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.

DISPOSED OF BY ORDER
A.&.C.

German
510
W 126 b

Pandekten

von

Carl Georg von Wächter

herausgegeben durch

O. v. Wächter

I

Allgemeiner Theil

Leipzig

Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel

1880.

BIBL. CODR. COLL. OMNIUM OXON.
DUPLICATE OF BY ORDER
A.S.C.

BODLEIAN
13 FEB 1975
D
LAW LIBRARY

Alle Rechte vorbehalten.

Vorbemerkung des Herausgebers.

Die Absicht meines verewigten Vaters, ein Lehrbuch der Pandekten herauszugeben, gelangte nicht zur Ausführung. Indeß hat er seinen Kollegienheften viele Bemerkungen und Zusätze, zum Theil wohl auch im Hinblick auf künftige Herausgabe, beigefügt. Die Vorlesungen, welche er in Leipzig gehalten, und die zu denselben für seine Zuhörer gedruckten Beilagen haben selbst über diese Kreise hinaus vielfach Verbreitung und Autorität erlangt. Über ihren inneren Werth bedarf es wohl keines Wortes und nicht einer Rechtfertigung, wenn nun nach seinem Ableben (15. Januar 1880) diese Vorlesungen veröffentlicht werden.

Der Vortrag folgte der Ordnung des Lehrbuchs der Pandekten von Arndts. Doch ergaben sich mitunter Abweichungen von derselben, z. B. durch Einfügung der Theorie der Rechtsnormen (§ 17 bis 32). Auch waren — nach den neueren handschriftlichen Dispositionen — den Paragraphen andere Ziffern zu geben, als die im Kolleg sich an das Kompendium von Arndts anschließenden, welch letzteres, da nach demselben gelesen wurde, den Inhalt der Vorlesungen ergänzt.

Die obenerwähnten (zuletzt 1868 und 1869 gedruckten) **Beilagen** sind als solche in der Regel den betreffenden Paragraphen angehängt, zum Theil aber dem Kontext der Vorlesung (in kleinerer Schrift) einverleibt.

In den Citaten bezeichnen römische Ziffern die Theile oder Bände eines Werkes, arabische Ziffern weisen auf die Seiten; soll der Paragraph eines Werkes citirt werden, so ist stets das §-Zeichen der Zahl vorgesetzt.

Die neue Litteratur ist von 1873 an, bei einzelnen Lehren seit Ende der sechziger Jahre im Manuskript nicht überall nachgetragen.

Zusätze oder Bemerkungen des Herausgebers — soweit nicht ausdrücklich als „Anm. d. Herausg." bezeichnet —, sind in rechtwinklige Klammern [ ] eingeschlossen.

Dem Schluß des besonderen Theiles wird das alphabetische Gesammtregister angehängt werden.

Möchte das Werk bei den vielen Freunden und Schülern des Verewigten wohlwollender Aufnahme begegnen.

Stuttgart, den 29. September 1880.

Dr. iur. Oskar Wächter.

Vorwort

von C. G. v. Wächter.

Man ist in unserer Zeit darüber einverstanden, daß den Gegenstand des sog. Pandektenrechts und der Pandektenvorlesungen lediglich Privatrecht bildet. Bekanntlich war dies früher nicht der Fall. Das gesammte positive Recht, so weit ihm der Charakter eines für Deutschland überhaupt gültigen, eines gemeinen, zukam, wurde (nur mit Ausnahme dessen, was in das kanonische Gebiet fiel) in den Pandektenvorträgen gelehrt, wie in den gedruckten Pandektensystemen und Kommentarien entwickelt. Es machte sich dies ganz von selbst. Als das deutsche Gewohnheitsrecht in seiner umfassendsten und wichtigsten That seine Macht äußerte, als es die Rechtsbücher eines byzantinischen Imperators als gemeines Recht in Deutschland recipirte, war die germanische Rechtsbildung noch so unentwickelt, roh, fragmentarisch, in die verschiedensten partikulären Gestaltungen zerfallen, daß sie durch die Macht des wissenschaftlich durchgebildeten, verhältnismäßig vollständigen, in wenigen Kodices leicht zugänglichen römischen Rechts völlig beherrscht werden mußte. Es trat aber nicht lediglich römisches Recht an die Stelle des germanischen. Was in Wahrheit dem Geiste des Volks, seinen Bedürfnissen und seinem Leben entsprach, konnte nicht ganz verdrängt werden; es erhielt sich, wenngleich nur in partikularrechtlicher Ausbildung. Dabei ist aber wohl zu beachten, daß ein großer Theil Dessen, was wir römisches Recht nennen, nichts Anderes ist, als eine Aufklärung über die wahre rechtliche Natur gewisser Lebensverhältnisse, welche Natur nicht das Erzeugnis eines bestimmten posi-

tiven Rechts genannt werden kann, sondern mit diesen Verhältnissen als ihr unwandelbares Recht von selbst gegeben ist. — Auch war, wenngleich nur wenig ursprünglich Deutsches zu wahrhaft gemeinrechtlicher Durchbildung kam, der deutsche Geist für das gemeinrechtliche Element in anderer Weise und mehr, als man häufig glaubt, thätig, indem er das recipirte Recht den deutschen Verhältnissen und Auffassungen zu assimiliren und das damit Unverträgliche auszustoßen und umzubilden suchte. Leider aber bot die Wissenschaft des 16. und 17. Jahrhunderts diesem Streben nicht gehörig die Hand; sie vernachlässigte das einheimische Element, suchte es in einseitige Unterordnung unter das recipirte Element zu bringen und dabei erkannte sie das letztere selten in seinem wahren Geiste und faßte es mehr nur äußerlich in seinem Buchstaben auf. — Durch diese Richtung wurden auch die wissenschaftlichen Vorträge für den deutschen Juristen bestimmt. Sie knüpften sich beinahe lediglich an die Quellen des römischen Rechts an, und zwar, als man allmählich die exegetische Methode verließ, an den Theil der justinianischen Rechtsbücher, welchen man den wissenschaftlichen Kern derselben nennen kann, an Justinians Zusammenstellung Dessen, was er für die wissenschaftliche und praktische Quintessenz der Werke der klassischen römischen Juristen hielt, an seine Pandekten. In die Titelrubriken derselben und die unnatürliche Ordnung von Justinians Digesten wurde beinahe der ganze Stoff des geltenden Rechts gezwängt, und so umfaßten die Pandekten-Vorlesungen eine Entwicklung des gesammten in Deutschland geltenden Rechts, so weit ihm gemeinrechtlicher Charakter zukam und so weit es sich unter Justinians Pandektentitel bringen ließ, ganz im Gewande und in den Fesseln des römischen Rechts und mit nur dürftiger Berücksichtigung des deutschen Elements, welches als usus modernus Pandectarum am Schlepptau nachgeführt wurde.

Diese falsche Methode erhielt sich, wenn auch allmählich neben ihr einzelne Disciplinen besonders behandelt wurden, — doch im Wesentlichen bis an das Ende des vorigen Jahrhunderts — und selbst in unser Jahrhundert herein, so lange es noch Pandektisten gab, die ihre Vorträge und Schriften an Justinians

Digestenordnung anschlossen. Sie fiel erst ganz, als man von der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts an mehr und mehr und im Laufe unseres Jahrhunderts allgemein die ungeeignete Ordnung von Justinians Digesten verließ und in einer durch den innern Zusammenhang der einzelnen Theile bestimmten, wahrhaft systematischen Ordnung das Privatrecht zu enwickeln suchte. Nun wurde alles Heterogene ausgeschieden und so beschränkten sich am Ende die Pandekten auf das gemeine Privatrecht und zwar mit Ausschluß der nähern Entwicklung der gemeinrechtlichen germanischen und modern europäischen Institute. Denn nur Wenige verbinden auch die Entwicklung dieser Institute mit dem übrigen gemeinen Privatrecht. Freilich paßte nun für sie der Name Pandekten — des für den Juristen alles Wissenswürdige Umfassenden — nicht mehr; allein man behielt ihn doch bei, — und dazu mochten außer dem angeführten historischen Momente noch zwei, für Kreis und Methode des Pandektenrechts erhebliche, Momente mitwirken. — Es giebt eine Reihe von wichtigen allgemeineu Rechtslehren, welche nicht bloß den verschiedenen Instituten des Privatrechts, sondern allen Zweigen des Rechts überhaupt bis auf einen gewissen Grad gemeinsam sind, wie z. B. die Lehre von Entstehung, Abänderung, Anwendung, Auslegung, Ergänzung des positiven Rechts. Die genauere Entwicklung solcher Lehren als Grundlage für alle Rechtsdisciplinen überließ man dem Pandektisten; es verblieb ihm gleichsam diese Aufgabe bei der Ausscheidung der heterogenen Disciplinen. Man verweist in dieser Hinsicht bei der Entwicklung der anderen Rechtstheile mit Recht auf die Pandektensysteme und Vorträge und geht auf Jenes bei ihnen nur in so weit näher ein, als es etwa durch ihre besondere Natur Modifikationen erleidet. Schon dadurch wurden die Pandekten die Grundlage des juristischen Studiums. Dazu kommt, daß sie es vornehmlich sind, durch welche der juristische Kopf (so zu sagen) gebildet wird. In den meisten anderen Rechtstheilen läßt sich die volle Rechtskonsequenz nicht in dem Grade festhalten, wie auf dem Gebiete des Privatrechts, und dabei wurde gerade von den römischen Juristen diese Konsequenz in so tüchtiger Weise gehandhabt, daß man die Pandekten in der

Folgerichtigkeit und Sicherheit der Entwicklung nicht mit Unrecht mit der Mathematik verglich. Außerdem ist es nicht nur diese Konsequenz, die wir an ihrem Inhalte zu rühmen haben; es ist auch die Übereinstimmung dieses Inhalts mit dem Rechtsbegriffe und mit der innern Natur der zu normirenden Lebensverhältnisse. Der Inhalt unserer justinianischen Rechtsbücher ist in der Hauptsache das Resultat einer auf Ergründung der rechtlichen Natur der Lebensverhältnisse, des ihnen inwohnenden unwandelbaren Rechts gerichteten praktischen Philosophie, welches wir einem nach Erkenntnis des Wesens der juristischen Verhältnisse Jahrhunderte lang ringenden, durchgebildeten, in allen Lebensverhältnissen erfahrenen juristischen Geiste, der sich durch ein gleichsam instinktives Finden der den Lebensverhältnissen immanenten rechtlichen Norm auszeichnete, verdanken, — und das nicht ein eigenthümliches Erzeugnis eines bestimmten positiven Rechts genannt werden kann. Würden wir auch niemals das römische Recht recipirt haben, so hätten doch jene Resultate größtentheils bei uns als Recht zur Geltung kommen müssen, wenn unser Rechtsleben, geleitet von einer tüchtigen Wissenschaft, den rechten Weg gegangen wäre; wir hätten im Wesentlichen auf dasselbe Resultat kommen müssen, auf welches uns nur ein anderer Weg, das Studium des römischen Rechts, rascher und sicherer führte.

So mag durch jene Aufgabe der genaueren Entwicklung gemeinsamer Lehren und durch die Anforderung, in rechter Methode zur Bildung des juristischen Geistes und zum scharfen juristischen Denken vorzugsweise beizutragen, der Name Pandekten für unsern Gegenstand sich noch rechtfertigen lassen, obwohl die nächste Aufgabe dieser Pandekten nur ist — Entwicklung des Privatrechts, welches früher in Deutschland gemeines Recht war, und das in vielen einzelnen deutschen Staaten, die zu einer umfassenden Civilgesetzgebung nicht gekommen sind, noch unmittelbare Gültigkeit hat, und zwar Entwicklung desselben von seiner rein praktischen Seite.

Aber bei diesem Gegenstande ist noch eine Ausscheidung nach den Quellen zu machen. Die Quellen des sog. gemeinen Privatrechts Deutschlands sind scheinbar sehr heterogene; die eine Klasse: — römisch-byzantinische Quellen, die Rechts-

bücher Justinians; — die andere Klasse — außer den minder ergiebigen kanonischen Quellen — einheimische deutsche Gesetze und Gewohnheitsrechte. Sollen nun die Pandekten das gemeine Privatrecht vollständig geben, ohne Rücksicht auf die Verschiedenheit der Quellen? Die ältere, vorhin ausgeführte, Ansicht mußte dies bejahen. Aber im Laufe des 18. Jahrhunderts machte sich das deutsche Element auch in der Wissenschaft selbständiger geltend und in unserem Jahrhundert wurde beinahe allgemein — und bis auf einen gewissen Grad nicht mit Unrecht — ein Theil des Privatrechts, das sog. Germanicum, von den Pandektenvorlesungen ausgeschieden, und so theilen sich jetzt gleichsam in das gemeine Privatrecht die sog. Germanisten und die Pandektisten (oder mit Unrecht so genannten Romanisten). — Allein wie steht es hier mit dem iudicium finium regundorum? — Es kommt hierbei zunächst darauf an, was denn die Grundlagen und Hauptelemente unseres gemeinen Privatrechts sind. Jahrhunderte lang, vom 16. Jahrhundert an, war diese Frage beinahe unbestritten; man erkannte an, daß Justinians Rechtssammlungen als Ganzes und im Ganzen recipirt worden seien, und daß die gesammte Ausbeute aus ihnen mit der Fortbildung und Umbildung, die sie durch das deutsche Element, besonders durch deutsches Gewohnheitsrecht erhielten, den Hauptstoff des bei uns geltenden Privatrechts bilde und dabei nur wenige eigenthümliche germanische und einige modern-europäische Institute mit gemeinrechtlichem Charakter sich theils erhielten, theils neu bildeten. — Erst in der neuern Zeit wurde Jenes von Einigen heftig bestritten, indem sie ein germanisches Recht in einem Umfange, wie es seit Jahrhunderten nicht mehr bestanden hatte, freilich zum Theil vertröstend auf eine erst künftige Ergründung desselben — restauriren und ihm die Herrschaft über das Pandektenrecht vindiciren wollten, über das Pandektenrecht, das sie lediglich als ein fremdes unberechtigt eingedrungenes auffaßten, während doch — von Anderem abgesehen das deutsche Element in Fort- und Umbildung des recipirten Rechts seit Jahrhunderten unablässig thätig war und so die Pandekten ein wahres deutsches Recht wurden, dessen Inhalt unsere

ganze juristische Bildung, unser rechtliches Bewußtsein und unser ganzes Rechtsleben durchdrungen hat. Indeß kann man den dadurch hervorgerufenen Kampf schon jetzt einen entschiedenen nennen; unser Rechtsleben wurde gar nicht von ihm berührt oder in seinem Gange gestört.

Ist das hier, namentlich über die Natur des Pandektenrechts Angedeutete, richtig, so möchte sich manches Bedenken gegen die Weise erheben lassen, in welcher unsere Pandekten Lehr- und Handbücher und einzelne gedruckte Pandektenvorlesungen die Aufgabe des Pandektenrechts hinsichtlich des Stoffes theils bezeichnen theils durchführen. Ein Theil definirt die Pandekten durch „römisch-justinianisches Privatrecht, in wie weit es in das gemeine Recht übergegangen ist", ein anderer durch „gemeinrechtliche Normen über die bei uns geltenden römischen privatrechtlichen Institute", Andere durch „heutiges römisches Recht", wieder Andere durch „römisches Privatrecht mit den Modifikationen, die es durch kanonisches Recht und deutsche Reichsgesetze und Gewohnheitsrechte in seiner Anwendbarkeit als gemeines Recht erhalten hat". — Man möchte bei einem Theil dieser Definitionen fragen: geben uns denn die Pandekten bloß römische Institute, sei es mit oder ohne Modifikationen? Können wir z. B. wohl das Eigenthum, wie es bei uns und im Wesentlichen bei allen gebildeten europäischen Völkern anerkannt ist, können wir die Rechtssätze über Kauf, Miethe, Darlehn, über Erfordernisse und Wirkungen einer Zahlung u. dergl., die wir aus der Natur der gegebenen Rechtsverhältnisse entwickeln und im römischen Recht, wie in unserem Rechtsleben anerkannt finden, können wir sie mit Recht bloß römische Rechtsinstitute nennen? Haben ferner nicht viele römische Institute durch die Umgestaltung, die sie auf deutschem gemeinrechtlichem Boden erhielten, aufgehört, eigentlich römische zu sein, ohne daß sie deßhalb von den Pandekten ausgeschlossen werden? Überhaupt ließe sich schon darüber rechten, daß man unser Pandektenrecht als ein römisches Recht bezeichnet. Seine ursprüngliche Grundlage ist allerdings eine römische. Allein theils decken uns die römischen Quellen vielfach nur die wahre Natur rechtlicher Verhältnisse auf, deren Resultate

schon an sich und abgesehen von aller Reception des römischen Rechts bei uns gelten; theils ist durch unser deutsches Rechtsleben jene römische Grundlage in solch ausgedehnter Weise umgebildet worden, daß man das Pandektenrecht, wenn man es nach seinen Quellen gehörig bezeichnen will, ein römisch-deutsches Recht nennen muß. Wollte man aber auch annehmen, daß Diejenigen, welche die Pandekten definiren durch „heutiges gemeines Privatrecht, so weit es auf römischem Recht, reinem oder modificirtem beruht", das eben Gesagte haben bezeichnen wollen: so fragt es sich noch, wie steht es in ihren Systemen mit der Behandlung dieser Modifikationen, mit ihrem heutigen römischen Recht? Hier ist vom Standpunkte des wahren Pandektenrechts, des praktischen Rechts gewiß noch Vieles zu vermissen. In diesen Systemen tritt uns Vieles entgegen, was entschieden nicht heutiges deutsches Recht ist; die Weise, wie das römische Recht bei uns lebt, wird in einer im reinen römischen Recht befangenen Einseitigkeit oft ganz in den Hintergrund gestellt, oder nur ganz obenhin, etwa in einer Note, berührt, als ob dies Nebensache wäre, und bei manchen Lehren sollte man kaum glauben, daß wir ein System heutigen Rechts vor uns hätten.

Die Pandekten sollen nicht römisches, — sondern sie sollen das gesammte römisch-deutsche Privatrecht geben, wie es bei uns als gemeines Recht galt. Nur eine Ausscheidung ist dabei zu machen, die schon in der Bezeichnung der Pandekten als eines römisch-deutschen Privatrechts liegt. Es haben sich einige eigenthümliche deutsche Institute, als für sich bestehende, in unserem gemeinen Recht erhalten und zu ihnen gesellten sich noch einige nicht-deutsche, sondern so zu sagen modern-europäische, welche in unser Gewohnheitsrecht [und zum Theil in unsere Reichsgesetzgebung] übergingen. Die nähere Entwicklung dieser Institute müssen wir bei ihrem eigenthümlichen Geist, ihren eigenthümlichen Quellen und ihrem besondern Bildungsprocesse von den Pandekten ausscheiden und dem Germanicum überlassen. — Aber auch in Beziehung auf diese Institute dürfte doch dem Pandektisten noch eine Aufgabe zuzuscheiden sein; — er soll den ganzen Kreis des gemeinen

Rechts, wenn auch nicht in allen Beziehungen, nämlich nicht in den eben angegebenen, — entwickeln, aber doch weisen. Wenn ein deutscher Jurist das gemeine Recht vollständig übersehen und bei den einzelnen Lehren wissen will, in wie weit gemeines Recht sich in denselben gebildet habe — wo kann er eine sichere, vollständige Orientirung hierüber finden? Nur der Pandektist kann, und dieser soll sie ihm geben. Wo neben den Instituten des Pandektenrechts ein eigenthümlich deutsches oder ein modern-europäisches unserem gemeinen Rechte angehört — da soll er darauf aufmerksam machen, die Weise zeigen, wie es eingreift und wie es auf den Kreis des Pandektenrechts wirkt. — Nur auf diese Weise kann der deutsche Jurist einen sichern klaren Überblick über das gesammte gemeine Recht bekommen, nur so mit Sicherheit seinen Stoff beherrschen lernen; nur so tritt ihm das gesammte gemeine Recht als lebendiger lückenloser Organismus entgegen und nur in dieser Weise läßt sich auch in der Theorie der harmonische Bau des gemeinen Privatrechts erkennen und übersehen, wie er in Wahrheit im Rechtsleben besteht.

Bei den nun folgenden Ausführungen vergesse man nicht, daß ich zunächst für meine Zuhörer schreibe. Namentlich mußte ich deßhalb in manchen Fällen des nöthigen Verständnisses wegen weiter ausholen und Manches vorausschicken und Vieles sagen, was dem Kundigen nicht erst zu sagen wäre.

Noch habe ich eine Bemerkung beizufügen, um nicht in den Verdacht eines Plagiats zu kommen. Wir haben manche populäre Darstellungen des geltenden Rechts, welche zur Orientirung für den Laien bestimmt sind. Leider werden solche Darstellungen häufig von Solchen gemacht, die selbst kaum mehr als Laien im Recht sind. Dadurch kann das Publikum, für welches sie bestimmt sind, auf eine empfindliche Weise in Irrthum geführt werden. Es sollten vielmehr auch Diejenigen, welche einen Theil ihres Hauptberufs in die wissenschaftliche Bearbeitung des Rechts setzen und in dieser leben, es nicht verschmähen, ihre nicht-rechtskundigen Mitbürger, so weit es möglich und für das Bedürfnis derselben wünschenswerth ist, in populärer Weise zu belehren. Aus diesem Grund habe ich einzelne

Lehren des Civilrechts in populärer Darstellung für das Hauslexikon[1], — jedoch ohne mich dabei zu nennen — bearbeitet. Eine wissenschaftliche Darstellung des geltenden Rechts aber hat sich auch die Aufgabe zu stellen, zwar nicht auf dem Standpunkt des Laien, aber doch so klar und faßlich wie möglich zu sein und wird daher häufig in Anlage, Gang und allgemeiner Behandlung auch mit einer für den Laien bestimmten Darstellung übereinstimmen dürfen. Wenn daher in Ausdrücken, Grundgedanken, Anlage des Ganzen die folgende Darstellung mit anonymen Artikeln[2] des Hauslexikon in Manchem übereinstimmt: so bitte ich zu beachten, daß jene Artikel von mir selbst herrühren.

---

1 Das Hauslexikon. Encyklopädie praktischer Lebenskenntnisse für alle Stände. Herausgegeben von H. Hirzel. 1858—1863. Dritte Ausg. Verlag von Breitkopf und Härtel, Lpzg.

2 Anm. d. Herausg. Hierher gehören namentlich die Artikel: Abwesenheit, Adoption, Aftermiethe, Alimente, Baares Geld, Bedingung, Besitz, Betrug, Bewegliche Sachen, Bürgschaft, Canonisches Recht, Cautelen, Cession, Clauseln, Collation, Compensation, Commissorischer Vertrag, Confirmation, Confiscation, Confusion, Conventionalstrafe, Darlehen, Delegation, Depositum, Descendenten, Dingliche und persönliche Rechte, Dispensation, Dos, Ehe, Ehegatten, Eigenthum, Erbschaft und Erbfolge, Fahrlässigkeit, Familie, Flüsse, Frauenspersonen, Früchte, Fund, Gemeines Recht, Genehmigung, Gewalt und Drohung, Indebitum, Intercession, Interusurium, Intestaterbfolge, Irrthum, Kauf, Legitimation, Mündigkeit, Negotiorum gestio, Notherbfolge, Obligation, Occupatio, Person, Pertinenzen, Pfandrecht, Pollicitation und Auslobung, Privilegium, Protestation, Quittung, Rechtsgeschäft, Retentionsrecht, Reurecht, Schaden, Schatz, Scheingeschäfte, Schenkung, Schulden, Servituten, Specification, Spolium, Tausch, Testament und Codicill, Traufrecht, Väterliche Gewalt, Verdingungsvertrag, Vergleich, Verjährung, Verlöbniß, Vermächtniß, Verschollener, Verschwender, Versteigerung, Vertrag, Verzicht, Verzug, Vorkaufsrecht, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Zahlung, Zeit, Zinsen, Zufall, Zuwachs.

Inhalt.

Seite

Vorbemerkung des Herausgebers III
Vorwort von C. G. v. Wächter. V

Einleitung.

Erstes Kapitel. Begriff des Pandektenrechts.

A. Das Sittengesetz und das Rechtsgesetz. § 1. 5
B. Entstehung des objektiven Rechts überhaupt und sein Gebiet.
1. Das philosophische und das positive Recht. — Das römische ius gentium. § 2. 5
2. Das einheimische und das recipirte Recht. § 3. 9
3. Das subsidiäre Recht. § 4. 11
4. Das gemeine und partikulare Recht. § 5. 12
5. Öffentliches und Privatrecht. § 6. 21
C. Das gemeine deutsche Privatrecht. Pandektenrecht. § 7. 22

Zweites Kapitel. Die Quellen des Pandektenrechts.

A. Die einzelnen Quellen . . . . . —
I. Römisch-byzantinische . . . . . —
1. Die Quellen vor Justinian. § 8. 32
2. Die Rechtsbücher Justinians. § 9. 38
3. Das römische Recht nach Justinian. § 10. 51
4. Reception und Geltung der römischen Quellen des Pandektenrechts. § 11. 52
II. Die kanonischen Rechtsquellen. § 12. 60
III. Deutsche Quellen des Pandektenrechts. § 13. 63
B. Das Verhältnis der verschiedenen Quellen im Ganzen zu einander. § 14. —

Drittes Kapitel. Litteratur des Pandektenrechts.

I. Die Entwicklungsperioden der civilistischen Litteratur überhaupt. § 15. 67
II. Die wichtigeren allgemeinen Werke über reines römisches Recht und Pandektenrecht. § 16. 73

Allgemeine Lehren des Pandektenrechts.

Erster Abschnitt.

Das objektive Recht oder die Theorie der Rechtsnormen.

Erstes Kapitel. Natur und Verschiedenheit der Rechtsnormen und ihres Inhalts.

I. Gemeines und besonderes Recht überhaupt. § 17. 84
II. Das singuläre Recht. § 18. 88

Seite
III. Das billige Recht (aequitas). § 19. 90
IV. Gebietende und ergänzende Normen. § 20. 93

Zweites Kapitel. Entstehung neuen positiven Rechts und Verhältnis verschiedener Rechtsquellen eines Staates.

I. Die Rechtsquellen an sich.
1. Die Gesetze im engern Sinne. § 21. 97
2. Das Gewohnheitsrecht. § 22. 103
3. Gerichtsgebrauch. Juristenrecht. Autonomie. Observanz. Statut. § 23. 111
II. Das Verhältnis verschiedener Rechtsquellen eines Staats zu einander. § 24. 116

Drittes Kapitel. Ergänzung der Lücken der Quellen des positiven Rechts. § 25. 123

Viertes Kapitel. Entwicklung des Inhalts des Rechts aus seinen Quellen.

Die Auslegung der Quellen. § 26. 126
Die Kritik der Quellen. § 27. 136

Fünftes Kapitel. Die Anwendung des Rechts. § 28. 139

Sechstes Kapitel. Das äußere Herrschaftsgebiet der Privatrechtsnormen. Grundsatz. § 29. 141

Herrschaftsgebiet der Privatrechtsnormen in Beziehung auf Staat und Regenten. § 30. . . . . —
Herrschaftsgebiet der Privatrechtsnormen in Beziehung auf sog. internationale Verhältnisse. § 31. 143

Siebentes Kapitel. Änderung und Aufhebung bestehenden Rechts. § 32. 153

Zweiter Abschnitt.

Allgemeine Theorie der subjektiven Privatrechte und Privatrechtsverhältnisse.

Erstes Kapitel. Natur, Gattungen und Verschiedenheiten der Privatrechte.

Natur der Privatrechte im subjektiven Sinn. § 33. 168
Die Gattungen der Privatrechte und deren besondere Natur. Übersicht. § 34. 171
Personenrechte. § 35. 172
Vermögensrechte. § 36. 176
Inhalt und System des Privatrechts. § 37. 185
Verschiedene mögliche Eigenschaften der Privatrechte. § 38. 186

Zweites Kapitel. Die Träger der Rechtsverhältnisse oder das sog. absolute Personenrecht.

A. Die Person überhaupt. § 39. 191
B. Die natürliche Person.

Seite

I. Entstehung und Ende der natürlichen Persönlichkeit.
Entstehung. § 40. 192
Das Ende der Persönlichkeit des Menschen. § 41. 197
Die Priorität des Todes. § 42. 199
II. Die Rechts- und Handlungsfähigkeit.
Die Rechtsfähigkeit der natürlichen Person. § 43. 200
Die Handlungsfähigkeit. § 44. 205
III. Die Verschiedenheit in der personenrechtlichen Stellung der Menschen 208
Die Minderung der bürgerlichen Ehre. Infamie. § 45. 209
Die Religion. § 46. 212
Geschlecht. § 47. 212
Das Alter. § 48. 214
Die Gesundheit. § 49. 228
Die vermögensrechtliche Stellung der Hauskinder. § 50. 231
Der Wohnort. § 51. 232
Stand und Beruf. § 52. 233
C. Die juristischen Personen.
Begriff, Natur und Fälle der juristischen Personen überhaupt. § 53. 234
1. Die Personengemeinheiten, Natur und Arten derselben. § 54. 239
Die Vertretung der Personengemeinheiten. § 55. 248
Die Entstehung einer Personengemeinheit. § 56. 251
Aufhebung der Korporationen. § 57. 252
2. Die Stiftungen. § 58. 253

Drittes Kapitel. Gegenstand der Privatrechte.
Überhaupt und insbesondere die Sachen. § 59. 255
Juristisch wichtige Verschiedenheiten der Sachen. Res in commercio und extra commercium. § 60. 270
Bewegliche und unbewegliche Sachen. § 61. 282
Vertretbarkeit der Sachen. § 62. 285
Verbrauchbare Sachen. § 63. 289
Theilbarkeit der Sachen. § 64. 292
Selbständige oder Hauptsachen und unselbständige oder Nebensachen. § 65. 296
Die Früchte einer Sache. § 66. 303
Die Verwendungen auf eine Sache. § 67. 307

Viertes Kapitel. Allgemeine Grundsätze über Erwerb und Verlust der Privatrechte.
Erste Unterabtheilung. Erwerb und Verlust überhaupt.
Der Rechtserwerb. § 68. 309
Verlust der Rechte überhaupt. § 69. 323
Zweite Unterabtheilung. Die einzelnen Erwerb- und Verlustgründe allgemeinerer Natur 346
A. Handlungen als Erwerb- und Verlustgründe von Rechten.
I. Im Allgemeinen.
Arten und Erfordernisse einer Handlung als Erwerb- und Verlustgrundes von Rechten. § 70. 347
Einfluß des Zwangs auf die Handlung. § 71. 348
Einfluß des Irrthums und der Unwissenheit auf die Handlung. § 72. 349
II. Insbesondere Rechtsgeschäfte.
Begriff und Hauptarten. § 73. 360
Bestandtheile der Rechtsgeschäfte. § 74. 362
Bedingungen.
Begriff und Arten der Bedingung. § 75. 364
Zulässigkeit der Bedingungen. § 76. 379

Seite
Erfüllung der Bedingungen. § 77. 380
Die Wirkungen der eigentlichen Bedingungen. § 78. 382
Die Zeitbestimmung, dies. § 79. 397
Der Modus und die Voraussetzung. § 80. 401
Auslegung der Rechtsgeschäfte. § 81. 403
Protestation und Reservation. § 82. 406
Eingehung eines Rechtsgeschäfts durch einen Stellvertreter. § 83. 407
Die Mängel eines Rechtsgeschäfts und ihre Folgen. § 84. . . . 420
III. Unerlaubte Handlungen (Delikte).
Im Allgemeinen. § 85. 440
Die Arten der Schuld. § 86. 442
Die Grade der Schuld und ihre Prästation. § 87. 444
Der Zufall (casus). § 88. 459
Die privatrechtliche Folgen unerlaubter Handlungen. § 89. . . . 461
B. Zufällige Ereignisse als Entstehungs- und Endigungsgrund von Rechten.
Einfluß des Todes des Berechtigten oder Verpflichteten. § 90. . . 470
Der Untergang des Gegenstandes des Rechtsverhältnisses. § 91. . 472
Der Einfluß der Zeit auf Rechtsverhältnisse überhaupt, namentlich die Verjährung. § 92. 473
Die Bestimmung und Berechnung der Zeit.
I. Die Bestimmung der Zeit überhaupt. § 93. 478
II. Die Berechnung eines Zeitraums nach seinem Anfangs- und Endpunkt. § 94. 481
III. Berechnung des Laufes eines Zeitraums. § 95. 486

Fünftes Kapitel. Konkurrenz und Kollision der Privatrechte. § 96. 487

Sechstes Kapitel. Sicherung der Rechte. § 97. 501

Siebentes Kapitel. Verfolgung und Vertheidigung der Rechte.
Die Klage, Natur und Gattungen der Klage. § 98. 502
Die verschiedenen wichtigen Eigenschaften der Klagen. § 99. . . . 504
Verschiedene Eigenschaften der Klagen, welche eine unmittelbar praktische Bedeutung nicht mehr haben. § 100. 506
Begründung der Klage. § 101. 518
Die Vertheidigung. § 102. 527
Aufhebung der Klagen und Einreden. § 103. 538
Sog. Klagenverjährung und Verjährung der Einreden.
Einleitung. § 104. 540
Erfordernisse der Verjährung der Ansprüche. § 105. 542
Unterbrechung der Verjährung. § 106. 548
Beweis der Verjährung. § 107. 551
Wirkung der Anspruchsverjährung. § 108. . . . . —
Die Verjährung der Einreden. § 109. 555
C. Einfluß der Einleitung eines Processes auf das materielle Recht. § 110 —
D. Das richterliche Urtheil, sein Gegenstand und seine Wirkungen. § 111 562

Achtes Kapitel. Wiederherstellung verlorener Rechte durch restitutio in integrum.
Wesen der in integrum restitutio. § 112. 573
Erfordernisse der Restitution überhaupt. § 113. 575
Die Restitutions-Gründe. § 114. 576
Ertheilung, Wirkungen und Verjährung. § 115. 586
Beschränkungen der Restitution. § 116. 593

Pandektenrecht.

Einleitung.

Arndts Lehrbuch d. Pandekten §§ 1—20.

Erstes Kapitel. Begriff des Pandektenrechts.

A. Das Sittengesetz und das Rechtsgesetz.*

§ 1.

Das Recht bezieht sich lediglich auf die socialen Lebensverhältnisse der Menschen zu einander. Diese sollen durch das Rechtsgesetz geordnet und beherrscht werden. Dies führt zunächst auf den Begriff des Gesetzes. Gesetz, lex im weitesten Sinne[1], ist Alles, was in einer gewissen Beziehung ein Bestimmendes, Maßgebendes, eine Norm, bildet[2]. Von diesen Gesetzen sind für den Menschen die wichtigsten das Rechtsgesetz und das Sittengesetz. Sie sind die Gesetze für den Willen des Menschen als eines freien vernünftigen Wesens,

* Anm. des Herausg. In den Notizen zur Vorrede eines Pandekten-Lehrbuchs bemerkt Wächter: „Die Einleitung, welche ich der Begründung des Begriffs des Pandektenrechts voranschicke (§§ 1—6) werden Manche vielleicht tadeln. Allein die Art und Weise, wie man die Natur des Rechtsgesetzes und des objektiven Rechts überhaupt und seine Entstehung auffaßt, ist von solch maßgebender Wichtigkeit und von solcher Bedeutung für einzelne Fragen, daß der Lehrer des Pandektenrechts, welcher, sollte er auch außer diesem über Institutionen oder Encyklopädie lesen, doch nicht darauf zählen kann, daß alle seine Zuhörer diese Vorlesungen bei ihm gehört haben, meines Erachtens eine Entwicklung und Begründung seiner Ansicht hierüber nicht umgehen kann. Was aber die in §§ 3—6 angedeuteten Entwicklungen betrifft, so leidet es wohl keinen Zweifel, daß ohne sie die Bedeutung und der Begriff des Pandektenrechts auf eine fruchtbare und nach allen Seiten befriedigende Weise nicht entwickelt werden kann."

[1] Die Bezeichnung lex im weitesten Sinne, welche auch das römische Recht kennt, ist nicht zu verwechseln mit lex im engeren, altrömischen Sinne, wovon unten.

[2] So sprechen wir von Naturgesetz (lex naturae, leges physicae) und verstehen darunter das die Thätigkeit und Wirksamkeit der Naturkräfte Bestimmende; von Gesetzen der Kunst (leges artis), der Geometrie, der Grammatik, von Denkgesetzen u. s. w. und so auch vom Rechtsgesetz (auch von lex contractus) und Sittlichkeitsgesetz. Alle diese Gesetze sind für den Menschen mehr oder minder von Bedeutung.

durch die sein Handeln bestimmt und beherrscht werden soll (praktisches Gesetz, Freiheitsgesetz). — Der Mensch ist nämlich an sich frei; er kann sein Thun und Lassen nach seiner Willkür bestimmen. Er soll aber als (wesentlich-) vernünftiges Wesen in seinem Wollen und Handeln den Anforderungen seiner vernünftigen Natur folgen, dem Gesetze, das ihm seine Vernunft für sein ganzes Thun und Lassen giebt, nach dem er sein Handeln zu bestimmen hat.

Dies ist das Sittengesetz oder das ethische, moralische Gesetz. Auf dieses Gesetz führt zunächst (und in Anfängen der geistigen Entwicklung) unser Gefühl (und Ahnen), eine innere Stimme, das Gewissen. Aber wir sollen uns seinen Inhalt durch Denken zum Bewußtsein und zur sichern Erkenntnis bringen. Diese Erkenntnis jedoch ist immer nur etwas Subjektives (Sache der Überzeugung jedes Einzelnen). Was der Einzelne für sittliches Gebot hält, ist lediglich Sache seiner sittlichen Überzeugung; einen objektiv zugänglichen und gültigen Kodex des Sittengesetzes giebt es nicht. Schon deßhalb ist die Befolgung des Sittengesetzes (so weit nicht sein Inhalt in das Rechtsgesetz überging) lediglich Sache der freien Selbstbestimmung des Einzelnen, des freien sittlichen Einzel-Willens; der Mensch ist dabei Niemandem verantwortlich, als Gott und seinem Gewissen. Auch besteht die Sittlichkeit eben darin, daß man in freier Selbstbestimmung das sittliche Gebot befolgt, aus Achtung vor der sittlichen Idee und vor unserer sittlichen Bestimmung[3].

Die Erfüllung des Sittengesetzes ist die Lebensaufgabe des Menschen. Aber um diese Aufgabe gehörig erfüllen zu können, dazu ist ihm nach außen nöthig ein gesicherter geschützter Kreis freier Wirksamkeit (seines sittlichen Wirkens, eine vernünftige, geschützte Freiheit); denn ohne einen solchen würde seine Bestimmung das Sittengesetz möglichst zu realisiren und würde auch sein zeitliches Wohl unzähligen Hemmnissen und Störungen ausgesetzt durch den unsittlichen oder irrenden Willen Anderer.

Es muß deßhalb für die socialen Verhältnisse der Menschen zu einander eine Norm bestehen, durch welche ihr (freies, friedliches und würdiges) Zusammenleben geregelt und geordnet wird, deren Anerkennung und Befolgung aber nicht dem subjektiven Meinen und

3 Ein Thun, zu dem man sich zwingen läßt oder durch Motive, die nicht im Sittengesetz liegen, bestimmen läßt, ist keine sittliche That.

Wollen des Einzelnen überlassen ist, sondern welche äußere allgemeine Anerkennung und Geltung in Anspruch nimmt und diese im Nothfalle mit äußerer Macht (Zwang, gegen den Widerspenstigen) durchsetzt[4].

Diese Norm ist das Rechtsgesetz; sein Inhalt ist das Recht im objektiven Sinne; seine Grundlage ist im Wesentlichen das Sittengesetz; denn das Sittliche muß auch vom Rechte in sich aufgenommen werden, aber freilich nur, so weit es sich so zu sagen in die Sphäre des objektiven Daseins übertragen, sich objektiv erkennen und beurtheilen läßt und äußerem Zwange zugänglich ist[5]. Auch ist das Rechtsgesetz, wie das Sittengesetz ein Willensgesetz (ein Gesetz für den menschlichen Willen). Denn der Mensch soll ja nach demselben sein Handeln einrichten und bestimmen. Zum Handeln aber kann der Mensch nur durch seinen Willen bestimmt werden. Deßhalb muß auch das Rechtsgesetz sich an den Willen des Menschen richten.

Aber das Rechtsgesetz ist doch wieder in andern Momenten wesentlich vom Sittengesetz verschieden[6], namentlich in folgenden:

a. Das Rechtsgesetz umfaßt keineswegs alles Wollen und Handeln des Menschen; es bezieht sich nur auf die (objektiven) Kreise des äußern Lebens und die Verhältnisse der Menschen zu einander und will nur das hierauf bezügliche Wollen bestimmen[7].

Daraus folgt namentlich, daß man zu sich selbst in einem Rechtsverhältnis nicht stehen, also nicht gegen sich selbst Rechte und Rechtspflichten haben kann.

b. Das Rechtsgesetz fordert von uns den rechtlichen Willen nur

---

[4] Hierin liegt der wesentliche Unterschied vom Sittengesetze. — Die Freiheit begreift nicht bloß Rechte, sondern auch Pflichten. Daher kann in den socialen Verhältnissen nicht alles Handeln der freien Selbstbestimmung der Einzelnen überlassen bleiben. — Ein geschützter Kreis freier Wirksamkeit kann dem Menschen nur gegeben und gesichert werden durch das Recht.

[5] So ist z. B. rechtlich und sittlich: Verträge zu halten, Gehorsam der Kinder gegen die Eltern, Unterwerfung der Ehefrau unter den Mann, neminem laedere, suum cuique tribuere. Übrigens muß das Rechtsgesetz auch vieles sittlich Indifferentes enthalten, z. B. Form eines Rechtsgeschäfts oder Testamentes, Zeitpunkt der Volljährigkeit ꝛc.

[6] Das Recht ist ein Theil der Sittlichkeit. Aber die sittliche Ordnung im eigentlichen Sinne ist doch wesentlich verschieden von der Sittlichkeit im Recht. Es war ein Verdienst des römischen Rechts, Sittlichkeit und Recht scharf zu trennen (der Orient vermischte beides, so der Koran).

[7] Das Rechtsgesetz setzt fest, wie der handelnde Mensch in seinen Beziehungen zu andern Menschen sich verhalten und welche äußere Macht und Anerkennung seines Wollens ihm in den socialen Verhältnissen gegen Andere zukommen soll. — Rechtsverhältnis ist ein durch das Recht bestimmtes, normirtes, beherrschtes Verhältnis.

sammenlebenden Menschen noch keineswegs objektive Geltung haben, also nicht wirkliches Recht bilden, welches Jeder anzuerkennen und zu befolgen hätte. Denn die Erkenntnis des Vernünftigen ist rein subjektiv. Was der Einzelne für vernunftgemäß hält, ist Sache seiner individuellen Überzeugung, welcher Andere nicht sich zu fügen haben[3], da kein Mensch infallibel ist. Hieraus folgt: in einem menschlichen Vereine, also auch im Staate, kann eine Norm nur dann objektive Geltung haben, so daß Alle sich ihr fügen müssen, wenn sie ein Ausfluß des allgemeinen Willens ist und durch diesen aufrecht erhalten werden soll, also von den Vereinsgenossen als objektiv gültige Rechtsnorm gesetzt ist. Dies kann namentlich geschehen durch Volksgewohnheiten[4], d. h. wenn die rechtliche Überzeugung eines Volkes über Einzelnes durch lange erprobte gleichförmige Handlungsweise sich ausspricht und dadurch zu allgemeiner Anerkennung gelangt (Gewohnheitsrecht vgl. § 22) oder durch Gesetze im engern Sinn, d. h. wenn das verfassungsmäßige Organ des Vereins, das den allgemeinen Willen repräsentirt[5], der Gesetzgeber, in Normen, die er erläßt, den allgemeinen Willen ausspricht (vgl. § 21). Das auf diese Weise in einem Staate entstandene Recht ist das positive Recht dieses Staates, das von ihm gesetzte und eben dadurch in ihm geltende Recht. Die Thatsachen, durch die sich ein positives Recht bildet, nennen wir Rechtsquellen oder juristische oder Rechts-Gesetze im weitern Sinn.

An die Frage über Entstehung des positiven Rechts knüpfen sich häufig zwei Irrthümer:

1) Früher war es herrschende Ansicht (besonders im 17. und 18. Jahrhundert, — auch jetzt noch bei Manchen), das positive Recht eines Staats könne eigentlich nur durch Gesetze im engern Sinne entstehen; ein Gewohnheitsrecht gelte nur, wenn es durch solche Gesetze besonders bestätigt sei. Allein dies ist gegen alle Geschichte. Das positive Recht eines Volkes bildet sich in seinen Anfängen durch unmittelbare Entwicklung des Volkslebens, durch das natürliche Rechtsgefühl des Volks, das in Gewohnheiten sich ausspricht (die im socialen Leben

[3] Nur deßhalb, weil wir glauben, einen auf Rechtsverhältnisse bezogenen Grundsatz als vernunftgemäß beweisen zu können, hat er noch keine objektive Geltung; Andere brauchen sich ihm nicht zu unterwerfen.

[4] Auch Vereinbarungen, so weit sie der Staat zuläßt, z. B. Autonomie der Städte im Mittelalter.

[5] In der Regel ist dies eine Fiktion. Lex communis reipublicae. Quod omnes similiter tangit, debet ab omnibus comprobari; cf. Dig. de legib. 1,3 l. 1., 2., 32, 40.

Die Frage, wer Gesetzgeber sei, entscheidet sich nach der Staatsverfassung. In der konstitutionellen Monarchie gelten als Gesetz die Normen, die der Monarch mit Zustimmung der Repräsentanten des Volks erläßt; in der absoluten Monarchie: Normen, die der Monarch (nach seiner Willkür) erläßt (starke Fiktion des allgemeinen Willens).

Rechtsnormen und rechtlichen Einrichtungen (Rechts-Instituten) besteht[11].

Aus diesem objektiven Recht entspringen die subjektiven Rechte, d. h. die rechtliche Macht, welche das Rechtsgesetz der Person in ihren socialen Beziehungen einräumt (Recht im subjektiven Sinn).

B. Entstehung des objektiven Rechts überhaupt und sein Gebiet.

1. Das philosophische und das positive Recht. Das römische ius gentium.

§ 2.

Das, was der Vernunft nach Recht ist, das Recht in der Idee, das Recht an sich ist wohl zu unterscheiden von dem wirklichen Rechte, d. h. dem Rechte, das bei einem bestimmten Volke als Recht wirklich Geltung hat. Das Recht an sich (der Rechtsbegriff) ist nicht etwas Willkürliches, lediglich durch unser Belieben Bestimmbares, so wenig wie das, was sittlich, was gut, was schön ist; es wird uns durch unsere Vernunft gegeben. Diese sagt uns, was an sich — dem Rechtsbegriffe nach — das jedem socialen Verhältnisse (je nach seiner Natur) entsprechende Recht ist. Auf dieses Recht führt zunächst das uns eingepflanzte (natürliche) Rechtsgefühl (rechtliches Gewissen)[1]. Aber dieses genügt nicht. Wir sollen (nicht durch bloße dunkle Gefühle uns leiten lassen, sondern) die Rechtsidee und ihre Anforderungen (und Konsequenzen) durch Denken erforschen und uns zum klaren Bewußtsein bringen. Was wir auf diesem Wege für die betreffenden Verhältnisse als das der Rechtsidee an sich Entsprechende finden, nennt man Naturrecht, Vernunftrecht oder philosophisches Recht[2].

Allein was wir so als das natürliche Recht durch unsere praktische Vernunft gefunden zu haben glauben, kann deßhalb unter den zu-

---

[11] Zur Verwirklichung kommen kann es in jedem menschlichen Vereine; — aber in möglichst gesicherter Weise und der Idee des Rechts ganz entsprechend nur in der Verbindung, die wir durch Staat bezeichnen, weil nur hier durch eine oberste Gewalt die Durchführung des Rechts gesichert ist.

[1] Der Rechtsbegriff liegt in uns. Wir folgen ihm unbewußt, wie auf dem sittlichen Gebiet unserem Gewissen. Beleg: die unzähligen Rechtsakte, die von Laien vorgenommen und richtig durchgeführt werden (mutuum, commodatum, Kauf, Miethe ꝛc.).

[2] Naturrecht ist das Recht der vernünftigen Natur des Menschen, Ideal einer Rechtsverfassung, zu finden mit Hilfe der praktischen Vernunft.

müsse (D. de iust. et iure 1,1 l. 1 § 4, l. 2—5, l. 9 in fine I. de iure nat. 1, 2 § 1, 11).

b. Das andere Element des positiven Rechts bilden die einem Volke eigenthümlichen Rechtsinstitute, sein ius proprium, das Produkt der besonderen Verhältnisse und Lage eines Volkes und seines (besonderen) nationalen Charakters und seiner eigenthümlichen Auffassung; auch historischer Veranlassungen, äußerer und innerer; seiner Verfassung, und auch mancher Abwege, auf die seine gesetzgebende Gewalt kam.

Dieses ius proprium ist daher bei den verschiedenen Völkern ein sehr verschiedenes. Man kann es bezeichnen als den rein positiven und nationalen Bestandtheil eines positiven Rechts. Die Römer bezeichneten es als das ius civile eines Volks im materiellen Sinne (D. l. c. 1, 1. l. 6, 9. I. de iur. nat. 1. 2. § 1, 2. D. de adq. rer. domin. 41, 1 l. 1, seq.). [Über die Bedeutung von ius civile vgl. auch unten § 7 Nr. 8.]

Gewöhnlich wird behauptet, die Römer hätten unter ius civile in einem weiteren Sinne (nicht bloß einen Theil des positiven Rechts, sondern) das gesammte positive Recht eines Volks verstanden, also unter ius civile Romanorum das gesammte römische Recht, unter ius civile Atheniensium das gesammte positive Recht der Athener. Dies ist aber nicht richtig. Sie bezeichneten durch ius civile bloß einen Theil des positiven Rechts eines Volks, den specifisch nationalen, denjenigen, in welchem es sich vom positiven Rechte andrer Völker unterscheidet, und der sich nicht lediglich auf die naturalis ratio zurückführen läßt und so verstanden sie unter ihrem ius civile im materiellen Sinn bloß die national-römischen Institute (z. B. patria potestas, Quir. Eigenthum, usucapio, mancipatio, cessio in iure, Römisches Testamentsrecht) im Gegensatz zu denjenigen Theilen des römischen Rechts, welche den Charakter des ius gentium haben. (I. de iur. nat. 1, 2 § 1 in fine.)

Denn stets setzen die römischen Juristen ihrem ius civile dieses ius gentium, welches doch auch ein Theil ihres positiven Rechts ist, entgegen. — Die Unterscheidung dieser Elemente ihres positiven Rechts hatte bei den Römern eine sehr praktische Bedeutung; denn die Peregrinen hatten in der Regel an den Instituten des ius civile keinen Antheil, sondern auf sie wurden bloß die Grundsätze des ius gentium angewendet.

Den Ausdruck ius civile gebrauchen aber die Römer auch noch in einem formellen Sinn; in diesem Sinne bedeutet es nicht den Gegensatz zum ius gentium, sondern zum ius honorarium (vgl. § 8. Nr. III); in diesem Sinne kann das ius civile auch Sätze enthalten, welche iuris gentium sind. Auch ist noch zu beachten, daß die Römer mitunter das Prädikat civilis für „privatrechtlich" gebrauchen, im Gegensatz zu anderen Rechtstheilen, namentlich zum Kriminalrecht.

Manche römische Juristen unterscheiden noch ein ius naturale in einem andern Sinne als dem unter Lit. a. angegebenen. Der Mensch wird nämlich als sinnliches Wesen häufig zunächst durch sinnliche Momente, durch seinen Instinkt, ähnlich den Thieren, in manchem Thun und Lassen bestimmt. Diese Momente sind für den rohen Menschen ein Naturgesetz, durch das er sich hauptsächlich leiten lassen wird. Einrichtungen, auf welche zunächst diese sinnliche Natur führen kann (z. B Geschlechtsverbindungen, Kindererzeugung, Ernährung der Kinder), wurden von einigen römischen Juristen (und auch von Justinian in seinen Institutionen) ein ius naturale genannt, das der Mensch mit den Thieren gemein habe. (D. de iust. et iure 1, 1 l. 1 § 3. I. de iure nat. 1, 2 pr. »quod natura omnia animalia docuit«.) Dies war aber verkehrt; der Rechtsbegriff ist nicht auf Thiere anwendbar und die sinnliche Natur des Menschen ist auf dem Rechtsgebiet nicht maßgebend, sondern soll durch seine vernünftige Natur, durch das Gesetz, das auf Willen und Freiheit gegründet ist, beherrscht werden. — Jenes angebliche ius naturale ist kein ius, kein Recht, so wenig, als das sogenannte ius fortioris, sondern bloß eine für das Recht an sich indifferente Thatsache, etwas bloß Faktisches, allerdings aber ein vom Gesetzgeber zu beachtendes Moment.

2. Das einheimische und das recipirte Recht.

§ 3.

Der römische Sprachgebrauch bezog den Ausdruck »ius receptum« auf Das, wofür die allgemeine Ansicht sich entschieden hat, und bezeichnete durch denselben Rechtssätze, welche auf allgemeiner Anerkennung beruhen (Vgl. D. de legib. 1, 3 l. 14, l. 32 § 1.; de his qui sui iuris 1, 6 l. 8. pr. (ius moribus receptum); de usur. 22, 1 l. 2 (vulgo receptum est); de donat. int. vir. 24, 1 l. 1; C. in quib. caus. 2, 41 cst 3. —). Receptum bedeutete ursprünglich in seiner Beziehung auf Recht Das, was als Recht anerkannt, angenommen ist, ohne daß in dem Wort zugleich eine Beziehung auf den Ursprung des Rechtssatzes und die Weise, wie er zur Geltung gelangte, liegt; receptum bedeutet so viel als: es ist allgemein angenommen, geltendes Recht; das ius receptum ist eben geltendes Recht, das auf allgemeiner Anerkennung beruhende Recht, mag es nun einheimisches oder von Fremden entlehntes sein. Wir dagegen setzen das recipirte Recht dem einheimischen entgegen, verstehen darunter ein seinem Ursprunge nach fremdes, aber bei uns zur Geltung gekommenes Recht, beziehen also den Ausdruck auf die Quelle, aus der man bei der Rechtsbildung schöpfte und auf die Weise, wie sie benutzt wurde.

Ein Recht nennen wir ein einheimisches, wenn es sich im betreffenden Staate durch seine rechtserzeugenden Organe, durch Gesetze des Staats oder durch Gewohnheitsrechte des Volks bildete. Häufig wird aber ein Staat bei seiner Rechtsbildung auch Das, was in dem Rechte anderer Staaten sich bewährte, beachten und mehr oder minder in sein Recht übertragen. In einem uneigentlichen weiteren Sinne kann man solche aus fremdem Recht entnommene und benutzte Rechtssätze auch recipirte nennen, aber im eigentlichen technischen Sinne sind solche Rechtssätze nicht recipirte. Denn wenn ein Staat fremde Rechtssätze selbständig verarbeitet und, von der Form, in der sie anderwärts gelten oder galten, entkleidet, in seine Gesetze aufnimmt und in seiner Form publicirt, oder wenn fremde Rechtssätze Eingang in das Gewohnheitsrecht eines Volkes finden: so bilden sie nun eben einen Bestandtheil des einheimischen Rechts des Staates; es wird in einem solchen Falle fremdes Recht nicht als solches recipirt, sondern ist bloß Veranlassung der Entstehung eines einheimischen Rechts. —

Es kann aber auch ein Staat geradezu fremde Rechtsquellen in der Form annehmen und denselben in seinem Bereiche Geltung als Rechtsquelle beilegen, in welcher sie im fremden Lande gelten oder galten. Dieses ist dann ein fremdes, aber im Staate recipirtes und durch diese Reception in ihm geltendes Recht. In dieser Weise wurde z. B. die Leipziger Wechselordnung früher in einigen deutschen Gebieten recipirt,

und in dieser Weise bildeten Justinians Rechtssammlungen ein in Deutschland recipirtes Recht; ihre Geltung in Deutschland beruht allerdings auf einem einheimischen Rechtssatze; sie konnten nur durch eine einheimische Rechtsquelle in Deutschland Geltung erhalten und erhielten sie durch deutsches Gewohnheitsrecht; sie gelten aber in Folge dieser gewohnheitsrechtlichen Aufnahme als recipirtes Recht (vergl. § 7).

Zwischen diesem Recipiren eines fremden Rechts und dem bloßen Benutzen desselben zu unterscheiden ist besonders in folgender Beziehung von Wichtigkeit. Benutzt bloß und beachtet ein Gesetzgeber bei seinen Gesetzen fremde Rechtssätze und schöpft er aus fremden Quellen und trägt so Rechtssätze, welche anderweit sich gebildet hatten, in seine Gesetze über: so kommt es bei ihrer Auffassung und Anwendung ganz auf den Sinn an, den er ihnen bei dieser Operation beilegte und in dem er sie publicirte; nur kann für diesen Sinn die Quelle, aus der er schöpfte, ein wichtiges Auslegungsmittel sein, besonders je mehr er sich an jene Quelle anschloß. — Recipirt man aber lediglich eine fremde Gesetzgebung: so giebt man ihr dadurch im Zweifel und so weit ihr Inhalt nicht durch einheimisches Recht umgebildet wird, in dem Sinne Geltung, in welchem sie vom fremden Gesetzgeber ausging; sie ist also in ihrem Sinne, im Sinne Dessen, von dem sie kommt, anzuwenden und auszulegen. Aus diesem Grunde haben wir namentlich die in Deutschland recipirten Rechtssammlungen Justinians in dem Sinne als geltendes Recht anzuwenden, den Justinian ihrem Inhalte beilegen wollte, und in welchem er ihr Verhältnis zu einander auffaßte.

Der Begriff des recipirten Rechts ist aber nicht nothwendig auf ein fremdes wirkliches, d. h. positives Recht beschränkt. Möglicherweise kann ein Staat auch ein von Andern bloß entworfenes, ein projektirtes Recht bei sich aufnehmen, welches dann überhaupt erst dadurch zu einem positiven Rechte wird, aber im Staate ein bloß recipirtes Recht bildet, weil seine Gestaltung nicht ein Erzeugnis der Thätigkeit der Organe des betreffenden Staates bildete. Dieses war z. B. der Fall bei der deutschen Wechselordnung. Sie wurde von einer aus Abgeordneten deutscher Bundesstaaten gebildeten Kommission im Jahre 1847 verfaßt; diese Abgeordneten repräsentirten keine legislative Gewalt, weder für Deutschland überhaupt, noch für einen

einzelnen deutschen Staat; ihre Arbeit hatte daher an sich bloß die Bedeutung einer Privatarbeit. In den meisten einzelnen deutschen Staaten aber wurde der Entwurf recipirt, indem er von der gesetzgebenden Gewalt des einzelnen Staates auf verfassungsmäßige Weise in der Form, in der jene Abgeordneten ihn entworfen hatten, als Gesetz publicirt und dadurch ein Theil seines Landesrechts wurde. So weit daher jener Entwurf in dem betreffenden Staate unverändert angenommen und publicirt wurde, war er in demselben als recipirtes Recht in dem Sinne der Kommission, von welcher er ausging, auszulegen und anzuwenden. Ebenso verhielt es sich später mit dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch.

[Anders gestaltete sich aber das Verhältnis in Folge der Konstituirung des norddeutschen Bundes (1869) und sodann des deutschen Reichs (1870, 1871) und der Thatsache, daß die erwähnten Gesetze zu Reichsgesetzen erhoben wurden (April 1871). Hierdurch sind sie für den gesammten Umfang des Reichs ein juristisch gemeines Recht geworden.]

3. Das subsidiäre Recht.

§ 4.

Ein Recht nennen wir ein subsidiäres oder Hilfsrecht, wenn es in dem betreffenden Bezirke nur unter der Voraussetzung zur Anwendung kommen soll, daß über den betreffenden Gegenstand nicht ein anderes Recht in dem Bezirke sich gebildet hat, wenn es also nur bei Lücken dieses Rechts Geltung haben soll. Wenn daher ein Staat einem Rechte, z. B. einem fremden Rechtsbuche bloß subsidiäre Gültigkeit beilegt, so heißt dies so viel: sein Inhalt soll zur Anwendung kommen in allen den Punkten, über welche die anderweiten im Staate geltenden Rechtsquellen eine Bestimmung nicht enthalten. Die Anwendbarkeit des subsidiären Rechts ist also eine bedingte, eine hypothetische; sie hängt von der Voraussetzung ab, daß die ihm vorgehenden Quellen nicht schon Bestimmungen über den betreffenden Punkt geben; aber sie hängt bloß von dieser Voraussetzung ab. Das subsidiäre Recht tritt bei Lücken des ihm vorgehenden Rechts sofort und ohne weitere Bedingung ergänzend ein, kommt also stets zur Anwendung, so fern und so weit nicht eine entgegenstehende Norm in den ihm vorgehenden Quellen enthalten und nachweisbar ist; namentlich hängt die Anwendbarkeit seiner einzelnen Institute nicht noch von einer

weiteren Voraussetzung ab, z. B. nicht von dem Nachweise, daß gerade diese einzelnen Institute im Staate besondere Geltung erlangt haben[1].

Ein solches subsidiäres Recht bildete im Gebiete des gemeinen deutschen Rechts das römische und kanonische Recht; sie treten nur ein bei Lücken des einheimischen gemeinen Rechts; das gesammte gemeine deutsche Recht aber bildet in den Staaten, in welchen es Geltung hat, gegenüber von ihrem Partikularrecht auch ein bloß subsidiäres Recht, d. h. es kommt nur zur Anwendung, so weit das Partikularrecht Lücken hat.

Ein recipirtes Recht ist als solches nicht nothwendig ein bloß subsidiäres Recht. Denn ein Staat kann ein recipirtes Recht auch geradezu an die Stelle bisherigen einheimischen Rechts setzen und dieses dadurch verdrängen, wie es z. B. im Wechselrecht früher in den deutschen Staaten geschah, welche die deutsche Wechselordnung recipirten[2].

4. Das gemeine und das partikuläre Recht.

§ 5.

Der Ausdruck „gemeines Recht" hat eine verschiedene Bedeutung je nach der verschiedenen Beziehung, in welcher und dem Gegensatz, zu welchem er gebraucht wird, nach der gegenständlichen oder nach der örtlichen Beziehung. Nach der gegenständlichen Beziehung versteht man unter gemeinem Recht Rechtssätze allgemeinerer Natur, welche nicht auf besondere Klassen von Personen oder Gegenständen beschränkt sind. In diesem Sinne bildet seinen Gegensatz das besondere Recht solcher Klassen von Personen oder Gegenständen, z. B. das besondere Recht der Minderjährigen, der Soldaten, der Bauerngüter ꝛc. Vorzugsweise aber wird der Ausdruck „gemeines Recht" in der örtlichen Beziehung im Gegensatze zum partikulären Rechte gebraucht. Diese Beziehung ist es, in welcher gegenwärtiger Paragraph vom gemeinen Recht handelt. (Über ius commune im Gegensatz zu ius proprium oder speciale s. § 17, zu ius singulare s. § 18.) Dabei ist zu bemerken, daß die Begriffe gemeines und partikuläres Recht sich auf ein (größeres) Rechtsgebiet beziehen, das in mehrere kleinere zerfällt.

Dem gemeinen Rechte steht entgegen das besondere Recht eines Bezirks, das sogenannte partikuläre oder statutarische Recht (ius particulare), d. h. ein Recht, das sich in einem einzelnen Bezirke des Ganzen bildete, vermöge eines besonderen bloß auf ihn sich beziehenden juristischen Grundes, z. B. vermöge eines Gesetzes, das bloß für eine Provinz des Staates gegeben wurde, oder eines Gewohnheitsrechts, das in einer einzelnen Provinz sich bildete.

In der Gemeinsamkeit eines Rechts sind folgende mögliche Gradationen zu unterscheiden, welche sehr verschiedener Natur sind und die man deßhalb auch verschieden bezeichnen sollte.

---

[1] Vgl. Meine Schrift: Gemeines Recht Deutschlands (Lpz. 1844) S. 13 f. S. 183.

[2] Vgl. indeß, was die Wechselordnung betrifft, oben § 3 a. E.

I. Das wahre juristisch gemeine Recht. — Die prägnanteste Gemeinsamkeit des Rechts, nicht bloß eine materielle sondern auch formelle, und nicht bloß im Entstehen sondern auch im gegenwärtigen Bestande, im Fortbestehen und in der gemeinsamen Entwicklung ist vorhanden, wenn Rechtsnormen in einem größeren Rechtsgebiete vermöge einer von diesem Ganzen als Solchem ausgegangenen und durch dasselbe bestimmten juristischen Nothwendigkeit (eines gemeinsamen Gesetzes oder Gewohnheitsrechts) gelten, dieses Recht also in den einzelnen Bezirken[1] des Ganzen deßhalb zur Geltung kam und deßhalb fortdauernde Geltung hat, weil sie dem größern Ganzen angehören und weil es ein Recht der Ganzen und demzufolge auch ein Recht seiner einzelnen Bezirke ist[2]. Ein solches Recht ist allein ein wahres juristisch gemeines Recht der einzelnen zu dem Ganzen gehörigen Bezirke, ein gemeines Recht nach Entstehen, Fortbestehen und Fortbildung; es gilt in den einzelnen Bezirken, weil es als Recht für das Ganze sich gebildet hat; seine noch bestehende Geltung in den einzelnen Bezirken beruht auf der Zusammengehörigkeit derselben zum Ganzen[3], die Umbildung, welche es durch das Ganze erhält, gilt eben damit auch in den einzelnen dem Ganzen unterworfenen Bezirken, — Alles dieses aber nur, so weit nicht in diesen Bezirken sich in gültiger Weise ein besonderes Recht des Bezirks, ein partikuläres Recht bildete[4].

Aus dem Gesagten ergiebt sich, daß ein solches gemeines Recht nur in Rechtsgebieten möglich ist, die einer gemeinsamen höheren Gewalt unterworfen sind, also in demselben Staatsverbande stehen.

---

[1] Nicht gerade nothwendig in allen; die in der Schrift „Gemeines Recht Deutschlands" S. 11 f. ausgesprochene Ansicht, das gemeine Recht höre auf, ein wahrhaft gemeines zu sein, wenn es in einem einzelnen Theile seines Gebietes außer Anwendung gesetzt sei, — nehme ich zurück. Vgl. Meine Beilagen zu Vorlesungen über das deutsche Strafrecht (Stuttg. 1877) S. 144.

[2] Das juristisch gemeine Recht ist dasjenige, welches in einem größeren Ganzen als Solchem (also deßhalb, weil es ein Ganzes ist) gilt. Die Geltung dieses Rechts beruht auf einem für das Ganze maßgebenden Entstehungsgrunde, darauf, daß es durch eine (una) für das Ganze maßgebende Rechtsquelle (durch ein im Ganzen herrschendes Gewohnheitsrecht oder durch ein von einer Gewalt, welcher das Ganze unterworfen ist, für das Ganze gegebenes Gesetz) eingeführt wurde.

[3] Die fortdauernde Geltung des gemeinen Rechts als Solchen in den verschiedenen Bezirken beruht auf ihrer Angehörigkeit zum Ganzen.

[4] Vgl. Meine Abhandlung: Gemeines Recht Deutschlands, insbesondere gemeines deutsches Strafrecht. (Leipz. 1844). — Windscheid Pandekten § 1 Note 1.

Denn nur durch einen solchen Verband kann für die einzelnen dazu gehörigen Bezirke die Nothwendigkeit begründet werden, dem Rechte des Ganzen (überhaupt oder in einzelnen Beziehungen) sich zu unterwerfen, und die Fortbildung, die das für das Ganze bestehende Recht durch das Ganze erhält, auch für sie maßgebend sein. Für verschiedene von einander unabhängige souveräne Staaten kann ein solches gemeines Recht nicht bestehen, weder durch gemeinsames Gesetz noch durch Gewohnheitsrecht; durch Ersteres nicht, weil eine gemeinsame gesetzgebende Gewalt für solche Staaten nicht existirt, und durch Letzteres nicht, weil eine Volksüberzeugung, die in einem Staate herrscht und zum Gewohnheitsrecht sich durchbildete, für einen anderen Staat, sollte auch sein Volksstamm der gleichen Nationalität angehören, formell rechtlich nicht maßgebend sein kann.

Ein solches juristisch gemeines Recht war zur Zeit des ehemaligen deutschen Reiches für die einzelnen deutschen Provinzen der Inhalt der Reichsgesetze und der Gewohnheitsrechte, welche im gesammten zum Reiche vereinigten Volke sich bildeten, und vermöge eines solchen Gewohnheitsrechts das kanonische und das in Justinians Rechtsbüchern enthaltene römisch-byzantinische Recht. Namentlich kam es für die Geltung solcher gemeinen Gewohnheitsrechte in einem einzelnen Bezirke nicht darauf an, daß gerade auch in diesem Bezirke eine langjährige Übung des betreffenden Rechtssatzes nachgewiesen werden konnte, wenn nur unzweifelhaft aus der über Deutschland verbreiteten Übung des Rechtssatzes sich ergab, daß eine gemeine Volksansicht entschieden sich festgestellt hatte; es mußte dann für den einzelnen betreffenden Bezirk, eben weil er einen Theil des ganzen Reiches bildete, ein solches Gewohnheitsrecht maßgebend sein, sollte auch in seinem Kreise sich die Volksüberzeugung über den betreffenden Punkt nicht in Gewohnheiten ausgesprochen haben.

Nach seiner Verbindungskraft kann aber dieses gemeine Recht einen sehr verschiedenen Charakter haben. Es kann sein

a. ein absolutes oder unbedingt gemeines Recht, d. h. welches unbedingte Geltung in allen Bezirken in Anspruch nimmt (z. B. wenn ein Gesetz dies überhaupt oder von einer einzelnen Beziehung des gemeinen Rechts so festsetzt). Dann kann sich natürlich in den einzelnen Bezirken ein Rechtssatz, der mit einer Bestimmung

dieses absoluten gemeinen Rechts in Widerspruch stehen würde, nicht gültig bilden[5]. Oder kann es sein

b. ein bloß subsidiäres oder hypothetisches gemeines Recht, d. h. den Charakter haben, daß es für die einzelnen Bezirke des Ganzen nicht unbedingt, sondern nur dann und in so weit gelten soll, wenn und in wie weit in ihnen ein besonderes Recht sich nicht gebildet hat oder bildet, das also in den einzelnen Bezirken nur zur Aushilfe, zur Ergänzung der Lücken ihres Rechts gilt. Hier kann sich dann ganz gültig ein vom Inhalte dieses gemeinen Rechts abweichender Rechtssatz in dem einzelnen Bezirke für diesen bilden, und dadurch wird dann in ihm die Anwendung des gemeinen Rechts beschränkt, d. h. das gemeine Recht gilt dann im betreffenden Bezirke nicht, so weit sich in ihm über den betreffenden Punkt ein partikuläres Recht gebildet hat; es gilt nur da, wo das partikuläre Recht Lücken hat[6]. So war es zur Zeit des vormaligen deutschen Reiches. Zwar enthalten die deutschen Reichsgesetze, namentlich die P. G. O. Karls V. z. B. Art. 61, 104, 106, 135, 140, 204, 218 und die Reichs-Pol. Ordnungen manche Bestimmungen, welche eine unbedingte Geltung für ganz Deutschland in Anspruch nahmen. Allein die Macht der einzelnen deutschen Provinzen wuchs allmählich gegenüber vom deutschen Reiche so sehr, daß die Gesetzgeber derselben in ihrer Gesetzgebungsgewalt, abgesehen von ihrer staatsrechtlichen Verbindung mit dem Reiche, sich ganz unbeschränkt erachteten, und so wurde am Ende dem gemeinen deutschen Rechte bloß der Charakter der Subsidiarität in den einzelnen deutschen Provinzen zugeschrieben.

II. Von dem gemeinen Rechte im eigentlichen (juristischen) Sinne muß man unterscheiden das bloß faktisch übereinstimmende und dadurch bloß gemeinsame oder gleiche Recht. Dabei ist Folgendes zu beachten.

1) In den Rechten der verschiedenen Staaten findet sich häufig eine große materielle Übereinstimmung, besonders je mehr diese Staaten in Kultur, Sitte, äußeren Verhältnissen auf gleicher Stufe und mit einander in lebhaftem Verkehre stehen. Auf diese Weise kann das

---

[5] Ein solches absolutes gemeines Recht gilt in dem einzelnen Bezirke, lediglich, weil er dem Ganzen angehört. Es muß also von selbst im einzelnen Bezirk gelten, wenn ein solcher dem Ganzen als Theil beitritt.

[6] Das subsidiäre gemeine Recht gilt im einzelnen Bezirk aus einem doppelten Grunde: a) weil derselbe dem Ganzen angehört; b) weil es vom Bezirk nicht abgeändert wurde.

positive Recht, das in einem Staate gilt, vielfach mit den positiven Rechten anderer Staaten übereinstimmen, kann also verschiedenen Staaten in Vielem gleiches Recht gemeinsam sein. Allein eine solche Gemeinsamkeit ist bloß etwas Faktisches, Historisches, Zufälliges, beruht nicht auf einer Rechtsquelle, welcher an sich die verschiedenen Staaten unterworfen wären, nicht auf einer gemeinsamen juristischen Nothwendigkeit. Die Fortbildung dieses Rechts in dem einen Staate ist gar nicht maßgebend für das (übereinstimmende) Recht des andern Staates. Ein solches Recht ist nicht ein gemeines Recht der betreffenden verschiedenen Staaten, sondern ein besonderes Recht eines jeden, ein Landesrecht desselben, das nur zufällig mit dem Rechte des andern Staats übereinstimmt.

2) Die Momente, durch welche eine solche Übereinstimmung oder faktische Gemeinsamkeit des Rechts bewirkt wird, können sehr verschieden sein und nach ihrer Verschiedenheit bestimmt sich auch der Grad der Ausdehnung der Übereinstimmung solcher Rechte. Es erklärt sich namentlich

a. eine solche Übereinstimmung zunächst daraus, daß überhaupt das positive Recht, wenn es auch seiner äußeren Erscheinung, seiner formellen Begründung nach sich als ein Akt der Willkür darstellt, doch in der That seinem Wesen nach in seinem weitaus größeren Stoffe keineswegs etwas Willkürliches ist. Es ist dem größeren Theile seines Inhalts nach nichts Anderes, als die bald bewußte, bald unbewußte Verwirklichung der im Volke lebenden Rechtsidee. Diese Manifestation der menschlichen Vernunft wird natürlich bei verschiedenen Staaten oder in verschiedenen Bezirken desselben Staats um so mehr in ihrem Inhalte übereinstimmen, und auf vielfach gleiches Recht, das bei Jedem in seinen besonderen Rechtsquellen zur Geltung kommt, führen, je mehr sie in Charakter, sittlicher und intellektueller Kultur und äußerer Lage auf gleicher Stufe stehen. In diesem Sinne nannten die Römer ihr ius gentium, d. h. denjenigen Inhalt ihres positiven Rechts, der mit den positiven Rechten der anderen gebildeten Völker ihrer Zeit faktisch übereinstimmte, und daher nicht in der besonderen nationalen Auffassung des Volks seinen Grund hatte, sondern in der Gemeinsamkeit der menschlichen Natur, und in dem Einflusse gemeinsamer Kultur, ein commune ius omnium hominum, welches apud omnes populos, qui legibus et moribus reguntur, peraeque

custoditur[7], natürlich ohne irgend dabei an eine juristische Gemeinsamkeit, an ein gemeines Recht, unter dem sie mit den übrigen civilisirten Völkern ständen, zu denken. — Häufig kommt auch noch hinzu, daß ein Gesetzgeber die Erfahrungen, die in anderen Staaten auf dem Gebiete des Rechts gemacht wurden, zu Rathe zieht, fremdes Recht bei seiner Gesetzgebung benutzt und mehr oder minder in besonderen Gestaltungen, die er ihm giebt, auch in seine Gesetze aufnimmt.

b) Noch häufiger wird eine solche faktische Übereinstimmung sich da finden, wo die Nationalität eine gemeinsame ist, und so können wir bei einer in verschiedene Staaten zersplitterten Nation und ebenso bei den verschiedenen partikulären Rechtsbildungen in den Provinzen desselben Staats das Recht, das bei ihnen in übereinstimmender Weise als Produkt des gemeinsamen nationalen Geistes zur Geltung kam, ein nationales gemeinsames oder gleiches Recht nennen. Aber auch dieses nationale gemeinsame Recht ist kein wahrhaft juristisch gemeines; denn die Gleichheit der auf die Bestimmung des Rechtsinhalts einflußreichen Momente kann hier so wenig wie bei den unter a) herausgehobenen Beziehungen zu einem juristisch gemeinen Rechte führen; nur durch eine gemeinsame juristische Nothwendigkeit, durch eine gemeinsame Rechtsquelle, welcher an sich die verschiedenen Gebiete unterworfen sind, und ihre fortdauernde, also auch noch gegenwärtige Geltung als solcher und durch die Unterwerfung der einzelnen Gebiete unter das gemeinsame Recht, weil sie Theile des Ganzen sind, kann ein wahres gemeines Recht begründet werden.

c) Es kann auch selbst eine und dieselbe Rechtsquelle in verschiedenen Rechtsgebieten Geltung haben, ohne für dieselben ein juristisch gemeines Recht zu bilden, wenn nämlich ihre Geltung nicht auf einem gemeinsamen juristischen Grunde, also nicht auf einer gemeinsamen juristischen Nothwendigkeit beruht. Diese Gemeinsamkeit des juristischen Grundes kann schon bei der Entstehung fehlen, z. B. wenn verschiedene Staaten dasselbe fremde Recht durch ihre Gesetzgebung oder ihr Gewohnheitsrecht recipirten. Sie kann aber auch bei der Entstehung vorhanden gewesen, jedoch später weggefallen sein, also in der Fortdauer und Gegenwart fehlen, z. B. wenn von dem Staate, in

[7] I. de iur. nat. 1, 2. § 1, 2; D. de I. et I. 1, 1. l. 1. § 4., l. 2—5. l. 9.

welchem gemeines Recht gilt, sich eine Provinz losreißt, aber das Recht jenes Staates vorerst in ihr bestehen bleibt, wie dies mit der Geltung des Code Napoleon in den hessischen, baierischen und preußischen Rheinprovinzen der Fall ist. Auch in diesen letzteren Fällen kann man von einem juristisch gemeinen Rechte dieser Gebiete nicht sprechen. Allerdings ist hier die Gemeinsamkeit eine prägnantere, da den verschiedenen Staaten eine und dieselbe Rechtsquelle gemeinsam ist und diese in ihrem ursprünglichen Sinne gleichmäßig in ihnen gilt, so weit nicht später im einzelnen Gebiete eine Umbildung eingetreten ist. Aber dieses gleiche Recht hat in jedem einzelnen Staate bloß die Natur und Geltung eines besonderen, eines partikulären Rechts dieses Staates, eines Landesrechts desselben, das nur zufällig mit dem Rechte des andern Staats übereinstimmt. Es besteht in jedem Staate ganz unabhängig vom gleichlautenden Rechte der andern Staaten, die fortdauernde Gemeinsamkeit ist eine juristisch zufällige; spätere Änderungen und Fortbildungen, welche dieses gleiche Recht in dem einen Staate durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht erleidet, haben für den anderen Staat keine formelle Geltung; die gemeinsame Geltung jenes Rechts in den verschiedenen Gebieten beruht bloß auf der geschichtlichen Thatsache des die ursprüngliche gleiche Geltung bestimmenden geschichtlichen Moments, aber sie besteht nicht in den einzelnen Gebieten als Theilen eines dem Gemeinsamen unterworfenen Ganzen. —

d) Es kann aber auch ein solches übereinstimmendes Recht dadurch entstehen, daß verschiedene selbständige Staaten legislative Arbeiten oder Aussprüche eines Organs, das nicht eine gesetzgebende Gewalt für sie hat, durch ihre besondere Gesetzgebung bei sich als Landesrecht einführten. Beispiele aus unserm Jahrhundert waren namentlich die Beschlüsse des ehemaligen deutschen Bundes[8]. Dieser Bund hatte keine gesetzgebende Gewalt über Deutschland, und deßhalb galten seine Beschlüsse in jedem einzelnen deutschen Staate nur dann und in so weit, wenn und in wie weit sie von demselben durch besonderes Gesetz des Staats als Landesrecht eingeführt wurden und dann bildeten sie ein übereinstimmendes Recht dieser Staaten, aber bloß in der Form eines partikulären Rechts jedes Staats, eines

[8] Der gemeinsame Staatsverband, welcher vor 1806 die deutschen Provinzen vereinigt und den gleichen Rechtsquellen unterworfen hatte, war gelöst und die einzelnen Deutschen Staaten bloß durch ein völkerrechtliches Bündnis verbunden.

Landesrechts desselben. Ebenso verhielt es sich mit der allgemeinen deutschen Wechselordnung und dem deutschen Handelsgesetzbuche. Diese waren Arbeiten einer Kommission, die aus Deputirten verschiedener Staaten zusammengesetzt war und die natürlich keine gesetzgebende Gewalt für Deutschland hatte; aber diese Arbeiten wurden beinahe in allen deutschen Staaten durch ihre Landesgesetzgebung als Gesetz eingeführt, und galten so in jedem einzelnen Staate als Partikularrecht, als Landesrecht, bildeten aber ein sehr wichtiges übereinstimmendes Recht derselben. Daß es sich aber heutzutage mit der Wechselordnung und dem Handelsgesetzbuch ganz anders verhält, indem sie jetzt als ein absolut gemeines Recht für das deutsche Reich gelten, verdanken wir der Reichsgesetzgebung.

3) Wenden wir das Ausgeführte auf das gemeine deutsche Recht an, so ergeben sich folgende Resultate. Wenn ein Reich sich auflöst und in verschiedene selbständige Staaten zerfällt: so bleibt zwar das Recht, welches als gemeines Recht in ihm gegolten hatte, noch in den einzelnen selbständig gewordenen Staaten gültig, so lange nicht der einzelne Staat durch seine Landesgesetzgebung es abschafft; denn durch eine Änderung der Staatsverfassung hört im übrigen das bisherige positive Recht, das in den Gebieten, die zum Staat gehörten, bestand, nicht zu gelten auf; aber jenes Recht, welches im Reiche als gemeines Recht gegolten hatte, und in ihnen fortgilt, bildet nun nicht mehr ein juristisch gemeines Recht dieser einzelnen Staaten, weil sie nicht mehr ein Ganzes, ein Rechtsgebiet bilden und der Grund der (fortdauernden) Geltung desselben in ihnen nicht mehr auf der Verbindung mit dem früheren Ganzen beruht; es ist nun bloß ein faktisch gemeinsames Recht dieser Staaten und bildet in jedem einzelnen Staate, so lange er es nicht abschafft, einen Theil seines Landesrechts. Deßhalb blieb, als im Jahr 1806 das deutsche Reich sich auflöste und in lauter souveräne Staaten zerfiel, das gemeine Privatrecht (auch das gemeine Strafrecht und der gemeine Proceß) in diesen ehemaligen, nun zu selbständigen Staaten gewordenen, deutschen Provinzen in der Weise, wie es bis dahin in ihnen gegolten hatte, in fortdauernder Geltung, und es gilt daher auch jetzt noch in vielen deutschen Staaten. In so fern ist es gewiß richtig, wenn Windscheid, Pand. § 2. Nr. 5 sagt, daß „durch die Auflösung des deutschen Reichs die Geltung des römischen Rechts in Deutschland nicht verändert worden ist". Aber den Charakter eines wahren juristisch gemeinen deutschen Rechts hat es verloren. Zwar beruhte die Geltung dieses gemeinen Rechtes in den verschiedenen Provinzen ursprünglich auf einem gemeinsamen juristischen Grunde und auf ihrer Zusammengehörigkeit. Es galt in ihnen, weil sie dem Ganzen als Theil angehörten, und wenn auch noch während des Bestandes des deutschen Reichs die meisten Provinzen durch diese Gemeinsamkeit sich wenig oder gar nicht für gebunden erachteten und Preußen (1794) das gemeine Recht ganz beseitigte, so behielt es doch immer noch die Bedeutung, daß wenn eine Provinz die in ihr geltende Gesetzgebung lediglich abgeschafft haben würde, sie unter das gemeine Recht des Reichs, wie es sich bis dahin fortgebildet hatte, wieder gefallen wäre. Dieses aber verhält sich jetzt ganz anders. In den Staaten, in denen sich auf die oben angegebene Weise das gemeine Recht noch in Geltung erhalten hat, gilt es nicht mehr deßhalb, weil sie einem größeren Ganzen angehörten. Diese Angehörigkeit ist gänzlich gefallen, und so gilt das gemeine Recht, das als solches bis zum Jahre 1806 bestand, in jedem jener Staaten nur fort vermöge seines besonderen Staatswillens als Theil seines Landesrechts; ein wahrhaft gemeines Recht aber konnte

sich für sie nach Auflösung des Reichs nicht bilden. Die Weiterbildung, welche das ehemalige gemeine Recht in dem einzelnen Staate, in dem es als Theil seines Landesrechts noch gilt, etwa erhält, sei es auch durch Gewohnheitsrecht oder durch Wissenschaft und Praxis, ist für die anderen Staaten, in denen gleiches Landesrecht gilt, in keiner Weise maßgebend, sondern, so fern es sich von einer bindenden Kraft handelt, rechtlich indifferent, wie überhaupt jede Änderung oder Weiterbildung des Rechts eines selbständigen Staats ohne unmittelbare rechtliche Bedeutung für das materiell gleiche Recht ist, das etwa in einem anderen selbständigen Staate gilt. Es verhält sich in dieser Beziehung mit unserem ehemaligen gemeinen Rechte ganz wie mit dem Code Napoleon in den deutschen Staaten, in welchen er, so lange sie Provinzen des französischen Reiches waren, als ein warhaft juristisch gemeines Recht des französischen Reichs, dem sie als Theile angehörten, galt und dermalen aus demselben Grunde noch fortgilt, aus welchem in anderen deutschen Staaten das ehemalige gemeine deutsche Recht noch fortdauernde Geltung hat; es gilt noch in ihnen, aber nicht als gemeines französisches Recht, sondern als ihr Landesrecht, das sie bis jetzt nicht abgeändert haben. Wer behaupten wollte, daß das ehemalige gemeine deutsche Recht in den deutschen Staaten, in welchen sich seine materielle Geltung noch forterhalten hat, ein gemeines deutsches Recht bilde, der müßte auch behaupten, daß ein Theil dieser Staaten, die deutschen Provinzen des linken Rheinufers, derzeit noch mit Frankreich unter einem wahrhaft juristisch gemeinen Rechte stehen. Der Umstand aber, daß der größere Theil des ehemaligen gemeinen Rechts in Deutschland durch Gewohnheitsrecht zur Geltung kam, kann keineswegs, wie Bruns [in Ersch. u. Gruber Encykl. LVII S. 208 f. und Holtzendorff Encykl. I Nr. III] und nun auch Windscheid (l. c. Note 7.) glaubt, auf ein anderes Resultat führen.

Auch ein Gewohnheitsrecht, durch welches sich die gemeinsame rechtliche Überzeugung des Volks ausspricht, ist, wenn es für mehrere Gebiete als wahrhaft gemeines gelten soll, an die staatliche Verbindung gebunden. Diese Volksüberzeugung, also der allgemeine Wille des Volks, der sich in einem Gewohnheitsrecht ausspricht, kann nur in dem Staate maßgebend sein, welchem das betreffende Volk angehört, nicht aber auch für andere selbständige Staaten, weil im Staate nur das durch seine rechtserzeugenden Organe Gesetzte und nur der Ausfluß des in ihm herrschenden allgemeinen Willens zum positiven Recht werden kann. Allerdings kann in verschiedenen selbständigen Staaten eine gleiche Rechtsüberzeugung und dadurch ein gleiches Gewohnheitsrecht sich bilden, aber dadurch wird so wenig wie durch übereinstimmende Gesetze ein wahrhaft gemeines Recht für diese Staaten gebildet und die Fortbildung dieses Rechts in dem einen Staate irgend maßgebend für den andern. Zwar bedienen wir uns noch immer der Bezeichnung „gemeines deutsches Recht" und wir setzen auch jetzt noch diesem „gemeinen Recht" das davon abweichende Recht, das in den einzelnen deutschen Staaten gilt, als „Partikularrecht" entgegen, nennen daher auch z. B. in diesem Gegensatze das preußische, das österreichische Recht ein „Partikularrecht". Allein wenn wir so immer noch vom „gemeinen Rechte" sprechen: so bezeichnen wir damit nicht ein gegenwärtiges juristisch gemeines Recht, sondern nur dasjenige Recht Deutschlands, das bis zum Jahre 1806 gemeines Recht war, aber seitdem nicht mehr ein juristisch gemeines Recht Deutschlands bildet, jedoch als Landesrecht sich noch in vielen deutschen Staaten erhalten hat. (Vgl. Meine Schrift: Gemeines Recht Deutschlands, Leipzig 1844, S. 171 f.)

Ein juristisch gemeines Recht ist nicht bloß in einem Einheitsstaate möglich, sondern auch in einem sogenannten Bundesstaate, d. h. einer Vereinigung verschiedener Staaten unter einer auf eine gewisse Wirksamkeit beschränkten administrativen und gesetzgebenden Centralgewalt. Dies war namentlich der Fall im norddeutschen Bunde und ist es jetzt im neuen deutschen Reiche (vgl. § 7 a. E.). Die gesetzgebende Gewalt für den ganzen Bereich des Bundesgebietes, also für alle Bundesstaaten, über die in der Bundesverfassung (Reichsverfassung) Art. 4 bezeichnete Gegenstände, zu denen namentlich auch Obligationen-

recht, Handels- und Wechselrecht, Strafrecht und die Processe gehören, hat der Bundesrath und der Reichstag in der Art, daß zu einem Reichsgesetze nur erfordert wird die Übereinstimmung der Mehrheitsbeschlüsse in diesen beiden Kollegien und die öffentliche Bekanntmachung des beschlossenen Gesetzes im Reichsgesetzblatt durch das Bundespräsidium, das zu dieser Bekanntmachung verpflichtet ist, und die Gegenzeichnung des Reichskanzlers. (Vgl. Verfassung des deutschen Reichs Art. 2, 4, 5, 17.)

5. Öffentliches und Privatrecht.

§ 6.

Das gesammte Recht theilt sich seinem Gegenstande nach in öffentliches und Privatrecht. Das öffentliche Recht oder Staatsrecht im weiteren Sinne setzt die Normen fest über das Verhältnis des Staats als politischen Organismus und über die Stellung der bürgerlichen Gesellschaft, aller Einzelnen, zu demselben als Solchem. Es giebt also die Normen über Konstituirung des Staats und der Staatsgewalt überhaupt — Staatsrecht im engern Sinn oder Verfassungsrecht —, ferner über die Ausübung der Staatsgewalt — Verwaltungsrecht — und über das Verhältnis verschiedener Staaten zu einander — Völkerrecht[1].

Das Privatrecht (häufig auch durch bürgerliches Recht oder Civilrecht bezeichnet) umfaßt die Normen über alle Rechtsverhältnisse, welche nicht ein Ausfluß der Staatsverbindung (der anordnenden und vollziehenden Gesammtgewalt) als solcher sind und nicht durch eine unmittelbare Beziehung zum Staat als Solchem bestimmt werden[2]. Es sind dies: die Stellung der Person im Recht überhaupt und ihre Familien- und Vermögensverhältnisse, so weit sie von der publicistischen Stellung abgesondert sind[3].

---

[1] Ius inter gentes, wohl zu unterscheiden vom römischen ius gentium (vgl. oben § 2.).

[2] Privatum bedeutet eine Absonderung, etwas Besonderes, im Gegensatz zum Öffentlichen.

[3] Nicht zutreffend ist die Definition des Privatrechts als des Rechts der Bürger untereinander (denn auch Fremde betrifft das Privatrecht); oder: der Verhältnisse der Privaten; denn das Private kann auch öffentliche Rechte haben und der Staat kann auch in Privatrechtsverhältnissen stehen (als Fiskus); oder: der Unterthanen zu einander; denn auch der Regent steht in privatrechtlichen Verhältnissen.

C. Das gemeine deutsche Privatrecht. — Pandektenrecht.

§ 7[1].

(Arndts § 1.)

