im BGB. Erl. Diff. 1899. § 74⁷ Neumann Auslegung der Stelle Cels. l. 71 § 12 Dig. de sol. 46, 3. Erl. Diff. 1898. § 74^{7a} s. Cf. LI. 22, LII. 144.
- ✓ § 75 fg. Grueber die Willensmängel der Rechtsgeschäfte nach dem BGB. Bl. f. RAnw. LXIII S. 445 fg. 461 fg. § 75¹⁰ Vogel Rentalreservation

- und Simulation nach BGB. u. f. w. Erl. Diff. 1899. § 75² ¹⁰. Sonntag ✓
das simulirte Gefchäft. Erl. Diff. 1899. Cf. LII. 73, LIII. 90. § 75³
Cf. LI. 92. § 75 **§. 328 §. 3** Die simulirte Ehe ist gültig, weil unter
den ausschließend aufgezählten Nichtigkeitgründen und Anfechtungsgründen
die Simulation nicht vorkommt (1823 fg.).
- § 76* v. Lühr ferner ZS. f. Schweiz. R. N. F. XVII S. 1 fg. Ruoni die ✓
einseitige Unverbindlichkeit des unter Irrthum, Betrug und Furchterregung
abgeschlossenen Vertrages nach Schweiz. Obligationenr. Bern. Diff. 1897.
v. Hollander z. Lehre vom error nach r. R. Halle 1898. — RG. ✓
XLII S. 143 fg., Cf. LII. 221.
- § 77* Cf. LIII. 44 (RG.). S. auch LII. 222 S. 338 fg. Mustat Gruch. ✓
Beitr. XLII S. 769 fg.
- § 78 Benede der Irrthum im Motiv bei letztwilligen Verfügungen. Greifsw. ✓
Diff. 1898. Martius Irrthum in den Beweggründen bei letztwilligen ✓
Verfügungen nach r. und nach neuem deutschen bürg. R. Erl. Diff. 1898.
§ 78³ Cf. LIV. 4. § 78⁴ Klein Welche Ansprüche entstehen aus dem ✓
Betrug bei dem Vertragsschlusse. Erl. Diff. 1898. § 78⁷ Sprenger
über dolus causam dans und incidens. RGPr. LXXXVIII S. 359 fg.
— Cf. LII. 4, LIV. 139. 145. 210. § 78⁸ Cf. LIII. 213 (RG.).
- § 79^a Wilhelm Was ist Nsirrthum und ist er entschuldbar? Erl. Diff. 1898. ✓
Becker Kennen und Kennenmüssen als gleich- oder nicht gleichwirkende ✓
Thatbestände im BGB. Erl. Diff. 1899. Randoehr das Princip zum
Schutze mangelhafter menschlicher Erkenntnisfähigkeit im BGB. Gruch.
Beitr. XLIV S. 115 fg. § 79^a ⁵⁻⁶ Cf. LIII. 209.
- § 80 v. Blume z. Lehre von den durch Drohung erzwingenen Willenser-
klärungen. Jahrb. f. Dogm. XXXVIII S. 224 fg. Ruoni cit. zu § 76*.
- § 81² zu Lotmar: Endemann fr. ZJS. XLI S. 517 fg.
- § 82 Jacobi die fehlerhaften Gefchäfte. C. Beitrag zur Begriffslehre des
bürgerl. R. RGPr. LXXXVI S. 51 fg. Pizo Essai d'une théorie ✓
générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annullabilité
des contrats. Th. de Lyon 1897. Priem Gibt es eine Mittelstufe ✓
zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit. Erl. Diff. 1899. Christians ✓
über die f. g. relative Nichtigkeit der Gefchäfte. Erl. Diff. 1899. § 82
S. 371 **vorletzter Absatz**: Einrede nach Versäumnis der Anfechtung auch
bei Rechtsgeschäften unter Lebenden im Falle der Anfechtbarkeit wegen
Betruges oder Drohung (BGB. 853) f. II S. 896 unter 8. **Zu dem-**
selben Abs. a. C., f. auch 2079: der Fortfall des Pflichttheilberechtigten
vor dem Erbfall beseitigt aber nicht sowohl die Anfechtbarkeit des Testa-
ments als er deren Eintritt verhindert. § 82 S. 371 **letzter Abs.** Vgl.
hierzu II S. 955 fg.
- § 83 Schult die Convalescenz im BGB. Erl. Diff. 1899. § 83¹⁰ Cf. LI. 255. ✓
- § 84* Zu Danz f. H. Krüger Grünh. ZS. XXVII S. 241 fg., Hell-
mann fr. ZJS. XLII S. 40 fg. — Danz Ist die Auslegung der
Gefchäfte nach dem BGB. révisibel? Jur.-Zeit. IV S. 139 fg. Petersen
die Auslegung der Gefchäfte und das Revisionsgericht. Daf. 281 fg.