Im Mittelalter hatte sich in Deutschland ein einheimisches gemeines Recht nur in höchst dürftiger Weise gebildet. Denn die Reichsgesetze berührten beinahe gar nicht das Privatrecht und auch das Gewohnheitsrecht war nur eine dürftige Quelle gemeinen Rechts. Zwar beruhte damals das Recht in den deutschen Provinzen, abgesehen von den wenigen Reichsgesetzen, bloß auf Gewohnheitsrecht und auf autonomischen Festsetzungen, welche die einzelnen Korporationen selbständig für ihren Sprengel geben konnten (§ 23 Nr. III) und diese Gewohnheitsrechte und Festsetzungen stimmten in Geist und Grundgedanken sehr überein, da sie ein Produkt des rechtserzeugenden Geistes eines durch Staatseinheit, Gemeinsamkeit der Religion und Gleichheit der sittlichen und intellektuellen Bildungsstufe verbundenen Volks waren. Allein diese Gewohnheiten und Einigungen waren höchst lückenhaft, enthielten nur einzelne rohe Grundzüge und gingen überdies in der besonderen Gestaltung, die sie den Rechtsinstituten gaben, so sehr auseinander, daß beinahe in den meisten Beziehungen die Rechtsbildung eine bloß partikuläre und selbst diese nur eine fragmentarische war. Wahrhaft gemeine Gewohnheitsrechte durch ganz Deutschland entwickelten sich nur wenige und auch diese nur in gröberen Umrissen. Eine Wissenschaft aber, die mit Kraft und Autorität das Gemeinsame festgehalten, es recht zum Bewußtsein gebracht und auf dieser Grundlage weiter ausgebildet und ihm einen fruchtbringenden Ausdruck gegeben hätte, ging jenen Zeiten ab und auch die dürftigen Versuche, die im XIII. Jahrhundert das gemein anwendbare Recht, ein Kaiserrecht, zu entwickeln und geltend zu machen suchten, wie z. B. der Sachsen- und Schwabenspiegel, kamen nicht zu allgemeiner Anerkennung. Vielmehr drohte das deutsche Recht sich mehr und mehr zu partikularisiren, und das erwachende wissenschaftliche Streben wendete sich hauptsächlich den fremden Rechten zu, mit denen man allmählich näher bekannt wurde. — Dies war der Zustand, als das römische Recht recipirt wurde. Zwar stand dieses recipirte Recht dem einheimischen nach; es

[1] Anm. d. Herausg. Dieser § giebt in erweiterter handschriftlicher Ausführung die im Kolleg vorgetragenen Paragraphen „Pandektenrecht und Germanikum" und „das heute in Deutschland geltende Recht und die praktische Bedeutung des Pandektenrechts".

war im Verhältnis zu demselben ein bloß subsidiäres Recht. Allein da ein gemeines einheimisches Recht nur in höchst dürftiger Weise sich gebildet und Anerkennung erlangt hatte: so drängte sich auf dem gemeinrechtlichen Gebiete das recipirte Recht überall ein und erhielt durch seine Gediegenheit, durch die größere Leichtigkeit, mit der es in wenigen Sammlungen zugänglich war, durch die Richtung der Wissenschaft, die hauptsächlich auf ihm fußte und, das deutsche Element hintansetzend, den rechten nationalen Sinn vielfach verleugnete, und durch das Übergewicht, das in den Gerichten die Doktoren des fremden Rechts mehr und mehr erlangten, eine solche Macht, daß es die gemeinrechtliche deutsche Rechtsbildung größtentheils beherrschte und, abgesehen von den Staatsverfassungsverhältnissen, zur Grundlage des deutschen Rechtszustands und vornehmlich des gemeinen Privatrechts wurde.

Die Bekanntschaft mit dem römischen Rechte wurde vermittelt theils durch die Kirche, da die Geistlichkeit von jeher nach römischem Rechte lebte, theils durch den (wissenschaftlichen) Einfluß der italiänischen Juristen des Mittelalters. Vom 13. Jahrhundert an nämlich ging Jeder, der das Recht wissenschaftlich begreifen wollte, auf die Universitäten in Oberitalien; auf diesen aber wurde nur kanonisches und römisches Recht gelehrt; und selbst auf den deutschen Universitäten, welche von der Mitte des 14. Jahrhunderts an gegründet wurden (Prag 1348; Wien 1365; Heidelberg 1386 (restaurirt 1652); Erfurt 1392 (aufgehoben 1816); Leipzig 1409), las man lange Zeit bloß über diese beiden Rechte und setzte deutsches Recht völlig hintan, theils wegen seiner Unkultur und seines Mangels an gemeinrechtlicher Durchbildung, theils wegen der Schwierigkeit, in seiner Zerrissenheit es kennen zu lernen. So kam es, daß die Doktoren des römischen und kanonischen Rechts, mit denen allmählich die höheren Gerichte und Staatsämter besetzt wurden, da, wo sie gemeines Recht zur Anwendung zu bringen hatten (bei Lücken des einheimischen), außer dem kanonischen hauptsächlich das römische Recht anwendeten, das ja auch in Deutschland als kaiserliches Recht gelten müsse. (Vgl. Meine Schrift: Gemeines Recht Deutschlands S. 27 ff. 181 ff.) — Ebenso wurde auch das kanonische Recht als geltendes gemeines Recht behandelt und recipirt, weil das, was von der die ganze Christenheit beherrschenden Kirche ausging, auch in ganz Deutschland gelten müsse; nur ist dieses im Privatrecht, mit Ausnahme des Eherechts, sehr dürftig. — So kam das recipirte römische Recht weitaus in den meisten Punkten zur Anwendung. — Vgl. unten § 11.

Auf dieses gemeine deutsche Privatrecht bezieht sich die Bezeichnung Pandektenrecht (vgl. Nr. 7. 8). Zur näheren Bestimmung des Pandektenrechts aber ist zu bemerken:

1) Dem größten Theile des privatrechtlichen Inhalts der bei uns geltenden justinianischen Rechtsbücher kann man eigentlich gar nicht das Prädikat römisch geben, noch seine Institute römische Institute nennen. Dieser Inhalt ist größtentheils nichts anderes, als — Natur der Sache, treffende Entwicklung des Rechts, das an

sich schon in den socialen Verhältnissen liegt und der dadurch gegebenen rechtlichen Konsequenzen. Ihre Geltung aber ist für uns dadurch, daß sie in den römischen Rechtsbüchern entwickelt und ausgesprochen und diese von uns recipirt worden sind, eine sicherere, unzweifelhaftere, positiv rechtliche geworden und stützt sich bei uns der Form nach auf diese recipirten Rechtsbücher.

Kann man z. B. das Prädikat römische Institute den Resultaten geben, auf welche größtentheils die Entwicklungen der römischen Juristen über die rechtliche Natur des Kaufs, der Miethe, des Darlehns, des Kommodats ꝛc., des Eigenthums, über die Erfordernisse einer gültigen Zahlung, über die Wirkungen der einem Rechtsgeschäfte beigefügten Bedingungen und Zeitbestimmungen, über den rechtlichen Einfluß des Betrugs, Zwangs, Irrthums bei Rechtsgeschäften u. s. w. führten? Sie sind Entwicklungen aus der Natur der Sache, durch welche die römischen Juristen in meisterhafter Weise ihr positives Recht zu ergänzen suchten und welche durch ihre Übereinstimmung mit der Natur der rechtlichen Lebensverhältnisse und ihre innere Wahrheit zur allgemeinen Anerkennung und gewohnheitsrechtlichen Bekräftigung kamen und die bei uns durch die Reception des Corpus iuris ebenfalls auch formelle Geltung erhalten haben.

2) Auch verhielt sich der deutsche rechtsbildende Geist auf dem Gebiete des gemeinen Rechts gerade im Verhältnis zum römischen Rechte keineswegs unthätig. Er suchte das recipirte römische Recht den deutschen Verhältnissen und Auffassungen anzupassen, stieß das damit Unverträgliche, das die specifisch römische Farbe tragende mehr und mehr aus, bildete es vielfach um und ergänzte es in Vielem, und so wurde hauptsächlich durch deutsches gemeines Gewohnheitsrecht das römische Recht in seiner Geltung bei uns dergestalt modificirt, umgestaltet und weitergebildet, daß das Pandektenrecht größtentheils zum wahren deutschen Rechte wurde und sein Inhalt unsere ganze juristische Bildung, unser rechtliches Bewußtsein und unser ganzes Rechtsleben durchdrungen hat[2].

---

[2] In das Volk selbst drang in vielen Beziehungen die römische Auffassung so ein, daß in denselben sich die germanische Rechtsbildung ganz aus den Ansichten und dem Leben des Volks verlor, so daß das römische Recht theilweise wahres Volksrecht (nicht bloß Gelehrtenrecht) war. — Unser Pandektenrecht ist nicht reines römisches Recht. Es giebt uns einen Rechtszustand, wie er allmählich in Durchdringung germanischer und römischer Elemente aus dem Konflikt des Germanischen mit dem Römischen hervorgegangen

3) Hieraus ergiebt sich, daß es nicht zutreffend ist und zu Mißverständnissen führt, wenn von Manchen das Pandektenrecht bestimmt wird als das römische Privatrecht in so fern dasselbe als gemeines Recht in Deutschland Aufnahme gefunden hat (z. B. Arndts Pand. § 1), oder als das römisch-justinianische Privatrecht, in wie weit es in das gemeine Recht übergegangen ist (z. B. Göschen, Vorlesungen § 2), oder bloß als das auf römischen Begriffen und Grundsätzen beruhende und in Deutschland anwendbare Privatrecht (z. B. Mühlenbruch, Pand. § 27). Aus dem Gesagten ergiebt sich auch, daß die Bezeichnung des Pandektenrechts durch heutiges römisches Recht nicht zutreffend ist. Bei diesem letzteren Ausdruck ist zu beachten, daß Savigny (System I. § 1, 2) unter heutigem römischen Recht nicht das römische Recht, so weit es einen Theil unsres gemeinen deutschen Rechts bildet, versteht, sondern es dem in Deutschland geltenden gemeinen Recht entgegensetzt. Das Letztere ist ihm das heutige römische Recht in der besonderen Anwendung auf das deutsche Reich, also mit den dadurch bestimmten besonderen Modifikationen.

4) Von den einheimischen deutschen Privatrechtsinstituten hatten sich einzelne zu gemeinrechtlichen durchgebildet, und dazu kamen noch einige so zu sagen modern-europäische Institute, welche auch in Deutschland durch Gewohnheitsrecht Eingang und gemeinschaftliche Ausbildung fanden[3].

5) So besteht daher das gesammte gemeine deutsche Privatrecht

a. aus besonderen Instituten rein deutschen und modern-europäischen Ursprungs.

b. aus dem Pandektenrechte, das den Hauptstoff des gemeinen deutschen Privatrechts und seine Grundlage bildet.

6) Um aber über den ganzen Kreis des gemeinen Privatrechts zu orientiren und es zu ermöglichen, den Stoff des gesammten gemeinen Privatrechts mit Sicherheit zu beherrschen, muß in den Vorlesungen über Pandektenrecht überall gezeigt werden, wo und wie ein Institut

---

ist. Es ist dieses ein wichtiges und nicht immer gehörig beachtetes Element des gemeinen Rechts, dem nur unsere Juristen nicht immer die gehörige Durchbildung und Konsequenz gaben. Sie nahmen sich darin nicht die römischen Juristen zum Muster, sondern den Justinian, wie er es bei seinen Neuerungen machte. Was man für Willkür der alten Praktiker und Theoretiker hielt, z. B. Lauterbach, Leyser war im Gegentheil ein Herausfühlen des lebendigen germanisirten römischen Rechts.

[3] Die nähere Entwicklung dieser Institute aber ist wegen ihrer Eigenthümlichkeit in Geist, Quellen und Bildungsproceß von dem Pandektenrechte auszuscheiden und in dem Deutschen Privatrecht im engeren Sinne (Germanicum) zu geben. Übrigens ist ein Theil dieser gemeinrechtlichen Institute durch die Gesetzgebung aller oder wenigstens beinahe aller deutschen Staaten in unseren Zeiten ganz untergegangen (z. B. Leibeigenschaft, Bannrechte, Jagdregal) oder wenigstens wesentlich und großentheils im Geiste des freisinnigeren römischen Privatrechts reformirt worden, und noch Manches davon wird dem Untergange geweiht sein.

des Germanikums im gemeinen Rechte eingreift und wie es auf den Kreis des Pandektenrechts wirkt; nur daß die nähere Entwicklung solcher Institute dem Germanikum zu überlassen ist.

7) Hiernach ist Pandektenrecht und der Gegenstand der Pandektenvorlesungen das gesammte deutsche Privatrecht, so weit es gemeines Recht in Deutschland bildete, mit Ausnahme der näheren Entwicklung der besonderen einheimischen deutschen und der in Deutschland gemeinrechtlich gewordenen neu-europäischen Institute.

Auffallend scheint es, daß dieser Gegenstand durch Pandektenrecht bezeichnet wird, da ja Justinians Pandekten, welche zu dieser Bezeichnung Veranlassung gaben, nur zu einem Theile Quelle unseres Pandektenrechts sind und überdies sich gar nicht auf Privatrecht beschränken. Es erklärt sich dieses aus Folgendem.

Als das römische Recht in Deutschland sich allmählich festgesetzt hatte, schloß sich die deutsche Wissenschaft und Praxis an dasselbe in der Regel in einer ungemessenen ganz einseitigen Weise mit ungerechtfertigter Vernachlässigung und Zurücksetzung des einheimischen Rechtes an. Die wissenschaftlichen Arbeiten, Lehrvorträge und Schriften machten das römisch-justinianische Recht ganz zu ihrer Grundlage und knüpften sich regelmäßig an die Pandekten an und bezeichneten den in dieser Ordnung bearbeiteten Stoff des geltenden Rechts nach dem justinianischen Rechtsbuche, an das man sich dabei äußerlich anschloß, und so umfaßten das Ius Pandectarum oder Digestorum, Collegia Pandectarum und die dogmatischen Commentarii in Pandectas (nicht zu verwechseln mit den exegetischen Kommentarien über Justinians Digesten) oder die Iurisprudentia forensis secundum ordinem Pandectarum das gesammte in Deutschland geltende gemeine Recht, so weit es sich unter Justinians Digestentitel bringen ließ, also nicht bloß Privatrecht, sondern namentlich auch Strafrecht und Civil- und Kriminalproceß, wobei denn auch das deutsche Element, so weit es sich zum gemeinen Rechte durchgebildet hatte, aber dieses nur dürftig als Usus modernus Pandectarum berücksichtigt wurde. Ebenso in andern nichtdeutschen Staaten, in denen das römische Recht recipirt wurde. In Deutschland überzeugte man sich erst im vorigen Jahrhundert mehr und mehr, daß auf diese Weise eine wahrhaft wissenschaftliche und fruchtbringende Behandlung unsres Rechts unmöglich sei, sondern Trennung der verschiedenen Disciplinen fordere. Man fing an, einzelne Doktrinen, die zum Pandektenrechte gezogen worden waren, in besonderen Lehrvorträgen und Schriften zu behandeln und schloß so allmählich das Germanikum und was sich auf das öffentliche Recht bezog, namentlich das Kriminalrecht und den Kriminalproceß und später auch den Civilproceß vom Kreis der Pandekten aus. Gleichwohl wurde die Bezeichnung Pandektenrecht beibehalten.

8) Manche Neuere gebrauchen für Das, was man unter Pandektenrecht versteht, die Bezeichnung gemeines Civilrecht. Es soll dadurch wohl eine vermeintliche doppelte Bedeutung von ius civile — römisches Recht und Privatrecht — kombinirt und theils die Beschränkung auf Privatrecht, theils im Gegensatze zum Germanicum die römische Grundlage angedeutet werden. Allein diese Bezeichnung kann doch leicht zu Mißverständnissen führen und beruht auch auf einer nicht ganz genauen Auffassung der Bedeutung von ius civile. Was Ersteres betrifft, so gebraucht man das Prädikat civilistisch und Civilist in sehr verschiedenen Gegensätzen. Man bezeichnet durch Civilisten bald die Bearbeiter des römischen Rechts überhaupt (Romanisten), bald die Bearbeiter des Pandektenrechts (Pandektisten); man nimmt sie aber auch als Gegensatz zu den Kriminalisten, in welchem Sinne dann auch der Germanist ein Civilist

sein würde. Ebenso bezeichnet man durch civilistische Arbeiten und Abhandlungen bald pandekten rechtliche (also mit Beschränkung auf Privatrecht und im Gegensatz zum Germanikum), bald römischrechtliche überhaupt, also mit Einschluß des Staatsrechts, Kriminalrechts, der Processe u. s. w. (vgl. z. B. Dirksen, civilistische Abhandlungen), bald die Beschränkung auf Pandektenrecht und Civilproceß (z. B. im Archiv für civilistische Praxis), bald will man damit hauptsächlich den Gegensatz zum Kriminalrecht andeuten.

Ob und wie weit dies dem Sinne entspricht, welchen die römischen Quellen mit ius civile verbinden, wird sich aus Folgendem ergeben. (Vgl. auch oben § 2 Nr. 2, Lit. a. b.) Gewöhnlich nimmt man, besonders auf Grund von I. de iur. nat. 1, 2 § 2, D. de I. et I. 1, 1. l. 9 an, daß in den römischen Quellen der Ausdruck ius civile im weiteren Sinne das gesammte positive Recht eines Staates bedeute (z. B. ius civile Atheniensium: das gesammte positive Recht, das in Athen gelte) und daß der Ausdruck, wenn er ohne Bezeichnung des betreffenden Volkes gebraucht werde, sich stets auf das römische Recht beziehe, also das gesammte positive römische Recht bezeichne. In diesem Sinne verstanden schon die Glossatoren unter ius civile schlechtweg das römische Recht überhaupt und bezeichneten Justinians Rechtsbücher zusammen durch Corpus Iuris civilis (vgl. Savigny, Geschichte des röm. Rechts III. S. 517), und so gebrauchen auch die älteren Romanisten und Pandektisten Ius civile oder Principia iuris civilis für das gesammte römische Recht mit Einschluß des Kriminalrechts und der Prozesse. Allein der römische Sprachgebrauch war ein anderer. Die römischen Quellen bezeichnen durch ius civile nicht ein positives Recht überhaupt oder das gesammte positive Recht ihres Staates, sondern

a. im formellen Sinne denjenigen Theil ihres positiven Rechts, der sich auf leges (Volksschlüsse) und auf solche Rechtsquellen stützt, welche legis vicem hatten, nämlich Senatuskonsulte, kaiserliche Konstitutionen, Arbeiten der zum Respondiren autorisirten Juristen und Gewohnheitsrecht[4]. Sie gebrauchen diese Bezeichnung im Gegensatze zu dem durch das Edikt der magistratus eingeführten ius honorarium. Instituten, die auf dieses ius honorarium sich stützten, gaben sie das Prädikat honorarium, praetorium, aedilitium, auch naturale; den Instituten des Civilrechts dagegen das Prädikat civile; oder auch legitimum, welcher Ausdruck nicht gesetzlich oder positivrechtlich überhaupt, sondern civilrechtlich bedeutet, d. h. was auf leges und solche Quellen, welche legis vicem haben, sich stützt. Dieser Sprachgebrauch wird durch unzählige Stellen unsrer Quellen bestätigt; man vergleiche nur z. B. D. de I. et I. 1, 1 l. 7 (Ius civile est, quod ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentum venit.); ferner die Gegensätze von civile und honorarium in D. qui test. fac. 28, 2 l. 23 (utroque iure non valebit, tam civili, quam praetorio), de testib. 22, 5 l. 14; 13, 5, de pecunia const. l. 1 § 8, l. 3 § 1; ferner bei Gaius III 71 f., II 136.; Ulp. Fragm. XXII. 24. So heißt civilis actio eine Klage aus einer Quelle des Civilrechts im Gegensatz zu einer Klage aus dem edictum der magistratus (D. de superf. 43, 18 l. 1 § 1), civilis obligatio im Gegensatz zur honoraria eine nach jenem Civilrecht klagbare Obligation (I. de obl. 3, 13, § 1: civiles obligationes sunt, quae aut legibus constitutae aut certe iure civili, d. h. durch eine andere Quelle des Civilrechts, comprobatae sunt), civile negotium, ein durch jenes Civilrecht für wirksam erklärtes Geschäft, z. B. D. de aest. act. 19, 3 l. 1 pr., Ulp. Fr. XI. 27; XXV. 1. — Nirgend aber wird das ius honorarium oder ein Institut desselben durch civile bezeichnet, sondern stets das civile ihm entgegengesetzt. Die l. 11 de I. et I., auf welche sich Manche für das Gegen-

[4] Ius civile kommt auch bisweilen vor im Sinn von älterem Civilrecht; in diesem Sinn werden bisweilen spätere Senatuskonsulte dem ius civile, z. B. der XII Tafeln, entgegengesetzt.

theil berufen, sagt bloß, daß das ius honorarium auch ein ius bilde, aber nicht, daß es zum ius civile gehöre (nec minus ius recte appellatur in civitate nostra ius honorarium). Zwar glaubt Savigny (Obligat. Recht I 17), freilich in direktem Widerspruche mit Dem, was er in seinem Recht des Besitzes (S. 61, 62) ausführt, daß wenigstens bei civilis obligatio, civiliter obligari das Prädikat civilis die Klagbarkeit nach positivem römischen Recht überhaupt bezeichne, also auch die durch das ius honorarium klagbar gemachten Obligationen begreife. Allein dies ist keineswegs der Fall; keine einzige Quellenstelle giebt einem Rechtsverhältnisse, weil es durch die Edikte klagbar wurde, das Prädikat civile, vielmehr bezeichnen alle Stellen, die von civilis obligatio, civiliter obligari sprechen, dadurch nur solche Obligationen, welchen durch die angeführten Quellen des ius civile im formellen Sinne (im Gegensatz zum ius honorarium) Klagbarkeit beigelegt wurde. (S. darüber die Lehre von den Obligationen[5].)

b. Ius civile gebrauchen die römischen Quellen auch noch in einem anderen, in einem materiellen Sinne, nach der Natur seines Inhalts. Sie verstehen darunter den rein positiven nationalen Bestandtheil des Rechts eines Staates im Gegensatz zum ius gentium. (Vgl. oben § 2.) In diesem Sinne nimmt der angeführte § 2 I. de iur. nat. den Ausdruck ius civile und fügt bei, daß wenn Römer in diesem Sinne von ius civile schlechtweg sprechen, sie natürlich darunter das römische ius civile verstehen, das nationale römische Recht. Aber weder dieser § 2 noch irgend eine andere Quellenstelle wollen, wenn sie von ius civile in diesem Sinne sprechen, damit das gesammte positive römische Recht bezeichnen, sondern bloß einen Theil desselben, den Theil, welcher rein positiver, nationaler Natur, also dem Staate in der Regel eigenthümlich ist, das ius proprium civitatis im Gegensatz zum ius gentium, das ja auch einen Theil des positiven römischen Rechts bildete (s. z. B. den Gegensatz in § 2. I cit., ferner § 1 eod. und de rer. div. 2, 1, § 11; D. de I. et I. l. 9, l. 6 pr.; de domin. 41, 1, l. 1 pr.). Dieses ius civile Romanorum (§ 2 cit.) bildete ein besonderes Recht der römischen cives; bloß diese nahmen in der Regel an ihm Theil; die Geltung des ius gentium aber war nicht auf die cives beschränkt. — Deßhalb sagt D. de poen. l. 17 von Denen, welche durch Deportation die civitas verloren haben, daß sie ea, quae iuris civilis sunt, non habeant, quae vero iuris gentium sunt, habeant. Vgl. auch Gai. III 93. I 33. II. 65.

So bezeichnet also ius civile, nie das gesammte positive römische Recht überhaupt, sondern nur einen Theil desselben, bald nach den Quellen (Lit. a), bald nach der Natur seines Inhalts (Lit. b). Von selbst aber versteht es sich, daß wenn, was sehr häufig der Fall war, ein Grundsatz des ius gentium von einer Quelle des ius civile adoptirt wurde, er nun zum ius civile im formellen Sinne (Lit. a) gehörte, aber nicht im materiellen Sinne; in diesem war er nicht iuris civilis oder nicht auf die cives beschränkt, sondern blieb iuris gentium (I. de iur. nat. § 2. a. E.; Gai. I 1).

c. Durch das Prädikat civile bezeichneten die römischen Quellen bisweilen auch den Gegensatz zum Kriminalrechtlichen, z. B. civiliter agere, civilis actio, civilis causa zu criminaliter agere, criminalis actio, causa (D. de furt. 47, 2 l. 92; de accus. 48, 2 l. 15; C. quando civil. act. 9. 31 cst. un.). Daß sie aber je das Prädikat civile in diesem Sinne mit ius verbunden, also das Privatrecht durch ius civile bezeichnet hätten, davon wird wohl ein Beispiel sich nicht anführen lassen. Dagegen ist es bei uns Sprachgebrauch geworden, Civilrecht für gleichbedeutend mit Privatrecht zu nehmen.

Aus allem Diesem ergiebt sich, daß es nicht geeignet ist, das Pandektenrecht

---

[5] Dadurch, daß bei einem vom Civilrecht für klagbar erklärten Recht das prätorische Edikt diese Klage in sich aufnahm — iuris civilis adiuvandi gratia — dadurch wurde die Klage nicht schon iuris honorarii.

durch gemeines Civilrecht zu bezeichnen. Denn wird dabei Civilrecht im Sinne von Privatrecht genommen, so würde es ja auch das Germanicum begreifen (wie es auch wirklich von Manchen unter dem gemeinen Civilrecht mit begriffen wird, z. B. von Fritz Erläuter. zu Wening I. 3.); soll aber Civilrecht in der römischen Bedeutung von ius civile genommen werden: so paßt keine dieser Bedeutungen auf unser Pandektenrecht.

9) Pandektenrecht ist das Privatrecht, welches auf römischer Grundlage sich in Deutschland als gemeines Recht bildete und noch in vielen Theilen Deutschlands Geltung hat. Seine Hauptbedeutung für uns ist eine doppelte. Die eine Bedeutung ist eine unmittelbar praktische. Es hat noch in vielen deutschen Ländern unmittelbar praktische Geltung, ist für sie positives, geltendes Recht, also ein Recht der Gegenwart[6]. Es hat also in diesen deutschen Gebieten die große Bedeutung eines geltenden Rechtes.

In anderen Gebieten Deutschlands hat es freilich nicht mehr eine formelle Geltung[7]. Aber auch für diese Länder blieb das Pandektenrecht doch von der größten Bedeutung. Denn es bildet die Grundlage ihrer Gesetzbücher und wird auch die Grundlage jedes neuen Gesetzbuches über Privatrecht sein. Dies führt auf das zweite Hauptmoment der Bedeutung des Pandektenrechts, das rationelle Element.

Das bei einem Volke geltende Recht ist nicht etwas Willkürliches. Es ist theils Ausfluß der im Volke lebenden Rechtsidee, theils trägt beinahe jedes sociale Lebensverhältnis sein Recht in sich als die maßgebende Norm, durch die es beherrscht wird, und auch die Gesetzgeber haben, wo sie eingreifen, meist das Bestreben, dieses wahre, den Verhältnissen entsprechende Recht zu finden und zur Geltung zu bringen.

Es kommt nur darauf an, es gehörig durch Denken zu erforschen und es zu finden. Und darin eben waren die römischen Juristen Meister und gerade die Arbeiten dieser Juristen über Privatrecht bilden den Hauptstoff des in Deutschland recipirten römischen Rechts, — unseres Pandektenrechts.

---

[6] Namentlich in einem großen Theil des jetzigen Königreichs Preußen, z. B. in den Provinzen Hannover, Schleswig-Holstein, Kur-Hessen, Frankfurt a. M., in einem Theil von Pommern; in den sächsischen Herzogthümern, im Fürstenthum Anhalt, im Großherzogthum Hessen, in Meklenburg, in den drei Freien Städten, in Würtemberg, in einem großen Theil von Baiern.

[7] So namentlich nicht im größern Theile Preußens, nicht in Rheinbaiern und Rhein-Hessen, nicht in Baden, seit 1865 auch nicht mehr im Königreich Sachsen.

Der größte Theil dieses römischen Rechts ist nichts Anderes, als Entwicklung der Natur der Sache, treffendes Finden des Rechts, wie es in den socialen Lebensverhältnissen liegt und konsequente Durchführung der leitenden Principien — meist das, was Viele unter Naturrecht verstehen (raison écrite). Deßhalb wird jede Gesetzgebung, die sich bestrebt, eine gute zu sein, wesentlich aus dem Pandektenrecht schöpfen und deßhalb ist das Studium des Pandektenrechts ganz besonders geeignet zur Übung im konsequenten juristischen Denken. Die Pandekten sind die vorzüglichste Bildungsquelle für den Juristen. Dem tüchtigen Pandektisten wird alles andere Rechtsstudium leicht, auch das Hineinarbeiten in andere Gesetzgebungen (wie dem tüchtigen Lateiner jedes andere Sprachstudium leicht wird [8]). Deßhalb bildet auch in den Ländern, in denen das Pandektenrecht als Solches nicht mehr formell gilt, dasselbe dennoch eine Hauptgrundlage des Rechtsstudiums.

10) Bis in den Anfang unseres Jahrhunderts bildete Deutschland Ein großes staatsrechtliches Ganzes, Ein Reich, das unter Einer gemeinsamen gesetzgebenden Gewalt stand. Es konnte sich daher für dieses ganze Reich ein juristisch gemeines Recht für alle seine Theile bilden. —

Allein bis gegen Ende des Mittelalters war dieses gemeine Recht überaus dürftig. Es wurde gebildet durch Reichsgesetze, die der Kaiser mit Zustimmung der Reichsstände erließ; ferner durch Gewohnheitsrechte, die sich über ganz Deutschland gleichmäßig verbreiteten. Aber diese Quellen waren ganz lückenhaft. Denn die Reichsgesetze berührten das Privatrecht fast gar nicht und auch die Gewohnheitsrechte waren nur eine sehr dürftige Quelle gemeinen Rechts. Zwar beruhte im Mittelalter das einheimische positive Recht in Deutschland beinahe bloß auf Gewohnheiten der einzelnen Provinzen und diese stimmten in Geist und Grundgedanken vielfach überein, weil sie das Produkt desselben nationalen Geistes waren. Allein sie bezogen sich nur auf einzelne am häufigsten vorkommende Verhältnisse und differirten noch dazu in ihrer besondern Gestaltung ganz ungemein, so daß

---

[8] Erst durch die Erkenntnis dieses rationellen Elementes nicht des bloßen Inhalts der Quellen, des äußerlich Geltenden, sondern die Einsicht, warum es so ist und sein muß, wird das Studium fruchtbar, anregend und fesselnd und ein Eindringen in den wahren Geist des geltenden Rechts möglich.

gemeine Gewohnheitsrechte durch ganz Deutschland nur in ganz groben Umrissen und nur über Einzelnes sich entwickelten. Dies war der Zustand des deutschen Rechts, als das römische Recht durch ein gemeines Gewohnheitsrecht recipirt wurde.

Für den Bestand des gemeinen Rechts in dem ehemaligen deutschen Reiche war der Umstand sehr mißlich, daß es (gegenüber den Partikularrechten der einzelnen deutschen Gebiete) nur als ein subsidiäres Recht betrachtet wurde. Es kam in den einzelnen deutschen Staaten nur zur Anwendung, wo ihr Partikularrecht Lücken hatte, konnte also von ihnen für ihren Bereich durch ihr Partikularrecht geändert und ausgeschlossen werden. Dadurch wurde ein Überwuchern der Partikularrechte sehr begünstigt und der einzelne Staat konnte sogar das gemeine Recht in seinem Gebiet ganz beseitigen durch eine neue umfassende Partikulargesetzgebung.

Im Jahre 1806 aber hörte das bisherige gemeine Recht überhaupt auf, ein juristisch gemeines Recht für Deutschland zu sein. Denn das deutsche Reich löste sich auf, die einzelnen Provinzen wurden souveräne Staaten, bildeten nicht mehr ein einheitliches Rechtsgebiet und waren einer gemeinsamen gesetzgebenden Gewalt nicht mehr unterworfen, und später — von 1815 an — nur durch einen völkerrechtlichen deutschen Bund vereinigt, der im Jahre 1866 auch gefallen ist. Dabei blieb in jedem einzelnen deutschen Staate das ehemalige gemeine Recht noch so weit gültig, als es bisher in ihm noch gegolten hatte — und so gilt dasselbe, also auch das Pandektenrecht, jetzt noch.

Nun aber ist das deutsche Reich wieder gegründet[9], Deutschland hat nun wieder ein wahres juristisch gemeines Recht. Es wird gebildet durch die Gesetze des Reichs, welche von der gesetzgebenden Reichsgewalt gegeben werden und in ganz Deutschland gelten[10].

Der Inhalt dieser Reichsgesetze (zu denen nun auch die Gesetze des vorangegangenen norddeutschen Bundes gehören) bildet aber in

---

[9] Der norddeutsche Bund vom Jahre 1867 entwickelte sich nach dem Beitritt der süddeutschen Staaten (Ende 1870) im Jahre 1871 zu einem deutschen Bunde und zwar zum bundesstaatlichen Kaiserreiche, welches ganz Deutschland, mit Ausnahme Österreichs, umfaßt und unter Einer verwaltenden und gesetzgebenden Centralgewalt steht. Seine Verfassung ist festgestellt durch die Verfassungsurkunde vom 16. April 1871, welche größtentheils mit der Verfassungsurkunde des norddeutschen Bundes vom Jahre 1867 übereinstimmt.

[10] Vgl. oben § 5 a. Ende.

ganz anderer Weise ein gemeines Recht für ganz Deutschland, als es bei den Reichsgesetzen des ehemaligen deutschen Reichs der Fall war. Er ist nicht ein bloß subsidiäres gemeines Recht, sondern ein absolutes (vgl. § 5. Nr. Ia), d. h. es gilt unbedingt in allen Staaten des Reichs, so daß es den Landesgesetzen vorgeht und die einzelnen Staaten für ihren Bereich es nicht ändern dürfen[11]. Diese Reichsgesetze sind auch im Pandektenrecht zu berücksichtigen, so weit sie in seine Lehren eingreifen.

Zweites Kapitel. Die Quellen des Pandektenrechts.

A. Die einzelnen Quellen.

I. Römisch-byzantinische.

1. Die Quellen vor Justinian.

§ 8.

(Arndts § 2.)

Das positive Recht des römischen Staats wurde im Laufe vieler Jahrhunderte allmählich durch die verschiedensten Quellen gebildet. Um die Frage, welche von ihnen bei uns als Quellen des Pandektenrechts gelten, genau beantworten zu können, muß man auch auf die früheren Entwicklungszeiten des römischen Rechts zurückgehen[1].

Die Römer unterschieden von den Zeiten der Republik an die Quellen ihres Rechts in solche, welche durch die gesetzgebende Gewalt des Volks sich bildeten (leges im alttechnischen Sinn, Volksschlüsse) oder wenigstens die Stellung oder Kraft einer solchen lex hatten (legis vicem oder vigorem obtinebant) — und in solche, die bloß durch die auctoritas der rechtsprechenden Magistrate Rechtsquelle wurden.

---

[11] Außer so weit das Partikularrecht durch ein Reichsgesetz besonders zugelassen würde.

[1] Dies Zurückgehen ist auch nöthig wegen der vielen Beziehungen in den geltenden Quellen auf die der früheren Zeiten. Indeß ist hier nur eine kurze Übersicht über das Wesentliche zu geben. Das Nähere gehört in die Vorlesungen über Institutionen und Rechtsgeschichte.

I. Die leges und die Quellen, welche legis vicem obtinebant, waren:

1) Gewohnheitsrecht (ius consuetudine oder moribus introductum). Wie überhaupt in den Anfängen eines Staats, so bildeten auch bei den Römern in den ersten Jahrhunderten Gewohnheitsrechte die Hauptgrundlage ihres positiven Rechts. Ihre Geltung mit der Kraft einer lex wurde nie bezweifelt[2].

2) Die leges. Die gesetzgebende Gewalt war in den Zeiten der Republik[3] ursprünglich bloß in den Händen der auf Komitien verfassungsmäßig versammelten Staatsbürger (populus Romanus). Die auf solchen Komitien gefaßten Volksschlüsse hießen lex (im engern, altrömischen, technischen Sinn); die auf den Tributkomitien gefaßten auch plebiscita[4]. Der Gegenstand dieser leges aber war meist öffentliches Recht (namentlich Kriminalrecht), sehr wenig — mit Ausnahme der leges duodecim tabularum — Privatrecht. Diese Quellen erloschen aber allmählich schon nach den ersten Imperatoren; Komitien wurden nicht mehr gehalten, also keine leges mehr gegeben. Natürlich aber blieben die alten leges gültig, so weit nicht eine neue Rechtsquelle an ihnen änderte.

3) Die senatus consulta. Vom Ende der Republik an wurde allmählich auch dem Senat Gesetzgebungsgewalt beigelegt. Die senatus consulta erhielten gleiche Geltung wie ein Volksschluß (legis vicem)[5]. Namentlich benutzten die Imperatoren sehr häufig den Senat als stets gefälliges Organ, um einzelne wichtigere Gesetze in der Form von Senatskonsulten zu veranlassen, die sie entweder (schriftlich oder mündlich) selbst beantragten, und dabei gewöhnlich durch eine oratio (auch scripta) motivirten, oder durch einen höhern Beamten (Konsul ꝛc.) beantragen und motiviren ließen. Allein auch diese Quelle hörte im Lauf des 3. Jahrhunderts n. Chr. auf.

4) Die constitutiones principum. In den ersten Zeiten des Principats[6] wurde den einzelnen Imperatoren in der Regel

---

[2] D. de orig. iur. 1, 2 l. 2 § 1 u. 3; de legib. 1, 3 l. 32—36.
[3] Ab urbe c. von 245 an.
[4] I. de iure nat. 1, 2 § 4.
[5] I. de iur. nat. 1, 2 § 5; D. leg. 1, 3 l. 9.
[6] Die Form der Republik bestand noch fort, aber die Freiheit war untergegangen. Der imperator (höchste Befehlshaber des Heers) und princeps reipublicae wurde Inhaber der höchsten Regierungsgewalt (imperium).

noch durch besondere Volksschlüsse gesetzgebende Gewalt eingeräumt und daraus entwickelte sich bald überhaupt die Anerkennung der Gesetzgebungsgewalt jedes Imperators. Die von ihm ausgehenden Gesetze hatten ebenfalls legis vigorem und wurden bezeichnet durch constitutiones, in den späteren christlichen Zeiten auch durch leges[7]. Zwar benutzten die Kaiser in den ersten Jahrhunderten, wenn sie allgemeine Gesetze veranlassen wollten, in der Regel die Form der Senatuskonsulte; allein im Laufe des 3. Jahrhunderts n. Chr. fanden sie es doch sicherer und bequemer, die Gesetzgebungsgewalt stets allein auszuüben, und so hatte von nun an bloß noch der absolute Imperator Gesetzgebungsgewalt[8].

5) Responsa und sententiae prudentum. Die angeführten Quellen (Nr. 1—4) waren für das Privatrecht im Ganzen dürftige, sie griffen meist nur bei besonderem Bedürfnis in Einzelnem ein[9]. Bei diesem Zustande war in den späteren Zeiten der Republik und in den ersten drei Jahrhunderten der Kaiserzeit die Thätigkeit der Juristen von ganz besonderer Wichtigkeit. Sie hauptsächlich hatten das Verdienst, das überaus lückenhafte Recht in treffender Weise zu ergänzen und weiter zu bilden. In ihren vielen wissenschaftlichen Arbeiten und in ihren Rechtsgutachten entwickelten sie die in dem bestehenden Rechte und seinem Geiste und besonders die in der Natur der socialen Lebensverhältnisse liegenden Elemente und deren Konsequenzen mit solchem Scharfsinn und mit so feinem praktischen Blick[10], daß durch sie das römische Recht die größte wissenschaftliche Ausbildung und nach allen Seiten seine Vervollständigung und die Ergänzung seiner Lücken erhielt. An sich kam diesen Arbeiten natürlich keine formelle Geltung zu. Allein durch ihre Gediegenheit hatten sie den größten Einfluß auf das Rechtsleben. Auch wirkten diese Rechtsgelehrten durch ihr Ansehen und ihren Rath wesentlich auf den Gang der Gerichtspraxis unmittelbar ein und außerdem Viele von ihnen in ihrer Stellung als höhere Staatsbeamte und als Mitglieder des kaiserlichen Rathes (consilium, später — von Mark Aurel an — auditorium oder

---

[7] D. de const. principum 1, 4 l. 1 pr. § 1.

[8] C. de leg. 1, 14 cst. 12 § 1.

[9] Auch die Konstitutionen der Kaiser wurden erst in der christlichen Kaiserzeit eine reichlicher fließende Quelle neuer allgemeinerer Normen für das Privatrecht. Die meisten älteren enthielten bloß Belehrungen über bestehendes Recht.

[10] Dabei in größter Einfachheit, ohne Schwulst.

— von Konstantin an — auch consistorium principis genannt) auf die Gesetzgebung des Senats und der Imperatoren. Übrigens erhielten von Kaiser August an die responsa und die in ihren sonstigen Schriften ausgesprochenen Ansichten derjenigen Juristen, die der Kaiser noch besonders zum Respondiren autorisirte, wenn sie übereinstimmten, sogar die bindende Kraft einer lex und gehörten in so fern wirklich zu den Rechtsquellen[11]. Die Ertheilung solcher besonderen Ermächtigung hörte im Laufe des 3. Jahrhunderts n. Chr. auf. — Die ausgezeichnetsten römischen Juristen lebten in den Zeiten von Cicero bis Severus Alexander, also bis gegen die Mitte des 3. Jahrhunderts n. Chr. Wir bezeichnen sie durch klassische römische Juristen und ihre Zeit durch die Zeit des klassischen römischen Rechts. Von ihren Schriften aber kamen leider bloß Bruchstücke auf uns, theils durch Justinians Digesten[12], theils auf anderem Wege.

II. Edicta magistratuum. Von den spätern Zeiten der Republik an waren für Ergänzung und Fortbildung des positiven Rechts noch ganz besonders wichtig die Edikte derjenigen Magistrate, welche Recht zu sprechen hatten, besonders der Prätoren[13]. Diese Edikte, die sie beim Antritt ihres Amtes mit dem Rathe bewährter Juristen verfaßten und bekannt machten, hatten an sich nicht legis vicem; denn sie enthielten bloß die Erklärung des einzelnen magistratus, wie er während seines Amtsjahres das bestehende Recht auffassen, seine Lücken ergänzen und es processualisch handhaben werde. Ihre Geltung beruhte also bloß auf der auctoritas des jährlich wechselnden magistratus, so lange er im Amte war (tuitione, iurisdictione praetoris; edictum annuum, perpetuum), und er mußte sich dabei möglichst an das bestehende Recht und dessen Geist halten. Nur hatte er bei den vielen Lücken desselben in Vielem freiere Hand, und hierbei folgte er besonders den Ansichten der bewährten juristischen Schriftsteller. Natürlich aber behielten die Nachfolger in der Magistratur in ihrem Edikte stets das bei, was von den Edikten ihrer Vorgänger

[11] I. de iur. nat. 1, 2 § 8. Gai. Inst. I. § 7. Diese Juristen hießen iuris auctores, conditores; die Juristen vor August veteres.

[12] Diese Digesten bestehen aus lauter Excerpten aus den Schriften dieser klassischen Juristen und aus den Schriften von drei Juristen späterer Zeit.

[13] Praetor urbanus zuerst 387 a. u. c.; gegen Ende des 5. Jahrhunderts Roms: praetor peregrinus.

den Beifall des Volks gewonnen und sich als gut erprobt hatte[14]; wenn dann so derselbe Inhalt gleichmäßig viele Jahre fort von den Nachfolgern in die Edikte aufgenommen wurde, so bildete er am Ende ein durch allgemeine Anerkennung stillschweigend gebilligtes Recht. Dazu kam später, daß Kaiser Hadrian den ausgezeichneten Juristen Salvius Julianus (131 n. Chr.), als dieser Prätor wurde, veranlaßte, eine neue gründliche Redaktion des prätorischen Edikts in Verbindung mit den Edikten anderer magistratus (der Aedilen ꝛc.) zu machen, die dann der Kaiser besonders bestätigte und so bildete von da an die julianische Redaktion im Wesentlichen unverändert das prätorische Edikt mit der Kraft eines vom Kaiser bestätigten Rechtsbuchs und wurde als eine der Hauptgrundlagen des geltenden Rechts von den klassischen Juristen in ihren wissenschaftlichen Arbeiten ausführlich bearbeitet (commentarii ad edictum).

III. Das ius civile im Gegensatz zum ius honorarium. Die römischen Rechtslehrer theilten nach den angeführten Quellen ihr gesammtes positives Recht ein in ius civile im formellen Sinn und ius honorarium, — eine Eintheilung, die man nicht verwechseln darf mit der in § 2. entwickelten im materiellen Sinn (nach der Natur ihres positiven Rechts, ius civile und ius gentium). — Ius honorarium war der Inhalt der Edikte der magistratus. Institute, welche durch diese Edikte praktisches Recht wurden, führten deßhalb gewöhnlich den Beisatz honorarium oder specieller: praetorium, aedilicium, oder auch naturale (weil die Edikte sich besonders bestrebten, das nationale Recht mit den allgemeinen freieren Rechtsansichten zu vermitteln und deßhalb hauptsächlich aus dem ius gentium — § 2. — schöpften).

Im Gegensatz zu diesem ius honorarium hieß der Inhalt der Volksschlüsse und derjenigen Rechtsquellen, die legis vicem hatten (Nr. I.): ius civile im formellen Sinn[15]. Institute, die auf dieses

---

[14] Hauptsächlich auch in Vermittlung des römisch-nationalen Rechts mit den Anforderungen des Rechtsbegriffs überhaupt (— ius gentium). Der römische Jurist zerstörte nicht eine Pflanze, in der noch einiges Leben war. Er ließ die alten Zustände und baute neben sie, wenn sie mangelhaft waren, allmählich neue, die neben den alten bestanden — und wenn das Neue am Prüfstein des Lebens gehörig erprobt war, dann gab er ihm mehr und mehr Ausdehnung und ließ das inzwischen abgestorbene Alte fallen.

[15] D. de iust. et iur. 1, 1 l. 7; I. de iur. nat. 1, 2 § 4—7, § 9.

ius civile sich gründeten, führten in der Regel den Beisatz: civile oder legitimum[16].

IV. Der Rechtszustand in den spätern Kaiserzeiten. Die angeführten Rechtsquellen (die alten leges, senatus consulta, das prätorische Edikt, die constitutiones) blieben natürlich, so weit sie nicht durch neuere Konstitutionen oder durch Gewohnheitsrechte abgeändert wurden, auch in den späteren Zeiten gültig; namentlich auch unter Konstantin und seinen christlichen Nachfolgern, als das Reich immer mehr in absolut monarchische Formen gebracht und der Sitz des Reichs nach Byzanz verlegt und später das Reich in zwei Reiche getheilt wurde[17] (364 n. Chr.) und gegen Ende des 5. Jahrhunderts das occidentalische Reich ganz unterging.

Freilich war für dieses Reich das römische Recht nicht mehr ein nationales und deßhalb wurde auch von Konstantin an durch kaiserliche Konstitutionen (also durch neues ius civile im formellen Sinn) das specifisch-Römische mehr und mehr abgestreift und damit das bestehende Recht mehr auch zum Rechte für andere Nationalitäten befähigt.

In dieser spätern (wissenschaftlich) herabgekommenen und turbulenten Zeit hielten sich die Richter nicht, wie sie sollten, unmittelbar an jene Quellen, abgesehen von den neueren Konstitutionen (so weit sie ihnen zugänglich waren)[18], sondern beinahe durchaus an Autoritäten, an die Schriften der klassischen Juristen, in denen ja die älteren Rechtsquellen auf die tüchtigste Weise verarbeitet waren. Durch diese Richtung wurden die Kaiser Theodosius II. (Orient) und Valentinian III. (Occident) zu dem sonderbaren Schritt bestimmt, durch ein Gesetz, das wir Citirgesetz nennen, im Jahr 426 n. Chr. festzusetzen, daß die Werke einiger klassischen Juristen geradezu Gesetzeskraft haben sollen und zwar so, daß in der Regel bei Kontroversen derselben die Ansicht gelten soll, welche die meisten Vertreter unter ihnen haben und bei Stimmengleichheit die Ansicht Papinians entscheiden soll. So

[16] Denn der letztere Ausdruck bedeutet in solchen technischen Beisätzen in den römischen Quellen nicht überhaupt: rechtmäßig oder gesetzlich, sondern civilrechtlich im angeführten formellen Sinn, d. h. was durch leges und durch solche Quellen, die legis vigorem hatten, festgesetzt wurde, z. B. legitima aetas: das Alter, dem ein Volksschluß (lex Plaetor.) eine gewisse Bedeutung gab.

[17] Die Konstitutionen blieben gemeinsam; die beiden Imperatoren schickten sie einander zu.

[18] Auch in manchen dieser Konstitutionen sind Spuren geistigen Verkommens.

wurden daher, als der Slave Justinian (Upranda) in Konstantinopel (527 n. Chr.) zur Regierung kam, als geschriebene Rechtsquellen bloß angewendet: die Schriften der durch das Citirgesetz bezeichneten Juristen (damals häufig ius oder iura schlechtweg genannt, — in denen das gesammte alte ius civile und honorarium aufgenommen und verarbeitet war) und die Verordnungen der Kaiser, das neuere ius civile im formellen Sinn (bezeichnet durch constitutiones oder auch durch leges im neuern Sinn). Diese Verordnungen wurden vom 4. Jahrhundert an wenigstens theilweise in einzelnen Sammlungen zugänglicher gemacht, in dem codex Gregorianus und Hermogenianus, zwei Privatsammlungen, von denen aber nur einige Bruchstücke auf uns kamen, und in einer officiellen Sammlung von Kaiser Theodosius II. vom Jahr 438, in welcher die Konstitutionen allgemeinen Inhalts, welche die christlichen Kaiser von Konstantin bis auf Theodosius II. einschließlich erlassen worden waren, in 16 Büchern zusammengestellt sind [19]. Dieser codex Theodosianus kam beinahe ganz auf uns. Dazu kamen dann noch spätere Verordnungen von Theodosius und seinen Nachfolgern bis auf Justinian (einschließlich), die nicht gesammelt waren und im Verhältnis zum Theodosianus codex auch bezeichnet wurden durch novae leges post codicem oder novellae constitutiones.

2. Die Rechtsbücher Justinians.

§ 9.

(Arndts § 2.)

Vgl. Spangenberg, Einleitung in das justinianische Rechtsbuch (1817) und Erxleben, Einleitung in das römische Privatrecht (1854).

Als Justinian im Jahre 527 n. Chr. zur Regierung kam, war das dringendste Bedürfnis, eine vollständige Sammlung der geltenden kaiserlichen Konstitutionen zu haben, und er schritt auch schon im Jahre 528 dazu, eine solche zu veranstalten. Er gab einer Kommission den Auftrag, einen neuen Konstitutionen-Kodex abzufassen und in diesen

[19] Theodosius hatte noch den Plan, das Citirgesetz ganz zu beseitigen und alles Praktische aus den Schriften der klassischen Juristen in eine Sammlung zusammenzustellen und auch die drei codices in Einen zu kombiniren. Er kam aber nicht zur Ausführung, sondern erst Justinian.

alle noch praktischen Verordnungen der Kaiser mit Einschluß seiner eigenen vom Jahre 527 an erlassenen aufzunehmen; dagegen sollten diejenigen Konstitutionen, die nicht in diesen Kodex aufgenommen würden, gar keine Geltung mehr haben[1]. Dieser codex wurde schon im April 529 publicirt[2]. Justinian nennt ihn novus codex im Gegensatz zum Theodosianus, später aber prima editio Iustinianei codicis im Gegensatz zu seinem spätern codex. Wir dagegen nennen ihn den alten justinianischen Kodex oder codex vetus im Gegensatz zu der spätern Umarbeitung dieses Kodex, die wir den neuen justinianischen Kodex (novus codex) nennen. Der alte Kodex aber kam nicht auf uns; während der Verfertigung desselben faßte justinian noch einen ausgedehnteren Plan. Er bezweckte, das Zurückgehen auf die andern zerstreuten Quellen des bisherigen Rechts ganz unnöthig zu machen, indem er alles Praktische davon in Rechtsbücher bringen lassen wollte, die nun mit seinem Codex allein gelten sollten. Dabei wollte er aber verkehrter Weise auch die unmittelbare Benutzung der wissenschaftlichen Arbeiten der alten klassischen Juristen entbehrlich machen; seine Rechtsbücher sollten nicht bloß Gesetzbücher, sondern auch die ausschließlichen Lehr- und Handbücher für das wissenschaftliche Studium und den Unterricht sein. Er hob daher das Citirgesetz auf und ging sogar so weit, den künftigen Gebrauch der älteren juristischen Werke ganz zu verbieten und suchte sie durch seine Institutionen und Digesten zu ersetzen. Diesen Plan ließ er durch Kommissionen unter dem Vorsitz Tribonians ausführen und so entstanden:

1) Justinians Digesta oder Pandectae in 50 Büchern, begonnen im December 530, publicirt am 16. December 533, mit der Maßgabe, daß sie schon mit dem 30. December 533 in Gesetzeskraft treten sollten. Sie hatten aber die Bestimmung, nicht nur Gesetzbuch zu sein, sondern auch zum wissenschaftlichen Unterricht für die Vorgerückteren zu dienen. Sie sind eine Sammlung von Excerpten aus den Werken von 36 Juristen der klassischen und von 3 Juristen späterer Zeit[3]; nach Materien in Bücher und Titel zusammengestellt, aber nach überaus mangelhafter systematischer Anordnung, verbreiten sie sich über alle Theile des Rechts, mit Ausnahme des Kirchenrechts[4].

[1] Praefatio Codicis, cst. Haec quae necessario v. J. 528.
[2] Praef. Cod. cst. Summa reipublicae.
[3] Es wurden 2000 Abhandlungen excerpirt.
[4] Vgl. über sie: die Instruktion der Kommission zu Abfassung der Digesten Praef.

2) Die Institutionen, in 4 Büchern, publicirt den 21. November 533, ein kurzes System des Privatrechts mit Einigem über Proceß und einem Titel über Kriminalrecht. Sie sollten Lehrbuch für die Anfänger sein, aber auch Gesetzeskraft (vom 30. December 533 an) haben[5]. Sie sind größtentheils abgeschrieben aus den Institutionen von Gajus, welcher unter Antoninus Pius und Mark Aurel lebte, mit Zusätzen aus Institutionenwerken einiger anderer klassischen Juristen und dazu fügte Justinians Kommission noch Einleitungen und Hinweisungen auf neueres durch spätere Konstitutionen eingeführtes Recht.

3) Eine zweite Ausgabe des Kodex, Codex repetitae praelectionis in 12 Büchern, publicirt den 16. November 534, eine Umarbeitung und Vervollständigung des alten Kodex (v. J. 529), in welche alle noch geltenden Konstitutionen der Kaiser und zwar von Hadrian bis Justinian aufgenommen wurden. In diesem Kodex stehen daher auch die vielen Konstitutionen von Justinian, sowohl solche, die er in seinen ersten Kodex aufgenommen hatte, als auch die vielen, die nach demselben bis zum Jahr 534 entstanden. Dahin gehören namentlich seine quinquaginta decisiones, welche er während der Abfassung der Pandekten erließ, und in denen er besonders Fragen, die unter den klassischen Juristen bestritten waren, entschied und die neben manchem Willkürlichen und Schwülstigen doch auch vieles Tüchtige enthalten, namentlich mannigfache Vereinfachung des bestehenden Rechts und Beseitigung von bloß national-Römischem[6]. — Die Konstitutionen sind beinahe durchaus lateinisch abgefaßt, weil auch in Konstantinopel noch bis in die erste Hälfte des 6. Jahrhunderts neben der griechischen die lateinische Sprache Geschäftssprache war. Es wurden aber schon von Vorgängern Justinians und von diesem selbst manche Konstitutionen bloß griechisch erlassen, einige zugleich lateinisch und griechisch und so haben wir im Kodex manche griechische Konstitutionen. Diese verloren sich aber in unsern Handschriften durch Unkenntnis der Abschreiber und wurden erst im 16. Jahrhundert aus

---

Dig. Const. Deo auctore (später auch in den zweiten codex aufgenommen, s. Cod. de veteri iure enucl. 1, 17 cst. 1); ferner das Publikationspatent der Digesten, Praef. Dig. Const. Tanta (auch in Cod. l. c. cst. 2). Diese Verordnung erließ Justinian auch griechisch (cst. δέδωκεν, welche dann später ins Lateinische rückübersetzt wurde: cst. Dedit nobis s. Cod. l. c. cst. 3); endlich eine Konstitution über den Lehrplan für die Universitäten, Praef. Dig. cst. Omnem reipublicae.

[5] Prooem. Inst. § 6 u. d. angef. cst. Tanta § 11.

[6] Praef. Cod. cst. Cordi nobis.

byzantinischen Quellen großentheils restituirt und stehen in den später gedruckten Ausgaben bald griechisch bald bloß in einer lateinischen Übersetzung, bald in beiden Sprachen (sog. leges restitutae).

Übrigens muß man bei Justinians Digesten und Kodex wohl beachten, daß, was in den Excerpten in den Digesten unter dem Namen eines klassischen Juristen steht, gar nicht immer auf diese Weise in seinen Werken stand, und daß in manchen Konstitutionen des Kodex Etwas steht, was der Imperator, von dem die Konstitution herrührte, nicht in dieser Art bestimmt hatte. Denn Justinian ermächtigte seine Kommissionen bei den Excerpten in den Digesten und bei den Konstitutionen im Kodex, ganz nach ihrem Ermessen in Rücksicht auf das praktische Recht Änderungen und Einschiebsel zu machen (sog. interpolationes oder emblemata Triboniani) und von dieser Ermächtigung machten die Kommissionen sehr freien Gebrauch.

4) Nach Publikation des zweiten Kodex regierte Justinian noch 31 Jahre. In dieser Zeit erließ er natürlich noch manche neue Verordnungen, novellae leges post codicem, und in diesen Novellen änderte er zum Theil sehr durchgreifend an dem Rechte, welches er in seine drei Rechtsbücher aufgenommen hatte (z. B. nov. 115. 118). Die meisten dieser Novellen erließ er in griechischer Sprache, nur wenige lateinisch, einige in beiden Sprachen. Zu einer Sammlung derselben kam er nicht mehr. Es gelangten aber auf uns einige Privatsammlungen.

Beilage.

Justinians Novellen. (Vgl. bes. F. A. Biener Gesch. der Novellen Justinians. Berl. 1824 (621 SS.), v. Savigny Gesch. des röm. R. im Mittelalt. III. § 181—184.)

A. Sammlungen der Novellen Justinians, welche auf uns kamen. Diese sind:

I. Sammlungen, in welchen die Novellen bloß in Auszügen gegeben sind:

1. Die sog. Epitome Iuliani, eine Sammlung von 125 Novellen in einem in lateinischer Sprache verfaßten Auszuge in chronologischer Ordnung, die aber nicht immer gehörig eingehalten ist. Die Arbeit rührt von einem Professor zu Konstantinopel, Julianus, her, der sie noch unter Justinian um das J. 556 (nicht 570, wie man früher gewöhnlich annahm) zum Gebrauche in den lateinischen Gebieten Justinians, besonders in dem kurz vorher erst wieder eroberten Italien, gemacht hatte. Sie wurde auch wirklich in Italien vielfach unter der freilich für diese bloßen Auszüge unpassenden Bezeichnung Liber Novellarum, Novellae, auch Lex Romana, gebraucht und angewendet und war auch den Glossatoren bekannt und wurde von ihnen zur Erklärung der Novellen benutzt und bei Citaten durch Novellae bezeichnet. Nach der Zeit der Glossatoren verlor sie sich aus dem Gebrauche, und die Schriftsteller des 14. und 15. Jahrhunderts scheinen sie

nicht gekannt zu haben; erst im 16. Jahrhundert wurde sie wieder aufgefunden und dann mehrfach im Druck herausgegeben, zuerst cur. Nic. Boerii, Lugd. 1512,4.

2. Eine Epitome Novellarum des Scholasticus (Advokaten) Athanasius aus Emesa in Phönicien, eine griechische Sammlung von 154 nach den Materien in 22 Titeln geordneten Novellen im Auszuge mit eingestreuten einzelnen Bemerkungen. Sie wurde wohl noch unter Justinian begonnen und unter dessen Nachfolger Justin II. vollendet. Gedruckt wurde sie erst in unsrer Zeit, indem G. E. Heimbach in seinen *Ανεκδοτα* I (Lips. 1838 4.) p. 1—184 mit weitläufigen Prolegomena und beigefügter lateinischer Übersetzung sie herausgab. (Vgl. auch dens. l. c. II. p. 290 sq.; Nachträge, veranlaßt durch eine von Zachariä aufgefundene Handschrift.) Über die Bedeutung dieser Arbeit des Athanasius für Kritik wie Auslegung der Novellen, s. Heimbach l. c. I. p. LXXXIX u. bes. Osenbrüggen in d. Praef. zu s. Novellenausgabe p. II sq.

3. Das Breviarium Novellarum von Theodorus aus Hermopolis (in Aegypten), wahrscheinlich Scholasticus in Konstantinopel, ein gegen das Ende des 6. Jahrhunderts gefertigter, für Auslegung und Kritik der Novellen bedeutsamer, ausführlicher Auszug aus 168 Novellen in griechischer Sprache mit eingestreuten kommentirenden Bemerkungen, der erst in unsrer Zeit durch den Druck bekannt wurde. Heimbach nämlich hatte in seinen *Ανεκδοτα* I. p. 109 ff. 272 ff. Bruchstücke von diesem Breviarium mitgetheilt; später aber wurde es von Ka. Edu. Zachariä (v. Lingenthal) in einem vollständigen Manuskripte (mit Ausnahme der 3 letzten Stücke) aufgefunden und mit einer lateinischen Übersetzung und einer interessanten Einleitung herausgegeben, s. dessen *Ανεκδοτα* u. s. w. (Lips. 1843) p. 1—165 u. p. XX—LIV. Die Novellensammlung, welche von Theodorus ausgezogen wurde, ist die unten Nr. II 2 angeführte griechische Sammlung. Seinem Breviarium steht ein Index voran, welcher ein Verzeichnis sämmtlicher excerpirten Novellen in ihrer Reihenfolge mit ihren Zahlen und Rubriken enthält. Mit diesem Verzeichnis stimmt auch, abgesehen von einigen Abweichungen in der Fassung der Rubriken, der sog. Index Reginae überein, eine alte, nach der Ordnung der Sammlung der 168 Novellen (Nr. II 2) gemachte Zusammenstellung der Rubriken der einzelnen zu ihr gehörigen Novellen in griechischer Sprache, die in der Bibliothek der Königin Katharina von Medicis in Paris aufgefunden und schon von Cujacius in s. Expositio Novellarum in einer lateinischen Übersetzung bekannt gemacht wurde; erst in unsrer Zeit gab Heimbach in s. *Ανεκδοτα* II p. 237 sqq. das griechische Original des Index heraus (vgl. auch über diesen Index Heimbach l. c. p. LXIV sq.; Zachariä *Ανεκδοτα* p. I. p. XXVIII.).

II. Sammlungen vollständiger Novellen.

1. Eine Sammlung von 134 Novellen in lateinischer Sprache und in (nicht durchaus zutreffender) chronologischer Ordnung, sog. Vulgata. Sie giebt von den wenigen Novellen, welche Justinian lateinisch erließ, den ursprünglichen Text, von den griechisch erlassenen Novellen eine lateinische Übersetzung (sog. (Versio vulgata), deren Verfasser, wie es scheint, das Original (das aber ein anderes war, als die unten Nr. 2 angef. Sammlung, Biener S. 255 f.) möglichst getreu wiederzugeben gesucht hatte. Von Wem, wo und wann diese Übersetzung und die Sammlung gemacht wurde, wissen wir nicht. Sie kam im 12. Jahrhundert in Italien in Gebrauch und verdrängte mit Recht, da sie die betreffenden Novellen vollständig und nicht bloß im Auszuge giebt, im praktischen Gebrauche bald Julians Sammlung. Biener S. 249—260. Savigny a. O. S. 490—504 u. bes. G. E. Heimbach Authent. Novellarum constnum Iustiniani versio vulgata (II Partt. Lips. 1851) Prolegom. p. XC—CCCCXXXVII.

Die Glossatoren hielten den lateinischen Text dieser 134 Novellen für Original, indem sie glaubten, Justinian habe sie in dieser Sprache erlassen oder wenigstens in sie übersetzen lassen (Biener S. 269). Die Sammlung erhielt (wohl schon vor ihrem unbekannten Auffinder im Mittelalter, Biener S. 263)

den Titel Authenticum oder Liber Authenticorum: die einzelnen Novellen wurden durch authenticae (Anfangs auch durch constitutiones) bezeichnet, sei es, um damit, wie Biener und Savigny glauben, den Vorrang dieser Novellen vor den übrigen Rechtsbüchern Justinians, oder wie man gewöhnlich annimmt, um das echte, vom Gesetzgeber selbst Ausgegangene, die authentische Rechtsquelle im Gegensatz zu Julians bloßen Auszügen zu bezeichnen. — Die Glossatoren nahmen aber mit der Sammlung einige Änderungen vor. Sie schieden allmählich einzelne Novellen aus, welche sie nicht für praktisch hielten, besonders welche bloß lokale Beziehungen hatten und glossirten diese nicht; die übrigen theilten sie in IX Collationes, in welchen jede Novelle einen Titulus bildete. Biener S. 271 ff. Savigny a. O., Heimbach l. c. p. CCCCLVII—XCI, DXXI—XLIII, DLII sq., DLXXVII sq.; doch wurden von ihnen nicht alle Novellen, welche in diesen Kollationen stehen (gewöhnlich 97), glossirt, indem sie auch einzelne Novellen, welche sie nicht für praktisch hielten oder über deren Anwendung sie in Streit und Zweifel waren, aufnahmen (Biener S. 294 ff.). — Auch machten sie aus den meisten glossirten Novellen kurze, jedoch nicht immer richtige Auszüge, die sie zum Zwecke schneller Orientirung über das neueste Recht in ihren Manuskripten des Codex (mitunter auch der Institutionen) an solchen Stellen, welche durch eine Novelle abgeändert wurden, einschalteten; diese wurden dann auch in die gedruckten Ausgaben des Codex (auch in die nicht glossirten) aufgenommen; s. z. B. C. 4, 29 ad SC. Vellei. nach cst. 21 und nach cst. 22. Über diese Auszüge s. F. A. Biener Hist. Authenticar. Codici & Institutionib. insertar. Lips. 1847, 4. Savigny a. O. Bd. III § 195 S. 257 f. B. IV § 14—22; s. unten Lit. C.

2. Eine Sammlung von 168 Novellen (einige jedoch bloß in Bruchstücken) in griechischer Sprache. Sie enthält aber bloß 153 Novellen Justinians (unter ihnen, mit Ausnahme von 2, alle Novellen, welche auch in Julian und in der Vulgata vorkommen); denn 7 von jenen 168 Stücken sind Novellen von Nachfolgern Justinians, 4 sind bloße Erlasse von Präfekten und 4 kommen doppelt vor (s. auch nachher B c). Von den lateinisch erlassenen Novellen giebt die Sammlung bloß einen griechischen Auszug. Ihre Ordnung ist bis zur Nov. 120 chronologisch, aber nicht durchaus zutreffend; die übrigen Novv. bilden einen ziemlich ungeordneten Nachtrag. — Es ist dies die Sammlung, aus welcher Theodorus seinen kommentirenden Auszug (Nr. I, 3) machte. Sie wurde gegen das Ende des 6. Jahrhunderts wohl auf Grundlage einer schon unter Justinian begonnenen Sammlung in Konstantinopel gemacht und war im Oriente beinahe ausschließlich im praktischen Gebrauche. Dagegen war sie den Glossatoren völlig unbekannt und wurde im Occidente erst im 16. Jahrhundert in 2 Manuskripten wieder aufgefunden (das eine, im Texte in Manchem nach den Basiliken geändert, in Florenz, das andere vollständigere und mit korrekterem Texte in Venedig), und von Gregor. Haloander mit einer von ihm verfertigten, zum Theil aber auch aus dem Authenticum genommenen lateinischen Übersetzung aus einer Abschrift des Florenzer Manuskripts 1531 und von Heinr. Scrimger aus dem Venediger Manuskripte 1558 herausgegeben (Biener Gesch. d. Novv. S. 85 f. 341 ff. 367 ff. 371, 436, 617 Heimbach l. c. p. DC, DCV sq.). Eine Übersetzung der letzteren Ausgabe gab Agyläus 1560, 1561 heraus, bei der er aber in den Stücken, welche auch die Haloander'sche Ausgabe enthält, ganz Haloanders Übersetzung zu Grunde legte (Biener S. 380); eine neue Übersetzung wurde im Jahre 1717 von J. F. Homberg zu Bach (Prof. in Marburg) herausgegeben. — Vergleichende Tabellen über die 3 Sammlungen Nr. I, II 1, 2 s. bei Biener a. O. S. 535 f. Boecking Pand. I Anh. IV und, jedoch minder übersichtlich, Heimbach Authent. p. DCCIV—DCCXVI.

B. Die Novellen in unseren gedruckten Ausgaben des Corp. iuris.

a. In den älteren glossirten Ausgaben, welche bis 1589 erschienen, stehen die IX Kollationen der Vulgata (Nr. II 1 a. E.) in der Regel mit 97 Novellen,

welche 98 Titel bilden, da die Nov. 8 in 2 Titel getheilt ist. Vgl. auch Biener a. O. S. 284, 325 Heimbach l. c. p. DLXXVI.

b. In den unglossirten Ausgaben von 1571 an, und auch in einigen glossirten von 1589 an stehen 168 Novellen (zum Theile bloß in Bruchstücken) in lateinischer Sprache. Es ist dieses eine Zusammenstellung eines französischen Civilisten, Ant. Contius (Le Cointe), welcher in seiner Ausgabe des C. I. vom J. 1571 die Novellen griechisch und lateinisch, und zwar nach der Ordnung des oben Nr. I, 3 a. E. angef. von Cujacius aufgefundenen Verzeichnisses der in der orientalischen Sammlung enthaltenen 168 Novellen (des Index Reginae) herausgab, indem er die in Scrimgers Ausgabe enthaltenen griechischen Novellen mit einigen Vervollständigungen abdrucken ließ und ihnen einen lateinischen Text beifügte. Diesen lateinischen Text nahm er theils aus dem Authenticum (d. h. die Novellen, welche in den IX Kollationen des Authenticum standen, nahm er in der Versio vulgata, deren Text er aber in verkehrter Weise theilweise aus den griechischen Novellen, mit Benutzung von Haloanders Übersetzung, zu verbessern und zu vervollständigen suchte, auf, mit Ausnahme der Nov. 159, von welcher er aus Versehen nicht die Vers. vulg., sondern die Haloander'sche Übersetzung gab), theils aus Julians Epitome und im Übrigen aus anderen lateinischen Übersetzungen, besonders der Haloander'schen mit den Ergänzungen von Agylaeus. Das ganze theilte er ebenfalls in 9 Kollationen ein, die freilich mit den Kollationen der Glossatoren nicht stimmen. Biener a. a. O. S. 373 f. Heimbach l. c. p. DCV sq. u. über die Contius'sche Textkritik auch Osenbrüggen in d. Gießner Zeitschr. f. Civ. R. XVII S. 390.

c. Von diesen 168 Novellen sind aber nur 155 justinianische; denn 7 rühren von Nachfolgern Justinians her (Nov. 140, 144, 148, 149, 161, 163, 164), drei sind bloße Erlasse vom Präfecten (Nov. 166—168; gewöhnlich nimmt man nach Cujacius an, auch Nov. 165 sei ein solcher Erlaß, allein sie ist wohl ein Rescr. von Justinian, s. Cramer in Hugo's civ. Mag. III S. 158 ff. Zachariä Anecdota p. 246) und außerdem kommen in der Contius'schen Sammlung 3 Novellen doppelt vor (Nov. 32 u. 34, 75 u. 104, 143 u. 150).

d. Diese Contius'sche lateinische Redaktion der 168 Novv. ging in einige spätere glossirte und in alle spätere nichtglossirte Ausgaben des Corpus iuris (mit Ausnahme der 2 neuesten, s. unten) über (namentlich auch in alle Gothofred'sche und in die Göttinger von Gebauer und Spangenberg) und nach ihrer Numerirung citiren wir durchaus die Novellen. Sie enthält auch, wie aus dem Angeführten hervorgeht, sämmtliche glossirte Novellen, nur vermischt mit den übrigen nicht glossirten und mit den vorhin bezeichneten Stücken, die gar nicht justinianisch sind. Auch ist, da Contius vielfach den ursprünglichen Text der Versio vulgata änderte (s. oben), in unsren Ausgaben, welche die Contius'sche Arbeit abdruckten, keineswegs die reine Versio vulgata enthalten.

e. Was die beiden neuesten Ausgaben des Corp. iur. betrifft, die von Beck und die von Osenbrüggen (welcher bei der Kriegel'schen Ausgabe die Redaktion der Novellen besorgte), so giebt Beck den griechischen Text in der Contius'schen Ordnung mit Hombergks Übersetzung und nach demselben noch besonders das Authenticum (die 134 Novv. desselben in der Ordnung, die sie im Authent. haben), aber den Text des Authenticum doch wieder, wie es schon von Contius geschah, vielfach geändert theils durch Aufnahme der Contius'schen willkürlichen Änderungen, theils nach dem griech. Text der unter II 2 angef. Sammlung (s. Heimbach l. c. p. DCXXIII sq.). Mit Recht dagegen suchte Osenbrüggen (in der Kriegel'schen Ausgabe) den reinen Text der Versio vulgata wiederzugeben (in seiner Ausgabe ist abgedruckt: der griechische Text nach Scrimger und ergänzt aus Haloander in der Contius'schen Ordnung, neben ihm die Homberg'sche lat. Übersetzung, die aber Osenbrüggen vielfach verbesserte, und je unter der betreffenden Novelle, so fern sie auch im Authenticum vorkommt, der Text der Versio vulgata, auch von einigen Novellen, die den Glossatoren unbekannt waren, eine alte latein. Übersetzung, welche theils schon

Contius, theils Beck, theils Andere gegeben hatten). — Die genaueste, mit großem Fleiße und Benutzung vieler Manuskripte besorgte kritische Ausgabe des Authenticum verdanken wir G. E. Heimbach (s. oben Nr. II. 1), welcher auch in den nur zu weitschichtigen Prolegomena die reichhaltigsten Notizen über Geschichte, Zusammensetzung, Quellen, Manuskripte und Ausgaben des Authenticum giebt.

f. In unsren Ausgaben stehen noch 13 Novellen unpassender Weise als Anhang der Novellen unter der Rubrik XIII Edicta Iustiniani. Es sind justinianische Novellen, welche in dem Venediger Manuskript der 168 Novv. (II 2) als Anhang in griechischer Sprache stehen und von Scrimger griechisch herausgegeben und von Agylaeus ins Lateinische übersetzt wurden; 3 von ihnen stehen aber auch in der Sammlung der 168 Novv., nämlich Ed. 7 als Anhang der (auch im Authenticum stehenden u. glossirten) Nov. 8, Ed. 5 als Nov. 111 (ebenfalls im Authent. u. glossirt) und Ed. 6 als Nov. 122 (den Glossatoren unbekannt, wie die übrigen 10). Auch gehören noch zu den justinianischen Novellen eine Sanctio pragmatica v. J. 554 (mit den Anfangsworten Pro petitione Vigilii) und eine Const. de Adscriptiis & Colonis v. J. 540, welche im J. 1561 zuerst gedruckt und von Contius in seiner Ausgabe des C. i. aufgenommen wurde und seitdem unter den Anhängen der Ausgaben des C. i. stehen.

C. Bei der Bezeichnung der Novellen muß man den Sprachgebrauch der Glossatoren und Postglossatoren von dem späteren, der sich im 16. Jahrhundert bildete und mit dem der heutige übereinstimmt, wohl unterscheiden. Die Glossatoren bezeichneten nach dem Angeführten durch Novellae in der Regel die Stücke in Julians Epitome, ohne Julians Namen beizufügen, also bloß Auszüge aus den Novv., was freilich unpassend war, durch Authenticae die justinianischen Novv. selbst, die sie nach ihrer Rubrik citirten; auch wurden die Auszüge, die sie aus den Nov. gemacht hatten (ob Nr. II 1 a. E.) Authenticae genannt, da an ihrer Spitze stets die Authentica (Novelle), aus welcher der Auszug herrührt, angeführt ist — z. B. der Novellenauszug, welcher in C. 4. 29 ad SC. Vellei. nach cst. 22 steht und mit Si qua mulier beginnt, hat die Rubrik In Auth. ut nulli iudicum liceat § Et illud (unsre Nov. 134 Kap. 8) u. so wurde auch der Auszug durch Auth. mit Angabe seiner Anfangsworte, also Auth. si qua mulier bezeichnet. Wir bezeichnen Justinians Novellen nicht mehr durch Authenticae, sondern lediglich durch Novellae und citiren sie unter dieser Bezeichnung nach der Nummer, die sie in der Contius'schen Redaktion haben; die Stücke aus Julians Epitome nennen wir Novellae Iuliani oder Epitome novellarum Iuliani Kap. etc.; durch Authenticae dagegen bezeichnen wir allein die S. 43 angeführten Auszüge, welche die Glossatoren aus Justinians Novellen machten und in den Kodex einschalteten, was freilich ungeeignet ist, da sie bloße Authentiken sind.

D. Von den angeführten Novv. sind viele nicht glossirt; theils waren sie den Glossatoren unbekannt, theils glossirten sie einzelne von den ihnen bekannten Novellen nicht, weil sie sie für unanwendbar hielten; sie bezeichneten die Letzteren durch Authenticae inutiles, extravagantes, extraordinariae, und ihre Unanwendbarkeit durch hanc non lego, haec non legitur, inutilis est, nihil valet u. dgl. In den Ausgaben des Corp. iur. seit Contius (Bb) stehen die glossirten und nicht glossirten Novv. unter einander vermischt und ohne Bemerkung, ob sie zu den glossirten gehören oder nicht (eine Ausnahme macht bloß die Kriegel'sche Ausgabe, in welcher Osenbrüggen die glossirten Novellen durch Gl. bezeichnet), so daß es nicht selten kommt, daß Schriftsteller aus Versehen eine unglossirte Novelle als gültig behandelten. Auch sind die Verzeichnisse, welche von den glossirten und unglossirten Novellen gegeben werden, häufig ungenau (vgl. darüber auch schon Cramer in Hugo's Magaz. III Nr. II u. bes. die Nachweisungen bei Biener S. 438 ff.). Die Älteren geben meist 98 Novv. als glossirt an, indem sie sich durch die 98 Titel der 9 Kollationen (Ba) verführen ließen, Cramer a. O. S. 33 f. Andere sagen, 97 Novv. seien glossirt;

allein auch dies ist jedenfalls zu viel (die Nov. 110, die man oft unter den glossirten anführt, ist nicht glossirt, und die Nov. 143 u. 150, die oft als 2 verschiedene glossirte Novv. gezählt werden, sind nur eine glossirte Nov., indem die Nov. 150 bloß ein Auszug aus der glossirten Nov. 143 ist; dagegen ist die Nov. 38, die man oft unter den nichtglossirten anführt, zwar glossirt, bezieht sich aber auf ein bei uns unpraktisches Institut, den Dekurionat). Die meisten Neueren geben 96 Novv. als glossirt an (einige 95, wie Glück Pand. I S. 344, indem sie die Nov. 38 nicht zu den glossirten zählen; Boecking Pand. Anh. IV führt die Nov. 38 und 127 als nichtglossirt an; aber auch die Letztere ist glossirt). Allein selbst von diesen 96 Novv. ist bei 4, nämlich Nov. 20, 80, 85, 159, mehr als zweifelhaft, ob sie von den Glossatoren anerkannt waren. Zwar haben sie einige Glossen; allein Accursius und zum Theil auch andere Glossatoren sagen von ihnen: hanc non lego, und die Nov. 159 fehlt ganz in der Summa der Novv., in welcher der Glossator Johannes Bassianus die in die 9 Kollationen aufgenommenen Novellen zusammenstellte (von der Nov. 20, 80, 85 ist die Frage für uns ohne Bedeutung, da ihr Inhalt jedenfalls bei uns unpraktisch ist), so daß man mit Sicherheit nur 92 als von den Glossatoren anerkannt wird annehmen können. Diese anerkannten und glossirten Novellen sind die Nov. 1—10, 12, 14—19, 22, 23, 33, 34, 38, 39, 44, 46—49, 51—58, 60, 61, 66, 67, 69—74, 76—79, 81—84, 86, 88—100, 105—109, 111—120, 123—125, 127, 128, 131, 132, 134, 143. Ueber die Auth. Frideric. siehe unten § 11 a. E.

Die Citirarten der Stellen der justinianischen Rechtssammlungen.

(Vgl. Thibaut, Über die Arten, das Corp. iur. Rom. zu allegiren, in s. Civilist. Abhandlungen 1814 S. 205—265. Fried. Adolph. Schilling, Lehrb. d. Institutionen S. 109—127.)

Die Art und Weise, die Stellen des Corp. iur. Rom. bei Anführungen zu bezeichnen, war in den verschiedenen Zeiten eine sehr verschiedene und ist es theilweise auch noch in unserer Zeit.

In den ältesten Zeiten, namentlich von den byzantinischen Juristen unter und nach Justinian, wurde in der Regel nach Zahlen citirt, also durch Angabe der Zahl des Buchs, des Titels und bei Digesten und Kodex der einzelnen Stellen. Allein dieses änderte sich in den Zeiten der Glossatoren. Die Handschriften der einzelnen Theile des Corp. iur., welche aus früherer Zeit auf die Glossatoren gekommen waren, wichen in der Zählung der einzelnen Titel und Stellen, so weit sich eine solche überhaupt in ihnen fand, vielfach ab, und in den Handschriften, die aus der Zeit der Glossatoren selbst und der späteren Zeit herrühren, fehlen die Bezeichnungen der einzelnen Titel und Stellen durch Zahlen ganz. Deßhalb wurden von der Zeit der Glossatoren an die Stellen des Corp. iur. nicht durch Zahlen citirt, sondern durch Angabe der Titelrubrik und der Anfangsworte der einzelnen Stellen und ihres Paragraphen. Diese Citirweise blieb auch bis an das Ende des 16. Jahrhunderts die herrschende, da in den Ausgaben des Corp. iur., die in der zweiten Hälfte des 15. Jahrhunderts gedruckt wurden, und auch noch in vielen Ausgaben des 16. Jahrhunderts die einzelnen Stellen nicht durch Zahlen bezeichnet wurden. Nur die ersten Stellen eines Titels citirte man nach Zahlen, weil sich diese leicht abzählen ließen; auch wurden, wenn in demselben Titel sich mehrere Stellen mit gleichen Anfangsworten finden, diese Stellen durch den Beisatz einer Zahl näher bezeichnet z. B. die l. 5, 6, 9 in D. 4, 2 quod. met. caus., welche gleichmäßig mit metum anfangen, durch l. metum I (= l. 5.), l. metum II (l. 6.) etc. Dabei wurde der erste Paragraph der Pandekten- oder Kodexstelle und der Institutionentitel stets durch pr. oder princ. (principium) bezeichnet, und die letzten Paragraphen gewöhnlich durch §. fi. oder fin., ult., penult., antepenult. (finalis oder ultima, penultima, antepenultima).

An dieser Citirart nach Rubriken und Anfangsworten hielt man auch dann

noch längere Zeit fest, als die Ausgaben des C. i., in welchen die einzelnen leges und später auch die einzelnen §§ der leges und Institutionenstellen numerirt sind, häufiger wurden, und nur allmählich verließ man sie in Betreff der Anfangsworte der einzelnen Stellen in den §§. Man setzte zunächst diesen Anfangsworten die Zahl der Stelle und später auch bei den §§ die Zahl des § bei; gegen die Mitte des 17. Jahrhunderts aber fing man an, die Anfangsworte ganz wegzulassen und die leges und §§ lediglich nach ihrer Ziffer zu bezeichnen, und dieses wurde bald ganz allgemein und wird auch in unserer Zeit durchaus so gehalten. Nur ist zu beachten, daß die Numerirung der §§ der Institutionstitel und der leges der Pandekten und des Kodex in den gedruckten Ausgaben erst mit dem zweiten Paragraphen beginnt (dieser heißt daher § 1) und der erste nicht numerirte § auch bei uns wie früher durch pr. (principium) bezeichnet wird. In der Bezeichnung der Titel behielt man aber beinahe durchaus die alte Weise, bloß die Rubrik des Titels anzuführen, bei; doch wichen davon Einzelne ab, welche, wie auch Manche in der neueren Zeit, die Titel bloß durch ihre Zahl und die des Buches, in welchem sie stehen, bezeichnen, was freilich schon deßhalb ungeeignet ist, weil die Ausgaben in der Numerirung der Titel nicht durchaus übereinstimmen, namentlich in den Institutionen von Buch III Tit. 6 an und in dem Kodex.

Viele Neuere verbinden, was das Geeignetste ist, mit der Rubrik des Titels bald vor bald nach derselben die Zahl des Buches (in römischen oder arabischen Ziffern) und die des Titels (in arab. Ziffern) oder die Titelrubrik in Parenthese oder lassen besser jede Parenthese weg.

Die Ordnung der einzelnen Theile eines Citats bestimmten die Glossatoren mit Recht in der Regel ganz nach der Weise, wie man aufzuschlagen hat; sie führten also zuerst das Hauptwerk an, dann den Titel desselben und dann die anzuführende Titelstelle. In den Zeiten nach den Glossatoren aber verkehrte man diese Ordnung; man setzte zuerst die Titelstelle, dann die Bezeichnung des Hauptwerks und dann erst die Rubrik des Titels, und diese Weise erhielt sich selbst bis in unsre Zeit bei den Meisten; doch kehrten Manche in den neueren Zeiten mit Recht zu der Ordnung der Glossatoren zurück.

Dieses vorausgeschickt, ist über das Einzelne noch folgendes zu bemerken.

I. Institutionen. Die IV Bücher der Institutionen zerfallen in einzelne Titel und diese sind in §§ abgetheilt. Bei Citaten einer Institutionenstelle bezeichnet man das Hauptwerk durch I. oder Inst. (in den Zeiten der Glossatoren und den nächsten Zeiten nach ihnen gewöhnlich durch ist. oder inst., instit., institu.). Die Citirart der verschiedenen Zeiten ist folgende. Citirart der Glossatoren: inst. de adopt. § minorem; in den Jahrhunderten nach ihnen: § minorem I. de adopt. Von Ende des 16. Jahrhunderts an gewöhnlich: § 4 minorem I. de adopt. Später beinahe allgemein: § 4 I. de adopt.; in unseren Zeiten Viele immer noch auf die letztere Weise; Andere: § 4 I. de adopt. (1, 11 oder I 11), oder § 4 I. de adopt. (1, 11); Einige: § 4 I. I 11 oder I 1, 11 § 4; Manche und wohl am geeignetsten: I. 1, 11 (oder I. 11) de adopt. § 4.

II. Pandektenstellen. Die 50 Bücher der Digesten sind, mit Ausnahme von 3 Büchern, in Titel abgetheilt; in diesen stehen die einzelnen Excerpte je unter dem Namen des Juristen und seines Werkes, aus welchem sie genommen sind; jeder Titel hat eine kurze seinen Hauptinhalt bezeichnende Überschrift (Rubrik). — Bei Citaten werden die Digesten gewöhnlich bezeichnet durch D. oder Dig., von Manchen auch durch π. oder Π. (Pandectae). In den Zeiten der Glossatoren und später war die Bezeichnung durch ff. sehr häufig; sie entstand, wohl durch Mißverständnis der Abschreiber, aus einem etwas verzogenen oder zum Zeichen der Abbreviatur quer durchstrichenen D., wurde aber sonderbarer Weise bald herrschend und lange Zeit, selbst bis in das verflossene Jahrhundert, von Vielen beibehalten. Viele aber (unter den Neueren auch Savigny in seinen Schriften) lassen bei Citaten von Digesten, als dem Haupttheile des C. i., die Bezeichnung des Werkes ganz weg. — Die einzelnen Excerpte werden gewöhnlich durch l. oder L. (lex, wie sie auch Justinian mehrfach z. B. in der

Publikationsverordnung der Pandekten, Praef. Dig. cst. Tanta § 17—20. 21 nennt, von Einigen, aber Wenigen, durch c. oder cap. (Kapitel), in unserem Jahrhundert auch von Manchen durch fr. (Fragment).

Die verschiedenen Citirweisen ergeben sich aus folgenden Beispielen. Citirart der Glossatoren: D. oder ff., de poen. l. capitalium § in exulib. In den Jahrhunderten nach ihnen (in verkehrter Ordnung): l. capitalium 28 §. in exulib. 13 D. de poen.; später (von der Mitte des 17. Jahrhunderts an beinahe allgemein und großentheils auch noch in unseren Zeiten: l. 28 § 13 D. de poen. Viele Neuere setzen aber noch die Zahl des Buches und Titels bei, also: l. 28 § 13 D. de poen. (48, 19) oder (XLVIII, 19), oder mit Verwechselung der Zahl: l. 28, § 13 D. 48, 19 (de poen); Einige fangen auch wieder an, das Citat in der richtigeren Ordnung zu geben, citiren also: D. 48 (oder XLVIII), 19 de poen. l. 28 § 13. Dagegen wird von Andern, was nicht zu billigen ist, die Titelrubrik ganz weggelassen, also citirt: l. 28 § 13 D. 48 (oder XLVIII), 19; oder D. 48, 19 l. 28 §. 13.

Zu beachten ist, daß drei Bücher der Digesten, das XXX., XXXI. und XXXIII., nicht in Titel zerfallen; es hat daher bei diesen das Buch eine Rubrik, unter welcher unmittelbar die einzelnen Excerpte stehen. Da aber jedes dieser 3 Bücher die gleiche Rubrik hat (De legatis et fideicommissis): so werden sie durch den Beisatz I., II., III. (d. h. liber primus, secundus, tertius de legatis et fideicommissis) unterschieden und daher nach den angegebenen verschiedenen Citirweisen so citirt: D. de legat. III l. fideicommissa § si rem; später: l. fideic. § si rem D. de legat. III; sodann: l. fideic. 11 § si rem 12 D. de legat. III; späterhin: l. 11 § 12 D. de legat. III; in der richtigen Ordnung und mit Verbindung der Zahl des Buches und Titels: D. 32 (oder XXXII) de legat. III l. 11 § 12.

III. Kodexstellen. Die 12 Bücher des Kodex sind ebenfalls in rubricirte Titel abgetheilt, in welchen die einzelnen Konstitutionen der Kaiser nach der Zeitordnung unter dem Namen des betreffenden Kaisers mit Angabe der Personen, an welche sie erlassen wurden, stehen. Bei Citaten wird das Hauptwerk, der Kodex, bezeichnet durch C. oder Cod.; die einzelnen Konstitutionen gewöhnlich schon von der Glosse an, durch l. oder L. (lex), von einigen Wenigen durch cap. (caput), von Einigen auch und wohl am geeignetsten durch c. oder cst. (constitutio). Im Übrigen werden die Kodexstellen ganz so citirt wie die Digestenstellen, nur daß von der Glosse an bis in das 16. Jahrhundert den Citaten aus einem der 3 letzten Bücher des Kodex in der Regel auch noch die Zahl des Buchs angehängt wurde z. B. C. de susceptorib. lib. X. (d. h. C. 10, 70 de suscept.) cst. 11., — weil diese drei Bücher ihres Gegenstandes halber wenig gebraucht wurden und deßhalb die schnelle Orientirung bei einem Citat nach der bloßen Titelüberschrift schwieriger war.

IV. Novellen. Die Glossatoren bezeichneten die Novellen bei Citaten durch aut. oder auth., authent. (Authenticae). Vom 16. Jahrhundert an kam es mehr und mehr auf, sie durch N. oder Nov. (Novellae) zu bezeichnen und dieses wurde bald ganz allgemein, indem man den Ausdruck Authenticae auf die oben S. 43 angeführten Auszüge aus den Novellen und auf die in dem Kodex eingeschalteten Gesetze der Kaiser Friedrich I. u. II. beschränkte. — Jede Novelle hat zur kurzen Bezeichnung ihres Gegenstandes eine Rubrik, welche von den Sammlern der Novellen wohl schon aus Justinians Zeitalter herrührt. Die meisten Novellen beginnen mit einem kurzen Vorwort (Praefatio oder Principium) über Veranlassung und Zweck des Gesetzes (bei Citaten durch Praef., im Mittelalter durch princ. oder pr. bezeichnet), dann folgt die gesetzliche Disposition, welche bei den größern Novellen in Paragraphen oder Kapitel abgetheilt ist; theilweise geschah dies wohl schon von Justinian; die Eintheilung in Kapitel und der größern Kapitel in §§ in unsern Ausgaben rührt wohl von Contius her; diese Kapitel stimmen aber nicht durchaus mit den §§ der Glossatoren überein (vgl. auch Biener Gesch. d. Nov. S. 57 f. 255). Den Schluß der Novelle bildet in der Regel noch ein Nachwort, Epilogus (durch Epil.

citirt) über Publikation und Vollziehung des Gesetzes, mitunter auch sein Verhältnis zum früheren Rechte u. dgl. — Bis in das 16. Jahrhundert wurden die einzelnen Novellen, da sie in den Manuskripten und den ersten Ausgaben nicht fortlaufend numerirt waren durch Angabe ihrer Rubrik, und die Kapitel oder §§ derselben durch Angabe ihrer Anfangsworte citirt und dabei fügte man häufig noch die Zahl der Kollation, in der sie standen (s. oben S. 43) bei; z. B. in auth. de heredib. ab intest. § nullam vero. col. (oder coll. colla) IX. Gegen das Ende des 16. Jahrhunderts fügte man häufig auch noch die Zahl bei, welche die Novelle in der Contius'schen Redaktion (S. 44) hat (z. B. in auth. de heredib. ab intest. § null. ver. col. IX. Novell. 118) und bald kam es auf, Rubrik und Anfangsworte ganz wegzulassen und bloß nach den Zahlen, welche die Novellen in der Contius'schen Redaktion (also nach dem Index Reginae) hatten und nach deren Kapitel- und Paragraphenabtheilung zu citiren (z. B. Nov. 118 cap. 4), und diese Citirart blieb durchaus die gebräuchliche.

V. Die Präfationen der Institutionen, der Digesten und des Kodex. Vor den Digesten und dem Kodex stehen einige Konstitutionen Justinians, welche auf Abfassung, Publikation und Benutzung dieser Rechtsbücher sich beziehen (sog. Praefationes oder Prooemia Digestorum und Codicis); eine ähnliche Konstitution steht auch vor den Institutionen, welche an die Studirenden gerichtet ist und durch Prooemium Institutionum bezeichnet und unter dieser Bezeichnung citirt wird (z. B. Prooem. Inst. § 4). Die Praefationes der Digesten und des Kodex, von denen Justinian später zwei in seinen zweiten Kodex (I 17 de vet. jur. enucl.) aufnahm, sind folgende.

Vor den Pandekten stehen zwei Konstitutionen unter der Rubrik De conceptione Digestorum; die eine, mit den Anfangsworten Deo auctore, ist an Tribonian gerichtet und enthält den Auftrag zur Abfassung der Pandekten (sie steht auch in C. l. c. cst. 1.); in der andern, an acht Rechtslehrer gerichteten, welche mit den Worten Omnem reipublicae beginnt, setzt Justinian nach Verfertigung der Pandekten den Studienplan in Beziehung auf Institutionen, Pandekten und Kodex fest. Außerdem steht noch vor der Pandekten-Rubrik De confirmatione Digestorum die Publikationsverordnung der Digesten. Justinian erließ diese in lateinischer Sprache mit dem Anfangsworte Tanta, und zugleich in griechischer mit dem Anfangsworte Δέδωκεν (später wurde die letztere wieder ins Lateinische rückübersetzt mit den Anfangsworten Dedit nobis) und nahm sie, in beiden Redaktionen, später auch in seinen zweiten Codex auf (C. l. c. cst. 2 u. 3). — Doch weichen unsere Ausgaben beim Abdrucke dieser Konstitutionen von einander ab, z. B. die Kriegel'sche läßt vor den Digesten nicht bloß die cst. Deo auctore, sondern auch die cst. Tanta weg und giebt sie bloß im Kodex; dagegen enthält sie vor den Digesten die cst. Δέδωκεν mit ihrer Rückübersetzung (Dedit nobis) und läßt diese im Kodex weg; in der Bed'schen Ausgabe aber sind, wie in den meisten früheren Ausgaben, die genannten Konstitutionen Deo auct.; Tanta und Δέδωκεν sowohl vor den Digesten als im Kodex abgedruckt, dagegen giebt sie die cst. Dedit nobis, die Rückübersetzung der cst. Δέδωκεν, bloß im Kodex l. c. (mit ihr aber wieder die griech. Konst.) und manche ältere Ausgaben setzen vor die Pandekten bloß die cst. Omnem, resp. geben alle übrigen erst im Kodex und viele geben die cst. Δέδωκεν gar nicht, sondern bloß ihre Rückübersetzung. — [Vgl. Ausg. v. Mommsen Dig. vol. I. pag. XXIII*—LI*.]

Vor dem Kodex stehen drei Konstitutionen. Die eine betrifft den Plan zum ersten justinianischen Kodex und die zu seiner Abfassung niedergesetzte Kommission, sie hat die Rubrik De novo codice faciendo (novus im Gegensatz zum Theod. Cod.) und die Anfangsworte Haec quae necessario. Die andere ist das Publikationsgesetz dieses Kodex mit der Rubrik De Iustinianeo codice confirmando und den Anfangsworten Summa reipublicae. Die dritte betrifft Verfassung und Publikation des umgearbeiteten justinianischen Kodex unter der Rubrik De emendatione codicis Iustinianei

et secunda eius editione und den Anfangsworten Cordi nobis est. Zu beachten ist aber, daß in älteren Ausgaben häufig diese drei Konstitutionen in das erste Buch des Kodex selbst als die drei ersten Titel desselben aufgenommen sind.

Diese Praefationes der Digesten und des Kodex werden in sehr verschiedener Weise bei Citaten bezeichnet, von Vielen bloß durch ihre Anfangsworte und die Zahl (in der älteren Zeit die Anfangsworte) des anzuführenden Paragraphen, z. B. est. cordi nobis est. § his igit., später: § 4; — von Andern durch die Anfangsworte und Rubrik der Konst. z. B. est. cordi nobis est § 4 de emendat. cod.; von Andern, was wohl das Geeignetste ist, durch Praefatio oder Prooemium und Angabe der Anfangsworte, z. B. Praef. Cod. est. Cordi nobis est § 4; Praef. Dig. est. Tanta § 6; von Einigen auch, z. B. von Schrader in seiner Institutionenausgabe, statt der Anfangsworte durch Zahlen (z. B. Praef. Cod. 3 § 4), was freilich ungeeignet ist, da die Ausgaben in der Stellung, die sie diesen Konstitutionen geben, sehr variiren.

VI. Noch ist auf folgende Abkürzungen aufmerksam zu machen.

1) Die Titelrubriken werden bei Citaten gewöhnlich in sehr verschiedener Weise abbrevirt, z. B. die Rubrik de adquirendo rerum dominio in: de adq. rer. dom. oder auch bloß: de dominio. Bei den Titeln, die besonders häufig angeführt werden, setzt man gewöhnlich bloß die Anfangsbuchstaben der Worte der Rubrik, z. B. de R. I. (= de regulis iuris), de V. S. (verborum significatione), de R. N. (ritu nuptiar.), de A. E. V. (actionibus emti venditi), de C. E. (contrahenda emtione), de R. C. (rebus creditis), de S. P. U. (servitutibus praediorum urbanorum), de S. P. R. (servitutibus praediorum rusticorum), de R. V. (rei vindicatione), de R. D. (rerum divisione), de I. et I. (iustitia et iure).

2) In den älteren exegetischen Werken über Justinians Rechtssammlungen wird, wenn bei der Erläuterung einer Stelle eine andere Stelle aus derselben Sammlung citirt wird, statt der Bezeichnung der Sammlung das Zeichen s̄ (supra) oder ī (infra) gesetzt, je nach dem die zu citirende Stelle in einem früheren oder in einem späteren Titel der Sammlung steht; z. B. wenn bei der Exegese der l. 6 D. 25, 1. de impens. in res. dot. die l. 79 D. 50, 16 de V. S. und die l. 7 D. 24, 3 sol. matr. citirt werden sollte: so wurde die erstere Stelle bezeichnet durch ī de verb. sign. l. impensae, später durch ī l. 79 de verb. sign.; die letztere Stelle durch s̄ sol. matr. l. fructus, später s̄ l. 7 sol. matr. Allmählich aber verlor sich dieser Gebrauch des supra und infra; man citirte in solchen Fällen die Stellen aus derselben Sammlung bald ohne alle Bezeichnung der Sammlung (also in den obigen Fällen: l. 79 pr. de V. S.; l. 7 sol. matr.), bald mit Bezeichnung derselben.

3) Ist bei der Exegese einer Stelle des Corpus iuris eine andere Stelle desselben Titels, in welchem jene Stelle steht, zu citiren, so geschah dies in der älteren Zeit wieder durch s̄ oder ī unter bloßer Angabe der Stelle; z. B. wenn bei der Exegese der l. 6 de R. V. die l. 66 citirt werden sollte, so geschah es durch ī l. non ideo, oder ī l. 66; in der späteren Zeit gebrauchte man dafür das Zeichen h. t. (hoc titulo), z. B. im vorigen Falle: l. 66 h. t.

4) Dieses Zeichen h. t. gebraucht man gewöhnlich auch in exegetischen und dogmatischen Werken, wenn man bei der Exegese eines Titels des einen Rechtsbuches eine Stelle aus einem Titel der andern Rechtsbücher, der von demselben Gegenstande handelt, oder wenn man bei der dogmatischen Entwicklung einer Lehre eine Stelle aus einem Titel des Corpus iuris, der dieselbe Lehre zum Hauptgegenstande hat, citiren will, z. B. wenn bei der dogmatischen Entwicklung der Lehre von der Eigenthumsklage eine Stelle aus dem Digestentitel de rei vind. zu citiren ist, so geschieht es durch: l. 6 D. h. t., oder in der richtigeren Ordnung mit Angabe der Zahl des Buchs und Titels durch: D. 6, 1 h. t. l. 6; ferner wenn bei der Exegese des Pandektentitels de rer. div. der § 6 Inst. 2, 1 de rer. div. citirt werden soll, so geschieht es durch § 6 I. h. t., oder richtiger: I. 2, 1. h. t. § 6. — Die älteren Exegeten setzten statt des h. t.

auch e. oder eo. oder eod. (eodem), z. B. wenn sie bei Erläuterung der l. 6 D. de R. V. die cst 17 aus dem Kodextitel de R. V. citiren wollten; so setzten sie bloß C. e. l. si fundum oder C. eod. l. 17.

5) Will man bei einem Citat auf einen einzelnen Satz oder auf einzelne Worte einer Stelle besonders aufmerksam machen, so führt man die Worte oder den Anfang des Satzes mit Vorsetzung von verbis oder in verbis an. Statt verbis setzten die Älteren, namentlich die Glossatoren, in solchen Fällen, vers. oder versi. (versiculo oder versibus).

6) Will man sich zum Belege auf einen ganzen Titel oder auf die Rubrik eines Titels berufen, so geschieht ersteres durch t. t. (totus titulus), letzteres durch Rubr., also z. B. D. 5, 4 si pars. t. t.; D. 43, 1 de interd. etc. Rubr.

7) Ist in einer Quellenstelle, auf die man sich beruft, das Behauptete, zu dessen Beweis sie angeführt wird, nicht direkt ausgesprochen, sondern es aus ihr nur durch Folgerungen zu entnehmen, so führt man sie mit dem Zusatz arg. (argumento) an.

Über die Ausgaben des Corpus iuris civilis s. Arndts Pand. § 2 Anm. 5. Windscheid Pand. § 4.

3. Das römische Recht nach Justinian.

§ 10.

A. Im Orient. Im byzantinischen Kaiserreich blieben Justinians Rechtsbücher mit Einschluß der Novellen noch lange gültig, nur in Einzelnem modificirt durch spätere Gesetze der byzantinischen Kaiser. Man gebrauchte sie aber, weil im byzantinischen Reich die griechische Sprache die herrschende war, meist nur mittelbar, d. h. in wörtlichen von Privaten gemachten griechischen Übersetzungen, so weit nicht schon das Original griechisch war. Im 9. Jahrhundert ließ deßhalb Kaiser Basilius Macedo eine griechische Gesammtredaktion der justinianischen Rechtsbücher machen und diese wurde von seinem Sohne Leo als Gesetz publicirt; sie wird gewöhnlich durch Basilica bezeichnet. In diesen Basiliken ist der Inhalt der justinianischen Rechtsbücher nach Materien in ein Ganzes von 60 Büchern zusammengestellt mit einigen Einschiebseln späteren byzantinischen Rechts. Durch sie wurden allmählich Justinians Rechtsbücher im Orient beinahe ganz aus dem Gebrauch verdrängt, indem diese durch die Basiliken ihre unmittelbare Geltung verloren[1]. Von den Basiliken haben wir 41 Bücher ganz oder wenigstens nahezu vollständig, zwei in großen Bruchstücken, 17 aber nur theilweise restituirt aus den Schriften byzantinischer Juristen.

[1] Justinians Rechtsbücher wurden nur noch zu Auslegung der Basiliken benutzt.

B. Im Occident. Als Justinian zur Regierung kam, war das weströmische Reich längst untergegangen (476) und namentlich Italien in den Händen der Ostgothen. Justinian suchte Italien wieder zu erobern, bekam es aber erst im Jahr 553 in ruhigen Besitz und führte dann sofort auch seine Gesetzgebung dort ein. Zwar verloren die byzantinischen Kaiser, nicht lange nach Justinian, Italien wieder; allein das justinianische Recht blieb doch immerfort gültiges Recht für die Italiener und für die ganze christliche Geistlichkeit, und so erhielten sich Justinians Rechtsbücher, besonders Kodex und Novellen bis auf einen gewissen Grad fortdauernd im Gebrauch. Als nun im 12. Jahrhundert in Oberitalien wissenschaftliches Studium wieder aufzuleben begann, bildete sich in Bologna im 12. bis in die Mitte des 13. Jahrhunderts eine Schule von angesehenen Rechtslehrern, den sog. Glossatoren, durch welche die nähere Bekanntschaft mit dem römischen Recht im größten Theil Europas vermittelt wurde. Gerade diese Vermittlung durch die Glossatoren hatte bestimmenden Einfluß auf Gegenstand und Ausdehnung der Reception des römischen Rechts in Deutschland (s. §. 11 Nr. V).

4. Reception und Geltung der römischen Quellen des Pandektenrechts.

§ 11.

(Arndts § 2.)

I. In der zweiten Hälfte des 15. Jahrhunderts war die Reception der justinianischen Rechtssammlungen in Deutschland, und zwar ihre Reception im Ganzen (in complexu), so weit sie von der Glosse anerkannt waren, eine ganz entschiedene Thatsache.

Auch in den folgenden Jahrhunderten erhob sich keine Stimme, welche behauptet hätte, daß diese Reception bloß auf einzelne Stücke der justinianischen Rechtsbücher oder auf einzelne Rechtstheile oder Rechtsinstitute sich beschränkt habe. Allerdings fand das Eindringen des römischen Rechts gerade in den Zeiten, in denen es sich als vollendete Thatsache praktisch recht geltend und fühlbar zu machen anfing, am Ende des 15. und im Anfang des 16. Jahrhunderts bei einzelnen Ständen entschiedenen Widerstand. Allein dieser Widerstand betraf nicht Einzelnes, erkannte nicht eine theilweise Geltung des römischen Rechts an, sondern widersetzte sich dem Eindringen des römischen Rechts überhaupt und wollte gar nichts von demselben wissen und überdies verstummte er bald völlig. (Vgl. Meine Schrift: Gemeines Recht Deutschlands, S. 180 f.) Erst in unsern Zeiten fingen einige Schriftsteller an, den durch das Gewohnheitsrecht von mehr als drei Jahrhunderten festgestellten, durch Reichsgesetze an-

erkannten und durch beinahe alle Territorialrechte sanktionirten Grundsatz der Geltung des römischen Rechts in complexu zu bestreiten, indem sie diese Reception bald bloß auf einzelne Rechtsinstitute, bald auf einzelne Rechtsdoktrinen, bald in anderer Weise beschränken wollten. Beobachtet man aber den Gang, welchen die Reception genommen hatte, unbefangen, so wird man sich von der Unhaltbarkeit dieser Ansichten überzeugen müssen.

Im Mittelalter herrschte die Idee, daß, wie der Papst das geistliche, so der Kaiser das weltliche Haupt der gesammten katholischen Christenheit sei. Dabei betrachtete man das Kaiserthum als eine Fortsetzung des occidentalisch-römischen Kaiserthums, somit die deutschen Kaiser als Nachfolger Justinians. Die Kaiser selbst gingen von dieser Auffassung aus und gefielen sich darin, auch in Gesetzen sich Nachfolger von Konstantin oder Theodosius oder Justinian zu nennen. Eine nothwendige Konsequenz hievon führte darauf, daß auch die Gesetzgebung dieser Kaiser als weltliches Recht der katholischen Christenheit und insbesondere als Recht des römisch-deutschen Kaiserreichs gelten müsse, und die mannigfachen Bezugnahmen auf römisches Recht, die wir in Deutschland vom 13. Jahrhundert an in vielen Urkunden finden (vgl. Stobbe, Gesch. d. deutschen Rechtsquellen I. S. 647 ff.) sind nicht bloß, wie Stobbe (l. c. S. 650) annimmt, Zeugnisse für die Bekanntschaft mit dem römischen Recht, sondern großentheils auch Zeugnisse für das Ansehen und die Geltung, welche man schon damals dem römischen Recht, das aber freilich erst sehr spärlich einzudringen begann, beilegte. In gleicher Weise faßten die Kaiser selbst und die Reichsstände das römische Recht auf. Sie behandelten Justinians Rechtsbücher als eine von den kaiserlichen Vorfahren im Reiche eingeführte Gesetzgebung, betrachteten daher ihre Geltung in Deutschland als selbstverständlich und brachten sie in diesem Sinn zur Anwendung. So bestimmt schon ein Reichsabschied von 1342, daß des Kaisers Hofgericht richten soll: „nach Kunig und Keisern, seiner Vorfarn an dem Römische riche gesetzen und ire geschriben Rechten", unter welchen Vorfahren und Rechten ohne Zweifel auch die römischen verstanden sind (vgl. Stobbe a. a. O. S. 613—624). — Noch unleugbarer spricht sich später diese Anerkennung des römischen Rechts als eines kaiserlichen in Deutschland geltenden Rechts in einem Reichsgesetze von 1495 aus. Die Reichsstände hatten auf dem Reichstage von 1495 beantragt, daß der Kaiser ein Gesetz über Gotteslästerung erlasse und dieselbe „ernstlich verbiete bei den Poenen der gemeinen geschriben Rechten" (R. A. v. 1495 §. 36. Neue Samml. d. Reichsabsch. II. 25); und nun verkündigte Kaiser Maximilian eine „königliche Satzung von den Gotteslästerern", in welcher er Justinians Novelle 77 ganz als geltendes Recht behandelt, und sich darauf beruft, daß „Weyland Kayser Justinianus vnser Vorfahr am Reich" bereits ein Gesetz gegen Gotteslästerung erlassen habe, dessen Inhalt er anführt und dann an die Bemerkung, daß „des ehgenannten Vnsres Vorfahren Satzung Ermahnung Gebot und Peen, jetzt leider in Vergessen und Verachtung, von vielen Menschen überfaren worden", seine jedoch etwas milderen Bestimmungen anknüpft. — Freilich war die Bekanntschaft mit dem römischen Recht in Deutschland lange Zeit und bis in das 15. Jahrhundert nur eine sehr vereinzelte und dürftige und deßhalb konnte es nur sehr wenig in das Rechtsleben wirklich eindringen. Als aber seine Kenntnis im Laufe des 15. Jahrhunderts durch die auf italiänischen und nun zum Theil auch auf deutschen Universitäten gebildeten deutschen Juristen allgemeiner wurde und man die Gerichte, namentlich die höheren, mehr und mehr mit Doctores iuris Romani besetzte, konnte der Idee der Fortsetzung des römischen Kaiserreichs und der in Folge davon sich von selbst verstehenden Geltung des römischen Rechts als eines kaiserlichen Rechts nun auch eine immer weiter gehende praktische Folge gegeben werden, und so wurde in der zweiten Hälfte des 15. Jahrhunderts die Reception der justinianischen Rechtsbücher auch in ihrer allgemeineren wirklichen Anwendung eine vollendete Thatsache und als solche auch in Reichsgesetzen vorausgesetzt und ausdrücklich anerkannt (s. z. B. Reichs Kam. G. G. v. 1495 §§ 3, 24; Reichs Notar. O. v. 1512 § 1 vgl. mit Tit. v. Testam. §§ 1, 2; R. A. v. 1532 Tit. 3

§ 9; P. G. O. Karl d. V. v. 1532 bes. Art. 104, 105; R. Pol. O. v. 1548 Tit. 31 § 1; die Kam. Ger. O. v. 1555 I. 13 § 1 I. 57 II. 29 § 2 II. 31 § 13 III. 53 § 9, 10 a. E. III. 54; Jüngster R. A. v. 1654 §§ 105, 122; R. Hofr. O. v. 1654 Tit. II. § 2 Tit. VII. §§ 21, 24). — Über die Bedeutung von gemeine Rechte und gemeine geschriebene oder kaiserliche Rechte in den Quellen jener Zeiten s. Meine Schrift: Gemeines Recht Deutschlands S. 28 und die dort Angeführten.

Allerdings war jene Auffassung des justinianischen Rechts und seiner Geltung als eines von einem Vorfahren der deutschen Kaiser ausgegangenen nicht der allein durchschlagende Grund seiner Reception. Die Reception des römischen Rechts wäre schwerlich in der Weise, wie es wirklich geschah erfolgt und durchgeführt worden, wenn nicht der damalige Zustand des deutschen Rechts (vgl. Stobbe S. 636 ff.), das dadurch bestimmte allgemeine Bedürfnis, die leichte Zugänglichkeit des römischen Rechts, seine Vollständigkeit, die beinahe keine Frage unbeantwortet ließ, seine innere Gediegenheit und die überwältigende Macht seiner Kultur wesentlich die Hand mit dazu geboten hätten. Allein sie wäre wohl schwerlich auch je erfolgt ohne jene Anknüpfung. Jene Auffassung des römischen Rechts als eines kaiserlichen war das die Reception vermittelnde juristische Moment, der formelle jeden Zweifel niederschlagende Grund, aus dem die Geltung des römischen Rechts sich als eine selbstverständliche ergab. Sie war neben der Überzeugung, daß das römische Recht hauptsächlich Entwicklung des wahren in den Lebensverhältnissen schon an sich liegenden Rechts enthalte, der wahre Kern des Gewohnheitsrechts, durch welches die Reception bewerkstelligt wurde; indem man von ihr ausging, fußte das Gewohnheitsrecht auf einer wahren opinio necessitatis.

Aus diesem Gange und besonders aus diesem Grunde der Reception des römischen Rechts ergiebt sich, daß sie sich nicht bloß auf einzelne Rechtsinstitute oder auf einzelne Theile der justinianischen Rechtsbücher erstrecken konnte. Faßte man einmal diese Rechtsbücher als eine von einem Vorfahren der deutschen Kaiser gültig ausgegangene Rechtsquelle auf, welcher hauptsächlich aus diesem Grunde Geltung im deutschen Reiche zukommen müsse, so verstand es sich von selbst, daß diese Geltung sich auf dieselben überhaupt erstrecken mußte, daß sie als ein von einem Vorfahren im Reiche ausgegangenes ius scriptum in ihrem ganzen Komplexe als geltend betrachtet wurden; nur durch ihre Subsidiarität, die sie im Verhältnis zum einheimischen (und zum kanonischen) Rechte hatten, konnte diese Geltung beschränkt werden. Es sind daher namentlich folgende Ansichten unrichtig:

1) Manche Neuere behaupten, daß nur diejenigen Institute des römischen Rechts gemeinrechtliche Geltung haben, deren Reception speciell nachgewiesen werden könne oder unzweifelhaft sei. Diese Ansicht, nach welcher sich die Reception in lauter einzelne für jedes Institut besonders nachzuweisende Gewohnheitsrechte auflösen würde, ist im entschiedensten Widerspruche mit der Thatsache der Reception, wie sie sich am Ende des Mittelalters gestaltet hatte. Es war nie die Rede davon, bloß einzelne Institute des römischen Rechts zu recipiren, und auch unter den deutschen Juristen des 16. und 17. Jahrhunderts, unter Praktikern wie Theoretikern, wird sich wohl kein Einziger nachweisen lassen, welcher behauptet hätte, daß die Reception nur auf einzelne römische Institute sich erstreckt hätte. Sie ging auf Justinians Rechtsbücher überhaupt.

2) Falck, (Jurist. Encyklop. § 90) giebt zwar zu, daß die Geltung des römischen Rechts seit Jahrhunderten allgemein anerkannt sei, wendet aber gegen diese Geltung ein, daß die justinianischen Rechtsbücher in Deutschland weder publicirt worden seien, noch ihrem ganzen Inhalt nach als Gewohnheitsrecht angesehen werden können; denn „der Gebrauch des römischen Rechts beruhe nicht auf Gewohnheiten des Volks, sondern bloß auf einer Observanz der Gerichte, die kein Recht bilde; vernünftiger Weise sollte daher das römische Recht nicht weiter gelten, als es in seinen einzelnen Sätzen aus innern

Gründen gerechtfertigt werden könne oder durch Volksgewohnheiten anerkannt sei". — Allein die Bedeutung der Kraft eines Gerichtsgebrauchs im Gegensatz zum Gewohnheitsrechte kommt hier gar nicht in Frage; denn die Reception des römischen Rechts beruhte nicht bloß auf einer Observanz der Gerichte, sondern auf einer allgemein verbreiteten opinio necessitatis, und in diesem Sinn unterwarfen ihr sich auch die einzelnen Stimmen, die sich im Volke gegen die Reception erhoben hatten. Der Mangel der Publikation der justinianischen Rechtsbücher in Deutschland aber ist etwas ganz Indifferentes. Freilich wollten auch Andere (z. B. Beseler, Deutsch. Privatr. § 9 u. Reyscher in d. Zeitschr. f. Deutsch. Recht XIX. S. 378) aus diesem Mangel herleiten, daß Justinians Rechtsbücher nicht als Gesetzbuch oder als geschriebenes Recht bei uns gelten können und Reyscher glaubt sogar, die Aufnahme des Corpus iuris als geschriebenes Recht sei „auf dem Wege des Gewohnheitsrechts ganz undenkbar". Diese Behauptungen aber können doch wohl nur auf einem Mißverständnisse beruhen. Unter ius scriptum verstanden die Römer ein Recht, das in der Form schriftlicher Aufzeichnung Geltung hat (Inst. 2, 1 de iur. nat. § 3 sq.); viele Neuere aber verstehen unter ius scriptum ein Recht, das vermöge einer vom Gesetzgeber ausgegangenen Promulgation gilt (Gesetze im engeren Sinn; in diesem Sinne würden z. B. die Edikte der römischen Magistratus nicht zum ius scriptum gehört haben, während die Römer sie zu ihrem ius scriptum zählten). Unzweifelhaft nun ist es, daß die Rechtsbücher Justinians für sein Reich in jenen beiden Beziehungen ein ius scriptum bildeten; aber ebenso unzweifelhaft ist es, daß auch das deutsche Gewohnheitsrecht sie in gleicher Weise als ein in Deutschland geltendes geschriebenes Recht auffaßte und praktisch behandelte, d. h. davon ausging, daß sie in der schriftlichen Abfassung gelten, in welcher sie durch Justinian Geltung erhielten (also als ius scriptum im römischen Sinn, und daß sie deßhalb gelten, weil sie von einem kaiserlichen, auch für das römische Reich deutscher Nation maßgebenden Gesetzgeber ausgingen (also als ius scriptum im Sinn mancher Neueren). Die letztere Auffassung beruhte freilich auf einem Irrthum und in Wirklichkeit gelten jene Rechtsbücher bei uns nicht als ius scriptum in diesem zweiten Sinn — d. h. als ein vom Gesetzgeber ausgegangenes Recht, sondern bloß vermöge des deutschen Gewohnheitsrechts; wohl aber gelten sie bei uns gerade kraft dieses Gewohnheitsrechtes als ius scriptum im ersteren Sinn, als ein schriftlich aufgezeichnetes Recht, welches lediglich in dieser Abfassung und in dem Sinne, den es in derselben ausspricht (der also durch Interpretation der litera scripta zu ermitteln ist) subsidiäre Geltung hat. — Eine ganz unrichtige Anwendung der Nothwendigkeit einer Publikation aber ist es, wenn es sich von der gewohnheitsrechtlichen Annahme eines fremden Rechtsbuches handelt. Es kann ja eben gerade durch das Gewohnheitsrecht der Mangel dieser Publikation ersetzt und dem Rechtsbuche als solchem Geltung gegeben werden, und so verhält es sich mit Justinians Rechtsbüchern. Das Gewohnheitsrecht erklärte sie in der Gestalt, in welcher sie von Justinian ausgingen, für geltende Rechtsbücher und deßhalb galten sie bei uns als ein durch Gewohnheitsrecht sanktionirtes ius scriptum, gerade wie vom kanonischen Recht nicht in Abrede gezogen wird, daß es bei uns vermöge der gewohnheitsrechtlichen Reception als geschriebenes Recht gelte.

3) Was Falck nur für das Wünschenswerthe erklärt, für das, was sein sollte (aber nicht ist), daß nämlich das römische Recht nicht weiter gelten sollte, als es in seinen einzelnen Sätzen aus inneren Gründen gerechtfertigt werden könne oder durch Volksgewohnheiten (im Einzelnen) anerkannt sei; scheinen Einige geradezu als das wirklich Geltende zu behaupten, indem sie dem römischen Recht, so weit nicht einzelne Institute desselben durch Gewohnheitsrecht besonders recipirt seien, gleichsam nur in so weit Geltung beilegen wollen, als es angemessen, wahrhaft universeller Natur und der Anerkennung würdig sei (vgl. z. B. Kierulff Theorie d. gem. Civilr. S. IX. ff., auch Reyscher Zeitschr. f. deutsch. R. IX. Nr. X.). Durch diese Ansicht würde die Geltung

des römischen Rechts in Deutschland als eines positiven Rechts geradezu negirt. Das positive Recht hat die Aufgabe, das sociale Leben zu beherrschen. Seine Berechtigung dazu kann es nur dadurch erlangen, daß es auf allgemeiner Anerkennung, sei es durch Gewohnheitsrecht oder durch Gesetz beruht, und zur Möglichkeit der Erfüllung seiner Aufgabe ist objektive Erkennbarkeit seines Inhalts nöthig. Sollte aber die Geltung eines positiven Rechts im Einzelnen lediglich von der Güte, Zweckmäßigkeit und Angemessenheit seines Inhalts abhängen, so würde dadurch seine objektive Erkennbarkeit völlig aufgehoben und die Geltung seines ganzen Inhalts lediglich vom subjektiven Ermessen des Richters, von dem, was er seiner Naturrechts- oder Zweckmäßigkeitsansicht nach für gut und angemessen hält, abhängig gemacht. Die Reception des römischen Rechts würde bei jener Ansicht nichts Anderes geheißen haben, als ein sog. Naturrecht und Das, was überhaupt unsern Verhältnissen am entsprechendsten sein möchte, für subsidiäres Recht zu erklären und in dieser Hinsicht die Berücksichtigung von Justinians Rechtsbüchern zu empfehlen. Daß ein solcher Gedanke bei der Reception des römischen Rechts irgend maßgebend war, davon findet sich in der Geschichte auch nicht die geringste Spur. Allerdings bildete die innere Gediegenheit des römischen Rechts ein wichtiges Moment bei seiner Reception, aber sie wirkte nur als Motiv zur Aufnahme des römischen Rechts überhaupt, keineswegs aber betrachtete man sie je als Bedingung der Geltung des einzelnen Inhalts. Dies ergiebt sich auch schon daraus, daß man dem römischen Rechte als einem von den Vorfahren der Kaiser ausgegangenen positiven Rechte Geltung beilegte und es sich somit ganz von selbst verstand, daß, wie die Geltung eines positiven Rechts überhaupt, so auch die dieses kaiserlichen Rechts nicht von der Güte oder Angemessenheit seines Inhalts abhängen konnte.

4) Nach Savigny (Syst. I. § 1. § 17 S. 69) soll die Reception des römischen Rechts sich bloß auf Privatrecht beschränkt und nicht auf die zum Staatsrecht gehörigen Bestimmungen desselben erstreckt haben. Im Gefühl daß dies zu weit ging, wollen manche seine Ansicht dahin interpretiren, Savigny habe bloß vom Staatsrecht im engeren Sinne, vom Staatsverfassungsrechte sprechen und nur von diesem die Reception in Abrede ziehen wollen. Allein diese Interpretation wird durch Savigny's eigene Erklärungen widerlegt. Er schließt das gesammte Staatsrecht im weiteren Sinn, das öffentliche Recht überhaupt, von der Reception aus, namentlich auch das Kriminalrecht, den Kriminalproceß und den Civilproceß (als Theile des Staatsrechts oder des öffentlichen Rechts Syst. I. 26, 27); ferner den Inhalt des römischen Rechts über die Theorie der Rechtsnormen, namentlich über Erfordernisse und Geltung des Gewohnheitsrechts (Syst. I. 165), über die personenrechtliche Stellung einzelner Stände (deßhalb erklärt er namentlich die sämmtlichen Privilegien der Soldaten, auch die auf das Privatrecht sich beziehenden, für nicht recipirt, Syst. III. 439), das Institut der Infamie (Syst. II. 225 § 83) u. s. w. — Allein diese Behauptung ist entschieden unrichtig, wie ich nachgewiesen zu haben glaube in meiner Ausführung im Archiv f. civ. Prax. XXIII. S. 434, der inzwischen auch Andere beitraten, z. B. Sartorius das. XXVII. S. 97 und in der Gießener Zeitschr. N. F. 1 S. 153. — Savigny giebt selbst zu, daß die Reception schon im Laufe des 15. Jahrhunderts anerkannt und fixirt war (Syst. I. S. 71). Diese Thatsache der Reception bezog sich aber auf die (glossirten) Rechtsbücher Justinians überhaupt; auch nicht eine Stimme behauptete, das römische Recht habe bloß für das Gebiet des reinen Privatrechts Geltung; man bezog seine Geltung namentlich auch auf Kriminalrecht, Kriminalproceß, Civilproceß, Theorie der Rechtsnormen ganz so wie auf das Privatrecht und auch in den späteren Jahrhunderten wurde diese Ausdehnung der Reception, namentlich auf Kriminalrecht und die Processe allgemein anerkannt und zum Überfluß auch noch in den Reichsgesetzen bestätigt und ebenso behandelten die Reichsgesetze sogar auch die Infamie als ein recipirtes Institut, wie schon die R. Not. O. v. 1512 § 2 und die Reichsschlüsse von 1668 u. 1731

(Saml. d. Reichsabsch. IV. 56, 379) beweisen. — Zwar ist vom römischen öffentlichen Recht sehr Vieles, und ist namentlich das römische Staatsverfassungsrecht mit seinen Konsequenzen bei uns unanwendbar, aber nicht weil das öffentliche Recht überhaupt von der Reception ausgeschlossen gewesen wäre, sondern aus dem unten (Nr. III.) angeführten Grunde. Gerade in Beziehung auf das öffentliche Recht zweifelte man zur Zeit der Reception und nachher so wenig an ihrer Erstreckung auf dasselbe, daß die deutschen Juristen des 15. und 16. Jahrhunderts und selbst noch viele spätere in einseitiger, allen nationalen Sinn verleugnender Hingabe an das römische Recht demselben gegen die Institute des einheimischen gemeinen Rechts in unverantwortlicher Weise Geltung geben wollten.

5) In einer ganz andern Weise wollte Berth. Delbrück den Kreis der Reception des römischen Rechts bestimmen. Er behauptet (Die dingliche Klage des deutschen Rechts. 1857. S. 88 f. S. 270), daß wir in Deutschland „nicht das römische Recht, wie es in den Quellen steht, sondern dasjenige Recht recipirt haben, welches in Italien neu entstanden war", d. h. wie es im Mittelalter die Wissenschaft und Praxis der Glossatoren und Postglossatoren auffaßte. Allerdings bildeten zur Zeit der Reception und noch lange nachher in Deutschland die Glosse und besonders die Postglossatoren, namentlich Bartolus und Baldus, in den Gerichten und bei den Bearbeitern der Wissenschaft eine ganz bedeutende wissenschaftliche Autorität, und diese italiänische Doktrin hatte mannigfachen Einfluß auf den Gang des Gewohnheitsrechts und der Praxis in Deutschland. Allein bei all diesem Ansehen verwechselte man doch niemals die wirklich geltende Quelle mit der Autorität, welche angesehenen Bearbeitern derselben oder einer beachtungswerthen Praxis zukommt. Der bloße italiänische Gerichtsgebrauch als solcher galt nicht als maßgebend in Deutschland; aber freilich wurde er oft als eine totius mundi consuetudo und daher auch als deutsches Gewohnheitsrecht aufgefaßt. Die Arbeiten der italiänischen Juristen wurden niemals in Deutschland als die wirkliche Rechtsquelle betrachtet, sondern nur als eine Fundgrube, in der man den wahren Sinn der wirklichen Rechtsquelle am besten entwickelt finde, die geltende Rechtsquelle aber waren nach der allgemeinen Auffassung lediglich Justinians Rechtsbücher. Jene Ansicht Delbrücks würde uns in trostloser Weise auf den Standpunkt des Mittelalters zurückwerfen. Zwar tröstet er damit, es komme „nur darauf an, den dort bereits historisch gegebenen Rechtsstoff aufzusuchen, und ihn, wiedergeboren im Licht der heutigen Wissenschaft, dogmatisch zu gestalten". Allein wenn wir unser positives Recht in der italiänischen Doktrin des Mittelalters zu suchen hätten, so könnte diese Wiedergeburt nicht in einer Reform jener Doktrin mit formeller Geltung bestehen, weil dazu die Wissenschaft nicht die Macht hat, und auch Delbrück scheint dieses nicht einmal zu wollen, indem er dabei geradezu sagt, es sei „heute gar nicht die Aufgabe, etwas Neues zu produciren".

II. Wenn je über die Frage, in welcher Weise die Geltung des römischen Rechts in Deutschland aufzufassen sei, ein Zweifel übrig bleiben könnte: so würde er beinahe für jede Provinz Deutschlands durch ihr Partikularrecht entschieden worden sein. Denn alle deutschen Partikularrechte, die vom 16. Jahrhundert an die Geltung des römischen Rechts berühren, behandeln sie ganz in der Weise, wie sie vorhin bestimmt wurde; sie erkennen durchaus das römische Recht als das geltende gemeine kaiserliche Recht an (s. die Zusammenstellung in meiner Schrift: Gemeines Recht Deutschlands S. 198 f.) — Allerdings gehen diese Partikularrechte davon aus, daß das römische Recht dem einheimischen Rechte, so weit ein solches sich gehörig gebildet hat, nachstehen müsse und also auch durch den Partikulargesetzgeber für die betreffende Provinz abgeändert werden könne. Allein dieses soll überhaupt durch den Satz, daß das römische Recht in complexu recipirt worden sei, nicht geleugnet werden (s. unten Nr. III.). Wie allgemein aber und durchaus die Geltung des römischen Rechts in complexu in Theorie und Praxis anerkannt war,

davon geben gerade jene Partikularrechte einen sprechenden Beweis; es ging sogar im 16. und 17. Jahrhundert die Rücksicht auf das römische Recht und sein Ansehen als eines kaiserlichen Rechts so weit, daß die Partikulargesetzgebungen häufig nur schwer dazu kamen, von demselben in ihren legislativen Bestimmungen abzuweichen und solche Abweichungen erst in ganz besonderer Weise begründen zu müssen glaubten. Vgl. z. B. Meine Vorrede zu den Vorarbeiten zum Württemberg. Landrechte vom 1. Juni 1610 (herausg. v. Faber u. Schloßberger, Stuttgart 1859) S. 22. Sichardus Praelect. in Cod. III. 22 ad cst. 3.

III. Die als Ganzes und im Ganzen bei uns recipirten und gemeines Recht bildenden justinianischen Rechtssammlungen haben bei uns nicht unbedingt, sondern bloß subsidiäre Geltung und stehen selbst dem kanonischen Rechte nach; ihr Inhalt kann nur zur Anwendung kommen, so weit kanonisches und einheimisches Recht Lücken haben. So weit daher für ein einzelnes Land seine Partikularrechte Bestimmungen enthalten, so weit ferner, was das Gebiet des gemeinen Rechts betrifft, Reichsgesetze etwas bestimmen oder gemeine deutsche Gewohnheitsrechte sich gebildet haben, ist zunächst deren Inhalt maßgebend; nur da, wo diese Lücken haben, ist das kanonische und nach ihm das römische Recht zur Anwendung zu bringen. Außerdem versteht es sich von selbst, daß diejenigen Bestimmungen des römischen Rechts bei uns unanwendbar sein müssen, welche lediglich auf Voraussetzungen beruhen, die bei uns weggefallen sind, namentlich also, welche sich auf Objekte beziehen, die bei uns sich gar nicht finden, oder wenigstens nicht in der Weise und in der Organisation bei uns bestehen, wie das römische Recht bei seinen Bestimmungen sie wesentlich voraussetzte. Auch verhielt sich der deutsche Volksgeist bei der Reception des römischen Rechts im Übrigen keineswegs bloß passiv gegen dasselbe; er bildete durch Gewohnheitsrecht Vieles vom römischen Rechte im deutschen Sinne völlig um und stieß Manches von demselben aus.

IV. In den älteren Zeiten faßte man nur zu häufig die Reception des römischen Rechts in complexu in einer ganz schiefen Weise auf. Man ging in der blinden Verehrung desselben nicht selten so weit, daß man es auch da zur Geltung bringen wollte, wo einheimisches Recht ihm entschieden entgegenstand; namentlich geschah dies auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts zur Verkümmerung des gerade auf diesem Gebiete weit freisinnigeren deutschen Rechts (vgl. Meine Schrift: Gemeines Recht Deutschlands S. 194). Auch gab man der Geltung des römischen Rechts in complexu eine falsche processualische Anwendung; man verlangte nicht selten von der Partie, welche eine Bestimmung des einheimischen Rechts für sich geltend machte oder die Anwendbarkeit des römischen Rechts bei einer Frage bestritt, einen förmlichen Beweis jener einheimischen Rechte oder der Unanwendbarkeit des betreffenden römischen Grundsatzes. Dies war freilich schief. Denn über die Frage, was geltendes Recht im Staate ist, hat der Richter nicht ein Beweisverfahren einzuleiten; es ist seine Sache, dieses Recht zu kennen und zu finden. Er hat, wenn es sich von der Anwendung römischen Rechts handelt, stets erst zu untersuchen und festzustellen, ob nicht besondere Gründe seiner Unanwendbarkeit (Nr. III.) vorliegen, und wenn er sich von solchen Gründen überzeugt, das römische Recht nicht zur Anwendung zu bringen; zu einer Beweisauflage kann es in diesem Falle nur kommen, wenn eine Partei auf ein ihr günstiges Gewohnheitsrecht sich beruft.

Liegen aber solche besondere Gründe der Unanwendbarkeit des römischen Rechts nicht klar vor: dann hat er im Zweifel das römische Recht, als das in complexu geltende gemeine Recht in Anwendung zu bringen; eines besonderen Nachweises, daß gerade die betreffende Bestimmung recipirt sei, bedarf es nicht. — Dies ist der richtige Sinn der Regel: wer eine Stelle des römischen Rechts für sich anführen könne, habe fundatam iniure intentionem für sich, welche stets von unsern Praktikern anerkannt wurde; sie heißt nur so viel: ein aus dem römischen Rechte nachgewiesener Rechtssatz ist als ein gemeinrechtlich geltender anzuerkennen, so fern nicht besondere Gründe seiner Unanwendbarkeit

(Nr. III.) sich nachweisen lassen (Vgl. Meine Schrift: Gemeines Recht Deutschlands S. 187 f.; Windscheid Pand. § 2.)

V. Man hielt in Deutschland nur diejenigen Quellen des römischen Rechts für geltendes kaiserliches Recht, welche den Glossatoren bekannt waren und von ihnen glossirt wurden. Sie kannten aber nur Justinians Digesten, Kodex, Institutionen und einen Theil seiner Novellen. Diese wurden daher allein recipirt und auch sie nur in so weit, als sie von den Glossatoren glossirt waren. Hieraus ergiebt und erklärt sich Folgendes.

1) Vom römischen Recht gilt bei uns nur der Inhalt der justinianischen Rechtssammlungen, also der Institutionen, Digesten, des Kodex und der Novellen, welche von den Glossatoren an zusammen durch Corpus iuris civilis bezeichnet werden. Wenn wir daher von dem bei uns geltenden Rechte sprechen, so meinen wir nur den Inhalt dieser Rechtssammlungen.

2) Es gilt daher bei uns von den römischen Rechtsquellen vor Justinian nur, was davon in Justinians Rechtsbücher aufgenommen ist.

Das Wenige, was außerdem von solchen Quellen und von den wissenschaftlichen Arbeiten der Juristen vor Justinian auf uns kam, sog. ius anteiustinianeum, gilt bei uns nicht, ist aber sehr wichtig für unsere Kenntnis der geschichtlichen Entwicklung des römischen Rechts und auch für Interpretation mancher Stellen des Corpus iuris. Zu diesem ius anteiustinianeum gehören namentlich: der größte Theil des theodosianischen Kodex (von welchem einzelne Theile im 16. Jahrhundert, die meisten übrigen erst in unserem Jahrhundert aufgefunden wurden), ferner ein kleines Schriftchen von Domitius Ulpianus (aufgefunden im 16. Jahrhundert — in Einem Manuskript — aber nicht ganz vollständig, gewöhnlich bezeichnet durch Ulpiani fragmenta oder Ulpiani liber regularum); ferner das im 16. Jahrhundert aufgefundene sog. Breviarium Alarici, ein Gesetzbuch des westgothischen Königs Alarich vom J. 506 für seine römischen Unterthanen, welches einen großen Theil des Theodos. Codex und die excerpirten sententiae von Jul. Paulus und eine westgothische Umarbeitung der Institutionen von Gajus enthielt. Ferner die (gleichfalls im 16. Jahrhundert aufgefundene) sog. Collatio legum Mos. et Rom. Sodann in unserem Jahrhundert aufgefunden die sog. Fragmenta Vaticana (Bruchstücke aus einer Sammlung von Stellen aus einigen klassischen römischen Juristen und von Konstitutionen einiger Kaiser); endlich die echten Institutionen von Gajus (aufgefunden im J. 1816 von Niebuhr und besonders für Rechtsgeschichte überaus wichtig).

3) Aus demselben Grunde gilt bei uns nicht das sog. ius postiustinianeum, d. h. Gesetze und Rechtssammlungen der byzantinischen Nachfolger Justinians.

Dahin gehören die Novellen des Kaiser Leo (welche mit Unrecht oft in Ausgaben des Corpus iuris abgedruckt sind); ferner die Basiliken. Es bilden aber diese Basiliken und besonders einzelne Scholien zu denselben, die großentheils aus Werken von Juristen, welche unter Justinian lebten, genommen sind, ein nicht

unwichtiges Hilfsmittel für Auslegung und Kritik des Textes mancher Stellen des Corpus iuris. Von Wichtigkeit namentlich für die Auslegung der justinianischen Institutionen ist auch noch die paraphrasis graeca institutionum von Theophilus, einem der Mitverfasser von Justinians Institutionen, welcher Professor in Konstantinopel und Mitglied von Justinians Staatsrath war. Diese Paraphrase ist wohl ein Kollegienheft über Justinians Institutionen, welches in den Vorlesungen, die Theophilus hielt, nachgeschrieben und im 16. Jahrhundert wieder aufgefunden wurde. Vgl. über diese Überbleibsel und ihre Ausgaben und Sammlungen: Vangerow Pand. § 2; Arndts Pand. § 15.

4) Es gelten bei uns nicht alle Stellen von Justinians Rechtsbüchern, sondern nur die von den Glossatoren glossirten, denn die Reception erstreckte sich nur auf diese, da man nur sie für geltendes Recht hielt.

Einzelnes fehlte den Glossatoren ganz, konnte also nicht von ihnen glossirt werden (ist erst später, im 16. Jahrhundert, restituirt). Einiges glossirten sie nicht, weil sie es für unpraktisch hielten. Diese nicht glossirten Stellen gelten daher bei uns nicht (quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia). In den Institutionen ist Alles glossirt; in den Digesten Alles, mit Ausnahme einiger kriminalrechtlichen Stellen (vgl. Arndts Pand. § 2 Anm 3, Lit. a.; Windscheid Pand. § 3 Anm. 5). Vom Kodex sind nicht glossirt ungefähr 200 griechische Konstitutionen, sog. leges restitutae (s. Arndts l. c. Lit. b.). Von den Novellen kamen nicht alle auf uns, und von denen, die auf uns kamen, sind viele nichtglossirt. Hierüber s. oben S. 45 f.

5) Die wissenschaftlichen Arbeiten der Glossatoren sind nicht recipirt, also namentlich nicht die Glosse. Deßhalb galten auch nicht die Auszüge, die sie im Kodex einschalteten und die wir als Authentiken bezeichnen (s. oben S. 43).

6) Dagegen gelten bei uns als Theile des Corpus iuris noch die 13 sogenannten Authenticae Fridericianae, Verordnungen der deutschen Kaiser Friedrich I. und Friedrich II., die von ihnen in Italien erlassen und auf ihr Verlangen von den Glossatoren in die Kodexmanuscripte aufgenommen und so bei uns recipirt wurden [1].

II. Die kanonischen Rechtsquellen.

§ 12.

(Arndts § 3. Windscheid § 5.)

Unter kanonischem Recht (ius canonicum [1]) versteht man den Inhalt der bei uns recipirten kanonischen Rechtssammlungen, welche zusammen das sog. Corpus iuris canonici bilden.

Man muß aber dieses kanonische Recht wohl unterscheiden vom Kirchenrecht, dem ius ecclesiasticum. Das letztere umfaßt nur die Rechtsnormen über kirchliche Verhältnisse, gleichviel aber, ob diese Normen durch

[1] Vgl. Arndts Pand. § 2 Anm. 4.

[1] Canones nannte man ursprünglich in der christlichen Kirche die Beschlüsse der

eine kirchliche oder weltliche Autorität festgesetzt wurden. Das kanonische Recht hingegen (so genannt von canon, d. h. Regel, und im bes. Sinn: durch eine geistliche Autorität festgesetzte Regel) begreift überhaupt Rechtsnormen, welche zunächst von einer geistlichen Autorität ausgehen, die sich aber keineswegs auf das Kirchenrecht beschränken. Namentlich enthält das Corpus iuris canonici sehr viele Normen über Proceß und auch Manches über Strafrecht und Privatrecht. Dies erklärt sich theils durch die Herrschaft, welche von Kirchenhäuptern über viele Gebiete geübt wurde, theils und besonders aber durch das Bestreben der Kirche, in alle Rechts- und Lebensverhältnisse, denen irgend eine Beziehung zur Religion und Sitte gegeben werden konnte, bestimmend einzugreifen.

Die kanonischen Sammlungen wurden in Deutschland aus der Hand der Glossatoren des kanonischen Rechts[2] im Mittelalter durch Gewohnheitsrecht recipirt und blieben als Theil des gemeinen Rechts nach der Reformation auch für die Protestanten, so weit sie nicht mit ihren Religionsgrundsätzen in Widerspruch stehen, gültig[3].

Die bei uns geltenden kanonischen Rechtssammlungen bestehen aus folgenden Stücken:

I. Das Decretum Gratiani, von seinem Verfasser Concordia discordantium canonum genannt, gewöhnlich aber nur durch Decretum oder Corpus Decretorum bezeichnet. (Decretum war die gebräuchliche Bezeichnung kirchlicher Entscheidungen.) Es ist ein aus den verschiedenartigsten Quellen, namentlich aus der Bibel, aus Konciliensschlüssen, echten und unechten päpstlichen Verordnungen, aus Justinians Rechtsbüchern und aus Kirchenvätern von einem Mönch Gratianus in Bologna gegen Ende der ersten Hälfte des 12. Jahrhunderts zusammengetragenes systematisches Recht, welches das bestehende Kirchenrecht in Sätzen des Verfassers (sog. Dicta Gratiani), belegt durch eine Masse von Beweisstellen aus den angegebenen Quellen (Canones, von Manchen auch Capitula genannt) darzustellen sucht. Das Werk wurde bald als Lehrbuch in Bologna gebraucht und ging in die Gerichte über. Von demselben haben aber nur die von Gratian aufgenommenen Beweisstellen und einige von den ältesten Glossatoren beigefügte (Paleae), nicht aber was Gratian als seine Ansicht ausführt (sog. Dicta Gratiani) Gültigkeit. Das Dekret zerfällt in 3 Theile. 1. Der erste Theil enthält 101 Abschnitte (Distinctiones); jedem Abschnitt geht eine kurze Einleitung voran, auf die dann die einzelnen Beweisstellen (Canones) folgen. Man citirt daher diese Beweisstellen durch Angabe der Zahl der Distinctio und des Canon, aber gewöhnlich in verkehrter Ordnung (z. B. c. 2 Dist. X, richtiger Dist. X can. 2). 2. Der zweite Theil enthält 36 fingirte Rechtsfälle (Causae); bei jedem derselben werden einzelne Rechtsfragen (Quaestiones), auf die es dabei ankommt, herausgehoben und diese in den einzelnen Beweisstellen (Canones) beantwortet; die Letzteren werden durch Angabe der Zahl der Causa, Quaestio und des Canon, aber wieder gewöhnlich in verkehrter Ordnung citirt (z. B. c. 1 C. 12 qu. 1, richtiger: Caus. 12 qu. 1 can. 1.). Bei der 33. Causa ist zu bemer-

allgemeinen Kirchenversammlungen über die Kirchendisciplin im Gegensatz zum Dogma; später auch die Dekrete der Päpste und danach dann ius canonicum alle in der Kirche entstandenen Rechtssätze, gleichviel ob sie sich auf die Kirche und ihre Verhältnisse oder auf weltliche Dinge bezogen.

[2] Diese nannte man Dekretisten im Gegensatz zu den Legisten, den Glossatoren des römischen Rechts.

[3] Übrigens sind die kanonischen Sammlungen für das Privatrecht nur in sehr wenigen Punkten von Belang.

ken, daß ihre dritte Quaestio in einem Tractatus de poenitentia besteht, dessen Canones in 7 Distinctiones abgetheilt sind; diese citirt man daher so: can. 1 dist. 2 de poenit., genauer und in richtigerer Ordnung: Caus. 33 qu. 3 de poenit. dist. 2 can. 1. 3. Der dritte Theil zerfällt in 5 Distinctiones; zur Unterscheidung vom ersten Theil setzt man hier bei Citaten die Worte de consecratione (von welcher die erste Distinctio handelt) bei.

II. Eine Sammlung päpstlicher Verordnungen, welche Gregor IX. theils aus den Dekretalen seiner Vorgänger, theils aus seinen eigenen zusammentragen und im Jahre 1234 unter dem Titel Decretalium Gregorii Papae IX. compilatio publiciren ließ. Bei Citaten bezeichnet man sie durch X (Extra, d. h. extra decretum Gratiani). Sie zerfällt in 5 Bücher, jedes Buch in rubricirte Titel, in welche die einzelnen Dekretalen (Capita) eingereiht sind. Die einzelnen Stellen werden gewöhnlich in verkehrter Ordnung und ohne Angabe der Zahl des Buches und des Titels citirt, z. B. Cap. 6 X de probat.; genauer und richtiger mit Angabe dieser Zahlen und in folgender Ordnung: X de probat. 2, 19 cap. 6.

III. Eine Sammlung päpstlicher Verordnungen, ebenfalls in 5 Bücher und diese in Titel und Kapitel abgetheilt, welche Bonifacius VIII. im J. 1298 publiciren ließ. Sie sollte als Ergänzung und Anhang zu den Dekretalen Gregor IX. gelten; deßhalb gab er ihr den Titel Liber sextus decretalium Bonifacii Papae VIII., und so wird sie auch stets als Liber sextus citirt, indem man sie bei Citaten bezeichnet durch: in 6to oder in VI^{to} (in sexto), z. B. in 6to de litis contest. 2, 3 cap. 2 oder gewöhnlich verkehrt und ohne Angabe der Zahl des Buches und Titels: c. 2 in 6to de lit. contest.; Manche bezeichnen die Sammlung auch durch X in 6to (extra decretum, in sexto).

IV. Eine Sammlung von Dekretalen Papst Clemens V. in 5 Büchern, die er im Jahre 1313 unter dem Titel Clementis Papae V. constitutiones publicirte. Gewöhnlich nennt man die ganze Sammlung, häufig auch die einzelnen Kapitel, Clementinae, und citirt sie daher bald so: Cap. 1 de verb. sign. in Clem. (in Clementinis), bald so: Clem. 1 de verb. sign., besser so: Clem. de verb. sign. 5, 11 cap. 1.

Mit diesen 4 Sammlungen schließt sich das Corpus iuris canonici, so weit es bei uns recipirt ist (sog. Corp. iur. can. clausum). Andere in diese Sammlungen nicht aufgenommene Dekretalen, Extravagantes (quae extra corpus iuris canonici vagantur), haben keine Geltung bei uns. Zwar wurden zwei Privatsammlungen solcher Extravaganten seit dem Anfange des 16. Jahrhunderts in die Ausgaben des Corpus iur. can. aufgenommen, die sog. Extravagantes Ioannis XXII. (Dekretalen Papst Johannes XXII. von 1316—1324) und die sog. Extravag. communes (eine Sammlung von Dekretalen späterer Päpste bis Sixtus IV.); allein diese Sammlungen sind bei uns nicht recipirt worden. Eichhorn Kirchenr. I S. 349 ff.

Zu den Quellen des gemeinen Rechts, jedoch bloß für Katholiken, gehören auch noch die Beschlüsse des Concilium Tridentinum (1545—63, in XXV Sessiones geordnet); die in denselben enthaltenen Disciplinarverordnungen (namentlich über Ehe) gelten aber auch nicht unbedingt für Katholiken, sondern nur da, wo sie besonders promulgirt wurden, vgl. Uehlein im Arch. f. civ. Prax. XIII S. 127 ff.

Über die Ausgaben des Corpus iuris canonici s. Arndts § 3. Anm. 3.

III. Deutsche Quellen des Pandektenrechts.

§ 13.

(Arndts § 4.)

Sie bestehen in Gesetzen des ehemaligen deutschen Reichs und in gemeinen deutschen Gewohnheitsrechten. Allein die ersteren sind für das Privatrecht höchst dürftig und nur für wenige Institute des Pandektenrechts von Bedeutung.

Namentlich gehört dahin die Reichsnotariatsordnung von 1512 (besonders in Beziehung auf Testamente); ferner die Reichspolizeiordnungen von 1530 und 1548 und die neueste an ihre Stelle getretene von 1577; ferner der sog. Jüngste Reichsabschied (recessus imperii novissimus) von 1654. — Die beste Sammlung aller Reichsgesetze ist die Sammlung der deutschen Reichsabschiede sammt den wichtigsten Reichsschlüssen. Frankf. 1747. 4 Bde. Fol. (Vgl. Stobbe Gesch. d. deutschen Rechtsquellen I S. 459.)

Weit bedeutender sind die gemeinen deutschen Gewohnheitsrechte, durch welche das römische Recht in seiner Anwendung bei uns vielfach modificirt und umgebildet wurde.

Außer diesen Quellen sind aber auch im Pandektenrecht noch die Gesetze des jetzigen deutschen Reichs (s. § 5 a. E. vgl. § 7 a. E.) zu beachten, so weit sie in eine Lehre des Pandektenrechts eingreifen [1].

B. Das Verhältnis der verschiedenen Quellen im Ganzen zu einander.

§ 14.

Dies Verhältnis bestimmt sich nach folgenden Grundsätzen. Im ehemaligen deutschen Reiche wurde das gemeine deutsche Recht auf dem Gebiete des Privatrechts nur als subsidiäres Recht aufgefaßt, d. h. es stand in den einzelnen Bezirken stets dem Partikularrechte des Bezirkes nach (vgl. § 4. § 5 Nr. I. § 11 II u. III). Es hat daher auch jetzt in den Staaten, in denen das ehemalige gemeine Recht und namentlich das Pandektenrecht noch gilt, der Richter zunächst nach dem Partikularrecht seines Staats zu entscheiden und nur da, wo dieses Lücken hat, das ehemalige gemeine Recht zur Anwendung zu bringen [1].

---

[1] Z. B. in der Lehre von den Zinsen und von den juristischen Personen.

[1] Aber die Partikularrechte sind sehr lückenhaft, daher bildet den zur Anwendung kommenden Hauptstoff das gemeine Recht.

Dagegen gelten die Gesetze des jetzigen deutschen Reichs absolut in jedem deutschen Staate, gehen also allen Partikularrechten vor (vgl. § 7 a. E.).

Was aber das Geltungsverhältnis der einzelnen Quellen des Pandektenrechts (§ 9—13) zu einander betrifft, so gehen

1. die einheimischen, die deutschen gemeinrechtlichen Quellen (§ 13) den recipirten, dem römischen und kanonischen Rechte vor. Diese recipirten gelten daher nur bei Lücken der deutschen Quellen (der Reichsgesetze und der gemeinen deutschen Gewohnheitsrechte).

2. Die kanonischen Rechtssammlungen gehen den römischen vor.

Daß unser einheimisches gemeines Recht den Bestimmungen des kanonischen Rechts vorgeht, ist unbestritten. Ebenso daß das kanonische Recht bei den Bekennern einer andern im Staate anerkannten oder geduldeten Religion als der katholischen in so weit unanwendbar ist, als es mit ihren religiösen Grundsätzen und ihrer Kirchenverfassung im Widerspruche steht. Dagegen waren früher die Ansichten über sein Verhältnis zum römischen Recht verschieden (vgl. Glück Pand. I § 77), glichen sich aber später mehr und mehr aus. Denn jetzt ist es mit Recht die herrschende Ansicht, daß die Bestimmungen des kanonischen Rechts denen des römischen Rechts bei Widersprüchen vorgehen. Nur wird man nicht immer der Weise beistimmen können, auf welche diese Ansicht begründet wird. So wird sie z. B. von Savigny (Syst. I 267 § 42) und von Sintenis (Civilrecht I 52 § 4) darauf gestützt, daß man in Bologna das kanonische Recht als das neuere, dem römischen vorgehende aufgefaßt und in diesem Sinne recipirt habe, diese Auffassung aber für uns maßgebend sei, weil die Reception des kanonischen Rechts in demselben Sinne, den man in Bologna mit ihr verbunden habe, auch bei uns geschehen sei, so wie man ja auch das Ganze des römischen Quellenkanons von dort empfangen habe. — Allein nur in dem letzteren Punkte, in der Bestimmung des geltenden römischen Quellenkanons, wurden für uns Gebrauch und Ansichten der Glossatoren maßgebend, weil unser Gewohnheitsrecht nur in so weit den römischen Quellen Geltung beilegte, als sie den Glossatoren bekannt und von ihnen anerkannt und glossirt waren. In allen anderen Beziehungen aber wurde den Auffassungen der Glossatoren nie eine formelle Geltung beigelegt, also auch ihre Auffassung des Verhältnisses beider Rechte, des römischen und kanonischen zu einander, nicht als maßgebend betrachtet, wie man auch ihre Ansichten über das Verhältnis der einzelnen Theile der justinianischen Quellen zu einander niemals für maßgebend hielt.

Von Manchen wurde aus dem Grunde, weil das römische und kanonische Recht in Deutschland gleichzeitig recipirt worden sei, behauptet, daß beide Rechte bei uns eigentlich gleiche Geltung haben und an sich keines dem andern vorgehe. Dieser Ansicht ist selbst Mühlenbruch (Pand. § 70) und auch Puchta (Vorles. I § 5 Nr. 1) scheint das Gleiche anzunehmen; denn, sagt er, für Deutschland sei das kanonische Recht nicht jünger, als das römische. Allein die Gleichzeitigkeit der Reception kann nicht entscheiden. Nach ihr müßte man auch behaupten, daß die Novellen Justinians seinen früheren Rechtssammlungen nicht vorgehen und die älteren Novellen den jüngeren gleichstehen, weil die Reception des gesammten justinianischen Rechts eine gleichzeitige war. Es ist vielmehr hier ein anderer Grundsatz maßgebend. Man recipirte jedes der beiden Rechte, das römische und kanonische in seinem Sinne, also das kanonische Recht in dem Sinne, in welchem es sein Verhältnis zum römischen Recht auffaßte und in seinen Bestimmungen geltend machte. Dieser Sinn geht aber unzweifelhaft dahin, daß

es sich den Vorrang vor dem römischen Recht beilegte, wie schon der Umstand beweist, daß es ausdrücklich bei einzelnen Instituten die Bestimmungen des römischen Rechts verwirft und andere an ihre Stelle setzt.

Hieraus ergiebt sich auch, daß es unrichtig ist, wenn früher Viele, z. B. Lauterbach (Coll. Pand. Prol. § IX) und Hellfeld (Iurispr. for. § 81) und selbst Hofacker (Principia iur. civ. § 53) dem römischen Recht in der Regel und nur mit Ausnahme der Kirchen-, Ehe-, Gewissens- und Eidessachen und des Processes den Vorrang geben wollten.

Eben so wenig wird es sich rechtfertigen lassen, wenn Andere, z. B. J. H. Boehmer (Ius eccl. Prol. III, 17 § 6), Sintenis (a. a. O.) dem römischen Recht den Vorrang wenigstens dann geben wollen, wenn das kanonische Recht aus einem Mißverständnis des römischen etwas demselben Widersprechendes festgesetzt habe. Diese Behauptung beruht, ganz abgesehen davon, daß sich gar nicht ermitteln läßt, ob das kanonische Recht in solchen Fällen die gleiche Entscheidung auch dann gegeben hätte, wenn von ihm das römische Recht richtig aufgefaßt worden wäre, auf einer unrichtigen Auffassung der Geltung eines positiven Rechts. Das kanonische Recht gilt in Folge der Reception als ein Bestandtheil unseres positiven Rechts. Die Geltung eines positiven Rechts aber hängt nicht von dem Gehalt und der Richtigkeit seiner Motive ab.

Von selbst verstehtes sich aber, daß dem römischen Recht der Vorrang vor dem kanonischen dann zu geben ist, wenn bei einzelnen Fragen oder Instituten durch eine einheimische Rechtsquelle (Gesetz oder Gewohnheitsrecht) dem römischen Recht der Vorzug gegeben wird, wie z. B. bei der Frage über Zulässigkeit der Zinsen und die Entstehungsgründe der Zinsverbindlichkeit. Nur darf man nicht, wie es gewöhnlich geschieht, dem bloßen Gerichtsgebrauche die gleiche Macht zuschreiben; er kann in gültiger Weise einer Bestimmung des römischen Rechts vor der des kanonischen nur dann den Vorrang geben, wenn er die Erfordernisse eines wirklichen Gewohnheitsrechts an sich trägt. Vgl. § 23.

Bei einem Widerspruch der kanonischen Sammlungen unter sich geht die jüngere der älteren Sammlung vor.

3) Erst bei Lücken der unter Nr. 1 und 2 angeführten Quellen[2] kommt das römische Recht zur Anwendung. Dieses römische Recht, d. h. Justinians Rechtsbücher, so weit sie glossirt sind, wurden, wie man es gewöhnlich ausdrückt, in complexu recipirt, d. h. im Ganzen und als Ganzes[3]. Nur darf man dem Satze, daß Justinians Rechtsbücher in complexu recipirt worden, nicht eine falsche Deutung und Anwendung geben. Er heißt (im richtigen Sinn) nur so viel: aus der Reception im Ganzen folgt, daß, wenn es sich von der Anwendung einzelner Stellen derselben handelt, nicht erst nachzuweisen ist, daß diese besonders recipirt worden seien, sondern jede ist als geltend zu behandeln, wenn und so weit nicht besondere Gründe nachweisbar sind, aus denen sich ihre Unanwendbarkeit ergiebt[4]. Denn

[2] Dies ist meist der Fall.

[3] Das Ganze wurde in Deutschland als kaiserliches Recht behandelt und aufgefaßt.

[4] Vgl. Meine Schrift: Gemeines Recht Deutschlands S. 186 f., S. 196 f. und nach ihr Vangerow Pand. § 5, Windscheid Pand. § 2.

allerdings ist Vieles vom römischen Recht bei uns unanwendbar[5], nämlich a. diejenigen Bestimmungen des justinianischen Rechts, mit welchen der Inhalt der unter Nr. 1 und 2 angeführten Quellen im Widerspruch steht.

Aus diesem Grunde sind z. B. bei uns unanwendbar die römischen Bestimmungen über Unklagbarkeit der bloßen pacta; die Unterschiede zwischen actiones oder negotia stricti iuris und bonae fidei, über actiones famosae, die freiere Stellung, die der Minderjährige im römischen Recht hat, die römischen Bestimmungen über capitis diminutiones.

b. Ferner sind diejenigen Bestimmungen des römischen Rechts bei uns unanwendbar, welche sich auf ein Objekt beziehen, das bei uns gar nicht mehr vorhanden ist, oder das wenigstens nicht in der Art und Weise bei uns sich findet, wie sie vom römischen Rechte bei seiner Bestimmung wesentlich vorausgesetzt war.

Aus diesem Grunde sind z. B. unanwendbar die Bestimmungen des römischen Rechts über Sklaven, Freigelassene, Patrone, Dekurionen, primipili, über verkäufliche militiae, über personae illustres, über argentarii; ferner Alles, was die besondere Natur der römischen stipulatio betrifft.

Übrigens ist bei diesen Punkten zu beachten, daß in den Stellen des Corpus iuris, die von einem solchen bei uns unpraktischen Institute handeln, häufig auch manche Grundsätze mit entwickelt werden, die nicht durch die besondere Natur dieses Institutes bestimmt sind; so z. B. werden bei den Stipulationen auch Grundsätze über Verträge überhaupt, über Bedingungen bei Verträgen u. dgl. berührt, die nicht durch die besondere Natur der Stipulationen (als negotia stricti iuris) bestimmt werden, sondern durch ihre Vertragsnatur überhaupt. Solche Bestimmungen gehören dann natürlich auch bei uns zu den bei Verträgen überhaupt anwendbaren.

Über das Verhältnis, in welchem die römischen Quellen des Pandektenrechts unter sich stehen und bei uns anzuwenden sind, s. unten § 24.

---

[5] Der Richter hat daher, ehe er einen Satz des justinianischen Rechts anwendet, stets zu prüfen, ob nicht besondere juristische Gründe vorliegen, aus denen sich seine Unanwendbarkeit ergiebt, und wenn solche Gründe nachweisbar sind, ihn nicht anzuwenden.

Drittes Kapitel. Litteratur des Pandektenrechts.

I. Die Entwicklungsperioden der civilistischen Litteratur* überhaupt.

§ 15.

A Die Zeit der Glossatoren des römischen Rechts. (Vgl. Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, Bd. II. § 266 und besonders Savigny, Gesch. d. röm. Rechts im Mittelalter Bd. III.—V. 2. Ausg. 1834—1851.) Im Anfang des 12. Jahrhunderts bildete sich nach der langen wissenschaftlichen Nacht, welche damals auf dem größten Theile von Europa lag, allmählich in Bologna eine Rechtsschule, die sich mit aller Kraft auf das Studium und die Lehre des justinianisch-römischen Rechts warf und weit über die Grenzen Oberitaliens hinaus zum größten Ansehen gelangte und die Kenntnis des römischen Rechts überallhin vermittelte. Die Lehrer des römischen Rechts auf dieser Schule in Bologna vom 12. bis in die Mitte des 13. Jahrhunderts heißen die Glossatoren des römischen Rechts. Die bedeutendsten unter ihnen waren wohl: Irnerius oder Guarnerius, ein Philolog, welcher durch seine philologischen Studien auf das römische Recht kam († um 1140); Martinus († 1165) und sein Kollege und Gegner Bulgarus († um 1166), und ein Schüler des letztern: Johannes Bassianus († 1197); ferner Jakobus († 1178); Azo († 1230); Hugolinus († um 1234) und Accursius, welcher um das Jahr 1260 starb.

Die Vorlesungen der Glossatoren schlossen sich ganz unmittelbar an die Quellen an in Form, Ordnung und Gedankenfolge; sie waren exegetische, d. h. die Glossatoren lasen unmittelbar über Justinians Rechtsbücher und erklärten Stelle für Stelle. Dabei gaben sie in ihren schriftstellerischen Arbeiten kurze dogmatische Darstellungen des römischen Rechts nach der Ordnung eines der justinianischen Rechtsbücher (sog. Legalordnung), besonders nach der Ordnung der Institutionen und des Kodex (sog. summae) ferner kurze

---

* Unter civilistischer Litteratur versteht man theils die Litteratur über das römische Privatrecht überhaupt, also namentlich die über reines römisches Recht, theils die Litteratur über unser Pandektenrecht; also über das deutsche Privatrecht auf römischer Grundlage, wie es früher als gemeines Recht in Deutschland gegolten hatte und noch in vielen Gebieten Deutschlands als subsidiäres Landesrecht gilt.

Bei der wissenschaftlichen Behandlung des positiven Rechts sind zwei Methoden zu unterscheiden, die exegetische und die dogmatische. Die erstere entwickelt das Recht in unmittelbarem Anschluß an die Quellen in der Art, daß die einzelnen Quellen Stelle für Stelle interpretirt und so der Inhalt des Rechts entwickelt und erklärt wird, während die dogmatische Methode das Recht, wie es in den Quellen enthalten ist, in freier, nicht an einzelnen Quellenstellen gebundener systematischer Darstellung entwickelt.

Was hier zu geben ist, zerfällt in zwei größere Abschnitte, eine Übersicht über die Entwicklung der civilistischen Litteratur überhaupt und eine Übersicht über die einzelnen wichtigeren allgemeineren Werke über römisches Recht und insbesondere über Pandektenrecht. Denn die Litteratur über einzelne Lehren und Fragen ist bei diesen im System des Pandektenrechts zu geben.

Nach Geist, vorherrschender Richtung und Wirksamkeit haben wir 5 Perioden zu unterscheiden.

Bearbeitungen einzelner Rechtslehren, namentlich des Processes, und Erörterungen über einzelne Rechtsfälle (casus) oder einzelne Rechtsfragen oder Kontroversen (quaestiones). Ihre Hauptthätigkeit aber war Exegese und ihre wichtigste Arbeit die sog. Glosse, d. h. kurze exegetische, mitunter auch kritische Anmerkungen zu den einzelnen Stellen des Corpus iuris, die sie in ihren Manuskripten des Corpus iuris dem Texte beischrieben und welche dann mit dem Texte auf dem Rand desselben abgeschrieben und verbreitet wurden. Besonders wichtig ist die Accursius'sche Glosse, die glossa ordinaria, die sich in den meisten Manuskripten des Corpus iuris findet und in den Ausgaben desselben, die bis in den Anfang des 16. Jahrhunderts gedruckt wurden. Accursius nämlich machte eine gedrängte Zusammenstellung der wichtigsten Glossen seiner Vorgänger und der von ihm selbst herrührenden und bildete so einen kurzen fortlaufenden Kommentar zu den einzelnen Stellen des Corpus iuris. Durch diese Arbeit, welche er 1220 begann, wurden die zerstreuten Glossen seiner Vorgänger bald ganz verdrängt und sie genoß bis ins 16. Jahrhundert das größte Ansehen, sogar so, daß die Juristen des 15. und 16. Jahrhunderts sie mehr beachteten als das Gesetz selbst. Die Glossatoren hatten allerdings nur sehr dürftige philologische Kenntnisse (»graeca sunt, non leguntur«); sie standen in der klassischen Bildung noch im Knabenalter; in der Geschichte, namentlich der Rechtsgeschichte, waren sie wenig bewandert; deßhalb finden sich viele Geschmacklosigkeiten in ihren Arbeiten und manche grobe Verstöße. Dagegen zeichneten sie sich aus durch Klarheit, Einfachheit, Vermeidung alles Schwulstes, gesunden Verstand und Scharfsinn und ungemeinen Fleiß und durch die gründlichste Bekanntschaft mit Justinians Rechtsbüchern. Sie versuchten sich mit der größten Ausdauer in der Auslegung des Corpus iuris, waren in demselben ganz zu Hause und wußten besonders treffend eine Stelle durch Herbeiziehung von sog. Parallelstellen zu erklären und man dankt ihren verschiedenen Auslegungsversuchen manches Gelungene. Ihrem großen Ansehen als Lehrer verdankt das römische Recht seine Ausdehnung über den größten Theil von Europa und auf ihren exegetischen Arbeiten fußten lange Zeit die Arbeiten der folgenden Jahrhunderte (Savigny a. a. O. V. S. 230 f.). Ihre einzelnen Abhandlungen über die Kontroversen, welche unter ihnen herrschten, gab sehr gut heraus: G. Hänel (Dissensiones dominorum. Lips 1834); s. Arndts § 16 Anm.

Für die Bezeichnung der einzelnen Theile des Corpus iuris zu ihrer Zeit und noch in der folgenden Periode ist die Weise zu beachten, wie sie das Corpus iuris eintheilten. Ihre Manuskripte des Corpus iuris zerfielen nämlich in 5 Bände; Bd. I.—III. enthielt die Pandekten, und zwar unter folgenden Namen: Digestum vetus (lib. 1—24 tit. 2); Digestum infortiatum (lib. 24 tit. 3—lib. 38), Digestum novum (lib. 39—50); der IV. Band enthielt die 9 ersten Bücher des codex; der V. Band (Volumen oder Volumen parvum): Institutionen, Novellen (authenticae) und tres libri, d. h. lib. 10—12 des codex.

B. Die Zeit der Postglossatoren (bis zum Ende des 15. Jahrhunderts). Die Glossatorenschule schließt mit Accursius. Sein tüchtiger Zeitgenosse Odofredus († 1265), von welchem wir noch umfangreiche Vorlesungen über Pandekten und Kodex haben, bildet schon den Übergang zu den sog. Postglossatoren. Die Einfachheit und Quellenmäßigkeit, womit die Glossatoren gearbeitet hatten, verlor sich allmählich. Es begann eine schwülstige, scholastische, geschmacklose Behandlung des römischen Rechts, die bis in das 16. Jahrhundert herrschte, die Zeit der Postglossatoren oder scribentes oder Scholastiker, oder Bartolisten. Die Form der wissenschaftlichen Behandlung des Rechts blieb zwar exegetisch; man erklärte in den Vorlesungen Stelle für Stelle des Corpus iuris, verband aber nun mit der Auslegung der einzelnen Titel häufig eine Entwicklung der ganzen Lehre, jedoch meist mit einem hohlen leeren Formalismus, einer Menge Distinktionen, Divisionen, Subdivisionen, wobei man vergaß, an die geschichtliche Entwicklung und an rationelles Begreifen des Rechts in seinem wahren Sinn zu denken, sondern das römische Recht ganz äußerlich buchstabenmäßig

auffaßte. Dabei legte man ein ganz ungeeignetes Gewicht auf Autoritäten und Meinungen der Juristen ohne gehörige Prüfung und namentlich auf die Glosse, die man vielfach über das Gesetz stellte, wodurch denn manche Irrthümer der Glossatoren auf lange Zeit festgehalten wurden. Dagegen zeichneten sich diese Postglossatoren dadurch aus, daß sie die Anwendung des römischen Rechts mit den modernen Verhältnissen zu vermitteln suchten und dies mit vielem praktischen Takt, wodurch sie namentlich großen Einfluß auf die Praxis ihrer und der späteren Zeit bekamen Die angesehensten dieser Postglossatoren, die meist auf den Universitäten von Oberitalien lebten und deren Vorlesungen und Schriften vielfach durch Abschriften verbreitet und vom 16. Jahrhundert an auch großentheils gedruckt wurden, waren außer Odofredus namentlich Wilh. Durantis († 1296), ferner Cinus († 1334), Bartolus de Sassoferrato (1314—1357) und sein Schüler Baldus de Ubaldis (1327—1400); Paulus Castrensis († 1441).

C. Das 16. Jahrhundert bis Mitte des 17. In dieser Zeit machten die Wissenschaften überhaupt in Europa den größten Fortschritt durch den Einfluß der humanistischen Studien, indem allmählich die Bekanntschaft mit griechischen und römischen Klassikern sich verbreitete. Auch in der Behandlung des Rechts machten sich nun gründlichere philologische und historische Kenntnisse und die sich verbreitende Bildung geltend und ein geläuterterer wissenschaftlicher Sinn wendete sich wieder unmittelbar den Quellen zu. Diese Richtung wurde sehr gefördert durch aufgefundene wichtige Hilfsmittel zur Kenntnis der Geschichte des römischen Rechts. Namentlich wurden im 16. Jahrhundert aufgefunden und gedruckt die für Kenntnis der römischen Rechtsgeschichte sehr wichtigen Fragmenta Ulpiani (liber regularum), ferner im sog. Breviarium Alarici ein Rechtsbuch des Westgothenkönigs Alarich für seine römischen Unterthanen vom Jahre 506; die excerpirten Receptae sententiae von Paulus; ferner eine westgothische Umarbeitung der Institutionen von Gajus und ein großer Theil des Theodosianus codex. Auch wurde das für Auslegung der Institutionen wichtige Kollegienheft, die Paraphrasis graeca institutionum von Theophilus, eines der Mitabfasser der Institutionen Justinians, aufgefunden; außerdem auch viele Stücke von den Basiliken. Es begann nun eine Periode, die bis in die Mitte des 17. Jahrhunderts sich erstreckt, in welcher die tüchtigsten Exegeten des römischen Rechts thätig waren. Die Hauptrichtung blieb immer noch die exegetische (d. h. die Darstellung im unmittelbaren Anschluß an die Quellen in der Art, daß die einzelnen Stellen derselben interpretirt und so der Inhalt des Rechts entwickelt und erklärt wurde). Dabei wurden aber auch einige Systeme des Civilrechts in freier dogmatischer Darstellung (d. h in systematischer, nicht an den Gang der Quellen gebundener Entwicklung) geschrieben, indeß meist nach der sog. Legalordnung, d. h. die ausführlicheren Systeme nach der schlechten Ordnung von Justinians Digesten, dogmatische commentarii secundum ordinem Digestorum, und die für Anfänger bestimmten nach der bessern Ordnung der justinianischen Institutionen.

Am tüchtigsten wirkten in dieser Zeit die französischen Civilisten, namentlich Franc. Connanus, welcher im 16. Jahrhundert das erste Pandektensystem schrieb (und zwar in der in unsrer Zeit herrschenden Anordnung der Haupttheile); Duarenus († 1559), Contius (Le Cointe † 1577), Brissonius, geb. 1531, (Präsident des höchsten Gerichts in Paris, 1581 in einem Aufruhr von den Aufrührern hingerichtet); Dionysius Gothofredus (Godefroi † 1622) und sein weit ausgezeichneterer Sohn Jakobus Gothofredus († 1652), Anton Faber († 1624), Janus a Costa (de la Coste † 1637), Merillius († 1647) und ganz besonders Jakobus Cujacius (Cujas), einer der ersten Exegeten des römischen Rechts, der mit den tüchtigsten historischen und philologischen Kenntnissen ausgestattet beinahe alle Stellen des Corpus iuris theils in seinen Schriften, theils in Vorlesungen exegetisch behandelte (1522—1590) und sein ebenbürtiger Gegner Hugo Donellus (Doneau) geb. 1527, ein ausgezeichneter Dogmatiker, welcher 1591 auf der Universität Altdorf

starb und sich besonders durch ein ausführliches System des römischen Privatrechts (commentarii de iure civili), das nur in der systematischen Anordnung verfehlt ist, verdient machte. Neben dieser französischen Schule zeichneten sich in dieser Periode auch einige Spanier aus, namentlich Antonius Augustinus (Erzbischof in Tarracona † 1586); Ramos († 1638); später auch Antonius Perez († 1674) und De Retes († 1678); ferner einige Italiäner, besonders Andreas Alciatus († 1550) und Scipio Gentilis, ein Schüler von Donellus, welcher den größten Theil seines Lebens in Deutschland zubrachte (gestorben als Professor in Heidelberg 1616).

In Deutschland lag im 15. und der ersten Hälfte des 16. Jahrhunderts die Wissenschaft immer noch im Argen. Die Hauptautoritäten waren Glosse und Postglossatoren, namentlich Bartolus und Baldus. Von Ende des 15. Jahrhunderts an bis gegen die Mitte des 16. wurden zunächst viele Versuche gemacht, das gemeine Recht, also auch das römische, populär in deutscher Sprache darzustellen, Schriften aber, die auf der niedrigsten wissenschaftlichen Stufe stehen. Einen Übergang zum Bessern machte der tüchtige Ulrich Zasius, welcher in Freiburg im Breisgau lehrte († 1535); zu den verdienteren Civilisten jener Zeit gehört noch Haloander aus Zwickau (hieß eigentlich Mälzer, † 1531); ferner Joh. Sichardus (Professor in Tübingen † 1552); Herm. Bultejus (Professor in Marburg † 1634); Reinhard Bachov von Echt (aus Leipzig, Professor in Heidelberg † 1635); Matth. Wesembeck, welcher in den Niederlanden geboren, in Deutschland lebte und wirkte († 1586); Joh. Harpprecht in Tübingen (1560—1639).

D. Von der zweiten Hälfte des 17. bis gegen das Ende des 18. Jahrhunderts. In dieser Periode der sog. Praktiker verließ man mit Recht allmählich in den Darstellungen des römischen Rechts die exegetische Methode. Man behandelte nun das römische Recht und das Pandektenrecht beinahe durchaus in dogmatischer Darstellung, nur aber meist noch in schlechter Ordnung, nämlich die ausführlichen Systeme nach der Ordnung von Justinians Digesten, sog. Legalordnung. In diesen wurde das gesammte positive gemeine Recht gegeben, nicht nur Privatrecht, sondern auch Strafrecht, Proceß u. s. w., so weit es sich unter die Rubriken der Digestentitel bringen ließ. Dabei fingen indeß die deutschen Juristen mehr, als es früher geschehen war, an, die Umbildung zu beachten, welche das römische Recht durch das deutsche Gewohnheitsrecht erfahren hatte und suchten das deutsche Element mit dem römischen zu vermitteln und besonders auch mehr die Praxis zu berücksichtigen. Aber man vernachlässigte gründliches Quellenstudium und historische Entwicklung des Rechts; man verkannte, daß die Rechtsgeschichte wesentlich zum richtigen Auffassen des Bestehenden dient; man begnügte sich an der Stelle einer wahren Geschichte des Rechts mit einer äußerlichen Zusammenstellung von Antiquitäten, hielt sich, statt das Recht principiell zu begreifen zu suchen, häufig ganz oberflächlich an die Quellen und folgte dabei nur zu sehr den Ansichten angesehener Praktiker, welche man vielfach mit eigentlichem Gewohnheitsrecht verwechselte. Dabei stellte man auch nicht selten ein flaches Naturrecht über die Quellen. Indeß hatte doch auch diese Zeit einzelne tüchtige Juristen, welche selbst für unsere Zeit Brauchbares leisteten, bei denen aber sehr zu bedauern war, daß ein Übermaß von praktischen Arbeiten den Meisten die Zeit für gründliche theoretische Arbeiten gar zu sehr verkümmerte. Zu den besseren Juristen dieser Periode unter den Deutschen gehören: Benedict Carpzow in Leipzig († 1666), David Mevius in Greifswalde († 1670), Wolfgang Adam Lauterbach in Tübingen († 1678), Georg Adam Struve († 1692), Joh. Schilter in Leipzig († 1705), Samuel Stryk in Halle († 1710), Christian Thomasius in Halle († 1728), Joh. Gottl. Heineccius in Halle († 1741), Justus Henning Böhmer in Halle († 1749), Aug. von Leyser in Wittenberg († 1752), Karl Ferd. Hommel in Leipzig († 1781), Joh. Aug. Hellfeld in Jena († 1782), Georg Ludw. Böhmer in Göttingen († 1797), Karl Christ. Hofacker in Tübingen († 1793) Julius Höpfner in Gießen († 1797), Joh. Christ. Koch in Gießen († 1808).

In dieser Periode zeichneten sich in Bearbeitung des römischen Rechts besonders die Niederländer aus, namentlich durch gründliches Quellenstudium und tüchtige philologische und historische Kenntnisse; nur arteten sie in Mikrologien aus. Zu den Ausgezeichneteren von ihnen gehören die Professoren Ulrich Huber († 1694), Joh. Voëtius (Voët, † 1714), Gerhardt Noodt († 1725), Anton Schulting († 1734) und der Praktiker Cornelius van Bynkershoeck († 1743).

E. Von Ende des 18. Jahrhunderts bis in unsere Zeit. Gegen Ende des 18. Jahrhunderts trat in der Behandlung des Rechts wieder ein großer Umschwung ein und zwar nun besonders durch die Deutschen. Wie im 16. Jahrhundert Philologie und klassische Bildung ganz wesentlich auch die Reform der Rechtswissenschaft förderten, so wirkten nun dieselben Momente in Verbindung mit Philosophie. Man kam zu der Erkenntnis, daß das positive Recht seinem Hauptstoffe nach nicht Sache der Willkür, sondern wesentlich durch die Natur der socialen Verhältnisse bestimmt und das Resultat einer Jahrhunderte hindurch thätigen Entwicklung des Volkslebens, daß somit zur wahren Erkenntnis des bestehenden Rechts eine gründliche Geschichte desselben und Philosophie unentbehrlich ist. Man suchte das positive Recht nun wahrhaft zu begreifen und auf dem Weg der Geschichte und des Gedankens in seine Gründe einzudringen, um dadurch den Rechtsstoff in seinem wahren Geiste zu beherrschen. Auch war für die wissenschaftliche Behandlung des Pandektenrechts sehr günstig, daß man nun allmählich Alles, was zum Privatrecht nicht gehörte, aus den Schriften und Vorlesungen des Pandektenrechts ausschied. Dadurch war eine bessere systematische Behandlung des Stoffes ermöglicht und man verließ nun endlich in Schriften und Vorlesungen die fatale sog. Legalordnung. Den Hauptanstoß zu einer bessern systematischen Behandlung gaben Karl Christoph Hofacker in Tübingen (1749—1793), einer der verdienteren Civilisten des vorigen Jahrhunderts, der nur zu frühe starb, und Gustav Hugo in Göttingen (1764—1844). Dabei wurde, wie im 16. Jahrhundert, das Begreifen des römischen Rechts noch besonders gefördert durch neue für die Rechtsgeschichte sehr wichtige Funde aus dem vorjustinianischen Recht, welche in unser Jahrhundert fallen. Dahin gehören namentlich die vollständigen ersten fünf Bücher des theodosianischen Kodex, die man bisher nur in westgothischen Fragmenten kannte; ferner die sog. Fragmenta Vaticana, Bruchstücke einer Sammlung von Stellen aus den Werken römischer klassischer Juristen und von Konstitutionen einiger Kaiser, wahrscheinlich aus der zweiten Hälfte des 14. Jahrhunderts und besonders die echten Institutionen des Gajus, welche im Jahre 1816 von Niebuhr in Verona aufgefunden wurden.

Besonders viel verdankt unsere Wissenschaft der sog. historischen Schule. Wenn in einer Wissenschaft eine neue Richtung sich geltend machen will, so wird sie häufig in ihrem ersten Auftreten einseitig, aber dadurch um so energischer. So war es auch mit jener Schule. Gustav Hugo aus Baden, welcher mehr als 50 Jahre lang Professor in Göttingen war (und 1844 im 80. Jahre starb), hatte das Verdienst, vom Ende des vorigen Jahrhunderts an den ersten entschiedenen und erfolgreichen Anstoß zu einer besseren Behandlung des römischen Rechts zu geben und besonders auf gründlicheres Studium der Geschichte des Rechts zu dringen und auf kritische Feststellung des Textes der Quellen. Von ihm und von Savigny schreibt sich die sog. historische Schule der deutschen Romanisten her, durch welche in der Rechtsgeschichte und Kritik der Rechtsquellen Ausgezeichnetes geleistet und die Wissenschaft von einer Masse von Irrthümern gesäubert wurde, wobei aber freilich Manche ihrer Anhänger einen einseitigen Werth auf Geschichte legten und dieselbe nicht als Mittel zur Erkenntnis des gewordenen Rechts, sondern als Selbstzweck behandelten und darüber oft das lebendige Recht übersahen.

Unter den verstorbenen Juristen, die außer Hugo dieser Schule angehörten, sind besonders zu nennen: Franz Schömann (Professor in Jena † 1814); Christian Gottlieb Haubold (Professor in Leipzig † 1824); Andreas Wilhelm Cramer

(Professor in Kiel † 1833); Joh. Fried. Ludwig Göschen (Professor in Berlin und später in Göttingen † 1837); Karl August Dominikus Unterholzner (Professor in Breslau † 1838); Gustav Ernst Heimbach der jüngere (Professor in Leipzig † 1850); Ägidius v. Löhr (Professor in Gießen † 1851); Eduard Schrader (Professor in Tübingen † 1860) und Heinr. Ed. Dirksen in Berlin († 1868).

Die Einseitigkeiten der historischen Schule wurde von manchen ihrer Gegner erwidert und mit einem andern Extrem — mit einer oberflächlichen Behandlung des historischen und mit einseitiger Geltendmachung des philosophischen Elements. Von diesen war einer der bedeutendsten Thibaut in Heidelberg (1792—1840), voll Geist und Gewandtheit, aber nicht gründlich, weder in der dogmatischen Behandlung des Rechts noch in der Rechtsgeschichte.

Diese beiden Extreme aber führten allmählich auf den rechten Weg, auf welchem hauptsächlich Friedrich Karl v. Savigny (aus Frankfurt a/M.), welcher 1861 im 82. Lebensjahre starb, der bedeutendste Civilist unseres Jahrhunderts, voranging, und auf welchem ihm später sein Schüler Georg Friedrich Puchta folgte, welcher leider schon im 48. Jahre (1846) starb, nachdem er mit großem Erfolg gewirkt hatte; er folgte Savigny auf dem Wege, Philosophie und Geschichte in der rechten Weise zu würdigen, als nothwendige Hilfsmittel zum Begreifen des gewordenen Rechts und zur legislativen Verbesserung desselben. — Übrigens herrscht bei manchen neueren Juristen (Civilisten und Germanisten) noch manche Einseitigkeit, namentlich ein nicht gehöriges Beachten der Einwirkung des deutschen Elements auf die Umbildung des römischen Rechts; bei nicht Wenigen leider eine paradoxe Überschwenglichkeit, ein Haschen nach weither geholten oft sonderbaren Erklärungen des Natürlichen, ein gewisser naturphilosophischer Mysticismus und eine bilderreiche Romantik, womit sie die einfachen und natürlichen Gedanken unseres Rechts umnebeln und eine gesuchte Originalität, bei der sie Bekanntes in fremdartige Formeln kleiden und ihm den Schein eines Neuen geben (vgl. z. B. was Arndts § 130 Anm. 4 über Definitionen des Eigenthums anführt).