§ 84 S. 333 §. 8 statt 2060 l. 2066.

- § 86** A. Kohler die Resolutivbedingung. *ABR.* XV S. 1 fg. Sobjaid die bedingte und die befristete Obligation. *Er. Diff.* 1898. Diederhoff Welche von den praktisch bedeutsamen gemeinlichen Folgen des Unterschiedes zwischen Bedingung und Befristung treffen noch zu für das BGB.? *Er. Diff.* 1899.
- § 89^{1a} § 96⁷ Regelsberger Anspruch des Gläubigers auf Leistung von Sicherheit für betagte oder bedingte Forderungen wegen Eintritts einer Verschlechterung in der Vermögenslage des Schuldners. *Jahrb. f. Dogm.* XI S. 451 fg.
- § 90⁴ Grouven die Wirkung der Resolutivbedingung bei Begründung dinglicher Re. *Er. Diff.* 1898.
- § 91 Sind die Lehre v. d. Rückwirkung der erfüllten Resolutivbedingung mit Rücksicht auf das BGB. *Er. Diff.* 1898.
- § 93^{2a} Frz. Leonhard Willkür und Willenserklärung. *Jahrb. f. Dogm.* XXXIX S. 174 fg.
- § 94 g. Anf. Scialoja condizioni impossibili nei testamenti. *Bull. dell'ist. di dir. romano VIII p. 86 s. § 94 S. 422 fg.* Mazza sulla teorica delle condizioni illecite nei testamenti. *Torino* 1899.
- § 95 S. 426 S. noch 1768 *Abf.* 1. 2180 *Abf.* 2.
- § 96^a S. 434 *J.* 11. *Prot. d. II. Comm.* S. 374 fg.
- § 98⁵ P. Pfaff *Wiener Festschr. f. Unger.* 1898 S. 221 fg. Fritze *Clausula rebus sic stantibus.* *ABR.* XVII S. 20 fg. Barsanti *risolubilità dei contratti a lungo termine pel successivo mutamento dello stato di fatto.* *Arch. giur.* LXIII p. 3 s. *Sf.* LI. 194.
- § 101 Engelmann die Schulblehre der Postglottatoren und ihre Fortentwicklung. *Leipzig* 1895. Wendt die im Verlehr erforderliche Sorgfalt. *ACPr.* LXXXVII S. 422 fg. Weyl das Verschulden und die verwandten Begriffe im BGB. *ABR.* XIV S. 79 fg. § 101³ **viertliche Zeile** statt das. I. *Jahrb. f. Dogm.* § 101¹⁰ *Sf.* LI. 93 (*RG.*). § 101¹² *Sf.* LIV. 5, LIV. 138.
- § 103^{2a} *Sf.* LIV. 75.
- § 105⁶ Reuter über die Berechtigung des Gegensatzes Verjährung und gesetzliche Befristung. *Er. Diff.* 1896. Weber Unterschied zwischen Verjährung und Befristung. *Er. Diff.* 1898. *Vgl. auch Sf.* LIII. 183.
- § 106* Pernice *Sav.-ZS.* XIX S. 156 fg. Zum *E. BGB.* Hölder *ABR.* XI S. 217 fg. § 106¹ zu Heymann: *J. Pfaff fr. BZS.* XXXVIII S. 374 fg. — Stargardt *Anspruchsverjährung und Klageverjährung.* *Er. Diff.* 1898. § 106^{1a} *Sf.* LIV. 208.
- § 107² *Sf.* LIII. 33. 73. § 107 S. 476 *J.* 16 statt 358 I. 355.
- § 108² *Sf.* LIII. 17. § 108¹¹ *Sf.* LIII. 210 (*RG.*).
- § 109 S. 493 das hier geäußerte Bedenken erledigt sich dadurch, daß nach *CPD.* 305 *Abf.* 1 durch die aufschiebenden Einreden des Erben nach *BGB.* 2014 fg. die Klage und die Beurtheilung nicht gehindert werden *vgl. CPD.* 782.
- § 110 S. 495 Josef g. *Auslegung der §§ 196. 197 des BGB.* *Gruch. Beitr.* XLII S. 1 fg.

- § 111 Horn die bona fides bei der Klagenverfäherung nach c. und gem. R. Berlin 1899.
- § 112^o Cf. LIII. 78. § 112 C. 503 §. 7 fg. f. Nachtrag zu § 82 C. 371 vorl. Abf.
- § 121^a Fuld Bl. f. Hanw. LXIII C. 501 fg. Steinbach die Moral als Schranke des Aserverbs und der Asausübung. Wien 1898; dazu Sieghart Grünh. 3C. XXVI C. 739 fg. Wenderoth die f. g. Chifane nach r. R. u. dem BGB. Erl. Diff. 1898. Blümner die Lehre vom böswilligen Rmißbrauch (Chifane) nach gem. R. u. nach b. R. des BGB. Berlin 1899.