Unter den verstorbenen Civilisten unseres Jahrhunderts gehören außer den vorhin Genannten zu den ausgezeichneten und verdienstvollsten Bearbeitern unseres Rechts: Joh. Chr. Hasse in Bonn (1779—1830); Chr. Friedr. Mühlenbruch in Halle, später Göttingen (1783—1843); Arnold Heise in Göttingen, später Präsident in Lübeck (1778—1851); Friedr. Ludw. v. Keller in Berlin (1799—1860); Karl Adolf v. Vangerow in Heidelberg (1808—1870); Ed. Böcking in Bonn († 1870); Wilhelm Francke in Göttingen († 1872); Adolf Aug. Friedr. Rudorff († 1872); August v. Bethmann-Hollweg († 1877); Friedrich Bluhme († 1877); Ludwig Arndts († 1878). Außerdem sind noch folgende Verstorbene zu erwähnen, die sich in Manchem verdient machten: Gottlieb Hufeland († in Jena 1817); Ad. Dietrich Weber in Rostock († 1807); Sigm. Wilh. Zimmern († 1830 in Jena); Albr. Schweppe in Göttingen, später in Lübeck († 1829); Christ. Friedr. Glück in Erlangen († 1831); Ernst Spangenberg († in Hannover 1831); Ferdinand Makeldey in Marburg, später in Bonn († 1834); Ed. Gans in Berlin († 1839); F. C. Gesterding in Greifswalde († 1841); Burkard Wilh. Pfeiffer in Kassel († 1855); Ed. Fein in Tübingen († 1856); Joh. Ad. Seuffert in München († 1857); Friedr. Aug. Biener in Berlin, zuletzt in Dresden († 1860); Friedr. Ad. Schilling in Leipzig († 1865); Karl Fr. Sintenis in Gießen, später Minister in Dessau († 1869).

II. Die wichtigeren allgemeinen Werke über reines römisches Recht und Pandektenrecht.

§ 16.

(Vgl. Arndts § 16—20, die Anmerkungen.)

A. Exegetische Werke.

1. Werke, die sich auf sämmtliche Rechtssammlungen Justinians erstrecken.

Solcher haben wir eigentlich nur zwei: Das eine ist die Glossa ordinaria von Accursius (vgl. oben § 15 Lit. A); sie ist abgedruckt in den Ausgaben der einzelnen Stücke des Corpus iuris, die am Ende des 15. und Anfang des 16. Jahrhunderts gedruckt wurden und in einer Reihe von Gesammtausgaben des Corpus iuris aus dem 16. und 17. Jahrhundert, sog. Glossirte Ausgaben des Corpus iuris. Die letzte glossirte Ausgabe erschien 1627. Das andere hierher gehörige Werk ist von Dionysius Gothofredus (vgl. oben § 15 Lit. C), nämlich seine Noten zum Corpus iuris in seinen unglossirten Ausgaben desselben; die erste ist von 1583; später erschienen noch mehrere; die fünfte von seinem Sohn Jakobus 1624 und später auch Ausgaben, welche Simon van Leeuwen (zuerst 1663) besorgte und mit neuen Noten vermehrte. Die Noten des Gothofredus haben freilich viele Mängel; denn er hatte wenig wissenschaftliche Selbständigkeit und gerade die schwereren Stellen erläuterte er nur zu oft nicht genauer und über die leichteren sagte er mitunter viel Breites. Doch sind seine Noten nicht ohne Werth, besonders durch die vielen Parallelstellen, die er zu einzelnen Stellen anführte, freilich meist aus der Glosse nahm, und auch durch die Auszüge aus bessern Schriften seiner Zeit.

Gewissermaßen kann man auch zu den exegetischen Werken über das ganze Corpus iuris das Werk von Cujacius (vgl. oben § 15 Lit. C) zählen; denn derselbe wird in seinen verschiedenen exegetischen Schriften und in seinen Vorlesungen, wenn man alles zusammenstellen würde, wohl beinahe alle Stellen des Corpus iuris erläutert haben. Nur ist wohl zu beachten, daß das Meiste davon in Vorlesungen besteht, die gegen seinen erklärten Willen nach seinem Tode aus nachgeschriebenen Kollegienheften herausgegeben wurden, seine sog. Opera postuma, und welche meist nicht so sorgfältig gearbeitet und so zuverlässig sind, als das, was er selbst herausgab oder zum Druck bestimmt hatte, seine sog. Opera priora. Eine Sammlung der letzteren gab Cujacius selbst heraus (1. Ausgabe Paris 1577. V Tom. fol.; 2. Ausgabe Paris 1584, mit einem Nachtrag 1585. V Tom. fol. Am vollständigsten sind: 3. Ausgabe Frankfurt 1595. IV Tom. fol.; 4. Ausgabe Hannover 1602. IV Tom. fol. (ein unveränderter seitengleicher Abdruck der 3. Ausgabe); 5. Ausgabe Frankfurt 1623. IV Tom. fol. — Eine spätere vollständige Ausgabe ist: Iac. Cuiacii Opp. omnia etc. cur. Car. Anib. Fabroti. Paris 1658. Tom. fol. Nachdrücke dieser Ausgabe erschienen: Neapel 1722—1727. 1758. Venedig u. Modena 1758—1785 XI Tom. fol.).

2. Über die Institutionen giebt es eine Menge exegetischer Kommentare, wie sie überhaupt am häufigsten bearbeitet sind. Am meisten sind, außer der Paraphrase von Theophilus (s. oben S. 60 § 11 Nr. V. 3), zu empfehlen der Kommentarius von Reinh. Bachov v. Echt (Francof. 1628. 4.); der Kommentar von Janus a Costa (Iani a Costa Commentar. in inst. Paris 1659. 4.), Vorlesungen, die erst lange nach Costa's Tode († 1637) herausgegeben und später mehrmals wieder gedruckt wurden (besonders: cum annotatt. Theod. Marcilii et Marc. Ant. Mureti cur. Io. van de Water. Trai. ad Rh. 1714. 4. ed. alt. emmend. Lugd. B. 1744. 4.); ferner der Kommentar von Arnold Vinnius (Arn. Vinnius Comment. et notae in inst. Amst. 1642. 4. und später, besonders: c. not. Io. Glieb. Heineccii. Lugd. Bat.

1726. 4.), welcher freilich das Meiste aus Bachovs Kommentar abschrieb, sich aber durch klare und fließende Darstellung mehr empfahl; und besonders der Kommentar von Ed. Schrader (in seiner Quartausgabe der Institutionen, 1832; vgl. Arndts Pand. § 2 Anm. 5 Nr. 3).

3) Über die Digesten Justinians giebt es verhältnismäßig wenige vollständige Kommentare. Es gehören hierher besonders die Kommentare von einigen Postglossatoren, namentlich von Odofredus, von Bartolus, Baldus, Paulus Castrensis, welche durch das § 15. Lit. B Ausgeführte charakterisirt sind. — Die bessern exegetischen Arbeiten über die Pandekten sind bloß angefangen, wie die Rationalia in Pandectas von Anton Faber (Ant. Fabri Rationalia in Pand. Genev. 1619—1626. V Tom. fol.; 2. Ausgabe: Lugd. 1659—1663. V Tom. fol.), welche nur die ersten 19 Bücher der Pandekten begreifen, theils erstrecken sie sich nur auf einzelne Bücher oder Titel der Pandekten; dahin gehören besonders die Kommentare von Cujacius und Donellus über einzelne Pandektentitel und der Kommentar von Jak. Gothofredus über den Titel de regulis iuris (Genev. 1653. 4.).

Außerdem haben wir auch noch Kommentare, in welchen alle in den Pandekten stehenden Excerpte aus den Werken eines einzelnen klassischen Juristen (z. B. Papiniani Quaestiones) zusammengestellt und erklärt sind. Namentlich gehört hierher ein ausgezeichnetes Werk von Cujacius, sein Tractatus ad Africanum (Iac. Cuiacii Tractatus ad Africanum. tract. I.—V. ed. princ. Lugd. 1570. tract. VI.—IX. ed. princ. Lugd. 1573. fol., alle zusammen zuletzt von Cujacius herausgegeben in Opp. 1584. Tom. III.).

4) Exegetische Werke über den Kodex giebt es noch weit weniger. Zu bemerken sind nur die Lectura ad codicem, Vorlesungen des Glossators Azo über den Kodex (über die 9 ersten Bücher des Kodex, gehalten um 1229, welche sein Schüler Alexander de S. Ägidio nachgeschrieben und bekannt gemacht hat, Par. 1575. fol. Lugd. 1596. 4., vgl. Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, Bd. V. S. 16 f.); ferner einige Kommentare der Postglossatoren, namentlich die von Bartolus, Baldus und besonders der von Cinus; sodann noch die Praelectiones in codicem von Sichardus (Io. Sichardi Dictata et praelect. in Codicem Iust. Bas. 1565. II Tom. fol.; 2. ed. Francof. 1586. II Tom. fol. — 3. ed. a Sams. Hertzog. Francof. 1598, II Tom. fol., Vorlesungen, welche Sichardus vom Jahre 1535 an hielt, gegen seinen Willen nach seinem Tode aus den Heften der Zuhörer herausgegeben); ferner die Kommentare über einige einzelne Bücher des Kodex von Cujacius und Donellus. Besonders zu beachten ist noch der treffliche Kommentar über den Theodosianus Codex, so weit man ihn im 16. Jahrhundert kannte, von Jak. Gothofredus (Codex Theod. cum perpetuis commentariis Iac. Gothofredi, opus posthumum opere et stud. Ant. Marvillii. VI Tom. Lugd. 1665. fol. — Zweite Ausgabe: iterum recognita, emendata, variorumque observationibus aucta, quibus adiecit suas Io. Dan. Ritter. Lips. 1736—1745. VI Tom. fol.), eine der gelehrtesten und gründlichsten exegetischen und rechtshistorischen Arbeiten. (In diesem Werk sind auch viele Konstitutionen kommentirt, welche Justinian in seinen Kodex aufnahm.)

5) Am wenigsten sind die Novellen exegetisch bearbeitet worden. Anzuführen sind hier nur eine kurze Expositio Novellarum von Cujacius (zuerst 1570. 8.) und eine ausführlichere von Rittershusius (Ius Iustinianum h. e. Iustiniani novellar. expositio methodica. Arg. 1615. 4. und später. Es sind dies Vorlesungen, welche Rittershusius zur Herausgabe ausgearbeitet hatte, von seinen Söhnen nach seinem Tode herausgegeben) und Commentarii de iure novissimo (libri VI. Arnh. 1620. 4. ib. 1661) von dem Niederländer Pet. Gudelinus (gleichfalls Vorlesungen, welche er 1599 hielt, für den Druck zu bearbeiten anfing und welche nach seinem Tode seine Söhne herausgaben.

6) Außerdem giebt es noch eine Menge einzelner exegetischer Versuche, bald über diese, bald über jene Stelle des Corpus iuris, theils in besonderen Abhandlungen unter den verschiedensten Titeln, theils in Zeitschriften, theils in Mono-

graphien über einzelne Lehren des römischen Rechts und in den dogmatischen Handbüchern des römischen Rechts. In dieser Hinsicht nun wäre es sehr wichtig, ein Buch zu haben, das für jede Stelle des Corpus iuris angeben würde, in welchen Werken man über sie gute exegetische Versuche findet. Zwar haben wir mehrere Werke dieser Art; aber diese lassen sehr viel zu wünschen übrig; das eine ist Karl Ferd. Hommel Corpus iuris civ. cum. notis variorum (Lips. 1768. 8.); dasselbe bietet aber nichts Andres als eine Sammlung solcher Nachweisungen zu allen Institutionen- und Pandektenstellen; dabei sind aber eine Menge guter Arbeiten übergangen, sehr vieles ist ganz ungenau und unzuverlässig und natürlich fehlt Alles aus den letzten hundert Jahren. Ein neuerer Versuch dieser Art auf Hommels Schultern ist Theod. Schimmelpfeng: Hommel redivivus (Kassel 1858. 1859. 2 Bde. 8.). Dieses Buch hat den Vorzug, auch über den Kodex und die Novellen zu gehen und die Litteratur bis in die Mitte unseres Jahrhunderts zu berücksichtigen; aber es ist ebenfalls flüchtig gearbeitet und höchst unvollständig (auch unverhältnismäßig theuer).

Gewissermaßen gehören hierher noch A. Schultingii notae ad Dig., ed. et animadv. adiect. N. Smallenburg (Lugd. Bat. 1804—1835. 7, eigentlich 8 Bde. 8.). Es sind dies ähnliche Nachweisungen über einzelne (nicht alle) Pandektenstellen mit (einzelnen) exegetischen Zusätzen, welche Schulting niemals zur Publikation bestimmt, sondern nur zu seinem Gebrauche dem Rande seines Corpus iuris beigeschrieben hatte, und welchen Smallenburg sehr mit Unrecht 70 Jahre nach Schultings Tod herausgab und mit Zusätzen vermehrte.

B. Lexikographische Werke.

Unter diesen ist für Verständnis der Ausdrücke und des Sprachgebrauchs des Corpus iuris äußerst schätzbar das reichhaltige Lexikon von Barnabas Brissonius (Brisson). De verborum, quae ad ius civile pertinent, significatione opus (1. ed Lugd. 1559. fol., 2. ed. Paris 1596. fol., 3. beste sehr umgearbeitete und vermehrte Ausgabe: opera Io. Glieb. Heineccii, praemiss. praef. Iust. Henn. Boehmerii, Halis 1743. fol.) und für den Handgebrauch ist besonders zu empfehlen H. E. Dirksen Manuale latinitatis font. iur. civ. Rom. Berol. 1837. 4. — Von Vielen wird noch angeführt ein Vocabularium iuris civilis von Vicat (4 Bde.); allein dieses ist beinahe durchaus bloß ein schlechtes Plagiat aus Brissonius. — Für Denjenigen, der mit dem Latein nicht recht fortkommen kann, ist brauchbar das Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts von Heumann (Jena 1846, 4. Ausgabe verm. v. Hesse 1869). — Auch ist noch das ganze Corpus iuris (1830—1838) ins Deutsche übersetzt worden, herausgegeben von Otto, Bruno Schilling und Sintenis, eine Arbeit, die freilich auch Manches nicht richtig übersetzt hat.

C. Dogmatische Werke.

Von diesen, d. h. den Darstellungen des römischen Rechts und des Pandektenrechts in systematischer Entwicklung, sind zunächst auszuscheiden die sog. Institutionenkompendien, Kompendien zum ersten Unterricht für Anfänger bestimmt (bald mit, bald ohne innere Rechtsgeschichte). Die älteren derselben sind meist nach der Ordnung von Justinians Institutionen (Legalordnung) geschrieben. Eines der gebrauchtesten waren die Elementa iuris civilis secundum ordinem institutionum von Heineccius (1725), welches viele Auflagen erlebte und auch von Andern (Estor, Biener, Höpfner, Waldeck ed. noviss. 1806), theils mit Anmerkungen, theils umgearbeitet herausgegeben wurde. Die neueren dagegen sind nach einem besseren System angelegt. An diese Institutionenlehrbücher knüpfen sich einige ausführlichere dogmatische Darstellungen des römischen Rechts nach der Ordnung der justinianischen Institutionen an, welche zum Selbststudium für Anfänger bestimmt waren; hierher gehören besonders die Praelectiones iur. civ. ad. institutiones von Ulrich Huber (1678, und später mehrmals aufgelegt vgl. oben § 15 D.

a. E.) und der Kommentar über das Heineccius'sche (Institutionen-) Kompendium von Ludw. Julius Friedr. Höpfner Frankf. 1783. 4.; 8. Aufl. herausgegeben von A. D. Weber Frankfurt 1818. 4.). Dieses Buch wurde äußerst viel gebraucht, weil es sich durch seltene Deutlichkeit auszeichnet; es leidet aber noch sehr an der Seichtigkeit, mit welcher im vorigen Jahrhundert überhaupt unser Recht behandelt wurde und enthält eine Menge Irrthümer, namentlich im Rechtshistorischen, welche der Herausgeber der 8. Auflage in weitläufigen Noten zu berichtigen suchte; es hat sich überlebt. — Zu beachten sind besonders noch diejenigen Institutionensysteme, welche mit den Institutionen eine ausführlichere Darstellung der römischen Rechtsgeschichte verbinden. Hierher gehört namentlich G. Ch Burchardi (in Kiel., Lehrbuch des römischen Rechts (5 Bd. 1841. 2. Ausgabe 1854); ferner das unvollendete Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des römischen Privatrechts von Fr. Ad. Schilling (1834—1846 3 Bde.); Karl Otto Müller, Lehrbuch für Institutionen (1858. 876 SS.); Joh. Emil Kuntze, Institutionen und Geschichte des römischen Rechts (1869. 2 Bde. Der 1. Band auch unter dem Titel: Kursus des römischen Rechts, Leipzig 1869; der 2. Band auch unter dem Titel: Exkurse über römisches Recht, 1869.). — Ganz besonders aber hervorzuheben und zu empfehlen ist der leider nicht ganz vollendete ausgezeichnete Kursus der Institutionen von Georg Friedr. Puchta; der 1. Band erschien 1841, in 2. Ausgabe 1845, die folgenden Ausgaben desselben wurden nach Puchta's Tod (1846) von Rudorff besorgt (3. Ausgabe 1846) und mit Zusätzen versehen; 7. Ausgabe 1871; der 2. Band erschien 1842; die 2. Ausgabe 1846 wurde nach Puchta's Tod von Rudorff mit Zusätzen herausgegeben; 7. Ausgabe 1872. Der 3. Band wurde von Rudorff 1877 herausgegeben; Puchta selbst hatte leider kaum den vierten Theil davon zum Druck ausgearbeitet. Das Übrige mußte aus einem älteren Kollegienheft desselben ergänzt werden; 6. Ausgabe 1872, 8. Auflage besorgt von Paul Krüger 1875.

Auch ist hier noch aufmerksam zu machen auf eines der geistreichsten Werke über römisches Recht in seiner historischen Entwicklung, nämlich Rud. Ihering, Geist des römischen Rechts, 2 Bde. (Leipzig 1852 f.; 2. Aufl. 1866 und 1869; 1. Thl. 3. Aufl. 1873, 4 Aufl. 1878 2. Thl. 3. Aufl. 1874/75 3. Thl. 1. Abth. 1865, 2. Aufl. 1871. 3. Aufl. 1879.

Bei den ausführlicheren Systemen des römischen Privatrechts überhaupt und des Pandektenrechts insbesondere muß man unterscheiden:

1. die zum Lehrvortrage bestimmten Kompendien oder Lehrbücher, welche mehr auf Darstellung der Resultate sich beschränken und zwar

a) die nach der sog. Legalordnung geschriebenen. Die meisten älteren Pandektenkompendien nämlich und auch noch einige aus unserem Jahrhundert sind nach der schlechten Ordnung von Justinians Digesten geschrieben. Zu den bessern von diesen gehören die Principia iuris civilis von Westenberg (Io. Ortw. Westenbergii Principia iur. sec. ord. Digestor. Harderw. 1712. 8.; 2. Ausgabe Lugd. B. 1732; neueste Ausgabe Berol. 1814 und 1823. II T. 8.). Besonders angesehen und lange auf Universitäten gebraucht waren die Introductio in ius Digestorum von J. H. Böhmer (Hal. 1704., 14. Ausgabe 1791) und die Iurisprudentia forensis von Joh. Aug. Hellfeld in Jena (1764. 2 Bände, welche nach seinem 1782 erfolgten Tode vielfach wieder aufgelegt wurde; neueste Ausgabe 1806). Allein sie sind sehr ungründlich und es war ein unglücklicher Gedanke von Glück, seinen Pandektenkommentar nach Hellfeld zu schreiben.

b) Nach eigenem System. Einen der ersten Versuche, ein Kompendium des römisch-deutschen Privatrechts nach anderer Anordnung zu schreiben, machte Georg Adam Struve in seiner Iurisprudentia Romano-Germanica forensis 1670, ein Buch, welches 18 Auflagen erlebte; allein es ist eine überaus leichte, ungründliche Arbeit. — Einen weit bessern Versuch machte ein Jahrhundert später Karl Christoph Hofacker in Tübingen Principia iuris civilis Romano-Germanici (Tom. I. Tub. 1788, T. II. P. 1. 1790, T. II. III. cur. Chr. Gmelin Tub. 1794. 1798. 8.; 2. Auflage Tub. 1801—1803. III T. 8.),

ein Werk, bei welchem nur zu bedauern ist, daß Hofacker bloß die erste Hälfte zum Druck ausarbeiten konnte (den 2. Band von Lib. V an und den 3. Band arbeitete Gmelin mit Hilfe von Bolley und Zahn, zum Theil aus Hofackers Papieren nach dessen Tode aus) und daß er auch das ganze Germanicum hereinnahm.

Von den neueren Pandektenkompendien sind außer dem von Arndts [Lehrbuch der Pandekten. 9. Aufl. 1877; 10. Aufl. nach des Verfassers Tode besorgt durch L. Pfaff und F. Hoffmann 1879] besonders zu nennen:

Thibaut System des Pandektenrechts (Jena 1803, 8. Ausg. 1834; eine 9. Ausgabe besorgte 1846 v. Buchholtz nach Thibauts Tode, veränderte aber in ihr ganz ungeeigneter Weise die Anordnung). Es ist dies der Zeit nach das erste in deutscher Sprache geschriebene Pandektenkompendium; bei großer Präcision äußerst reichhaltig, aber in einer verfehlten Anordnung mit wenig eigner Forschung und noch sehr auf dem Stande des vorigen Jahrhunderts stehend, zu Lebzeiten Thibauts viel gebraucht und in der Praxis damals in großem Ansehen.

J. N. v. Wening-Ingenheim († 1831) Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, nach Heise's Grundriß (Münch. 1822—25. 3 Bände; 3. Aufl. 1827. 1828, 2 Bände; 4. Aufl. Band 1. 1831, Band 2. und 3. herausgegeben von dem Bruder Wenings, Fr. Xav. Wening, 1832; 5. Ausgabe von Fritz, 1837. 1838, dazu Erläuterungen, Zusätze und Berichtigungen von Fritz 1833—39), ein durch reiches Material und durch Gründlichkeit schätzbares Werk, dessen Verdienst aber nicht auf Wenings Rechnung kommt; denn die 1. Ausgabe (1822) ist beinahe durchaus wörtlicher Nachdruck der Pandektenvorlesungen von Heise; in der 2. bis 4. Ausgabe hat Wening mehr Eigenes eingemischt, und in der 5. und letzten hat der Herausgeber derselben, Fritz (in Freiburg) den Text vielfach umgearbeitet.

Chr. Friedr. Mühlenbruch (geb. 1783), Doctrina Pandectarum (Hal. 1823—25 III T. 3. Ausgabe. Hal. 1830. 1831). Von ihm selbst ins Deutsche übersetzt und vermehrt unter dem Titel: Lehrbuch des Pandektenrechts, 3 Bände (1835. 1836. 3. vom Verfasser noch besorgte Ausgabe 1839; 4. Ausgabe besorgt von Madai (in Gießen 1844), ein reichhaltiges und durchdachtes Buch, aber für Anfänger schwer zu verstehen.

Georg Friedr. Puchta Lehrbuch der Pandekten (1838. 4. Aufl. und folgende herausgegeben von Rudorff 1848 flg. [12. Aufl. 1876 von Schirmer]), ein geistreiches ausgezeichnetes Buch, nur zu kurz und in Einzelnem im System verfehlt.

Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts (3 Bände und zwar 1. und 2. Band, — Allgemeiner Theil, Sachen-, Obligationen- und Familienrecht — 1862—1866, 3. Ausgabe 1870; 3. Band — Erbrecht — 1869, 1870, 2. Aufl. 1871 [5. Aufl. 1879]), ausgezeichnet durch selbständige Forschung, Schärfe im Denken, Gründlichkeit, Vollständigkeit und treffende Orientirung über die neuere Litteratur, besonders empfehlenswerth für das Privatstudium.

Ein angefangenes, auf das reine römisch-justinianische Recht beschränkte, mit gründlicher Kenntnis desselben geschriebenes, sehr ausführliches Lehrbuch ist das von Ed. Böcking (Band 1. 1843, unter dem Titel: Institutionen, ein Lehrbuch des römischen Privatrechts; 2. Aufl. Band 1. 1853, unter dem Titel: Pandekten des römischen Privatrechts oder Institutionen des gemeinen deutschen Civilrechts; Band 2. Lief. 1 1855; zu unterscheiden von Böckings Pandektengrundriß: Grundriß eines Lehrbuchs des gemeinen auf das römische Recht gegründeten Civilrechts. 5. umgearb. Aufl. 1861).

Beachtenswerth sind noch folgende Kompendien.

Ferd. Mackeldey Lehrbuch des heutigen römischen Rechts. In der ersten Ausgabe (1814) war es ein Institutionenkompendium, in den späteren Ausgaben aber schwoll es zu einem recht ordentlichen, sehr deutlich geschriebenen kurzen Pandektenkompendium an, welches viel auch außerhalb Deutschland gebraucht

und in verschiedene fremde Sprachen übersetzt wurde; die 14. Ausgabe besorgt durch J. A. Fritz 2 Bände 1862. 1863.

Joh. Ad. Seuffert Praktisches Pandektenrecht (Würzburg 1825, 3 Bände; 4. von seinem Sohne besorgte Ausgabe. Würzburg 1860—71), besonders schätzbar wegen seiner reichhaltigen Bezugnahme auf die Praxis.

Alois Brinz Lehrbuch der Pandekten (Erlangen 1857—71. 2. veränderte Aufl. Band 1. 1873), ein Buch (von mehr als 1600 Seiten), das mit Geist und mit gründlichen Kenntnissen geschrieben ist, aber in der größeren Hälfte mehr nur Andeutungen, Aphorismen, Probleme und Fragen über die Pandekten enthält, für den Anfänger nicht verständlich ist und in seinen letzten Abschnitten in ein ausführliches Handbuch übergeht. Die systematische Anordnung ist verfehlt, das Ganze ungleich gearbeitet.

Eine beachtenswerthe gedrängte Darstellung des Pandektenrecht giebt Georg Bruns, Das heutige römische Recht, in Holtzendorffs Encyklopädie der Rechtswissenschaft (1869, S. 249—332. [2. Aufl. 1872, S. 311—449; 3. Aufl 1876, S. 333—474.]).

Das neueste Pandektenkompendium ist: J. Baron (Berlin) Pandekten, Leipzig 1871, 928 S. [2. Aufl. 1876]; kein sicherer Führer, leichte Arbeit mit manchem Auffallenden.

2. Für das Selbststudium und den praktischen Gebrauch sind besonders bestimmt die Handbücher, d. h. die ausführlicheren Darstellungen theils des reinen römischen justinianischen Privatrechts, theils des Pandektenrechts, mit näherer Begründung der Resultate und Eingehen auf die Kontroversen. Die älteren dieser Werke sind meist nach Justinians schlechter Digestenordnung geschrieben, die neueren aus unserem Jahrhundert beinahe alle nach einem besseren Systeme. Ihre Titel sind sehr verschieden: Commentarii in Digesta oder Pandectas, d. h. (nicht exegetische Kommentare über die Digesten sondern) ausführliche dogmatische Entwicklungen des Privatrechts nach Ordnung der Digesten, auch Principia iuris civilis, Collegium oder Ius Pandectarum, Handbuch, System des Pandektenrechts, System des gemeinen Civilrechts ꝛc.

a) Unter den nach der Legalordnung geschriebenen sind besonders zwei Werke von Niederländern zu nennen, bei welchen aber zu beachten ist, daß sie auf die deutschrechtliche Umbildung des römischen Rechts keine Rücksicht nehmen, nämlich die Praelectiones ad Pandectas von Ulrich Huber (1689. 1690. 4.; später mit den prael ad. inst. unter dem Titel: Praelectiones iur. civ. Lips. 1707. c. scholiis et annotationibus Chr. Thomasii III T. 4. und später bes. c. annotatt Iod. Le Plat. Lov. 1766. III T. 4.; c. iisd. Neap. 1784. III T. 4.) und der reichhaltige Kommentar von Voëtius (Io. Voëtii Commentarius ad Pandectas. T. I. Lugd. B. 1698 f. T. II. Hag. Com. 1704 f., 2. Ausgabe von Voëtius besorgt, Hag. Com. 1707 f.; später oft, zuletzt: Hal. 1776—1780. VI T. 8.), der letztere bei uns sehr viel gebraucht und auch jetzt noch in der Praxis nicht ohne Ansehen. — Für das eigentliche Pandektenrecht sind namentlich nach der praktischen Seite nicht ohne Interesse das reichhaltige Collegium Argentoratense von Meier (Iust. Meieri Collegium Argentoratense. Argent. 1616. 1617. II Tom. 4 — c. annotatt. Io. Ott. Taboris, stud. Io. Bechtoldi. Argent. 1657. III T. 4.); ferner das Syntagma von Struve (G. A. Struvii Syntagma iur. civ. Francof. et Lips. 1692—1701. 1738); ferner das Collegium Pandectarum von Wolfg. Ad. Lauterbach (Collegium theoretico-practicum ad L Pandectarum libros. Stud. fil. Ulr. Thom. Lauterbach. Tub. 1690—1711. III T. 4. Neueste Ausgabe ibid. 1784 III T. 4.; und der Usus modernus Pandectarum von Sam. Stryk (1690—1721. V Tom. 4. Die 2 letzten Bände von Pand. lib. XXIII an gab sein Sohn Joh. Sam. Stryk heraus). Nur sind diese Schriftsteller mitunter gar zu rasch in der Annahme einer Praxis und nicht immer gründlich in der Exegese und Rechtsgeschichte (vgl. oben § 15 D).

Das ausführlichste Pandektenhandbuch nach der schlechten Ordnung von Justinians Digesten mit dem reichhaltigsten Material über die verschiedenen An-

sichten der Civilisten, aber ohne Selbständigkeit und den rechten Geist ist Christ. Fried. Glück Erläuterungen der Pandekten nach Hellfeld, gewöhnlich bezeichnet durch Glücks Kommentar (Erlangen 1790—1830) XXXIV Bände. 8. (bis zu Pand. lib. XXVIII. tit. 1. Von Theil 1—3 erschien eine 2. verb. Ausgabe. Erlangen 1797—1807 und zu den ersten 19 Bänden ein vollständiges Sach- und Gesetzregister. Erlangen 1822. 1823. 2 Bände 8. und ein zweites Register zu Band 20.—34. Erlangen 1883. 8.); ausgezeichnet sind die Fortsetzungen des Kommentars von Mühlenbruch (Band 35.—43., bis zu lib. 29 Tit. 6. 1832—1843), ferner von Fein (Band 44. 45., welche 2 Bände aber nur auf lib. 29 Tit. 7 Dig. — die Lehre von den Kodicillen — sich beziehen); ferner von Arndts (Band 46.—48. 1868—78); sodann von Wilh. Leist (1870—75) und von Hugo Burkhardt (1871. 1875). Dagegen sind Ergänzungen von Reinhardt (4 Bände. 1833—40) ohne Werth. — Das ganze Werk trägt den Charakter der verschiedenen Zeiten an sich, in welchen es geschrieben und fortgesetzt wurde.

b) Von den Handbüchern nach einem selbständigen Systeme und zwar von den älteren sind die ausgezeichnetsten die Commentarii von Hugo Donellus (vgl. oben § 15 Lit. C): Hug. Donelli Commentarii de iure civ. 28 Bücher. Die ersten 11 Bücher gab noch Donellus selbst unter dem angeführten Titel heraus. Frankfurt 1589. 1590. II Tom. fol. Die übrigen hatte er zum großen Theile ausgearbeitet hinterlassen. Das Fehlende arbeitete Scip. Gentilis aus und gab alle 28 Bücher heraus unter dem Titel: Hug. Donelli commentarior. de iur. civ. libb. XXVIII. Scip. Gentilis posteriores libros supplevit, expoliv. Frankfurt 1595—1597. V Tom. fol. — Die späteren Ausgaben sind folgende: 3. Ausgabe — wenn man die ersten 11 Bücher von 1589—1590 rechnen will — wieder von Scip. Gentilis. Hannover 1612. Tom. fol., 4. Ausgabe: Abdruck der dritten. Frankfurt 1626. fol.; 5. Ausgabe in Opp. omn. 1762—1770. Tom. I.—VI. — Ed. Sexta, quam post obitum Io. Christophori König continuav. Car. Bucher. Norimb. 1822—1834. 16 Bände 8. König hatte die ersten 4 Bände 1801—1808 herausgegeben. Diese Commentarii geben aber natürlich nur reines römisches Recht, und lassen bei großem (mitunter haarspaltendem) Scharfsinn und Belesenheit im Corpus iuris doch eine gehörige Behandlung des Historischen vermissen.

Für das eigentliche Pandektenrecht sind hervorzuheben: Joh. Heinrich v. Berger (Oeconomia iur. ad. usum hodiern. adcommodat. Lips. 1712. 4. und später 1719. 4. — 1728. 4. — 1734. 4. — 1741. 4. Hierauf cur. Ioh. Aug. Bachii Lips. 1755. 4. — cur. C. G. de Winckler. Lips. 1771. 4. — cur. Hauboldi. ib. 1801. 4. Tom.); Albr. Schweppe (Das römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung, erschien zuerst als Lehrbuch unter dem Titel: Das römische Privatrecht in seiner Anwendung auf deutsche Gerichte. Alt. 1814. 3 Bände 8. — 2. Auflage Alt. 1819, 2 Bände 8. — 3. Auflage ebendas. 1822. 2 Bände und 4. Auflage als Handbuch bearbeitete Ausgabe, Band 1 und 2. 1828; die Bände 3—5 des Handbuchs wurden aber nach des Verfassers Tod von Wilh. Mejer, Göttingen 1831—1833 herausgegeben. Dazu: Joh. Ad. Seuffert, Erörterungen einzelner Lehren des römischen Privatrechts zum Gebrauche bei seinen Vorlesungen nach Schweppe's Lehrbuch, 3 Abtheilungen, Würzburg 1820. 1821.); Karl Friedr. Ferd. Sintenis, das praktische gemeine Civilrecht (3 Bände 1844—1851. — 3. Ausgabe 1868. 1869.), ein sehr reichhaltiges Buch, aber schwer zu verdauen; ferner Rudolf v. Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrechts, (3 Bände 1843 ff.; 3. Ausgabe besorgt von Kunze 1863. 1864.), ein Pandektenhandbuch nach der Ordnung von Vangerows Lehrbuch in der schlechten Form von Frage und Antwort, meist Kompilation, aber klar und reichhaltig in Zusammenstellung von Kontroversen der jetzigen Zeit, deßhalb von unsern Praktikern viel gebraucht.

Leider unvollendet blieben folgende zwei Handbücher:

Friedr. Karl v. Savigny System des heutigen römischen Rechts, 8 Bände 1840—1849, ein ganz ausgezeichnetes Werk, das aber bloß den allgemeinen Theil umfaßt; dazu kamen dann noch zwei Bände unter dem Titel: das Obli-

und in verschiedene fremde Sprachen übersetzt
durch J. A. Fritz 2 Bände 1862. 1863.
Joh. Ad. Seuffert Praktisches Pand
4. von seinem Sohne besorgte Ausgabe.
bar wegen seiner reichhaltigen Bezugnah
Alois Brinz Lehrbuch der Pande
Aufl. Band 1. 1873), ein Buch (von r
mit gründlichen Kenntnissen geschrieb
Andeutungen, Aphorismen, Problem
für den Anfänger nicht verständlich
ausführliches Handbuch übergeh
Ganze ungleich gearbeitet.
Eine beachtenswerthe ge
Bruns, Das heutige römi
wissenschaft (1869, S. 249—
S. 333—474.]).
Das neueste Pandek
Leipzig 1871, 928 S.
manchem Auffallenden.
2. Für das Selb
stimmt die Handbü
römischen justiniani
Begründung der
dieser Werke sind
neueren aus
Ihre Titel
dectas, d.
führliche do
auch Priv
Handbuch
Werke
auf
näm
spä
1

51 und 1853, sie ent-
bligationsrechts.
1. Bd. 1839), ein
n Theils der Pan-
der Geltung des

niger Pandekten-
ode des Lehrers
nlich die Vor-
herausgegeben
g zusammen-
ge Durchbildung
n nur zu kurz ge-
ngen über das heutige
ben von Rudorff, 2 Bde.
wie auch Puchta, etwas ein-
n v. Meller (herausgegeben von
en von Lewis 1866).
arden sogar zu seinen Lebzeiten von
n Hefte eines Zuhörers unter dem Titel:
Materien des römischen Rechts in Zusätzen
ausgegeben von Braun 1831", ein wörtlicher
r die 7. Ausgabe seines Pandektenkompendiums
vielen Druck- und Schreibfehlern). Ferner: „Er-
des römischen Rechts, ein Kommentar zu Thibauts
ben von Froben (1836)", ein wörtlicher Abdruck der
Ausgabe seines Pandektenkompendiums.
r noch eine Reihe von Grundrissen, welche nur die
ms und seiner Paragraphen angeben mit mehr oder weniger
B. Litteraturnotizen, Abdrücken von Quellenstellen, so von
eines Systems des gemeinen Civilrechts, Heidelberg 1807;
neuer Abdruck 1825); ferner von Ch. G. Haubold (Doc-
trinae pandectarum lineamenta, cum locis classicis, Lips. 1820.); Friedr.
Rudhse Grundriß des Pandektenrechts. Mit einem Quellenregister, Halle 1829,
2. Ausgabe Bonn 1844; Ed. Böcking (s. oben). Der verdienteste und ausge-
zeichnete durch seine vielen Beigaben, namentlich durch seine gründlichen und
zreifenden Erörterungen von Kontroversen ist der von K. A. von Vangerow
(3 Bde. 7. Ausgabe 1863—1869). Anfangs erschien das Werk unter dem Titel:
Leitfaden für Pandektenvorlesungen (1. Ausgabe 1838 f.); von der 6. Ausgabe
an unter dem Titel: Lehrbuch der Pandekten (1851 ff.). Die ersten 5 Ausgaben
erschienen ganz unverändert; in der 6. arbeitete Vangerow das Buch aber viel-
fach um und vermehrte es sehr, und in der 7. ist auch wieder Vieles geändert
und sehr vermehrt.

D. Sammlungen sämmtlicher oder wenigstens der meisten Werke eines Juristen.

Darüber vgl. Arndts § 19 Anm. 1 und über die opera Cuiacii das oben unter I.lit. A. Nr. 1 Gesagte.

E. Sammlungen einzelner Abhandlungen.

Viele Beiträge zur Erklärung und zur wissenschaftlichen Ausbildung des Privatrechts verdanken wir auch den Abhandlungen über einzelne Fragen und Lehren, theils exegetischen, theils historischen, theils dogmatischen Inhalts. Wir haben eine Menge von Sammlungen solcher Abhandlungen eines einzelnen Verfassers unter den verschiedensten Titeln (z. B. Civilistische Abhandlungen, Versuche, Erörterungen, Beiträge, Studien 2c.) Vgl. Arndts § 19. Anm. 2, n. 7. Wichtig sind auch die Zusammenstellungen von vorgekommenen Rechts-

mit Angabe der gefällten Urtheile und Entscheidungsgründe (zum Theil
'nknüpfung von Erörterungen über dieselben); auch Abhandlungen
auf vorgekommene Rechtsfälle, s. Arndts § 19 Anm. 5. — Be-
'eresse sind in dieser Hinsicht für unsere Zeit die Sammlungen
ngen der obersten deutschen Gerichtshöfe in Seufferts
'erts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichts-
'naaten. München 1847 ff. Bd. 1—8 herausgegeben von
? herausgegeben von J. A. Seuffert und E. A. Seuf-
'eben von E. A. Seuffert; Bd. 16 ff. herausge-
r).
's zu beachten die Sammlungen von wissenschaft-
ner Verfasser. In den älteren Zeiten (vom
des 18. Jahrhunderts lieferte namentlich die
en den Doktorgrad erlangen wollten oder mußten,
ationen, die theils vom Kandidaten selbst, sehr häu-
schrieben wurden. Viele davon sind ungemein leicht ge-
er sind sehr gut und es ist nur zu bedauern, daß auch die
Vereinzelung sich meist verlieren und das Gleiche ist auch der
en sog. Programmen, welche bei gewissen Gelegenheiten
schen Lehrern geschrieben werden müssen. Indeß sind doch viele in
Sammlungen zusammengestellt und wieder abgedruckt und er-
; so von den besseren älteren viele in den 25 Folianten der sog. trac-
tus tractatuum (Tractatus universi iuris. Venet. 1584 ff.); von den
späteren finden sich viele in den thesauri iuris von Otto (Ottonis thesaurus iuris rom. Lugd. Bat. 1725—29. 4 Vol.; Traiecti 1733—35. 5 Vol.), Meermann (Meermanni nov. thes. iur. Hagae Com. 1751—53. 7 Tom. fol.) und Oelrichs (Oelrichs thesaurus dissert. iurid. in acad. Belg. hab. Lips. 1769—70. 6 Tom.; Novus thes. Brem. 1771—82. 6 Tom.), ferner in der von Heineccius herausgegebenen Sammlung rechtshistorischer Arbeiten (F. Heineccii iurisprud. rom. et attica Lugd. Bat. 1738—41. 3 Vol.).

In unserer Zeit ist der Druck von Dissertationen weit seltener. Dagegen sind nun die Zeitschriften an der Tagesordnung, in welchen die Bearbeiter der Wissenschaft Abhandlungen verschiedenen Inhalts zum Abdrucke bringen (s. Arndts § 19 Anm. 4). Jede von diesen Zeitschriften enthält Tüchtiges neben manchem Unverdauten und Unwichtigen. Namentlich sind für den praktischen Juristen wichtig:

Das Archiv für civilistische Praxis [herausgegeben zuerst (Heidelberg 1818) von Gensler, Mittermaier, Schweizer; später von Francke, v. Linde, v. Löhr, Mittermaier, Mühlenbruch, Thibaut und C. G. Wächter; nach mannigfachem Wechsel gegenwärtig von Fitting, Renaud, Windscheid].

Die Gießener Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, herausgegeben von Linde und Anderen (Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. Herausgegeben von J. T. B. Linde, Th. G. L. Marezoll und A. M. v. Schröter. Gießen 1828 ff. Bd. 13—20). Der dritte Herausgeber war bei Bd. 1—4 v. Wening-Ingenheim. Nach dessen Tod trat an seine Stelle v. Schröter. [Neue Folge 1845 ff. von Bd. 16 an herausgegeben durch v. Linde und Schulte].

Die Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts von Ihering und Unger (Jena 1857 ff., ursprünglich von v. Gerber und Ihering).

Das Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts von Bekker und Muther (dann auch Stobbe. Leipzig 1857—63. 6 Bde).

Das Archiv für praktische Rechtswissenschaft, herausgegeben von Elwers, Schäffer, Seitz und Hoffmann [1852 f., später von Anderen; Neue Folge seit 1864, gegenwärtig von Heinzerling, Hoffmann, v. Ihering, Martin und Weber].

Zu den Sammlungen von Abhandlungen verschiedener Verfasser gehört auch noch das Rechtslexikon, herausgegeben von Weiske (1836—61. 16 Bde.).

Auch gehört hierher die Encyklopädie der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Holtzendorf, 2 Theile 1870/71 [2. Aufl. 1874/75.]; der erste Theil enthält eine kurze systematische Bearbeitung der einzelnen Hauptheile des Rechts von verschiedenen Verfassern; der 2. Theil, welcher auch den Titel Rechtslexikon hat, zerfällt in 2 Bände und giebt ein kurzes Rechtslexikon.

Bei diesen in den verschiedensten Werken zerstreuten Abhandlungen über einzelne Rechtsmaterien und Fragen ist es nicht ohne Interesse, Bücher zu haben, welche bloß darüber orientiren, wo sich in den Sammlungen von Abhandlungen und in den Zeitschriften Arbeiten über die betreffenden Materien finden. Wir haben zwei solche Repertorien über die Abhandlungen von Anfang unseres Jahrhunderts an, eines von Sickel [R. Sickel, Repertorium über die 180? bis mit 1834 erschienenen Sammlungen juristischer Aufsätze und rechtlicher Entscheidungen, Leipzig 1835, 2 Bde.], das andere von Kappler [juristisches Promtuarium über alle in den Jahren 1800—1835 erschienenen Abhandlungen, welche in den verschiedenen Zeitschriften zerstreut vorkommen. Stuttgart 1835; 2. Aufl. 1837].

F. Werke über die civilistische Litteratur.

Die Werke, welche den Zweck haben, über die juristische Litteratur überhaupt (nicht bloß des Pandektenrechts) zu orientiren, sind theils

1. solche, welche nur die Titel Dessen, was gedruckt ist, angeben. Dahin gehören die Bücher von Ersch (Litteratur der Jurisprudenz und Politik. Ausg. von Koppe. Leipzig 1823) und von Engelmann (Biblioth. iurid. Leipzig 1840. Supplementheft 1849). Eine gute Vervollständigung des letzteren Werkes gab Gust. Wilh. Wuttig (Bibliotheca iuridica oder Handbuch der juristischen Litteratur von 1849—1867 Leipzig 1868). Am reichhaltigsten aus der früheren Zeit ist die bibliotheca iuridica eines Konrektors Lipenius (Mart. Lipenius geb. 1630, gest. 1692. Bibliotheca realis iuridica. Francof. 1679 fol. — post Frid. Gottl. Struvii et Gottl. Aug. Ienichenii curas multis accessionibus aucta. II Tom. Lips. 1757 sq. — Ergänzungen gaben heraus: 1) Frid. Aug. Schott. Lips. 1775 f. — 2) Ren. Car. de Senkenberg. Lips. 1789 f. — 3) Lud. Gottfr. Madihn, Vratisl. 1816. 1823 II Tom.). Diese bibliotheca will die Titel aller juristischen Schriften nach Materien alphabetisch geordnet geben, wie sie eben der Verfasser und seine Nachträger aus allen möglichen Quellen zusammenbringen konnten. Vieles aber davon ist ungenau und unzuverlässig.

Weit zuverlässiger und besser ist das Handbuch von Schletter [Herm. Theod. Schletter, Handbuch der juristischen und staatswissenschaftlichen Litteratur. Grimma 1843], welches in systematischer Ordnung das wichtigere Gedruckte bis zum Jahre 1839 giebt.

Auf die Litteratur unseres Jahrhunderts beschränkt, aber bis 1854 fortgeführt ist das Handlexikon der juristischen Litteratur des 19. Jahrhunderts von O. A. Walther (Weimar 1854. gr 8.).

Nicht zu begreifen ist aber, wie Manche (auch Arndts § 20) die bibliotheca eines v. Ulmenstein (4 Bde. Berlin 1821—23) ohne Warnungszeichen anführen können; es ist ein — Machwerk, das zu nichts zu gebrauchen ist.

2. Werke, welche hauptsächlich von den juristischen Schriftstellern und ihrem gelehrten Wirken und Leben handeln, aber ohne erschöpfende Notizen über ihre Schriften zu geben. Dahin gehört:

Gust. Hugo (geb. 1764) Lehrbuch der juristischen und meist civilistischen gelehrten Geschichte (Berlin 1812. 3. sehr veränderte Ausg. mit dem Titel: Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts seit Justinian oder der juristischen und meist civilistischen gelehrten Geschichte. Berlin 1830).

Christ. Gottlieb Haubold (geb. 1766, gest. 1824) Institutiones iuris Romani litterariae (Tom. I. Lips. 1809. 8. Eine Fortsetzung erschien nicht). Dies ist, auf Bearbeiter des Civilrechts beschränkt, ein sehr gründliches Werk, in wel-

chem die bessern Civilisten bis zum 19. Jahrhundert zusammengestellt, charakterisirt, das Wichtigste aus ihrem Leben hervorgehoben und die Bücher angegeben sind, in denen etwas über sie zu finden ist (Arndts führt in § 20 eine 2. Ausgabe dieses Buches von 1826 an; eine solche existirt aber gar nicht).

3. Schriften über Leben und Wirken der Schriftsteller mit einer genauen Angabe aller ihrer Werke. Wir haben ein alle Perioden unserer Litteratur umfassendes Werk dieser Art nicht, sondern nur solche Ausführungen über einzelne Juristen oder über die Juristen einer bestimmten Periode der Litteratur. Zu den ersteren gehört Ingler Beiträge zu juristischen Biographien (Leipzig 1773—1780. 6 Bde. Enthält 179 Biographien, sehr ausführlich und genau), zu den letzteren besonders Savigny Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter (Bd. IV—VI. 1815 f. 6 Bde. 2. Ausg. 1834—51. 7 Bde. über die Civilisten vom 12. bis zum Ende des 15. Jahrhunderts. Über die Lebenszeit der namhafteren Juristen und Nachweisung der Werke, in welchen man Näheres über sie findet, ist recht gut: Gust. Ad. Martin (geb. 1800, gest. 1831): Juristische Litteraturgeschichte im Grundrisse (Heidelberg 1824. 8.).

4. Endlich ist noch auf eine Reihe recensirender oder sog. kritischer Zeitschriften hinzuweisen, welche den Zweck haben, über neuerschienene juristische Werke Relationen zu geben und sie zu beurtheilen, und welche viel Beachtenswerthes enthalten; s. Arndts § 19, Anm. 8; namentlich:

Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft von Mohl, Rogge, Scheurlen, Schrader und Wächter. Tübingen 1826 ff. 6 Bde.

Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft, herausgegeben von Richter, dann Schneider. Leipzig 1837—48. 24 Bde.

Kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft, herausgegeben von Brinkmann, Dernburg ꝛc. Heidelberg 1852—59. 5 Bde.

Kritische Überschau der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, herausgegeben von Arndts, Bluntschli und Pözl. München 1853—59. 6 Bde.

Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, herausgegeben (gegenwärtig) von Pözl und Brinz. München 1859 ff. — Diese gehört zu den Bedeutendsten.

Jahrbücher der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, herausgegeben von H. Th. Schletter. Stuttgart 1855—73. 14 Bde.

Allgemeine Lehren des Pandektenrechts.

Erster Abschnitt. Das objektive Recht oder die Theorie der Rechtsnormen.

Erstes Kapitel. Die Natur und Verschiedenheit der Rechtsnormen und ihres Inhalts.*

I. Gemeines und besonderes Recht überhaupt.

§ 17.

In dem Ausdruck gemeines Recht, ius commune liegt ein Gegensatz zu einem Besonderen, Beschränkteren. Die Beziehung eines solchen Gegensatzes kann aber sehr verschieden sein, und so wird auch der Ausdruck je nach der Verschiedenheit dieser Beziehung in sehr verschiedenem Sinne gebraucht.

I. Der Inhalt der Quellen des positiven Rechts eines Staats giebt die abstrakten Normen, nach denen sich die rechtlichen Verhältnisse im Staat zu bestimmen haben; er bildet das geltende Recht im Staat, das Recht im objektiven Sinne (s. § 1 a. E.). Dieser Inhalt kann in gegenständlicher Hinsicht eine mehr oder minder ausgedehnte Beziehung haben. Nach ihrem Gegenstande sind die Rechtsnormen entweder

* Wir haben das gesammte geltende Recht lediglich aus den Rechtsquellen zu entnehmen, durch welche es in bindender Weise positives Recht im Staate wurde (siehe § 2). Deßhalb müssen wir vor Allem wissen, welche einzelne Rechtsquellen bei uns gelten und das dermalen geltende positive Recht enthalten. Diese Frage mußte in der Einleitung beantwortet werden (siehe § 8—14). Außerdem entsteht aber noch die Frage über die juristische Natur der Quellen des positiven Rechts und ihres Inhalts und über die Weise, wie bei uns neues Recht entstehen und das alte aufgehoben oder modificirt werden kann, über die Grundsätze, nach welchen die geltenden Rechtsnormen auszulegen, anzuwenden und bei Lücken zu ergänzen sind und über den Umfang ihres Herrschaftsgebiets. Diese Lehren sind ein Theil des Systems selbst; sie bilden die allgemeine Theorie der Rechtsnormen überhaupt und der Privatrechtsnormen insbesondere.

1) allgemeiner Natur[1], indem sie sich auf Personen überhaupt oder auf alle Gegenstände einer gewissen Gattung beziehen, oder

2) beziehen sie sich bloß auf gewisse Klassen von Personen (z. B. Frauen, Minderjährige, Soldaten ꝛc.) oder auf gewisse Arten von Gegenständen oder Rechtsverhältnissen einer bestimmten Gattung [oder auf einzelne Personen, Gegenstände oder Rechtsverhältnisse].

Den Inhalt der Rechtsnormen letzterer Art (Nr. 2) kann man besonderes Recht, ius speciale nennen, den Inhalt der ersteren gemeines Recht, ius commune, und von Vielen werden diese Ausdrücke in diesem Sinne gebraucht; auch bezeichnen die römischen Quellen mitunter durch ius commune Rechtsnormen der ersteren Klasse, im Gegensatze zum ius proprium gewisser Klassen von Personen[2].

Nur ist dabei Folgendes zu beachten.

a. Die gegenständliche Gemeinsamkeit kann natürlich verschiedene Abstufungen haben, die dann wieder durch Gemeines und Besonderes bezeichnet werden können, so daß Das, was auf einer solchen Stufe ein Gemeines ist, im Verhältnis zu einer noch ausgedehnteren Stufe wieder ein Besonderes bildet. In so fern kann also dieselbe Rechtsnorm, je nach der verschiedenen gegenständlichen Beziehung, in der man sie betrachtet, zugleich eine gemeine und eine besondere sein. Man kann z. B. unterscheiden ein gemeines Recht der Rechtsgeschäfte überhaupt im Gegensatz zum besondern Recht der Verträge, aber auch ein gemeines Recht der Verträge im Gegensatz zum besonderen Rechte einzelner Verträge, z. B. des Darlehns, des Miethvertrags ꝛc. Denn dieses Recht der Verträge, das im Gegensatz zum gemeinen Recht der Rechtsgeschäfte ein besonderes Recht ist, bildet im Gegensatz zum eigenthümlichen Rechte einzelner Verträge ein gemeines Vertragsrecht; ebenso kann man bei letzten Willen unterscheiden ein gemeines Recht der letzten Willen im Gegensatz zum besonderen Recht einzelner Klassen von letzten Willen, z. B. der Testamente, aber auch wieder gemeines Recht der Testamente im Gegensatz zum besonderen Recht gewisser, z. B. der privilegirten Testamente.

---

[1] Dieser Charakter der Allgemeinheit ist indeß relativ; es finden sich sehr verschiedene Abstufungen, die Normen können mehr oder minder allgemein sein.

[2] D. de iniust. rumpto. 28, 3 l. 7; de test. mil. 29, 1 l. 11 pr., l. 20 pr., l. 25.

b. Für das gegenständlich gemeine Recht gebrauchen Manche auch die Bezeichnung allgemeines Recht, ius generale.

c. Andere aber bezeichnen durch ius generale (allgemeines Recht), das objektive Recht überhaupt, jeden Rechtssatz, mag er seinem Gegenstande nach mehr oder minder allgemein sein, begreifen also darunter auch den Inhalt derjenigen Rechtsnormen, die sich bloß auf einzelne Arten von Personen, Sachen ꝛc. beziehen, und dieses stimmt auch mehr mit dem römischen Sprachgebrauche überein.

d. Den Gegensatz zu diesem ius generale (Lit. c.) würde dann bloß den Inhalt einer Norm, die sich lediglich auf das Rechtsverhältnis konkreter Individuen bezieht, bilden, und diesen Inhalt bezeichnen dann Viele durch ius speciale. Es kann nämlich vorkommen, daß ein Gesetz bloß auf die Festsetzung eines konkreten Verhältnisses einer bestimmten einzelnen Person oder einer konkreten Sache sich bezieht (lex personalis, constitutio personalis, persönliches Gesetz), sei es einer natürlichen, z. B. des Titius, oder einer juristischen, z. B. einer konkreten Stadt, oder des betreffenden Staates, des Fiskus. Solche Gesetze (d. h. in der Form eines eigentlichen Gesetzes, also in konstitutionellen Staaten mit Zustimmung der Stände erlassene) kommen auch bei uns mitunter vor, aber im Ganzen nicht häufig[3]. Dagegen wird häufig die Staatsregierung durch die bestehende Gesetzgebung ermächtigt, im Verwaltungswege solche konkrete Verleihungen zu ertheilen, z. B. Dispensationen von Ehehindernissen, Ertheilung einer venia aetatis etc. Bei den römischen Imperatoren kam es, weil sie die höchste administrative Gewalt mit unbeschränkter Gesetzgebungsgewalt verbanden, nicht darauf an, in ihren Konstitutionen, so weit dieselben Verfügungen für ein konkretes Individuum trafen, jene beiden Beziehungen, die legislative und die administrative, scharf zu trennen, und so bedeutete eben bei ihnen constitutio personalis jede Bestimmung des Imperators über das konkrete Verhältnis eines Individuums, mochte sie an sich dem Bereiche der Verwaltung oder dem der Gesetzgebung angehören[4]. Solche persönliche Gesetze aber sind für die Frage, was als objektives Recht im Staate gilt, in der Regel ohne

[3] Z. B. in manchen konstitutionellen Staaten wurde im Wege der Gesetzgebung, also mit Zustimmung der Stände den Schiller'schen und Goethe'schen Erben die Schutzzeit der Werke ihrer Erblasser gegen Nachdruck verlängert; oder es wurde über das Rechtsverhältnis einer anzulegenden konkreten Eisenbahn Bestimmung getroffen ꝛc.

[4] D. de const. princ. 1, 4. l. 1 § 2. I. de iur. nat. 1, 2 § 6.

Interesse; denn sie bilden nicht eine Rechts norm überhaupt und setzen nicht abstrakte Rechtssätze fest, sondern betreffen bloß den für das geltende Recht überhaupt in der Regel unwichtigen Rechtszustand einzelner Individuen und gehören daher nicht zu den Quellen objektiven Rechts, sondern bloß zu den Entstehungsgründen einzelner konkreter Rechtsverhältnisse und subjektiver Rechte.

Die Normen des objektiven Rechts überhaupt und das daraus sich ergebende geltende objektive Recht bezeichnen die Römer meist durch das Prädikat generale, z. B. generale ius im Gegensatz zum Inhalt der constitutio personalis[5], ferner edictum generale, generalia rescripta, generalis constitutio oder generalis lex, die Quellen objektiven Rechts überhaupt[6]. Den Gegensatz bildet das für ein konkretes Individuum Festgesetzte, das aber die Römer mit Recht nicht durch ius speciale bezeichneten, sondern durch die Beziehung auf die Quelle (z. B. specialis constitutio, specialis lex, speciale senatus consultum) oder auf den Inhalt (z. B. speciale benificium, specialis largitas).

II. Nach der juristischen Natur eines Rechtssatzes bedeutet ius commune, gemeines Recht (häufig auch regelmäßiges Recht genannt) diejenigen Rechtssätze, welche der ratio iuris, dem Rechtsbegriffe, wie ihn das positive Recht auffaßt, der Natur des Rechts entsprechen, im Gegensatz zum singulären Recht, ius singulare, den anomalen Abweichungen von der ratio iuris[7].

III. Mitunter wird in den römischen Rechtsquellen durch ius commune wohl auch das ergänzende Recht, der Inhalt der sog. Dispositivgesetze (s. § 20), im Gegensatz zu den besonderen Festsetzungen der Partieen gebraucht[8].

IV. Vornehmlich wird der Ausdruck gemeines Recht, ius commune nach der geographischen oder räumlichen Ausdehnung der Geltung eines Rechtssatzes im Gegensatz zum partikulären oder besonderen Rechte, zum sog. ius particulare gewisser Bezirke gebraucht (§ 5). Einige Wenige gebrauchen für das gemeine und partikuläre Recht in diesem Sinne auch die Ausdrücke

---

[5] Cod. de legib. 1, 14 cst. 2; si contra ius 1, 22 cst. 6.
[6] Z. B. C. de legib. cst. 3. I. de iur. nat. 1, 2 § 6.
[7] Hierüber s. § 18.
[8] Z. B. D. de R. I. 50, 17. l. 81. C. de pact. pign. 8, 35. cst. 1.

ius generale und speciale, was aber nicht geschehen sollte, weil es zu Verwirrung in der Terminologie führt. Die Römer bezeichnen dieses gemeine Recht nicht durch ius commune und hatten überhaupt für dasselbe wohl keinen Kunstausdruck[9] und auch den Gegensatz bezeichneten sie konkreter durch Umschreibung, z. B. durch lex municipalis, ius quo urbs Roma utitur, regionis mos u. dgl.

Nicht selten werden diese verschiedenen Eintheilungen des Rechts in unlogischer Weise vermischt. So setzen z. B. Manche das geographisch gemeine und das gegenständlich generelle Recht (Nr. IV und Nr. I 1) unter dem Namen ius generale dem gegenständlich und geographisch besondern Recht unter dem Namen ius particulare entgegen, während doch das geographisch gemeine Recht auch ein gegenständlich besonderes, z. B. eine gemeinschaftliche Norm über gewisse Klassen von Personen, und das geographisch besondere Recht ein gegenständlich generelles Recht für den betreffenden Bezirk sein, z. B. einen Rechtssatz für alle Personen oder Sachen enthalten kann. Ferner fassen Manche das ius singulare (Nr. II) als einen Gegensatz zum gegenständlichen ius commune auf; allein der singuläre Rechtssatz kann seinem Gegenstande nach bald besonderes Recht für gewisse Klassen von Personen und Sachen ꝛc. bilden, bald aber auch ein ius commune nach der gegenständlichen Beziehung, d. h. eine Anomalie ganz allgemeiner Natur festsetzen[10].

II. Das singuläre Recht.

§ 18.

Jedes positive Privatrecht geht von Grundsätzen aus, welche durch die Weise, wie es den Rechtsbegriff auffaßt, gebildet werden, also von Dem, was es der Natur des Rechts, der ratio iuris oder dem tenor iuris für entsprechend hält. Diese Principien und ihre Konsequenzen bilden das ius commune, das grundsätzliche, principielle Recht. Es ist aber nicht selten, daß das positive Recht für gewisse Rechtsverhältnisse gleichsam einen Bruch in Das macht, was

[9] Wenn sie ihr ius gentium durch commune omnium hominum ius bezeichneten — Gaius 1, § 1; D. 1, 1 de I. et I. l. 1 § 3, l. 6 pr., l. 9 — so verstehen sie darunter nicht ein juristisch gemeines, sondern bloß ein gemeinsames, gleiches Recht in dem in § 5 bei Anm. 7 entwickelten Sinne.

[10] Z. B. D. de usurp. 41, 3 l. 44 § 3; de possess. 41, 2 l. 44 § 1.

der Natur und dem Princip des Rechts gemäß ist, eine anomale Abweichung davon festsetzt, z. B. aus gewissen Utilitätsrücksichten oder aus besonderer Fürsorge für gewisse Klassen von Personen oder Verhältnissen; auch um besonderer Zwecke willen, welche sich bei konsequenter Durchführung der allgemeinen Rechtsgrundsätze nicht erreichen lassen würden; mitunter auch aus Mißgunst gegen gewisse Klassen von Personen. Solche Bestimmungen bilden das ius singulare, die singulären Rechtsnormen, das regelwidrige oder anomale Recht[1]. — Meist hat die singuläre Rechtsnorm den Zweck, Vergünstigungen und Vortheile für gewisse Klassen von Personen oder Rechtsverhältnisse einzuführen und dann nennt man es auch Rechtswohlthat oder Vorrecht, sog. privilegium favorabile, legis beneficium, auch privilegium im weitern Sinne[2]. — Es kann aber auch eine singuläre Rechtsnorm etwas Nachtheiliges für die Betreffenden einführen, was man bei uns gewöhnlich durch privilegium odiosum bezeichnet, z. B. die Bestimmungen des spätern römischen Rechts über Ketzer, die des früheren deutschen Rechts über Juden.

Das singuläre Recht ist auch ein Bestandtheil des objektiven Rechts. Denn es bildet abstrakte Rechtsnormen, bald für gewisse (abstrakte) Klassen von Personen, bald für gewisse Verhältnisse überhaupt[3]. Man muß deßhalb von diesen singulären Rechtsnormen (den Privilegien im weitern Sinne) wohl unterscheiden die Privilegien im engern Sinne. Sie sind Ausnahmen vom grundsätzlichen Recht, welche für ein konkretes Individuum oder für eine konkrete Sache, z. B. für ein gewisses Grundstück gemacht wird, sei es für einen einzelnen Fall (z. B. Dispensation vom Eheverbot) oder für eine Reihe von Fällen. Ein solches Privilegium, z. B. Ertheilung von Steuerfreiheit ꝛc. nennt man wohl auch Privilegium im engsten Sinne. Vgl. § 17 bei Anm. 3, § 38 Nr. VII.

---

[1] D. de legib. 1, 3 l. 14—16; de usurp. 41, 3 l. 44 § 3; de vulg. subst. 28, 6 l. 15; de milit. test. 29, 1 l. 11 pr., l. 25 pr.

[2] Z. B. die Vorrechte der Minderjährigen, Frauen, Soldaten in manchen Fällen. Vgl. Windscheid Pandekten § 29.

[3] Siehe z. B. Dig. de usurp. 41, 3 l. 44 § 3.; de acq. vel. amitt. poss. 41, 2 l. 44 § 1.

III. Das billige Recht (aequitas).

(Windscheid Pandekten § 28.)

§ 19.

I. Vor dem Gesetz soll in der Regel Jeder gleich sein; das Gesetz soll Jeden nach dem gleichen rechtlichen Maßstab messen, Jedem gleichen Schutz und die Möglichkeit gleichen Rechtserwerbes gewähren. Allein die Lebensverhältnisse der Menschen bringen Verschiedenheiten mit sich, welche schon nach dem Rechtsbegriffe den Anspruch auf Beachtung in sich tragen. Das positive Recht kann und darf manche Verschiedenheiten, welche theils schon die Natur in die Menschen legte theils die Lebensverhältnisse derselben nothwendig mit sich bringen, nicht unberücksichtigt lassen. Sie tragen eine Berechtigung zur Beachtung in sich und es würde dem Rechtsbegriffe widersprechen, wenn man sie nicht beachten und wahrhaft Ungleiches mit gleichem Maßstabe bemessen würde. Auch fordert bei manchen Rechtsverhältnissen der Grundsatz gerechter Ausgleichung eine besondere Berücksichtigung konkreter Umstände, unter denen sich das Verhältnis bildete, oder die sonst bei demselben eingreifen; die rechtliche Bemessung solcher Rechtsverhältnisse nach einer unbedingt maßgebenden abstrakten Regel ohne Berücksichtigung jener Umstände müßte häufig zum Widerspruch mit dem wahren Rechte führen. So ist es z. B. Grundsatz des Rechts, daß Jeder die Verträge, welche er einging, zu halten verbunden ist; würde aber ein positives Recht diesem Grundsatz in der Weise rücksichtslos Geltung geben, wie es das ältere römische Recht z. B. bei den Stipulationen that, indem es bei der aus ihnen entspringenden Verbindlichkeit gar keine Rücksicht darauf nahm, ob die Partie zu ihrem Versprechen durch Betrug verleitet oder durch Drohungen bestimmt wurde: so würde es eine Ungerechtigkeit und Unbilligkeit festsetzen; denn der Rechtsbegriff verlangt, daß in solchen Fällen der allgemeine Grundsatz der Verbindlichkeit des Vertrags eine Modifikation erleide und dem Betrogenen und Gezwungenen das Recht eingeräumt werde, die Erfüllung des Vertrags zu verweigern und die Aufhebung desselben zu verlangen. So ist es ferner eine wohlbegründete Regel des Rechts, auf Irrthum des Handelnden keine Rücksicht zu nehmen; allein in gewissen Fällen liegt es doch in dem Rechtsbegriffe, den Irrthum nicht unbeachtet zu lassen. Rechtsnormen, welche das Princip der Rechts-

gleichheit in gehöriger Weise durchführen, also das seiner Natur nach Gleiche auch wirklich gleich behandeln und unberechtigten Momenten, die zu einer Rechtsungleichheit führen würden, keine Geltung geben, dagegen diejenigen Verschiedenheiten und solche besondere thatsächliche Momente, die eine Berechtigung zur Beachtung in sich tragen, gehörig berücksichtigen, bilden ein billiges Recht, ein ius aequum. Denn Billigkeit im Sinne unserer älteren deutschen Rechtsquellen und aequitas im Sinne des römischen Rechts ist eben die das berechtigte Besondere gehörig beachtende und das wahrhaft Gleiche nach gleichem Maßstab bemessende Gerechtigkeit. Diese aequitas ist leitendes Princip im Recht[1]; sie zu verwirklichen soll jedes positive Recht sich zur Aufgabe machen[2].

II. Es giebt aber sehr viele Fälle, in welchen das Recht Verschiedenheiten und Ungleichheiten selbst wenn ihre Berücksichtigung im konkreten Falle als eine an sich begründete erscheinen würde, doch nicht berücksichtigen kann und dann in so fern ein durchgreifendes ius strictum wird und mitunter ein iniquum werden kann. Denn die Sicherheit und Festigkeit der Rechtsverhältnisse und des rechtlichen Verkehrs und die Nothwendigkeit objektiver Beurtheilbarkeit und Anwendbarkeit der Rechtsnorm verlangt, daß das Recht Durchschnitte macht, Mannigfaches unter einen durchgreifenden Maßstab, unter einen gemeinsamen Grundsatz stellt[3], der dann freilich für manche Fälle, die er trifft, nicht ganz passen mag und für sie eine Härte sein kann[4]. Das Recht kann

---

[1] D. de R. I. 50, 17 l. 90. C. de iudic. 3, 1. cst. 8.

[2] Vgl. Ihering Geist des römischen Rechts II § 29; Windscheid Pandekten § 28. — Unter „Billigkeit" versteht man Verschiedenes. In der einen Bedeutung bezeichnet sie einen Gegensatz zum Recht: Das, was nach dem bestehenden Recht nicht gefordert werden kann, wofür aber humane und milde Berücksichtigung der besonderen Umstände spricht (z. B. Beschränkung in der Ausübung unserer Rechte, schonende Rücksichtnahme auf besondere Bedürfnisse und Verhältnisse, z. B. eines Schuldners ꝛc.) In diesem Sinne gehört sie nicht in das Recht, ist ihre Berücksichtigung bloß Sache des freien sittlichen Willens (res quae servanda est arbitrio). In einer andern Bedeutung aber und besonders im ältern deutschen Sprachgebrauch (so: Unbill = Unrecht) bezeichnet Billigkeit einen Grundcharakter des Rechts und stimmt ganz mit dem römischen Ausdruck aequitas überein; sie bedeutet nämlich Das, was in Wahrheit gerecht ist, die den Forderungen der Gerechtigkeit entsprechende gleiche Behandlung des wirklich Gleichen und verschiedene Behandlung des wahrhaft Verschiedenen (Cic. Top: aequitas, quae paribus in causis paria iura desiderat).

[3] Natürlich ist es eine Anforderung an das Recht, daß es in solchen Durchschnitten nicht zu weit gehe, nicht Verhältnisse, welche wirklich verschiedener Natur sind, gleich behandle, und nicht Momente, welche zu beachten die Gerechtigkeit fordert, bei seinem Durchschnitt unberücksichtigt lasse.

[4] Das positive Recht muß in vielen Fällen in so fern ein ius strictum sein, als die

z. B. die wichtige Frage, wann der einzelne Mensch selbständig und fähig wird, sein Vermögen zu verwalten und sich durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten, unmöglich abhängig machen von der individuellen Entwicklung und Reife jedes konkreten Individuums. Es muß vielmehr in dieser Hinsicht nach einem allgemeinen Maßstabe einen festen Altersabschnitt für Alle festsetzen, der dann freilich auf manche einzelne Individuen nicht passen, für sie unbillig sein kann. Für den Fall nun, daß die Anwendung des Durchschnitts in einem einzelnen Fall auf ganz besondere Härten führen würde, gewährt bei solchen nothwendigen Durchschnitten die Gesetzgebung selbst noch besondere Wege, auf welchen das strikte Recht in seiner Anwendung gemildert wird und den Anforderungen der aequitas Genüge geschehen kann, z. B. indem sie gewissen Organen das Recht einräumt, für konkrete Individuen eine Ausnahme von der Bestimmung des Gesetzes zu machen, einen Minderjährigen zum Volljährigen zu erklären, von einem gesetzlichen Verbot Jemanden zu dispensiren ꝛc. Namentlich gehört hierher auch das ganze Institut der in integrum restitutio, durch welches die rechtlichen Folgen, welche vermöge des bestehenden objektiven Rechts eintreten, wenn sie in einem Widerspruch mit den Anforderungen der aequitas stehen, in gewissen Fällen im Wege einer außerordentlichen Rechtshilfe wieder beseitigt werden. Solche Berücksichtigungen der aequitas sind aber Singularitäten[5].

Mitunter wird vom Recht in gewissen Verhältnissen es dem Richter überlassen, in ihnen in gewissen Beziehungen nach seinem Ermessen die Grundsätze der aequitas zur Anwendung zu bringen (vgl. § 28).

III. Nicht selten nimmt das positive Recht Rücksichten auf Besonderheiten, die in einer zu weit getriebenen Begünstigung gewisser Klassen von Personen oder Verhältnissen liegen. Meist will es auch hier billig sein, geht aber in der Billigkeit zu weit und setzt ein singuläres Recht für jene Personen und Verhältnisse fest, das in der Regel zur Iniquität gegen Diejenigen wird, gegen welche solche Begünstigungen geltend gemacht werden können. Dies war z. B. der Fall bei manchen Konkursprivilegien, bei manchen Privilegien der Soldaten ꝛc.

---

nothwendige Festigkeit und Sicherheit des Rechts selbst und die objektive Beurtheilbarkeit und Durchführbarkeit der Rechtsnorm es erheischt. D. de legib. 1, 3 l. 4—6.

[5] Es ist jedoch das billige Recht nicht gleich bedeutend mit ius singulare (vgl. § 18).

IV. Gebietende und ergänzende Normen.

§ 20.

Die Verbindungskraft der Privatrechtsnormen ist theils eine bloß hypothetische, theils eine unbedingt zwingende. Die Normen des positiven Rechts nehmen allgemeine Anerkennung und Geltung in Anspruch; sie sind für Jeden maßgebend (gl. § 1). Doch ist hierin gerade im Kreis des Privatrechts dem Willen des Einzelnen eine sehr große Freiheit gewährt. Nach diesem Gesichtspunkt, nach ihrer Verbindungskraft, zerfallen die Privatrechtsnormen in zwei wesentlich verschiedene Gattungen.

I. Das Recht soll der Freiheit der ihm unterworfenen Personen möglichst Raum geben, namentlich auch in der Begründung und Bestimmung ihrer Rechtsverhältnisse, so weit das allgemeine Interesse nicht dadurch gefährdet wird. Dies kann auf dem Gebiete des Privatrechts in sehr ausgedehnter Weise geschehen und geschieht auch wirklich [1]. Denn es verträgt sich durchaus mit der öffentlichen Ordnung und dem allgemeinen Interesse, daß es in der Regel den Betheiligten überlassen wird, ihre konkreten Privatrechtsverhältnisse nach ihrer Willkür selbst zu bestimmen, sei es durch einseitige Verfügung, so weit dadurch in fremde Rechte nicht eingegriffen wird, z. B. wenn ein Erblasser über sein Vermögen durch letzten Willen verfügen will, oder durch Vereinbarung der Betheiligten, durch Vertrag; der Inhalt solcher Verfügungen und Vereinbarungen gilt dann für das betreffende konkrete Rechtsverhältnis der Betheiligten als Norm [2]. Sehr häufig aber machen die Betheiligten nur einen unvollständigen Gebrauch von dieser Freiheit; sie schließen z. B. einen Kauf mit einander, bestimmen aber dabei nichts über Zahlungszeit, Zahlungsort u. dgl., oder es stirbt Jemand ohne über seinen Nachlaß verfügt zu haben. Für solche Fälle muß das objektive Recht sorgen; es muß Normen festsetzen, nach welchen das von den Parteien unbestimmt Gelassene zu bestimmen und

[1] Anders im öffentlichen Recht; dieses schließt in seinen Kreisen die Willkür und das Belieben der Individuen aus; sie dürfen sich hier ihre Rechtsverhältnisse nicht selbst bestimmen.

[2] Vgl. § 23 Nr. III. 2. Sie bilden eine lex contractus; nur ist es nicht abstrakter Rechtssatz, sondern bloß konkrete Norm für dieses Verhältnis.

zu ergänzen ist, welche also nur für den Fall gelten, wenn und so weit die Betheiligten nicht selbst über die betreffenden Punkte eine Bestimmung getroffen haben. Der Richter hat daher auf das konkrete Verhältnis der Betheiligten zunächst Das anzuwenden, was sie in gültiger Weise festsetzten, und nur wenn und in so weit sie keine solche Festsetzungen trafen, nach jenen ergänzenden Normen zu sprechen. Solche Normen haben also lediglich den Zweck, den unvollständig ausgedrückten Willen der Parteien zu ergänzen. Dieser Charakter nun kommt den meisten Privatrechtsnormen zu. Die Parteien sind an sie nicht gebunden, können das Gegentheil unter sich gültig festsetzen; sie kommen aber zur Anwendung so weit die Parteien nichts festgesetzt haben.

Diejenigen Normen des positiven Rechts, welche den Zweck haben, nur dann und in so weit als maßgebend einzutreten, wenn und in wie weit nicht die Betheiligten selbst über das betreffende Rechtsverhältnis eine Bestimmung trafen (bei Verträgen durch den Vertrag, bei einseitigen Rechtsgeschäften, z. B. Testamenten, durch Verfügung des Errichters des Geschäfts) nennt man gewöhnlich hypothetische oder dispositive. Allein beide Bezeichnungen werden besser vermieden. Der erstere Ausdruck ist zwar in so fern richtig, als die Anwendung solcher Rechtssätze von einer Voraussetzung abhängt, d. h. davon, daß die Betheiligten nicht selbst eine andere Bestimmung trafen. Dieses Prädikat des Hypothetischen aber kann auch in ganz anderen Beziehungen einem Rechtssatze zukommen, z. B. dem gemeinen römischen Recht im Verhältnis zum partikulären (es ist ein hypothetisches Recht, so fern es im Gebiete des partikulären Rechts nur zur Anwendung kommen kann, so weit das partikuläre keine Bestimmungen enthält), ferner dem römischen Recht im Verhältnis zum gemeinen deutschen Recht; da seine Anwendung von verschiedenen Voraussetzungen abhängt (§ 11 und 14). Noch weniger zu billigen ist der Ausdruck leges dispositivae, den die Älteren für solche Normen bildeten, weil solche Gesetze simpliciter disponunt, non prohibent; denn in dem Disponiren liegt gar nicht eine Beschränkung auf ein solches simpliciter disponere; vielmehr ist jedes Gesetz, so weit es wirklich eine Anordnung enthält, auch das gebietende Gesetz, ein disponirendes und man unterscheidet gerade in diesem Sinne technisch die verba dispositiva des Gesetzes von den enunciativa (§ 28. B. I. 1 c.). Am richtigsten ist wohl, sie als er-

gänzende Rechtsnormen zu bezeichnen[3], weil sie in der That bloß Das ergänzen, was der Privatwille unbestimmt gelassen hat.

Bestritten ist bei diesen ergänzenden Normen, ob, in so fern sie die Folgen und Wirkungen eines Rechtsgeschäfts bestimmen und die Partieen im konkreten Falle nicht etwas Anderes festsetzen, ihr Inhalt als ein von den Partieen wirklich gewollter, also bei Verträgen als ein durch vertragsmäßige Festsetzung bestimmter aufzufassen sei. Faßt man die Frage in dieser Weise, so ist sie allerdings dann zu verneinen, wenn die Partieen bei Abschluß des Geschäfts an eine Ergänzung ihres Willens gar nicht dachten. Allein für die aus solchen Normen entspringenden Rechte der Partieen ist dies indifferent; denn durch das ergänzende Gesetz bekommt das Rechtsverhältnis, so bald es konkret begründet wird und die Partieen nicht Anderes bestimmen, nun in Beziehung auf die von den Partieen unbestimmt gelassenen Punkte seine Bestimmung und rechtliche Natur und seinen rechtlichen Inhalt, und dieser Inhalt bildet für jede Partie so gut ihr wohlerworbenes und von der Willkür der andern Partie unabhängiges Recht, als wenn er ausdrücklich festgestellt wäre; er ist so zu behandeln, als ob er vereinbartes Recht wäre. Denn das ergänzende Gesetz will nicht bloß dem Privatwillen entgegengesetzte Festsetzungen gestatten, sondern hat ganz wesentlich die Bestimmung, in Allem, was dieser Wille unbestimmt ließ, denselben zu ergänzen, näher zu bestimmen wie der im Geschäft ausgesprochene Willen aufzufassen sei, um die Partieen der Nothwendigkeit einer besondern Vereinbarung über solche Punkte zu überheben. Wird z. B. bei einem Kauf von den Partieen über den Grad der culpa, für welchen der Verkäufer einzustehen hat, über das Haften desselben für rechtliche oder physische Mängel der verkauften Sache, über die Zeit, in welcher die Sache abzuliefern ist ꝛc. Nichts festgesetzt, so erlangt der Käufer mit dem Abschluß des Kaufvertrags in allen diesen Beziehungen die Rechte gegen den Verkäufer, welche in dieser Hinsicht die ergänzende Norm unseres positiven Rechts mit dem Kaufe verbindet und der Verkäufer kann sich ihnen nicht mehr nach Willkür entziehen. Vgl. Mein Württemb. Privatrecht Bd. II. S. 6; Savigny Syst. VIII. 110 ff.; ebenso sagt auch Thöl (Einleitung in das deutsche Privatrecht § 44. S. 119 f.), daß bei Rechtsgeschäften der Inhalt der ergänzenden Gesetze „als Auslegung des unvollständig ausgesprochenen Willens, als ein zu vermuthender Wille" aufgefaßt werden könne, und deßhalb nennt er sie bei Rechtsgeschäften auslegende Rechtssätze. Nur läßt sich damit wohl nicht in Einklang bringen, wenn Thöl es verneint, daß dieser Inhalt ebenso wie ein vereinbarter zu behandeln sei.

II. Allein nicht alle Privatrechtsnormen haben diesen bloß ergänzenden Charakter. Der Schutz der Freiheit und des Rechts der Individuen, das öffentliche Interesse, die allgemeine Ordnung, die

[3] Vgl. Mein Württ. Privatr. II. S. 6; und nun auch Unger Österr. Privatr. I § 9. Von Savigny (Syst. I 58) und nach ihm von Vielen werden jene Rechtsnormen vermittelnde genannt, ein Ausdruck, der ihr Wesen doch nicht gehörig bezeichnet. Thöl (Einl. in das deutsche Privatr. S. 120) schlägt die Bezeichnungen privatrechtlich, abänderlich, nachgebend vor; allein das Prädikat „nachgebend" ist zu unbestimmt; das Prädikat „abänderlich" ist, von Anderem abgesehen, vieldeutig und in so fern unrichtig, als jene Normen als Rechtsnormen nicht durch die Privatwillkür abgeändert, sondern nur in ihrer Anwendung auf den konkreten Fall ausgeschlossen werden können; „privatrechtlich" aber würde auf die irrige Auffassung führen, als ob der Gegensatz jener Normen, die gebietenden das Privatrecht betreffenden Normen, nicht privatrechtlich wären (wie dieses z. B. Thibaut im Ernste annahm), während die Römer durch die Bezeichnung der letzteren als publicum ius, als des durch das allgemeine Interesse Gebotenen, sie keineswegs vom Privatrecht irgend ausschließen wollten (vgl. Savigny Syst. I 60).

Rücksicht auf gewisse sittliche Anforderungen, die Sicherheit des Verkehrs, die (innere) juristische Natur einzelner Rechtsverhältnisse u. dgl. erheischen Normen, welche unbedingte Befolgung verlangen müssen, also gebieten und vorschreiben oder verbieten, denen sich daher (in den betreffenden Verhältnissen) der individuelle Wille unbedingt fügen muß, z. B. die Vorschriften über die Frage, wer fähig sei, Rechtsgeschäfte zu schließen; welche Formen bei einem Testament zu beobachten sind; was ein Erblasser in seinem Testament gegen seine Notherben zu beobachten hat; Verbot gewisser unstatthafter Rechtsgeschäfte (z. B. lex commissoria beim Pfandrecht). Dies sind gebietende oder vorschreibende Normen, sog. leges cogentes, von Manchen auch absolute oder absolut gebietende genannt. Das römische Recht sagt von ihnen: pactis privatorum mutari nequeunt und zwar weil sie publici iuris seien, d. h. nicht als ob sie zum öffentlichen Recht gehörten, sondern weil das allgemeine Interesse, das öffentliche Wohl und der nothwendige Schutz des Rechts ihre unbedingte Befolgung verlangt[4].

Ein solches gebietendes Recht nimmt also unbedingte Befolgung in Anspruch, muß daher wenn es als solches (gebietendes Gesetz) wirksam sein soll, gegen jede Übertretung reagiren. Diese Reaktion kann aber sehr verschieden sein; bald kann sie darin bestehen, daß das Gesetz den Akt, durch welchen ihm zuwider gehandelt worden, für null und nichtig erklärt, bald daß es ihn an sich zwar gelten läßt, aber ihn für anfechtbar erklärt oder eine Strafe oder Zwang zum Ersatz festsetzt. Zwar könnte es auch vorkommen, daß ein gebietendes Gesetz auf die Übertretung seines Gebots gar keine Nachtheile setzte. Allein ein solches Gesetz würde einen zwingenden Charakter nicht mehr haben und seine Befolgung lediglich dem sittlichen Willen des Einzelnen anheimstellen.

Wenn eine privatrechtliche lex cogens über die Folgen ihrer Übertretung sich nicht ausdrücklich äußert, so muß man eben zunächst durch Interpretation zu ermitteln suchen, welche der angeführten Folgen im Sinn des betreffenden Gesetzes liegt. Kommt man aber darüber nicht zu einem sichern Resultat, so haben wir die Auslegungs-

---

[4] D. de pact. 2, 14 l. 38; qui test. facere poss. 28, 1 l. 3. Savigny Syst. I 59 f.

regel, es sei im Zweifel anzunehmen, daß das Gesetz absolute Nichtigkeit des betreffenden Akts festsetzen wollte[5].

Übrigens treten die Folgen der Übertretung einer lex cogens nicht bloß dann ein, wenn direkt gegen das Gesetz gehandelt wird, sondern auch wenn es indirekt in fraudem legis geschieht, d. h. durch eine chikanöse Umgehung desselben, wenn also die Handlung so eingerichtet wird, daß sie zwar äußerlich gegen den Buchstaben des Gesetzes nicht verstößt, aber doch in der That Das enthält, was dem Gesetz entgegen ist und was das Gesetz gerade verhindern wollte[6].

Nach der Verschiedenheit der möglichen Reaktion einer lex cogens gegen ihre Übertretung theilen Viele die leges cogentes ein in leges perfectae, minus quam perfectae und imperfectae unter Beziehung auf Ulpiani fragmenta (liber regularum) tit. 1 § 2. Allein in dieser nur verstümmelt auf uns gekommenen Stelle steht gar nicht was unter lex perfecta und imperfecta zu verstehen sei, und so sind die Meinungen sehr verschieden darüber, was man unter jenen Ausdrücken verstehen soll[7]; deßhalb ist es am besten diese unsicheren Bezeichnungen gar nicht zu gebrauchen.

Zweites Kapitel. Entstehung neuen positiven Rechts und Verhältnis verschiedener Rechtsquellen eines Staates.

I. Die Rechtsquellen an sich.

1. Die Gesetze im engern Sinne.

§ 21.

Die Frage, auf welche Weise neues Recht bei uns entstehen und das bestehende geändert oder aufgehoben werden kann, hängt zusammen mit der Staatsverfassung. Neues Recht kann nur entstehen oder verändert werden durch den allgemeinen Willen. Die Frage ist also: wie kann dieser Wille (vgl. § 2) in unseren Staaten gültig sich so äußern, daß dadurch objektives Recht, welchem Jeder sich zu fügen hat, begründet

---

5 Cod. de leg. 1, 14 cst. 5.

6 Cst. 5 cit.; D. de legib. 1, 3 l. 29. Beispiele siehe D. ad SC. Maced. 14, 6 l. 3 § 3 a. E., l. 7 § 3; ad SC. Vellei. 16, 1 l. 29 § 1. de his quae ut indign. 34, 9 l. 10 pr.

7 Ulpian spricht nur von einer lex minus quam perfecta, welche die Handlung durch die sie übertreten werde, nicht für anfechtbar erkläre, sondern nur mit einer Strafe belege. Was er aber unter lex perfecta verstehe und ob er neben der lex minus quam perfecta noch eine lex imperfecta unterscheide, darüber enthält die auf uns gekommene Stelle Nichts.

wird. Nach dem gemeinen Recht ist dies möglich in zwei Formen, nämlich durch Festsetzung der verfassungsmäßigen gesetzgebenden Gewalt des Staats (Gesetz im engern Sinn) und durch Gewohnheiten (Gewohnheitsrecht, welches unter Gesetz im weitern Sinn mit begriffen wird).

I. Bezüglich der Gesetze im engern Sinn kommt zunächst in Betracht der Gesetzgeber. Wer kann Gesetze bei uns geben und unter welchen Beschränkungen steht er etwa dabei? Viele Civilisten, die Älteren beinahe alle, tragen über diese Frage im Pandektenrecht das römische Recht so vor, als ob es hierin noch durchaus gemeines Recht bilde; dies ist aber keineswegs der Fall. Man muß hier römisches und deutsches Recht aus einander halten.

A. Römisches Recht. Die römischen Imperatoren hatten nicht nur die höchste vollziehende Gewalt, sondern auch gesetzgebende und zwar ganz unbeschränkte und in den späteren Kaiserzeiten sie allein (nicht mehr Volk und Senat, s. § 8 Nr. I. 4); sie übten aber überdies noch, was in hohem Grad zu mißbilligen war, richterliche Gewalt in höchster Instanz aus und konnten sogar in jeden Proceß, der bei Gerichten anhängig war, nach Belieben eingreifen und dem Richter vorschreiben, wie er den Fall entscheiden solle. Hieraus erklären sich die verschiedenen Arten ihrer constitutiones[1]. Die Konstitutionen enthielten nämlich

1) Normen, durch welche wirklich-objektives Recht, Rechtssätze festgesetzt wurden; diese hießen edicta principum oder edictales, generales constitutiones oder leges, auch epistolae generales, generalia rescripta.

2) Richtersprüche, durch welche die Kaiser einen Proceß in höchster Instanz entschieden, decreta (Endentscheidungen) und interlocutiones (Zwischenverfügungen)[2].

3) Erlasse an konkrete Personen, rescripta; diese Reskripte hatten nach der Form ihrer Ausfertigung noch besondere Bezeichnungen: subnotationes oder annotationes, epistolae, sanctiones pragmaticae[3]. Sie betrafen

a. meist Verwaltungsgegenstände, unter anderen auch

[1] Über dieselben vgl. bes. Savigny Syst. I § 23 fg.
[2] S. D. de const. princip. 1, 4 l. 1 § 1.
[3] I. de iur. nat. 1, 2 § 6.

Verleihungen in Verwaltungssachen, **rescripta gratiae** (Gnadenreskripte). Zu letzteren gehörten auch Bestätigungen gewisser von Einzelnen geschlossener Rechtsgeschäfte und Dispensationen, welche nach dem bestehenden Recht den höchsten Verwaltungsorganen zukommen, z. B. Bestätigung einer Arrogation, Gestattung einer Legitimation, Ertheilung einer **venia aetatis**.

b. Sehr häufig aber griffen die Reskripte auch in die bei den Gerichten anhängigen Processe ein, sog. Justizreskripte. Denn

α. es konnte nach römischer Sitte jeder Private, den es wegen eines Rechtsverhältnisses interessirte, den Imperator um Auskunft angehen, wie das Verhältnis nach dem bestehenden Recht zu entscheiden sei, welche er dann in der Regel durch ein Reskript erhielt. Ein solches Reskript mußte nun der Richter, wenn die betreffende Sache vor ihn kam und die Partei ihm dasselbe producirte, bei seiner Entscheidung befolgen. Erst Justinian hat dies in seiner Novelle 113 (im Jahr 541) aufgehoben.

β. Es konnte aber auch jeder Richter, wenn er einen Proceß zu entscheiden hatte und über die zu gebende Entscheidung zweifelhaft war, den Imperator um Belehrung angehen (consultatio), und dann mußte er den konkreten Proceß nach dem Inhalt der Belehrung, welche er durch ein Reskript bekam, entscheiden. Auch dies hob erst Justinian auf in Novelle 125 (im Jahr 544).

Bei den unter Nr. 2 und 3b angeführten Konstitutionen, von welchen eine Menge in Justinians Kodex stehen, ist wohl zu beachten, daß sie sich nur auf das Rechtsverhältnis der betheiligten konkreten Individuen bezogen und nur über dieses nach dem bestehenden Recht entscheiden wollten. Sie sprachen also nicht eine (eigentliche) Rechtsnorm aus, sondern waren an sich nur constitutiones personales (§ 17 Nr. I. 2d) und galten nur für die betreffenden Parteien. Natürlich aber mußten sie dabei von einem Rechtssatz ausgehen, nach welchem in der Konstitution der vorgelegte Fall entschieden wurde und dieser Entscheidungsgrund wurde bald direkt bald indirekt in der Konstitution ausgesprochen. Hier mußte aber (namentlich wenn das bestehende Recht zweifelhaft oder bestritten war) die Frage entstehen, ob der Rechtssatz, von welchem der Kaiser in einem solchen Reskript oder Dekret ausging, auch auf gleiche Fälle, welche unter anderen Parteien sich ereignen würden, also als Rechtsnorm überhaupt anzuwenden sei.

Dies war lange unter den römischen Juristen bestritten. Das Nähere darüber gehört aber in die Rechtsgeschichte[4], denn bei uns können solche Dekrete und Justizreskripte nicht mehr vorkommen. Bei den vielen Reskripten aber die in Justinians Kodex stehen, ist die Frage unzweifelhaft zu bejahen; denn durch ihre Aufnahme in seine Rechtsbücher erklärte Justinian stillschweigend, daß dem ihnen unterliegenden Rechtssatz überhaupt Gesetzeskraft zukommen solle[5].

B. Gemeines deutsches Recht.

1) In Deutschland war es von jeher Grundsatz, daß die Gesetze in Wahrheit der Ausdruck des allgemeinen Willens sein sollen. Deßhalb war von je her der Regent in Ausübung der Gesetzgebungsgewalt beschränkt; er war dabei an die Zustimmung von Vertretern des Volks oder der herrschenden Volksklassen gebunden. Es konnte daher der Kaiser Reichsgesetze nur erlassen mit Zustimmung der Reichsstände, und, als in den einzelnen deutschen Gebieten sich allmählich die Landeshoheit ausbildete (14. Jahrhundert), konnte der Landesherr nur mit Zustimmung seiner Landstände Gesetze geben. Zwar suchten die Landesherren vom 16. Jahrhundert an diesen Grundsatz durch Mißbrauch ihrer Gewalt und durch eine unzulässige Anwendung des römischen Staatsverfassungsrechts in ihren Territorien sehr zu beschränken und im Lauf des 17. Jahrhunderts wurde er in den meisten beseitigt. Allein in unseren Zeiten ist er überall und namentlich im deutschen Reich wieder zur Herrschaft gekommen. Der Regent kann hiernach in unseren konstitutionellen Staaten Gesetze nur mit Zustimmung der Stände geben; Verordnungen des Regenten daher, die ohne diese Zustimmung erlassen würden, haben, wenn ihr Inhalt in den Bereich der Gesetzgebung fällt, keine Geltung als Gesetz und ebenso würde ein Reskript, in welchem der Regent oder sein Ministerium über das bestehende Recht sich äußern würden, keine bindende Kraft haben[6].

2) Auch der Rechtspflege gegenüber ist bei uns der Regent beschränkt. Es ist in Deutschland längst unbestrittener Grundsatz,

---

[4] Vgl. Savigny l. c. I S. 136 fg. S. 103 fg.

[5] Ihr Interesse für den konkreten Fall war ja längst weggefallen; also mußte Justinian mit ihrer Aufnahme in den Kodex eine weiter gehende Absicht verbunden haben; er sagt dies auch ausdrücklich (praef. cod. cst. haec quae necessario § 2). — Bei diesen in den Kodex aufgenommenen Reskripten ist es eine wichtige Auslegungsregel, daß ihre Absicht in der Regel nicht ist, neues Recht einzuführen, sondern nur Auskunft nach dem bestehenden Recht der betreffenden Zeit zu geben.

[6] Über die Gesetze des jetzigen deutschen Reichs oder Bundes s. oben § 5 a. E.

BODLEIANA BIBLIOTHECA

daß der Regent oder ein Ministerium in die von den Gerichten zu fällenden Entscheidungen der Rechtssachen sich nicht einmischen soll, daß also sog. Kabinetsjustiz durchaus unzulässig ist. Vielmehr hat der Richter das geltende Recht ganz unabhängig von Geboten der Regierungsorgane anzuwenden und nach demselben den Proceß zu entscheiden. Hiernach können bei uns decreta und interlocutiones im Sinn des römischen Rechts nicht mehr vorkommen und eben so wenig solche Justizreskripte, durch die auf die Entscheidung des Processes hingewirkt werden soll. Bei uns sind nur solche Justizreskripte zulässig, die sich auf die Oberaufsicht der Staatsgewalt über den Gang der Justizpflege beziehen.

3) Dagegen hat der Regent im Übrigen auch bei uns die höchste vollziehende Gewalt, also Regierung und Verwaltung, ohne Zustimmung der Stände auszuüben. Aber nur nach Maßgabe des bestehenden Rechts. Er kann daher auch Anordnungen treffen, die zur Vollziehung der Gesetze nothwendig sind, sog. Ordonnanzen oder Verordnungen im eigentlichen Sinne erlassen. Auch kann er Dispensationen und Vergünstigungen (Verleihungen), also Privilegien im engern Sinne (§ 17, Nr. I. 2d) durch sog. Gnadenreskripte ertheilen, aber nur in Fällen, in welchen von der bestehenden Gesetzgebung des Staats die Verwaltung dazu autorisirt wird. Würde aber der Regent weiter gehen, also für Jemanden eine Ausnahme vom bestehenden Recht festsetzen wollen, zu welcher die administrative Gewalt von dem Gesetz nicht autorisirt ist, so würde dadurch das bestehende Recht für den betreffenden Fall außer Anwendung gesetzt; dies aber könnte er gültig nur als Gesetzgeber thun, d. h. nur mit Zustimmung der Stände und in der Form eines Gesetzes[7].

II. Die Erfordernisse der Gültigkeit eines Gesetzes, das in unseren konstitutionellen Staaten gegeben wird[8], bestimmen sich nach dem Ausgeführten dahin:

1) daß es vom Regenten beschlossen und sanktionirt wurde[9],

---

[7] Das Gesetz kann nur durch eine gültige Rechtsquelle, also nur durch ein Gesetz (im weitern Sinn) außer Anwendung für gewisse Fälle gesetzt werden. Es giebt nicht, wie viele Juristen sagen, (z. B. v. Gerber Gesammelte jur. Abhandlungen II. 1872 S. 470 f.) eine sog. Privilegienhoheit. — Vgl. Mein Handbuch des württemb. Privatrechts II S. 131.

[8] Dabei ist die Gültigkeit jeder Rechtsquelle nach den Erfordernissen zu beurtheilen, welche zu der Zeit bestand, aus welcher die Quelle herrührt.

[9] Es kann dies auch auf Antrag der Stände geschehen.

2) daß es nach seinem gesammten Inhalte die Zustimmung der Stände erhielt, welche sie ganz nach ihrem Ermessen verweigern können;

3) daß es durch den Gesetzgeber in der von der Verfassung vorgeschriebenen Form (Contrasignatur des Ministers ꝛc.) allgemein bekannt gemacht wurde, Publikation oder Promulgation des Gesetzes [10]. Erst mit dieser Bekanntmachung tritt das Gesetz als solches in Wirksamkeit, und zwar dann nach dem ehemaligen gemeinen Rechte in der Regel sofort (s. nun aber Nr. III). Natürlich aber kann für ein Gesetz in diesem selbst oder in einem besondern Gesetz ein späterer Eintritt seiner Gesetzeskraft bestimmt werden [11]. In solchen Fällen fängt dann die Geltung des Gesetzes (Gesetzeskraft) nicht mit seiner Publikation, sondern erst von jenem spätern Zeitpunkte an. — Die Art der Publikation der Gesetze war früher sehr verschieden. Jetzt geschieht sie gewöhnlich nur durch den Druck (Gesetzesblatt). — Die Bezeichnung der Gesetze war früher und ist in manchen Staaten auch jetzt noch eine sehr verschiedene; allein sie hat keine besondere Bedeutung, indem die Frage, was Gesetz ist, nicht vom Namen abhängt, sondern vom Inhalt und von den unter 1)—3) angeführten Erfordernissen.

4) Von besonderen materiellen Bedingungen hängt die Gültigkeit eines Gesetzes nicht ab; namentlich kann sie nicht von der Güte, Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit seines Inhalts abhängen. Allerdings soll sich der Gesetzgeber bestreben, nur zweckmäßige und gerechte Gesetze zu geben; aber auch einem ungerechten oder unzweckmäßigen Gesetze muß, als dem allgemeinen Willen, Jeder im Staate sich fügen [12].

III. Die Erfordernisse der Gesetze des jetzigen deutschen Reichs ergeben sich aus dem in § 5 am Ende Gesagten. Ihre Gesetzeskraft tritt mit dem 14. Tage nach Ablauf des Tages ein, an welchem das betreffende Stück des Reichsgesetzblattes in Berlin ausgegeben worden [13].

Natürlich aber kann für ein einzelnes Reichsgesetz auch eine weitere vacatio bestimmt werden.

Über die Stellung des Richters zum Gesetz s. § 28.

---

[10] Ob es publicirt werden und dadurch zur Gültigkeit gelangen soll, — darüber hat der Regent frei zu entscheiden.

[11] Vacatio, wie es z. B. Justinian bei Publikation seiner Institutionen und Digesten und seines Kodex that, und wie es auch bei uns sehr häufig, namentlich bei umfassenderen Gesetzen vorkommt.

[12] D. qui et quibus manumissi 40, 9 l. 12 § 1.

[13] Dieser Tag ist auf jedem Gesetzesblatt angegeben.

2. Das Gewohnheitsrecht.

§ 22.

Litteratur: s. Arndts § 4 Anm. 4; bes. Puchta Gewohnheitsrecht und Savigny System I.

Gewohnheitsrecht (consuetudo, ius moribus introductum, mores maiorum) ist eine Rechtsnorm, welche sich bildet durch die in längerer Übung ausgesprochene rechtliche Überzeugung des Volks, sei es des ganzen im Staate verbundenen (allgemeines Gewohnheitsrecht[1]) oder eines einzelnen Bezirkes oder Ortes (partikuläres, besonderes, lokales Gewohnheitsrecht).

Die Grundsätze über diese Rechtsquelle gehen im Wesentlichen dahin:

I. Das Gewohnheitsrecht gilt deßhalb als Rechtsnorm, weil es der Ausdruck einer im Volke herrschenden rechtlichen Überzeugung ist.

Die Grundlage des Gewohnheitsrechts und der innere Grund seiner Geltung als Rechtsnorm ist das herrschende rechtliche Bewußtsein, die rechtliche Überzeugung des Volkes oder gewisser Kreise im Volke, durch welche die Gewohnheit hervorgerufen und bestimmt wurde oder welche sich allmählich in öfterem Handeln bildete. Allein der Inhalt dieses Rechtsgefühls oder dieser rechtlichen Überzeugung wird erst durch die Gewohnheit, dadurch daß ihr gemäß, mehr oder minder bewußt, längere Zeit gleichförmig gehandelt wurde, zur objektiv-gültigen Rechtsnorm; die Gewohnheit ist die wesentliche Entstehungsform des Gewohnheitsrechts.

Zwar wurde Dieses in neuerer Zeit von Puchta Gewohnheitsrecht. I S. 172 f. 180 f. II S. 5 f. 254 f. Pandekt. § 11, 12 und von Savigny Syst. I S. 35 ff. 82, 146 ff. 177 ff. geleugnet, und ihnen traten auch Andere hierin bei. Nach ihrer Ansicht soll der Inhalt der rechtlichen Überzeugung eines Volkes schon an sich und ohne Weiteres geltendes Recht sein; die Gewohnheit entstehe erst durch den vermöge dieser Überzeugung schon vorhandenen Rechtssatz, sei eine Folge des Gewohnheitsrechts und bloß ein Moment, an welchem man das Dasein jener Überzeugung erkenne, also nur ein Erkennungsgrund des durch jene Überzeugung schon bestehenden Rechts, nicht ein Entstehungsgrund desselben; ein Grundsatz werde nicht erst durch die Gewohnheit zum (geltenden) Rechtssatz. — Allein diese Ansicht, welcher auch v. Vangerow Pandekt. I § 14 Nr. 1, 2 noch zu viel einräumt, verwechselt den inneren Grund und das bestimmende Moment des Gewohnheitsrechts mit dem Gewohnheitsrecht selbst und dem dasselbe als Rechtsnorm in das Leben rufenden Momente. Der Inhalt der rechtlichen Überzeugung eines Volkes ist nicht schon dadurch allein, daß er dieses ist, also nicht an und für sich geltendes Recht, er wird es erst durch die besondere Art und Weise, in welcher sich jene Überzeugung äußert. So wenig der Wille des Gesetzgebers an sich schon Gesetz ist, (sondern erst dadurch zum Gesetz wird, daß er in verfassungsmäßiger Form ausgesprochen und verkündigt wird), eben so wenig kann eine im Volke etwa herrschende rechtliche Überzeugung, die sich oft nur allmählich bildet und häufig erst durch die

[1] Auch die Gewohnheiten gewisser Stände, namentlich Handelsgebräuche im gesammten Staate gehören zum allgemeinen Gewohnheitsrecht, bilden aber ein ius speciale.

lange Übung zum Bewußtsein kommt, an sich schon geltende Rechtsnorm sein, sondern sie kann erst dadurch zur Rechtsnorm und ihr Inhalt zum geltenden Rechtssatz werden, daß sie sich als eine feste, bewährte, unzweifelhafte in der Gewohnheit aussprach. Allerdings wird in der Gewohnheit das Bestehen der rechtlichen Überzeugung im Volke erkannt und in so fern bildet die Gewohnheit auch einen Erkenntnisgrund für die bestehende rechtliche Überzeugung. Sie ist aber zugleich die nothwendige Bedingung der Entstehung des Rechtssatzes selbst; der Inhalt der rechtlichen Überzeugung wird nur dadurch zum positiven Recht, also zum Rechtssatze, daß er durch Gewohnheit zur Anwendung gebracht wurde (man kann deßhalb auch nicht mit Vangerow l. c. sagen, daß der Rechtssatz an sich schon vor der Gewohnheit da sei und sie erzeuge; allerdings der leitende rechtliche Gedanke muß schon vor der Gewohnheit da sein; allein dies ist ja noch nicht ein Satz des geltenden Rechts, ein wirklicher Rechtssatz) und so ist die Gewohnheit ein wesentliches Erfordernis zur Entstehung des Gewohnheitsrechts. Eine rechtliche Überzeugung des Volkes, die sich als solche noch gar nicht ausgesprochen hat oder die sich in anderer Weise, als durch Gewohnheiten aussprechen würde, kann nicht einen Rechtssatz begründen; sie begründet ihn erst dann, wenn sie so zu sagen die Probe der Gewohnheit bestanden, sich als eine ganz entschiedene und bewährte in der Form der Gewohnheit ausgesprochen hat. S. Mein württemb. Privatrecht II § 9 S. 33.

Von dieser Auffassung gehen auch unsere Rechtsquellen auf das Entschiedenste aus, wie schon aus der Weise erhellt, in der sie das Gewohnheitsrecht charakterisiren. Sie bezeichnen es als ein Recht, quod moribus et consuetudine inductum est (D. de leg. 1, 3 l. 32 pr.), sagen, die inveterata oder diuturna consuetudo pro lege custoditur (l. 32 § 1 l. 33 eod.), es sollen ea, quae longa consuetudine comprobata sunt ac per annos plurimos observata, Recht bilden (l. 35 eod.), die probata et tenaciter observata consuetudo Gesetzeskraft haben (C. 8, 53 h. t. cst. 3). Es soll hiernach nicht jede wandelbare Volksüberzeugung, sondern nur diejenige zur Rechtsnorm führen, welche sich als eine feste durch längere Übung in einer Reihe übereinstimmender Handlungen bewährt hat (ius quod usus comprobavit, I. d. iur. nat. 1, 2 § 9), und so nehmen unsere Quellen für dieses Recht ebenso ein äußerliches Entstehungsmoment, durch welches es zum positiven Recht wird, an, wie dies bei der Gesetzgebung der Fall ist; der Wille der gesetzgebenden Gewalt ist allerdings das bestimmende Moment, die Quelle und die Grundlage des Gesetzes (gerade wie die Volksüberzeugung das bestimmende Moment, Quelle und Grund des Gewohnheitsrechtes ist) und er muß natürlich schon vor dem Gesetze vorhanden sein; allein er ist, wie allgemein zugegeben wird, nicht schon an sich Gesetz, nicht schon dadurch, daß er vorhanden ist, sondern er wird erst dadurch zur Rechtsnorm, daß er sich in einer gewissen Form gehörig ausspricht, und ebenso wird der Inhalt einer rechtlichen Überzeugung des Volkes erst dadurch geltendes Recht, daß er sich in fortgesetzter Übung fest, entschieden und unzweifelhaft aussprach. — Für die richtige Ansicht s. auch Kierulff Civilrecht S. 9, Mühlenbruch Pand. § 38 Nt. 3 und in seiner Fortsetzung von Glücks Pand. XLI. S. 12 f.

Hieraus ergeben sich nun die Erfordernisse eines gültigen Gewohnheitsrechts. Diese, also die Momente, welche vorliegen müssen, wenn ein Satz durch Gewohnheit positives Recht werden soll, und an deren Vorhandensein die Existenz des Gewohnheitsrechtes erkannt wird, sind:

I. Der Satz, welcher in Handlungen zur Anwendung gebracht wurde, muß von den Handelnden als ein Satz des Rechtes in Anwendung gebracht worden sein. Die Älteren drücken dies gewöhnlich so aus: die Handelnden müssen opinione necessitatis gehandelt haben. Dieses darf man aber nicht, wie es Manche thaten, so auffassen: die Handelnden müssen geglaubt haben, einen durch anderweite Quellen des positiven Rechts schon eingeführten, bereits bestehenden Rechtssatz zu befolgen (wonach jedes Gewohnheitsrecht nothwendig

auf einen Irrthum sich gründen müßte'. Zwar kann ein solcher Irrthum Veranlassung zur Entstehung eines Gewohnheitsrechtes geben (s. S. 106 f. Lit. a); allein es ist verkehrt, ihn zur Bedingung eines Gewohnheitsrechts zu machen, und unsere Rechtsquellen wissen nichts von einem solchen Erfordernis. Es kann vielmehr die opinio necessitatis, in welcher gehandelt worden sein muß, wenn von der Entstehung eines Gewohnheitsrechts soll die Rede sein können, nur so viel heißen: Soll ein Satz zum Gewohnheitsrecht werden können, so muß er Inhalt des rechtlichen Bewußtseins der Handelnden sein, von ihnen also auf Rechtsverhältnisse bezogen worden sein; seine Befolgung darf von ihnen nicht als eine Sache des freien Beliebens oder bloß des sittlichen Lebens im Gegensatze zum Rechtsleben betrachtet worden sein. Es kann daher aus einer Sitte, welche die Handelnden als Sache des Mitleids, des Anstandes, der Mode, der Höflichkeit, überhaupt nicht als Etwas, das rechtlich so zu halten sei, auffaßten, wie z. B. aus der Sitte, Hochzeitsgeschenke seinen Verwandten zu geben, den Pathen zu beschenken, den Arzt über die Taxe zu bezahlen, Wohlthaten zu spenden u. dgl. nicht ein Gewohnheitsrecht sich bilden, eben weil in solchen Fällen die Gewohnheit gar nicht auf Rechtsverhältnisse sich bezieht und nicht in der Überzeugung, daß es Sache des Rechts sei, so zu handeln, ihre Quelle hat.

II. Der betreffende Satz muß in einer Reihe von Handlungen längere Zeit hindurch im Ganzen gleichmäßig in Anwendung gebracht worden sein, so daß hieraus zu erkennen ist, daß er in der gemeinsamen Volksüberzeugung wurzele. — Früher stritt man darüber, eine wie große Zahl von Handlungen und wie lange Zeit der Anwendung hierzu erforderlich sei. Allein es wäre ganz verkehrt, hier Etwas nach bestimmten Zahlen durchgreifend festzusetzen, wie auch die römischen und deutschen Rechtsquellen an eine solche Festsetzung nicht denken, was auch jetzt allgemein anerkannt ist. Man kann vielmehr das Erfordernis nur dahin bestimmen: Das rechtliche Bewußtsein muß in so vielfachen unzweideutigen Handlungen und in so lange fortgesetzter, im Ganzen gleichförmiger (denn da und dort einmal eine einzelne Abweichung ist nicht zu beachten, wenn nur dadurch die Gleichförmigkeit im Ganzen nicht gestört wird) Handlungsweise entschieden sich ausgesprochen haben, daß sie in dem Kreise, von dem es sich handelt (Volk, Bezirk ꝛc.), als eine allgemein getheilte, feststehende und durch Gewohnheit erprobte erscheint. D. de legib. 1. 3 l. 35, 38. 32 § 1 C. 8. 53 h. t. cst. 1, 3.

Zu beachten ist übrigens, daß für die Zeitdauer der Übung das kanonische Recht ein bestimmtes Minimum festsetzen will, wenigstens für solche Gewohnheitsrechte, die dem Inhalt einer kanonischen Vorschrift widerstreiten. Es verlangt zur Gültigkeit solcher Gewohnheitsrechte, daß die consuetudo legitime sit praescripta (X. 1, 4 h. t. cap. 11), d. h. die gesetzliche Verjährungszeit hindurch bestanden habe. Manche Neuere übersetzten diese Worte entschieden falsch, z. B. Klötzer in seiner Schrift über Gewohnheitsrecht, Jena 1813 S. 115 ff. und Savigny Syst I. S. 155. Der Erstere übersetzt die Worte durch gesetzlich vorgeschrieben oder in einem Gesetze besonders anerkannt, ein Sinn, den sie nach ihrem ganzen Zusammenhange und auch schon um deßwillen nicht haben können, weil das gesetzlich Vorgeschriebene nicht mehr als Gewohnheitsrecht gelten würde; Savigny dagegen legt den Worten bloß die Beziehung auf die längere Dauer, die überhaupt die Übung haben müsse, bei und nimmt also das legitime praescripta lediglich für longa oder diuturna; allein legitime praescriptum ist doch in der That etwas Anderes, Specielleres, als bloß das unbestimmte diuturnum, und Savigny beachtet hier, wie auch viele Andere, nicht den historischen Zusammenhang, durch den jene Worte ihre volle Erklärung bekommen. Das kanonische Recht trug nämlich in ungeeigneter Weise eine Bestimmung, welche für die Verjährung konkreter Rechte gilt, über auf die Entstehung eines Rechtssatzes durch Gewohnheitsrecht, und verlangte daher zur Gültigkeit eines Gewohnheitsrechts, welches kanonischen Vorschriften widerspreche, daß die Übung die Zeit hindurch fortgesetzt worden sei, welche regelmäßig erfordert werde zur erlöschen-

den Verjährung eines der Kirche zustehenden Rechts (40 Jahre). Es folgte hierin der Ansicht, welche unter den Juristen seiner Zeit herrschte, indem damals auch unter den Romanisten der Irrthum verbreitet war, zur Entstehung eines Gewohnheitsrechts überhaupt gehöre, daß die Übung des Rechtssatzes wenigstens eine Verjährungszeit hindurch gedauert habe (nur stritten sie darüber, welche der verschiedenen Verjährungszeiten). S. Puchta Gewohnheitsrecht II. S. 98f. S. 279f. Allein diese irrige Ansicht verlor sich in der späteren Zeit; man beschränkte die Bestimmung des cap. 11 lediglich auf das kanonische Gebiet, um so mehr, als man auf dem Gebiete des Civilrechts nicht bestimmen könnte, welche der verschiedenen civilistischen Verjährungszeiten man hier anzuwenden hätte. So ist es wohl seit Jahrhunderten bestimmtes Gewohnheitsrecht, jene kanonische Beschränkung über die Dauer der zu einem Gewohnheitsrecht erforderlichen Übung außerhalb des kanonischen Gebietes nicht zu beachten. Anders war es aber in Sachsen zur Zeit der Geltung des gemeinen Rechts (vor dem bürgerlichen Gesetzbuch); hier erhielt sich durch entschiedenes Gewohnheitsrecht eine solche Beschränkung und zwar in bestimmter Form und in größerer Ausdehnung dahin, daß, wenn ein Grundsatz gewohnheitsrechtliche Geltung haben sollte, die Übung eine Zeit von wenigstens 31 Jahren, 6 Wochen und 3 Tagen für sich haben und in dieser Zeit zum mindesten 3 Fälle der Übung nachweisbar sein mußten.

III. Rationabilität des betreffenden Satzes. Das kanonische Recht verlangt vom Inhalt der Gewohnheit, wenn er Gewohnheitsrecht werden soll, daß er sit rationabilis (X. h. t. cap. 11, und ebenso erklärt C. h. t. cst. 2, daß eine consuetudo nicht so weit Kraft habe, ut rationem vincat, daß sie also im Konflikt mit der ratio nicht zu einem Gewohnheitsrecht führen könne. Mit Recht bemerkt Puchta Gewohnheitsrecht II, S. 51, daß man dieses Erfordernis nicht in dem vagen Sinne von vernunftgemäß überhaupt auffassen dürfe; denn wenn der Richter über die Existenz eines Gewohnheitsrechts lediglich nach Dem, was ihm vernünftig oder dem Rechtsbegriffe, wie er ihn sich gebildet hat, entsprechend erscheint, zu entscheiden hätte, so würde eben dadurch die Frage über die Geltung eines Rechtssatzes lediglich seinem subjektiven Ermessen und seiner Willkür anheimgestellt. Aus dem gleichen Grunde muß man es aber auch verwerfen, wenn Savigny Syst. I. S. 424 unter der ratio der cst. 2 cit. das Staatsinteresse versteht; denn abgesehen davon, daß ratio schlechtweg nicht ratio publicae utilitatis heißt: so würde ja, wenn der Richter lediglich nach dem vieldeutigen und viel mißbrauchten Gesichtspunkte des Staatsinteresses die Geltung des geübten Satzes zu beurtheilen hätte, ein noch viel vageres Entscheidungsmoment gesetzt (in der cst. 1 C. 7, 32 de poss., auf welche sich Savigny beruft, heißt ratio utilitatis doch offenbar nichts Anderes, als Nützlichkeits- und Zweckmäßigkeitsgrund; soll aber der Richter über die Existenz eines Gewohnheitsrechts lediglich danach zu entscheiden haben, ob es ihm nützlich und zweckmäßig erscheint?!). Wir werden daher die Rationabilität, welche unsere Rechtsquellen als Erfordernis des betreffenden Satzes aussprechen, nur in einem ganz prägnanten Sinne zu nehmen haben, d. h. in dem Sinne, daß wahrhaft Verkehrtes oder den guten Sitten oder den Grundlagen des Rechts und der bürgerlichen Ordnung Widerstreitendes nicht zum Gewohnheitsrecht werden könne. Vgl. auch Puchta a. a. O., welcher nur S. 57 und 58 seinem Princip eine ungeeignete Anwendung giebt und darin zu weit geht, daß er glaubt, solche unvernünftige Gewohnheiten können nicht auf einer Volksüberzeugung beruhen. Beispiele solcher Gewohnheiten führt die peinliche Gerichtsordnung Karls V. Art. 218, 207 an und sagt von ihnen im Art. 207: das nicht eyn gewohnheyt sonder eyn mißbrauch ist. Ebenso heißt es in Novelle 134 Kap. 1 von einem anderen Beispiele: malae consuetudines neque ex longo tempore, neque ex longa consuetudine confirmantur.

In Beziehung auf die Erfordernisse eines Gewohnheitsrechts ist noch Folgendes zu bemerken:

a. Viele behaupten, aus einer Gewohnheit, die auf einen Irrthum sich

stützte, könne ein Gewohnheitsrecht nicht entspringen, z. B. Puchta Gewohnheitsrecht II S. 66 f., Savigny Syst. I S. 175 f. 178. Allein aus der Natur des Gewohnheitsrechts kann man dieses nicht herleiten: denn es ist leicht möglich, daß ein Grundsatz, den die Handelnden Anfangs, weil sie ihn irrig im bestehenden Rechte für begründet hielten oder aus anderen unrichtigen Prämissen befolgten, allmählich Sache einer gemeinsamen, in längerer Übung festgehaltenen und bewährten rechtlichen Überzeugung wurde. Wollte man einem solchen Gewohnheitsrecht die Geltung absprechen, so müßte man gerade manche ganz unbezweifelte Gewohnheitsrechte, durch welche das römische Recht in seiner Anwendung bei uns modificirt wurde, verwerfen, ganz abgesehen davon, daß sogar das Gewohnheitsrecht, auf welchem die Reception des römischen Rechts in Deutschland beruht, auf juristische Irrthümer sich stützte (vgl. auch D. 1, 3 de legib. l. 20, 21). Dieses sahen auch die Vertheidiger jenes Satzes ein, und deßhalb beschränkten sie ihn durch mannigfache Ausnahmen (z. B. Puchta a. O. S. 69, Savigny Syst. I S. 176, 208), wodurch sie aber selbst zugeben, daß der Ursprung eines Gewohnheitsrechts sich gar wohl auf einen Irrthum stützen könne. Zwar führt man für jenen Satz die l. 39 D. de legib. an. (Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet), allein diesem Anführen liegt wohl eine unrichtige Auslegung der Stelle zu Grunde. Denn theils kann der Ausdruck ratio unmöglich die gemeinsame unmittelbare Überzeugung von dem Dasein und der Gültigkeit einer Rechtsregel oder die gemeinsame Überzeugung von der Wahrheit und Nothwendigkeit einer Regel bedeuten, wie Savigny Syst I S 146, 424 und ähnlich Puchta ihn übersetzten (ratio bedeutet überhaupt nicht Überzeugung, sondern das rationelle Element), theils würde, wenn man ratio in jenem angeblichen Sinne nimmt, der Gegensatz, den die Stelle macht, völlig unvereinbar sein, indem ja durch jene ratio die Möglichkeit des error nicht ausgeschlossen wird, vielmehr eine gemeinsame Überzeugung von der Wahrheit oder dem Dasein einer Regel gar wohl auf einen Irrthum sich stützen kann. Der Sinn der l 3 muß daher ein anderer sein. Allerdings kann sie auf zwei verschiedene Weisen gedeutet werden; aber in beiden Deutungen ist sie dem oben Ausgeführten nicht entgegen. Der eine mögliche Sinn ist, daß sie bloß von analoger Anwendung eines Gewohnheitsrechts spricht, also ratio hier im Sinne von ratio iuris der l. 14 de legib. zu nehmen ist und hiernach die Stelle sagt, daß ein Gewohnheitsrecht, durch welches ein ius singulare eingeführt wird, nicht analog in anderen ähnlichen Fällen zur Anwendung gebracht werden dürfe, so daß sie also nur eine Anwendung des allgemeinen Grundsatzes der l. 14 cit. auf das Gewohnheitsrecht aussprechen würde. Möglich ist es aber auch, daß die Stelle unter ratio Dasselbe versteht, was die cst. 2 h. t. darunter versteht, und unter den alia similia nicht bloß ähnliche Fälle, sondern gleiche Fälle, die ganz unter den gewohnheitsmäßig befolgten Satz fallen würden (was das Wort auch bezeichnet, z. B. C. de legib. 1, 14 cst. 12 init.), somit nicht von analoger Anwendung, sondern von jeder Anwendung überhaupt sprechen und sagen würde, daß das non ratione introductum überhaupt gar nicht angewendet werden dürfe. Danach würde aber die Stelle bloß den oben unter Nr. III entwickelten Satz aussprechen.

b. Manche Ältere behaupteten, ein Gewohnheitsrecht sei nur dann gültig, wenn es schon bei einem Proceß in einem gerichtlichen Urtheil als bestehend anerkannt worden sei. Dies soll stehen in D. de legib. 1, 3 l. 34. Mit Recht verwerfen aber die Neueren beinahe einstimmig diese Ansicht. Wäre ein Gewohnheitsrecht, wenn die unter Nr. I—III angeführten Erfordernisse vorhanden sind, nicht schon an sich gültig: so könnte doch unmöglich ein Richter dadurch, daß er es in einem Urtheile anerkennt, es zur Rechtsnorm erheben; auch liegt in jener Ansicht ein innerer Widerspruch; denn nach ihr würde ja derjenige Richter, welcher zuerst das Gewohnheitsrecht in seinem Spruche anerkennt, ein noch nicht gerichtlich bestätigtes Gewohnheitsrecht, also etwas Ungültiges anerkennen, und doch soll nur durch eine solche Anerkennung der Inhalt der Gewohnheit zur Rechtsnorm

werden! In der That sagt auch die l. 34 cit. nichts dieser Art, sondern spricht bloß folgenden natürlichen Gedanken aus: handelt es sich davon, ob sich über eine gewisse Frage ein Gewohnheitsrecht gebildet habe, so ist es immerhin sehr wichtig und kann oft jeden weiteren Beweis des Gewohnheitsrechts überflüssig machen, wenn das angebliche Gewohnheitsrecht schon in früheren Processen als existirend anerkannt wurde; deßhalb soll der Richter, wenn es sich von der Anwendung eines in Frage gestellten Gewohnheitsrechts handelt, besonders darauf achten und nachsehen, ob nicht schon durch frühere gerichtliche Urtheile die Existenz des Gewohnheitsrechts erwiesen oder wenigstens der Beweis desselben unterstützt werden kann.

II. Die Geltung des Gewohnheitsrechts als Rechtsnorm liegt in der Natur der Sache. Denn das positive Recht wird durch den allgemeinen Willen gesetzt. Dieser aber spricht sich nicht bloß durch Gesetz im engern Sinne aus, sondern auch auf sehr prägnante Weise stillschweigend in den Rechtsgewohnheiten des Volks, aus denen sich eine allgemein erprobte und eben deßhalb maßgebende rechtliche Volksüberzeugung ergiebt[3]. Früher herrschte die Ansicht: die Geltung des Gewohnheitsrechts verstehe sich keineswegs von selbst (es trage seine Geltung als Rechtsquelle nicht schon in sich); es sei vielmehr dazu erforderlich, daß der Gesetzgeber ihm durch Gesetz (im engern Sinne) eine solche Geltung beilege, weil alles Recht eigentlich nur durch Gesetz im engern Sinne entstehen könne. Allein schon die Geschichte beweist, daß stets das Gegentheil anerkannt wurde. Denn Gewohnheitsrechte bildeten sich, herrschten und galten unbezweifelt als Rechtsquelle bei Römern und Deutschen, ehe die Gesetzgebung daran dachte, Etwas über sie zu bestimmen. Übrigens ist diese Frage nach dem ehemaligen gemeinen Recht eine müßige, denn in den Quellen desselben, im römischen, kanonischen und in den deutschen Reichsgesetzen wird das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle ganz allgemein anerkannt.

III. Jedenfalls aber muß der in verfassungsmäßiger Form ausdrücklich ausgesprochene allgemeine Wille, also das Gesetz im engern Sinn — in so fern das unbedingt Maßgebende sein, als es auch für die Zulässigkeit und Bildung jeder andern Rechtsquelle Ziel und Maß zu setzen hat. Durch Gesetze im engern Sinn können daher auch beschränkende Normen für das Gewohnheitsrecht ganz gültig gegeben, z. B. bestimmt werden, daß ein Gewohnheitsrecht nur gelten solle, wenn es gewissen Erfordernissen entspricht, oder daß es in gewissen Fällen nicht zulässig sein, oder daß es überhaupt gar nicht als

[3] Z. B. PGO. Art. 104. RGO. v. 1555 Th. I Tit. 13 § 1. JRA. § 105.

Rechtsquelle gelten soll. Trifft ein Gesetz im engern Sinne solche Bestimmungen, so ist[4] die Geltung des Gewohnheitsrechts danach zu beurtheilen; aus Gewohnheiten, die im Widerspruch mit solchen gesetzlichen Normen stehen würden, könnte ein gültiges Gewohnheitsrecht nicht entstehen.

IV. Das gemeine Recht legt dem Gewohnheitsrecht, wenn es sich gehörig gebildet hat (vgl. oben Nr. I), dieselbe Kraft und Geltung bei, wie sie einem Gesetz im engern Sinne zukommt. Es können daher durch ein Gewohnheitsrecht namentlich

1) Lücken der Gesetze ergänzt und neue Rechtsinstitute eingeführt werden (sog. consuetudo constitutiva oder praeter legem)[5];

2) Gesetze ausgelegt, d. h. in einem gewissen (wenn auch unrichtigen) Sinne aufgefaßt und in diesem angewendet werden, so daß nun dieser Sinn, als der durch Gewohnheitsrecht festgestellte Sinn des Gesetzes zu gelten hat, sog. interpretatio usualis[6].

3) Sehr bestritten ist aber, ob durch Gewohnheitsrecht das durch Gesetz im engern Sinne gesetzte Recht geändert oder aufgehoben werden kann, ob also eine consuetudo contra legem, eine sog. consuetudo derogatoria gilt.

Bejaht wird diese Frage in den Institutionen und Digesten; diese sagen, daß durch ein neues Gewohnheitsrecht ein Gesetz geradezu außer Geltung gesetzt werden könne (desuetudo, ohne etwas positives Neues an die Stelle zu setzen) und daß durch Gewohnheitsrecht an die Stelle einer gesetzlichen Norm eine andere Norm eingeführt werden könne, sog. consuetudo obrogatoria (I. de iur. nat. 1, 3 § 11, D. de legib. 1, 3 l. 32 § 1). Ebenso wird auch noch in einer Novelle (Nov. 89 Kap. 15 i. d. W. quoniam etc.) anerkannt, daß durch desuetudo ein Gesetz abrogirt werden könne. Allein diesem scheint zu widersprechen Cod. quae sit. longa cons. 8, 53 cst. 2; denn diese Stelle, ein Reskript von Konstantin, sagt wörtlich: durch ein Gewohnheitsrecht könne ein Gesetz nicht überwunden, also nicht aufgehoben oder geändert werden; deßhalb behaupteten wirklich Viele, daß nach gemeinem Recht ein Gewohnheitsrecht nur in den Fällen Nr. 1 und 2 gelte, aber nicht, wenn es einem Gesetz widerspreche. Danach würden über diese Frage die römischen Quellen sich selbst widersprechen und deßhalb wollen Andere diesen Widerspruch dadurch heben, daß sie die cst. 2 auf gewisse Fälle beschränken; nach ihnen soll sie sich bloß auf Partikulargewohnheiten eines Bezirks beziehen und sagen, diese gelten nicht, wenn sie einem allgemeinen Landesgesetz widersprechen; nach Anderen soll sie bloß auf leges cogentes (§ 20 zu beziehen sein, nicht auf bloß ergänzende Gesetze. Sie tragen aber dadurch in die cst. 2 Distinktionen hinein, die gar nicht in ihr stehen,

---

[4] Mit Unrecht ziehen dies einige Neuere in Abrede, vgl. Windscheid Pandekten § 18 Anm. 4.

[5] D. de legib. 1, 3 l. 32 pr.

[6] D. l. c. l. 37, 38.

was ganz unzulässig ist. Zu einem sichern Resultat über den Sinn der cst. 2 wird man nicht kommen. Allein, was die Meisten nicht gehörig beachten, die Frage über den Sinn der cst. 2 ist für uns praktisch nicht von Bedeutung. Denn der Streit über die Kraft des Gewohnheitsrechts wird im kanonischen Recht (das dem römischen vorangeht) unzweifelhaft entschieden. Dieses erkennt consuetudines contra legem ausdrücklich als gültig an (X. de consuet. 1, 4 cap. 11 vgl. oben S. 105). Auch wird durch jene Kontroverse das Verhältnis gemeiner deutscher Gewohnheitsrechte zum Inhalte des kanonischen und römischen Rechts gar nicht berührt. Denn die deutschen Gewohnheitsrechte gehen jedenfalls als Theil des einheimischen Rechts den recipirten Rechten vor (vgl. § 14). Überdies sind ja bei uns das römische und kanonische Recht durch Gewohnheitsrecht recipirt, gelten also bei uns nur als Gewohnheitsrecht, und bei einem Widerstreit zwischen verschiedenen Gewohnheitsrechten leidet es keinen Zweifel, daß stets das Jüngere vorgeht.

V. Dagegen bestimmen manche Partikularrechte allerdings, daß durch ein Gewohnheitsrecht ein Landesgesetz nicht geändert oder aufgehoben werden könne, daß also das Gewohnheitsrecht nur da gelte, wo die Landesgesetzgebung Lücken habe.

Einen ähnlichen Grundsatz setzt auch das deutsche Handelsgesetzbuch (Art. 1) allgemein für alle Handelssachen dahin fest, daß in Handelssachen ein Gewohnheitsrecht zwar gelte, aber nur dann, wenn es Punkte betrifft, über welche das Handelsgesetzbuch keine Bestimmung enthält, also bloß bei Lücken und Unbestimmtheiten des Gesetzbuches[7].

VI. Noch weiter gehen in Verwerfung des Gewohnheitsrechts mit Unrecht das allgemeine Landrecht von Preußen und die Gesetzbücher von Österreich und dem Königreich Sachsen. Sie sprechen dem Gewohnheitsrecht überhaupt jede Geltung ab, auch bei Lücken des Gesetzbuches. Das Gewohnheitsrecht bildet nach ihnen gar keine gültige Quelle neuen Rechts mehr (in Sachsen von 1865 an); jedoch in Preußen und Sachsen mit einer Ausnahme. In diesen Staaten gilt nämlich das deutsche Handelsgesetzbuch, und zwar als absolutes gemeines Recht (§ 7 a. E.) und deßhalb gilt auch in ihnen über Gewohnheitsrecht in Handelssachen das vorhin (Nr. V) Bemerkte[8].

---

[7] Nicht contra legem. Dagegen ergiebt sich aus Art. 1, daß in Handelssachen das Gewohnheitsrecht nur nicht dem Handelsgesetzbuch, wohl aber dem allgemeinen bürgerlichen Recht derogire; es soll in Handelssachen gelten: zunächst das HGB., bei Lücken desselben das Gewohnheitsrecht und erst in Ermangelung eines Gewohnheitsrechts das allgemeine bürgerliche Recht.

[8] Vgl. auch Meine Abhandl. in Welckers Staatslexikon 3. Ausg. Bd. VI. S. 498.

3. Gerichtsgebrauch. Juristenrecht. Autonomie. Observanz. Statut.

§ 23.

Von Vielen wird zu den Organen, durch welche neues positives Recht begründet werden kann, also zu den Rechtsquellen noch gezählt

I. der Gerichtsgebrauch (die sog. Praxis, usus fori).

Allein die Gerichte haben lediglich nach dem bestehenden Rechte zu sprechen. Sie können durch ihre Entscheidungen nicht neues Recht einführen oder bestehendes Recht ändern. Hiernach ist die sog. Praxis oder ein Gerichtsgebrauch nicht eine gültige Rechtsquelle, d. h. aus Entscheidungen, welche ein Gericht längere Zeit gleichmäßig giebt, kann eine neue maßgebende Rechtsnorm nicht entstehen.

Man muß übrigens unterscheiden:

1) Die Aufgabe der Gerichte ist, das bestehende Recht auf die konkreten Fälle, die vor sie zur Entscheidung gebracht werden, anzuwenden und danach diese Fälle zu entscheiden. In dieser Thätigkeit sind sie lediglich dem geltenden positiven Rechte, also dem Inhalte der bestehenden Gesetze und Gewohnheitsrechte unterworfen und gleichsam deren lebendiges Organ; sie sollen diesen Inhalt mit Hilfe der Wissenschaft zu finden streben und nach dem so auf doktrinellem Wege Gefundenen darüber entscheiden, welche Partei im konkreten Processe recht habe und was ihr demgemäß zukomme. Hiernach sind sie nicht befugt, neues Recht für die zu entscheidenden Fälle zu schaffen. Allerdings ist die Entscheidung, welche sie in einem konkreten Falle geben, für diesen Fall maßgebend, wenn nach processualischen Grundsätzen ein Rechtsmittel gegen dieselbe nicht weiter zulässig ist (Arndts § 116); aber für andere Fälle kann die von ihnen gemachte Anwendung des aus Gründen der Wissenschaft und den Principien des bestehenden Rechts Hergeleiteten nur in so fern Werth und Geltung haben, als dasselbe richtig, d. h. wirklich im bestehenden Rechte begründet ist; eine formelle Geltung, wie die eines Gesetzes, also eine allgemeine Geltung lediglich deßhalb, weil er von den Gerichten angenommen ist, kann der ausgesprochene Satz nicht durch solche Entscheidungen erhalten. Sollten sie daher in einzelnen Entscheidungen konkreter Fälle (Präjudicien) einen Grundsatz zur Anwendung gebracht haben, welcher dem bestehenden Rechte nicht gemäß ist, sei es daß sie durch eine unrichtige Ansicht über den Inhalt des Gesetzes sich irre führen ließen oder daß sie bei Lücken der Gesetze eine Ansicht befolgten, welche den Grundsätzen der Gesetzes- oder Rechtsanalogie nicht entspricht, so kann dies für andere Fälle selbst dann nicht maßgebend sein, wenn der Satz von einem Gerichte lange Zeit in einer Reihe gleichförmiger Erkenntnisse zur Anwendung gebracht worden und dadurch gleichsam in einen Gebrauch des Gerichts übergegangen sein sollte (Gerichtsgebrauch). Ein solcher Gebrauch bildet keine Rechtsnorm, hat nicht legis vim, selbst nicht bei Lücken oder bei zweifelhaftem Sinn der Gesetze. Es ist daher ein Gericht weder an die bei ihm selbst bestehende Praxis, noch an die Praxis eines andern Gerichts, namentlich nicht an die der oberen Gerichte, formell gebunden; vielmehr ist jedes Gericht verpflichtet, sobald es sich überzeugt, daß eine solche Praxis im Widerspruche mit dem Inhalte des geltenden Rechts (der Gesetze oder der Gewohnheitsrechte), oder, bei Lücken derselben, im Widerspruche mit den Momenten, nach welchen diese Lücken zu er-

gänzen sind (s. die betreffende Lehre), stehe, nicht jenem Gebrauch, sondern seiner wissenschaftlichen Überzeugung über den wahren Inhalt des bestehenden Rechts zu folgen.

Diese aus der Natur der Stellung der Gerichte sich ergebenden Grundsätze erkennt auch unser positives Recht an. Keine Stelle unsrer Quellen legt dem Gerichtsgebrauch irgend formelle Geltung bei oder erhebt ihn zu einer bindenden Rechtsquelle. Zwar berufen sich Manche für das Gegentheil auf einige Stellen des römischen Rechts, namentlich auf C. quae sit long. cons. 8, 53 cst. 1 D. de leg. 1, 3 l. 38; allein die erstere Stelle spricht gar nicht vom bloßen Gerichtsgebrauche, sondern vom eigentlichen Gewohnheitsrecht, und auch die l. 38 cit. kann man, wie aus ihrem ganzen Zusammenhange hervorgeht, bloß auf solche Fälle des Gewohnheitsrechts, wie sie unten (Nr. 3) bezeichnet sind, beziehen; vgl. auch Jordan im Arch. f. civ. Prax. VIII S. 249 ff. Savigny Syst. I S. 148 ff. Sollte man aber auch je über diese Stelle zweifelhaft sein: so müßte der Ausspruch Justinians in C. de sentent. 7, 45 cst. 13 entscheiden, nach welchem der Richter nicht nach Autoritäten, sondern lediglich nach den bestehenden Gesetzen (non exemplis sed legibus) urtheilen und daher auch nicht einmal die von den höchsten Gerichten angenommenen Grundsätze, wenn er überzeugt ist, daß sie mit dem Inhalte des bestehenden Rechts nicht übereinstimmen, befolgen soll. Einige andere Stellen aber, auf die man sich wohl auch beruft, z. B. D. de extraord. cogn. 50, 13 l. 1 § 10; C. de iniur. 9, 35 cst. 11 sprechen keineswegs aus, daß der Gerichtsgebrauch Rechtsquelle sei; denn die cst. 11 enthält bloß eine legislative Bestätigung gewisser Gebräuche über processualische Förmlichkeiten, und die l. 1 § 10 macht nur die ganz zweckmäßige Bemerkung, daß man bei der Bestimmung des Honorars der Advokaten, so weit nicht das Gesetz eine Grenze ziehe, unter Anderem auch Das berücksichtigen solle, was bisher bei dem Gerichte gebräuchlich war (s. auch Nr. 2. Für die richtige Ansicht vgl. auch Haus Versuch über den rechtlichen Werth des Gerichtsgebrauchs 1798 S. 50 f. 68 f. und Puchta Gewohnheitsrecht I S. 164 f. II S. 16 f. Savigny Syst. I S. 149, 173 und Meine Abhandlung im Arch. f. civ. Prax. XXIII S. 432—446, in welcher auch die wunderlichen Konsequenzen und unauflöslichen Widersprüche näher nachgewiesen sind, in welche sich die Vertheidiger der entgegengesetzten Ansicht verwickeln müssen.

2) Dagegen bildet allerdings der Gerichtsgebrauch eine bedeutende Autorität für das Gericht selbst, bei dem er zunächst sich entwickelte, und auch für andere Gerichte; denn wenn über eine Rechtsfrage eine bestimmte, aus wissenschaftlichen Gründen hergeleitete Ansicht bei einem Gericht sich festgesetzt hat und nach derselben längere Zeit entschieden wurde: so muß diese Ansicht in zweifelhaften Fragen, besonders je nach der Stellung und Bedeutung des Gerichts, immerhin eine gewichtige Autorität sein, und jedes Gericht wird wohl daran thun, im Zweifel solchen Gebräuchen, welche sich in längerer Zeit erprobt haben, zu folgen, indem man von Dem, was in längerer Zeit sich bewährt hat, nur aus überwiegenden Gründen abgehen soll. Dies allein sagen mehrere Stellen, welche von Manchen mit Unrecht auch für eine gesetzliche Kraft des Gerichtsgebrauchs angeführt werden, wie R. I. Absch. v. 1654 § 136; D. de legib. 1, 3 l. 23.

3) Von diesem an sich eine Rechtsquelle keineswegs bildenden Gerichtsgebrauche muß man wohl unterscheiden den Fall, wenn, was nicht selten ist, der Gebrauch der Gerichte ein Träger wahren Gewohnheitsrechts oder der Weg ist, durch den sich ein wahres Gewohnheitsrecht ausbildet und ausspricht. Das Gewohnheitsrecht bildet und entwickelt sich durch einzelne handelnde Personen, welche einer auf Rechtsverhältnisse bezogenen Regel bewußt oder unbewußt folgen und damit gleichsam die gemeine Meinung, die Volksüberzeugung über Das, was in solchen Fällen recht sei, aussprechen. Es kann daher ein wahres Gewohnheitsrecht sich auch bilden durch Einfluß der Juristen und durch Handlungen der Gerichte, so fern der Satz, den sie in ihren gleichförmigen Entscheidungen lange Zeit befolgten, von ihnen nicht durch bloße wissenschaftliche Entwicklung aus dem gegebenen positiven Recht her-

geleitet und lediglich als vermeintlicher Inhalt des bestehenden Rechts angewendet wird, sondern sie ihn als Ausfluß der herrschenden rechtlichen Volksansichten, der bestehenden Volksverhältnisse und der von ihnen als den Sachverständigen und Denen, die mit der Sache zunächst zu thun haben, gleichsam repräsentirten und ausgesprochenen rechtlichen Volksüberzeugung anerkennen. Hier ist dann der Gerichtsgebrauch bloß die Form, durch welche ein wahres Gewohnheitsrecht zur Entscheidung kommt; er ist dann Rechtsquelle, aber nicht als Gerichtsgebrauch, sondern als Fall eines wahren Gewohnheitsrechts. Solche Fälle haben namentlich unsere älteren deutschen Rechtsquellen im Sinne, wenn sie, wie z. B. die P. G. O. Karls V. Art. 104, die Kriminalgerichte auf Beachtung von Gewohnheiten und Herkommen verweisen. Vgl. auch Puchta Gewohnheitsrecht II S. 15 ff. 243 ff. Eichhorn Deutsches Privatrecht § 26. Meine Schrift Gemeines Recht Deutschlands S. 113 ff.

4) Zur Zeit des deutschen Reichs hatte das Reichskammergericht unter gewissen Beschränkungen das Recht, provisorische Verordnungen zu geben, und es machte davon unter der Form der sog. gemeinen Bescheide Gebrauch; Reichsabsch. v. 1570 § 77. Gerstlacher Corp. iur. germ. publici et priv. Bd. IV S. 184 ff. Sartorius in der Gießener Zeitschr. f. Civilr. Neue Folge I S. 175 ff. Eine solche Befugnis kam aber gemeinrechtlich anderen deutschen Gerichten nicht zu und gehört deßhalb jetzt zu den Antiquitäten; auch würde sie in keiner Weise legislativ zu billigen sein und dem jetzt in Deutschland anerkannten konstitutionellen Princip widersprechen, indem dadurch ein Theil der Gesetzgebungsgewalt der Mitwirkung der Stände entzogen würde. Dagegen ist es bei uns einem Gerichte unbenommen, bei zweifelhaften Rechtsfragen den Inhalt seiner rechtlichen Überzeugung, also seine Ansichten darüber, wie in solchen Fällen nach dem bestehenden Recht zu entscheiden sei, zum Voraus bekanntzumachen und in diesem Sinne gemeine Bescheide zu erlassen, wie dies auch wirklich bisweilen von unseren höheren Gerichten geschieht. Dergleichen Bescheide aber haben bloß den Zweck, über die wissenschaftliche Überzeugung und die Ansicht des Gerichtes, wie dasselbe das bestehende Recht auffasse, zu orientiren, und ihr Inhalt könnte vom Gerichte bei geänderter Überzeugung wieder zurückgenommen werden und bildet für andere Gerichte keine verbindliche Norm.

II. Nicht selten wird das sog. Juristenrecht oder Recht der Wissenschaft als Rechtsquelle aufgeführt. Allein auch dies ist unrichtig.

Man muß auch hier unterscheiden:

1) Die Wissenschaft des positiven Rechts soll den Inhalt der bestehenden Rechtsquellen entwickeln und nach allen Seiten zum Bewußtsein bringen. Sie sucht jenen Inhalt durch Auslegung festzustellen und zu erklären, die Principien, die dem bestehenden Recht zu Grunde liegen, zu finden und auf ihnen konsequent fortzubauen, die in ihm liegenden Gedanken zur Entwicklung zu bringen und die Lücken des positiven Rechts in seinem Geiste und nach der aus der Natur der gegebenen Verhältnisse mit Konsequenz sich ergebenden Natur der Sache zu ergänzen (diese wissenschaftliche Thätigkeit überhaupt begreifen die römischen Juristen unter interpretatio im weitern Sinne). Allein das so gefundene Resultat giebt keine neue Rechtsnorm; die Wissenschaft darf die durch das positive Recht gezogenen Schranken hierbei nicht überschreiten, sondern deckt eigentlich nur Dasjenige auf, was noch unentwickelt im bestehenden positiven Rechte selbst liegt, und bringt die in ihm liegenden positiven Keime zu naturgemäßer Entfaltung. Das Produkt dieser wissenschaftlichen Thätigkeit hat keine formelle Geltung als Rechtsnorm; es gilt nicht an und für sich und deßhalb, weil es Produkt der Wissenschaft ist, sondern kann nur Anspruch auf Geltung machen, wenn es wahr ist, d. h. wenn und so weit es wirklich mit dem Inhalt des bestehenden positiven Rechts oder der dadurch bestimmten Natur der Sache übereinstimmt. Der Richter ist daher nicht daran gebunden, sobald er sich überzeugt,

daß jenes Produkt mit dem wahren Sinne des positiven Rechts und mit den Grundsätzen einer konsequenten im Geiste des Rechts liegenden Fortbildung desselben nicht übereinstimme. Zwar wollten viele Ältere und auch manche Neuere das Gegentheil behaupten, wenigstens dann, wenn jenes Produkt auf einer übereinstimmenden Ansicht bewährter Träger der Wissenschaft, auf einer communis opinio derselben beruhe. Allein sehr mit Unrecht. Allerdings hatten die Ansichten der römischen Juristen, welchen das ius respondendi gegeben wurde, eine Geltung dieser Art (Gaius Inst. I, 7). Dies stützte sich aber auf ein ganz besonderes römisches Institut, das schon unter den späteren römischen Imperatoren sich wieder verlor. Jedenfalls findet sich bei uns nicht einmal ein Schein eines solchen Instituts. Keine Rechtsquelle legt den Resultaten der Wissenschaft an sich formelle Geltung bei; sie haben und verdienen nur in so weit Geltung, als sie mit dem Inhalte der geltenden Rechtsquellen in Übereinstimmung sind. Darüber hat Jeder, der das Recht anzuwenden berufen ist, nach seiner eigenen wissenschaftlichen Überzeugung zu entscheiden.

2) Allerdings aber und mit Recht werden bewährte Bearbeiter der Wissenschaft, wie der Gebrauch bewährter Gerichte, stets bedeutenden Einfluß auf die rechtlichen Ansichten üben und für den praktischen Juristen in zweifelhaften Fällen eine gewichtige Auktorität bilden, und die Übereinstimmung der Ansichten erprobter Rechtskundiger wird diese Auktorität erhöhen und muß dem Richter, wenn sie seiner Ansicht zur Seite steht, sehr zur Beruhigung dienen. Auch kann die Wissenschaft häufig auf das rechtliche Bewußtsein und auf das Rechtsleben solchen Einfluß üben, daß in einzelnen Fällen ihre Resultate allmählich in wahres Gewohnheitsrecht übergehen und dann in der Form des Gewohnheitsrechts ein durch die Wissenschaft zur Geltung gekommenes Recht bilden.

Will man Letzteres und will man das unter Nr. 1 Angeführte durch Juristenrecht bezeichnen: so darf man nur dabei nicht vergessen, daß es kein Juristenrecht als besondere für sich bestehende Rechtsquelle giebt, sondern daß Das, was man so nennt, entweder bloß die Entwicklung Dessen ist, was an sich schon im bestehenden Rechte liegt (Nr. 1), oder daß es der Kern und die Veranlassung einer sich bildenden Volksgewohnheit werden kann und dann gilt, nicht weil es Juristenrecht ist, sondern weil es Gewohnheitsrecht geworden ist (Nr. 2 a. E.). Vgl. auch Meine Schrift: Gemeines Recht Deutschlands S. 113 ff.

III. Außer den Gesetzen und dem Gewohnheitsrecht konnten sich in Deutschland noch Rechtsnormen bilden durch sog. Autonomie.

Viele begreifen aber unter diesem Ausdrucke wesentlich auseinander zu Haltendes. Man muß nämlich unterscheiden:

1) Bekanntlich können die Privaten in den Punkten, in welchen bloß ergänzende (sog. dispositive) Gesetze eingreifen, ihr konkretes Rechtsverhältnis nach ihrem Ermessen frei bestimmen, also z. B. Kontrahenten in ihren Verträgen unter sich den Inhalt des Vertrages festsetzen, Testatoren in ihren letzten Willen über das Ihrige verfügen, Gesellschaften und Korporationen durch verabredete Statuten (statuta conventionalia) ihre inneren Gesellschaftsverhältnisse festsetzen, so weit sie nicht dabei gegen den Inhalt gebietender Gesetze anstoßen. Manche stellen solche Verträge, Testamente, Statuten zu den Quellen des Privatrechts, gerade wie die Gesetze (z. B. Thibaut Pandektenr. § 21). Allein dies ist unrichtig und irreführend; denn es entspringt ja aus ihnen kein Rechtssatz, kein objektives Recht, welchem Andere sich zu unterwerfen hätten. Sie sind nur Quellen für (subjektive) Rechte der dabei Betheiligten und begründen und normiren bloß das zwischen diesen bestehende konkrete Rechtsverhältnis, gehören somit nicht zu den Rechtsquellen. Allerdings sprechen die römischen Juristen von lex contractus, legem testamento dicere u. dgl.; allein sie dachten dabei nicht entfernt an Rechtsnorm und Rechtsquelle, sondern nahmen hier das Wort lex in dem ganz allgemeinen Sinne für Bestimmung, Festsetzung, Norm für ein konkretes Rechtsverhältnis, d. h. wie die eigentliche lex eine Norm des allgemeinen

Rechts, eine wahre Rechtsnorm bildet, so bildet ein Vertrag, ein Testament ꝛc. eine Norm, nach welcher sich das konkrete Verhältnis unter den betreffenden Partieen richtet, so weit sie nicht mit einem gebietenden Gesetze im Widerspruche stehen.

2) Viele nennen solche Bestimmungen der Partieen autonomisch, und die Befugnis der Privaten zu solchen Verabredungen und Festsetzungen ein Recht der Autonomie. Allein auch dies ist nicht richtig. Der Ausdruck Autonomie bezieht sich auf wahre Gesetze, auf Normen des allgemeinen Rechts. Er bezeichnet die Befugnis, Rechtsnormen zu geben, z. B. ein Volk, welches unter Gesetzen lebt, die es sich selbst (unmittelbar oder durch seinen verfassungsmäßigen Gesetzgeber) giebt und geben darf, hat Autonomie. Allerdings kann auch Anderen, z. B. einzelnen Korporationen im Staate Autonomie zukommen. Dies ist aber dann etwas ganz Anderes, als das unter Nr. 1 Angeführte. Es ist dann die Befugnis, für gewisse Verhältnisse Bestimmungen zu geben, welche die Kraft von Rechtssätzen haben, Rechtsnormen bilden, und denen daher auch Dritte sich unterwerfen müssen. Eine solche Befugnis stand in Deutschland im Mittelalter den Korporationen wirklich zu; sie konnten wahre Gesetze geben, die im Bereich der Korporation, z. B. des Gebietes einer Stadt, auch für Dritte galten, sog. statuta legalia. Allein mit der Ausbildung der Landeshoheit der Regenten verschwand allmählich dieses Recht der Autonomie; es konnten sich von da an die Korporationen solche Statuten nur mit specieller Genehmigung des Gesetzgebers geben, so daß sie dadurch in die Kategorie von solchen Lokalgesetzen, deren Geltung auf den Gesetzgeber selbst zurückzuführen war, fielen. Auch in unserer Zeit kann sich eine Korporation ein solches Lokalstatut geben, aber nur mit besonderer Zustimmung der gesetzgebenden Gewalt, d. h. in konstitutionellen Staaten nicht des Regenten allein, sondern nur in Folge einer vom Gesetzgeber in Form eines Gesetzes, also mit Zustimmung der Stände, ertheilten Ermächtigung.

Dagegen ist es bestritten, ob nicht auch jetzt noch gemeinrechtlich einzelnen Privatpersonen eine gewisse Autonomie zukomme, nämlich dem hohen Adel in Betracht der Erbfolge und einzelner Familienverhältnisse. Das Nähere hierüber gehört aber in das Germanikum und Staatsrecht. Vgl. auch Gerber über den Begriff der Autonomie im Arch. f. civ. Prax. XXXVII. S. 35 ff. und Denselben in den Jahrbüchern für Dogmat. III S. 411 f.

IV. In Beziehung auf Rechtsquellen werden sehr häufig noch einige Ausdrücke gebraucht, die in sehr verschiedenem Sinne genommen werden und deren Bedeutung man kennen muß, um sich vor Verwirrung zu hüten: Observanz, Herkommen, Statut.

Observanz, Herkommen bedeutet im Allgemeinen, Was bisher so gehalten und geübt wurde. Da eine solche Übung das gemeinsame Merkmal vom Gewohnheitsrecht und vom Gerichtsgebrauch ist: so werden diese Ausdrücke häufig gebraucht zur Bezeichnung des Gewohnheitsrechts überhaupt, und insbesondere des Gewohnheitsrechts, das in partikulären Kreisen sich bildet, ferner zur Bezeichnung des Gerichtsgebrauchs, namentlich in Beziehung auf processualische Förmlichkeiten. Auch wendet man den Ausdruck auf andere Verhältnisse an, die allmählich durch Gebrauch sich bildeten, aber nicht auf eine eigentliche Rechtsnorm sich beziehen, z. B. wenn man vom observanzmäßigen Gehalt eines Beamten spricht. Auch wird bisweilen die längere Übung eines konkreten Rechts durch eine einzelne Person durch Observanz und Herkommen bezeichnet. Besonders werden aber diese Ausdrücke gebraucht für eigentliche autonomische Rechtssätze (ob. III, 2), wenn sie stillschweigend durch längere Übung zur autonomischen Feststellung kamen, also gleichsam einen in längerer Übung ausgesprochenen Konsens bilden.

Das Wort Statut bezeichnet überhaupt Vorschrift, Regel, Norm (C, 2, 43 si minor est. 2). Deßhalb bezeichnet es auch Rechtsnorm und in so fern ist

es gleichbedeutend mit Gesetz im weitern Sinne. Gewöhnlich aber wird es gebraucht für partikuläres Recht im Gegensatze zum gemeinen Rechte eines größern Ganzen; so hießen z. B. die deutschen Partikularrechte statutarische Rechte, die auf sie gebauten Institute statutarische Institute, und deßhalb nennt man auch die Normen, welche Korporationen vermöge ihrer Autonomie sich gaben (ob. III, 2), statuta legalia. Endlich bezeichnet man auch durch Statut solche Satzungen, die keine Rechtsnormen sind, sondern bloß auf ein konkretes Rechtsverhältnis sich beziehen, namentlich Satzungen, durch welche die Genossen einer Gesellschaft ihre Gesellschaftsverhältnisse unter sich vertragsmäßig festsetzen, die also nichts anderes bilden, als den Inhalt eines konkreten Vertrags, sog. statuta conventionalia, z. B. die Statuten eines Museums und anderer Vereine, und welche also unter die Kategorie von Nr. III, 1 fallen.

II. Das Verhältnis verschiedener Rechtsquellen eines Staats zu einander.

§ 24.

Dieses bestimmt sich nach folgenden Grundsätzen.

A) Hat eine Quelle bloß subsidiäre Geltung, so kann sie nur dann und da zur Anwendung kommen, wenn und wo die übrigen Rechtsquellen des Staates Lücken haben; sie steht also den übrigen Rechtsquellen nach und es ist dann bloß bei Lücken der letzteren nach ihr zu entscheiden. In dieser Weise ist das Pandektenrecht in den deutschen Staaten, in denen es noch gilt, im Verhältnis zu ihrem einheimischen Partikularrecht bloß subsidiär. Anders dagegen ist es bei den Gesetzen des jetzigen deutschen Reichs. Diese gehen allen Partikularrechten vor (s. § 7 a. E.).

B) Wenn die verschiedenen Rechtsquellen einander an Geltung gleichstehen[1], so entscheidet zunächst

1. Der Grundsatz, daß das Besondere in seinem Kreise dem Allgemeineren vorgehen muß; z. B. wenn ein Gesetz einen Grundsatz ausspricht, ein anderes Gesetz aber für eine gewisse Klasse von Verhältnissen eine jenem Grundsatz widerstreitende Bestimmung festsetzt, so geht die letztere bei dieser Klasse von Verhältnissen der ersteren vor; die besondere Bestimmung bildet dann für diese Klasse von Verhältnissen eine Ausnahme von der Regel[2].

2. Wenn das unter Nr. 1 Gesagte keine Anwendung leidet, wenn

[1] Wenn also keine bloß subsidiär ist oder wenn das Verhältnis der subsidiären Quellen zu einander in Frage steht.

[2] D. de R. I. 50, 17 l. 80; de poen. 48, 19 l. 41.

also die widerstreitenden Bestimmungen gleich allgemein oder gleich speciell sind, so entscheidet

a) zunächst das Alter (oder vielmehr die Jugend) der Rechtsquelle, d. h. die Zeit, in welcher die Quellen in Gesetzeskraft traten; die jüngere geht dann stets der älteren widersprechenden vor [3].

Mit dem Eintritt der späteren, neuen Norm muß die Geltung der früheren, anders lautenden, aufhören.

b) Wenn aber die widersprechenden Bestimmungen zur gleichen Zeit in Gesetzeskraft traten, z. B. in demselben Rechtsbuch stehen, oder in verschiedenen Rechtsbüchern, deren Gesetzeskraft von einem Tag datirt, so heben solche Bestimmungen sich gegenseitig auf. In einem solchen Falle hat der Richter dann die betreffende Frage nach Dem zu entscheiden, was den sonstigen Grundsätzen des bestehenden Rechts am meisten entspricht.

3. Wenn jedoch die eine Stelle klar und bestimmt sich ausspricht und eine andere Stelle ihr zu widersprechen scheint, aber dunkel und mehrdeutig ist, dann ist nicht anzunehmen, daß sie einander widerstreiten, sondern die dunkle Stelle ist im Sinne der klaren zu nehmen.

4. Wendet man diese Grundsätze (Nr. 2. 3.) auf das Verhältnis der einzelnen Theile und Stellen der Rechtsbücher Justinians zu einander an, so ergeben sich folgende Resultate:

Institutionen, Pandekten, Kodex und Novellen enthalten nicht selten Aussprüche, die mit einander im Widerspruche stehen. Es ist daher die Frage, welche von diesen Bestimmungen der anderen vorgehe, somit das geltende Recht enthalte, sehr wichtig. Über dieselbe herrscht aber auch jetzt noch in Manchem Meinungsverschiedenheit. — Daß die genannten Rechtsbücher widerstreitende Bestimmungen enthalten, erklärt sich zum größeren Theil aus der Natur derselben; denn die Novellen sind ja bloß einzelne Konstitutionen, die Justinian nach Erlassung der Institutionen, Pandekten und des Kodex zu verschiedenen Zeiten je nach dem legislativen Bedürfnisse gab und durch die er gerade Vieles an dem Inhalte der vorgenannten drei Rechtsbücher ändern wollte; auch der (zweite) Kodex enthält nicht wenige Verordnungen, welche erst während, zum Theil nach Verfertigung der Pandekten und Institutionen erlassen wurden und an dem in denselben enthaltenen Recht Vieles ändern sollten, und giebt überhaupt die kaiserliche Legislation, wie sie sich allmählich durch eine Reihe von einzelnen Gesetzen entwickelte und das frühere Recht vielfach wesentlich umgestaltete, während die Pandekten bloß Excerpte aus den Schriften der älteren römischen Juristen enthalten, welche größtentheils vor der eingreifenden legislativen Thätigkeit der Imperatoren lebten. Allein auch abgesehen von diesem natürlichen Verhältnis hat die Kommission, durch welche Justinian seine Institutionen, Pandekten und den Kodex verfassen ließ, in Vielem so flüchtig gearbeitet, daß in diesen Rechtsbüchern nicht nur manche Wiederholungen, die sich nicht immer

[3] D. de const. princip. 1, 4 l. 4. Vgl. unten § 32.

vermeiden ließen (vgl. auch C. de vet. iur. enucl. 1, 17 cst. 2 § 14), sondern auch Widersprüche vorkommen, obwohl Justinian (C. l. c. cst. 2 § 15) das Gegentheil versichert. In allen diesen Beziehungen nun hat der praktische Jurist nach folgenden Grundsätzen zu verfahren:

I. Verhältnis der Novellen zu den Institutionen, Pandekten, dem Kodex und der einzelnen Novellen zu einander. Die Novellen sind die neuesten Gesetze Justinians, nach der Publikation jener drei Rechtsbücher (der Institutionen, Pandekten und des Kodex) einzeln zu verschiedenen Zeiten erlassen. Bei ihnen entscheidet daher einfach der Grundsatz, daß das neue Recht dem älteren vorgeht. Ihr Inhalt hat somit unbedingt den Vorzug vor dem der Institutionen, Pandekten und des Kodex, und unter den einzelnen Novellen selbst geht die jüngere der älteren vor.

II. Verhältnis des Kodex zu den Institutionen und den Pandekten. Die ältere Ansicht giebt dem Kodex als dem neueren Rechtsbuche den Vorzug vor Pandekten und Institutionen und hat hierin im Wesentlichen Recht. Zwar erklärten sich schon manche Ältere und in der neueren Zeit die Meisten dagegen, hauptsächlich aus folgendem Grunde: Justinian sage ausdrücklich, man solle seine Institutionen und Digesten und den Kodex als ein zusammenhängendes Ganzes betrachten, gleichsam als tria volumina eines Rechtsbuches, keines solle daher einen Vorrang vor dem anderen haben und ohnehin herrsche in denselben (worin sich freilich Justinian sehr täuschte) völlige Übereinstimmung; hieraus folge, daß nach Justinians Absicht an sich keines dieser Rechtsbücher an sich dem andern des Alters wegen vorgehen könne. Nur wollen Manche aus anderen, wie sie es nennen inneren, Gründen dem Kodex doch in der Regel einen Vorzug vor den Pandekten und Institutionen einräumen (z. B. Thibaut Civilistische Abhandlungen S. 93 ff. v. Löhr in seinem und Grolmanns Magazin III S. 213 ff.), während Andere, wie z. B. Puchta Vorlesungen § 19, Savigny Syst. I. S. 270 ff. 284, Arndts § 12 jeden unbedingten Vorzug des Kodex in Abrede ziehen. — Allein es wird von allen Diesen ein wesentliches Moment gar nicht gehörig beachtet. Allerdings erklärte Justinian, daß seine drei Rechtsbücher ein Ganzes bilden und nur wie drei einander ganz gleichstehende Abtheilungen desselben Werkes zu behandeln seien; Praef. Dig. cst. Tanta (vom Jahre 533, auch in C. de vet. iur. enucl. 1, 17 cst. 2) § 12—15 § 23. Allein diese Erklärung gab er ja im Jahre 533, also zu einer Zeit, in der von dem neuen, bei uns recipirten Kodex noch gar nicht die Rede sein konnte; sie bezieht sich bloß auf das Verhältnis der Institutionen, Pandekten und des alten (nicht auf uns gekommenen) Kodex zu einander, nicht aber auf das Verhältnis des neuen Kodex vom Jahre 534 zu Institutionen und Pandekten. Von diesem neuen Kodex, von welchem allein es sich hier handelt, sagt Justinian ausdrücklich, derselbe sei eine nach dem neuesten praktischen Standpunkte gemachte Umarbeitung des alten Kodex; in dieselbe seien nicht bloß neue inzwischen erlassene Konstitutionen aufgenommen, sondern auch manche von den Konstitutionen, die im früheren Kodex enthalten waren, weggelassen, andere geändert oder vervollständigt und verdeutlicht, und so alles unanwendbar Gewordene, alles Unpraktische ausgeschieden worden; Praef. Cod. cst. Cordi nobis (vom Jahre 534) § 2—5. Hieraus folgt offenbar, daß nach Justinians Sinne der neue Kodex vom Jahre 534 als die neueste Revision des bestehenden Rechtes, so weit es in kaiserlichen Konstitutionen enthalten ist, den Institutionen und Pandekten vorgehen sollte, und hiernach müssen wir seinem Inhalte bei einem Widerstreite einzelner Bestimmungen desselben mit dem Inhalte der Institutionen oder Pandekten den Vorzug auf dem Gebiete unseres praktischen Rechts geben. Zwar wird noch gegen dieses Resultat von einigen, namentlich von Thibaut und Savigny eingewendet, daß, wenn man den Kodex in dieser Weise für sich betrachte und den Institutionen und Pandekten entgegensetze, das seltsame Resultat hervorgehen würde, daß dem älteren Kodex vom Jahre 529, der doch mit

dem neuen vom Jahre 534 dem größern Theile nach ohne Zweifel übereinstimme, durch die Institutionen und Digesten im Jahre 533, und dann wieder den Institutionen und Digesten durch den neuen Kodex im Jahre 534 derogirt worden sei, daß daher Justinian in wenigen Jahren einen wahrhaft leichtsinnigen Wechsel des Rechts herbeigeführt haben würde. Allein diese Auffassung verrückt völlig das wahre Verhältnis. Die Institutionen und Digesten haben im Jahre 533 keineswegs dem älteren Kodex derogiren sollen oder derogirt. Die Sache verhält sich vielmehr so: der ältere Kodex bildete mit Institutionen und Pandekten ein Ganzes, bei welchem kein Theil dem andern vorgehen sollte und auf welches die oben angeführte Erklärung Justinians vom Jahre 533 sich bezog; später aber kassirte Justinian einen Theil dieses Ganzen, nämlich den älteren Kodex, und erließ an seiner Stelle einen neuen umgearbeiteten Kodex, der nun allerdings als die neueste Revision des praktischen Rechts vorgehen sollte. — Unter den Neueren stimmen diesem Vorzuge des Kodex als dem jüngeren Rechtsbuche im Resultate (nur daß sie es nicht durchaus gehörig begründen) namentlich bei Mackeldey Lehrbuch § 96, Friedr. Ad. Schilling Institutionen II § 18, Mühlenbruch Pandekten § 71, Göschen Vorlesungen I S. 11 f.

III. Verhältnis der Institutionen und Pandekten zu einander. Diese beiden Rechtsbücher stehen in ihrer Geltung nach Justinians ausdrücklicher Erklärung einander völlig gleich; C. de vet. iur. enucl. 1, 17 cst. 2 § 12—15; ohnehin kann hier von einem Vorzug des Alters nicht die Rede sein, weil Justinian bestimmte, daß die Gesetzeskraft beider Rechtsbücher von demselben Tage an datiren solle; C. l. c. cst. 2 § 23. Indessen wollen doch Manche den Institutionen unbedingt den Vorzug vor den Pandekten einräumen, besonders weil Justinian von ihnen sage, sie enthalten unmittelbar geltendes Recht, er habe sie selbst genau geprüft und sie sollen dieselbe gesetzliche Kraft wie eine kaiserliche Verordnung haben (s. C. l. c. cst. 2 § 11. Prooem. Inst. § 3, 6). Allein sie übersehen ganz, daß Justinian auch von seinen Pandekten völlig das Gleiche sagt. C. l. c. cst. 2 § 10, 20, 23 cst. 1 § 6.

Zu beachten ist aber bei dem Verhältnisse der Institutionen zu den Pandekten, daß die Institutionen einen Abriß des neuesten römischen Rechts geben, namentlich mit Rücksicht auf die neueren Konstitutionen, durch welche Vieles am älteren Rechte abgeändert wurde (C. l. c. cst. 2 § 11 in fin.), und daß die historischen Notizen über früheres Recht, die sie häufig enthalten, schon in der Form von den dogmatischen Sätzen genau gesondert und als früheres antiquirtes Recht vorgetragen werden, während die Pandekten bloß Excerpte aus den Schriften römischer Juristen, welche Jahrhunderte vor Justinian gelebt haben und also in ihren Schriften Vieles vortragen, was später geändert wurde, sind und daher diese Excerpte, obwohl Justinians Kommission sie sehr häufig änderte und interpolirte, doch vielfach bloß älteres Recht enthalten, das aber als Solches nicht schon an der Form der Darstellung zu erkennen ist. Wo daher bei einem Widerspruche zwischen Institutionen und Pandekten sich ergiebt oder auch nur wahrscheinlich ist, daß die Institutionen das neuere spätere Recht geben, namentlich wo sie sich ausdrücklich im Gegensatze zu früherem Recht auf eine spätere kaiserliche Verordnung beziehen, in solchen Fällen müssen wir Das, was die Pandekten enthalten, bloß als eine Notiz über früheres Recht, somit den Inhalt der Institutionen als das praktische Recht behandeln. Auch kommt es bisweilen vor, daß über Fragen, die unter den römischen Juristen bestritten waren, in den Pandekten aus den Werken dieser Juristen die verschiedenen Ansichten excerpirt, also widersprechende Stellen enthalten sind, Justinian aber in seinen Institutionen sich für die eine von diesen verschiedenen Ansichten bestimmt erklärt; in solchen Fällen muß natürlich die legislative Entscheidung der Institutionen den Vorzug haben und sind die Stellen der Pandekten, in welchen die entgegengesetzte Ansicht älterer Juristen excerpirt ist, als unpraktisch zu behandeln; z. B. I. de rer. div. 2, 1 § 25 vergl. mit D. ad. exhib. 10, 4 l. 12 § 3 und mit D. de rei vind. 6, 1 l. 61, ferner I. l. c. § 34 vergl.

mit D. de rei vind. l. 23 § 3; ferner I. de legatis 2, 20 § 14 vergl. mit D. 31, de legat II. l. 82 pr. Letzteres ist auch dann anzunehmen, wenn in den Institutionen auf den Widerstreit nicht besonderer Bezug genommen ist und über die Frage in den Digesten widerstreitende Ansichten unvermittelt excerpirt sind, die Institutionen aber die eine dieser Ansichten annehmen und aussprechen. Dagegen müßte der Inhalt der Institutionen dann dem Inhalte der Pandekten nachstehen, wenn in dem betreffenden Punkte die Verfasser der Institutionen unabsichtlich und in bloßer Übereilung, etwa durch bloße flüchtige und ungenaue Benutzung ihrer Quelle, etwas Abweichendes sagten, in der That aber nicht von dem Satze der Pandekten abgewichen werden sollte. Dies könnte aber nur dann angenommen werden, wenn ganz besondere Momente für eine solche Annahme sich nachweisen lassen, ein Beweis welcher sich aber nur bei wenigen Stellen führen läßt. Beispiele s. bei Savigny Syst. I. S. 285. Ein Beispiel dagegen, in welchem Manche eine solche Übereilung ohne irgend genügenden Grund annehmen, s. in § 63 (in Betreff der Stelle I. de usufr. 2, 4 § 2 und D. de usufr. 7, 1 l. 15, 4, 5; usufr. quemadm. 7, 9 l. 9 § 3).

IV. Verhältnis der einzelnen Stellen eines und desselben Rechtsbuches (der Institutionen, Pandekten, des Kodex) zu einander. An sich hat keine Stelle eines einzelnen Rechtsbuches vor einer Stelle desselben Rechtsbuches einen Vorzug, keine steht der anderen nach (so fern sie nicht schon in ihrer Form sich als bloße historische Notiz ankündigt). Dies ist aber in Beziehung auf die Kodex- und Pandektenstellen bestritten. Es wird nämlich

1. von Vielen behauptet, zwischen widerstreitenden Konstitutionen des Kodex entscheide das Alter, es gehe unbedingt die jüngere Konstitution der älteren vor. Allein bei Stellen eines und desselben Rechtsbuches, welches als ein systematisches Ganzes publicirt ist, kann die ursprüngliche Entstehungszeit der einzelnen Stücke oder Stellen an sich nicht das unbedingt entscheidende Moment sein, wodurch die eine Stelle einen Vorzug vor der andern bekommen könnte; gerade durch ihre Aufnahme in ein solches Rechtsbuch verschwindet die Rücksicht auf ihre Entstehungszeit und dies um so mehr, als Justinians Kommission an vielen Konstitutionen änderte und interpolirte, also späteres Recht in sie hinein korrigirte, wodurch ihr Alter noch mehr an Bedeutung verlor. Es haben daher die einzelnen Konstitutionen an sich gleiche Geltung. Dies deutet auch Justinian in der Praef. Cod. cst. Summa reip. und cst. Cordi nobis § 3 an, und noch ausdrücklich spricht er es aus bei Entscheidung eines ihm vorgelegten Rechtsfalles in Nov. 158 cap. 1, indem er beifügt, daß des bloßen Alters wegen keine Stelle des Kodex einen Vorrang vor der anderen habe. Zwar ist diese Novelle nicht glossirt; aber jedenfalls ist sie ein entscheidendes Zeugnis über die Bedeutung, welche Justinian bei der Verfassung seines Kodex den einzelnen Konstitutionen beilegen wollte. Dennoch aber ist bei einem Widerstreite von Kodexstellen unter einander das Alter der betreffenden Konstitutionen ein wichtiges Moment, welches der praktische Jurist wohl zu beachten hat. Der Kodex ist nicht ein in einem Gusse verfaßtes Rechtsbuch, sondern eine, wenngleich vielfach interpolirte, Sammlung und Zusammenstellung einzelner Gesetze, die aus den verschiedensten Zeiten herrühren und durch welche Vieles am bestehenden Recht allmählich mehr oder minder geändert wurde. Bei einer solchen Sammlung mußte Justinian manche ältere durch spätere Bestimmungen aufgehobene Konstitution schon deßhalb aufnehmen, weil oft durch sie das neuere Recht erst das gehörige Licht bekommt, mitunter auch, wie er selbst in Nov. 89 cap. 7 sagt, weil seinen Gerichten nach Erlassung des Kodex für die Beurtheilung konkreter Rechte, die in der vorangegangenen Zeit vor Erlassung einer späteren, das ältere Recht abändernden Konstitution begründet wurden, die Kenntnis dieses älteren Rechts nöthig war. Manche ältere Verordnung enthält auch bloß theilweise antiquirtes Recht, also dabei noch Einzelnes, was praktisch blieb, weßhalb sie ungeachtet ihres theilweise antiquirten Inhalts in den Kodex aufgenommen werden mußte. So finden wir daher im Kodex viele [illegible]nen, welche ganz oder theilweise altes aufgehobenes Recht enthalten,

deren Inhalt daher ganz oder theilweise den neueren, das spätere geltende Recht enthaltenden Konstitutionen nachstehen muß. Darüber nun, welche Konstitutionen in dieser Weise bloß älteres nicht mehr geltendes Recht enthalten, muß der Inhalt der Stelle, ihr Verhältnis zu anderen Stellen, ihr Zusammenhang mit dem ganzen Recht, und bei Konstitutionen, welche nicht bloß Entscheidungen konkreter, dem Kaiser vorgelegter Fälle und Anfragen enthalten (Rescripte und Dekrete), sondern allgemeine Anordnungen geben (leges edictales), hauptsächlich und im Zweifel ihr Alter entscheiden, indem bei den letzteren die neuere lex edictalis beinahe ohne Ausnahme den Zweck hatte, das frühere Recht zu ändern, also bei ihnen der jüngeren Konstitution als dem neuesten geltenden Recht der Vorzug vor der älteren zu geben ist. Man vergleiche nur z. B. die Kodextitel de donationibus (VIII, 54), de bonis quae liberis adquir. (VI, 61), de adoptionibus (VIII, 48), in welchen die chronologisch geordneten Konstitutionen den ganzen Gang der Rechtsentwicklung in der betreffenden Lehre zeigen und es keinen Zweifel leidet, daß hier immer die jüngere Stelle die allmähliche Entwicklung des neueren Rechtes giebt und somit der älteren vorgehen muß; vergl. v. Loehr in d. Magazin ꝛc. von Grolmann und Loehr III S. 189—197.

2. Bei einem Widerspruch einzelner Pandektenstellen unter einander behaupten Manche, daß die Stelle, welche aus den Schriften eines jüngeren Juristen excerpirt ist, den Vorzug habe vor der aus den Schriften eines älteren excerpirten, z. B. die Stellen aus Paulus den Vorzug vor den Stellen aus Papinian. Dies ist aber offenbar falsch. Es wird dabei schon gar nicht beachtet, daß Justinian seiner Kommission die Befugnis gab, an den Excerpten nach ihrem Ermessen zu ändern und sie dadurch mit dem neueren bestehenden Recht in Einklang zu bringen, und daß dieselbe von dieser Ermächtigung sehr freien Gebrauch machte; dadurch aber sind in diesen Excerpten unter dem Namen eines älteren römischen Juristen Rechtssätze ausgesprochen, die zu dessen Zeit noch gar nicht gegolten hatten (z. B. D. 30 de legat. I. l. 1 enthält unter Ulpians Namen einen Grundsatz, den erst Justinian festgesetzt hat). Man kann daher schon deßhalb nicht aus dem Alter des excerpirten Juristen unbedingt schließen, daß Das, was in einem seinen Namen tragenden Excerpte steht, aber einem Excerpte aus einem jüngeren Juristen widerspricht, älteres antiquirtes Recht sei. Überdies ist der Umstand, daß ein jüngerer Jurist etwas behauptet, noch gar kein Beweis, daß der Inhalt seiner Behauptung neueres Recht sei. Endlich erklärte sich ja Justinian ganz ausdrücklich über das Verhältnis der einzelnen Excerpte in den Pandekten zu einander, indem er bestimmt, daß keiner der excerpirten Juristen irgend einen Vorzug vor dem anderen haben solle und daß alle Pandektenstellen in ihrer gesetzlichen Auktorität einander ganz gleich stehen. C. de vet. iur. enucl. 1, 17 cst. 1 § 5, 6 cst. 2 § 20, cst. 3 § 20. Allerdings aber konnte Justinians Kommission es nicht vermeiden, auch in die Pandekten, da sie nicht bloß Gesetzbuch sein, sondern zugleich mit den Institutionen die Grundlage des ganzen wissenschaftlichen Rechtsstudiums bilden sollten, manche bloß historische Notiz aus den Schriften der excerpirten Juristen aufzunehmen, und wenngleich Justinian sagt, er habe in seine Rechtsbücher nichts Veraltetes aufgenommen, so konnte er es doch nicht umgehen, über die geschichtliche Ausbildung des noch Bestehenden zu orientiren, weil ohne dieses das Geltende nicht immer gehörig begriffen werden kann und daher eine solche Orientirung nicht unter die Kategorie des völlig Veralteten fällt. Überdies arbeitete seine Kommission so rasch und flüchtig, daß unter die Excerpte auch manches antiquirte Recht sich einschlich, das sie nicht hätte aufnehmen sollen. Wo sich daher bei Widersprüchen verschiedener Stellen nachweisen oder wenigstens wahrscheinlich machen läßt, daß die eine ganz oder theilweise bloß antiquirtes Recht giebt, da muß natürlich diese der widersprechenden Stelle nachstehen; namentlich ist dies anzunehmen a. wenn sich eine Rechtsänderung über den betreffenden Gegenstand zwischen der Zeit, aus welcher die Stelle des einen Juristen ist, und der in welcher der andere Jurist schrieb, nachweisen

oder wahrscheinlich machen läßt (Beispiele bei Savigny Syst. I. S. 281), ferner b. wenn die eine Stelle einen Satz bloß kurz referirt, in der anderen Stelle aber das Gegentheil ausführlich und mit Gründen dogmatisch entwickelt wird; auch muß man c. wenn über dieselbe Frage in verschiedenen Titeln widersprechende Stellen stehen, die eine aber in dem zur Entwicklung der Lehre, in welche die Frage eingreift, bestimmten Titel steht, die andere dagegen in einen Titel aufgenommen ist, der ganz andere Gegenstände behandelt (eine sog. lex fugitiva ist), im Zweifel stets der ersteren Stelle den Vorzug geben, weil die Aufnahme einer solchen lex fugitiva weit eher auf einem Versehen beruhen konnte (s. auch Savigny Syst. I S. 287).

V. Wohl zu beachten ist aber, daß der Widerstreit zwischen solchen Stellen der justinianischen Rechtsbücher, die einander nach dem bisher Ausgeführten an sich an Gültigkeit und Ansehen gleichstehen (also zwischen Pandektenstellen unter einander, Kodexstellen unter einander und zwischen Pandektenstellen in ihrem Verhältnis zu Institutionenstellen) oft und auch abgesehen von dem unter Nr. IV, 1 und 2 a. E. Ausgeführten ein bloß scheinbarer ist. Häufig enthält namentlich 1. die eine Stelle die Regel, die andere für gewisse Fälle Ausnahmen von dieser Regel, so daß also diese Ausnahmen für die besonderen Fälle gelten, auf welche sie sich beziehen, und dadurch die Regel im Umfang ihrer Anwendbarkeit nach der Absicht des Gesetzgebers auf diese Fälle beschränkt werden soll. Dies ist besonders häufig der Fall im Verhältnis der Institutionen zu Pandekten und Kodex; denn die Institutionen beschränken sich mehr auf allgemeine Umrisse, lassen sich auf Modifikationen und Ausnahmen wenig ein und diese finden sich meist erst in Pandekten und Kodex, durch welche dann der allgemeine Institutionensatz näher bestimmt und beschränkt wird und seine richtige Begrenzung bekommt, in der er anzuwenden ist. 2. Häufig spricht die eine Stelle (was namentlich in den Pandekten nicht selten vorkommt) einen Satz ganz allgemein aus, während erst in anderen Stellen durch eine genauere Bestimmung dem Satze seine gehörige Begrenzung und Beschränkung gegeben wird, und aus diesen dann sich ergiebt, daß in der ersten Stelle dem allgemeinen Grundsatze eine zu weite, unvollkommene Fassung gegeben wurde; in solchen Fällen bietet jener Satz nur mit der in den anderen Stellen enthaltenen Restriktion praktisches Recht. Auch kommt es 3. vor, daß in der einen Stelle eine Frage im Allgemeinen bejaht, in der anderen ebenso im Allgemeinen verneint wird, während eine dritte Stelle durch genauere Unterscheidung der Fälle, in welchen die Frage zu bejahen, in welchen sie zu verneinen ist, eine Vermittelung an die Hand giebt, indem aus ihr hervorgeht, daß weder die Bejahung, noch die Verneinung absolut zu nehmen ist, sondern bloß nach der Verschiedenheit der Fälle einzutreten hat.

VI. Wenn der Widerspruch der einander in Ansehen an sich gleichstehenden Stellen (s. Nr. V.) in keiner dieser Weisen sich vermitteln läßt: so ist keine als entscheidend zu behandeln, da sie sich durch ihren Widerspruch gegenseitig aufheben; es ist dann die Frage, von der sie handeln, nach Dem zu entscheiden, was den anderweit ausgesprochenen Grundsätzen des justinianischen Rechts am meisten entspricht; Beispiele s. unten in § 63 und in meinen Erörterungen aus dem römischen und deutschen Recht Heft III S. 150.

Drittes Kapitel. Ergänzung der Lücken der Quellen des positiven Rechts.

§ 25.

(Vgl. Arndts § 14.)

Wenn dem Richter ein Fall vorkommt, über welchen er in den geltenden Rechtsquellen keine Entscheidung findet: so entsteht die Frage, nach welchen Quellen er den Fall zu entscheiden hat. Hier wurde früher behauptet, daß bei Lücken unseres positiven Rechts nach dem sog. Naturrecht zu entscheiden sei, der Richter also nach Dem, was er für vernünftig und der Rechtsidee für entsprechend halte, die Lücken zu ergänzen habe. Daß aber dies entschieden falsch ist, ergiebt sich aus dem in § 2 Ausgeführten. Auch wird in unserer Zeit jene Ansicht beinahe allgemein verworfen. Ebenso verhält es sich mit der Moral.

Allerdings soll das Sittengesetz die Grundlage des Rechtsgesetzes sein, so weit es eine objektiv-beurtheilbare Norm für die socialen Verhältnisse darbietet (s. § 1). Allein, so weit ein sittliches Gebot nicht in unser positives Recht überging, ist der Inhalt des Sittengesetzes eine Sache, deren Realisirung lediglich dem freien sittlichen Willen überlassen ist. Nur einen allgemeinen negativen Einfluß hat das sittliche Element. Unsere Rechtsquellen erkennen nämlich auch auf dem Rechtsgebiete Das für unzulässig, was contra bonos mores ist, d. h. was der durch allgemeine Anerkennung festgestellten Sitte und Ehrbarkeit und dem Anstand oder der gesunden Vernunft widerstreitet. (D. de pact. 2. 14 l. 27 § 4; mandat. 7, 1 l. 6 § 3.)