- § 122 Pangheineken der Urtheilsanspruch. Ein Beitrag z. Lehre v. Klager. Mit Berücksichtigung des neuen Reichsr. Leipzig 1899. Zur Feststellungs- klage Flechtheim 3C. f. CPr. XXV C. 405 fg. Stölzel das. XXVI C. 332 fg.
- § 123 Friedemann die Selbsthülfe in rhistorisch-dogmatischer Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des r. R. Erl. Diff. 1898. C. auch II § 455¹¹.
- § 124** Leipzig-Giebmanns die materiell-rlichen Wirkungen des Proceß- beginns. Erl. Diff. 1897. Ehrenzweig Grünh. 3C. XXV C. 281 fg. (Oesterr. R.). Zur processl. Consumtion: Pernice Sav. 3C. XIX C. 148 fg. § 124 C. 550 unter 3 a. C. I. Abf. 4 ff. Abf. 3. C. 551 zu 3. Es gibt in der That Fälle, in denen das BGB. den Anspruch durch Rhängigkeit (oder vertragsmäßige Anerkennung) vererblich werden läßt: 847. 1300.
- § 125 zu 1 C. 553. C. jetzt CPD. 265. 266. 325, bef. 325 Abf. 1. 2.
- § 128^{b. o}. Cf. LIV. 57. 184. § 128^o Aenderung der Klage ist nunmehr in erster Instanz auch ohne Einwilligung des Beklagten zulässig, wenn sie die Bertheidigung nicht wesentlich erschwert (CPD. 264). In der Berufungs- instanz ist die Aenderung nunmehr mit Einwilligung des Beklagten zulässig (CPD. § 527). § 128 C. 563 unter 1 vgl. hierzu II § 424 C. 831 unter 2, a. § 128 C. 563 unter 2: § 231 a ist CPD. 257. Die jetzige Fassung gewährt die Klage für den Fall, daß die Geltendmachung des Anspruchs an den Eintritt eines Kalendertages geknüpft ist; es ist aber unzweifelhaft, daß dieß auch der durch Ründigung bestimmte Kalendertag sein kann; vgl. Mot. z. Civilprozeßnovelle (Reichstagsvorl.) § 231 a—c. — § 231 b ist CPD. 268. Hinzugefügt ist noch CPD. 259, wonach außer den vorigen Fällen die Klage auf künftige Leistung auch dann erhoben werden kann, wenn den Umständen nach die Besorgniß gerechtfertigt ist, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde. § 128 C. 564. C. jetzt CPD. 726. 730. 756. 765 und dazu Mot. z. Reichstagsvorl. zu § 664. 676 a. 684 a. (Guttentag C. 103 fg., 115 fg.) Bei Verurtheilung zur Leistung Zug um Zug ist der Nachweis der Befriedigung oder des Annahmeverzuges des Schuldners zur Ertheilung der vollstreckbaren Ausfertigung nicht mehr erforderlich, es wäre denn, daß es sich um Verurtheilung zur Abgabe einer Willenserklärung handelt. Abgesehen von dem letzteren Fall ist auch die Anordnung des Vorsitzenden nicht nöthig.

- § 129 fg. M. Rümelin Klageänderung und Kraft. *ACPr.* LXXXVIII S. 87 fg. § 129¹⁰ Zu Bülow vgl. Kleineller tr. *BZS.* XXXVII S. 104 fg. S. auch Pernice *Sav.-ZS.* XIX S. 146 fg. 149.
- § 130^{21a} Cf. LI. 227 (wie mir scheint, irrig), Cf. LIV. 188, *AG.* XL S. 402 fg.
- § 131 S. 581 fg. *CPD.* 298 ist jetzt 322. 298 a ist nicht in das Gesetz aufgenommen; 298 b. 298 c wurden in der Reichstagsvorlage 298 a. 298 b, im Gesetz 323. 324. Ueber die Aufrechnungsfrage s. B. II S. 448 fg.
- § 132* zu Binder: Weib tr. *BZS.* XXXIX S. 129 fg. — Fischer *Jahrb. f. Dogm.* XL S. 151 fg. Wach u. Laband z. Lehre v. d. Kraft. Leipzig 1899. — Hellwig Erweiterung der Kraft zu Gunsten von Gutgläubigen. *Jur.-Zeit.* IV S. 473 fg. — Fürter Wirkung des rkräftigen Urtheils bei Gemeinschaftsverhältnissen. *Erl. Diff.* 1899. § 132 II z. Anf. statt 127 l. 122. § 132 S. 586 fg. *CPD.* 298 d, Reichstagsvorl. 298 c, ist *CPD.* 325. Im Abf. 1 das. ist dem Falle, daß eine der Parteien mittelbarer Besitzer wird, ausdrücklich gleichgestellt der andere, daß dasselbe von einem Rechtsnachfolger einer Partei gilt. — *CPD.* 238 ist aufgehoben, sein Inhalt ist in den jetzigen §§ 265 Abf. 3. 266 Abf. 2. 325 Abf. 2 aufgegangen. — Der citirte § 238 a ist § 325 Abf. 3 geworden. — *CPD.* 298 e, Reichstagsvorl. 298 d, ist *CPD.* 326. Ein zweiter Abf. dieses § läßt das Urtheil, welches zwischen dem Vorerben und einem Dritten über einen der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstand ergeht, gegen den Nacherben auch dann wirken, wenn der Vorerbe befugt ist, über den Gegenstand ohne Zustimmung des Nacherben zu verfügen (vgl. *AGB.* 2112 fg.). — *CPD.* 293 f, Reichstagsvorlage 293 e, ist *CPD.* 327. — *CPD.* 584 b ist jetzt *CPD.* 629. — 592 a = 640. 592 d = 643. 592 e = 644. S. 588 II: es gibt kein dingliches Adjudicationsurtheil; vgl. II S. 882.
- § 133 Bedch die Beweislast nach dem *BGB.* Münch 1899. Kref z. Lehre v. d. Beweislast nach dem *BGB.* Würzb. 1899. — S. 594: *CPD.* 264 a ist 292. Der Satz, daß die vermuthete Thatsache des Beweises nicht bedarf, ist fortgelassen.
- § 136 a⁸ Cf. LII. 142. — S. 602: Angesichts *BGB.* 305 ist die Möglichkeit der Begründung von Obligationen des Staates durch Gesetzgebungs- oder Verwaltungsact ohne Vertrag doch auf Fälle öffentlichrechtlicher Art einzuschränken.
- § 137 Bekker über die natürliche Beschaffenheit der Objekte unserer dinglichen Re. *Sitz.-Ber. d. berl. Akademie phil.-hist. Classe* XLIII 1898 S. 648 fg. § 137² Dernburg *Jur.-Zeit.* I S. 473 fg. Baron das. III S. 49 fg. Blaf das. IV S. 36. Dalcke *Arch. f. Strafr.* 45 S. 401 fg. Bekker (oben) S. 662 fg. Blaf das. *Agut der Electricität im Civil- und Strafr.* Zürich 1898. Brasack die Entwendung von Electricität. *Erl. Diff.* 1898. Strousberg die rvidrige Aneignung des elektrischen Stromes. *Erl. Diff.* 1898.
- § 139 S. 612, 2: *CPD.* 757 = 864. 757 a = 865. 757 f = 870. Statt Berichtigungen, welche ein Blatt im Grundbuche erhalten können, heißt es

Berechtigungen, für welche die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten (864. 870).

- § 143* Cf. LII. 2. § 143⁴ Cf. LI. 3.
- § 144* Ribbentrop Begriff der Frucht nach r. R. und nach dem BGB. Erl. Diff. 1899. § 144² Cf. LI. 2.
- § 146, 3 Ossig röm. Wasserr. Leipz. 1898; dazu Erman fr. BZS. XLII S. 1 fg. Bezgola üb. Verhältnisse an öff. Wasserläufen. Zürich. Diff. 1898. Treuenfels Gemeingebrauch und Sonderre an öffentlichen Flüssen nach gem. R. Erl. Diff. 1899. Müller das Flußwasser steht im Eigentum! Erl. Diff. 1899. v. Lud und Wilten das R. auf Sand u. Steine in öff. Flüssen u. s. w. Erl. Diff. 1899. — Umfang des Flußbetts: Cf. LV. 2 (RG.). § 146^{16a} Thiele das Wesen des Gemeingebrauchs an den res privatae u. s. w. Erl. Diff. 1898.
- § 147⁶ v. C. vgl. jetzt ausdrücklich CPD. 811, Ziff. 12.
- § 148* zu Randa 4. Aufl. Hölder fr. BZS. XXXVIII S. 396 fg. — Wirbt unter welchen Voraussetzungen wird die Inhabung im gem. R. u. im BGB. geschützt? Erl. Diff. 1898.
- § 149⁷ § 184⁷ Igen rliche Stellung des Finders u. s. w. Erl. Diff. 1898. Oesterreich das R. des Finders verlorener Sachen unter bes. Berücks. des BGB. Erl. Diff. 1898.
- § 152, 3 und S. 694, n. n. 700, 5 Ubbelohde Jahrb. f. Dogm. XXXIX S. 134 fg.
- § 153 Kruga der Sachbesitzerwerb corpore et animo, Grünh. ZS. XXIV S. 217 fg. 918 fg. § 153⁹ zu I. 33 D. 41, 2 Schloßmann Sav.-ZS. XVIII S. 196 fg.