Die Frage ist vielmehr dahin zu entscheiden. Princip ist: im Staat kann als Rechtsnorm, welcher sich Jeder zu fügen hat, nur Das maßgebend sein, was der allgemeine Wille setzte, also nur das positive Recht des Staats. Hat daher das positive Recht Lücken, so ist es aus sich selbst zu ergänzen, d. h. es müssen die Lücken im Geiste und aus dem Geiste des positiven Rechts [1] ergänzt werden [2]. Hieraus ergeben sich für die Fortbildung und Erweiterung des positiven Rechts (so weit sie dem praktischen Juristen zukommt) folgende Grundsätze.

I. Die Gesetzes-Analogie. Wenn ein Fall zur Sprache kommt, über welchen sich eine Entscheidung in den Quellen unseres positiven Rechts nicht findet, so giebt häufig die Gesetzes-Analogie eine Entscheidungsnorm an die Hand.

---

[1] Also nur aus der Analogie des positiven Rechts.
[2] Cod. de veter. iur. enucl. 1, 17 cst. 3 § 18.

Ist nämlich in einem Gesetze ein ähnlicher Fall entschieden und hat dieser dieselbe juristische Natur, wie der übergangene Fall, so daß das Princip, der Rechtsgrund, auf dem jene (gesetzliche) Entscheidung beruht, die ratio legis in diesem Sinn[3], auch auf den übergangenen Fall völlig paßt, so ist auch der übergangene Fall nach jenem Gesetze zu entscheiden, also jenes Gesetz auf den übergangenen Fall analog anzuwenden[4]. Dadurch wird dann die Lücke in Wahrheit im Geist des bestehenden Rechts ergänzt; denn der Gesetzgeber würde ohne Zweifel einen solchen Fall gerade so entschieden haben, wenn er an ihn gedacht hätte[5]. Nur darf man nicht singuläre Bestimmungen der Gesetze analog auf übergangene Fälle anwenden; denn Anomalien zu erweitern, liegt nicht in der Konsequenz des Rechts[6].

Viele rechnen diese Gesetzesanalogie noch zur Auslegung der Gesetze, und zwar zur interpretatio extensiva; allein dies ist unrichtig. Bei der Auslegung eines Gesetzes will man finden, was der Gesetzgeber in dem Gesetz wirklich sagen wollte, und bei der extensiven Interpretation wendet man das Gesetz auf Fälle an, welche zwar nicht unter dem Wortsinn desselben begriffen sind, welche aber der Gesetzgeber unter seinen zu engen Worten begreifen wollte, also auf Fälle, an die er wirklich dachte, nur daß er seine Gedanken zu eng ausdrückte. Bei der Gesetzesanalogie dagegen will man für Fälle, an welche der Gesetzgeber gar nicht dachte, eine Entscheidungsnorm finden und dadurch sie entscheiden, wie der Gesetzgeber sie entschieden haben würde, wenn er an sie gedacht hätte.

II. Die Rechtsanalogie und die Natur der Sache. Findet sich für die unentschiedene Frage nicht eine Norm durch analoge Anwendung eines Gesetzes, sei es, weil ähnliche Fälle in keinem Gesetz entschieden sind, oder weil die Gründe, aus denen sie entschieden sind, auf den übergangenen Fall nicht vollkommen Anwendung leiden: so muß der Richter die Entscheidungsnorm aus der Analogie des gesammten positiven Rechts nehmen, d. h. aus dem Geist des positiven Rechts überhaupt und aus den ihm zu Grunde liegenden Principien eine Entscheidungsnorm bilden[7], sog. Rechtsanalogie.

Hierher gehört auch die sog. Natur der Sache, d. h. Das,

---

[3] Nicht bloß der Zweck des Gesetzes; denn es giebt verschiedene Wege, denselben Zweck zu erreichen, sondern der juristische Grund, das juristische Motiv, durch welches die besondere Weise der gesetzlichen Entscheidung bestimmt wurde.

[4] D. de legib. 1, 3 l 12, l. 13, 32 pr. Cod. de vet. iur. enucl. 1, 17 cst. 2 § 18 a. E.

[5] Beispiele s. in D. de R. V. 6, 1 l. 27 § 3; si quadrupes 9, 1 l. 4 vgl. l. 1 eod.; de C. E. 18, 1 l. 34 § 7. I. de l. Aq. 4, 3 § 16.

[6] D. de legib. 1, 3 l. 14.

[7] Vgl. Cod. de vet. iur. enucl. 1, 17 cst. 3 § 18.

was aus den allgemeinen unserem positiven Recht zu Grund liegenden Principien und aus der faktischen Natur des betreffenden Verhältnisses (und der rechtlichen Natur verwandter Rechtsinstitute) mit logischer Konsequenz sich ergiebt. Dabei sind noch folgende (für Ergänzung des positiven Rechts in seinem Geist wichtige) Regeln zu beachten:

a. Das argumentum a maiori ad minus, d. h. was ein Gesetz zum Wichtigern verlangt, Das genügt jedenfalls auch zum Wenigern [8].

b. Das argumentum a minori ad maius, d. h. was nach dem Gesetz nicht einmal zum Weniger genügt, Das genügt auch nicht zum Mehr, und was zum Weniger erforderlich ist, Das ist jedenfalls auch zum Mehr erforderlich [9]; ferner: was sogar dem Wenigern eingeräumt ist, kommt auch dem Mehreren zu, z. B. wozu sogar ein impubes infantia maior befähigt ist, dazu ist auch ein pubes befähigt.

c. Wer zum Zweck berechtigt ist, Der muß auch ein Recht zu den Mitteln haben, die zur Erreichung des Zweckes an sich ganz nothwendig sind [10].

Nach dieser Rechtsanalogie hat der Richter namentlich auch zu entscheiden, wenn in gewissen Fällen ein Gesetz die Entscheidung seinem arbitrium, Ermessen überläßt; denn natürlich will hier das Gesetz die Entscheidung nicht seiner reinen Willkür anheimstellen, sondern er hat nach der Rechtsanalogie und nach Dem zu entscheiden, was einer gerechten, die allgemeinen Rechtsgrundsätze und die besondere Natur des Falles beachtenden Erwägung eines umsichtigen Mannes angemessen ist [11].

---

[8] D. de R. I. 50, 17 l. 21, 26, 110 pr., 163.

[9] D. de senatorib. 1, 9 l. 4.

[10] D. de S. P. R. 8, 3 l. 3 § 3; comm. praed. 8, 4 l. 11 pr. § 1; de proc. 3, 3 l. 56. 62.

[11] I. de action. 4, 6 § 31; ein Beispiel solcher Verfahrungsart s. D. de verb. oblig. 45, 1 l. 137 § 2—4.

Viertes Kapitel. Entwicklung des Inhalts des Rechts aus seinen Quellen. Die Auslegung und Kritik der Quellen.

Die Auslegung der Quellen.

§ 26.

(Vgl. Arndts § 6—8.)

In einem weitern Sinn bezeichnet interpretatio diejenige wissenschaftliche Thätigkeit überhaupt, welche sich auf Entwicklung des positiven Rechts aus seinen Quellen und Darstellung desselben bezieht [1].

Zu dieser interpretatio gehört namentlich die Auslegung der Gesetze, die interpretatio im engern Sinn.

Wir haben nämlich Das, was bei uns als positives Recht gilt, lediglich aus seinen Quellen, aus den Gesetzen im weitern Sinne zu entnehmen und diesen Inhalt anzuwenden. Zu diesem Zweck aber muß man vor Allem das Gesetz verstehen, wissen, was sein Inhalt wirklich ist. Dazu genügt nicht, daß man die Worte des Gesetzes kennt; diese sind nur die äußeren Träger des Gedankens und Willens des Gesetzgebers, durch welche er Das, was er dachte und festsetzen wollte, äußerlich erkennbar macht und publicirt. Man muß also den Sinn und Gedanken des Gesetzes erforschen und nach allen seinen Seiten sich zum Bewußtsein bringen; denn erst dadurch kann man den wahren Inhalt des Gesetzes kennen lernen [2].

Die auf Erreichung dieses Zieles gerichtete Thätigkeit ist die Gesetzesauslegung, Exegese der Gesetze, Interpretation im eigentlichen und engern Sinn. Den Inbegriff der Grundsätze, nach denen man bei Auslegung der Gesetze zu verfahren hat, nennen wir juristische Auslegungswissenschaft (hermeneutica iuris) [3].

Jede Gesetzesauslegung hat denselben Zweck, nämlich den wirk-

---

[1] Dieser Sinn der Bezeichnung umfaßt nicht bloß eigentliche Auslegung, sondern auch Erweiterung durch Analogie, Ergänzung der Lücken u. dergl. Vgl. § 23 Nr. II 1.

[2] D. de legib. 1, 3 l. 17.

[3] Von der Litteratur über diesen Gegenstand ist besonders zu beachten: Donellus Commentarii de iure civili lib. I c. 13—16; Savigny System des heutigen römischen Rechts Bd. I. S. 206—326; Georg Chr. Burchardi Die Wissenschaft und Kunst der Rechtsfindung oder die juristische Hermeneutik Kiel 1869 (172 SS.). Über Einzelnes ist noch zu beachten Thibaut Theorie der logischen Auslegung. 2. Ausg. 1806 und Joh. Jak. Lang, Beiträge zur Hermeneutik des römischen Rechts. 1857.

lichen Inhalt des Gesetzes zu finden. Wenn man daher von verschiedenen Auslegungsarten (oder Auslegungen) spricht, so bezieht sich dieses nicht auf den Zweck und das Wesen der Auslegung, sondern theils auf die Verschiedenheit der Hilfsmittel, theils auf die Auslegungsregeln und auf die Verschiedenheit der Resultate auf welche die Auslegung bei dem ausgelegten Gesetz führen kann, theils auf das äußere Ansehen und die Kraft, welche einer Auslegung zukommen kann.

A. Die Mittel der Auslegung überhaupt. Diese sind

1) zunächst sprachliche, grammatische, also Grammatik und Lexikon. Das Gesetz spricht seinen Willen und Inhalt durch die Worte aus, in welchen es publicirt wird. Der Ausleger hat daher vor Allem mit grammatischen Hilfsmitteln die Bedeutung dieser Worte, also den Sinn festzustellen, den sie an sich und in ihrem grammatischen Zusammenhange haben. Die hierauf gerichtete Thätigkeit ist die grammatische Auslegung.

2) Häufig aber gelingt es einem Redenden und so auch dem Gesetzgeber nicht, seinen Gedanken klar und vollständig durch seine Worte auszudrücken; er spricht sich oft undeutlich oder mehrdeutig aus, oder sagt mitunter weniger oder mehr mit seinen Worten, als er eigentlich sagen wollte. In solchen Fällen sind die Worte unvollkommene Träger des Gedankens und kann die bloße grammatische Auslegung keine erschöpfende Auskunft darüber geben, was der wirkliche Sinn des Gesetzes ist. Man darf daher bei der grammatischen Auslegung nie stehen bleiben; sie ist nur der nothwendige Anfang jeder Auslegung[4]. Man muß noch alle andern Mittel die uns über den wirklichen Sinn des Gesetzes Aufschluß geben können, zu Rathe ziehen, um diesen Sinn mit Sicherheit zu finden. Diese über die grammatische Auslegung hinausgehende Thätigkeit nennen wir logische Auslegung. Solche weitere Mittel sind namentlich

a. Äußerungen des Gesetzgebers selbst, über den Sinn, den er mit dem Gesetz verbinden will; z. B. in der Einleitung zum

I. Bd. — Als Materialiensammlung für Hilfsmittel der Auslegung der Quellen (des ehemaligen gemeinen Rechts) ist auch in Manchem zu gebrauchen die Schrift von C. H. Eckhard Hermeneutica iuris [Lips. 1750. rec. Walchius 1779].

[4] Selbst in an sich klaren Worten ist oft ein Sinn verdeckt, den man durch die bloße Worterklärung nicht findet, z. B. das Gesetz enthält oft eine Entscheidung einer Frage, welche lediglich Folgerungen aus einem höhern, im Gesetz aber nicht ausgesprochenen Princip ist; dieses Princip ist daher der wirkliche Inhalt des Gesetzes, z. B. D. loc. 19, 2 l. 32.

Gesetz oder wenn in unseren konstitutionellen Staaten die Regierung einen Gesetzentwurf vor die Stände bringt, welchen sie mit gewissen Motiven zu begründen sucht und dieser Entwurf angenommen wird[5].

b. Das Verhältnis der Gesetze zum früheren Rechte und zu dem Recht, in das es eingreift, die historischen Hilfsmittel.

c. Der Zusammenhang des Gesetzes mit dem übrigen bestehenden Recht überhaupt, das systematische Element.

d. Der innere Zusammenhang des Gesetzes mit sich selbst.

e. Die Quellen, aus welchen der Gesetzgeber schöpfte.

f. Der Geist und die Richtung der Zeit, in welcher das Gesetz erlassen wurde; überhaupt die möglichen Einflüsse, unter welchen der Gesetzgeber steht.

g. Der Zweck, die Absicht, welche der Gesetzgeber durch das Gesetz erreichen wollte, die ratio legis in diesem Sinne.

h. Der juristische Gedanke, das juristische Motiv, welches dem Gesetz zu Grunde liegt, die ratio legis in diesem Sinne oder die ratio iuris, die Gründe des Gesetzes.

Diese logische und die grammatische Auslegung umfassen die ganze mögliche Thätigkeit des Auslegers[6].

---

[5] Hierher gehören auch die orationes, mit welchen die römischen Imperatoren ein vorgeschlagenes Senatuskonsult motivirten, vgl. oben § 8 Nr. I 3. Dig. de don. int. vir. et ux. 24, 1 l. 32 pr. § 2.

[6] In der neuern Zeit wird zwar diese Eintheilung der Auslegung nach ihren Mitteln verworfen, namentlich von Savigny Syst. I. S. 214 f., dem hierin gleich Manche folgten, aber in der That ohne einen neuen fruchtbaren Gedanken an die Stelle zu setzen. Savigny hat nur so weit Recht, daß die Bezeichnung logische Auslegung nicht ganz passend ist; der Sache nach aber macht er dieselbe Eintheilung, nur daß er die verschiedenen möglichen Mittel der logischen Auslegung unter besonderen Bezeichnungen besonders gruppirt (und dieses nicht einmal vollständig thut), ohne ihnen eine gemeinsame Benennung im Gegensatz zur grammatischen Auslegung zu geben. Savigny sagt, man müsse unterscheiden: das grammatische, logische, historische und systematische Element, welche alle thätig sein müßten zur Entwicklung des Sinnes des Gesetzes. Allein Savigny drückt dadurch nur in unvollkommener Form aus, was jene alte Eintheilung vollständig giebt. Grammatik, Logik, Geschichte, System muß man allerdings häufig anwenden, um den Sinn eines Gesetzes vollständig festzustellen; aber auch noch manches Andere und Das besagt jene alte Eintheilung vollkommen. Denn unter grammatischer Auslegung versteht sie die grammatischen Hilfsmittel als Anfang und Grundlage der Auslegung; unter logischer Auslegung alle anderen Hilfsmittel, weil man eben nicht alle unter eine Rubrik bringen kann. Nur darf man nicht wie Thibaut und Andere es thaten, den beiden Auslegungswegen einen verschiedenen Zweck zuschreiben, sie nicht als Gegensätze behandeln, z. B. behaupten, die logische Auslegung allein habe den Zweck, den Sinn des Gesetzgebers zu finden. Beide haben ganz den gleichen Zweck, durch beide will man den Sinn, den Gedanken des Gesetzes feststellen. Nur schlagen beide hiezu verschiedene Wege ein, in deren Anwendung namentlich die römischen Juristen ausgezeichnete Muster sind, z. B. D. de don. int. vir. 24,1 l. 32 § 2 ff., D. de hered. pet. 5, 3 l. 20 § 6 ff., l. 22—25.

B. Das Verfahren bei der Auslegung. Jede Auslegung muß mit der grammatischen beginnen; das Resultat der letzteren kann aber sehr verschieden sein.

I. Es kann sich ergeben, daß die Worte klar und unzweideutig sind[7]. Hier entscheiden dann folgende Regeln.

1) Der klare Wortsinn ist im Zweifel, d. h. wenn nicht das Gegentheil bestimmt nachweisbar ist (s. Nr. 2), als (der wirkliche) Sinn und Inhalt des Gesetzes anzunehmen. Denn wir müssen uns an die vom Gesetzgeber gewählten Träger seines Gedankens, an seine Worte halten, wenn kein Grund nachweisbar ist, davon abzugehen[8]. Dabei ist noch zu beachten:

a. Wenn ein Wort zu verschiedenen Zeiten verschiedene Bedeutung hatte, so muß man es in dem Sinne nehmen, welcher zu der Zeit, in welcher das Gesetz gegeben wurde, üblich war.

b. Einen allgemeinen Ausdruck muß man im Zweifel in seinem allgemeinen Sinne nehmen und anwenden (nach grammatischer Auslegung); man darf also nicht Fälle von der Disposition ausnehmen, welche unter den Ausdruck seinem Wortsinn nach fallen und nicht Distinktionen in das Gesetz hineintragen, die es nicht macht[9].

c. Natürlich enthalten nur diejenigen Stellen des Gesetzes eine wirkliche Norm, welche Etwas anordnen, festsetzen wollen, sog. verba dispositiva, decisiva, nicht aber solche, in denen das Gesetz gar nicht einen Rechtssatz aussprechen oder andeuten will, sog. verba enunciativa, z. B. wenn es nur die historische Veranlassung erzählt oder ein Moment anführt, von dem es seine Anordnung gar nicht abhängig machen will.

d. Drückt ein Gesetz sich im Maskulinum aus, so ist dies im Zweifel auch auf das weibliche Geschlecht anzuwenden[10].

e. Man muß stets davon ausgehen, daß der Gesetzgeber seine Worte mit Absicht und Bedacht gewählt habe. Hieraus folgt das sog. argumentum a contrario, d. h. giebt das Gesetz eine Anordnung

---

[7] Klar an sich oder mit Hilfe der grammatischen Auslegung klar gemacht.

[8] D. de exercitor. act. 14, 1 l. 1 § 2, de legatis III (32) l. 25 § 1.

[9] D. de aleator. 11, 5 l. 1 § 3.

[10] D. de V. S. 50, 16 l. 1, l. 95 pr., l. 101 § 3. — Natürlich gilt dies nicht umgekehrt, das vom Femininum Gesagte gilt nicht auch vom Masculinum, in Betracht des besondern Grundes, aus dem das Femininum gewählt ist; D. de legatis II (31) l. 45 pr.

für gewisse Fälle, so liegt darin nach bloßer grammatischer Auslegung, daß sie eben nur für diese Fälle gelten, mithin in anderen Fällen das Gegentheil gelten soll[11]. Natürlich aber darf man dieses Argument nicht anwenden, sobald nachweisbar ist, daß der Gesetzgeber bei einer Anordnung, die er für gewisse Fälle aussprach, keineswegs die Absicht hatte, sie auf diese Fälle zu beschränken[12].

2) Wenn durch die grammatische Auslegung der Wortsinn festgestellt ist, so fragt es sich doch immer noch, ob dieser grammatische Sinn wirklich Das ist, was der Gesetzgeber aussprechen wollte. Um dies mit Sicherheit zu finden, muß man daher auch bei klaren (oder klar gemachten) Worten noch die Hilfsmittel der logischen Auslegung anwenden, um zu sehen, ob Das, was die Worte besagen, auch der Gedanke des Gesetzgebers ist. Diese Anwendung nun kann möglicher Weise auf eines der folgenden Resultate führen.

a. Das gewöhnliche Resultat wird sein, daß das Gesetz wirklich Das sagen wollte, was seine Worte besagen, sog. deklarative Auslegung; dann verbleibt es bei dem durch die logische Auslegung bestätigten Resultate der grammatischen.

b. Mitunter aber kann es sich ergeben, daß der Gesetzgeber mit seinen Worten mehr ausdrückte, als er eigentlich bestimmen wollte, er sich also, ohne es zu wollen, zu weit ausdrückte. Läßt sich dies mit den Mitteln der logischen Auslegung nachweisen, so muß man das Gesetz auf das Wenigere beschränken, das es ausdrücken wollte; einschränkende Auslegung (sog. interpretatio restrictiva). Namentlich ist dies der Fall, wenn das Gesetz, falls man es in seinem weiten Wortsinn nehmen wollte, anderen gesetzlichen Bestimmungen widersprechen würde. Ferner, wenn das Gesetz bei wörtlicher Auslegung etwas offenbar Widersinniges enthalten würde[13]; oder wenn aus dem Zweck des Gesetzes ersichtlich ist, daß der Gesetzgeber nicht so weit gehen wollte, als seine Worte besagen[14].

---

[11] D. qui test. fac. poss. 28, 1 l. 20 § 5. 6.; de testib. 22, 5 l. 18; de legib. 1, 3 l. 22. — Daraus folgt namentlich der Satz: exceptio firmat regulam in casibus non exceptis, d. h. setzt das Gesetz für gewisse Fälle eine Ausnahme fest, so folgt daraus, daß für alle anderen Fälle das Entgegengesetzte als Regel gilt.

[12] Es gilt dann der Satz: unius positio non est alterius exclusio. Dieses Letztere aber kann nur durch Mittel der logischen Auslegung gefunden werden (s. Lit. A. Nr. 2).

[13] Z. B. D. ad exhib. 10, 4 l. 19.

[14] D. de legib. 1, 3 l. 25. Cod. eod. tit. 1, 14 cst. 6. — In solchen Fällen gilt die Regel: cessante ratione legis cessat lex ipsa in dem Sinn: Fälle,

c. Es kann mitunter sich ergeben, daß der Gesetzgeber mit seinen Worten weniger ausdrückte, als er sagen wollte, er also gegen seinen Willen zu eng sich ausdrückte. Hier hat man dann das Mehr, welches der Gesetzgeber erweislich ausdrücken wollte, als Inhalt des Gesetzes zu behandeln, also das Gesetz auch auf die Fälle auszudehnen und anzuwenden, die unter seine zu eng gefaßten Worte nicht fallen, welche er aber darunter begreifen wollte[15]. Man muß also hier das Gesetz ausdehnend auslegen (sog. interpretatio extensiva). Namentlich kann es sein, daß ein Gesetz bei Gelegenheit eines besonderen Falles eine Norm oder Entscheidung für gewisse Verhältnisse ausspricht, und dabei faktische Momente, die gerade jener Fall an sich trug, anführt, ohne aber die Anwendbarkeit der Norm von dem Dasein dieser Momente abhängig machen zu wollen (so besonders häufig bei den Reskripten im Kodex). In solchen Fällen muß man das Gesetz ausdehnend erklären, d. h. man darf es nicht bloß dann auf die betreffenden Verhältnisse anwenden, wenn bei ihnen gerade jene faktischen Momente vorhanden sind, sondern muß sie auf diese Verhältnisse auch dann anwenden, wenn bei ihnen jene faktischen Momente fehlen[16]. Man hat also in solchem Falle jene Momente nur als sog.

---

auf welche der Zweck des Gesetzes keine Anwendung leidet, auf welche das Gesetz anzuwenden, dem klaren Zwecke des Gesetzes entschieden widersprechen würde, hat der Gesetzgeber nicht unter seiner Disposition begreifen wollen. Nur darf man in Anwendung des Satzes cessante ratione etc. nicht gegen die wirkliche Absicht des Gesetzes angehen. Es kann nämlich sein, daß der Gesetzgeber eine Anordnung ganz absichtlich sehr weit faßte und will, daß auf alle Fälle, welche unter die Worte des Gesetzes fallen, wirklich das Gesetz angewandt werde, sollte auch auf einzelne dieser Fälle die ratio legis nicht passen; dann muß man auch auf diese letzteren Fälle das Gesetz anwenden (denn sonst würde das Gesetz nicht interpretirt, vielmehr korrigirt), weil hier der Gesetzgeber seinen Grund nicht als unbedingt maßgebend behandelt wissen wollte. Dies wird häufig vorkommen, denn das Gesetz kann nicht alle Individualitäten berücksichtigen, es muß gar häufig allgemeine Durchschnitte machen, Verschiedenartiges unter einen Maßstab bringen, der freilich nicht für Alles, was es trifft, paßt, welcher aber der Sicherheit und Festigkeit des Verkehrs wegen auf alle unter ihn fallenden Fälle angewandt werden muß (vgl. D. de legib. 1, 3 l. 8. l. 3—6).

Die restriktive Auslegung kommt besonders häufig zur Anwendung bei den Stellen des römischen Rechts, welche allgemeine Regeln aussprechen, z. B. bei den meisten Stellen des Digestentitels de regulis iuris; denn die römischen Juristen waren mehr scharfsinnige, das Einzelne mit Sicherheit und Konsequenz beherrschende Praktiker, als systematisirende Theoretiker und deßhalb faßten sie häufig ihre allgemeinen Regeln zu allgemein und modificirten sie dann mit sicherem Takt erst in der Anwendung bei denjenigen Fällen, auf welche sie nicht ganz paßten.

[15] Z. B. D. de don. int. vir. 24, 1 32 § 16.

[16] Viele zählen zur extensiven Gesetzesauslegung auch die Anwendung der Gesetzesanalogie (§ 25 Nr. I). Allein dies ist unrichtig. Bei der Auslegung eines Gesetzes nämlich will man finden, was der Gesetzgeber in seinem Gesetz wirklich sagen wollte; und bei der interpretatio extensiva wendet man das Gesetz auf Fälle an, die zwar nicht unter

verba enunciativa (vgl. oben Nr. 1 c.) zu behandeln, also das Gesetz auf jene Verhältnisse auch in Fällen anzuwenden, in welchen jene Momente nicht vorliegen; es darf dann auf jene verba enunciativa nicht ein argumentum a contrario gebaut werden (vgl. Nr. 1 e.)[17].

d. Es kann wohl auch vorkommen, daß man über die Worte des Gesetzes ganz hinausgehen, also sie in einem Sinne nehmen muß, den sie grammatisch gar nicht haben (sog. interpretatio abrogans), nämlich dann, wenn Das, was die Worte besagen, nach Zweck und Zusammenhang des Gesetzes unmöglich der Sinn sein kann, den der Gesetzgeber durch seine Worte aussprechen wollte[18].

e. Indessen hat doch bei klaren Worten des Gesetzes die Anwendung der logischen Auslegung eine Schranke; diese bezieht sich aber nicht auf das Verhältnis des Sinnes des Gesetzes zu seinen Worten, sondern auf die zulässigen Interpretationsmittel. Wenn nämlich der Gesetzgeber mehr (oder Anderes) sagen wollte, als die Worte des Gesetzes besagen, so darf man dieses Mehr (oder Andere) nur dann als Gesetzesinhalt behandeln, wenn man es aus dem Gesetze selbst und seinen Gründen oder aus seinem Zusammenhange mit der übrigen publicirten Gesetzgebung als Sinn des Gesetzes erkennen und nachweisen kann; denn dann ist ja auch dieses Mehr (oder Andere) publicirt. Wenn aber dieser abweichende Sinn nur entnommen werden kann aus Momenten, die außerhalb der publicirten Gesetzgebung liegen, z. B. aus Erklärungen oder Verhandlungen, welche dem Gesetze vorangingen, so darf ihn der Richter nicht als Gesetzesinhalt behandeln, weil

---

seinem Wortsinn fallen, welche aber der Gesetzgeber unter seinen zu engen Worten begreifen wollte, also auf Fälle, an die er wirklich dachte, während er nur sich zu eng ausdrückte. Bei der Gesetzesanalogie dagegen will man für Fälle, an welche der Gesetzgeber gar nicht dachte, eine Entscheidungsnorm finden und dadurch sie so entscheiden, wie der Gesetzgeber sie entschieden haben würde, wenn er an sie gedacht hätte.

[17] Ein Beispiel siehe in D. de iuris et facti ign. 22, 6 l. 9 § 5 in den Worten Et licet etc.

[18] Z. B. D. de excus. 27, 1 l. 13 § 2. — Zwar leugnen Manche die Zulässigkeit einer solchen Interpretation, namentlich auch Vangerow (Pand. 7. Ausg. I § 24 S. 53), indem sie behaupten, bei klaren Worten des Gesetzes dürfe man nie ein von den Worten abweichendes Resultat annehmen, sollte auch die logische Interpretation mit Nothwendigkeit darauf führen. Allein diese widersprechen sich selbst, da sie doch die Zulässigkeit einer interpretatio extensiva zugeben, bei der man auch über den Wortsinn hinausgeht. Wenn aber Vangerow l. c. sich noch beruft auf D. de legatis III 32 l. 25 § 1, so hat er dabei die l. 69 pr. in demselben Titel übersehen.

er aus der promulgirten Gesetzgebung nicht zu entnehmen (also nicht als Gesetz publicirt) ist[19].

II. Wenn die Worte des Gesetzes unbestimmt, unklar oder mehrdeutig sind, so kann man mit der bloßen grammatischen Auslegung gar nicht zu einem Resultate kommen; denn diese kann in einem solchen Falle nur ergeben, daß die Worte des Gesetzes einen mehrfachen Sinn haben; in welchem aber der Gesetzgeber die Worte nahm, darüber können die bloßen grammatischen Hilfsmittel keinen Aufschluß geben. In solchen Fällen muß man mit den Mitteln der logischen Auslegung (Lit. A Nr. 2) zu finden suchen, in welchem Sinne der Gesetzgeber (in der betreffenden Stelle) die Worte nahm. Hier ist dann zu unterscheiden:

1) Wenn durch die Mittel der logischen Auslegung der Sinn, welchen der Gesetzgeber mit seinen dunkeln oder mehrdeutigen Worten verband, mit Sicherheit sich feststellen läßt, so ist dieser Sinn der geltende. Dabei kann sich ergeben:

a. daß der Gesetzgeber die Worte in ihrem weitern Sinn nahm, sog. interpretatio lata, oder

b. daß er sie in ihrem engern Sinn nehmen wollte, sog. interpretatio stricta.

Diese beiden Interpretationen sind aber nicht zu verwechseln mit der extensiva und restrictiva (Nr. I 2. b. c.); denn bei der extensiva geht man über den Sinn hinaus, den die Worte an sich haben; bei der restrictiva schränkt man ihn ein, d. h. schließt man Fälle vom Gesetze aus, welche noch unter seine Worte fallen; bei der lata und stricta dagegen bleibt man ganz beim Wortsinn stehen, nur entscheidet man (da der Wortsinn hier vieldeutig ist) bei der lata für die weitere, bei der stricta für die engere Bedeutung, welche die Worte wirklich haben.

2) Bleibt es aber zweifelhaft, in welchem Sinn der Gesetzgeber die mehrdeutigen Worte nahm, oder ist die Stelle überhaupt so dunkel, daß man über ihren Sinn zu einem sichern Resultat nicht zu kommen vermag, dann ist ganz anders zu verfahren, als bei den Fällen unter Nr. I; denn bei klarem und unzweideutigem Wortsinn muß man sich im Zweifel an die Worte halten und bei ihnen stehen bleiben, wenn

[19] Mein Sächs. Strafrecht S. 109f. — D. de suppell. leg. 33, 10 l. 7 § 2; de reb. dub. 34, 5 l. 3.

nicht ein anderer Sinn des Gesetzgebers mit Sicherheit sich nachweisen läßt (Nr. I 1); wenn man es aber mit mehrdeutigen Worten oder einer dunkeln Stelle zu thun hat und man über den Gedanken, den der Gesetzgeber mit den Worten verband, zu keinem sichern Resultate kommt, so bleibt nichts Anderes übrig, als nach Wahrscheinlichkeit zu entscheiden[20]. Hier ist dann besonders der Zweck des Gesetzes maßgebend und was ihm am meisten entspricht[21]. Außerdem hat man den Sinn vorzuziehen, welcher am wenigsten vom bestehenden oder regelmäßigen Rechte abweicht, hat also korrektorische Gesetze, und Gesetze, die ein ius singulare enthalten, im Zweifel strikt zu interpretiren[22]. Wenn aber diese Regeln keine Anwendung leiden, so hat man eben dem milderen Resultate den Vorzug zu geben[23].

III. Bei der Auslegung derjenigen Gesetze, die in unseren konstitutionellen Staaten gegeben werden, muß man wohl beachten, daß über den Sinn des Gesetzes nicht Das maßgebend ist, was die Regierung mit den Worten des Gesetzes ausdrücken wollte, sondern nur Das, worüber Regierung und Stände übereinstimmten, weil die Zustimmung der Stände zum Gesetze nach seinem ganzen Inhalte erforderlich ist. Ergiebt sich daher, daß über den Sinn, in welchem ein Gesetz angenommen und promulgirt werden sollte, Regierung und Stände verschiedener Ansicht waren, während sie sich über die Worte vereinbart hatten, so muß sich der Richter möglichst an die Worte halten, weil hier weder der einseitige Sinn der Regierung noch der der Stände maßgebend sein kann. Wird aber der Entwurf eines Gesetzes von den Ständen ohne Weiteres angenommen, so ist im Zweifel davon auszugehen, daß es in dem Sinne angenommen worden sei, in welchem die Regierung den Entwurf vorlegte; ferner, wenn ein Antrag der Stände pure von der Regierung angenommen wurde: daß es in dem Sinne geschah, welchen die Stände mit dem Antrag verbanden[24].

IV. Noch spricht man häufig von einer interpretatio duplex. Man versteht darunter den Fall, wenn ein Wort oder Satz des

---

[20] D. de R. I. 50, 17 l. 114.
[21] D. l. c. l. 67; de legib. 1, 3 l. 17. 18. 25.
[22] Cod. de inoff. test. 3, 28 cst. 35 pr.
[23] D. de R. I. 50, 17 l. 56 § 1. l. 192.
[24] Die Anwendung dieser Grundsätze auf die Reichsgesetze (Bundesrath und Reichstag) ist sich von selbst. Vgl. § 5 a. E.

Gesetzes aus einer andern Quelle genommen ist, wie z. B. die Stellen der Digesten aus den Werken der älteren römischen Juristen, das Gesetz aber mit ihm einen ganz anderen Sinn verbindet, als jene Quelle, aus welcher er genommen ist, mit ihm verband[25].

C. Die äußere Geltung einer Gesetzesauslegung. Eine Gesetzesauslegung, welche der Jurist nach den bisher ausgeführten Grundsätzen macht, nennt man eine wissenschaftliche, interpretatio doctrinalis. Sie hat natürlich keine äußere formelle Geltung, d. h. ihre Resultate gelten nicht deßhalb, weil die Bearbeiter der Wissenschaft sie gefunden zu haben behaupten. Vielmehr kann sie nur Anspruch auf Geltung machen, wenn sie richtig ist, wenn also überzeugend nachgewiesen wird, daß sie wirklich den wahren Inhalt des Gesetzes enthält.

Dagegen giebt es eine Auslegung, welche formelle Geltung hat, deren Inhalt als Norm zu befolgen ist, wegen eines äußeren, ihr zukommenden Ansehens, mag sie eine richtige Auslegung sein oder nicht. Dies ist der Fall, wenn ein Gesetz ausgelegt wird durch eine andere spätere Rechtsquelle, durch ein Gesetz oder durch ein Gewohnheitsrecht, sog. interpretatio legalis. Es kann nämlich

I. der Gesetzgeber selbst (in einem spätern Gesetz) eine Auslegung eines früher erlassenen Gesetzes geben, sog. interpretatio authentica. Eine solche Auslegung hat natürlich nur bindende Kraft, wenn sie vom Gesetzgeber als Solchem ausgeht. Hieraus folgt

1) Zu ihrer Gültigkeit wird Alles erfordert, was überhaupt zu einem Gesetz erfordert wird, also namentlich in unseren konstitutionellen Staaten Zustimmung der Stände und bei einer von unserem deutschen Reich ausgehenden authentischen Interpretation ein übereinstimmender, vom Kaiser publicirter Beschluß des Bundesraths und Reichstags.

2) Da die Gültigkeit eines Gesetzes nicht von seiner innern Güte oder von der Richtigkeit seiner Gründe abhängt (§ 21, Nr. II 4), so muß das Gleiche auch bei der authentischen Auslegung der Fall sein; sie gilt als (Gesetz und als) bindende Norm über den Sinn des ausgelegten Gesetzes, mag sie den Sinn des Gesetzes getroffen haben.

---

[25] Ein Beispiel: in § 30 bei Anm. 4.

oder nicht und der Richter hat sie in allen Fällen zur Anwendung zu bringen, auf welche das ausgelegte Gesetz anzuwenden ist[26].

II. Ein Gesetz kann auch durch ein späteres Gewohnheitsrecht ausgelegt werden, sog. interpretatio usualis[27].

Die Kritik der Quellen.

§ 27.

(Arndts § 9.)

Wer ein Gesetz auslegen und anwenden will, muß vor Allem sich darüber vergewissern, daß Das, was er auslegen will, überhaupt und nach allen seinen Theilen wirklich ein Gesetz ist. Dies führt auf die Kritik der Gesetze.

Im weitesten Sinn bezeichnet Kritik der Gesetze überhaupt die Beurtheilung derselben. Diese kann sich beziehen

a) auf die Güte, Gerechtigkeit, Vernunftmäßigkeit, Zweckmäßigkeit des Gesetzes. Von den Resultaten einer solchen Kritik hängt natürlich die Geltung und Anwendbarkeit des Gesetzes nicht ab (§ 2 und 21 Nr. II 4.), wohl aber kann sie wichtig sein für Verbesserungen in der Gesetzgebung durch ihren Einfluß auf die gesetzgebenden Faktoren.

b) Die Kritik kann sich beziehen auf die Existenz und Echtheit des Gesetzes überhaupt oder in einzelnen Theilen desselben. Dies ist die Gesetzeskritik im engern Sinn. Diese Kritik im engern Sinn hat folgende Fragen zum Gegenstand:

I. Die Frage, ob man wirklich eine Rechtsquelle vor sich habe, ob also die Urkunde, von welcher die Rede ist, wirklich vom Gesetzgeber herrühre, also wirklich ein Gesetz und zwar ein gültiges enthalte, somit die Frage über die Echtheit und Geltung der auszulegenden Schrift überhaupt[1].

Hierüber hat der Richter für den konkreten Proceß, bei dem diese

---

[26] Sie geht natürlich als das jüngere Gesetz dem ausgelegten Gesetze vor. — Bei der eigentlichen Auslegung ist noch besonders das § 32 B. Nr. V. 4. Ausgeführte zu beachten.

[27] Hierüber s. § 22 IV Nr. 2.

[1] Diese Untersuchung wird verschieden bezeichnet, — von Vielen, auch von Savigny (Syst. I. 242, 246) durch niedere oder diplomatische Kritik, von Anderen durch höhere oder diplomatische Kritik; richtiger würde man sie durch allgemeine Kritik bezeichnen.

Frage eingreift, maßgebend zu entscheiden; denn er darf nur Das anwenden, was wirklich ein gültiges Gesetz ist[2].

II. Ist die Frage unter Nr. I zu bejahen, so kommt es noch auf die zweite Frage an, ob der Text des Gesetzes, den man vor sich hat, in allen seinen Theilen der richtige ist[3]. Hier muß man unterscheiden:

1. Es existiren vom Gesetze authentische oder Original-Exemplare, d. h. vom Gesetzgeber wirklich ausgegangene und promulgirte, wie dies der Fall ist bei den in unseren Gesetzblättern publicirten Abdrücken. Diese authentischen Exemplare enthalten allein den maßgebenden Text des Gesetzes. Aber auch bei ihm ist nicht, wie Manche glauben, Alles unbedingt echt, also nicht alle Kritik ausgeschlossen. Denn es können ja in demselben Schreib- oder Druckfehler stehen; also Etwas, was der Gesetzgeber gar nicht sagen oder publiciren wollte; ferner ist es möglich, daß der mit der Redaktion des Gesetzes beauftragte Beamte andere Worte in das Gesetz gesetzt hat, als der Gesetzgeber wollte und mit den Ständen vereinbart war. Dergleichen Redaktionsversehen sind, so weit sie als solche nachgewiesen werden, nicht als Inhalt des Gesetzes zu behandeln.

2. Ganz anders ist zu verfahren, wenn man von der Rechtsquelle gar kein authentisches Exemplar hat, wie dies bei den Rechtssammlungen Justinians der Fall ist. Wir haben von ihnen bloß Abschriften, von denen keine aus Justinians Kanzlei ist, sondern alle aus einer späteren Zeit und diese sind vielfach ungenau und in den einzelnen Lesarten abweichend, und unsere gedruckten Ausgaben sind bald aus dem einen, bald aus dem andern solcher Manuskripte,

---

[2] Er hat daher z. B. bei der Frage über Anwendung einer Novelle Justinians zu untersuchen, ob sie glossirt ist, indem nur die glossirten bei uns gelten. Ebenso hat er bei angeblichen Gesetzen seines Staates in verschiedener Richtung Kritik zu üben. Wenn ihm der Abdruck eines Gesetzes vorliegt, welches von einem Dritten herausgegeben ist und er ihn anwenden will, so muß er vor Allem sich vergewissern, daß der Abdruck wirklich der eines Gesetzes ist und mit dem Gesetze übereinstimmt. — Ferner hat er bei den von der Staatsregierung ausgegangenen Gesetzespublikationen zu untersuchen, ob sie wirklich gültiges Recht enthalten. Wenn daher die Verfassung seines Staats gewisse Erfordernisse der Gültigkeit eines Gesetzes feststellt (namentlich, daß es die Zustimmung der Stände erlangt habe, unter Anführung dieser Zustimmung vom Regenten publicirt und von einem verantwortlichen Minister unterzeichnet worden sei): so hat der Richter eine Verfügung, welche eine neue gesetzliche Bestimmung enthält, nur dann anzuwenden, wenn sie alle diese Erfordernisse an sich trägt. Vgl. hierüber Meine Ausführung im Archiv f. civ. Praxis Bd. XXIV. S. 238 f., Vangerow Pand. § 12, Windscheid Pand. § 14 und bes. G. Planck in den Jahrbüchern f. Dogm. d. Rechts Bd. IX S. 288 f.

[3] Viele bezeichnen dies durch höhere Kritik, Andere durch niedere; am richtigsten aber wird es wohl bezeichnet durch specielle oder Textes kritik.

bald aus Vergleichungen mehrerer gefertigt. Den Text irgend eines bestimmten Manuskripts oder einer Ausgabe haben wir nie als den allein geltenden recipirt. Zwar haben die Glossatoren sich bemüht, aus Vergleichungen verschiedener Manuskripte und überhaupt durch kritische Arbeiten möglichst den echten Text herzustellen, und wir bezeichnen die Lesarten, die mit den Manuskripten aus der Glossatorenzeit übereinstimmen, durch lectio vulgata oder Bononiensis (Bononia). Allein zu einem Abschlusse kam dieses Bestreben nicht; auch kann man nicht sagen, daß aus ihrer Hand bei uns ein bestimmter Text recipirt worden sei. Wir haben eben Justinians Rechtsbücher, so weit sie glossirt sind, recipirt, die Echtheit ihres Textes aber im Einzelnen festzustellen, bleibt ganz dem Resultate der wissenschaftlichen Kritik überlassen. Man muß hiernach, wenn über eine einzelne Stelle die Manuskripte variiren, eben dem Text den Vorzug geben, für dessen Echtheit die meisten Gründe sprechen. In dieser Hinsicht ist unter Anderem sehr wichtig das Alter der Handschrift, namentlich bei den Pandekten die älteste Handschrift, die wir von denselben haben, die florentinische, die sog. litera Pisana sive Florentina, wohl aus dem 7. Jahrhundert n. Chr., welche aber an vielen Stellen durch andere Hand korrigirt ist und deren Lesarten auch nicht immer richtig sind; ferner die Übereinstimmung vieler alten Manuskripte oder anderer historischer Hilfsmittel, besonders der Basiliken, mit einer Lesart. — Ein wichtiges Moment bildet bei einer bestrittenen Lesart auch der gesammte Zusammenhang der Stelle und Das, was aus Gründen der logischen Interpretation am meisten für diese oder jene Lesart spricht, und in so fern ist die Interpretation auch ein Hilfsmittel für die Kritik.

Dabei hat der Kritiker des Corpus iuris noch wohl zu beachten, daß in den Manuskripten beinahe gar keine Interpunktionen stehen, er also hier freie Hand hat, sie nach dem Zusammenhange und nach Dem, was dem wahrscheinlichen Sinne der Stelle entspricht, festzustellen. Ferner hat er mögliche Gründe falscher Lesarten zu erforschen; denn oft haben die Abschreiber einzelne Worte oder Buchstaben versetzt oder zwei gleiche nach einander kommende Worte oder Silben nur einmal gesetzt, in welchem Falle man die betreffenden Worte oder Silben zu geminiren hat (geminatio); oder haben sie Abbreviaturen (sigla) falsch verstanden und anstatt ihrer ein

falsches Wort gesetzt, oder auch mitunter ein Wort ganz ausgelassen, oder eine Randbemerkung, die der Besitzer eines Manuskriptes dem Texte desselben beifügte, bei der Abschrift für einen Theil des Textes gehalten und sie mit als Text abgeschrieben, sog. Glosseme, welche natürlich, wenn sie durch die Kritik als solche nachgewiesen werden können, als unecht herauszuwerfen sind.

Der Kritiker des Corpus iuris muß nun nach diesen Gesichtspunkten zunächst unter den verschiedenen Lesarten der Handschriften im Zweifel derjenigen den Vorzug geben, für welche die größere Wahrscheinlichkeit spricht, sog. wählende Kritik. Es ist aber auch eine sog. Konjekturalkritik zulässig, d. h. die Annahme einer Lesart, die von allen uns bekannten Manuskripten abweicht, nämlich dann, wenn sich nachweisen läßt, daß die Texte, wie sie in den Manuskripten stehen, unmöglich echt sein können, und daß nach dem ganzen Zusammenhange und nach den Resultaten einer richtigen Interpretation die Stelle anders und zwar so und so gelautet haben müsse[4].

Fünftes Kapitel. Die Anwendung des Rechts.

§ 28.

Das objektive Recht bringen zunächst die Betheiligten selbst zur Anwendung; sie knüpfen Rechtsverhältnisse an, wie es dem bestehenden Rechte gemäß ist und üben die ihnen zukommenden Rechte aus, verlangen von ihren Verpflichteten Das, was sie zu fordern haben und erfüllen das ihnen Obliegende ꝛc. Überschreitet aber hierbei der Einzelne die vom Rechte gesteckten Grenzen oder entsteht zwischen den

[4] Dieses Verfahren ist auch auf die Novellen anzuwenden. In Beziehung auf die Novellen wird gewöhnlich behauptet, bloß der lateinische Text, die sog. Vulgata, sei der bei uns geltende, gehe also bei Abweichungen von den auf uns gekommenen griechischen Novellen diesen vor, denn nur er sei recipirt, da den Glossatoren der griechische Text unbekannt gewesen sei. Allein einen bestimmten Text wollte man doch nicht recipiren, sondern man wollte eben Justinians Gesetze und Rechtsbücher recipiren in dem Texte, der sich als der echte nachweisen lassen würde. Deßhalb gebrauchte man bei uns seit Jahrhunderten die Novellen in der Redaktion von Contius, obwohl sie gar nicht stets den Text der Vulgata beibehalten hat. Sollte daher durch andere Hilfsmittel, namentlich durch Vergleichung der später aufgefundenen griechischen Manuskripte oder aus dem Zusammenhang und dergleichen sich nachweisen lassen, daß der Text der Vulgata (Authenticum vgl. oben § 9) an einer Stelle etwas sage, was Justinian offenbar nicht so gesagt haben werde (falsche Übersetzung u. dergl.), so muß hier so gut Kritik zulässig sein, wie ihre Zulässigkeit auch bei denjenigen Kodex- und Digestenstellen anerkannt ist, deren Lesart zur Zeit der Glossatoren unbestritten war.

Betheiligten Streit über Das, was ihnen rechtlich zukomme und können sie sich nicht gütlich vereinigen (oder nicht über einen Schiedsrichter übereinkommen): so muß nun das Verhältnis vor den vom Staate gesetzten Richter zur Entscheidung gebracht werden und nun erst ist es Sache des Richters, den Inhalt des bestehenden Rechts auf das vor ihn gebrachte Verhältnis anzuwenden und danach seine Entscheidung zu treffen. Der Richter bildet hier das unparteiische vom Staat zum Rechtsprechen autorisirte Organ, durch welches das positive Recht im betreffenden Fall zur Anwendung kommen soll.

Aus dieser Aufgabe und Stellung des Richters ergiebt sich namentlich:

1. Er ist innerhalb der Grenzen seines Berufs unabhängig, d. h. den Geboten eines Dritten nicht unterworfen. Es darf ihm daher auch nicht einmal die höchste regierende Gewalt des Staats bei einem einzelnen Processe vorschreiben, wie er entscheiden soll; denn dies wäre eine in Deutschland unzulässige Kabinetsjustiz; sondern er hat nur als Organ des Rechtsgesetzes dasselbe nach seiner besten Einsicht und gewissenhaften Überzeugung selbständig zur Anwendung zu bringen.

2. Da er nur das wirklich bestehende Recht zur Anwendung bringen soll, so hat er sich vor Allem darüber zu vergewissern, ob Das, was er anwenden will, auf einer gültigen Rechtsquelle beruht. Er hat daher, wenn von der Anwendung eines Gewohnheitsrechtes die Rede ist, selbständig darüber zu entscheiden, ob der betreffende Satz wirklich als Gewohnheitsrecht sich gebildet hat, und wenn es sich von der Anwendung eines Gesetzes im engern Sinn handelt, vor Allem (für den vorliegenden einzelnen Fall) sich zu vergewissern, ob die Quelle, auf welcher der betreffende Satz beruht, wirklich ein gültiges Gesetz ist. (§ 27.) Er hat aber

3. Den Inhalt des bestehenden Rechts unbedingt zur Anwendung zu bringen, ohne Rücksicht auf seine subjektive philosophische Ansicht über Recht und Gerechtigkeit, also auch wenn jener Inhalt ihm noch so hart, unzweckmäßig oder ungerecht erscheinen sollte[1].

[1] D. qui et a quib. 40, 9 l. 12 § 1 a. E.; de appell. 49, 1 l. 19; de re iud. 42, 1 l. 21; C. de leg. 1, 14 cst. 1.

Zwar behaupten Manche, er könne aus Billigkeit gar zu strenge Gesetze mildern und von ihnen abweichen und berufen sich auf D. de R. I. 50, 17 l. 90. l. 183; C. de

Sechstes Kapitel. Das äußere Herrschaftsgebiet der Privatrechtsnormen. Grundsatz.

§ 29.

Den Normen, welche unser positives Recht für die Privatrechtsverhältnisse festsetzt, sind im Zweifel alle Verhältnisse unterworfen, welche innerhalb unseres Staates praktisch zur Sprache kommen und alle Personen, die an diesen Theil nehmen. Dies folgt aus dem Begriff eines positiven Rechts; denn dieses ist ja die maßgebende Norm, die durch den allgemeinen Willen gerade für den Bereich der betreffenden bürgerlichen Gesellschaft festgesetzt ist[1]. Aber es ist möglich, daß unser positives Recht will, es sollen gewisse Verhältnisse nach dem Rechte eines andern Staats entschieden werden, und dann würde der Richter auf sie die Normen dieses andern Staats anzuwenden haben. Es hat daher der Richter bei jedem Verhältnis, das zu seiner Entscheidung kommt, vor Allem zu untersuchen, nach welcher Norm das Recht seines Staats das Verhältnis entschieden wissen will und danach es zu entscheiden.

Herrschaftsgebiet der Privatrechtsnormen in Beziehung auf Staat und Regenten.

§ 30.

Auch der Staat und der Regent können in Privatrechtsverhältnissen stehen. Es sind dies solche Vermögensverhältnisse des Staats

---

iudic. 3, 1 cst. 8; allein einen solchen unjuristischen Grundsatz, durch welchen der Richter mit seiner subjektiven Ansicht von Dem, was Recht sein sollte, geradezu über das Gesetz gestellt würde, sprechen diese Stellen nicht aus. Es ergiebt sich vielmehr aus anderen Stellen, z. B. D. de leg. 1, 3 l. 18 und besonders D. de in int. rest. 4, 1 l. 7 pr., daß sie bloß den richtigen Satz aussprechen wollen, der Richter habe bei der Auslegung und eben daher auch bei der Anwendung eines Gesetzes auf die wirkliche wahre Absicht des Gesetzgebers zu sehen und daher, wenn der bloße Wortsinn des Gesetzes auf eine vom Gesetzgeber nicht gewollte Härte führen würde, so habe der Richter die wahre Absicht des Gesetzgebers und nicht die strikten Worte zu befolgen. Nie aber darf er sich über den vom Gesetzgeber wirklich gewollten Inhalt des Gesetzes aus Billigkeitsrücksichten hinwegsetzen und ein strenges Recht, das der Gesetzgeber wirklich so festsetzen wollte, nach seiner subjektiven Ansicht über das, was billig sei, beschränken oder unangewendet lassen. Eine Abweichung von dem bestehenden strengen Recht aus Billigkeitsrücksichten könnte bloß der Gesetzgeber festsetzen (s. C. de legib. 1, 14 cst. 1); aber nur in einem förmlichen Gesetze, das dann nicht auf bereits begründete Rechtsverhältnisse, sondern nur auf solche anzuwenden sein würde, die nach Erlassung des Gesetzes begründet werden.

[1] Diese Normen können durchaus im Bereich des betreffenden Staats auf Geltung Anspruch machen, aber nur in ihm.

[illegible]

[illegible] ministraßem 50, [illegible] 30.

normen stehen. Nur wurden sie durch besondere Volksschlüsse und Senatuskonsulte von Bestimmungen gewisser Gesetze dispensirt, z. B. von denen der lex Iulia et Papia Poppaea, waren also dann an diese Gesetze nicht gebunden. Diese beschränkte Beziehung hat z. B. die Bemerkung Ulpians in D. de legib. 1, 3 l. 31 in Ulpians Sinn, worauf schon ihre Inskription hinweist. Allein in der christlichen Zeit, als die unbeschränkte Monarchie sich auch in der Theorie festgestellt hatte, gingen die Imperatoren durchaus von dem Grundsatz aus, den in der Regel ein absoluter Regent festhalten wird; sie erklärten, es sei allerdings ihre sittliche Pflicht, das bestehende Recht zu achten und sich ihm zu unterwerfen[3], aber eigentlich sei das nur ihr freier Wille; denn an sich seien sie als absolute Regenten über jedes Gesetz gestellt, also in Wahrheit von allen legibus soluti[4].

In Deutschland dagegen galt stets der Grundsatz, daß der Regent in seinen Privatrechtsverhältnissen den bestehenden Privatrechtsnormen unterworfen sei und daher vor den Civilgerichten verklagt werden könne[5] und der Richter dann den Proceß nach dem bestehenden Recht zu entscheiden habe. Nur genießt (nach dem gemeinen Recht) der Regent und seine Gemahlin dieselben Privilegien, welche das römische Recht dem Fiskus beilegt[6].

Herrschaftsgebiet der Privatrechtsnormen in Beziehung auf sog. internationale Verhältnisse.

§ 31.

Noch entsteht die Frage, ob die Herrschaft unserer Privatrechtsnormen sich auch auf Verhältnisse erstreckt, bei denen ein Fremder betheiligt ist oder die im Auslande begründet wurden oder sonst mit dem Ausland in Beziehung stehen. Diese Frage ist bis in die neue-

---

3 Cod. de quadrienn. praeser. 7, 37 cst. 3.

4 Cod. de leg. 1, 14 cst. 4; de don. int. vir. 5, 16. cst. 26 a. E., Nov. 105 cap. 1 § 4 a. E. Dies ist daher auch der Sinn der l. 31 cit. (D. de legib. 1, 3) in ihrer Stellung in den Rechtssammlungen Justinians.

5 So in Verhältnissen der Civilliste, der Domänen ꝛc. Natürlich aber kann der Regent in solchen Punkten, in denen das bestehende Recht ihm eine Dispensationsbefugnis einräumt, auch sich selbst eine Dispensation geben.

6 Cst. 3 cit. (7, 37 de quadr. praeser.) u. D. de iure fisci 49, 14 l. 6 § 1. — Manche wollen diese Privilegien zugleich dem Thronfolger geben unter Berufung auf l. 6 § 1 cit. Allein die Stelle spricht bloß vom Caesar; dieser war Mitregent.

sten Zeiten ungemein bestritten, besonders weil hier das römische Recht für uns unpraktisch ist, das gemeine deutsche Recht aber sich nicht näher darüber äußerte und daher die Frage in den meisten Punkten nach dem Geist unseres positiven Rechts, nach Rechtsanalogie zu entscheiden ist. Man muß unterscheiden

A. Das römische Recht unterschied hier zwischen Denen, die das römische Staatsbürgerrecht hatten, den cives und den Peregrinen, d. h. welche nicht römische Bürger waren, mochten sie dem römischen Reiche angehören oder nicht. Der römische civis stand an sich und in seinen Verhältnissen zu anderen römischen Bürgern unter den Bestimmungen des positiven römischen Rechts, also des ius civile Romanum im materiellen Sinn (§ 2 a. E.) und des im römischen Reich anerkannten ius gentium. Der Richter hatte daher auf den civis und auf die Verhältnisse der cives zu einander lediglich das römische Recht anzuwenden, wo auch diese Verhältnisse begründet sein mochten. Auf die Peregrinen wurde auch in der Regel das römische Recht angewendet, allein nur theilweise. Sie waren nämlich nicht fähig an den Institutionen Theil zu nehmen, welche die nationalen Bestandtheile des römischen Rechts bildeten, an dem ius civile im Gegensatz zum ius gentium[1]. Dieses ius civile war gleichsam ein Standesrecht des römischen Bürgers; nur nahmen auch diejenigen Peregrinen an ihm Theil, welche vom römischen Staat ausdrücklich connubium oder commercium mit den römischen Bürgern erhalten hatten. Auf die anderen Peregrinen wurde in ihren Verhältnissen zu einander und zu römischen Bürgern bloß das ius gentium angewendet. Nur wurden sie in einigen Verhältnissen, namentlich in ihrem Familien- und Erbrecht und auch in einigen Schuldverhältnissen unter sich, wenn sie einer freien Korporation, einer libera civitas angehörten[2], nach dem Rechte dieser Korporation beurtheilt[3]. Nur ausnahmsweise wurden einzelne Bestimmungen des ius civile auch auf Peregrinen angewendet, und dann

---

[1] Z. B. sie konnten nicht die strenge römische patria potestas, nicht quiritarisches Eigenthum haben, nicht durch mancipatio, durch usucapio erwerben, nicht in römischen Dotalverhältnissen stehen, nicht aus römischen Testamenten erben u. s. w.

[2] Waren sie nicht Bürger einer solchen Korporation, so konnten sie z. B. gar nicht testiren.

[3] Gai. I § 92, III § 120. Ulpiani fragm. tit. 20 § 14; Dig. de poenis 48, 19 l. 17, § 1.

war, wenn sie dieselben geltend machen wollten, ihnen gestattet, ficta civitate zu klagen[4].

B. Das ältere deutsche Recht. Die angeführten Grundsätze des römischen Rechts kamen in Deutschland nie zur Geltung. Das älteste deutsche Recht ging von dem sog. Princip der persönlichen Rechte (oder der Persönlichkeit des Rechts) aus. Jeder Deutsche nämlich, der einem freien zum deutschen Reich gehörigen Volksstamm angehörte, wurde überall in Deutschland nach dem Rechte seines Stammes beurtheilt. Bei diesem Princip aber gab es freilich viele zweifelhafte Fälle, über welche die auf uns gekommenen Quellen sich nur sehr ungenau äußern, namentlich wenn die Partieen verschiedenen Stämmen angehörten. Fremde aber, d. h. Alle, die einem fremden Volke oder einem solchen Stamme angehörten, der mit dem deutschen Reich nicht vereinigt war, waren an sich schutzlos (also rechtlos). Wollten sie Recht und Schutz (in Deutschland) genießen, so mußten sie bei dem Reich um Schutz besonders nachsuchen und dann hatten sie gerade so weit Schutz und Recht, als ihnen zugesagt war. Daraus erklärt sich namentlich auch die ungünstige und prekäre Stellung, welche die Israeliten im Mittelalter hatten, weil sie als einer fremden Nation angehörig betrachtet wurden.

C. Das heutige Recht. Im Laufe des Mittelalters ging das System der persönlichen Rechte allmählich durch Gewohnheitsrecht unter und an seine Stelle trat das Territorialitätsprincip, d. h. der Grundsatz, daß in jedem Territorium im deutschen Reiche nur das Recht maßgebend sei, welches in ihm überhaupt gilt (durch Gewohnheitsrecht oder Gesetz sich gebildet hat) und in subsidium das gemeine Recht, daß also der Richter die vor ihn gebrachten Verhältnisse nach dem Rechte seines Territoriums und so weit dieses Lücken hat, nach gemeinem Recht zu entscheiden habe. Auch fiel allmählich die besondere Schutzbedürftigkeit der Fremden weg; denn es kam nach und nach der Grundsatz auf, daß auch der Fremde schon an sich rechtsfähig sei und zwar auf dem Gebiet des Privatrechts gerade so, wie der Staatsbürger, so daß man ihn von der Theilnahme

[4] Gai. IV, § 37. Vgl. Meine Abhandlung im Archiv f. d. civil. Praxis Bd. XXIV. S. 242f. und Moritz Voigt Das ius naturale und gentium der Römer Bd. IV Abth. II (1858) S. 285—332.

an den Institutionen des Privatrechts, das im Territorium galt, in keiner Weise ausschloß[5].

Nur in einzelnen Beziehungen machten einzelne Partikularrechte für Fremde noch gewisse Ausnahmen (z. B. beim Gewerbebetrieb, bei Erwerb von Grundeigenthum) und für die Israeliten wurden noch bedeutendere Ausnahmen beibehalten, die aber in neuerer Zeit mehr und mehr und nun im deutschen Reich ganz beseitigt wurden.

Allein bei dieser Gleichstellung der Fremden mit den Einheimischen und bei dem Grundsatz, daß in unserem Territorium das in demselben geltende Recht in Anwendung zu bringen ist, fragt es sich doch noch, ob es nicht Fälle gebe, welche, obgleich sie vor die Gerichte unseres Staates zur Entscheidung kommen, von ihnen nach dem Recht eines andern Staates zu entscheiden sind[6].

Über diese Frage aber waren seit den Postglossatoren die Ansichten im höchsten Grade getheilt und sind es bis in unsere Zeit.

Das Nähere über die verschiedenen Ansichten und eine ausführliche Kritik derselben und der gesammten Litteratur (bis zum Jahre 1841) gab ich in 4 Abhandlungen im Archiv für civ. Praxis, Bd. XXIV S. 230 f., Bd. XXV S. 1 f. S. 161 f., S. 361 f. In dieser Kritik kam ich auf das Resultat, daß die Ansichten, welche bis dahin über die Principien, nach welchen diese Frage zu entscheiden sei, aufgestellt wurden, zu verwerfen seien, und darin traten mir fast alle Neueren bei und Viele stimmten auch dem Princip, welches ich als hier maßgebend vertheidigte und seinen Konsequenzen zu. Dieses Princip geht dahin, daß in unserem Staate stets sein Recht anzuwenden sei, außer wenn dieses ausdrücklich oder seinem ganzen Sinn nach die Anwendung eines fremden Rechts auf das betreffende Verhältnis vorschreibt oder zuläßt. — Indessen ist die Sache auch bis in die neueste Zeit noch bestritten, indem besonders Savigny 8 Jahre später in seinem System (VIII. S. 2—265) sich für ein neues theilweise abweichendes aber sehr schwankendes und eigentlich bloß legislatives Princip aussprach und ihm sofort sehr viele Neuere beitraten. Dabei ist aber zu beachten, daß in den einzelnen praktischen Resultaten beinahe durchweg Savigny mit mir übereinstimmt. Eine spätere gründliche Schrift über den Gegenstand ist von L. Bar (Das internationale Privat- und Strafrecht Hannover 1862. S. 616). Sie fußt im Wesentlichen auf dem von mir aufgestellten Princip (s. das. bes. S. 56 f.) und hat sich die Aufgabe gestellt, die Anwendung dieses Princips und des Savigny'schen nach allen Seiten weiter auszuführen und zu vermitteln und zum Theil auch zu berichtigen. (Vergl. auch Reinh. Schmid Die Herrschaft der Gesetze nach ihrer räumlichen und zeitlichen Grenze. Jena 1863.)

Hier kann nur bemerkt werden:

I. Es ist nicht zu bezweifeln (und wird auch von Savigny zu-

---

[5] Den ersten Schritt dazu machte besonders die Authentica Friderici II: Omnes peregrini (C. comm. de succ. 6, 59). Eichhorn D. Pr.-R. § 75. Savigny Syst. I. 120 III. 148 f.

[6] Fälle, in Beziehung auf welche unser Recht will (also es im Sinne unseres Rechts liegt), daß sie nach dem Recht eines andern Staates entschieden werden.

gegeben), daß über die Frage selbst, welches Recht anzuwenden sei, in jedem Staate lediglich sein Recht maßgebend ist, d. h. wenn und so weit das Recht unseres Staates Etwas über die Frage, nach welchem Recht ein Rechtsverhältnis zu entscheiden sei, festsetzt, z. B. bestimmt, daß in gewissen Fällen der Richter nach fremdem, oder in gewissen internationalen Fällen nach unserem Rechte zu entscheiden habe, so hat natürlich der Richter danach zu verfahren.

II. So weit unser Recht eine solche Entscheidung nicht giebt, muß man sie aus dem Geist unseres Rechts und aus seinen allgemeinen Principien und der Natur des Verhältnisses zu finden suchen und feststellen. Denn dies sind die Gesichtspunkte, nach denen der Richter überhaupt bei Lücken des Rechts seines Staates zu entscheiden hat.

III. Wenn aber aus diesen Momenten eine Entscheidung darüber nicht zu entnehmen ist, dann tritt der allgemeine Grundsatz ein, daß der Richter im Zweifel das Recht seines Staates auch auf das internationale Verhältnis anzuwenden hat.

Das unter II. und III. Gesagte aber ist es, was Savigny eben bestreitet. Er will vielmehr in solchen Fällen die Frage nach Dem entscheiden, was er legislativ für das Richtigste hält; er behauptet nämlich, wenn bei solchen Verhältnissen unser Recht keine ausdrückliche Bestimmung darüber gebe, ob der Richter das einheimische oder fremdes Recht auf dasselbe anwenden soll, so müsse bei uns das Rechtsverhältnis nach seinem inneren Bedürfnis beurtheilt und daher nach den Gesetzen desjenigen Ortes entschieden werden, dem es seiner Natur nach angehöre und unterworfen sei. (Savigny Syst. VIII 27 f, 108 f. Schmid a. a. O. S. 27.) Aber dies ist bloß ein legislatives Princip, dem der Gesetzgeber möglichst folgen sollte. Savigny hat aber nicht zu beweisen versucht, daß unser positives Recht dem Richter dieses Princip als Entscheidungsnorm vorschreibe. Oder ist etwa, weil das Princip legislativ das Richtige ist, anzunehmen, daß es auch dem Sinn unseres positiven Rechts entspreche? — Es kommt nicht darauf an, in welchem Lande nach der Natur der Sache der Sitz des Rechtsverhältnisses ist, sondern darauf, wo dieser Sitz nach den Bestimmungen unseres positiven Rechtes liegt; ob bei gewissen Rechtsverhältnissen unser Recht davon ausgeht, daß in einem dritten Lande der Sitz des betreffenden Verhältnisses anzunehmen und es daher nach den Gesetzen jenes Landes zu beurtheilen sei. Aber diese Frage ist, so weit unsere Gesetze nicht über sie eine ausdrückliche Festsetzung geben, nach den unter II. und III. ausgehobenen Gesichtspunkten zu entscheiden. Darauf führt auch das Territorialitätsprincip des Mittelalters, welches die Grundlage für die spätere Rechtsentwicklung bildet.

IV. Unser gemeines Recht schreibt nur in wenigen Fällen die Anwendung fremden Rechts ausdrücklich vor (s. unten V A. B.); auch sind es nur wenige andere Fälle, bei denen es im Sinn und Geist unseres gemeinen Rechts liegt, sie nach fremdem Rechte zu entscheiden. Hieraus folgt daher, daß unser Richter in allen übrigen Fällen die

vor ihn kommenden Verhältnisse nach dem positiven Rechte unseres Staates zu entscheiden habe.

V. Solche Ausnahmen, in denen der Richter fremdes Recht zur Anwendung zu bringen hat, treten in folgenden Fällen ein.

A. Vor Allem ist zu beachten, daß die meisten Bestimmungen unseres positiven Privatrechts bloß ergänzender Natur sind[7]. Die Partieen können daher bei ihren Rechtsverhältnissen in den Punkten, die unter bloß ergänzende Gesetze fallen, nach Belieben festsetzen, wie sie es gehalten wissen wollen. Sie können also auch festsetzen, nach welchen ergänzenden Gesetzen, sei es unseres, sei es eines anderen Staates diese Punkte zwischen ihnen entschieden werden sollen[8]. Bestimmen sie nicht ausdrücklich darüber etwas, so ist im Zweifel anzunehmen, es sei ihr Wille, daß das Geschäft nach den Gesetzen ergänzt werden soll, die am Orte gelten, wo sie es geschlossen haben. In so weit gilt also hier der Grundsatz locus regit actum[9].

Indeß tritt diese Regel nur ein, wenn nicht anzunehmen ist, daß die Partieen etwas Anderes beabsichtigten. Das Letztere ist namentlich anzunehmen:

1. Wenn der Ort der Handlung offenbar indifferent ist, z. B. wenn auf einem Eisenbahnzuge kontrahirt wird. Hier kann unser Richter nur nach den ergänzenden Gesetzen des Ortes entscheiden, wo geklagt wird, also unser Richter nach den Gesetzen unseres Staates.

2. Wenn unter Abwesenden kontrahirt wird (z. B. ein Leipziger Kaufmann brieflich mit einem Hamburger einen Vertrag schließt), ist anzunehmen, daß Jeder sich zu Dem verpflichten wollte, was die Gesetze des Ortes, von dem aus er handelte mit sich bringen (z. B. in Bezug auf culpa, Verzug, Haften für Mängel des verkauften Gegenstandes u. dgl.). Unser Richter hat daher die Verbind-

---

[7] Vgl. § 20. Welches Landesrecht entscheidet über die Frage, was bloß ergänzende Norm ist? Das Recht des Landes, in welchem nach der Auffassung unseres Staats der Sitz des betreffenden Verhältnisses ist.

[8] Z. B. wenn in Sachsen ein Preuße mit Jemandem einen Vertrag schließt und sie auf preußisches Recht kontrahiren zu wollen verabreden, so hat der Richter den Vertrag in allen den Punkten, in welchen bloß ergänzende Gesetze unseres Staates einwirken würden, nach preußischem Recht zu beurtheilen. Dies ist auch allgemein zugegeben, auch von Savigny.

[9] Dafür sprechen auch die Bestimmungen des römischen Rechts. D. de R. I. 50, 17 l. 34; de evictionib. 21, 2 l. 6. Vgl. Archiv l. c. Bd. XXV S. 35 ff.

lichkeit eines Jeden nach den Gesetzen jenes Orts zu bestimmen, so weit sie bloß ergänzende Gesetze sind.

3. Wenn Ehegatten nicht festsetzen, welches Güterverhältnis zwischen ihnen gelten soll, so ist anzunehmen, dieses Verhältnis, das alle ihre vermögensrechtlichen Beziehungen umfaßt, solle nach den Gesetzen ihres gemeinsamen Wohnsitzes sich bestimmen. Es tritt daher unter ihnen im Zweifel das Güterverhältnis ein, welches die am Wohnort des Ehemanns geltenden ergänzenden Gesetze festsetzen und bei diesem muß es auch verbleiben, wenn sie ihren Wohnsitz ändern, so fern sie nicht eine andere Vereinbarung treffen [10].

Abgesehen nun von diesen ergänzenden Normen gelten noch folgende Ausnahmen, in welchen fremdes Recht bei uns zur Anwendung kommen kann, nämlich

B. Es ist ein unzweifelhaftes deutsches Gewohnheitsrecht, daß, wenn Jemand ein Rechtsgeschäft errichtet und er dabei die Form beobachtet, die das Gesetz des Orts vorschreibt, wo er das Geschäft errichtet, es dann in formeller Hinsicht überall (nach diesem Gesetz zu beurtheilen, somit) als gültig anzuerkennen ist, wenn es nach jenem Gesetz gültig errichtet wurde. In dieser Hinsicht gilt der Grundsatz: locus regit actum (d. h. das Geschäft ist in formeller Hinsicht nach den Gesetzen zu beurtheilen, die am Ort seiner Errichtung gelten), z. B. wenn ein Sachse in Frankreich ein Testament in französischen Formen macht, so gilt dasselbe auch bei uns [11].

C. Gewöhnlich (und auch von Savigny) wird der Grundsatz aufgestellt: die Frage über Rechtsfähigkeit, Handlungsfähigkeit, überhaupt die personenrechtliche Stellung einer Person und über die Rechte, die davon abhängen, habe unser Richter lediglich nach den Gesetzen zu beurtheilen, welche am Wohnort dieser Person gelten. Allein dies ist eine ganz willkürliche Behauptung und würde auf Konsequenzen führen, die im entschiedenen Widerspruch mit unserem Recht stehen. Aus derselben würde z. B. folgen, daß fremde Adlige, Soldaten, Frauen, Minderjährige die besonderen Vorrechte, welche ihr Staat ihnen ertheilte, auch in unserem Staat in Anspruch nehmen könnten, wenn auch unsere Gesetzgebung sie als nicht zu rechtfertigen und dem Gemeinwohl schädlich verwirft; daß ferner der fremde Sklave oder Leibeigene, der einem Staat angehört, welcher Sklaverei und Leibeigenschaft anerkennt, auch bei uns als Sklave oder Leibeigener behandelt werden könnte, obwohl unsere Gesetzgebung Sklaverei und Leibeigenschaft verwirft. Dies würde aber dem Sinn und Zweck unseres Gesetzes durchaus widerstreiten. Übrigens wird jener Grundsatz von seinen Anhängern durch die verschiedensten Ausnahmen durchlöchert, über die sie dann

[10] Vgl. Archiv l. c. XXV S. 47 ff., womit auch im Resultat übereinstimmt Savigny l. c. VIII S. 327 f.

[11] Vgl. Archiv l. c. XXV S. 368 f., 377, 405 f. und damit ganz übereinstimmend Savigny Syst. VIII S. 351 f. 358 f.

wieder unter sich sehr im Streit sind, und in den meisten praktischen Anwendungen geben sie doch am Ende das Gegentheil zu, so auch Savigny Syst. VIII S. 160 f. Vielmehr hat unser Richter über jene Fragen in der Regel nur nach unserem Gesetze zu erkennen, z. B. lediglich nach unserem Gesetz zu entscheiden, welche Rechte einem Minderjährigen zukommen, sollte auch der Minderjährige ein Ausländer sein; ebenso hat er die Handlungsfähigkeit unserer Frauen, welche im Auslande handeln und der fremden Frauen, welche bei uns handeln, nach unserem Recht zu beurtheilen. Vgl. Archiv l. c. S. 162—184. Schmid l. c. S. 31 f.

Das deutsche Gewohnheitsrecht macht hier nur folgende Ausnahmen:

a) es beurtheilt die Handlungsfähigkeit eines im Ausland handelnden Ausländers nach den Gesetzen seines Staats.

b) Wenn das Recht eines fremden Staats die privatrechtliche Verpflichtungsfähigkeit eines seiner Angehörigen erweitert oder einer in ihm bestehenden Anstalt oder Gesellschaft juristische Persönlichkeit beilegt, so wird dies überall, auch in unserem Staate anerkannt. Aber die rechtlichen Konsequenzen einer solchen Stellung, z. B. die Rechte, welche einer juristischen Person als solcher zukommen, hat unser Richter lediglich nach unserem Recht zu behandeln. (S. Meine Ausführung im Archiv Bd. XXV S. 176 f.; Pütter ebenda s. Bd. XXXII S. 385. 402 f. Bd. XXXVIII S. 64 f. Deutsche Wechselordnung § 84.)

D. Die Gesetze unseres Staates über Familienverhältnisse und über Vermögen einer Person als Ganzes, namentlich über letztwillige Verfügungen und Erbfolge haben offenbar nur unsere Staatsbürger im Auge; es kann ihnen nicht einfallen, darüber für die Ausländer Normen geben zu wollen. Hieraus folgt

1. Die Familienverhältnisse der Ausländer unter sich und die Verhältnisse ihres Vermögens als Ganzes, so weit sie nicht auf obligatorische Verhältnisse zu Dritten sich beziehen, hat unser Richter nach dem Recht des Staates, dem der Ausländer angehört, zu beurtheilen. Nur darf er bei uns Nichts dulden, was unsere Gesetze für ganz verwerflich und unzulässig erklären. Ob z. B. die Ehe des Ausländers eine gültige sei, welches Güterverhältnis zwischen den Ehegatten gelte, ob er väterliche Gewalt über seine Kinder habe u. dgl., — dies hat unser Richter nach dem Recht des Staates zu beurtheilen, dem der Ausländer angehört (Savigny l. c. S. 325 f.).

2. Die Intestaterbfolge in den Nachlaß eines Ausländers und ebenso Alles, was sich auf seinen letzten Willen bezieht (Inhalt, Testirfähigkeit, Notherbenrecht; nur über die Form des letzten Willens gilt das unter B. Angeführte), ist von unserem Richter lediglich nach den Gesetzen des Staates zu beurtheilen, dem der Ausländer angehört, wo auch das Vermögen liegen mag. Bei Inländern hat er diese Fragen nach den Gesetzen unseres Staates zu entscheiden, sollte

auch das Vermögen im Auslande liegen oder der Inländer im Ausland sterben[12].

E. Wenn unsere Gesetze etwas über Sachen als einzelne, als unmittelbares Objekt von Rechten und zwar

1. über Grundstücke festsetzen, z. B. darüber, welche dingliche Rechte an denselben möglich seien, welches ihre Natur sei, wie sie erworben werden können u. s. f., so haben sie selbstverständlich alle Grundstücke im Auge, die im Inlande liegen, aber natürlich nur diese, nicht auch die im Auslande liegenden. Unser Richter hat daher über die genannten Punkte, wenn das Grundstück in unserem Lande liegt, lediglich nach unserem Recht zu entscheiden, sollten auch dabei Ausländer betheiligt sein; bei Grundstücken aber, die im Auslande liegen, lediglich das Gesetz des Auslandes anzuwenden[13].

2. Das Gleiche gilt auch bei Mobilien[14]. Nur tritt hier eine Ausnahme ein. Denn bei Mobilien ist es möglich, daß sie früher im Auslande waren, dort Rechte an ihnen begründet wurden und sie dann erst in unser Land kommen und nun bei uns ein Proceß über diese Rechte entsteht. Solche Mobilien fallen dann, (weil nun bei uns gelegen) so bald sie in unser Land kommen, unter unser Gesetz, und wenn daher Rechte an ihnen vor unseren Gerichten geltend gemacht werden, so hat nun unser Richter zu entscheiden:

a. über die Zulässigkeit eines solchen Rechts überhaupt, seine Natur und Verfolgbarkeit lediglich nach unseren Gesetzen; dagegen

b. über den früher im Ausland geschehenen Akt der Rechtserwerbung an sich hat der Richter nach dem ausländischen Recht zu entscheiden, unter dessen Herrschaft das Recht im Ausland erworben wurde, und wenn nach diesem das Recht gültig erworben ist, es auch bei uns anzuerkennen und zu schützen. Wenn aber das im Ausland erworbene Recht nach unseren Gesetzen ganz unzulässig ist oder in der Gestalt, wie es im Ausland entstand, von unseren Gesetzen verworfen wird, so kann es bei uns nicht anerkannt werden.

F. Nach dem Ausgeführten hat unser Richter in der Regel auch für Fremde das Recht unseres Staates in so fern anzuwenden, als

---

[12] Archiv l. c. S. 198 f., 364 f., 381 f. und damit übereinstimmend Savigny l. c. S. 302 ff.

[13] Archiv l. c. S. 383 f.; Savigny l. c. S. 171 f.

[14] Archiv Bd. XXIV S. 293 f. Bd. XXV S. 384 f. u. Savigny l. c. S. 176 f.

wir auch dem Fremden Alles gewähren, was unser Recht dem Einheimischen gewährt; er kann also bei uns ganz nach denselben Grundsätzen Rechte erwerben wie der Einheimische. Doch macht in den Fällen, in denen diese Regel zur Anwendung kommt eine Ausnahme das sog. Retorsions- oder Wiedervergeltungsrecht. Wenn nämlich in einem fremden Staat nach dessen Gesetzen unsere Bürger im Verhältnis zu den Angehörigen jenes Staates nachtheiliger und ungünstiger behandelt und gegen die letzteren zurückgesetzt werden, so hat unser Richter gegen die Angehörigen jenes Staates in solchen Verhältnissen auf gleiche Weise zu verfahren und auf sie dasselbe ius singulare anzuwenden, das in jenem Staat gegen Fremde gilt. Nur ist dabei wohl zu beachten, daß der Fall der Wiedervergeltung nicht schon dann vorhanden ist, wenn im fremden Staate bloß anderes Recht, als im unsrigen, aber so gilt, daß diesem die Angehörigen jenes Staates und unsere Bürger gleichmäßig unterworfen sind, sondern nur dann, wenn der fremde Staat unsere Bürger anderem und nachtheiligerem Rechte unterwirft als seine Angehörigen (z. B. im Konkurs, im Intestaterbrecht).

G. Das Ausgeführte bezieht sich bloß auf sog. internationale Verhältnisse, d. h. da wo die Rechte verschiedener Staaten einander gegenüber stehen, also im Verhältnis zum Auslande. Es galt aber auch zu den Zeiten des ehemaligen deutschen Reichs in den Verhältnissen der unter verschiedenen Landesherren stehenden deutschen Gebiete zu einander, weil diese in der Gesetzgebung sich als ganz selbständig betrachteten, sowohl gegenüber vom Reich als gegenüber von den übrigen Gebieten. Aber ein ganz anderes Princip muß gelten, wenn in verschiedenen Bezirken eines und desselben Staates (also unter dem Schutz derselben höchsten Gewalt) verschiedene Partikularrechte sich gültig bildeten. Sehr mit Unrecht unterscheiden die Meisten diesen Fall gar nicht von dem der internationalen Verhältnisse, sondern wollen ihn ganz wie die letzteren behandeln [15].

Wenn nämlich in verschiedenen Bezirken eines und desselben Staates verschiedene Partikularrechte gelten, so muß, wenn der Staat nicht mit sich selbst in Widerspruch kommen will, von ihm folgender

[15] Namentlich Savigny l. c. VIII S. 27. 39. 127. Zu den wenigen Neueren, die mit Recht diesen Fall unterscheiden, gehören Puchta Pand. § 113 und Pütter im Archiv Bd. XXXVII S. 349 f., Bd. XXXVIII S. 57 f.

Grundsatz anerkannt werden: Rechte und Verhältnisse, die in dem einen Bezirk nach dessen Partikularrecht begründet wurden, sind überall im ganzen Staate nach dem Partikularrecht jenes Bezirks zu beurtheilen; sind sie daher nach den Normen jenes Bezirks gehörig begründet und erworben worden, so sind sie im ganzen Staat in dieser Weise anzuerkennen und zu schützen. Denn der Staat ist verbunden, jedes Rechtsverhältnis in der Weise anzuerkennen und zu schützen, in welcher es vermöge des von ihm selbst anerkannten Partikularrechts begründet wurde[16].

Siebentes Kapitel. Änderung und Aufhebung bestehenden Rechts.

§ 32.

Es kommen hier in Betracht:

A. Die Änderungs- und Aufhebungsgründe. Eine Rechtsnorm bleibt so lange gültig, bis sie durch einen besondern juristisch wirksamen Grund ganz oder theilweise geändert wird. Hierbei versteht sich von selbst, daß eine bestehende Rechtsnorm nur durch ein solches Organ geändert oder aufgehoben werden kann, durch welches überhaupt Rechtsnormen gegeben und eingeführt werden können; denn durch die Änderung und Aufhebung eines bestehenden Rechtsatzes wird ja stets ein neuer Rechtssatz gegeben oder eingeführt. Hieraus folgt: eine bestehende Rechtsnorm kann nur aufgehoben oder geändert werden 1) durch ein neues Gesetz, oder 2) durch ein neues Gewohnheitsrecht, so weit dieses nach den Gesetzen des Staats zulässig ist (s. § 22, Nr. III—VI); 3) gleichsam durch sich selbst, wenn sie nämlich den Keim der Aufhebung in sich trägt; dies ist der Fall: a. wenn ein Gesetz von dem Eintritt gewisser Umstände das Aufhören seiner Gültigkeit abhängig macht und diese wirklich eintreten, z. B. wenn ein Gesetz ein bloß transitorisches, d. h. nur für eine bestimmte Zeit gegeben, und diese abgelaufen ist; b. wenn der Gegen-

[16] Archiv l. c. XXV S. 3 Note und S. 20 Note. — Manche werfen mir vor, mein Princip über internationales Recht passe nicht auf diese provinciellen Verhältnisse. Aber sie übersehen ganz, daß ich dieses selbst ausdrücklich sage und für provincielle Verhältnisse ein anderes Princip aufstelle.

stand, auf welchen sich die Norm bezieht, ganz weggefallen ist, oder c. wenn die Norm sonst wesentlich auf gewissen Voraussetzungen beruhte und lediglich durch diese bedingt und bestimmt ist und diese später wegfallen[1]. Man drückt dies häufig durch den Satz aus: cessante ratione legis cessat lex ipsa. Versteht man hier unter ratio die wesentliche Voraussetzung, auf welche das betreffende Gesetz gebaut war, so ist der Satz ganz richtig. Allein Viele, besonders Ältere, geben diesem Satze noch einen weitergehenden Sinn. Sie beziehen ihn nämlich auch auf die bloße Zweckmäßigkeit des Gesetzes und meinen, ein Gesetz höre auf zu gelten, wenn im Laufe der Zeit (unter geänderten Umständen) es seinem ursprünglichen Zweck nicht mehr ganz entspreche, es also unzweckmäßig geworden sei. Allein dies ist entschieden falsch; denn die Gültigkeit eines Gesetzes hängt nicht von seiner Zweckmäßigkeit ab (s. § 21, Nr. II 4). Wie daher selbst ein an sich unzweckmäßiges Gesetz gültig ist, so muß auch ein unzweckmäßig gewordenes gültig bleiben, so lange es nicht durch eine neue gültige Norm aufgehoben wird.

B. Die Herrschaftsgrenze zwischen aufgehobenem und neuem Recht. Wenn neues Recht eingeführt wird, so gilt es nun für Gegenwart und Zukunft, d. h. es beherrscht von nun an die Verhältnisse, von denen es handelt, aber erst von dem Tage an, an welchem es als positives Recht zur Existenz kam; also ein Gesetz im engeren Sinne von dem Tage an, an welchem es (nach § 21, Nr. II 3) in Gesetzeskraft tritt. Auf die Vergangenheit kann es nicht zurückbezogen werden. Nun giebt es aber stets eine Menge angeknüpfter Rechtsverhältnisse und erworbener Rechte, welche nur theilweise in Gegenwart und Zukunft, theilweise aber in der Vergangenheit liegen, nämlich solche, die unter der Herrschaft des alten Rechts begründet wurden, aber später zur Zeit der Herrschaft des neuen Rechts realisirt werden sollen und vor Gericht zur Sprache kommen. Hier entsteht die Frage: ist auf solche Verhältnisse lediglich das neue Recht anzuwenden, weil es das jetzt geltende ist, oder ist auf sie immer noch das alte Recht anzuwenden, weil sie unter dessen Herrschaft be-

[1] Z. B. nach römischem Recht ist eine actio doli eine bloß subsidiäre Klage, weil sie infamirte, also lediglich weil sie eine actio famosa war. Nach deutschem Gewohnheitsrecht aber giebt es keine infamirende Privatklage mehr; die actio doli ist also bei uns nicht mehr eine famosa (vgl. § 45 a. E.) und dadurch ist bei uns die Bestimmung, daß sie eine bloß subsidiäre sei, weggefallen.

gründet wurden? Diese Frage[2] entscheidet sich nach folgenden Grundsätzen. So weit ein Rechtsverhältnis begründet oder ein Recht erworben wurde unter dem Schutz und in Gemäßheit der Gesetze (im weiteren Sinne), die zur Zeit jener Begründung oder Erwerbung galten, in so weit muß es nach jenen Gesetzen beurtheilt und geschützt werden, auch wenn sie später eine Änderung erfahren und das Verhältnis erst in dieser spätern Zeit praktisch zur Sprache kommt. Denn der Staat würde mit sich selbst in Widerspruch treten, wenn er den unter dem Schutze seiner Gesetze und unter deren Garantie gehörig erworbenen und begründeten Rechten und Rechtsverhältnissen später ihre Wirksamkeit wieder entziehen und sie nach dem erst später eingeführten neuen entgegengesetzten Recht entscheiden würde (vgl. Beil. I Nr. I). Nur bisweilen kann es dringende Gründe geben, hiervon eine Ausnahme zu machen, in welchen Fällen aber der Staat Diejenigen, welche in ihren Rechten dadurch beeinträchtigt werden, möglichst zu entschädigen die Pflicht hat. Im Zweifel jedoch ist von einem neuen Gesetz anzunehmen, daß es eine solche Ausnahme nicht machen (sondern an dem Grundsatz der Nichtrückwirkung festhalten) wollte.

Wir müssen daher im Zweifel jedes neue Gesetz in diesem Sinne auffassen und auslegen. Man drückt diesen Grundsatz gewöhnlich so aus: ein neues Gesetz wirkt in der Regel nicht zurück[3].

Dieser Grundsatz ist in unseren Rechtsquellen ganz allgemein anerkannt[4].

Beilage I.

In Folge des Grundsatzes, daß Änderungen am bestehenden Recht keine rückwirkende Kraft haben (non ad facta praeterita revocari, C. de legib. 1, 14 cst. 7), bleibt das alte Recht, welches durch ein neues Gesetz aufgehoben oder geändert wurde, immer noch die Norm der rechtlichen Beurtheilung für solche konkrete Rechte und Rechtsverhältnisse, welche zur Zeit der Gültigkeit des

[2] Vgl. Bergmann Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze im Privatrecht (1818). Savigny Syst. VIII S. 378—540.

[3] Dies heißt: der Richter hat das neue Gesetz, wenn der Gesetzgeber für dasselbe nicht das Gegentheil festsetzt, nur auf solche konkrete Rechte und Rechtsverhältnisse anzuwenden, welche von dem Tage an begründet wurden, an dem es in Gesetzeskraft trat; er darf es aber nicht anwenden, auf solche konkrete Rechte und Rechtsverhältnisse, welche vor diesem Tage unter der Herrschaft des ältern Rechts und in Gemäßheit desselben begründet und erworben wurden.

Die letzteren sind mit ihren Konsequenzen auch unter der Herrschaft des neuen Gesetzes noch nach dem alten aufgehobenen Recht zu beurtheilen.