- § 154³ Steinlechner über Besitz und Besitzeschutz des Faustpfandgläubigers nach österr. R. Grünh. ZS. XXVI. S. 141 fg.
- § 148 fg. S. 689 fg. Bartels Ausführungen zur Besitzlehre des BGB. Gruch. Beitr. XLII S. 645 fg. Strohal Jahrb. f. Dogm. XXXVIII S. 1 fg. Frank der Besitzwille nach dem BGB. Bonn. Diff. 1898. Wolff der Begriff des Besitzes nach dem deutschen BGB. Erl. Diff. 1898. Affolter das Willensmoment beim Besitzerverbe. ABR. XVII S. 1 fg. Förtsch Besitz des gesetzl. Vertreters. Gruch. Beitr. XLIII S. 545 fg. Knip der Besitz des BGB. gegenübergestellt dem r. und gem. R. Jena 1900. — S. 690 Z. 20: statt genannt l. gemeint.
- § 157 S. 709 I 2 vorletzte Z.: s. jedoch 940 Abs. 2.
- § 158 fg. Joseph Erläuterungen zu den Besitzlagen des BGB. aus dem preuß. R. u. der preuß. Rprechung ABR. XV S. 265 fg. Grünmann Sächs. ABR. VIII S. 321 fg. Schulenburg über den Schutz des Besitzes an Sachen nach dem BGB. Erl. Diff. 1899. Krahe der Besitzschutz nach dem BGB. Erl. Diff. 1899. § 158 S. 712 CPD. 232 Abs. 2 ist nunmehr gestrichen, die Verbindung der petitorischen mit der possessorischnen Klage also erlaubt.
- § 162. § 162a. Lange der Besitzschutz des Pächters. Erl. Diff. 1898. — Cf. LI. 95. 96, LIII. 6 (RG.). § 162a^{7a} Cf. LI. 76 (RG.) — S. 738 Z. 10 b. n. ff. 1015 I. 1005.

- § 165^a Dusi Riv. ital. XXV p. 258 s. XXVI p. 220 s. Richter dominium revocabile ex tunc nach gem. R. und unter Berücksichtigung des BGB. Erl. Diff. 1899.
- § 169 Lusignani le limitazione della proprietà in diritto Romano. Filangieri 1898 No. 7. Monich Umfang und Gegenstand des Grundeigentums u. befugte Einwirkung Jahrb. f. Dogm. XXXVIII S. 155 fg. § 169⁷ RG. XL S. 182 fg., Cf. LI. 11. 289, Cf. LIII. 8. 180. 191. LIV. 212. § 169²⁰ Cf. LII. 146 (RG.)
- § 169^a v. Seeler das Miteigentum nach dem BGB. Halle 1899. Joerges z. Lehre v. Miteigentum und der gesammten Hand nach deutschem Reichsr. ZS. f. RH. XLIX S. 140 fg. § 169^a Bgl. II § 449¹.
✓ Jarres über die Art der Theilung des Miteigentums an gemeinschaftlichen Grenzmauern u. s. w. Erl. Diff. 1897. § 169^a S. 774 zu BGB. 743 Abf. 1 vgl. II S. 840a.
- § 170^{*} v. Luhr Eigentumswerb an Mobilien nach dem BGB. verglichen mit dem R. des code civil. ZS. f. frz. GR. XXX S. 527 fg.
- § 171 fg. Chlamtacz die rliche Natur der Uebereignungsart durch Tradition im r. R. Leipz. 1897. F. Leonhard Vertretung beim Fahrnißwerb. Leipz. 1899. § 171^b Cf. LIV. 6 (RG.). Rückmann ABR. XIII S. 1 fg. Staffel e. Beitrag z. Lehre vom dinglichen Vertrag. Sächf. ABR. IX S. 360 fg.
- § 172¹³ Cf. LII. 225. — S. 792, 5: f. aber 986 Abf. 2. S. 792 fg. 8. 9. Buhl Heidelb. Festg. f. d. Großh. v. Baden 1896 S. 211 fg. Wendt ACPr. LXXXIX S. 1 fg. Traumann Wirkungen des Erwerbes in gutem Glauben nach gem. R. u. BGB. Erl. Diff. 1898. — BGB. 366 fg. — S. 794, d: vgl. 986 Abf. 2.
- § 172^a, 3 Philipp das vertragsmäßige Veräußerungsverbot als dingliche Dispositionsbeschränkung nach gegenwärtigem und künftigem Rechte. Bl. f. RAnw. zun. in Bayern LXIV S. 353 fg. S. 369 fg. § 172^a Lusignani interpretazione del fr. 7 § 2 D. de distr. pign. Parma 1898.
- § 173¹ G. Meyer der Eigentumswerb bei der Enteignung. Heidelb. Festg. f. Bekker 1899, S. 109 fg.
- § 174¹ Friedländer ABR. XII S. 369 fg. § 174, 2 Pfaffmann über die rei vindicatio utilis. Erl. Diff. 1898.
- § 176^{*} Jonas Begriff und Bedeutung der bona fides bei der Ersetzung und Klagenverjährung. Erl. Diff. 1897. § 176³ RG. XXXIX S. 163 fg., Cf. LIII. 5 (RG.)
- § 184² v. Staubinger Einiges über Aneignung von Thieren mittels Jagd, Fischerei und Vogelfang. Bl. f. RAnw. zun. in Bay. LXIII S. 285 fg. § 184⁵ Jähner Eigentumswerb an Wildergut. Göt. Diff. 1897. Reichelt die rliche Natur des Jagdwildes u. des Wilderguts. Breslau 1897. Wille die Streitfrage nach dem rlichen Schicksal des von einem Unbefugten occupirten Wildes. Erl. Diff. 1898. § 184⁴ B. Müller zur Lehre vom Schatz nach r. R. u. nach dem R. des BGB. Erl. Diff. 1898. Rentel das r. u. gem. Schatzr. u. s. w. Erl. Diff. 1899.

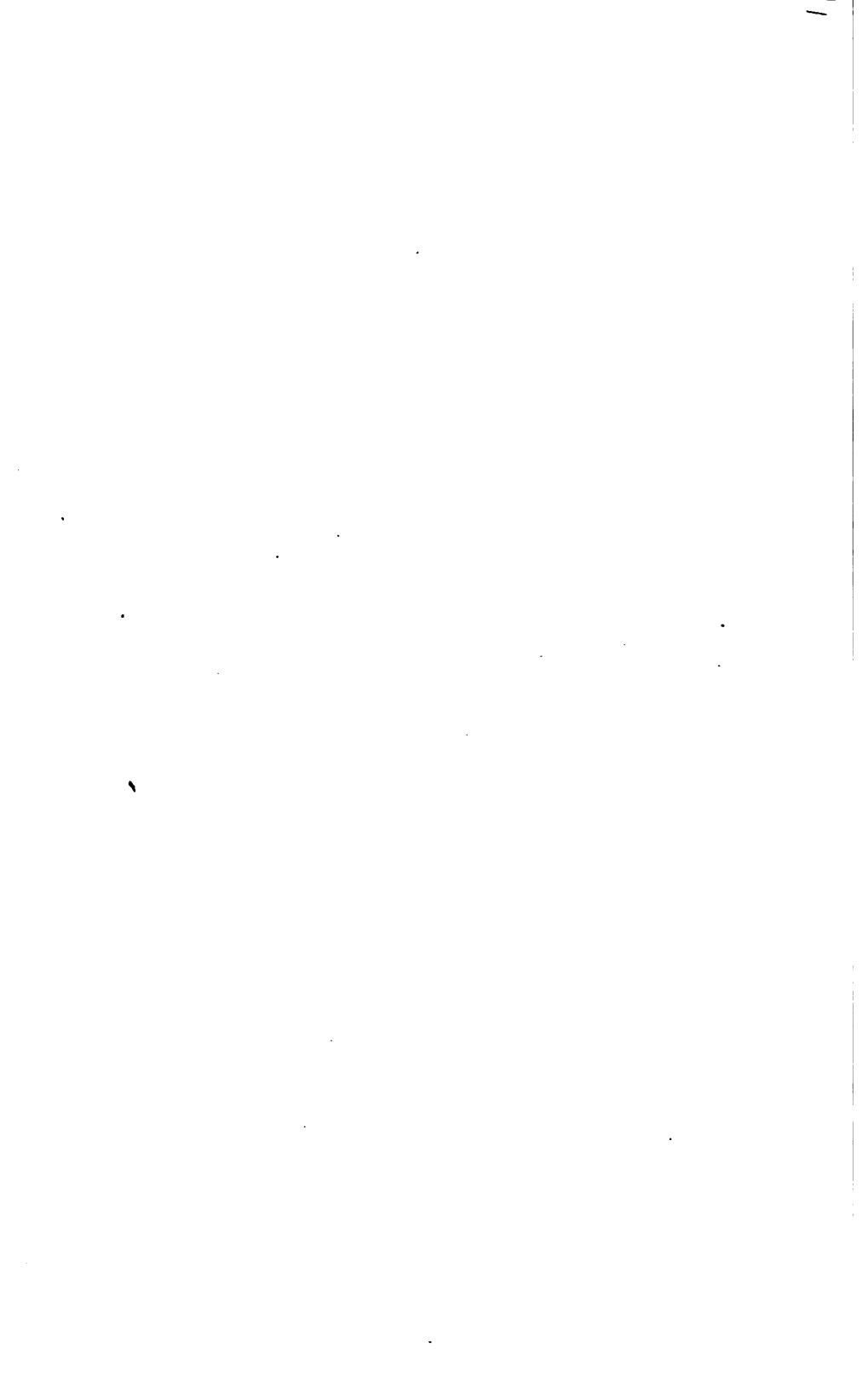
- § 185² Ueber den alveus derelictus Andrich Arch. giur. LVI p. 101 s. Riccobono Festschr. f. Schupfer (ob zu § 3²) I p. 215 s.