[4] Z. B. C. de leg. 1, 14 cst. 7. Sie sprachen ihn auch in einzelnen Anwendungen aus, z. B. C. mand. 4, 35 cst. 23 in f.; de testam. 6, 23 cst. 29 in f.; Nov. 66 cap. 1 § 5; Nov. 99 cap. 1 a. E. Nov. 118 cap. 6.

alten Rechts bereits begründet waren, und in so fern können bereits aufgehobene Rechtssätze auch nach ihrer Aufhebung noch längere Zeit in Anwendung gebracht werden müssen. Dieser Grundsatz ist durch die Gerechtigkeit und durch politische Rücksichten geboten und in unserem gemeinen Recht (wie auch in den Partikulargesetzen, namentlich im sächsischen Gesetzbuch § 2 und in den Publikationsverordnungen zu demselben § 6 f.) als Norm, an welche sich der Richter in der Regel bei eingetretenen Rechtsänderungen zu halten hat, ausgesprochen. Allein es ist wohl zu beachten, daß er sich auf bloße Hoffnungen und auf bloße Möglichkeiten, künftig Rechte zu erwerben, nicht bezieht, und daß der Gesetzgeber an denselben sich zwar möglichst halten soll, aber durch ihn so wenig wie durch irgend einen andern Grundsatz der Gerechtigkeit oder der Politik in seiner Gewalt gebunden ist (unten Nr. II, V.). Hieraus ergeben sich die näheren Bestimmungen darüber, wie der Grundsatz in einzelnen Beziehungen aufzufassen und vom Richter in Anwendung zu bringen ist, dahin:

I. Die rechtliche Bedeutung einer vorgefallenen Thatsache steht zunächst unter der Rechtsnorm, unter deren Herrschaft sie vorfiel; durch diese Rechtsnorm erhält die konkret gewordene Thatsache in Natur und Wirkungen ihren bestimmten rechtlichen Charakter; dieser unter dem Schutze der bestehenden Rechtsnormen begründete Charakter soll nicht von der Wandelbarkeit der Gesetzgebung abhängen; vielmehr soll er, wenn jene Rechtsnormen durch ein neues Gesetz geändert werden, auch unter der Herrschaft des neuen Rechts, vermöge der ausgeschlossenen Rückwirkung des neuen Rechts auf facta praeterita, für jene frühere konkrete Thatsache fortbestehen und diese in ihrer juristischen Existenz, Geltung und Wirkung durch das neue Gesetz nicht berührt werden; jene frühere Thatsache mit ihrer, durch die Rechtsnorm, unter deren Herrschaft sie vorfiel, begründeten juristischen Gestaltung und Wirkung ist nicht als Objekt der Disposition des neuen Gesetzes zu betrachten. — Es ist daher die Frage, welche Bedeutung eine juristische Thatsache für Begründung von Rechten und Rechtsverhältnissen habe und welche rechtliche Natur den so begründeten Rechten zukomme, im Zweifel nach dem Gesetze zu beurtheilen, unter dessen Herrschaft die konkrete Thatsache vorfiel; hiernach erworbene Rechte und begründete Rechtsverhältnisse sind mit allen ihren Konsequenzen nach diesem Gesetze zu schützen, also wenn dieses Gesetz später durch ein neues geändert wird, auch unter der Herrschaft dieses neuen Gesetzes noch nach dem alten Gesetze, unter dem sie begründet wurden, zu beurtheilen und in den Folgen, die ihnen nach diesem Gesetze zukommen, zu schützen (vgl. aber auch Nr. V). Es ist aber hiernach namentlich

1) die Frage über Zulässigkeit, Inhalt, Form und Wirkung eines Rechtsgeschäfts und die Handlungsfähigkeit Derjenigen, die das Geschäft errichten, nach dem Gesetze zu beurtheilen, unter dessen Herrschaft das Geschäft geschlossen wurde. Wenn daher z. B. Jemand ein Testament oder einen Vertrag nach den Formen, die das dermalen geltende Gesetz vorschreibt, schließt: so bleibt das Geschäft gültig, wenn es auch erst zu einer Zeit, in welcher durch ein neues Gesetz diese Form geändert ward, zur Vollziehung kommen sollte; C. de testam. 6, 23 cst. 29 a. E. Nov. 66 cap. 1 § 4, 5. Ebenso ist die juristische Natur eines Rechts und seine Wirksamkeit nach dem Gesetze zu beurtheilen, unter dem es entstanden ist; habe ich daher nach dem dermalen geltenden Gesetz ein klagbares Recht erworben: so kann ich es auch dann noch klagend geltend machen, wenn ein späteres Gesetz die Erwerbung solcher Rechte für unzulässig erklärt oder die Wirkungen derselben beschränkt; wenn ich ein Recht erwarb, welches nach dem dermalen geltenden Gesetz ein dingliches ist, durch ein späteres Gesetz aber werden solche Rechte bloß für persönliche, somit beschränkt wirksame erklärt (z. B. den gesetzlichen Pfandrechten wird für die Zukunft bloß die Kraft eines persönlichen Privilegium exigendi beigelegt): so kann ich die Dinglichkeit meines früher erworbenen Rechts auch unter dem neuen Gesetze geltend machen. Auch wenn das erworbene Recht ein bloß bedingtes oder betagtes ist und die Bedingung oder der dies erst unter der Herrschaft des neuen

Gesetzes eintreten: so ist das Recht nach dem alten Gesetze zu beurtheilen, unter dessen Herrschaft das konkrete Rechtsverhältnis geschlossen wurde, aus welchem das bedingte oder betagte Recht als Folge entsprang (das Letztere scheint Savigny Syst. VIII S. 387 bei Bedingungen von ihrer Rückbeziehung [vgl. § 78] abhängig zu machen, so daß bei solchen Bedingungen, deren Eintritt nicht zurückbezogen wird, das Entgegengesetzte gelten müßte; Gleiches behauptet auch Unger Östreichisches Privatrecht I S. 121 Nt. 32; allein mit Unrecht; denn der Grund liegt nicht im Zurückbeziehen der Erfüllung der Bedingung, sondern in dem unten in § 78 Gesagten und auch Unger folgert daraus a. a. O. im Texte bei Nt. 30).

2) Das unter Nr. 1 Gesagte gilt selbst dann, wenn die Partieen Kunde von dem beabsichtigten neuen Gesetze hatten und noch die Zeit benützen, um vor seiner Publikation, oder, wenn das Gesetz zwar schon publicirt, aber erst ein späterer Termin für den Eintritt seiner Gesetzeskraft festgesetzt wurde, während dieser vacatio unter der Herrschaft des alten Rechts Verträge zu schließen Auch hier ist das Rechtsgeschäft und das daraus entsprungene Recht lediglich nach dem alten Recht zu beurtheilen; denn wenn Manche glauben, daß hier das Geschäft nach dem nachher publicirten oder später erst in Kraft tretenden neuen Gesetze zu beurtheilen sei, weil die Partieen es in fraudem des neuen Gesetzes geschlossen hätten: so ist dies, von Anderem abgesehen, schon deßhalb unrichtig, weil von einer fraus gegen ein Gesetz gar nicht die Rede sein kann bei einer Handlung, welche zu einer Zeit, in der das Gesetz noch nicht existirte oder noch gar nicht galt, vorgenommen wurde.

3) In gleicher Weise sind diejenigen Wirkungen eines Rechtsgeschäfts, die auf bloßen ergänzenden oder sog. hypothetischen Normen (§ 20) beruhen, ganz nach den Normen zu beurtheilen, unter deren Herrschaft das Geschäft geschlossen wurde, weil mit dem Abschlusse des Geschäfts die Partieen die Rechte erwarben, die aus diesen ergänzenden Normen fließen, so fern sie nicht ausdrücklich entgegengesetzte Dispositionen trafen. Hiernach ist namentlich, wenn das Güterverhältnis zwischen Ehegatten durch ein neues Gesetz geändert wird, bei solchen Ehen, die unter der Herrschaft des alten Gesetzes geschlossen wurden, das Güterverhältnis immer noch stets nach dem alten Gesetze zu beurtheilen; wenn ein Kauf unter der Herrschaft eines alten Gesetzes geschlossen wurde: so ist die Frage über Zulässigkeit eines Rechtsmittels wegen Eviktion, wegen enormer Verletzung, wegen geheimer Mängel der Sache nach dem alten Gesetze zu beurtheilen, sollte auch später ein neues Gesetz wesentliche Änderungen an diesen Rechtsmitteln getroffen haben.

4) Von der anderen Seite ist aber auch ein Rechtsgeschäft, welches nach dem Gesetze, unter dessen Herrschaft es geschlossen wurde, ungültig oder nur beschränkt wirksam war, auch bei Änderungen in der Gesetzgebung stets nach dem alten Rechte zu beurtheilen und daher ungültig oder als nur beschränkt wirksam zu behandeln, sollten auch durch ein neues Gesetz solche Rechtsgeschäfte für gültig oder für unbeschränkt wirksam erklärt werden; wenn ich daher jetzt nach gemeinem Recht ein Testament errichte und nur sechs Zeugen zuziehe, und nach einem spätern Gesetze Testamente vor sechs Zeugen für zulässig erklärt werden, so wird dadurch jenes Testament nicht gültig; denn das neue Gesetz bezieht sich im Zweifel nur auf solche Rechtsverhältnisse, deren Begründung und Entstehung in die Zeit seiner Herrschaft fällt, und kann nicht den juristischen Charakter Dessen, was unter der Herrschaft des früheren Rechts in nichtiger oder nur beschränkt wirksamer Weise geschah, ändern und ihm rückwärts Geltung (beziehungsweise unbeschränkte Wirksamkeit) beilegen; vgl. auch Bergmann Das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze ꝛc. S. 128, Savigny Syst. Bd. VIII S. 407, 409 f.

5) Das Ausgeführte gilt auch von anderen juristischen Thatsachen, durch welche die Entstehung oder Aufhebung eines Rechts begründet wird. Ihre Bedeutung und Wirkung für Erwerb und Inhalt eines Rechts ist nach dem Gesetze zu bestimmen, unter dessen Herrschaft sie vorfielen Habe ich daher z. B. durch eine vollendete Verjährung unter dem alten Gesetz ein Recht erworben:

so verbleibt mir das Recht, sollte auch durch ein neues Gesetz eine solche Verjährung für unzulässig erklärt oder erschwert werden. Aus demselben Grunde ist die Intestaterbfolgeordnung einer Person nach dem Gesetze zu beurtheilen, welches zu der Zeit galt, in welcher sie deferirt wurde, in welcher daher der berufene Erbe in Folge der Delation das Recht erworben hat, durch Antretung die Erbschaft zu erwerben: Nov. 118, cap. 6, Savigny Syst. VIII S. 489 f. Ebenso bestimmen sich auch die privatrechtlichen Folgen unerlaubter Handlungen nach dem Gesetze, unter dessen Herrschaft die Handlung verübt wurde; der Betheiligte kann daher die vermöge des alten Gesetzes begründete Obligation ganz in Gemäßheit dieses Gesetzes geltend machen, sollte auch später ein neues Gesetz die Folgen solcher Handlungen ganz anders bestimmen.

II. Dagegen ist die bloße Möglichkeit und die Fähigkeit, Rechte zu erwerben, wandelbar mit der Gesetzgebung, auf der sie lediglich als ihrer Quelle fußt, und muß daher mit Änderungen in der Gesetzgebung sich ebenfalls ändern. War z. B. bisher ein gewisser Vertrag erlaubt, so daß ich also die Möglichkeit hatte, Rechte durch ihn zu erwerben, derselbe wird aber durch ein neues Gesetz untersagt: so kann ich unter dem neuen Gesetze nicht mehr von jener früheren Möglichkeit Gebrauch machen; würde ich nach dem dermalen bestehenden Rechte der nächste Intestaterbe des X sein, vor dem Tode desselben wird aber durch ein neues Gesetz die Intestaterbfolge so geändert, daß Andere mir vorgehen: so kann ich, wenn er nun erst unter dem neuen Gesetze intestatus stirbt, nicht verlangen, nach dem alten Gesetz zur Erbschaft zugelassen zu werden; denn in solchen Fällen war ja ein konkretes Recht unter der Herrschaft des alten Gesetzes für mich noch gar nicht begründet.

III. Auch die statusrechtliche Stellung einer Person überhaupt, welche ihr vermöge ihrer Rechtsfähigkeit oder vermöge besonderer persönlicher Eigenschaften in Folge unmittelbarer gesetzlicher Bestimmung zukommt, und die davon abhängenden Befugnisse stehen und fallen mit der Gesetzgebung; denn der Grund des Entstehens und Bestehens dieser Stellung ist lediglich das gerade geltende Gesetz; sie entscheidet über Fähigkeit und Unfähigkeit zu juristischem Handeln und gewährt die abstrakte Möglichkeit, konkrete Rechte zu erwerben, welche aber nur in der Übereinstimmung der dazu befähigenden Eigenschaft mit dem gerade geltenden Gesetz begründet ist; es muß daher die Dauer dieser Befugnisse lediglich bestimmt werden durch die fortdauernde Gültigkeit des Gesetzes, und sie müssen, wie jede juristische Qualität einer Person, mit dem Gesetze sich ändern und aufhören, sobald das betreffende Gesetz aufgehoben wird, und können unter dem neuen abgeänderten Gesetze nicht mehr geltend gemacht werden; dagegen bleiben die konkreten Rechte, welche vermöge solcher Personenrechte in einem einzelnen Falle erworben wurden, auch unter dem neuen Gesetze bestehen; vgl. auch Bergmann a. a. S. 114 f. Savigny Syst. VIII S. 414 f. 407. Hiernach müssen auch die abstrakten singulären Rechte, welche gewissen Klassen von Personen aus Gründen des allgemeinen Wohls, des öffentlichen Interesses, der Zweckmäßigkeit oder aus anderen allgemeinen legislativen Erwägungen durch ein Gesetz eingeräumt wurden, mit der Gesetzgebung stehen und fallen. Hebt z. B. ein Gesetz das Recht der Minderjährigen auf Restitution, das Recht der Frauen aus Bürgschaften Zahlung zu verweigern, oder ein Privilegium des Adels auf: so verlieren sofort alle Minderjährige, Frauen und Adlige diese Vorrechte; hatte aber eine Frau unter dem alten Rechte eine konkrete Bürgschaft eingegangen oder ein Minderjähriger einen nachtheiligen Vertrag geschlossen: so kann die Erstere bei dieser Bürgschaft auch unter dem neuen Gesetze von den besonderen Rechten Gebrauch machen, welche das alte Recht ihr einräumte, und der Minderjährige kann auch unter dem neuen Gesetze noch gegen jenen Vertrag sich restituiren lassen; denn durch den Abschluß des betreffenden Rechtsgeschäfts hatten sie noch unter dem alten Gesetze ein konkretes, durch das alte Gesetz und das von demselben ihnen eingeräumte ius singulare näher bestimmtes Recht gegen ihre Kontrahenten erworben, das ihnen durch das neue Gesetz nicht als entzogen gelten kann. S. Mein Württemb. Privatrecht II S. 182—185.

IV. Über die besonders bestrittene Frage der Anwendung neuer Gesetze über Verjährung, wenn die unter der Herrschaft des alten Gesetzes begonnene Verjährung noch nicht abgelaufen war, s. Beilage II.

V. Nach den unter Nr. I—III ausgeführten Grundsätzen sind neue Gesetze auszulegen, d. h. es ist im Zweifel anzunehmen, daß das neue Gesetz in den Fällen von Nr. I nicht rückwirken will; das neue Gesetz darf daher in solchen Fällen nicht auf früher begründete Rechtsverhältnisse angewendet werden; dagegen ist es in den Fällen von Nr. II auf die dort bemerkte Weise sofort zur Anwendung zu bringen. Allein es sind dies bloß Auslegungsregeln, welche also dem entgegengesetzten, klar ausgesprochenen Willen des Gesetzgebers weichen müßten. Wenn daher der Gesetzgeber mit einem neuen Gesetze die Absicht verbindet, daß die Rechtsänderung in anderer, als der oben ausgeführten Weise eintreten und angewendet werden soll, und er dies ausdrücklich ausspricht oder dieser Sinn sonst aus seinem Gesetze ganz unzweifelhaft zu entnehmen ist: so muß sich, sollte auch gleich eine solche Anordnung eine ungerechte Beeinträchtigung wohlerworbener Rechte enthalten, doch hiernach die Anwendung des neuen Gesetzes bestimmen (unbegreiflicherweise leugnen dies einige Wenige; sie glauben, ein solches eine Rückwirkung festsetzendes Gesetz sei nicht zu befolgen, z B. Ferdinand Lassalle System der erworbenen Rechte I S. 55 f.; es liegt darin eine völlige Verkennung der Natur des Gesetzes, dessen Geltung weder durch die Gerechtigkeit noch durch die Zweckmäßigkeit seines Inhalts bedingt sein kann). Wenn daher:

1) in einem neuen Gesetze ausdrücklich ausgesprochen wird, das die durch dasselbe eingeführte Rechtsänderung zurückbezogen werden soll auf früher begründete Verhältnisse, auf welche sie nach den Grundsätzen unter Nr. I nicht zurückzubeziehen sein würde: so muß ihr diese Rückwirkung in der Ausdehnung gegeben werden, welche das neue Gesetz vorschreibt. In der That kommt es auch nicht selten vor, daß ein neues Gesetz ausdrücklich seine Rückwirkung vorschreibt (so auch im römischen Recht, z. B. Nov. 19 praef. § 1; C. de contract. iud. 1, 53 cst. un. § 4, de pact. pign. 8, 35 cst. 3), und bei manchen nothwendigen Änderungen in der Gesetzgebung läßt sich eine solche Rückwirkung auf früher begründete Rechte nicht immer ganz vermeiden (vgl. auch Savigny Syst. VIII S. 533 f.); nur sollte allerdings der Gesetzgeber sie, so weit es irgend mit den Anforderungen des allgemeinen Wohls vereinbar ist, vermeiden, was aber nicht immer geschieht und namentlich von den römischen Gesetzgebern nicht immer geschah. — Von einem solchen Falle, in welchem der Gesetzgeber bei einem neuen Gesetz Rückwirkung desselben wollte, handelt namentlich auch die cst. 27 C. de usur. 4, 32, welche von älteren Juristen häufig unrichtig aufgefaßt wurde, indem sie darin den falschen Grundsatz, daß jede lex cogens überhaupt rückwirkende Kraft haben solle, finden wollten; die Stelle sagt bloß, daß ein früheres Gesetz über Zinsen falsch ausgelegt worden sei; es habe vorschreiben wollen, daß es auch auf früher geschlossene Verträge bezogen werde, und deßhalb sei es zurückzubeziehen; vgl. auch Bergmann a. a. O. S 182 f., v. Bangerow § 26, Anm. 2, Nr. 1.

2) Wohl zu beachten ist aber, daß, wenn ein Gesetz eine solche Rückwirkung seines Inhalts vorschreibt, sie in keinem Falle auf Rechtsverhältnisse zu erstrecken ist, die noch unter dem alten Gesetze durch Vergleich oder durch Zahlung völlig erledigt und abgemacht wurden oder über welche schon zur Zeit des alten Gesetzes ein richterliches Urtheil gefällt worden war, sei dieses schon rechtskräftig geworden oder liege es noch in der Berufungsinstanz (denn in dieser soll bloß entschieden werden, ob das Urtheil des früheren Richters nach dem Rechte, das zur Zeit der Fällung desselben galt, ein richtiges war) Nov. 19 cit., cst. un cit., C. de vet. iur. enucl. 1, 17 cst. 2 § 23, de fide instrum. 4, 21 cst. 17. Nov. 115 cap. 1. Diese Beschränkungen der Rückwirkung gelten aber wieder nur als Auslegungsregel, sie gelten also nur dann, wenn nicht das Gegentheil im betreffenden Gesetz ausdrücklich oder indirekt (s. nachher Nr. 4) ausgesprochen wurde.

3) Die Vorschrift der Rückwirkung eines neuen Gesetzes kann auch in der Fassung des neuen Gesetzes liegen, ohne daß sie in demselben ausdrücklich ausgesprochen wurde; nur muß, da im Zweifel stets nach den unter Nr. I ausgeführten Grundsätzen zu verfahren ist, ein solcher Sinn des Gesetzes ganz entschieden und unzweifelhaft aus seinem Inhalte hervorgehen; vgl. auch Bergmann a. a. O. S. 157 f. Dies ist z. B. der Fall, wenn das Gesetz direkt auf bestehende Rechtsinstitute sich so bezieht, daß es diese entweder ganz aufhebt oder ganz umbildet, und zwar in einer Weise daß dadurch nach dem ganzen Zwecke und nach der Bezeichnung seines Gegenstandes unverkennbar auch die konkreten Rechte, welche bereits in Folge des Instituts erworben wurden und zur Zeit der Erlassung des Gesetzes bestehen, mit getroffen werden sollten; z. B. wenn ein Gesetz bestimmt, daß die Leibeigenschaft hiermit im ganzen Lande aufgehoben, oder daß der Zehnte von heute an in einem gewissen Maßstabe ablösbar sein solle: so ist klar, daß das Gesetz im ersteren Falle nicht eine künftig erst etwa zu begründende Leibeigenschaft, sondern alle gegenwärtige Leibherren und Leibeigenen im Auge hat und den Leibherren ihre konkreten erworbenen Rechte sofort entziehen wollte, und daß im letzteren Falle sämmtliche dermalen bestehende Zehnten der Ablösbarkeit unterzogen sein sollen. Solche Gesetze beziehen sich in Fassung und Gegenstand ganz entschieden nicht bloß auf das abstrakte Rechtsinstitut, sondern auch auf die gegenwärtigen aus demselben entsprungenen konkreten Rechte; vgl. auch unten Nr. VI.

4) Wenn der Gesetzgeber eine authentische Interpretation eines früheren Gesetzes giebt: so muß diese Interpretation stets rückwirken, d. h. sie ist, wie auch die herrschende Ansicht annimmt, auf alle die Fälle anzuwenden, auf welche das ausgelegte frühere Gesetz anzuwenden wäre (außer natürlich, wenn in einem einzelnen interpretirenden Gesetze ausdrücklich bestimmt wäre, daß es nicht rückwirken soll, wie in C. mand. 4, 35 cst. 23 § 3). Denn entweder giebt diese Auslegung wirklich den wahren Sinn des früheren Gesetzes, und dann hätte ja das frühere Gesetz schon von Anfang an in gar keinem anderen Sinne angewendet werden sollen; oder sie legt dem früheren Gesetz einen anderen Sinn bei, als eigentlich in demselben ausgesprochen war, der Gesetzgeber erklärt aber in dem neuen Gesetze, daß es bloß eine Auslegung des früheren enthalte (was freilich legislativ zu mißbilligen sein würde): so liegt eben in dieser Erklärung die Vorschrift, daß man den Inhalt des neuen Gesetzes lediglich als Inhalt des ausgelegten Gesetzes betrachten solle, somit die Vorschrift, daß er rückwirken und überall da angewendet werden solle, wo das ausgelegte Gesetz zur Anwendung kommen müßte: Nov. 19 praef. a. E. Nov. 143 a. E. Die Rückwirkung einer authentischen Interpretation muß sogar in einem größeren Umfange eintreten, als die eines neuen Gesetzes, dessen Rückwirkung ausnahmsweise vorgeschrieben ist (V, 1 und 2), das sich aber nicht als authentische Auslegung eines früheren Gesetzes ankündigt. Denn die authentische Interpretation ist auch auf Fälle, die zur Zeit ihrer Erlassung in der Berufungsinstanz liegen, anzuwenden und auch auf bereits früher abgemachte Sachen so weit zu beziehen, als solche wegen rechtlichen Irrthums angegriffen werden könnten, indem, wenn man bisher dem früheren Gesetze einen anderen Sinn beilegte, als welchen die authentische Interpretation ausspricht, in dieser Erklärung liegt, daß man sich hier bisher über das bestehende Recht geirrt habe. Wenn daher Jemand nach einem bestehenden Gesetz sich verpflichtet hielt, einem Anderen Etwas zu bezahlen, und deßhalb zahlte, später aber wird eine authentische Interpretation dieses Gesetzes erlassen, welche demselben einen Sinn beilegt, nach welchem er nicht zu zahlen verpflichtet gewesen wäre: so kann er nun das Gezahlte mit der condictio indebiti, so fern sie noch nicht verjährt ist, zurückfordern; denn aus der authentischen Interpretation ergiebt sich ja nun, daß er eine Nichtschuld bezahlt hatte; Bergmann a. a. O. S. 60 f. S. 196 f., Pfeiffer Praktische Ausführungen II S. 399, Vangerow § 26 Anm. 2 Nr. 2. Anderer Meinung ist Windscheid Pandekten § 33 a. E.

VI. v. Savigny (Syst. VIII S. 375 f. 514 f.) behauptet, man müsse bei der Lehre von der Rückwirkung zwei Klassen von Rechtsregeln unterscheiden: a. diejenigen, welche zum Gegenstand haben den Erwerb der Rechte; bloß für diese gelte der Grundsatz der Nichtrückwirkung oder der Erhaltung erworbener Rechte; b. der entgegengesetzte Grundsatz dagegen gelte bei den Rechtsregeln, die das Dasein der Rechte zum Gegenstand haben; wenn nämlich ein neues Gesetz sich auf das Sein oder Nichtsein eines Rechtsinstituts oder auf dessen So- oder Anderssein, also auf eine wesentliche Umgestaltung desselben beziehe: so liege es in der Natur der Sache, daß das Gesetz sofort auf alle bestehende durch dieses Rechtsinstitut beherrschte konkrete Rechtsverhältnisse anzuwenden sei, hier also schon grundsätzlich (nicht bloß ausnahmsweise) die Nichtrückwirkung ausgeschlossen sei, die Erhaltung erworbener Rechte als Grundsatz nicht gedacht werden könne (ähnlich und zum Theil noch weiter gehend nun auch Reinh. Schmid Die Herrschaft der Gesetze, 1863 S. 105—114). — Was diese Behauptungen betrifft: so leidet es natürlich keinen Zweifel, daß der Grundsatz der Nichtrückwirkung für die unter a. angeführten Fälle gilt (s. auch v. Vangerow a. a. O. Nr. 3 a); er gilt aber nicht bloß für diese Fälle. Denn die Behauptung unter Lit. b (welcher Manche wenigstens theilweise beitraten, z. B. v. Holzschuher Theorie I § 5 S. 43, v. Vangerow a. a. O. Nr. 3 c) ist in ihrer Allgemeinheit nicht zu rechtfertigen; mit einer konsequenten Anwendung derselben würde Das, was Savigny selbst über Nichtrückwirkung der den Erwerb von Rechten betreffenden Gesetze (über Erhaltung erworbener Rechte) ausführt, großentheils unvereinbar sein. Wenn z. B. ein Gesetz das Institut der gesetzlichen Pfandrechte oder das Institut des beneficium restitutionis der Minderjährigen aufhebt: so wird zwar dadurch eine Entstehung neuer gesetzlicher Pfandrechte ausgeschlossen und jeder Minderjährige verliert für künftige Rechtsgeschäfte das abstrakte Recht der Restitution; aber ungeachtet der gänzlichen Aufhebung jener Institute behält doch Derjenige, welcher vor dem neuen Gesetze konkrete gesetzliche Pfandrechte erworben hatte, diese erworbenen Rechte und kann sie auch künftig noch geltend machen, und ein Minderjähriger behält auch unter der Herrschaft des neuen Gesetzes bei den Geschäften, welche er vor demselben geschlossen hatte, das Recht auf Restitution (s. Savigny selbst S. 443, 425). Savigny ließ sich wohl zu weit führen durch eine einseitige Rücksicht auf Fälle, wie die unter Nr. V, 3 angeführten; allein diese Fälle betreffen ja nicht bloß die Aufhebung oder Umgestaltung eines Rechtsinstituts, des abstrakten Rechts, sondern bei ihnen liegt noch dazu in Fassung und Sinn des Gesetzes eine Erstreckung desselben auf bestehende konkrete Rechte und Rechtsverhältnisse. Denn in denselben beabsichtigt das Gesetz Doppeltes: es will das Institut überhaupt als ein Institut des objektiven Rechts für die ganze Zukunft aufheben und will noch dazu die in Folge desselben früher erworbenen konkreten Rechte ebenfalls aufheben oder modificiren, somit auch die ganze Gegenwart, so weit sie unter das Institut fällt, ändern, und deßhalb tritt in solchen Fällen (wie in den Fällen von V, 1) ausnahmsweise eine solche Rückwirkung ein. Aber keineswegs liegt schon an sich in der Natur jeder Aufhebung oder wesentlichen Umgestaltung eines Rechtsinstituts eine solche ausgedehnte Anwendung des neuen Rechts (auf erworbene konkrete Rechte) als etwas sich von selbst Verstehendes, sondern sie tritt bei derselben nur ein, wenn noch besonders bewiesen werden kann, daß bei einem Gesetze dieser Art der Wille des Gesetzes ausnahmsweise wirklich so weit ging (vgl. nun auch Unger Östreichisches Privatrecht I S. 125 Nt. 40, Windscheid Pand. § 32 Nt. 6). Aus diesem Grunde (weil auch hier die Anwendung des neuen Gesetzes auf bereits begründete, konkrete Rechtsverhältnisse eine auf dem besonderen Willen des Gesetzgebers beruhende Ausnahme ist) tritt auch in solchen Fällen die unter Nr. V, 2 angeführte Beschränkung ein (was Savigny mit Unrecht leugnet), aber sie kann hier nur mit einer bedeutenden, durch den Sinn eines solchen Gesetzes bestimmten, Modifikation eintreten. Denn wenn man auf solche Gesetze die Beschrän-

tung unter Nr. V, 2 unbeschränkt und ohne alle Modifikation anwenden würde: so müßte dies freilich zu verkehrten, dem Sinn des Gesetzes widersprechenden Entscheidungen führen; aber aus einer solchen Anwendung kann man nicht, wie es Savigny a. a. O. S. 519 thut, gegen ihre Anwendbarkeit überhaupt argumentiren. Es kann nämlich bei einem rückwirkenden Gesetze der genannten Art die unter V, 2 bemerkte Beschränkung der Rückwirkung nur dann eintreten, wenn vor der Erlassung des Gesetzes durch Urtheil, Vergleich oder Zahlung das betreffende Verhältnis in einer Weise festgestellt und abgemacht worden war, welche mit dem Sinne des neuen Gesetzes und seiner Rückwirkung nicht in Konflikt kommt. Wenn z. B. ein Gesetz sämmtliche Zehnten geradezu aufhebt oder im 20fachen Maßstabe für ablösbar erklärt: so kann natürlich die Anwendung des Gesetzes auf solche Zehnten, die durch Vergleich oder rechtskräftiges Urtheil früher festgestellt und anerkannt wurden, oder über deren Bestand dermalen ein Proceß in der Appellationsinstanz liegt, keineswegs durch eine Berufung auf die unter V, 2 bemerkte Beschränkung der Rückwirkung ausgeschlossen werden; denn in der Aufhebung der Zehnten überhaupt oder in der Erklärung der Ablösbarkeit aller Zehnten liegt ja direkt der Ausspruch, daß alle, also auch die letztgenannten Zehnten aufgehoben, bzw. ablösbar sein sollen. Aber auch in solchen Fällen giebt es doch abgemachte Sachen, auf welche das Gesetz nicht anzuwenden ist, z. B. wenn ein Grundeigenthümer früher den auf seinem Gute lastenden Zehnten in hohem Maßstabe abgelöst oder abzulösen in Folge eines Vergleichs versprochen hatte: so kann er, wenn später alle Zehnten aufgehoben oder in einem geringeren Maßstabe für ablösbar erklärt werden, das Gezahlte nicht zurückfordern, und kann auch nach Publikation des neuen Gesetzes auf die früher im Vergleiche versprochene Summe belangt werden.

VII. In der neueren Zeit wollten Manche den Begriff der Rückwirkung sehr beschränken. So sucht v. Scheurl Beiträge ꝛc. I S. 140 f. zu beweisen, daß es keine Rückwirkung sei, wenn durch ein neues Gesetz ein Recht, das unter der Herrschaft des alten Gesetzes erworben wurde, unmittelbar aufgehoben oder seine fernere Ausübung untersagt, überhaupt seine künftige Wirksamkeit gehemmt oder geändert werde. Auch Christiansen Über erworbene Rechte Kiel 1856 S. 100, 101 f., 105 f., 112 geht davon aus, daß ein Eingriff in erworbene Rechte nicht zusammenfalle mit der rückwirkenden Kraft des Gesetzes; er nimmt an, vom Standpunkte des Gesetzgebers a. sei Rückwirkung eines Gesetzes nur dann vorhanden, wenn das Gesetz einer vergangenen Thatsache eine juristische Bestimmtheit, die ihr in Wahrheit durch das frühere Recht nicht gegeben war, andichte, um sie in dieser fingirten juristischen Bestimmtheit in Gegenwart und Zukunft rechtlich fortwirken zu lassen (z. B. wenn ein neues Gesetz festsetzen würde, daß eine unter einem früheren Gesetz in Gemäßheit desselben kontrahirte und unter seiner Herrschaft bezahlte Schuld jetzt wieder zurückgefordert werden könne, daß neue Vorschriften über nothwendige Formen eines Rechtsgeschäfts auch auf früher abgeschlossene Geschäfte anzuwenden seien); dagegen b. sei es keine Rückwirkung des neuen Gesetzes, wenn es ein früher unter dem Schutze des alten Gesetzes wohlerworbenes Recht aufhebe oder die rechtlichen Wirkungen, die ihm das alte Gesetz beigelegt habe, hemme, z. B. bestimme, daß eine Zinsschuld, die unter dem alten Gesetz gültig kontrahirt worden, fortan nach dem neuen, das Maß der Zinsen herabsetzenden oder die Zinsen überhaupt aufhebenden Gesetze zu beurtheilen sei und daß selbst die unter dem alten Gesetze fällig gewordenen Zinsen nicht mehr gefordert werden dürfen, oder wenn ein nach dem alten Rechte formell ganz gültig abgeschlossenes Geschäft ohne Weiteres fortan für formell ungültig erkläre! — Dabei erklärt aber Christiansen doch solche Gesetze (Lit. b.) für unverantwortlich, unbillig, unvernünftig, und so würde für den Standpunkt des Gesetzgebers die Sache am Ende doch wohl nur auf einen Wortstreit hinauskommen. Anders ist es aber für die Stellung des Richters; für diese wird die Bestimmung des Begriffes der Rückwirkung wichtig, wenn das bestehende Recht (wie es das gemeine Recht thut) ihm vorschreibt, einem neuen Gesetz (wenn

es nicht entschieden das Gegentheil anordne) eine Anwendung auf juristische Thatsachen, die in der Vergangenheit liegen — auf praeterita, facta praeterita, tempus praeteritum ꝛc. — nicht zu geben, und dieses der herrschende Sprachgebrauch, der auch in die Partikulargesetzgebungen überging, durch Ausschließung der Rückwirkung neuer Gesetze bezeichnet. Hier muß der Richter unter Rückwirkung auch die Fälle unter b. begreifen. Allerdings würde ein solches Anwenden des neuen Gesetzes auf die Vergangenheit, wie es unter Lit. a. angeführt ist, die prägnanteste Rückwirkung sein. Allein unser positives Recht hat (auch hier in Übereinstimmung mit Dem, was dem Rechtsbegriffe gemäß ist) nicht bloß jene Rückwirkung im Sinne, wenn es die Anwendung neuer Gesetze auf die Vergangenheit untersagt (bloß sie hat es dabei so wenig im Sinne, daß es sogar festsetzt, selbst wenn ein neues Gesetz ausnahmsweise seine Anwendung auf facta praeterita vorschreibe: so solle doch jene prägnante Rückwirkung im Zweifel ausgeschlossen sein, oben Nr. V, 2), vielmehr hat es auch die durch die Vergangenheit begründeten rechtlichen Wirkungen und in so fern auch die adhuc pendentia negotia im Auge (cst. 7 C. de legib. 1, 14, Savigny a. a. O. S. 393 f. 391) und findet in einer Anwendung des neuen Gesetzes auf diese auch eine Anwendung desselben auf die Vergangenheit. Es ist daher unter der von unserem positiven Recht für die Regel ausgeschlossenen Rückwirkung neuer Gesetze jede solche Anwendung der Letzteren zu verstehen, durch welche die konkrete Existenz oder die bestimmte juristische Gestaltung und Wirksamkeit, welche ein durch eine unter der alten Rechtsnorm vorgefallene juristische Thatsache konkret gewordenes Recht in Übereinstimmung mit dieser Rechtsnorm erhalten hatte, negirt, aufgehoben oder in der durch die frühere Rechtsnorm ihm gegebenen juristischen Bestimmtheit und Wirkung gehemmt oder alterirt würde. Alles Dieses aber kann man wohl durch Rückwirkung bezeichen, so fern darin ein Eingreifen in ein durch eine frühere Rechtsnorm, durch die Vergangenheit, bestimmtes und durch diese begründetes und berechtigtes Dasein liegen, also dadurch das durch die berechtigte Vergangenheit Gesetzte ganz oder theilweise für Gegenwart und Zukunft negirt und dadurch eine früher eingetretene juristische Thatsache und die von ihr gesetzte Wirkung für bedeutungslos erklärt würde.

VIII. Savigny Syst. VIII S. 395 f. behauptet, daß die Aussprüche des römischen Rechts über die entwickelte Lehre für uns auf dem Standpunkte des gemeinen Rechts die Kraft bindender Normen nicht haben. Von selbst versteht sich, daß sie für unsere Gesetzgeber eine solche Bedeutung nicht haben; diese können in neuen Gesetzen Anderes festsetzen; allein, so lange dies nicht geschehen ist, bilden sie bindende gemeinrechtliche Normen. Jene Ansicht Savigny's hängt zusammen mit seiner Behauptung, daß überhaupt auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts das römische nicht recipirt worden sei und daher alle Bestimmungen des römischen Rechts über Rechtsquellen und ihre Anwendung und Auslegung bei uns keine bindende Kraft haben. Daß aber diese Ansicht unhaltbar ist und im entschiedensten Widerspruche mit dem Sinne steht, in welchem das römische Recht bei uns recipirt wurde, darüber s. Meine Ausführung im Archiv für civilistische Praxis XXIII S. 434—437. Natürlich aber versteht es sich von selbst, daß, wenn ein römischer Imperator bei einem einzelnen Gesetze, das er gab, Rückwirkung desselben vorschrieb, wie z. B. Konstantin bei Aufhebung der lex commissoria (C. de pact. pignor. 8, 35 cst. 3) oder wie Justinian bei einem Gesetze über erlaubtes Zinsenmaß (C. de usur. 4, 32 cst. 27), solche Bestimmungen für uns deßhalb keine Bedeutung haben, weil sie sich ja bloß auf konkrete Rechtsgeschäfte beziehen, die damals vor der Erlassung jener Gesetze eingegangen wurden, sie also für uns gar kein Objekt mehr haben. Daraus aber kann man doch in der That nicht, wie es Savigny thut, ein Argument gegen die bindende Kraft der in den römischen Quellen über Rückwirkung oder Nichtrückwirkung der Gesetze ausgesprochenen allgemeinen Grundsätze ziehen.

Beilage II. Zur Ergänzung der Beilage I.

Wenn während des Laufes einer Ersitzung oder einer anderen

Verjährungsart z. B. einer Anspruchsverjährung, also vor Vollendung derselben (vgl. Beilage I Nr. I, 5) eine Änderung in der Gesetzgebung über Verjährung eintritt: so kann es in manchen Fällen zweifelhaft erscheinen, ob und in wie weit auf die laufende Verjährung das alte Recht, unter dessen Herrschaft ihr Lauf begonnen hat, oder das neue während des Laufes eingetretene Recht anzuwenden ist. Wirklich sind auch hier die Ansichten über Einzelnes sehr verschieden. — Die bei dieser Frage maßgebenden Momente ergeben sich aus dem in der Beilage I, namentlich unter Nr. I, II Ausgeführten dahin:

A. Von einer Berücksichtigung des Zeittheils, welcher unter der Herrschaft des alten Rechts abgelaufen war, kann überhaupt nur dann die Rede sein, wenn der Zustand, wie er während der Herrschaft des alten Rechtes bestand, ganz den Erfordernissen entsprach, von denen das alte Recht die Verjährung abhängig machte. Ist dieß nicht der Fall, fehlte also eines dieser Erfordernisse: so kann jener Zeittheil keinen Falles in Berücksichtigung kommen, sollte auch das neue Gesetz das vom alten Recht verlangte Requisit nicht mehr zur Verjährung fordern. Denn ein Zustand, der nach dem alten Rechte, unter welchem er bestand, nicht fähig war, zur Begründung einer gewissen rechtlichen Wirkung beizutragen, kann nicht durch ein neues Gesetz rückwärts diese Fähigkeit erhalten. Auch könnte man in einem solchen Falle gar nicht von einer während des Laufes einer Verjährung eingetretenen Änderung sprechen, da zur Zeit der Herrschaft des alten Rechts eine Verjährung zu laufen noch gar nicht begonnen hatte; vgl. auch Beil. I Nr. I, 4, 5.

B. Durch eine erst begonnene, aber noch nicht vollendete Verjährung kann ein Recht nicht begründet werden; sie ist nur fähig, zu einer Rechtserwerbung zu führen, giebt also bloß eine Aussicht oder Hoffnung auf einen Rechtserwerb. Solche Aussichten aber, die bloßen Möglichkeiten eines Rechtserwerbs, sind mit der Gesetzgebung wandelbar. Verschließt ein neues Gesetz eine solche Möglichkeit, so kann nun das Recht nicht erworben, also die begonnene Verjährung nicht vollendet werden (Beil. I Nr. II, s. auch Savigny Syst. VIII, S. 428, 429). Wenn daher dem Verjährenden durch den Zustand, in welchem er sich unter der Herrschaft des alten Rechts befand, die Möglichkeit eröffnet wurde, bei längerer Dauer desselben ein Recht zu erwerben, aber vor Vollendung der Verjährung ein neues Gesetz die Grundsätze über Verjährung ändert: so kann jenem Zustande von der Zeit an, in welcher das neue Gesetz in Kraft trat, nur in so weit eine Bedeutung zukommen, als seine Berücksichtigung im Einklang mit dem Sinne des neuen Gesetzes steht.

Von den einzelnen nach diesen Gesichtspunkten zu entscheidenden Fällen, welche bei einer während des Laufs der Verjährung eingetretenen Änderung in der Gesetzgebung vorkommen können, sind hier folgende herauszuheben:

1. Im Laufe der Verjährung wird durch ein neues Gesetz die Zeit der Verjährung für das betreffende Verhältniß herabgesetzt, ohne aber an den übrigen Erfordernissen der Verjährung etwas zu ändern. — Über diesen Fall sind die Ansichten sehr verschieden. Denn a. Manche, wie z. B. Kierulff Theorie d. gem. Civilr. S. 70, meinen, das neue Gesetz sei in der Art anzuwenden, daß nun die Verjährung in der kürzeren Zeit des neuen Gesetzes eintrete, aber der unter dem alten Gesetz abgelaufene Theil der Verjährungszeit in diese Zeit ganz eingerechnet werde; z. B. wenn bei einem Anspruch, welcher nach dem alten Rechte erst in 30 Jahren verjährte, ein neues Gesetz die Zeit auf 5 Jahre herabsetzt, und unter der Herrschaft des alten Rechts an der dreißigjährigen Verjährungszeit zehn Jahre abgelaufen sind: so müsse mit dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes die Verjährung als vollendet gelten; weil das Erfordernis des neuen Gesetzes (Ablauf von fünf Jahren) längst erfüllt sei. Allein diese Ansicht ist entschieden unrichtig. Denn nach ihr würde dem Theile, der unter dem alten Rechte an der von diesem bestimmten Verjährungszeit abgelaufen war, rückwärts eine Wirkung beigelegt, die er nach dem alten Rechte gar nicht haben konnte, und die Ungerechtigkeit begangen, daß dem Berechtigten, der noch längere Zeit zur Verfolgung seines Rechts vor sich hatte, sofort mit dem neuen Gesetze

sein Recht entzogen würde, s. A. V. Weber Über die Rückanwendung positiver Gesetze ꝛc., S. 156, Vangerow Pand. I § 26 S. 60, Savigny Syst. VIII, S. 432. — b. Andere, z. B. Weber a. a. O., Siebenhaar in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung ꝛc. N. F. XIX, S. 116, 117, wollen das neue Gesetz in der Art unbedingt anwenden, daß von der Zeit an, in welcher es in Kraft tritt, die Verjährung erst beginnen, also von da an, ohne Einrechnung des unter dem altem Rechte abgelaufenen Zeittheiles, die kürzere Verjährungszeit des neuen Gesetzes ablaufen müßte, so daß z. B., wenn bei einer Forderung, die nach dem alten Rechte in dreißig Jahren verjährte, nach dem neuen Gesetz aber schon in fünf Jahren verjähren soll, zur Zeit der Herrschaft des alten Rechts an der Verjährungszeit neunundzwanzig Jahre abgelaufen waren, nun zur Vollendung der Verjährung noch volle fünf Jahre nöthig sein würden. Allein auch diese Ansicht ist nicht zu vertheidigen, weil sie in vielen Fällen auf eine Verlängerung der Verjährungszeit führt, welche dem Sinne des neuen Gesetzes, das die Verjährungsfrist herabsetzen wollte, ganz widersprechen würde. — c. Man kann aber auch nicht in solchen Fällen lediglich die Verjährungszeit des alten Rechts zur Anwendung bringen; denn dann könnte, wie Vangerow a. O. richtig bemerkt, leicht die Absurdität entstehen, daß zum Laufe der Verjährung noch eine längere Zeit erfordert würde, als wenn die Verjährung erst nach Erlassung des neuen Gesetzes begonnen hätte; z. B. wenn an der dreißigjährigen Verjährung des alten Rechts unter der Herrschaft desselben zehn Jahre abgelaufen waren und nun das neue Recht die Zeit auf fünf Jahre herabgesetzt: so würde nach dieser Ansicht zur Vollendung der Verjährung auch unter der Herrschaft des neuen Gesetzes noch der Ablauf von zwanzig Jahren nöthig sein, während, wenn die Verjährung erst unter dem neuen Gesetze begonnen hätte, die Verjährung schon nach fünf Jahren ablaufen würde! d. Man wird aber auch nicht, wie Vangerow a. a. O. und R. Schmid Die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen S. 128 meinen, und auch ich in meinem Württemb. Privatrecht II, S. 181 annahm und Windscheid Pand. § 33 Nt. 1 [§ 32 Anm. 10] mit einer Alternative (s. Lit. e.) annimmt, davon ausgehen können, daß in solchen Fällen sowohl das alte, als das neue Recht, jedes proportionell anzuwenden seien, das alte für die Zeit, die an der Verjährung vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes ablief, und das neue Gesetz für die spätere Zeit, so daß, wenn z. B. unter dem alten Recht 1/2 seiner Verjährungszeit abgelaufen war, nun unter dem neuen Recht noch 1/2 der Zeit des neuen Rechts ablaufen müßte. Denn dadurch würde der unter dem alten Gesetze abgelaufenen Zeit eine Bedeutung gegeben, welche ihr zu geben nicht im Sinne des neuen Gesetzes liegen kann. — e. Andere wollen dem Verjährenden (bei der Ersitzung dem Ersitzenden, bei der Anspruchsverjährung dem Schuldner ꝛc.) eine Wahl einräumen, d. h. ihm gestatten, je nach dem es ihm von Interesse ist, die Verjährungszeit auf die oben unter b. oder c. bemerkte Weise zu berechnen, also entweder lediglich das alte Recht auf sie anzuwenden, oder von der kürzeren Verjährungszeit des neuen Gesetzes von dem Tage an, an welchem dasselbe in Kraft trat, jedoch ohne Einrechnung der unter dem alten Rechte abgelaufenen Zeit, Gebrauch zu machen; so z. B. Savigny Syst. VIII, S. 431 Nr. 5, Windscheid Pand. § 33, Nt. 1 a. E. [§ 32 Anm. 10] (ebenso auch das K. sächs. Gesetz vom 2. Jan. 1863 über die Publikation des bürgerlichen Gesetzbuchs; noch weiter geht Bergmann Das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze S. 35, 36; er will dem Verjährenden die Wahl unter b. oder c. oder d. geben). Bei dieser Ansicht würde zwar der oben gegen die unter Lit. c. angeführten Meinung gemachte Einwand wegfallen, da nach ihr dem Verjährenden freisteht, nach c. oder nach b. zu rechnen. Allein es wird von ihr, abgesehen von Anderem, nicht berücksichtigt, daß bei der Verjährung nicht bloß der erwerbende Theil oder der Theil, welcher durch sie von einer Last oder Verbindlichkeit frei würde, sondern auch der verlierende Theil wesentlich interessirt ist, und daher nicht der einseitigen Wahl des ersteren die Entscheidung überlassen werden kann. — Man muß vielmehr die Frage lediglich im Sinne des neuen Gesetzes entscheiden, da unter dem alten Gesetze die juristische Thatsache der Verjährung noch nicht vollendet, also

noch keine Rechtserwerbung eingetreten war; s. oben Lit. B. Das neue Gesetz aber, welches die Verjährungszeit herabsetzt, will die bisherige Verjährungszeit nicht verlängern; es darf also die Anwendung des neuen Rechts nicht zu einer Verlängerung der alten Verjährungszeit führen; von der andern Seite will das neue Gesetz, daß von dem Tage an, an welchem es in Kraft tritt, die Verjährung jedenfalls in der kürzeren Zeit eintrete, die es nun festgesetzt hat. Es darf also im Ganzen nach Eintritt des neuen Gesetzes nicht der Ablauf einer längeren Zeit verlangt werden, als das neue Gesetz überhaupt für die Verjährung festsetzt (so entscheidet auch ein württemb. Gesetz vom 6. Mai 1852 Art. 14 und auf dasselbe Resultat kommt v. Scheurl Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts I, S. 146 f.). Hieraus folgt: Das alte Gesetz ist anzuwenden, wenn die Anwendung des neuen Gesetzes auf eine von diesem nicht gewollte Verlängerung der Verjährungszeit führen würde, also wenn der Rest, welcher unter dem alten Rechte an seiner Verjährungszeit noch nicht abgelaufen war, kleiner ist als die Verjährungszeit des neuen Gesetzes; es hat dann nur noch die kürzere Zeit, in welcher nach dem alten Rechte die begonnene Verjährung ablaufen würde, abzulaufen, z. B. wenn die dreißigjährige Verjährung des alten Rechts auf eine fünfjährige herabgesetzt wird und unter dem alten Rechte an der Verjährungszeit achtundzwanzig Jahre abgelaufen waren: so sind zur Vollendung der Verjährung nur noch zwei Jahre nöthig, nicht fünf. Der Verlierende kann sich hier nicht beschweren; denn auch nach dem alten Recht würden ihm bloß zwei Jahre zur Wahrung seines Rechts übrig gewesen sein, das neue Gesetz wollte ihm aber die dreißigjährige Zeit der Wahrung seines Rechts nicht noch um drei Jahre verlängern. — Das neue Gesetz ist dagegen von dem Tage seiner Gesetzeskraft an anzuwenden, also von da an der Ablauf seiner Verjährungszeit zu berechnen, wenn die Anwendung des alten Gesetzes auf eine vom neuen Gesetz nicht gewollte Verlängerung der Verjährungszeit führen würde, also wenn der Rest, der unter dem alten Rechte an der Verjährungszeit desselben noch nicht abgelaufen ist, größer ist, als die neue Verjährungszeit. Wenn daher die dreißigjährige Verjährung des alten Rechts auf eine fünfjährige herabgesetzt wird und unter dem alten Rechte an ihr zehn Jahre abgelaufen waren: so tritt die Verjährung in fünf Jahren von dem Tage der Gesetzeskraft des neuen Gesetzes ein (nicht erst in zwanzig Jahren). Der Verlierende kann sich auch hier nicht beschweren; denn ein Recht nach dem alten Gesetze beurtheilt zu werden, hatte er nicht erworben, da unter diesem seine Verjährung noch nicht vollendet war.

2. Im Laufe der Verjährung wird durch ein neues Gesetz die Verjährungszeit für das betreffende Verhältnis erhöht, ohne an den übrigen Erfordernissen Etwas zu ändern. In diesem Falle wird zur Vollendung der Verjährung der Ablauf der ganzen, vom neuen Gesetze bestimmten, Verjährungszeit erfordert, aber mit Einrechnung der unter dem alten Rechte an der Verjährung abgelaufenen Zeit. Dieses ist auch die herrschende Ansicht; für sie s. bes. Windscheid Pand. § 33 Nt. 1 [§ 32 Anm. 10] (auch das angeführte sächsische Gesetz § 16 bestimmt es so); anderer Meinung ist Schmid a. O., S. 124; allein er will die herrschende Ansicht aus einer Konsequenz widerlegen, auf die sie führe, auf welche sie aber keineswegs führt.

3. Durch ein neues Gesetz werden die Erfordernisse der Verjährung, abgesehen von der Größe der Zeit, gemindert. Hier ist die Zeit, welche unter der Herrschaft des alten Rechts abgelaufen war, nach dem alten Rechte, die spätere nach dem neuen Rechte zu beurtheilen; z. B. wenn die bona fides, welche nach dem bisherigen Rechte zur Anspruchsverjährung in gewissen Fällen nöthig war, durch ein neues Gesetz in diesen Fällen nicht mehr erfordert wird, und dem Schuldner die bona fides fehlte: so kann die unter dem alten Rechte abgelaufene Zeit gar nicht in die Verjährung eingerechnet werden, s. Lit. A; sie ist aber einzurechnen, wenn er unter dem alten Rechte in bona fide war; so auch das angeführte sächsische Gesetz § 13.

4. Im Laufe der Verjährung werden durch ein neues Gesetz die Erfordernisse der Verjährung vermehrt (abgesehen von der Größe der Verjährungszeit).

Hier kann der unter dem alten Rechte abgelaufene Zeittheil nicht eingerechnet werden, wenn die vermehrten Erfordernisse während dieser Zeit nicht vorhanden waren, weil das neue Recht nur bei den vermehrten Erfordernissen eine Verjährung anerkennt, s. oben Lit. B. Waren aber schon während der Zeit, welche unter der Herrschaft des alten Rechts ablief, diese vermehrten Erfordernisse vorhanden: so ist es dem Sinne des neuen Gesetzes entsprechend, diese Zeit einzurechnen *.

5. Führt ein neues Gesetz einen neuen Unterbrechungsgrund der Verjährung ein: so wird durch ihn der Lauf der Verjährung unterbrochen, wenn er in der Zeit eintritt, nach dem das neue Gesetz in Kraft getreten ist; er hat aber diese Wirkung nicht, wenn er bei der Verjährung, die unter dem alten Rechte begonnen hat, zur Zeit der Herrschaft des alten Rechts eingetreten war. Denn dies würde eine Rückwirkung des neuen Gesetzes enthalten, von der im Zweifel anzunehmen ist, daß sie nicht im Sinne desselben liegt. — Wird ferner einem Momente, welches nach dem alten Rechte einen Unterbrechungsgrund bildete, durch das neue Gesetz diese Wirkung entzogen: so kann dies ebenfalls nur für die Zeit nach eingetretener Kraft des neuen Gesetzes gelten; war daher das Moment unter dem alten Rechte während des Laufs der Verjährung eingetreten: so muß dadurch die Verjährung als unterbrochen gelten (vgl. oben Lit. A; so entscheidet auch das angeführte sächsische Gesetz § 15).

6. Wenn ein neues Gesetz eine Verjährung, die bis jetzt zulässig war, für unzulässig erklärt: so kann die unter dem alten Rechte begonnene Verjährung nicht fortgesetzt werden; s. oben Lit. B. Dies wird wohl auch allgemein zugegeben.

7. Wenn durch ein neues Gesetz in einem Falle, in welchem bisher eine Verjährung unzulässig war, die Verjährung für zulässig erklärt wird: so kann eine solche Verjährung erst von der Zeit an, in welcher das neue Gesetz in Kraft trat, begonnen werden. Waren z. B. bisher gewisse Ansprüche unverjährbar, werden sie aber durch ein neues Gesetz der Verjährung unterworfen: so ist die unter dem früheren Rechte abgelaufene Zeit, in welcher der Berechtigte seinen Anspruch nicht verfolgte, nicht zu rechnen; die Verjährung kann erst von dem Eintritte des neuen Gesetzes laufen; Savigny, Syst. VIII S. 429, 430.

* Anders entscheidet das angeführte sächsische Gesetz § 14. Siebenhaar in dem Kommentar zu diesem § findet den Grund dieser Entscheidung darin, daß ein Gesetz, das die Erfordernisse der Verjährung vermehre, eigentlich ausspreche, es solle die bis dahin gültige Art der Verjährung aufgehoben und dafür eine andere eingeführt sein. Allein so kann man das neue Gesetz nicht auffassen. Es würde daraus folgen, daß bei jeder Änderung in den Verjährungsgrundsätzen auf eine laufende Verjährung stets nur das neue Gesetz anzuwenden sei. Vielmehr sagt in einem solchen Falle das neue Gesetz nur, eine Verjährung sei nur zulässig, wenn den vom Gesetz bestimmten neuen Requisiten im einzelnen Falle entsprochen sei. Dies ist aber durchaus der Fall, wenn diese Requisite auch bei dem unter dem alten Rechte abgelaufenen Zeittheile vorhanden waren.

Zweiter Abschnitt.

Allgemeine Theorie der subjektiven Privatrechte und Privatrechtsverhältnisse*.

Erstes Kapitel. Natur, Gattungen und Verschiedenheiten der Privatrechte.

(Arndts § 21—23.)

Natur der Privatrechte im subjektiven Sinne.

§ 33.

(Arndts § 21.)

Das subjektive Recht oder ein Recht im sog. subjektiven Sinne ist eine Macht oder Herrschaft, welche vermöge der Bestimmungen des objektiven Rechts einer Person in gewissen Kreisen zukommt[1].

Aus dem Begriffe der Rechte im subjektiven Sinn ergiebt sich ihre Natur dahin:

1. Ein (subjektives) Recht läßt sich nicht denken ohne ein Subjekt, dem es zukommt. Zwar sind manche Neuere anderer Ansicht; sie nehmen die Möglichkeit der Existenz eines Rechts an, ohne eine

---

* Der ganze allgemeine Theil unseres Pandektenrechts zerfällt eigentlich nur in zwei Hauptabschnitte, in die Theorie der Rechtsnormen (§§ 17—32) und in die Grundsätze, welche sämmtlichen Privatrechten und Privatrechtsverhältnissen gemeinsam sind. Die systematische Ordnung aber, welche diesen letzteren Grundsätzen gewöhnlich in unseren Kompendien, z. B. von Thibaut, Mühlenbruch, Wening, und auch von Vangerow gegeben wird, ist in vielen Beziehungen nicht zu billigen; denn sie reihen meist die einzelnen Lehren nur ganz äußerlich aneinander, gleichsam wie in einem Kataloge (und nicht immer in der besten Folge), zeigen aber nicht ihren natürlichen und lebendigen Zusammenhang und stellen Manches voran, was erst durch spätere Lehren Licht und Begründung erhält. — Indeß soll hier doch so weit möglich die Ordnung des Kompendiums (von Arndts) beibehalten und nur aus den dringendsten Gründen bei einigen Lehren abgewichen werden.

[1] Diese Macht bezeichnet Windscheid (Lehrb. § 37) auch durch ein Wollen. Allein dies sagt zu wenig und kann leicht mißverstanden werden, da auch Per- gar nicht wollen können, doch fähig sind, Rechte zu haben, z. B. blödsinnige

berechtigte Person, der es zukomme. Allein dies ist[2] eine juristische Unmöglichkeit; es ist gegen das Wesen des subjektiven Rechts als einer Macht, die doch nicht existiren kann, wenn sie Niemandem zukommt[3].

2. Durch ein Recht wird man nicht genöthigt zu einem Thun oder Lassen, sondern nur dazu befugt, es steht daher dem Berechtigten frei, sein Recht unausgeübt zu lassen[4].

Er kann ferner sein Recht durch Verzicht ganz aufgeben, auch es in der Regel, wenn es ein Vermögensrecht ist, durch Veräußerung auf einen Andern übertragen[5].

3. Der Berechtigte ist befugt, sein Recht, so weit es reicht, vollständig auszuüben, sollte es für den Verpflichteten auch noch so unangenehm oder hart sein (qui iure suo utitur, nemini facit iniuriam[6]).

Man kann daher sein Recht selbst dann ausüben, wenn man es auch aus schlechten Motiven thut; denn so lange man sich lediglich innerhalb des Kreises seines Rechtes hält, kommt es auf dem Rechtsgebiete auf die Motive unseres Handelns nicht an[7].

Nur darf man nicht Folgendes mit dem eben Berührten verwechseln. Jeder privatrechtliche Anspruch gegen einen Dritten auf eine Leistung setzt voraus, daß man irgend ein auf einen Vermögenswerth zurückführbares Interesse an der Erfüllung der Leistung habe;

---

[2] Nicht bloß, wie Arndts § 21 Anm. 1 sagt, gegen den Sprachgebrauch.

[3] Selbst Windscheid Lehrb. § 49 scheint die Möglichkeit von Rechten ohne Subjekt anzunehmen. Allein aus seinem Begriff von Recht als einer von der Rechtsordnung verliehenen Willensmacht, also einem Wollendürfen folgt doch, daß zu jedem Recht ein Wollendürfender nöthig ist. Windscheid lenkt aber (nach Anm. 3) ein; er sagt, jene Annahme widerstreite einem natürlichen Gefühle ꝛc., deßhalb juristische Persönlichkeit ꝛc.

[4] C. de pactis 2, 3 cst. 29 und D. de minorib. 4, 4 l. 41.

[5] Vgl. § 69. — Nur kann natürlich mit einem Recht auch eine Pflicht verbunden sein. Vgl. Mein Württ. Privatrecht II § 33.

[6] D. de R. I. 50, 17 l. 55; l. 151, de servitut. praed. urban. 8, 2 l. 9; de aqua 39, 2 l. 21.

[7] Vgl. § 1. Dennoch sind hier Viele anderer Meinung, selbst Vangerow (Pand. § 297 Anm. 1) und Windscheid (Pand. § 121 bei Note 3) behaupten, wenn man ein Recht ausüben wolle, lediglich um einem Andern zu schaden, so könne dieser verlangen, daß man es unausgeübt lasse; und viele Ältere meinten sogar, man dürfe ein Recht dann nicht ausüben, wenn man es bloß ausüben wolle, um einen Andern zu ärgern oder zu necken. Allein dies ist ein unzulässiges Hineintragen eines Grundsatzes der Moral auf das Rechtsgebiet, wodurch das Rechtsverhältnis von einem Momente abhängig gemacht würde, welches irgend mit juristischer Sicherheit sich gar nicht erkennen läßt (von der Güte der Motive unseres Handelns). Den, der sich innerhalb der Grenzen seines Rechts hält, darf man über die Motive seines Handelns nicht zur Rede stellen. Eine solche Schranke würde so anomal (und der Natur des Rechts widersprechend) sein, daß man sie nur annehmen könnte, wenn sie in unseren Quellen klar ausgesprochen wäre; dies ist aber keineswegs der Fall. Zwar führen ihre Vertheidiger, namentlich Vangerow und Windscheid dafür an D. de operibus publ. 50, 10 l. 3 pr., de rei vind. 6, 1 l. 38 und de aqua 39, 3 l. 1 § 12, l. 2

schon weil sonst sich gar nicht bestimmen ließe, was man im Nichtleistungsfalle vom Gegner als Ersatz anzusprechen hätte. Fällt daher bei einem privatrechtlichen Anspruch jedes denkbare juristische Interesse an seiner Erfüllung weg, so muß auch der Anspruch fallen, z. B. wenn Jemand mir versprach, mir ein Geschäft zu besorgen, ehe er dasselbe vollführt hat, besorgt es mir ein Dritter: so fällt natürlich mein Anspruch gegen den Ersteren auf Besorgung weg[8].

4. Mit sich selbst kann man nicht in einem Rechtsverhältnisse stehen, also gegen sich selbst nicht Rechte haben[9].

5. Der Berechtigte ist in der Regel befugt, das ihm zukommende Recht gegen Den, der sich ihm nicht fügen will, durch Zwang durchzusetzen und geltend zu machen, denn sonst würde es keine vollkommene rechtliche Macht sein[10]; nur darf der Berechtigte gegen den Widerspenstigen in der Regel nicht Selbsthilfe üben, sondern er muß zu jenem Zwecke richterliche Hilfe angehen. Diese Hilfe kann er in der Regel anrufen in der Form eines Angriffs gegen seinen Gegner, indem er den Anspruch vor den Richter bringt und diesen zum Einschreiten auffordert, Klage, actio (auch petitio im weiteren Sinn).

Er kann aber sein Recht auch geltend machen in der Form der Vertheidigung gegen eine ungerechte Klage, die gegen ihn erhoben wurde, namentlich durch Einreden (§ 103). Der Ausdruck actio, Klage, bedeutet somit die processualische Handlung, wodurch man angriffsweise ein Recht vor Gericht verfolgt; er bedeutet aber damit auch noch das Klagrecht, d. h. die Befugnis, ein uns zustehendes Recht (nöthigenfalls) im Wege der Klage geltend zu machen[11]. Diese

---

§ 9 und Nov. 63. Allein die (von Vangerow angeführte) Novelle handelt von etwas ganz Anderem, nämlich von Handlungen, die in fraudem legis geschehen. Die l. 3 cit. spricht bloß von besonderen Rücksichten, die eine öffentliche Behörde bei Bauten zu öffentlichen Zwecken nehmen soll; die l. 38 spricht nur von Fällen, in denen Jemand an einer Sache, die er besitzt, die aber einem Dritten gehört, Änderungen machen will und beschränkt ihn hier mit Recht auf ein gehöriges Maß (vgl. § 67) und die beiden letzten Digestenstellen enthalten allerdings eine besondere Beschränkung in der Ausübung eines Rechts, aber bloß für einen besondern Fall zur Begünstigung der Feldkultur und nur aus besonderer Rücksicht auf nachbarliche Verhältnisse.

[8] D. mandati et contra, 17, 1 l. 8 § 6; de pactis 2, 14 l. 61, de cond. et dem. 35, 1 l. 71 pr.

[9] Hierüber und über Das, was Arndts in Anm. 2 berührt, s. § 35 Anm. 4 und § 36 Nr. I. 2.

[10] Vgl. auch § 1 bei Anm. 4 f.

[11] I. de actionib. 4, 6 pr. S. auch unten Nr. 7.

Befugnis setzt aber natürlich voraus, daß uns ein Recht wirklich zustehe, zu dessen Schutz die Klage dienen soll. Denn die Klage ist nur ein Mittel, ein Recht gerichtlich geltend zu machen[12]. Die Klage ist also ein Ausfluß, ein Bestandtheil dieses uns zukommenden Rechts. Daraus folgt, daß die Natur und die juristische Wirkung jeder einzelnen Klage lediglich bestimmt wird durch Natur und Umfang des Rechts, zu dessen Schutz sie dient.

6. Ein Recht, das uns zukommt, giebt uns einen rechtlichen Anspruch an Diejenigen, welche dieses Recht anzuerkennen haben und ihm unterworfen sind. Man muß aber bei dem Worte „Anspruch" wohl unterscheiden das faktische „einen Anspruch machen" von dem rechtlichen „einen Anspruch haben". „Einen Anspruch machen" oder „verfolgen" bezeichnet bloß: behaupten, man habe Etwas anzusprechen, man habe ein Recht. Eine solche Behauptung kann auch eine ganz falsche, unbegründete sein; es kann sein, daß wir ein Recht ansprechen, das uns gar nicht zukommt. Einen Anspruch machen heißt daher nur so viel: ein wirkliches oder bloß vermeintliches oder bloß angebliches Recht verfolgen. Einen „Anspruch haben" dagegen oder „ein Anspruch kommt oder steht uns zu" heißt: vermöge eines uns zukommenden Rechts ein Thun oder Lassen von einem Andern verlangen können. In diesem Sinne ist Anspruch das Recht, von Jemandem Etwas zu fordern.

7. Wohl zu beachten ist noch, was von Vielen übersehen wird, daß die Römer durch den Ausdruck actio nicht bloß das processualische Mittel, ein Recht angriffsweise bei Gericht geltend zu machen, und das Recht, sich eines solchen Mittels zu bedienen, bezeichnen, sondern daß sie sehr häufig bei klagbaren Rechten durch actio den ganzen Anspruch selbst bezeichnen, den man vermöge des Rechts gegen den Gegner durch die Klage geltend zu machen befugt ist.

Die Gattungen der Privatrechte und deren besondere Natur-Übersicht.

§ 34.

Das objektive Recht (das Gesetz) hat die Aufgabe, die Freiheit des Menschen in den Kreisen seiner Lebensinteressen anzuerkennen,

[12] Darüber s. § 98.

zu ordnen und zu schützen. Nach der Verschiedenheit dieser Interessen bestimmt sich die Macht, welche den Personen in ihren Kreisen zukommen soll, bestimmen sich also ihre Rechte im subjektiven Sinn. Diese beziehen sich im Privatrecht (der Gesammtheit der Privatrechte) auf drei Grundverhältnisse, in denen der Mensch stehen kann und daraus ergeben sich die Gattungen oder Klassen der subjektiven Privatrechte, unter welche alle Privatrechte sich (erschöpfend) einreihen. Diese Grundverhältnisse bezeichnen die Römer durch status, die Stellung der Person im Recht überhaupt (die Stellung, welche das rechtsfähige Wesen, die Person an sich und als solche im Privatrecht einnimmt, das Recht der Person, als Person anerkannt zu werden), die personenrechtliche Stellung; dominium, das Verhältnis der Person zur äußern Sachenwelt, durch welches der Herrschaft der Person Sachen unmittelbar unterworfen sein können; und obligatio, das Verhältnis der Person im Verkehr mit anderen Personen, vermöge dessen diese ihr zu Leistungen verpflichtet werden. Die Privatrechte sind hiernach:

a) Personenrechte. b) Sachenrechte (dingliche Rechte);
c) Forderungenrechte (Obligationenrechte).

Die beiden letzteren beziehen sich lediglich auf das Vermögen (Rechte, die sich auf einen Geldwerth reduciren) und so zerfallen alle Privatrechte in Personenrechte (§ 35) und Vermögensrechte (§ 36).

Personenrechte.

§ 35.

Persönlichkeit ist diejenige Eigenschaft eines Wesens, vermöge deren es auf dem Rechtsgebiete als Selbstzweck und freies Wesen und demgemäß als mögliches und wirkliches Subjekt von Rechten anzuerkennen und zu achten ist[1].

Ein Wesen, welchem Persönlichkeit zukommt, nennen wir Person. (§ 39). Durch Personenrechte oder Zustandsrechte, Statusrechte, bezeichnen wir die Rechte, die der Person als solcher, d. h. lediglich weil

[1] Gewöhnlich bezeichnet man die Persönlichkeit auch durch Rechtsfähigkeit. Allein dies ist ungenau. Die Persönlichkeit ist eine Bedingung der Fähigkeit, Rechte zu haben. Die Letztere ist Ausfluß der Persönlichkeit; denn ein Wesen, welchem nicht Persönlichkeit zukommt, kann nicht in Rechtsverhältnissen stehen und nicht Rechte haben.

sie Person ist, zukommen und die Rechte, die ihr vermöge ihrer Stellung in der Familie zukommen.

Die Natur dieser Personenrechte bestimmt sich dahin:

I. Sie zerfallen in zwei Klassen:

1. Die sog. absoluten Personenrechte oder Personenrechte im engern Sinn. Es sind dies die Rechte, welche der Person als solcher zukommen (also lediglich, weil sie Person ist), die sich also aus der Persönlichkeit als unmittelbare Konsequenzen ergeben. Dahin gehört das Recht auf Unverletzlichkeit und Achtung unserer Person, auf Freiheit, auf Leben, auf Ehre, die Befugnis, Rechtsverhältnisse für sich zu begründen, z. B. Verträge zu schließen, Gewerbe zu treiben, eine Ehe einzugehen, Rechte gegen Andere zu erwerben und auszuüben, über das Erworbene zu disponiren, sich gegen Andere zu verpflichten ꝛc.[2]

Es können jedoch bei gewissen Klassen von Personen diese Rechte modificirt sein nach ihren besonderen Eigenschaften und nach der besonderen Stellung, die sie in der bürgerlichen Gesellschaft einnehmen[3].

Der Gegenstand der Personenrechte ist der Kreis von Freiheit und Macht, welcher durch sie der Person in dem betreffenden Gebiete eingeräumt wird, die Stellung, die ihr überhaupt im Rechte gebührt[4].

Sie sind Rechte gegen jeden Dritten dahin, daß er unsere Persönlichkeit achte und deßhalb uns in der Ausübung der ihr inhärirenden Befugnisse nicht störe. Sie sind also nicht bloß relative Rechte, d. h. sie gehen nicht bloß gegen einzelne, bestimmte, aus besonderen Gründen uns verpflichtete Personen, sondern sie sind absolute Rechte, Rechte gegen Jeden, d. h. sie sind schlechthin eine Konsequenz unserer rechtlichen Stellung, die jeder Dritte lediglich deßhalb, weil sie unser Recht sind, anzuerkennen hat, die daher gegen Jeden geltend

[2] Ihre Verletzung führt in der Regel zu einem Kriminalproceß.

[3] S. §§ 44—52.

[4] Manche Neuere, z. B. Puchta (Pand. § 46 und § 114) und Vangerow (Pand. § 34. 7. Ausg. S. 72) fassen diese Rechte der Persönlichkeit auf als Rechte, deren Objekt die berechtigte Person selbst sei, welche also die Person gegen sich selbst, an der eigenen Person habe. Allein dies ist falsch und irreführend, auch unseren Rechtsquellen ganz fremd. Das Recht bezieht sich nur auf die Verhältnisse der Personen zu einander (§ 1). Man kann daher nur zu Anderen in einem Rechtsverhältnisse stehen, nicht zu sich selbst (nicht sich selbst gegenübertreten wie ein Berechtigter dem Verpflichteten), also auch nicht gegen sich selbst Rechte und Verbindlichkeiten haben (vgl. Savigny Syst. I 307 f.). Man kann auch nicht wie Windscheid (Pand. § 39) sagen, der Gegenstand der Personenrechte sei die eigene Person des Berechtigten (sie beziehen sich nur unmittelbar auf die eigene Person).

gemacht werden können, der in sie eingreift. Es entspricht ihnen eine negative Verbindlichkeit Aller, uns in der Ausübung dieser Personenrechte nicht zu stören.

2. Es giebt aber auch Personenrechte, die eine besondere Beziehung auf konkrete Individuen haben. Dies sind die Rechte, welche der Person vermöge ihrer Stellung in der Familie zukommen. Diese ergreifen die Totalität der Person in einem durch die Bestimmung des Menschen überhaupt gegebenen natürlich-sittlichen Lebensverhältnisse und drücken ihr so zu sagen einen besonderen dauernden Charakter auf[5]. Sie haben eine relative Natur und zugleich eine absolute; Ersteres, in so fern sie sich bloß auf die Familiengenossen beziehen; Letzteres (eine absolute Natur), indem jeder Dritte unsere Stellung in der Familie mit allen ihren Konsequenzen anzuerkennen und sich jedes Eingriffes in den durch die Familie begründeten Zustand zu enthalten hat. Man nennt sie gewöhnlich relative Personenrechte, besser Familienrechte[6].

II. Die Personenrechte inhäriren der betreffenden Person; deßhalb erlöschen sie mit dem Tode der Person; sie sind nicht vererblich, auch nicht an Andere veräußerlich, d. h. können nicht von der Person getrennt und auf einen Andern übertragen werden[7].

III. Die Klage, mit denen man eine personenrechtliche Stellung geltend machen kann, nennt man gewöhnlich Präjudicialklagen, praeiudicia. Allein dieses Wort hat einen viel weiteren Sinn. Gewöhnlich nämlich bezweckt man durch eine Klage, daß unser Gegner zu einer unserem Rechte entsprechenden Leistung an uns verurtheilt werde; die Klagen gehen also auf Kondemnation des Gegners in ein Thun oder Lassen. Es giebt aber auch Klagen, die diesen Zweck

---

5 Es sind Lebensformen, welche großentheils von unserer Willkür unabhängig und durch die Bestimmung der Menschheit überhaupt gegeben sind. Der Einzelne ist nicht bloß Mensch, sondern auch Sohn, Vater, Gatte ꝛc. Die Familie erhält aber ihre Ordnung zunächst durch das Sittengesetz.

6 Ganz ungeeignet und irreführend ist es, wenn Manche die Personenrechte überhaupt auch bezeichnen durch persönliche Rechte (denn persönliches Recht im technischen Sinn bedeutet bloß gewisse Vermögensrechte, s. § 36 Nr. I. 2).

7 Eine Ausnahme machen gewisse Transmissionsfälle. Das Recht, eine deferirte Erbschaft anzutreten, ist an sich ein Personenrecht, das aber ausnahmsweise in gewissen Fällen vererblich ist. Auch können nach deutschem Recht gewisse Personenrechte als Realrechte bestellt werden; diese bilden aber dann Vermögensrechte. — Keine Ausnahme ist die adoptio plena; der dans in adoptionem giebt seine Gewalt auf, der adoptans erwirbt sie durch seinen Adoptionsakt.

nicht haben, sondern bloß dahin gehen, daß der Richter sich vorerst über Existenz oder Nichtexistenz eines rechtlichen Verhältnisses in einem Urtheile in bindender Weise ausspreche. Solche Klagen sind die praeiudicia oder actiones praeiudiciales[8].

Solche praeiudicia können nicht bloß bei personenrechtlichen Verhältnissen vorkommen, sondern auch bei vermögensrechtlichen, wenn nämlich Jemand ein besonderes Interesse nachweisen kann, daß vorerst bloß die Existenz eines bestrittenen Rechts oder sein Umfang durch rechtskräftiges Urtheil festgestellt werde[9].

Besonders aber kommen solche praeiudicia bei personenrechtlichen Verhältnissen vor. Denn bei diesen handelt es sich zunächst um die Existenz eines rechtlichen Zustandes der Person, durch den eine Reihe verschiedener Rechte bedingt ist. Es ist also die Feststellung dieses Zustandes, quaestio status, eine maßgebende Vorfrage, also präjudiciell für jene Rechte und diese Feststellung wird durch eine Präjudicialklage verlangt, z. B. die Entscheidung der Frage, ob die Verbindung zwischen dem A. und der B. eine gültige Ehe sei, ob N. der legitime Sohn des O. sei[10].

Dabei ist aber zu beachten, daß nicht alle Klagen, deren Grundlage ein personenrechtliches Verhältnis ist, (personenrechtliche) Präjudicialklagen sind. Denn aus einem personenrechtlichen Verhältnisse können auch Vermögensrechte entspringen, namentlich For-

---

[8] D. de rebus auctorit. iud. possid. 42, 5 l. 30. Gaius Inst. IV. § 44, III § 123.

[9] Z. B. der verstorbene N. hat mir eine Summe Geldes in einem Kodicill vermacht unter einer lästigen Bedingung. Ich bin bereit sie zu erfüllen, höre aber, daß der Erbe die Gültigkeit des Vermächtnisses in Abrede stellt. Hier könnte ich übel ankommen, wenn ich, um das Legat zu erwerben, die Bedingung erfüllen würde, indem es sich dann später, wenn ich auf Auszahlung klage, ergeben könnte, daß das ganze Legat Nichts gilt und ich die Bedingung vergeblich erfüllt hätte. Will ich daher sicher gehen, so muß ich zunächst gegen den Erben eine Präjudicialklage bloß dahin anstellen, daß der Richter vorerst nur über die Gültigkeit des Legats unter uns ein Urtheil fällen soll. — Oder: N. ist mir aus einem Vertrag eine Summe schuldig, zahlbar in einem Jahr; ich möchte aber gerne diese Forderung an einen Dritten verkaufen, allein N. bestreitet die ganze Forderung und deßhalb kauft sie mir Niemand ab. Hier kann ich nun gegen N. eine praeiudicialis actio anstellen lediglich dahin, der Richter möge sich über die Gültigkeit der Forderung aussprechen. Wird dann vom Gericht nach Verhandlung der Sache die Gültigkeit meiner Forderung rechtskräftig ausgesprochen, so ist zunächst mein Zweck erreicht; ich werde nun einen Käufer meiner Forderung finden und dieser ist sicher, sie bei Verfall geltend machen zu können. — Arndts (Pand. § 97 Anm. 5) citirt Windscheid und Bähr ꝛc., während auf diese Anwendung der Präjudicialklage in Meinem Württemb. Privatrecht (II S. 413 f.) schon 1846 hingewiesen ist.

[10] D. de liberis exhib. 43, 30 l. 3 § 3 a. E.; de Carboniano edicto 37, 10 l. 3 § 6; de agnosc. liberis 25, 3 l. 1 § 16, l. 3 § 2—4.

derungsrechte, bei deren Geltendmachung die Klage dann auf Kondemnation des Gegners geht[11].

Vermögensrechte.

§ 36.

Diese sind in Gegenstand, Natur und Inhalt wesentlich verschieden von den Personenrechten.

Sie sind in der Regel vererblich und durch Veräußerung auf Andere übertragbar und gehen entweder auf eine Herrschaft über eine Sache oder auf eine von einer Person zu erfüllende Leistung. Hiernach zerfallen sie[1] in zwei Klassen: dingliche oder Sachenrechte und persönliche oder Forderungs- (Obligationen-) Rechte.

Diese Verschiedenheit liegt ganz in der Natur der Sache; ohne ihre genaue Auffassung aber ist ein sicherer Schritt in der Lehre von den Vermögensrechten gar nicht möglich[2].

I. Die dinglichen und persönlichen Rechte überhaupt. Der rechtlichen Macht einer Person kann vermöge eines ihr zukommenden Vermögensrechts unterworfen sein:

1) unmittelbar eine Sache, d. h. ein materielles körperliches Ding der Außenwelt (vgl. § 59) in der Art, daß die Person unmittelbar eine rechtliche Herrschaft über die Sache bekommt und zwar entweder die rechtliche Herrschaft überhaupt, das Eigenthum, rei dominium, oder wenigstens eine rechtliche Herrschaft in einzelnen Beziehungen, wie z. B. bei den Servituten, dem Pfandrecht. Solche Rechte sind dingliche oder Sachenrechte, iura in re[3].

---

[11] Also nicht praeiudicium, z. B. N. spricht von O. als dessen Sohn standesmäßige Alimente an, O. leugnet aber die Vaterschaft; N. klagt nun gegen O. zunächst lediglich darauf, der Richter solle aussprechen, daß er legitimer Sohn des O. sei, stellt also ein bloßes Präjudicium an. Wird dies dann durch ein rechtskräftiges Urtheil bejaht, so kann nun N. gegen O. auf Leistung der Alimente klagen; diese Klage aber ist eine vermögensrechtliche, auf Kondemnation des O. gehende Klage (auf Grund des anerkannten personenrechtlichen Verhältnisses), eine Klage aus einer obligatio ex lege.

Über den römischen Sprachgebrauch ist noch zu bemerken, daß actio oder petitio im weiteren Sinn alle Klagen, auch die praeiudicia bedeutet, im engeren und eigentlichen Sinn aber bedeutet actio oder petitio bloß die Klagen, die auf Kondemnation des Gegners gehen; D. de obligat. et act. 44, 7 l. 37 pr.; de procurator. 3, 3 l. 35 § 2.

[1] Abgesehen von den nachher unter Nr. I 3. anzuführenden gemischten Rechten.

[2] Über sie vgl. Meine Erörterungen aus dem römischen Privatrecht Heft I S. 88—126.

[3] Die älteren Civilisten bezeichneten sie auch durch iura in rem, wie auch durch iura realia, Realrechte, ein Ausdruck aber, der hier zu vermeiden ist, weil durch ihn gewöhnlicher und richtiger ein anderes Verhältnis bezeichnet wird, s. § 38 Nr. V.

Dingliches oder Sachenrecht ist somit ein Recht, das der Person eine unmittelbare (mehr oder minder ausgedehnte) rechtliche Herrschaft über ein körperliches Ding, über eine Sache giebt[4]. Die Klage, mit der man ein dingliches Recht geltend macht und verfolgt, heißt in rem actio, vindicatio, auch petitio im engeren Sinne[5].

2) Unmittelbar eine Handlung, die Leistung einer uns verpflichteten Person. Ein solches Recht ist ein persönliches Recht, ein Forderungen-Recht. Das persönliche ist also ein Recht, das lediglich und unmittelbar auf Handlungen einer dem Berechtigten durch gewisse Thatsachen verpflichteten Person geht, seien es positive oder negative Handlungen[6].

3) Noch kennt das deutsche Recht gewisse Rechte, welche eine eigenthümliche gemischte Natur haben.

Sie sind eigentlich an sich Personenrechte, die aber eine vermögensrechtliche Natur dadurch erhalten, daß das Gesetz ihnen eine Ausschließlichkeit und in dieser eine Vererblichkeit und Veräußerlichkeit beilegt, wodurch sie einen Vermögenswerth erhalten.

---

[4] Das dingliche Recht ist ein Band, durch welches eine Sache an den Berechtigten gleichsam geknüpft wird. Deßhalb wird es auch durch unmittelbare Beziehung auf dieses Band bezeichnet: res mea, res mihi servit, res mihi obligata est.

[5] Z. B. rei vindicatio die Eigenthumsklage, servitutis vindicatio die Servitutenklage, pignoris vindicatio Pfandklage. Wir nennen sie dingliche Klage, auch realis actio, Realklage; vgl. Nr. V.

[6] Durch das persönliche Recht wird gleichsam ein Band geschlungen um den Berechtigten, der hier creditor, Gläubiger heißt und den zur Leistung Verpflichteten, der hier debitor, Schuldner heißt. Die Römer nennen dieses Band, das ganze Rechtsverhältnis, aus dem eine solche Verpflichtung entsteht, obligatio (D. de obl. et act. 44, 7 l. 3 pr.; I. de obligat. 3, 14 pr.); sie bezeichnen aber auch so jede einzelne Seite dieses Rechtsverhältnisses, das Verhältnis des Gläubigers, sein Recht aus der obligatio und vorzugsweise das Verhältnis des Schuldners, seine Verbindlichkeit (der Gläubiger debitorem obligat; der Ausdruck se obligare, obligatus geht bloß auf den Schuldner), endlich auch die ein solches Verhältnis begründende juristische Thatsache, z. B. verborum obligatio, die Stipulation:

Wir nennen das Recht aus einer obligatio ein persönliches Recht, Forderungen-Recht, Obligationen-Recht, ein ius personale. Das kanonische Recht nennt es auch ius ad rem, d. h. ein Recht, das auf eine Leistung (ad rem praestandam) geht.

Die Klage, mit der man ein persönliches Recht verfolgt, heißt persönliche Klage, in personam actio, personalis actio, auch actio im engsten Sinne, im Gegensatz zu der vindicatio. D. de O. et A. 44, 7 l. 25 pr., l. 28; de V. S. 50, 16 l. 178 § 2. — In einer Pandektenstelle, l. 25 cit., wird die persönliche Klage auch durch condictio bezeichnet; allein dies ist wohl eine Interpolation (Tribonians); denn im klassischen römischen Recht und auch später bedeutete condictio nicht jede persönliche Klage, sondern nur die, welche stricti iuris waren. (Vgl. § 100 Nr. IV und Meine Erörterungen Heft II S. 45.)

Sie sind absolute Rechte, haben also diesen Charakter mit den dinglichen Rechten gemein; sie unterscheiden sich aber darin von den dinglichen Rechten, daß sie keine Sache, d. h. kein körperliches Ding zum Substrat (keine sachliche Grundlage) haben.

Sie fallen meist in den Bereich der Gewerbe und des Handels. Es gehört hierher namentlich das gegen Nachdruck geschützte Autorrecht oder Verlagsrecht, ferner das durch Erfindungspatente begründete ausschließliche Recht, ferner der vom Gesetz geschützte ausschließliche Gebrauch von gewissen Waarenbezeichnungen[7].

II. Die Natur der dinglichen Rechte. Das Wesen der dinglichen oder Sachenrechte liegt eben darin, daß sie lediglich in einer unmittelbaren rechtlichen Herrschaft über eine Sache (unmittelbaren Unterwerfung der Sache unter unsern Willen) bestehen. Deßhalb werden sie auch bezeichnet durch diese unmittelbare Beziehung des Berechtigten zur Sache, z. B. das Eigenthum durch res mea est, die Servitut durch res mihi servit, das Pfandrecht durch res mihi obligata est, d. h. die Sache ist mir verpfändet. — Die Natur der dinglichen Rechte ergiebt sich rein aus einer Analyse der rechtlichen Herrschaft.

Hieraus ergiebt sich die Natur des dinglichen Rechts dahin:

1) Das dingliche Recht bedarf zu seiner Existenz und Ausübung an sich nur Einer Person, des Berechtigten, und einer Sache, die seiner Herrschaft unterworfen ist. Denn vermöge eines dinglichen Rechts wird an sich Niemand uns zu einer positiven Leistung ver-

---

[7] Z. B. eine Erfindung, die ich gemacht habe, kann ich anwenden und gewerblich ausbeuten. Dies ist mein Personenrecht. Aber Jeder kann sie mir nachmachen und das Nachgemachte für sich ausbeuten. Erhalte ich nun ein Erfindungspatent, d. h. das Recht, die Erfindung während einer gewissen Zeit ausschließlich auszubeuten, so wird dadurch mein Recht ein Vermögensrecht; ich darf es während jener Zeit allein ausbeuten, es bekommt nun einen Vermögenswerth. Niemand darf mir die Erfindung nachmachen und ausbeuten und dieses mein Recht vererbe ich auf meine Erben und kann ich auch an einen Andern veräußern, aber nur unter der Zeitbeschränkung, unter welcher ich das Patent erhielt.

Ferner: meine Gedanken auszusprechen und sie durch den Druck bekannt zu machen, ist ein Personenrecht. Daran darf mich Niemand hindern (absolutes Recht), — aber Jeder kann an sich sie mir nachdrucken und ausbeuten. Schützt mich nun das Gesetz, wie es soll, gegen einen solchen Nachdruck, indem es mir ausschließlich das Recht auf die mechanische Vervielfältigung meiner geistigen Erzeugnisse ertheilt: so bekommt mein Recht auf solche Vervielfältigungen einen vermögensrechtlichen Charakter; ich kann es gegen jeden Dritten, der in dasselbe eingreift, geltend machen und es unter gewissen Beschränkungen auf meine Erben vererben oder an Andere veräußern. — Die Klagen gegen den Verletzer sind persönliche Klagen ex delicto. — Vgl. Mein Württ. Privatrecht II S. 337.

pflichtet[8]. Auch bedarf man an sich zu seiner Ausübung gar nicht der Mitwirkung einer dritten Person[9]. Eine anomale Ausnahme hiervon machen die deutschen Reallasten.

2) Da das dingliche Recht eine unmittelbare rechtliche Herrschaft über eine Sache giebt, so kann der Berechtigte schlechthin vermöge seines dinglichen Rechts und lediglich weil er es an der Sache erworben hat, verlangen, daß Niemand ihn in der Herrschaft störe oder ihm den Gegenstand seiner Herrschaft vorenthalte. Die dinglichen Rechte sind daher in der Regel absolute Rechte[10]. Es entspricht ihnen bloß eine negative Verbindlichkeit Aller, den Berechtigten in seiner rechtlichen Herrschaft nicht zu stören. Darin haben sie eine Ähnlichkeit mit den Personenrechten.

3) Da die Natur einer Klage sich lediglich bestimmt nach der Natur des Rechts, zu dessen Schutz sie dient, so muß auch die dingliche Klage, mit der man ein dingliches Recht gegen Störer geltend machen kann, in der Regel den angeführten (Nr. 2) absoluten Charakter haben. Sie ist in der Regel gegen jeden Dritten zulässig, der in unser dingliches Recht eingreift[11].

III. Die Natur des persönlichen Rechts. In allem unter Nr. II Angeführten ist das persönliche oder Forderungen-Recht völlig anderer Natur[12]; denn

1) das persönliche Recht bedarf zu seiner Existenz und Ausübung wesentlich noch einer andern Person außer dem Berechtigten, weil vermöge des persönlichen Rechts ein Verpflichteter uns Etwas

---

[8] Wir haben vermöge des dinglichen Rechts nicht von Jemandem eine positive Leistung anzusprechen, sondern verlangen nur, daß Niemand uns in der Ausübung unserer Herrschaft störe.

[9] Nur zur Erwerbung eines dinglichen Rechts kann nach Umständen die Mitwirkung einer dritten Person nöthig sein, z. B. traditio, aber nicht zur Ausübung. — Der Eigenthümer hat und benutzt seine Sache, die Servitut üben wir aus, ohne daß wir eine Leistung von einer Person in Anspruch nehmen können.

[10] Das heißt: man kann sie gegen jeden Dritten, der uns unsere Herrschaft verkümmern will oder den Gegenstand unseres Rechts in Händen hat und uns vorenthält, geltend machen.

[11] Und zwar bloß auf Grund unseres dinglichen Rechts, nur und allein weil uns eine Herrschaft an der Sache zusteht. — Bei dinglichen Rechten ist der Gegner in der Regel noch ganz unbestimmt — eben der Störer — und jeder Dritte kann dies werden, weil das Recht ein absolutes ist.

[12] Und zwar als konsequente Folge aus dem Begriff der Obligation.

leisten soll. Ein solches Recht läßt sich daher gar nicht denken ohne wenigstens zwei Personen, einen Gläubiger und einen Schuldner[13].

2) Das persönliche Recht giebt bloß einen Anspruch gegen diejenigen Personen, die uns durch eine besondere Thatsache verpflichtet sind und in der Regel auch gegen ihre Erben. Es ist also in der Regel (vgl. Nr. V, b) ein beschränktes, bloß relatives Recht und kann daher nur (s. Nr. 3) von dem konkreten, durch die obligatorische Thatsache uns Verpflichteten verletzt und in der Regel nur gegen diesen geltend gemacht werden.

3) Hieraus folgt, daß auch die Klage, mit der man ein persönliches Recht verfolgt, die actio in personam, beschränkter Natur ist. Denn da eine Obligation nur Der verletzen kann, der in ihr steht und gerade durch sie gebunden ist[14]: so kann die persönliche Klage, die Klage aus der Obligation auch nur gegen die Person gehen, die durch die obligatorische Thatsache uns verpflichtet wurde und deren Erben.

4) Eine Obligation kann mittelbar auch eine Sache zum Gegenstand haben, d. h. dahin gehen, daß der Schuldner uns eine Sache leisten, z. B. daran das Eigenthum übertragen oder uns den Genuß derselben gewähren soll. Allein in solchen Fällen hat man durch die Obligation noch nicht eine unmittelbare Herrschaft über die Sache; die Sache ist hier gar nicht unmittelbarer Gegenstand unseres persönlichen Rechts, sondern dieses geht hier nur auf eine Thätigkeit des Schuldners, durch welche wir erst die Sache (ins Eigenthum, zum Gebrauch 2c.) bekommen sollen. Wir können daher auch in einem solchen Falle das persönliche Recht nicht (gegen die Sache selbst, also auch nicht) gegen jeden Dritten, sondern bloß gegen die verpflichtete Person, die mit uns in der Obligation steht und deren Erben geltend machen. Hieraus folgt: wenn die Sache, die wir vermöge einer Obligation von Jemandem anzusprechen haben, in die Hände eines Dritten kommt, auf den sich diese Obligation nicht erstreckt[15], so können wir gegen diesen Dritten unser persönliches Recht, das wir bloß gegen unsern Schuldner haben, in keiner Weise geltend machen.

---

[13] Gerade die Verpflichtung eines Schuldners bildet Zweck und Wesen der persönlichen oder Forderungsrechte.

[14] So z. B. ist es kein dolus, wenn Jemand erwirbt, während er weiß, daß der auctor durch eine Obligation gegen einen Dritten gebunden ist. Vgl. Mein Handbuch des württemb. Privatrechts II S. 305 f. u. 394. 595.

[15] Oder der uns nicht gleichfalls wegen der Sache durch eine besondere Thatsache [illegible]htet ist, der also in dieser Hinsicht nicht unser Schuldner ist. — Der große praktische [illegible]ied äußert sich z. B. auch bei der resolutio ex nunc und ex tunc.