- § 186 Benscher Eigenthumswerb an Früchten. Erl. Diff. [1898]. v. Blume ✓ z. Lehre vom Fruchtwerb des Pächters (nach BGB.). Jahrb. f. Dogm. XXXIX S. 429 fg. § 186⁷ fg. Efimoff nouv. Revue histor. de droit fr. et étr. XXIII p. 170 s.
- § 187* Sokolowski Sav.-ZS. XVII S. 252 fg. Hoffmann Grünh. ZS. XXIII S. 433 fg. Wolff Eigenthumswerb durch Specification. Bresl. Diff. 1897. Jadig die Kriterien der Rückführbarkeit und des guten Glaubens in der Lehre v. d. Specification. Erl. Diff. 1898. Strauß Eigenthumswerb durch Specification. Erl. Diff. 1899.
- § 188—190 Czjchlarz Eigenthumswerb durch Accession. Wiener Festschr. f. Unger 1898 S. 1 fg. § 188⁸ Cf. LIII. 3. § 188¹⁶ Riccobono Arch. giur. LIII p. 521 s. LIV p. 265 s.
- § 189⁸ Barsanti Arch. giur. LVIII p. 201 s., Mancaloni riv. ital. XXIV p. 198 s. Hartmann Geht das Eigenthum an Geld, welches in fremde Hände geräth, schon durch Ausgeben seitens des fremden Besitzers, oder erst durch Vermischung mit fremdem Gelde verloren? Erl. Diff. 1899. — Cf. LII. 25 S. 50.
- § 190 S. 871 fg. unter 3 Friedländer Erwerb des Eigenthums an Geld durch Vermengung nach BGB. Bl. f. Anw. jun. in Bayern XV. Ergänzungsbl. S. 385 fg. § 190 S. 872 unt. 873 ob.: zu streichen Vermischung, Vermengung.
- § 191 § 215¹ Cortelli del cambiamento di forma delle cose e della relativa estinzione dei diritti. Studi e docum. di storia e diritto XVII p. 185 s.
- § 192 fg. Kronberger die Ansprüche des Eigenthümers nach BGB. im Vergleich zum bisherigen gem. R. Erl. Diff. 1898.
- § 193 fg. Köhler Gründe u. Umfang der Haftung des bösgläubigen Besitzers betr. die vindicirte Sache. Erl. Diff. 1898. § 193⁸ Karpinski Haftung des malae fidei possessor als dolo malo desinens possidere u. f. w. Erl. Diff. 1898. — Cf. LI. 256, LIII. 79.
- § 194¹ fg. Rögel Wie weit ist der Pächter, der gutgläubig vom besitzenden Nichteigenthümer ein fruchttragendes Grundstück gepachtet hat, dem Eigenthümer desselben zum Fruchtersatz verpflichtet u. f. w.? Erl. Diff. 1898. Cf. LI. 10.
- § 195 Stassen Ansprüche des Besitzers wegen Verwendungen dem klagenden Eigenthümer gegenüber. Erl. Diff. 1898.
- § 196 Roßteutscher die Passivlegitimation bei rei vindicatio, Publiciana und hereditatis petitio. Erl. Diff. 1899. § 196 S. 890 fg. Wendt Ist nach den Vorschriften des BGB. die Verfolgung des dinglichen R. auch gegen den mittelbaren Besitzer zulässig? Gutachten f. d. 24. deutsch. Juristent. Vrhblg. III S. 3 fg. — Gutachten von Gierke das. S. 29 fg. mündliche Verhandl. IV S. 129 fg. 350 fg. Strohal Sächs. ANR. VIII S. 341 fg. Bartel der mittelbare Besitz und die rei vindicatio gegen den mittelbaren Besitzer. Erl. Diff. 1899. S. auch CPD. 886.

- § 196 Allen Welche Eingriffe können mit der actio negatoria abgewandt werden? Erl. Diff. 1897. Runt Der Klagegrund der actio negatoria. Erl. Diff. 1889. § 198^a = 2 Ziele ACPr. LXXXIV S. 50 fg.
- § 199 Perozzi Bull. dell' ist. di dir. romano VII p. 45 s. Pacchioni: das. IX p. 118 s. Fenel Sav.-3S. XX S. 11 fg. § 199^b Zornthal Ist Besitz notwendige Voraussetzung der actio Public. Erl. Diff. 1898. Mitthausen über den Besitzerwerb des Klägers als wesentliche Voraussetzung der act. Public. Erl. Diff. 1898.
- § 201^c Pernice Sav.-3S. XIX S. 85.
- § 204 S. 924. J. Gierke der Versicherungsvertrag beim Nießbrauch im BGB. Jahrb. f. Dogm. XI. S. 341 fg.
- § 205 Ziebeneicher die Stellung desjenigen, dem der Nießbraucher die Ausübung des Nießbrauchs übertragen hat. Erl. Diff. 1898. Mittag idem. Erl. Diff. 1899.
- § 206^d Pflicht Nießbrauch an Inhaberpapieren mit Prämien. Erl. Diff. 1897. — Neu der ususfructus nominis nach gem. R. u. BGB. Erl. Diff. 1897.
- § 208 S. 943 I: ff. 1017 I. 1093.
- § 209** Lusignani le origini delle servitù prediali in dir. rom. Roma 1898.
- § 211a^e Cf. LIV. 171 (RG.).
- § 212^f Auslegung Cf. LI. 98 prätorische Entstehungsarten: Perozzi Riv. ital. XXIII p. 3 s. 167 s. § 212^g Cf. LIII. 10, LIV. 76 (RG.).
- § 213 Raret die Acquisitivverjährung von Grunddienstbarkeiten nach gem. R. und dem Re des BGB. Erl. Diff. 1899. § 213^h Cf. LIII. 9. Taat praeser. qu. possess.: Cf. LII. 75.
- § 215ⁱ Sachs die Wirkungen der Confusion nach r. Re und dem Re des BGB. Berl. 1898. J. Kretschmar die Theorie der Confusion. Leipzig. 1899. § 215^j Thon ACPr. LXXX S. 83^k.
- § 221 Cf. LIV. 141.
- § 223 Lucci Arch. giur. LI p. 251 s. LII p. 500 s. Coviello Bull. dell' ist. di dir. rom. VI p. 80 s. § 223^l Cf. LIII. 210.
- § 224^m Herzen la date des actions hypothécaires Romaines. Nouv. Revue hist. de droit fr. et étr. XXIII p. 5 s. Herzen origine de l'hypothèque Romaine. Paris 1899. Dazu Reuberer Sav.-3S. XX S. 279 fg. v. Schwind Wesen und Inhalt des Pfandr. Jena 1899. § 224ⁿ Haas die Sicherstellung durch Uebertragung einer Geldsumme nach deutschem bürg. R. Straßb. 1899. Bedor Sicherung des Gläubigers durch constitutum possessorium. Erl. Diff. 1899.
- § 231^o Fuld 3S. f. frz. GR. XXX S. 382 fg. § 231^p Fuld 3S. f. frz. GR. XXX S. 354 fg. Cf. LI. 103, LIV. 19.
- § 232 S. 1042 I, 1, a. b: f. auch II S. 691 fg. unter 3. S. 1043, 3: Das Gesagte ist irrig, weil BGB. 1257 nicht auf die Entstehung des gesetzlichen Pfandrechts, sondern nur auf das entstandene die Vorschriften über das rgschäftliche Pfandr. anwendet.

- § 233^{1b} zu Fleischmann s. Friße fr. BZS. XL S. 509 fg. Tenbierg ✓
 Pfändungspfandr. Erl. Diff. 1898. § 233^{3c} n. S. 1047 Fuchß BZS. f.
 CPr. XXIV S. 188 fg. (Intervention des Eigenthümers bei Frucht-
 pfändung auf Pachtgut)
- § 237²² vgl. II § 391^a.
- § 237^{2b} Verzinsung der hypocha Pernice Sav.-BZS. XIX S. 134.
- § 239⁷ Geiseler das Pfandr. an Forderungen nach gem. Civilt. Erl. Diff. ✓
 1898. Hoeber über das Verhältniß des pignus nominis zu der ✓
 Cessio in securitatem. Erl. Diff. 1898. Weigelin Pfändungspfandr. ✓
 an Forderungen nach heutigem deutschen R. Stuttg. 1899. Schumann ✓
 Construction und Streitfragen des pignus nominis. Erl. Diff. 1899.
 Schirmer Sav.-BZS. XX S. 323 fg. (zu l. 7. 8. C. 4, 39) S. 1094
 fg. Falkmann zu BGB. 1282 Gruch. Beitr. XLIV S. 109 fg.
- § 242⁸ v. Roessler Von welchem Moment datirt nach gem. R. die Credit- ✓
 Hypothek? Erl. Diff. 1897.
- § 248, 4 Gerland Grünh. BZS. XXV S. 343 fg. Bürgerl Behandlung ✓
 der Eigenthümerhypothek nach r. R. Erl. Diff. 1898.



Ex. 111
 1111





HARVARD LAW LIBRARY



3 2044 075 174 839