Beispiel. Wenn A. sein Pferd an mich verkauft, also einen Vertrag mit mir schließt, durch den er sich verpflichtet, mir das Pferd um einen bestimmten Preis zu leisten, und dabei verabredet wird, daß ich das Geld sofort zahlen, das Pferd aber in den nächsten Tagen von ihm abholen und in Empfang nehmen soll: so habe ich durch diesen Kaufvertrag noch kein dingliches Recht an dem Pferd erworben, sondern bloß ein persönliches Recht, eine Forderung gegen ihn, den Verkäufer, dahin, daß er mir das Pferd tradire; erst durch diese Tradition würde sein dingliches Recht am Pferd, sein Eigenthum auf mich übergehen. Diese Forderung auf traditio kann ich, als bloß persönliches Recht, nur gegen ihn und gegen seine Erben mit der persönlichen Klage aus dem Kauf geltend machen. Würde er aber den Vertrag brechen und das Pferd, ehe ich es abhole, an den N. verkaufen oder schenken und es diesem sofort tradiren: so kann ich es von N. nicht herausfordern, habe gegen diesen keine Klage; denn ein dingliches Recht am Pferd (Eigenthum) hatte ich noch gar nicht erworben, weil es mir noch nicht tradirt worden war; ich habe also nicht eine dingliche Klage, die gegen Dritte gehen würde; ich habe aber auch nicht eine persönliche Klage gegen N., da dieser sich mir wegen des Pferdes gar nicht obligirt hat (s. Nr. 3). Ich kann mich daher nur an den A. halten, der mir durch den Kauf obligirt ist, und gegen ihn aus dem mit ihm geschlossenen Vertrag auf Entschädigung klagen, weil er mir durch seine Wortbrüchigkeit die Erlangung des Pferdes unmöglich machte (Cod. 3, 32 de rei vind. c. 15; 4, 39 de her. vend. c. 6). — Ganz anders würde es sich verhalten, wenn A. sofort nach Empfang des Geldes mir das Pferd übergeben hätte, es dann später auf irgend eine Weise in seine Hände kommt und er es nun erst an N. verkauft oder verschenkt und ihm übergiebt. Hier kann ich es dem N. mit der rei vindicatio abfordern; denn durch die von A. an mich erfolgte traditio des Pferdes war das Eigenthum, welches A. am Pferd hatte, auf mich übergegangen; ich habe dadurch ein dingliches Recht an der Sache selbst erworben, das ich gegen jeden Dritten, also auch gegen N. geltend machen kann, und N. kann sich nicht darauf berufen, daß er von A. das Pferd tradirt erhalten habe, weil A. zur Zeit, als er es dem N. tradirte, gar nicht mehr Eigenthümer des Pferdes war. — Das Gleiche gilt natürlich auch bei Obligationen, welche auf Gebrauchsverstattung einer Sache gehen; sie geben bloß ein persönliches Recht gegen Den, der sich zur Gebrauchsverstattung verpflichtete und seine Erben. Wenn ich z. B. mit dem Eigenthümer eines Hauses heute einen Miethvertrag auf 6 Jahre schließe, so erwerbe ich dadurch kein Recht am Hause selbst, sondern bloß ein persönliches Recht an den Vermiether dahin, daß er mir die Bewohnung des Hauses von jetzt an 6 Jahre gegen Zahlung des Miethpreises verstatte, und in diese Verbindlichkeit treten auch seine Erben ein. Wenn er nun das Haus vor Ablauf jener Zeit an den N. veräußert, z. B. verkauft oder verschenkt und diesem tradirt: so daß dadurch das Eigenthum des Hauses auf N. übergeht, so kann N. mich aus dem Hause austreiben; denn als Eigenthümer hat er nun die rechtliche Herrschaft unmittelbar über das Haus und vermöge derselben kann er von jedem Dritten, also auch von mir verlangen, ihm zu weichen und ihn in seiner Herrschaft nicht zu stören. Darauf aber, daß ich das Haus noch auf längere Zeit gemiethet habe, kann ich mich gegen N. nicht berufen (außer, er wäre Erbe des Eigenthümers geworden), da er mit mir keinen Miethvertrag geschlossen hat, also mir nicht obligirt ist. Es bleibt mir daher in solchem Falle Nichts übrig, als gegen meinen Vermiether, weil er durch seine unzeitige Veräußerung mich in diese Lage brachte, aus dem Miethvertrag auf Entschädigung zu klagen (Cod. locati 4, 65 cst. 9; D. 19, 2 locati l. 32 — bei welcher letzteren Stelle nur zu beachten ist, daß ein Legatar an der res legata des Erblassers das Eigenthum — also ein dingliches Recht — sofort erwirbt, sobald der Erbe die Erbschaft angetreten hat, daß aber Obligationen des Erblassers — also auch aus Miethe — nicht auf Legatare, sondern bloß auf seinen Erben übergehen). Diese Konsequenz, daß der Erwerber des Eigenthums der Sache im angegebenen Falle der Käufer den Miether austreiben darf, drückt man gewöhnlich (auch im gemeinen Leben) aus durch: „Kauf bricht Miethe".

Allein sehr schief; der Satz ist in seiner Fassung nicht richtig; er deutet nur eine Anwendung des allgemeinen Grundsatzes der ausgedehnten Wirksamkeit des dinglichen Rechts und der beschränkten des persönlichen Rechts auf den Fall der Miethe an. Auch ist seine Fassung nicht richtig; denn dadurch, daß der Vermiether die Sache verkauft, wird sein Miethvertrag, den er mit mir schloß, keineswegs aufgehoben; er bleibt mir aus dem Miethvertrag obligirt und gerade deßhalb kann ich ihn aus dem Miethvertrag auf Entschädigung belangen (also bricht nicht der Kauf die Miethe). Auch kann der Käufer nicht als solcher (als persönlich Berechtigter) den Miether austreiben; er kann es nur, wenn er durch traditio Eigenthümer der Sache geworden ist, und dann kann er es nur vermöge seines dinglichen Rechtes, des Eigenthums, weil er nun die rechtliche Herrschaft über die Sache hat und gegen ihn der Miether sich nicht auf den Miethvertrag berufen kann (er ist dem Miether nicht obligirt), da er an demselben nicht Theil genommen hat.

IV. Manche identifiziren dingliche Rechte und absolute Rechte, nennen deßhalb jedes absolute Recht, also auch die Personenrechte, dingliche Rechte. Allein dies ist sehr zu mißbilligen. Es werden dadurch völlig verschiedene Rechte amalgamirt, die nur eine gewisse Eigenschaft (die absolute Natur) in der Regel mit einander gemein haben, aber sonst ganz verschieden sind (Meine Erörterungen Heft I S. 92 f.). Andere behaupten wenigstens, daß die Römer unter dem Ausdruck in rem actio nicht bloß die Klage aus einem dinglichen Rechte verstanden haben, sondern jede absolut wirkende Klage, also auch die ein Statusrecht betreffenden personenrechtlichen praeiudicia. So namentlich auch Arndts (Pandekten § 97 bei Note d und Anm. 4) und Savigny (Syst. V S. 11 f., 88 f.). Allein auch dies ist nicht richtig. Die praeiudicia werden von den Römern den in rem und in personam actiones als Drittes entgegengesetzt (D. de O. et A. 44, 7 l. 37 pr. Vgl. Meine Erörterungen l. c. S. 97 f., S. 104). Nur ist dabei Folgendes zu beachten. Der Ausdruck in rem und in personam hatte bei den Römern auch noch eine andere vulgäre Bedeutung als die, welche er in der Verbindung mit actio hat. In diesem vulgären Sinn nämlich bezeichnet in rem Alles, was nicht auf gewisse Personen beschränkt ist, und in personam, was auf gewisse Personen beschränkt ist, z. B. praetor in rem loquitur heißt: seine Anordnung lautet ganz allgemein, ohne Beschränkung auf bestimmte Personen; ferner pactum in rem bedeutet einen Nachlaßvertrag, der absolut gefaßt ist, durch den also die Schuld dem Schuldner nachgelassen wird, nicht bloß für seine Person, sondern überhaupt Jedem, der an der Obligation betheiligt ist oder wird, so daß auch seine Erben und seine Bürgen frei werden; pactum in personam dagegen, wenn ich die Schuld dem Schuldner bloß für seine Person nachlasse. D. 2, 14 de pactis l. 7 § 8, l. 57 § 1; 44, 4 de doli exc. l. 2 § 1, l. 4 § 33; 4, 2 quod met. caus. l. 9 § 1 § 8.

Allein in der Verbindung mit actio haben diese Worte eine andere technische Bedeutung; in personam bedeutet hier, was bloß gegen eine obligirte Person (auf eine Leistung derselben) geht; also actio in personam, die Klage aus einer Obligation, in rem dagegen, was auf eine unmittelbare Herrschaft über eine Sache sich bezieht, also in rem actio (quae de rebus oder rerum gratia movetur), durch die man ein dingliches oder Sachenrecht geltend macht (I. 4, 6 de act. § 1, 2. D. 44, 2 de O. et A. 1. 25 pr. Gaius Inst. IV § 3. Vgl. Meine Erörterungen Heft I S. 97 f. Vangerow Pandekten § 113 Nr. 1).

Zwar ist das dingliche Recht in der Regel auch ein absolutes Recht, geht also auch in rem im vulgären Sinne; (man kann es lediglich und schlecht- [illegible] man an der Sache ein Recht hat, in der Regel gegen Jeden verfolgen) [illegible] stimmt es allerdings mit den Statusrechten überein und bloß dies [illegible] Justinian in I. l. c. § 13 (in rem esse videntur) andeuten.

keineswegs aber gehören die praeiudiciates actiones zu den eigentlichen in rem actiones (cf. I. l. c. § 1, 2).

Auch ist zu beachten, daß diese Eigenschaft (absoluter Rechte) dem dinglichen Rechte nicht stets zukommt. Denn

V. die dinglichen Rechte und Klagen wirken nur in der Regel, nicht stets, absolut gegen jeden Dritten, der uns in unserem dinglichen Rechte stört, und die persönlichen Rechte sind nicht stets, sondern nur in der Regel bloß relativ. Denn

a. die absolute Verfolgbarkeit des dinglichen Rechts ist nur eine regelmäßige Folge davon, daß es in einer unmittelbaren rechtlichen Herrschaft über eine Sache besteht (s. Nr. II). Allein die Gesetze können von dieser Regel Ausnahmen machen, ohne daß dadurch das Recht aufhört, eine unmittelbare Herrschaft über die Sache zu geben, also ein dingliches Recht zu sein. Wirklich giebt es auch solche Ausnahmsfälle, in denen man ein dingliches Recht nicht gegen jeden Dritten geltend machen kann; z. B. wenn dieselbe Sache Mehreren verpfändet ist, so kann der jüngere Pfandgläubiger sein dingliches Pfandrecht in der Regel nicht gegen den älteren geltend machen. Noch mehrere solcher Ausnahmen kennt das deutsche Recht (v. Gerber Deutsches Privatrecht § 102; Stobbe Handbuch des deutschen Privatrechts I Bd. § 66 Nr. III; z. B. Vindikation von Inhaberpapieren; „Hand muß Hand wahren").

b. Auch der beschränkte Charakter der persönlichen Rechte und Klagen (Nr. III) ist nur eine regelmäßige Folge der Natur der Obligation. Es giebt aber auch hier einige Ausnahmen, in denen unser positives Recht eine zwischen zwei bestimmten Personen begründete Obligation gleichsam auch auf jeden Dritten ausdehnt, in dessen Hände der Gegenstand der Obligation kommt (so daß also eine solche Obligation gegen jeden Dritten, der die Sache hat, geltend gemacht werden kann). Ein Hauptfall dieser Art ist folgender. Wenn Jemand mich durch gefährliche Drohungen bewegt, an ihn meine Sache zu veräußern und sie ihm zu tradiren, so ist die Veräußerung an sich ganz gültig und mein Eigenthum (wenn ich Eigenthümer der Sache war) geht durch die erpreßte Tradition auf ihn über. Allein er ist wegen des Zwanges mir obligirt, die Sache wieder zurückzuerstatten. Diese Obligation nun aus dem Zwange auf Rückgabe der Sache erstreckt das gemeine Recht auf jeden Dritten, in dessen Hände die Sache kommt, so daß ich von jedem dritten Inhaber die Sache mit einer persönlichen Klage, mit der actio quod metus causa herausfordern kann und zwar bloß deßhalb, weil mir die Veräußerung der Sache erpreßt worden war; ich habe somit, um mit der Klage durchzudringen, gar nicht ein dingliches Recht an der Sache selbst (Eigenthum) nachzuweisen, sondern bloß den erlittenen Zwang (daß mir die Veräußerung durch gefährliche Drohungen erpreßt worden sei). Deßhalb sagen die römischen Juristen, die actio quod metus causa sei zwar bloß eine personalis actio (oder in personam actio, d. h. eine Klage aus einer Obligation), aber sie sei in rem scripta oder concepta (sie sagen nie, sie sei eine in rem actio im technischen Sinn), wobei das in rem in vulgärem Sinne genommen ist, d. h. sie habe eine absolute Fassung (in den alten römischen Klagformeln) und gehe gegen jeden Dritten, in dessen Hände die Sache kommt (Dig. 4, 2 quod metus causa l. 9 § 8 vgl. mit l. 14 § 3). Hiernach nennen wir persönliche Klagen, die ausnahmsweise einen solchen absoluten Charakter haben, actiones personales in rem scriptae. (Es ist dies nicht eigentlich technischer Ausdruck des römischen Rechts. Vgl. Meine Erörterungen Heft I S. 95 f.)

VI. Die römischen Quellen bezeichnen die Dinglichkeit eines Rechts, die Eigenschaft eines Rechts, ein dingliches zu sein (nicht = Eigenthum) durch dominium oder auch durch ius im Gegensatz zur obligatio (z. B. D. 39, 2 de damn. infect. l. 13 § 1, 19 pr., bei welcher letzteren Stelle nur zu beachten ist, daß in ihr creditor den Pfandgläubiger bedeutet, dessen Recht an

der Sache ein dingliches ist), oder ius in re habere, d. h. eine unmittelbare rechtliche Herrschaft über eine Sache haben (Cod. 7, 39 de praescr. trig. ann. cst. 8 § 1. Vgl. Meine Erörterungen Heft I S. 89 f.). Gewöhnlich aber gebrauchen sie den Ausdruck ius in re habere in einem engeren Sinne, im Gegensatz zum Eigenthum, für dingliche Rechte, die man an fremden Sachen hat.

Vermöge eines dinglichen Rechts nämlich kann eine Sache entweder

1) unserer rechtlichen Herrschaft überhaupt (also in der Regel nach allen Beziehungen) unterworfen sein, so daß die Sache uns gehört; dieses dingliche Recht ist das Eigenthum, also die (nicht bloß: eine gewisse) rechtliche Herrschaft über die Sache (proprietas, corporis s. rei dominium, z. B. D. 39, 2 de damn. inf. l. 13, § 1). Es ergreift die Sache in der Regel nach allen möglichen Herrschaftsbeziehungen und deßhalb bezeichnet man es gewöhnlich durch die Sache selbst, durch meine Sache, res mea, d. h. also die Sache, die ich im Eigenthum habe. Das Eigenthum koincidirt gleichsam mit der Sache selbst. Es ist aber

2) auch möglich, daß man eine unmittelbare Herrschaft über die Sache nur in einzelnen Beziehungen hat, also nur gewisse Herrschaftsrechte an der Sache uns zukommen, die Herrschaft im Ganzen aber, also das Eigenthum, einem Andern zusteht, die Sache eine fremde, uns nicht gehörige ist. In einem solchen Falle wird durch unser dingliches Recht an der fremden Sache ihr Eigenthümer in seiner Herrschaft beschränkt, weil auch uns eine unmittelbare Herrschaft über die Sache, aber freilich nur in gewisser Richtung zukommt. Solche Rechte, welche als dingliche Last auf der fremden Sache ruhen und (weil dinglich) gegen jeden Dritten (auch den Eigenthümer) geltend gemacht werden können, bezeichnen die Römer durch ius in re im engern und gewöhnlichen Sinne (dominium vel aliquod ius in ea re habere) und wir nennen sie gewöhnlich eben so oder auch ius in re aliena, d. h. dingliche Rechte an einer fremden Sache (vgl. Meine Erörterungen Heft I S. 90 ff.). Die Frage, welche Rechte unser positives Recht als iura in re anerkennt, gehört in das Sachenrecht.

VII. Bei den dinglichen und persönlichen Klagen kommt noch der Ausdruck actiones mixtae in den Quellen vor. Derselbe bezieht sich aber nicht, wie Manche (auch Arndts Pandekten § 97 Anm. 7) meinen, auf die bloße Fassung der altrömischen Klagformeln, sondern auf folgende praktische Momente:

1) Es können mit einer dinglichen Klage zugleich gewisse forderungsrechtliche Leistungen verfolgt werden. Dieses ist eigentlich bei jeder dinglichen Klage möglich. Denn jede dingliche Klage bekommt, wenn es zu ihrer Anstellung kommt, auch einen obligatorischen Charakter, weil sie gegen Den angestellt wird, welcher unbefugt in unser dingliches Recht eingreift und uns darin stört, durch diesen Eingriff aber er uns obligirt wird, von der Störung abzulassen und unserem Recht sich zu fügen. Durch die dingliche Klage verlangen wir daher vom Störer nicht bloß Anerkennung unseres dinglichen Rechts, indem wir dieses geltend machen, sondern in der Regel auch noch eine (positive oder negative) Leistung, d. h. Ablassung von der Störung, Herausgabe des Gegenstandes unseres dinglichen Rechts und nach Umständen auch Ersatz wegen Beschädigung desselben; z. B. der Eigenthümer einer Sache hat eine dingliche Klage (rei vindicatio) gegen jeden Dritten, in dessen Hände die Sache kommt, und der sie ihm nicht herausgiebt. Wenn nun meine Sache in die Hände eines Dritten kommt, der die Herausgabe verweigert und ich belange ihn deßhalb mit der rei vindicatio, so verlange ich von ihm lediglich auf Grund meines dinglichen Rechts Doppeltes: a. Anerkennung meiner rechtlichen Herrschaft über die Sache, meines Eigenthums, und b. demgemäß Herausgabe der Sache; ich verlange also vom Beklagten eine Leistung (Lit. b); auch kann ich dabei nach Umständen wegen Nebendingen Ersatz verlangen, z. B. wenn er während des Processes die Sache verdorben hat, oder Früchte aus der Sache gezogen oder verzehrt hat. So

verlangt man daher mit der dinglichen Klage vom Beklagten zugleich als Konsequenz der Verletzung des dinglichen Rechts auch persönliche Leistungen und in so fern ist die dingliche Klage gemischter Natur.

In sehr ausgedehnter Weise nun kommt dies bei der hereditatis petitio vor und daraus erklärt es sich wohl, daß diese Klage in Cod. 3, 31 de heredit. petit. cst. 7 vorzugsweise in dieser Hinsicht eine mixta actio genannt wird (vgl. auch D. 5, 3 de heredit. petit. l. 25 § 18).

2) Es giebt persönliche Klagen, welche ein dingliches Recht zur Voraussetzung haben und bei denen nach Umständen zugleich über dieses dingliche Recht mit entschieden werden kann. Dies ist bei den Theilungsklagen der Fall (der actio comm. div. und fam. herc. und auch bei der actio fin. reg.). Sie sind an sich bloß persönliche Klagen, d. h. man verfolgt durch sie gegen den Genossen die durch die Gemeinschaft begründete Obligation, persönliche Pflicht zur Theilung (oder Grenzberichtigung); aber sie setzen zu ihrer Begründung voraus, daß uns ein Theil der Sache gehört, also an diesem Theil ein dingliches Recht zusteht, weil nur ein so Berechtigter Theilung verlangen kann — und darüber kann, wenn der Besitzer gegen den Miteigenthümer auf Theilung klagt, dieser aber das Miteigenthum des Besitzers bestreitet, zugleich incidenter bei der persönlichen Klage mit entschieden werden (D. 10, 2 fam. herc. l. 1 § 1). Wenn ich z. B. ein Landgut mit meinem Bruder im Miteigenthum pro indiviso habe (Jeder zu $1/2$), so stehe ich mit ihm in einer Obligation. Diese obligirt mich namentlich zur Realtheilung, wenn mein Miteigenthümer sie verlangt, ferner bei Benutzung der Sache die gehörige diligentia zu prästiren, die Früchte mit ihm zu theilen u. dgl. Diese Obligation macht ein Miteigenthümer gegen den andern mit der persönlichen actio communi dividundo geltend. Aber natürlich kann er, wenn ihm sein Miteigenthum bestritten wird, von dieser Klage keinen Gebrauch machen, ehe er sich legitimirt als Miteigenthümer, d. h. nachweist, daß ihm das Eigenthum an einer Quote zukommt. Aus diesem Grunde werden die Theilungsklagen (ebenso das interd. de glande leg. und in manchen Fällen die actio ad exhibendum) mixtae actiones (I. 4, 6 de act. § 20) genannt.

VIII. Noch ist zu beachten, daß Manche unter Sachenrechten nicht bloß die dinglichen Rechte verstehen, sondern jedes Vermögensrecht überhaupt, also auch die Forderungen-Rechte, indem sie unter Sache unpassender Weise auch die unkörperlichen Dinge, also auch Handlungen und Leistungen begreifen. Diese unterscheiden deßhalb unmittelbare Sachenrechte, worunter sie die dinglichen Rechte verstehen und mittelbare Sachenrechte, worunter sie die Forderungenrechte begreifen. Allein dieser Sprachgebrauch ist nicht zu billigen und kann leicht zur Verwirrung führen. Überhaupt herrscht hier in der Terminologie bei Manchen (Civilisten und Germanisten, vgl. Meine Erörterungen Heft I S. 106 ff.) noch große Konfusion.

Inhalt und System des Privatrechts.

§ 37.

Aus den beiden vorangehenden Paragraphen ergiebt sich der Umfang und Inhalt des gesammten Privatrechts im objektiven Sinne, d. h. der Rechtsnormen über Privatrecht und somit auch der des Pandektenrechts, indem diese nach den möglichen Privatrechten im subjektiven Sinn und den dadurch gegebenen Privatrechtsverhältnissen sich bestimmen. Es zerfällt in folgende Theile.

1. Personenrecht im objektiven Sinne, d. h. die Rechtsnormen

a) über die Person überhaupt und ihre Stellung im Rechte; das sog. absolute Personenrecht oder Personenrecht im engern Sinne;

b) über die Stellung der Person in der Familie, das Familienrecht oder das sog. relative Personenrecht[1].

2. Vermögensrecht und zwar

a) Das Sachenrecht im objektiven Sinne, d. h. die Rechtsnormen über die dinglichen oder Sachenrechte.

b) Das Forderungen- oder Obligationenrecht im objektiven Sinne, d. h. die Grundsätze über die persönlichen oder Forderungen-Rechte. Endlich hat

3. das objektive Recht noch zu bestimmen das Schicksal eines Vermögens, wenn sein Träger stirbt. Seine Personenrechte gehen mit seinem Tode unter; seine Vermögensrechte und Verbindlichkeiten dagegen bleiben in der Regel bestehen und gehen nun auf Andere über. Die Rechtsgrundsätze hierüber bilden das Erbrecht im objektiven Sinne.

Diese Rechtstheile (Nr. 2, 1[b] und 3, Sachenrecht, Forderungen-Recht, Familienrecht und Erbrecht) bilden den besonderen Theil des Pandektenrechts; denn der allgemeine Theil hat nur die Principien zu entwickeln, die jenen Rechtstheilen gemeinsam sind.

Verschiedene mögliche Eigenschaften der Privatrechte.

§ 38.

Die ausgeführte Klassifikation umfaßt und erschöpft alle Privatrechte. Jedes Privatrecht ist entweder Personen- oder Sachen- oder Forderungen-Recht[1].

Zwar führt man gewöhnlich noch viele andere Gattungen und

---

[1] Da die Persönlichkeit die Grundlage und Bedingung aller Rechte bildet, so wird gewöhnlich in den Pandektensystemen das absolute Personenrecht mit Recht schon im allgemeinen Theile entwickelt, das Familienrecht dagegen am passendsten erst nach den Vermögensrechten, weil in ihm auch der Einfluß der Familienverhältnisse auf das Vermögen der Familienglieder darzustellen ist, dieser aber gar nicht verstanden werden kann, wenn man nicht das Sachenrecht und Obligationenrecht genau kennt.

[1] Oder eines der im vorhergehenden § unter Nr. 3 angeführten Rechte.

Eintheilungen der Privatrechte auf. Allein dies beruht auf einer Verwechselung. Denn was man so anführt, sind bloß gewisse Eigenschaften, welche den genannten drei Gattungen der Privatrechte zukommen können, aber nicht besondere Gattungen von Rechten für sich, die den drei Gattungen der Privatrechte gegenüber und außerhalb derselben ständen. Solche mögliche (privatrechtlich wichtige) Eigenschaften der genannten Rechte sind namentlich:

I. Ein Privatrecht kann eine absolute oder eine bloß relativ beschränkt wirkende Natur haben (§ 35 Nr. I. § 36 Nr. V.).

II. Es kann theilbar oder untheilbar sein (§ 64 a. E.).

III. In der Regel sind die Privatrechte klagbar (§ 33); es giebt aber auch unklagbare Rechte (§ 103).

IV. Ein Recht kann vererblich und veräußerlich sein oder nicht. Letzteres, wenn das Recht dergestalt an die berechtigte Person gebunden ist, daß sie es nicht auf Andere übertragen, auch nicht vererben kann, so daß es jedenfalls mit ihrem Tod erlischt. Wir nennen Rechte dieser Art iura personalissima, höchst-persönliche Rechte (nicht zu verwechseln mit den persönlichen oder Forderungen-Rechten). Höchst-persönlich (in diesem Sinne) sind die Personenrechte (§ 35. Nr. II.). Dagegen sind die Vermögensrechte in der Regel veräußerlich und vererblich; doch giebt es hiervon Ausnahmen; denn einige Forderungen-Rechte sind höchst-persönlich und von den dinglichen Rechten sind die Personalservituten, z. B. der Nießbrauch, höchst-persönliche Rechte.

V. Es giebt Rechte, bei denen der Berechtigte (nicht konkret, sondern nur im Allgemeinen und) nur indirekt dadurch bestimmt wird, daß das Recht Demjenigen zustehen soll, der zu einem gewissen dritten Gegenstande in ein gewisses Verhältnis kommt, so daß also das Haben des Rechts vom Eintreten in dieses Verhältnis abhängt. Hierher gehören namentlich zwei Verhältnisse, von denen das erste dem römischen Recht unbekannt war und erst modern-europäischen Ursprungs ist. Nach deutschem Recht kann nämlich ein Forderungsrecht in der Art an ein Schulddokument geknüpft werden, daß die Forderung in der Regel eben von Dem geltend gemacht werden kann, welcher das Dokument in Händen hat. Es sind dies die sog. Papiere auf den Inhaber[2].

[2] Das Nähere über sie gehört ins Germanikum. Vgl. v. Gerber D. Privatr. § 161.

Einen anderen Fall kennt auch schon das römische Recht. Es können nämlich gewisse Rechte an ein konkretes Grundstück dergestalt geknüpft werden, daß sie eben Dem zukommen, welchem das Eigenthum am Grundstück zusteht. Wir nennen solche Rechte Realrechte im eigentlichen Sinn (iura realia). Als solche Realrechte können namentlich bestellt werden gewisse dingliche Rechte, nämlich die Realservituten; ferner Personenrechte, die dann durch eine solche Anknüpfung an eine Sache einen vermögensrechtlichen Charakter bekommen, z. B. wenn an ein Haus das Recht geknüpft wird, darin eine Wirthschaft, Apotheke ꝛc., zu betreiben[3].

Viele fassen das Verhältnis bei diesen Realrechten dahin auf: das Subjekt eines solchen Rechts, der Berechtigte, dem es zukommt, sei das Grundstück, an welches das Recht gebunden sei; dieses bilde hier eine juristische Person und der jeweilige Eigenthümer des Grundstücks habe das Recht nur auszuüben als Vertreter dieser juristischen Person des Grundstücks. Allein dies ist eine total schiefe Auffassung. Eine Sache, also auch ein Grundstück ist etwas absolut Unpersönliches, kann daher nicht in Rechtsverhältnissen als berechtigtes Subjekt stehen. Das Realrecht kann daher nicht dem Grundstück gehören, an das es geknüpft ist, sondern gehört dem jeweiligen Herrn des Grundstücks, dem Eigenthümer desselben. Dies erkennen auch unsere Quellen schon dadurch an, daß nach ihnen der Eigenthümer des Grundstücks durch Verzicht das Realrecht willkürlich aufheben kann; ferner daß eine Realservitut erlischt, wenn der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks auch das Eigenthum des dienenden erwirbt, weil er nicht gegen sich selbst ein Recht haben kann. Allerdings drücken sich unsere Rechtsquellen und auch wir uns so aus, als ob das Realrecht dem Grundstück zustände und dieser Ausdruck gab Veranlassung zu dem Irrthum, wir sagen z. B. eine Realservitut komme unserem Grundstücke zu, nennen ein solches Grundstück das herrschende und ebenso sagen die römischen Quellen: servitus fundo competit (ius fundo debetur, rei competit) und nennen die Realservituten iura praediorum. Allein dies sind bloß bildliche Ausdrücke, um zu bezeichnen, daß ein solches Recht gleichsam (juristische) Eigenschaft der herrschenden Sache, eine qualitas rei bildet, die mit der Sache wie ihre anderen Eigenschaften Dem gehören, der das Eigenthum an der Sache erwirbt (D. de V. S. 50, 60 l. 86).

Die Natur und praktische Bedeutung solcher Rechte geht im Wesentlichen dahin: a) das Recht gehört als Eigenschaft der Sache stets wie die Sache selbst dem jeweiligen Eigenthümer der Sache. Es geht daher b) wenn das Eigenthum der Sache wechselt, mit der Sache auf den neuen Eigenthümer über. c) Der Eigenthümer der Sache kann es zwar aufheben, weil es ihm gehört; er kann es aber nicht von der Sache weg auf eine andere übertragen. d) Geht die Sache unter, an die es geknüpft ist, so erlischt auch das Realrecht.

[3] Nach deutschem Recht giebt es auch Realrechte publicistischen Charakters, z. B. Patrimonialgerichtsbarkeit, Standschaftsrechte.

VI. In der Regel ist ein Recht selbständig, d. h. es besteht für sich und unabhängig von einem andern Rechte; es giebt aber auch Rechte, die bloß Nebenrechte, eine accessio eines andern Rechts, ein sog. ius accessorium sind, welche keine Existenz für sich haben, sondern bloß in Beziehung auf ein anderes Recht bestehen und von diesem abhängen. Dieses Letztere heißt dann das Hauptrecht. Das Nebenrecht kann ein dingliches Recht sein oder ein persönliches. Wenn mir z. B. Jemand aus einem Darlehn Geld schuldet und mir noch für seine Schuld einen Bürgen stellt oder sie mir jährlich mit 5% zu verzinsen verspricht, so ist mein Recht aus dem Darlehn auf Rückzahlung desselben das Hauptrecht, dagegen mein Recht gegen den Bürgen und mein Recht auf Zinsen ist ein bloßes Nebenrecht der Darlehnsforderung und zwar ein persönliches Recht, eine Nebenobligation. Bestellte er mir zur Sicherheit meiner Forderung ein Pfandrecht an einer seiner Sachen, so ist dieses Pfandrecht ein dingliches Nebenrecht meiner Forderung. Solche Nebenrechte sind an das Hauptrecht in der Art geknüpft, daß sie auf Jeden übergehen, der das Hauptrecht erwirbt[4], und daß sie zusammenfallen, wenn das Hauptrecht erlischt[5].

VII. Die meisten Civilisten führen als eine besondere Gattung von Rechten (im Gegensatz zu den Personen-, Sachen- und Obligationen-Rechten) noch die Rechte aus Privilegien an. Allein auch dies ist falsch. Die durch Privilegien begründeten Rechte sind nichts Anderes, als bald Personenrechte, bald beziehen sie sich auf dingliche Rechte, bald auf Forderungen-Rechte und eigenthümlich ist ihnen nur, daß sie einen singulären Charakter haben, anomaler Natur sind, bald in ihrer Begründungsart, bald in ihrem Inhalt.

Dies ergiebt sich aus Folgendem:

A. Privilegia im weitern Sinn oder Rechtswohlthaten, d. h. Begünstigungen, die für eine abstrakte Klasse von Personen oder Rechtsverhältnissen eingeführt sind. Solche Rechtswohlthaten bilden eine Norm des objektiven Rechts für die betreffende Klasse von Personen oder Verhältnissen. Sie können daher nur entstehen, wie überhaupt eine Rechtsnorm entstehen kann, also nur durch Gesetze im weitern Sinn und können daher auch nur durch solche wieder aufgehoben werden.

Was ihre Natur betrifft, so können sie vom Gesetz ertheilt werden

1) zur Begünstigung eines gewissen Rechtsverhältnisses überhaupt ohne

---

[4] D. de her. vend. 18, 4 l. 6.

[5] D. de R. I. 50, 17 l. 129. — Anwendungen dieses Satze: D. de solut. 46, 3 l. 34 § 8, l. 43.

Rücksicht auf die Kategorie von Personen, die daran betheiligt sind (beneficia causae). Hier kommt dann die Rechtswohlthat Jedem zu, der in diesem Rechtsverhältnis steht, auch geht sie auf Jeden über, der dem Berechtigten im Rechtsverhältnis succedirt (D. de R. I. 50, 17 l. 196). Diese beneficia causae sind anomale vortheilhafte Eigenschaften, die das Gesetz einem persönlichen oder einem dinglichen Rechte beilegt. Dahin gehören die Konkursprivilegien, welche mit gewissen Forderungen, ohne Rücksicht darauf, wem sie zustehen, verbunden sind; ferner das Privilegium, welches einem Pfandrecht (dinglichen Recht) in den Fällen der in rem versio (vgl. Arndts § 385 Nr. 3) beigelegt ist.

2) Zur Begünstigung einer gewissen Kategorie von Personen für gewisse Rechtsverhältnisse bloß dieser Personen (beneficia personis data), z. B. das beneficium restitutionis, das allen Minderjährigen zukommt; ferner das privilegium, welches die Gesetze gewissen Klassen von Personen für gewisse Forderungen einräumen (vgl. Arndts § 227 bei Anm. 2). Solche privilegia personis data geben gewissen Klassen von Personen die abstrakte Möglichkeit bei gewissen Verhältnissen, falls sie in sie kommen würden, gewisse Begünstigungen in Anspruch zu nehmen. Sie bilden also an sich Personenrechte, die der begünstigten Klasse von Personen vermöge ihrer begünstigten Stellung im Rechte zukommen (z. B. das privilegirte Pfandrecht der Ehefrau für ihre dos).

Eine solche abstrakte Rechtswohlthat kann daher weder vererbt noch auf Andere übertragen werden, so wenig wie die personenrechtliche Stellung überhaupt. Davon ist der Fall wohl zu unterscheiden, wenn eine solche Person vermöge ihrer Rechtswohlthat ein konkretes Vermögensrecht wirklich erworben oder erweitert hat. Dieses erworbene konkrete Recht geht mit seiner Erweiterung in der Regel — d. h. wenn nicht das Gegentheil für dasselbe vom Gesetz festgesetzt ist — auf die Erben des Berechtigten und auf Den über, dem er das betreffende Vermögensrecht cedirt, z. B. der Minderjährige kann sein beneficium restitutionis in integrum nicht auf seine Erben so übertragen, daß nun diese auch bei den Verträgen, die sie schließen, das beneficium restitutionis hätten; aber wenn er ein nachtheiliges Geschäft geschlossen hat, das er vermöge seines Beneficiums anzufechten befugt ist, so geht sein erworbenes Recht auf Anfechtung dieses Geschäfts auch auf seine Erben über.

Diese Übertragbarkeit erkennt auch das römische Recht entschieden in einzelnen Fällen an (D. de in int. restit. 4, 1 l. 6; de minorib. 4, 4 l. 24 pr.). Allein in einigen anderen Fällen entscheidet das römische Recht anders. Es sagt nämlich, das privilegium exigendi, das gewissen Personen für gewisse Forderungen eingeräumt sei, und ferner das Vorzugsrecht, welches die Ehefrau für ihr Pfandrecht wegen der dos genießt, gehe mit den betreffenden Forderungen nicht auf die »successores« der Privilegirten über, ausgenommen das privilegium dotis auf Descendenten der Frau (Cod. 7, 74 de priv. dot. cst. unica; D. 42, 5 de reb. auct. iud. l. 19 § 1; 26, 7 de adm. tut. l. 42; C. 8, 18 qui pot. cst. 12 § 1 in fine; I. de act. 4, 6 § 29 in fine).

B. Von diesen abstrakten Rechtswohlthaten muß man wohl unterscheiden die privilegia im engern Sinn, d. h. Begünstigungen, die einem konkreten Individuum oder für ein konkretes Grundstück gegen die allgemeinen Rechtsregeln eingeräumt wurden. Über sie gilt Folgendes:

1) Die Meisten (auch Germanisten und Publicisten, so Gerber und Bluntschli) sagen, solche Privilegien könne der Regent nach Belieben ertheilen. Andere behaupten, es könne dies nur durch die gesetzgebende Gewalt geschehen. Beides aber ist in dieser Allgemeinheit unrichtig. Allerdings können solche Privilegien durch den Gesetzgeber als Solchen (d. h. durch die gesetzgebende Gewalt), also durch ein besonderes Gesetz stets ertheilt werden, weil dem Gesetze alles möglich ist, also auch Ausnahmen vom bestehenden Recht für konkrete Individuen gemacht werden können. Allein dazu ist in konstitutionellen Staaten Konsens der Stände nöthig. Solche leges personales sind aber

bei uns etwas höchst Seltenes. Die verwaltende oder regierende Staatsgewalt aber, also der Regent allein oder eine seiner Behörden, kann in konstitutionellen Staaten nur beschränkt solche Ausnahmen machen, nämlich nur in den Fällen, für welche sie durch bestehende Gesetze dazu besonders ermächtigt wurden. Solche Fälle aber kommen auch auf dem Gebiet des Privatrechts mannigfach vor, z. B. Dispensation von gewissen Eheverboten, Ertheilung einer venia aetatis, Gewerbskoncessionen, Ertheilung der Rechte einer juristischen Person.

2) Durch ein gehörig erlangtes Privilegium bekommt der Privilegirte ein wohl erworbenes Recht, dessen Natur und Ausdehnung sich nach dem Sinne, in welchem es ertheilt worden, bestimmt. Es kann ertheilt werden

a. so, daß es an ein konkretes Grundstück geknüpft sein soll und daher dem jeweiligen Eigenthümer des Grundstücks zukommen soll (privilegium rei datum oder sog. reale); es bildet dann das Privilegium ein sog. Realrecht und gilt von ihm das unter Nr. V Gesagte (Dig. de aqua quotidiana 43, 20 l. 1 § 43; de censibus 50, 15 l. 3 § 1).

b. Ein solches Privilegium kann aber auch so ertheilt werden, daß es bloß einer konkreten Person zukommen soll (privilegium personae datum, sog. personale). Dieses ist im Zweifel ein sog. ius personalissimum, also an die Person gebunden (personam non egreditur) und nicht auf einen Nachfolger übertragbar (l. 1 § 43 cit.; D. de R. I. 50, 17 l. 196).

Zweites Kapitel. Die Träger der Rechtsverhältnisse oder das sog. absolute Personenrecht.

(Arndts § 24—47.)

A. Die Person überhaupt.

§ 39.

Die nothwendige Voraussetzung eines jeden Rechts und Rechtsverhältnisses ist das Dasein eines Subjekts, das in Rechtsverhältnisse zu treten und Rechte zu haben fähig ist, also einer Person (§ 33).

Person ist schon seiner Natur nach der Mensch, als das mit Vernunft begabte Wesen. Dies erkennt auch unser positives Recht an. Aber das positive Recht kann einzelnen Menschen diese Anerkennung versagen, ihnen die Persönlichkeit und Rechtsfähigkeit absprechen. Dies that das römische Recht durch sein Institut der Sklaverei; anders ist dies bei uns; unser Recht verwirft die Sklaverei. Nach deutschem Recht ist jeder lebendige Mensch Person (vgl. § 43 Nr. I a. E.).

Aber Person ist nicht bloß der Mensch. Es giebt auch außer dem Menschen Wesen, welche nicht eine sichtbare leibliche Existenz haben, denen aber eine besondere, auch vom positiven Recht anerkannte rechtliche Existenz und Persönlichkeit zukommt. Dies sind unkörperliche Per-

sonen[1], die man gewöhnlich juristische Personen nennt (s. § 53 f.).

Im Gegensatz zu diesen (juristischen Personen) nennt man die rechtsfähigen Menschen physische (natürliche, leibliche, körperliche) Personen.

Über den Sprachgebrauch ist noch zu bemerken:

a die römischen Juristen nehmen häufig den Ausdruck persona in einem vulgären Sinn, d. h. für jeden Menschen, auch für den rechtlosen, den Sklaven, z. B. Dig. de V. S. 50, 16 l. 215; de stipul. servor. 45, 3 l. 1 § 4; de R. I. 50, 17 l. 22; 30 de leg. I. l. 86 § 2. Gewöhnlich aber wird der Sklave bloß als homo bezeichnet und den Sachen, den animalia entgegengesetzt.

b. Häufig sagt man, ein Mensch könne mehrere Personen in sich vereinigen, plures personas sustinere. Damit soll aber bloß der triviale Satz ausgedrückt werden, daß Jemand zugleich in verschiedenen rechtlichen Stellungen, Rechts- und Pflichtenkreisen stehen kann, z. B. es kann Jemand Ehegatte und zugleich Hausvater, Bürger einer Stadt, Beamter des Staats, Vormund über Andere sein u. s. w. Dabei versteht sich von selbst, daß, wenn man in dem einen dieser Kreise Etwas thut, dies nicht auch ohne Weiteres auf den andern zu beziehen ist.

B. Die natürliche Person.

I. Entstehung und Ende der natürlichen Persönlichkeit.

Entstehung.

§ 40.

(Arndts § 25.)

Nach unserem Recht ist jeder Mensch rechtsfähig oder Person (§ 43); aber natürlich nur der wirklich geborene und lebendige. Zur natürlichen Rechtsfähigkeit des Menschen wird daher erfordert

1) Geburt. Der schon gezeugte, koncipirte, aber noch nicht geborene, sondern noch im mütterlichen Leibe befindliche Mensch (Embryo, nasciturus, venter) ist auf dem Gebiet des Privatrechts noch nicht rechtsfähig, weil er noch nicht selbständiges Dasein hat, sondern noch ein Theil des mütterlichen Leibes ist, den er zu seiner Existenz noch nicht entbehren kann[1].

Aber man nimmt auf ihn, den werdenden Menschen, auch im Privatrecht folgende Rücksichten. Wenn eine Frau schwanger ist (also koncipirt hat) und während dieser Zeit eine Thatsache eintritt, durch welche ihr Embryo Etwas erwerben würde, falls er schon geboren gewesen wäre, so kann er zwar die Erwerbung nicht machen. Aber sie

[1] Ihre Existenz besteht eigentlich nur in der Vorstellung.

[1] Dig. de inspiciendo vent. 25, 4 l. 1 § 1 in den Worten: »partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum«.

wird ihm, weil er doch schon quodammodo in rerum natura ist[2], aufgehoben für den Fall, daß er lebendig und lebensfähig geboren würde. Geschieht dies später wirklich, so kann er nun die Erwerbung machen; ist jenes aber nicht der Fall, stirbt er z. B. im Mutterleibe ab und kommt todt zur Welt, so fällt das Aufgehobene für ihn zusammen und kommt an Andere, als ob er nie existirt hätte[3].

Wenn daher ein Ehemann ohne ein Testament errichtet zu haben stirbt und eine schwangere Wittwe hinterläßt, so wird die Erbschaft, die der nasciturus von seinem Vater bekommen hätte, wenn er schon geboren gewesen wäre, ihm aufgehoben, bis sich entscheidet, ob er mit den gehörigen Requisiten (s. Nr. 2—4) geboren werde. Sind daher die nächstberufenen Erben des Ehemanns solche, denen das geborene Kind vorgehen würde, so wird ihnen vorerst die Erbschaft gar nicht deferirt, bis über die Geburt entschieden ist; sind sie aber solche Erben, die mit dem Kinde erben würden (z. B. die anderen Kinder des Ehemanns), so wird ihnen für ihre Theile die Erbschaft deferirt und sie können dieselbe antreten, aber für den venter müssen vorläufig 3 Portionen aufgehoben werden (l. 30 § 1 cit. und D. si pars hered. 5, 4 l. 3, 4, l. 5 § 1).

Wenn der kinderlose Ehemann in seinem Testament seine Frau zu seinem Erben einsetzt und nach seinem Tode zeigt sich, daß er seine Frau schwanger hinterließ, und sie kommt mit einem lebendigen Kind nieder: so rumpirt es das Testament. Kommt sie mit einem todten Kind nieder, oder stirbt das Kind, ehe es ganz geboren ist: so bleibt das Testament gültig. — Stirbt der Ehemann, welcher eine schwangere Frau hinterläßt, ohne Testament, und sind seine nächsten Intestaterben (nach römischem Recht) — abgesehen von Kindern — seine Verwandten, nicht seine Frau: so fällt seine Erbschaft, wenn die Frau mit einem todten Kind niederkommt, an die Verwandten des Mannes. Kommt sie mit einem lebenden Kind nieder: so beerbt nun das Kind sofort seinen Vater (suus heres); stirbt das Kind eine Stunde nachher: so fällt nun die ganze Erbschaft an die Frau, d. h. das Kind hatte schon seinen Vater beerbt, die Erbschaft gehört dem Kind und stirbt nun das Kind: so ist sein einziger nächster Erbe seine Mutter.

2) Leben nach der vollständigen Geburt. Das Kind muß lebendig aus dem mütterlichen Leibe und zwar vollständig herausgekommen sein[4].

Das todtgeborene Kind ist nicht rechtsfähig; es ist so zu behandeln, als hätte es nie existirt. Das Gleiche ist der Fall bei einem Kind, das während der Geburt stirbt, ehe es ganz heraus ist. Const. 3 cit. und Meine Commentatio de partu vivo non vitali. Pars V. (1866) § 14. Nur das Kind, das nach seinem vollständigen Austritt aus der Mutter lebt, ist rechtsfähig. Gleichgültig ist es aber, wie sein Leben sich äußert und erwiesen wird, und wie lange Zeit es lebt; wenn es auch gleich nach der Geburt stirbt, so war es doch während der wenigen Momente seines selbständigen Lebens rechtsfähig und konnte daher in diesem Momente Rechte erwerben und auf seine Erben transmittiren (D. de inspic. ventre 25, 4 l. 1 § 1; ad. leg. Falc. 35, 2 l. 9 § 1; de V. S. 50, 16 l. 161). Nur darf der Grund seines Todes nicht in seiner Unreife liegen; denn

[2] Dig. de suis 38, 16 l. 7.
[3] Dig. de adqu. hered. 29, 2 l. 30 § 1; Si pars heredit. 5, 4 l. 3.
[4] Cod. de post. her. 6, 29 cst. 3. (partus vivus perfecte natus).

3) das Geborene muß, um rechtsfähig zu sein, selbständiges Leben haben, lebensfähig oder reif sein, d. h. so lange im Mutterleibe gelebt haben, als nöthig ist, um zum Fortleben den mütterlichen Leib entbehren zu können; es darf nicht eine unreife Fehlgeburt, ein abortus sein. Ein solcher abortus ist, wenn er auch lebendig zur Welt kommt, wie ein todtgeborenes Kind zu betrachten, weil er eigentlich über den Embryozustand noch gar nicht hinausgekommen ist.

Ist das lebensunfähige Kind privatrechtsfähig? vgl. Meine Commentatio de partu vivo non vitali. Partt. V Lips. 1863—66. Einen sehr ausführlichen Auszug aus diesen Programmen in deutscher Sprache gab Fitting im Arch. f. civ. Prax. Bd. L S. 1—26.

Lebensfähigkeit (Vitalität) eines Kindes bedeutet im weiteren Sinne überhaupt die Fähigkeit desselben, sein Leben fortzusetzen, somit Lebensunfähigkeit im weiteren Sinne, wenn ihm die zur Fortsetzung des Lebens nothwendigen Bedingungen aus irgend einem Grunde abgehen. Die Gründe dieser Lebensunfähigkeit im weiteren Sinne können aber wesentlich verschiedene sein. Der eine und wichtigste Grund ist der, daß das Kind noch nicht die zum Fortleben außerhalb des mütterlichen Leibes erforderliche Reife erlangt hatte. Dies ist die Lebensunfähigkeit im engeren und eigentlichen Sinne. Ein zweiter Grund ist, daß das Kind organische Fehler hat, welche sein Fortleben unmöglich machen; dies ist die Lebensunfähigkeit im uneigentlichen Sinne. Der erstere Grund ist ein Hindernis der Rechtsfähigkeit des Kindes (Nr. I), der letztere dagegen nicht (Nr. III); man muß daher diese beiden Fälle scharf auseinanderhalten.

I. Lebensfähigkeit (Vitalität) und Lebensunfähigkeit einer Geburt im eigentlichen Sinne. Ein lebensfähiges oder reifes Kind, partus perfectus (D. de stat. hom. 1, 5 l. 12) oder pleni temporis (Paulus Rec. sent. IV, 9 § 1), sog. vitalis, maturus im eigentlichen Sinne ist ein Kind, welches so lange im mütterlichen Leibe zugebracht hat, daß es der Reife nach, die es dadurch erlangte, an und für sich fähig sein würde, auch außerhalb des mütterlichen Leibes selbständiges Leben zu führen. — Ein Kind ist daher lebensunfähig im eigentlichen Sinne oder unreif, sog. partus non vitalis, imperfectus, immaturus, wenn es im mütterlichen Leibe noch nicht zu der Reife gelangt war, die an sich erforderlich ist, um den mütterlichen Leib entbehren und außerhalb desselben in selbständiger Weise sein Leben fortsetzen zu können, welches daher, wenn es auch lebendig geboren wurde, wegen Mangels an dieser Reife wieder absterben muß.

Ist nun ein solches lebensunfähiges Kind, wenn es lebendig zur Welt kommt, auf dem Gebiete des Privatrechts rechtsfähig, also Person? — Würde diese Frage zu bejahen sein, so könnte ein solches Kind nach seiner Geburt in der kurzen Zeit seines Scheinlebens Erwerbungen machen und nach seinem Absterben beerbt werden, es könnte ihm namentlich eine Erbschaft deferirt werden und es würde sein Antretungsrecht auf seine Erben transmittiren, ferner könnte es Vermächtnisse, die ihm für den Fall seiner Geburt ausgesetzt waren, und die Erbschaft seines verstorbenen Vaters als suus heres erwerben; es könnte durch seine Geburt das Testament seines Vaters, wenn es in demselben präterirt war, rumpirt werden u. s. w. Ist dagegen jene Frage zu verneinen, also dem lebensunfähigen Kinde die Rechtsfähigkeit abzusprechen: so würde von allem Diesem das Gegentheil eintreten; Alles, was ihm als Embryo aufbehalten war, würde zusammenfallen, mit seiner Geburt würde ihm kein Recht deferirt, es könnte Nichts erwerben, keine Erben haben, das Testament seines Vaters, in dem es präterirt war, durch seine Geburt nicht rumpiren, kurz ein solches Kind würde einem todtgeborenen völlig gleichstehen.

Für das Letztere, also für die Verneinung der Frage, war bis in unser Jahrhundert in Theorie und Praxis die herrschende Ansicht. Nur wurde sie von ihren Vertheidigern auf Gründe gestützt, die nicht beweisend waren, indem sie namentlich Quellenstellen, die von dem Beweise der ehelichen Vaterschaft sprechen, in ganz schiefer Weise auf die vorliegende Frage bezogen. Meine angeführte Commentatio § 4, 5.

In unserem Jahrhundert aber wurde diese Ansicht lebhaft angegriffen und die obige Frage entschieden bejaht und auszuführen gesucht, daß die Lebensfähigkeit der Geburt keine Bedingung ihrer Rechtsfähigkeit sei, vielmehr jedem lebendiggeborenen Kinde, wenn es auch unreif sei, vollständige Rechtsfähigkeit zukomme; so namentlich von J. A. Seuffert Erörterungen I. 1820 S. 50—52, Dähne in Elvers' Themis II. 1829 S. 356 ff., v. Vangerow Pandekten § 32, und besonders in einer ausführlichen Abhandlung v. Savigny Syst. II 1840 Beilage III S. 385—413. Nach diesen Autoritäten bekennen sich nun auch die meisten neueren Civilisten (anders die Germanisten, welche meist an der früheren verneinenden Ansicht mit Recht festhalten) zu dieser bejahenden Ansicht, wenn auch ein großer Theil derselben in einer sich selbst widersprechenden Weise (s. Meine Commentatio § 1, § 11 S. 14 ff.). Allein diese Ansicht steht im entschiedensten Widerspruche mit unseren Quellen, und ihre Vertheidiger, so weit sie auf die Frage näher eingehen, und selbst auch Savigny, widerlegen eigentlich nur die schwachen Gründe, welche die Älteren für die richtige Ansicht vorbrachten, gingen aber über den entscheidenden Hauptgrund in unbefriedigender Weise hinweg.

Dieser Hauptgrund liegt in C. de posth. hered. 6, 29 cst. 2 und I. de exhered. liberor. 2, 13 § 1. Diese Stellen setzen den abortus dem posthumus entgegen und erklären, daß durch einen abortus das Testament seines Vaters, in welchem er präterirt sei, nicht rumpirt werde, erklären also den abortus für rechtsunfähig. Das Letztere, daß ein abortus nicht rechtsfähig sei, geben auch die angeführten Gegner zu. Es kommt daher lediglich auf die Frage an, was die römischen Quellen unter abortus verstehen. Darauf aber lassen sich jene Gegner theils gar nicht näher ein, wie z. B. Vangerow, oder sie geben, soweit sie sich darauf einlassen, entschieden Unrichtiges. So namentlich Savigny a. O. S. 388, 392. Er behauptet, abortus sei ein Kind, welches zu früh und todt auf die Welt komme, nimmt also abortus für die todtgeborene Frühgeburt im Gegensatze zur lebendiggeborenen, freilich ohne irgend einen Beweis dafür anzuführen. Allein abortus ist nicht die Negation der Reife und des Lebens, sondern bloß die Negation der Reife. Die Römer verstehen unter abortus die nicht lebensfähige Frühgeburt in dem oben angegebenen eigentlichen Sinne, mag sie lebend zur Welt kommen oder nicht; sie gehen davon aus, daß ein abortus auch lebend geboren werden könne, nur daß er, weil er sich noch im Embryonenzustande befinde, bald nach der Geburt absterbe. Sie setzen ihn dem posthumus entgegen, d. h. dem Kinde, welches seiner Reife nach lebensfähig ist; Meine Commentatio § 11. Den abortus erklären sie, wenn er auch lebendig geboren wird, für rechtsunfähig, den lebendig geborenen posthumus dagegen, wenn er auch bald nach der Geburt stirbt, für die Zeit seines kurzen Lebens für rechtsfähig. Dies sagen die oben angeführten Stellen. Sie sprechen von lebendiggeborenen (denn darüber konnte gar kein Zweifel sein, daß ein todtgeborener posthumus so wenig wie ein todtgeborener abortus ein Testament rumpiren könne; D. de V. S. 50, 16 l. 129) Kindern, welche bald nach der Geburt sterben, und sagen, der Umstand, daß das Kind bald nach der Geburt sterbe, entscheide über die Ruption des Testaments, also über die Rechtsfähigkeit des Kindes, an sich Nichts, sondern nur der Umstand, ob das gestorbene Kind abortus war oder nicht; durch einen abortus, der aus Mangel an Reife nicht fortleben kann, werde das Testament nicht rumpirt, wenn er auch lebendig geboren worden sein sollte, wohl aber werde es durch einen posthumus rumpirt, d. h. durch ein lebensfähiges Kind, sollte dieses auch sofort nach der Geburt sterben. — Diesem stehen auch nicht entgegen D. de lib. et posth. 28, 2 l. 12 § 1 und Cod. de posth. her. cst. 3, auf welche sich manche

Vertheidiger der entgegengesetzten Ansicht berufen. Die l. 12 cit. gehört gar nicht hierher; denn das non integrum animal, von dem sie spricht, bezeichnet nicht eine lebensunfähige Geburt, sondern eine Geburt, der irgend ein Glied fehlt oder die sonst nicht ordnungsmäßig organisirt ist, was für die Rechtsfähigkeit keine Bedeutung hat; Meine Commentatio § 3; die cst. 3 aber spricht bloß von posthumi, die keine monstra sind, also von lebensfähigen Kindern, und will sich über die Bedingungen der Rechtsfähigkeit solcher posthumi aussprechen und sagt, hiezu genüge, daß der posthumus lebendig geboren worden sei und den mütterlichen Leib ganz verlassen habe (vivus perfecte natus, was nicht zu verwechseln ist mit partus perfectus, d. h. mit lebensfähiger Geburt). Von dem Requisit der Lebensfähigkeit aber spricht die Stelle deßhalb nicht, weil es schon im Begriffe des posthumus liegt (s. oben). — Hiernach geht das Resultat dahin: der Embryo, so lange er sich im mütterlichen Leibe befindet, ist ohne selbständiges Dasein, nicht Mensch für sich, hat also nicht Persönlichkeit; um Person zu werden, ist nothwendig, daß er lebendig zur Welt kommt und aus dem Embryonenstand getreten, sein Leben ein selbständiges, von der Mutter unabhängiges ist, d. h. das Kind muß die Entwicklungsstufe im mütterlichen Leibe erreicht haben, die es ihm an sich der Reife nach möglich macht, auch getrennt von diesem Leibe sein Leben fortzusetzen, muß also lebensfähig im eigentlichen Sinne sein. Eine noch nicht reife Frucht, welcher die Verbindung mit dem mütterlichen Leibe zum Fortleben noch unentbehrlich ist, kann durch die Geburt, also durch einen Akt, welcher nothwendig zu ihrem Tode führen muß, Rechtsfähigkeit nicht erlangen. Wird daher eine Frucht, wenngleich lebendig, doch so früh geboren, daß sie wegen ihrer zu frühen Geburt ihr Leben nach Trennung von der Mutter fortzusetzen nicht im Stande ist (abortus, Fehlgeburt): so ist sie keine Person, sondern wie eine Todtgeburt, also so zu betrachten, als ob sie nie existirt hätte. Dies ist auch legislativ zu billigen, da einem solchen zu früh ausgestoßenen Embryo ein Einfluß auf die Gültigkeit eines Testaments und auf die wichtigsten Vermögensverhältnisse nicht gegeben werden sollte. — Ob ein Kind lebensunfähig war, darüber haben die Sachverständigen d. h. die Ärzte nach der Beschaffenheit des Kindes zu entscheiden.

II. Die lebensunfähige Geburt darf man nicht verwechseln mit einer bloß frühzeitigen Geburt. Bekanntlich hat ein Kind zur vollständigen Reife nöthig, daß es sich 9—10 Monate im mütterlichen Leibe befindet; allein diese vollständige Reife ist mit Recht nicht Bedingung der Lebensfähigkeit, also auch nicht Bedingung der Rechtsfähigkeit; denn wird es auch früher geboren, etwa im 7. oder 8. Monate: so ist dieser Umstand an und für sich noch nicht ein Hindernis seines selbständigen Fortlebens außerhalb des mütterlichen Leibes.

III. Lebensunfähigkeit im uneigentlichen Sinne. Von vielen Neueren wird dieser Fall mit dem unter I. besprochenen konfundirt und behauptet, von beiden Gattungen lebensunfähiger Kinder müsse das Gleiche gelten. Allein dies ist unrichtig. Ein Kind, welches so ausgetragen war, daß es, was die Reife betrifft, sein Leben außerhalb des mütterlichen Leibes fortsetzen kann, ist, wenn es lebendig geboren wird, rechtsfähig, und diese Rechtsfähigkeit kann es nicht rückwärts wieder verlieren, wenn es auch bald nach der Geburt stirbt (cst. 3 de posth. her.). Wenn es daher auch wegen organischer Fehler, die es hatte, oder wegen einer Krankheit, mit der es auf die Welt kam oder von der es gleich nach der Geburt ergriffen wurde, bald nach der Geburt stirbt: so hatte es, wenn es nur lebensfähig im eigentlichen Sinne war, selbständiges Leben gehabt, war also Person geworden, und dies konnte durch seinen eingetretenen frühen Tod nicht ungeschehen gemacht werden; es ist daher für die Zeit seines Lebens als rechtsfähig zu behandeln. Sein Leben ist nicht, wie beim abortus, ein bloßes Scheinleben, wie Vangerow glaubt; denn sonst müßte man das Leben eines jeden Todtkranken oder Todtverwundeten ein Scheinleben nennen. Nur der abortus, welcher den Embryonenstand noch nicht überwunden hatte, hat ein Scheinleben und ist deßhalb rechtsunfähig; Meine angeführte Commentatio § 11 S. 12 ff.

4) Das lebendig Geborene muß ein Mensch sein. Würden ihm

daher die wesentlichen Bedingungen des Menschen ganz abgehen, so daß in ihm ein menschlicher Geist gar nicht angenommen werden könnte (monstrum oder prodigium), so ist es nicht rechtsfähig[5]. Der Fall eines Monstrums aber wird niemals vorkommen, wie die bewährtesten Ärzte bezeugen. Denn ein vom Weibe geborenes lebendes Wesen kann nur ein menschliches sein. Nur muß man wohl beachten, daß eine bloße Mißgeburt, d. h. eine Geburt, die von der gewöhnlichen (nicht von der wesentlichen) menschlichen Organisation mehr oder minder abweicht, noch nicht ein Monstrum ist, also Persönlichkeit hat[6].

Das Ende der Persönlichkeit des Menschen.

(Arndts § 26.)

§ 41.

Nach dem römischen Recht konnte die Rechtsfähigkeit des Menschen nicht bloß durch den Tod, sondern auch dadurch aufgehoben werden, daß er Sklave wurde; aber nach deutschem Recht ist dies nicht möglich (§ 43 Nr I a. E.).

Nach deutschem Recht kann der Mensch nur auf eine Weise aufhören Person (rechtsfähig) zu sein, nämlich durch den physischen Tod[1].

Von der Frage, ob ein konkreter Mensch noch lebt oder gestorben ist, hängen natürlich viele Rechtsverhältnisse ab. In dieser Hinsicht gilt über den Beweis des Lebens oder Todes Folgendes.

1) Es ist allgemeiner Grundsatz, daß wer aus einer Thatsache ein Recht herleitet, im Bestreitungsfalle diese Thatsache, die Grundlage seines Rechts beweisen muß; kann er es nicht, so hat er sein Recht nicht bewiesen; dasselbe ist ihm also nicht zuzusprechen.

Wer daher aus dem Umstand, daß ein Mensch lebe oder zu einer gewissen Zeit gelebt habe, ein Recht ableitet, muß diesen Umstand beweisen, so weit er das Fundament des von ihm in Anspruch genommenen Rechts bildet[2].

---

[5] D. de statu hom. 1, 5 l. 14. D. de lib. 28, 2 l. 12 § 1; cf. de religios. 11, 7 l. 44 pr.; C. de postum. 6, 29 cst. 3 in f.

[6] D. de liber. 28, 2 l. 12 § 1.

[1] Dadurch, daß er zu existiren aufhört. — Indeß liegt in der Erbschaft eine Fortsetzung der vermögensrechtlichen Persönlichkeit — in der Person des Erben..

[2] Vgl. Mein Programm de partu non vitali P. IV. p. 31.

2) Ein Kind ist nur dann rechtsfähig, konnte also nur dann Rechte erwerben und haben, also auch vererben, wenn es nach seiner Geburt gelebt hat (§ 40). Wer daher ein Recht aus dem Umstande ableitet, daß ein Kind rechtsfähig sei, muß den Beweis führen, daß es nach seiner Geburt gelebt habe[3]. Zwar wollten ältere Civilisten in manchen Fällen das Leben eines Kindes präsumiren[4]; davon aber wissen unsere gemeinrechtlichen Quellen mit Recht Nichts.

3) Leitet Jemand ein Recht davon ab, daß eine Person, von welcher erwiesen ist, sie habe gelebt, gerade zu einem bestimmten späteren Zeitpunkte noch gelebt habe, so muß er beweisen, daß die Person auch noch zu dieser Zeit gelebt habe, z. B. der Kurator eines Abwesenden will für ihn eine Leibrente erheben oder eine Erbschaft antreten, die ihm deferirt worden wäre, wenn er jetzt gerade lebte; hier muß er beweisen, daß der Abwesende am Verfalltag der Leibrente, resp. am Tage der Antretung noch gelebt habe.

Zwar behaupten Viele das Gegentheil; sie glauben, wenn feststehe, daß eine Person überhaupt gelebt habe, so sei im Zweifel anzunehmen, daß sie auch jetzt noch lebe, falls nicht die unten (Nr. 4) anzuführende Präsumtion eingreife. Diese Ansicht ging auch in manche Partikularrechte über; an sich aber und gemeinrechtlich läßt sie sich nicht vertheidigen; denn daraus, daß Jemand früher lebte, folgt nicht, daß er auch später noch gelebt habe, und keine gemeinrechtliche Quelle setzt fest, daß Letzteres zu vermuthen sei. Zwar berufen sich Viele auf ein gemeines Gewohnheitsrecht, welches eine solche Präsumtion annehme. Allein ein solches Gewohnheitsrecht läßt sich nicht nachweisen.

4) Wer aus dem Tod einer Person Rechte ableitet, muß diesen Tod nachweisen. Spreche ich z. B. das Vermögen des N. als dessen Erbe an, so muß ich vor allen Dingen seinen Tod beweisen. Dieser Beweis wird aber sehr erleichtert durch eine Rechtsvermuthung, welche durch ein entschiedenes deutsches Gewohnheitsrecht eingeführt wird. Von einem Verschollenen nämlich, d. h. einem Solchen, von dessen Leben und Aufenthalt man an seinem Heimatort seit geraumer Zeit keine Kunde hat, nimmt unser Gewohnheitsrecht vermöge einer Rechtsvermuthung an, daß er nicht über 70 Jahre gelebt haben werde, daß er also jedenfalls (wenn man keine sichere Nachricht von

---

[3] Cod. de post. her. 6, 29. cst. 3. Mein Programm de partu vitali P. IV. pag. 4—9.

[4] Noch weiter aber gehen einige Gesetze dieses Jahrhunderts, das östreichische Gesetzbuch und das sächsische (§ 34), indem sie von jeder Geburt präsumiren, daß sie gelebt habe, was aber legislativ nicht zu billigen ist und andere Gesetzgebungen, z. B. von Preußen, nicht bestimmen. Vgl. Mein angeführtes Programm de partu ꝛc. P. IV. pag. 5, 7. P. V.

einem früheren Tod desselben hat, an dem Tage gestorben sei, an welchem er das 70. Lebensjahr zurückgelegt haben würde. Mit diesem Tage treten also die rechtlichen Folgen ein, welche von seinem Tod abhängig sind[5].

5) Daraus aber, daß der Verschollene jedenfalls an jenem Tage als gestorben anzunehmen ist, folgt keineswegs, daß er als bis dahin unbedingt lebend zu behandeln sei; denn das Gewohnheitsrecht sagt nur so viel: wenn man nicht Anderes nachweisen könne, solle jedenfalls mit dem zurückgelegten 70. Lebensjahre der Tod feststehen. Wenn daher Jemand aus dem Leben eines Verschollenen, der noch nicht 70 Jahre alt sein würde, ein Recht ableiten und geltend machen will, so muß er dieses Leben beweisen; kann er den Beweis nicht führen, so kann er auch das Recht nicht geltend machen.

Die Priorität des Todes.

§ 42.

(Arndts § 27.)

Wenn erwiesen ist, daß zwei Personen gestorben sind, so ist für manche Rechtsverhältnisse (besonders in Erbrechtsverhältnissen) die Frage wichtig, in welcher Ordnung sie starben. In dieser Hinsicht gilt

1) der natürliche Grundsatz: wer ein Recht ableitet aus dem Umstande, daß eine Person vor der andern oder daraus, daß sie nach der andern gestorben sei, muß eben diesen Umstand beweisen. Kann er dieses Vor, bezüglich Nach nicht beweisen, so kann er das Recht nicht ansprechen[1]. Es ist daher, wenn nicht erwiesen werden kann, in welcher Ordnung die betreffenden Personen starben, eben das Verhältnis so zu behandeln, als ob keine derselben die andere überlebt hätte, als ob sie in demselben Moment gestorben seien[2].

2) Von diesem Grundsatz giebt es (nach gemeinem Recht) nur eine Ausnahme. Wenn nämlich ein Descendent mit einem seiner Ascendenten in einer gemeinsamen Gefahr umkommt (z. B. durch Schiffbruch, in einer Schlacht, bei einer Epidemie, einem Brand) und

[5] Das Nähere hierüber gehört ins Germanicum. Vgl. Stobbe Handbuch des deutschen Privatrechts. § 38.

[1] D. ad senatusc. Treb. 36, 1 l. 34.

[2] Vgl. D. reb. dub. 34, 5 l. 16—18; de don. int. vir. 24, 1 l. 32 § 14.

man die Ordnung ihres Todes nicht beweisen kann, so wird präsumirt, der Descendent sei, wenn er pubes war, nach dem Ascendenten; wenn er noch impubes war, vor dem Ascendenten gestorben[3].

Dabei ist noch zu bemerken:

a. die l. 9 § 2 de reb. dub. macht von der unter Nr. 2 angeführten Präsumtion in einem Falle eine Ausnahme, aber lediglich zu Gunsten des Patrons eines Freigelassenen (wenn ein Freigelassener mit seinem Sohn zugleich umkam: so soll zu Gunsten des Intestaterbrechts des Patrons angenommen werden, der Vater sei zuletzt gestorben — ohne Rücksicht auf das Alter des Sohnes — außer es könnte der Beweis geführt werden, daß der Sohn wirklich nach dem Vater gestorben sei) — ist also bei uns unpraktisch.

b. Wenn bei einer Disposition einer Person die Anwendung der Präsumtion zu einem Resultat führen würde, das dem Willen des Disponenten offenbar entgegen wäre, so darf man von ihr keinen Gebrauch machen; z. B. ich setze in meinem Testamente meinen Neffen zum Erben ein mit der Bestimmung, wenn er kinderlos sterbe, solle die Erbschaft als Fideikommiß an seine Schwester fallen. Er kommt nach meinem Tod in einer gemeinschaftlichen Gefahr mit seinem einzigen Kind, das pubes war, um; hier ist er eigentlich nach jener Präsumtion nicht kinderlos gestorben, da anzunehmen war, daß sein Sohn ihn überlebt habe. Aber die Schwester bekommt das Fideikommiß doch, weil es hier gewiß gegen den Willen des Erblassers wäre, bloß wegen jener Präsumtion ihr es zu entziehen. D. ad SC. Treb. 36, 1 l. 17 § 7.

c. Die angeführte Präsumtion gilt nur bei Ascendenten und Descendenten und bei ihrem Umkommen in einer gemeinsamen Gefahr.

Es ist daher in keiner Weise zu billigen, wenn Manche sie auch noch auf andere Fälle ausdehnen wollen. In dieser Hinsicht geht auch Arndts (Pand. § 27 Anm. 1) zu weit, indem er behauptet, die Präsumtion gelte bei Ascendenten und Descendenten auch wenn sie nicht in einer gemeinsamen Gefahr umkommen. Er beruft sich dabei auf eine Stelle, die gar nicht von Ascendenten im Verhältnis zu Descendenten spricht, nämlich de bon. poss. cont. tab. D. 37, 11 l. 11 pr., und geht davon aus, in allen Fällen, in welchen auch Nr. 1 a. E. die Personen als zu gleicher Zeit gestorben anzunehmen seien, trete bei Ascendenten und Descendenten die Präsumtion Nr. 2 ein, was aber eine ganz willkürliche Annahme ist.

II. Die Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit.

Die Rechtsfähigkeit der natürlichen Person.

§ 43.

(Arndts § 28.)

Nach unserem Rechte kann im lebendigen Menschen die Persönlichkeit nicht vernichtet werden; es kennt keinen rechtlosen (lebendigen) Men-

[3] D. de reb. dub. 34, 5 l. 21; l. 23; l. 9 § 4 und § 1, — bei welchem letzteren § 1 (proelio periit) nur zu beachten ist, daß bloß ein pubes, nicht ein impubes Soldat sein kann.

schen. Auch ist die Persönlichkeit und Rechtsfähigkeit bei allen Menschen im Privatrecht in der Regel eine gleiche, Alle haben gleiche Personenrechte. Von dem letztern giebt es zwar Ausnahmen (s. §§ 44—52). Allein diese betreffen weder die Rechtsfähigkeit überhaupt, noch die ganze Theilnahme an den Privatrechtsinstituten des Rechts unseres Staats. Anders aber war es in beiden Beziehungen im römischen Recht, und dies führt auf die Lehre von den römischen status[1].

Das Wort status bezeichnet im vulgären (nicht technischen) Sinn überhaupt irgend einen Zustand oder eine Beschaffenheit[2]; im technischen Sinn aber verstehen die Römer unter status drei (verschiedene) rechtliche Stellungen, welche vom größten Einfluß auf die Rechtsfähigkeit waren: die Stellung als Freier in der Gesammtheit der freien Menschen, die libertas; ferner die Stellung im römischen Staat als Bürger desselben, die civitas; endlich die Stellung im altrömischen Familienverband, d. h. im Agnationsverband, die familia. Die Persönlichkeit, welche die Stellung in einem dieser drei Rechtskreise gewährte, nannten sie caput; das Austreten aus einem dieser drei Rechtskreise hieß daher capitis deminutio[3].

I. Die libertas. Nach römischem Rechte konnte die Persönlichkeit in dem lebendigen Menschen dadurch vernichtet werden, daß er Sklave wurde. Zwar kann auch nach römischem Recht Niemand seine Freiheit veräußern, weder ganz noch theilweise.

Die Persönlichkeit ist ein unveräußerliches Gut, das zwar verwirkt werden konnte, aber nicht wirksam aufgegeben, noch durch Vertrag gemindert werden, noch durch Ersitzung und dergleichen verloren gehen kann (deßhalb kann auch nicht durch den Willen der Person ihre Handlungsfähigkeit gemindert werden) D. de lib. caus. 40, 12 l. 37; C. eod. t. 7, 16 cst. 6, 10, 39; D. d. usurp. 41, 3 l. 9; es konnte daher Jeder, der sich freiwillig zum Sklaven faktisch machen ließ, stets ad libertatem proclamare (außer im Falle von S. 202 oben Nr. 2a). D. de lib. caus. 40, 12 l. 7 pr.; quib. ad libert. 40, 13 l. 1; C. l. c. cst. 5.

Auch erklärte das römische Recht, daß es contra bonos mores sei, bei einem Vertrag auf die mögliche künftige Verwirkung der Freiheit zu rechnen, und daß daher ein Vertrag, welcher über Veräußerung eines Freien für den Fall, daß er seine Freiheit verwirken würde, geschlossen wurde, nichtig sei; D. d. C. E. 18, 1 l. 34 § 2.

Wohl aber konnte man die Freiheit (nach römischem Recht) verwirken und dadurch Sklave werden.

---

[1] Das römische Recht ist hier (in den Pandekten) nur so weit zu erörtern, als sich praktische Fragen daran anknüpfen.

[2] So viel als conditio, z. B. status aetatis, cognationis, existimationis. Vgl. Dirksen Manuale, voc. status.

[3] I. de cap. dem. 1, 16 pr.

Eine solche Verwirkung trat ein: 1) durch Kriegsgefangenschaft für Zeit der Dauer derselben (I. quib. mod. pot. 1, 12, § 5; de iur. pers. 1, 3 § 4) oder 2) zur Strafe. Letzteres namentlich a. wegen Betrugs, wenn ein Freier, der das 20. Jahr zurückgelegt hat, sich für einen Sklaven ausgab und verkaufen ließ, um den Kaufpreis mit dem Verkäufer zu theilen, nachher seine Freiheit in Anspruch zu nehmen und so den Käufer um den Kaufpreis zu betrügen (er wird dann zur Strafe wirklich Sklave des Käufers I. § 4 cit.; D. quib. ad libert. procl. 40, 13 l. 1 pr. l. 3); b. der wegen irgend eines Verbrechens zum Tode oder zu lebenslänglicher Bergwerksarbeit (metallum) Verurtheilte wurde im Moment der Verurtheilung Sklave (servus poenae) und sein Vermögen fiel an den Staat D. de poen. 48, 19 l. 17 pr. l. 29, 36; de iur. fisc. 49, 14 l. 12; C. d. bon. proscript. 9, 49 cst. 4. Ein solcher servus poenae war, wie jeder Sklave, rechtlos, er war aber noch erwerbunfähiger, als andere Sklaven; denn er konnte gar nicht erwerben, nicht für sich, weil er rechtloser Sklave war, aber auch nicht für einen Herrn, weil er eigentlich servus sine domino, die Strafe gleichsam seine Herrin war (poenae servus, non fisci, non Caesaris); D. de iur. fisc. l. 12, de his quae pro non script. 34, 8 l. 3 pr. Aus dieser Rechtlosigkeit folgte auch, daß nach römischem Recht ein zum Tode Verurtheilter nicht testiren und überhaupt einen gültigen letzten Willen nicht hinterlassen konnte, D. de iniust. rupt. 28, 3 l. 6 § 6, qui test. fac. 28, 1 l. 8 § 4; eine Ausnahme galt bloß bei Soldaten, welche wegen Militärverbrechen zum Tod verurtheilt wurden l. 6 § 6 cit. und de veteran. succ. 38, 12 l. 1.

Der Freie erlitt durch eine solche Verwirkung eine capitis deminutio maxima, weil er die ganze Persönlichkeit, somit jeden status verlor[4], er wurde gleichsam bürgerlich todt. Denn der Sklave, servus (gewöhnlich auch durch homo schlechtweg bezeichnet) wird als rechtlose Sache behandelt, ist daher Gegenstand des Eigenthums wie ein Thier[5]. Aber man konnte doch dies unnatürliche Verhältnis nicht in seiner vollen Konsequenz festhalten. Man mußte doch bis auf einen gewissen Grad auch im Sklaven den wollenden und handelnden Menschen anerkennen und das geschah hauptsächlich im Interesse ihrer Herren und zwar im Wesentlichen dahin: der willensfähige Sklave hat auch juristische Handlungsfähigkeit; er kann Rechtsgeschäfte schließen, Erwerbungen machen, aber alles dieses kommt nicht ihm zu gut, sondern nur seinem Herrn; nur für diesen ist er handlungsfähig. Was er erwirbt, Forderungen, Eigenthum ꝛc., geht im Moment seiner Erwerbung auf seinen Herrn über; er war das Instrument, durch welches sein Herr erwirbt. Zwar konnte ihm der Herr solche Erwerbungen lassen, oder auch sonst ihm Vermögen geben, peculium servi (peculium concessum); aber dies war nur etwas Faktisches; denn auch ein solches peculium gehörte rechtlich dem Herrn und er konnte es jeden

[4] D. de capite minutis 4, 5 l. 11; I. e. t. 1, 16 § 1. — Dieser Verlust des Rechtsstandes der Freiheit — status — ist nicht zu verwechseln mit dem faktischen Verlust der Freiheit, z. B. durch Gefängnis.

[5] I. l. c. § 4; D. de V. S. 50, 16 l. 215.

Augenblick wieder an sich ziehen[6]. Auch konnte ein Sklave, jedoch nur sehr beschränkt, in gewissen obligatorischen Verhältnissen stehen und Schulden machen, welche wirksam werden konnten, wenn er später frei wurde. In manchen Fällen konnte er auch seinen Herrn verpflichten durch seine Handlungen, gerade wie ein Hauskind seinen Hausvater[7]; nämlich wenn sein Herr ihn zu einem Geschäft beauftragte[8], oder so weit der Sklave das vom Dritten Empfangene zum Besten seines Herrn verwendete, und jedenfalls konnte der Herr, wenn er seinem Sklaven ein peculium gegeben hatte, aus allen Schulden des Sklaven, die nicht durch ein Delikt entstanden, auf Zahlung belangt werden, so weit das peculium reichte. Es galt überhaupt über Erwerbungen der Sklaven und ihr peculium ganz Dasselbe, was nach dem (älteren) römischen Recht auch bei den Hauskindern gegenüber dem Hausvater galt[9]. Beschädigte der Sklave Jemanden durch ein Delikt, so konnte gegen den Herrn auf Ersatz geklagt werden, aber der Herr hatte das Recht dem Beschädigten statt Ersatzes den Sklaven noxae zu geben[10].

Mit der Sklaverei darf man nicht verwechseln die mancipii causa; es konnte nämlich der Hausvater sein (freigeborenes) Hauskind Dritten durch Mancipation verkaufen. Dadurch wurde es dem Käufer dienstbar, in so fern servi loco; im Übrigen aber behielt es seine Persönlichkeit bei und gehörte dem Stand der Freien an[11]. Dieses Institut aber verschwand in den späteren Kaiserzeiten[12]. Nur ein Rest davon erhielt sich bei neugeborenen Kindern[13].

Nach deutschem Recht giebt es eine capitis deminutio maxima nicht; kein lebender Mensch kann bei uns rechtlos sein. Denn unser Recht verwirft jede Sklaverei. Die deutsche Friedlosigkeit aber, durch welche allerdings Rechtlosigkeit begründet wurde, ist schon längst verschwunden; es fallen daher alle Konsequenzen des römischen servi-

---

6 D. de peculio 15, 1 l. 4 pr. § 1. 2, l. 8.

7 I. quod cum eo, qui in al. pot. 4, 7 § 1—4.

8 Vgl. § 83.

9 I. quod cum eo, qui in al. pot. 4, 7 § 1—4; D. de pecul. 15, 1 l. 41.

10 I. de nox. act. 4, 8 pr. § 3. — Es konnte aber auch gegen den Sklaven aus seinen Delikten geklagt werden, wenn er später die Freiheit bekam; nur nicht von dem frühern Herrn, weil dieser sich gegen den Sklaven selbst hätte Satisfaktion verschaffen können. (I. l. c. § 6. D. de O. et A. 44, 7 l. 14, Cod. an servus 4, 14 cst. 1 seq., Gai. IV. 78.

11 Gai. I. I. § 117, § 138—141. — Jeder konnte ihn wieder in die Freiheit loskaufen, oblato pretio.

12 Cod. de patrib., qui filios distrax. 4, 43 cst. 1.

13 Cst. 2 eod.

tus bei uns weg[14]. Mit der Sklaverei aber darf man nicht verwechseln die deutsche Leibeigenschaft; diese war nicht ein Zustand der Rechtlosigkeit, sondern bloß der einer beschränkten Rechtsfähigkeit. Aber auch sie wurde in unserem Jahrhundert in Deutschland durch die neuen Partikulargesetzgebungen beseitigt.

II. Die civitas. Das Staatsbürgerrecht ist natürlich in jedem Staat für die Betheiligung an den publicistischen Verhältnissen wichtig. Allein nach römischem Recht war es auch sehr wichtig für das Privatrecht; denn das ius civile im materiellen Sinne (§ 2 a. E.) galt nur für den römischen civis und für diejenigen Peregrinen, denen das commercium und connubium mit den Römern ertheilt worden war. Nur sie konnten an den Rechtsinstituten des ius civile Theil nehmen[15]. Wer daher das Staatsbürgerrecht verlor[16], verlor eben damit die Theilnahme an den Instituten des Civilrechts[17], erlitt deßhalb auch in seiner Privatrechtsstellung eine bedeutende Minderung, eine capitis deminutio, aber nur eine minor oder media, weil er noch die libertas behielt[18].

Bei uns kann man das Staatsbürgerrecht verlieren durch Auswanderung[19]. Allein hierdurch ändert sich die privatrechtliche Stellung nicht. Denn nach deutschem Recht ist auch der Ausländer derjenigen

---

[14] Nach deutschem Rechte kann ein lebender Mensch niemals zur Sache werden; es läßt keine Sklaverei zu. Die Persönlichkeit kann daher nach unserem Recht nicht nur nicht durch eine Veräußerung aufgehoben oder gemindert, sondern auch auf keine Weise verwirkt werden. Daraus folgt namentlich a. daß nach gemeinem deutschen Recht auch ein zum Tode Verurtheilter gültig letzte Willen errichten kann und ein Testament, das er früher errichtet hatte, gültig bleibt; meine Ausführung im Archiv für civilistische Praxis XVII S. 427; b. daß bei uns auch die Verpflichtung des einen Freien als Sklaven Veräußernden, wenn der Erwerber nicht wußte, daß der Veräußerte ein Freier war (D. de C. E. 18, 1 l. 4, 5; de evict. 21, 2 l. 39 § 3) wegfällt, weil bei uns Jedermann wissen muß, daß überhaupt ein Mensch niemals möglicher Gegenstand des Verkehrs sein kann. Und ebenso fällt auch das Recht der mancipii causa (Arndts, Pand. § 428 Anm. c.) bei uns weg.

[15] Z. B. usukapiren, quiritarisches Eigenthum haben, Agnationsrechte haben, aus römischen Testamenten erben, römische väterliche Gewalt haben.

[16] Z. B. durch aquae et ignis interdictio oder deportatio in insulam.

[17] Der deportatus z. B. verlor nicht nur sein Vermögen an den Staat, sondern konnte, da er keinem Staat mehr als Bürger angehörte, Niemanden beerben, kein Testament machen, nicht beerbt werden (sein später erworbenes Vermögen fiel daher auch an den Staat); sein früher errichtetes Testament fiel zusammen; er verlor die patria potestas über seine Kinder, konnte nicht mehr quiritarisches Eigenthum haben, nicht usukapiren.

[18] D. 4, 5 de cap. minutis l. 11; 48, 19 de poen. l. 17 § 1; I. 1, 16 de cap. deminut. § 2; D. 28, 1 qui test. fac. l. 8 § 1, 2; 48, 22 de interd. l. 6 pr.

[19] Nach dem früheren deutschen Recht auch zur Strafe, nämlich durch Landesverweisung.

Privatrechte, welche unser Recht gewährt, eben so fähig, wie der Staatsbürger. Es giebt daher bei uns nicht mehr eine capitis deminutio media im römischen Sinn[20].

III. Die familia. Dieser status bezog sich auf den römischen Agnationsverband (die familia im altrömischen Sinn), welcher im ältern römischen Civilrecht von großer Bedeutung war, als Bedingung wichtiger Familienrechte (z. B. des Intestaterbrechts). Der Austritt aus diesem Verbande mit Eintritt in einen andern Agnationsverband z. B., durch arrogatio oder ohne solchen z. B., durch emancipatio, also die mutatio familiae war deßhalb auch eine capitis deminutio, aber nur — weil man dabei die libertas und die civitas behielt — minima[21].

Die Handlungsfähigkeit.

§ 44.

Diese ist wohl zu unterscheiden von der Rechtsfähigkeit. Die Rechtsfähigkeit hängt nicht von der Handlungsfähigkeit ab. Denn rechtsfähig ist auch der völlig Handlungsunfähige; aber nicht jeder Rechtsfähige ist handlungsfähig. Man muß aber bei der Handlungsunfähigkeit (nach der Natur der Sache) unterscheiden

I. Die Fähigkeit, überhaupt zu handeln oder die natürliche Handlungsfähigkeit, d. h. die durch die Natur der Sache bestimmte Fähigkeit, zu handeln an sich (ohne Rücksicht auf ihre Folgen). Handeln und Handlung ist wesentlich verschieden von Thun oder That. That ist jedes Thun oder Lassen eines Menschen, ohne Rücksicht darauf, ob es durch den Willen des Thäters bestimmt war oder nicht. Rechtlich von Bedeutung aber kann eine Thätigkeit des Menschen nur sein, wenn sie aus seinem Willen hervorging und eine solche That, d. h. also eine durch den Willen bestimmte That nennen wir Handlung[1].

---

[20] Mit dem Verlust der staatsbürgerlichen Rechte ist keine Minderung der Privatrechtsfähigkeit verbunden; der Fremde kann bei uns nach unserem Recht Privatrechte erwerben.

[21] Das Nähere hierüber und die Nachweisung, daß diese cap. dem. minima (wie auch der Agnationsverband) ihre rechtliche Bedeutung schon im justinianischen Recht im Wesentlichen verloren hatte, gehört in das Familienrecht. — Über die Stellung der Hauskinder im Recht s. § 50.

[1] Vgl. Mein Handbuch des sächs. Strafrechts. S. 315 f.

Es wird somit zu einer vom Rechte zu beachtenden Handlung erfordert die Bestimmung des Willens zum Thun oder Lassen (Entschluß), die innere Seite der Handlung, das Willensmoment, und die That selbst, d. h. die Äußerung des Willens in einem objektiven Thun oder Lassen, die äußere Seite der Handlung, das Thatmoment. — Hiernach wird der Natur der Sache nach zur Handlungsfähigkeit erfordert die aktive Willensfähigkeit (Fähigkeit, einen Willen zu fassen und zu äußern) d. h. Selbstbewußtsein und Bewußtsein dessen, was man thut und das Vermögen, mit Willkür und Wahl sich zu seinem Thun (eigentlich — zum Entschluß seines Thuns) zu bestimmen und eine so weit vorgeschrittene geistige Entwicklung, daß man eine rechtliche Ordnung und ihre Anforderungen begreifen kann. Diese Fähigkeit bildet die natürliche Handlungsfähigkeit. Wer diese Fähigkeit nicht hat, ist schon nach der Natur der Sache handlungsunfähig. Jeder Willensfähige, aber auch nur dieser hat natürliche Handlungsfähigkeit.

II. Juristische Handlungsfähigkeit. Dies ist die Fähigkeit, mit rechtlichen Wirkungen (auf dem Rechtsgebiet mit Erfolg) zu handeln. Bedingung derselben ist die natürliche Handlungsfähigkeit; denn wer überhaupt nicht handeln kann, kann auch nicht mit rechtlichen Folgen handeln. Wer aber natürliche Handlungsfähigkeit (Nr. I) hat, Dem kommt in der Regel auch die juristische zu. Doch giebt es Ausnahmen von dieser Regel, es kann bei einem Willensfähigen die juristische Handlungsfähigkeit in gewissen Beziehungen beschränkt sein [2], namentlich

a. in Beziehung auf die Veräußerungsfähigkeit, d. h. es giebt Personen, die, wenn sie auch an sich willensfähig sind, doch nicht ihr Vermögen verwalten, und Nichts davon veräußern können [3].

b. Die Beschränkung kann aber auch noch weiter sich erstrecken auf die selbständige Verpflichtungsfähigkeit durch Rechtsgeschäfte überhaupt, d. h. es giebt Willensfähige, die nicht nur nicht ihr Vermögen

---

[2] Dies ist mitunter der Fall bloß in Beziehung auf ein einzelnes Rechtsgeschäft, z. B. nach gemeinem Recht kann ein Hauskind, wenn es auch willensfähig ist, doch in der Regel (mit Ausnahme des peculium militare) nicht einen letzten Willen gültig errichten, ist also in dieser Beziehung nicht juristisch handlungsfähig.

[3] Dieses war z. B. nach römischem Rechte der Fall bei dem pubes minor, wenn er einen curator sich erbeten (s. § 48) hatte, und war auch der Fall bei dem filius familias maior in Beziehung auf sein adventicium und bei dem minor, qui veniam aetatis impetravit, in Beziehung auf Immobilien.

verwalten und Nichts davon veräußern, sondern die auch nicht sonst durch Rechtsgeschäfte selbständig (ohne Zustimmung ihres Vertreters) sich verpflichten können. Dies ist der Fall bei den prodigi, bei impuberes und nach gemeinem deutschen Recht bei allen Minderjährigen (§ 48).

III. Die natürliche Handlungsfähigkeit und eben deßhalb auch die juristische kann

1) bei einer Person momentan aufgehoben sein, z. B. bei einem Schlafenden, einem total Betrunkenen (s. § 49); sie kann aber auch

2) einer Person dauernd fehlen. Dies ist der Fall bei den infantes (s. § 48) und bei Geisteskranken (s. § 49) und außerdem giebt es Personen, welche überhaupt gar keine natürliche Handlungsfähigkeit haben können, nämlich die juristischen Personen (s. § 53 ff.). Bei diesen (unter Nr. 2) Genannten gilt gemeinsam Folgendes.

Sie sind unfähig irgend Etwas mit juristischen Folgen zu thun, da sie gar nicht handeln können[4]. Sie können also nicht Rechtsgeschäfte schließen, auch beim Abschluß von Rechtsgeschäften nicht mithandeln, also auch nicht einmal ein Geschenk gültig annehmen, weil die Annahme ein Willensakt ist; sie können nicht ein Delikt begehen, also auch nicht durch eine Beschädigung ersatzpflichtig oder strafbar werden[5].

Sie sind aber durchaus rechtsfähig[6] (denn die Rechtsfähigkeit hängt nicht ab von der Handlungsfähigkeit). Es ist ihre Persönlichkeit von Jedem zu achten. Sie können daher auch Vermögen haben, selbst neues Vermögen erwerben und verpflichtet werden, aber Letzteres — Erwerbungen machen und Schuldner werden, natürlich nur

a. in solchen Fällen, in welchen es dazu einer Mitwirkung des Willens gar nicht bedarf, in welchen also Erwerbung oder Verpflichtung, wie die Römer sagen, ipso iure eintritt oder ex re

---

[4] Es ist ein grober Verstoß, wenn manche Juristen von „Handlungen" der Kinder, der Wahnsinnigen ꝛc. sprechen.

[5] D. de R. V. 6, 1 l. 60; ad l. Aquil. 9, 2 l. 5 § 2; de O. et A. 44, 7 l. 1 § 12; qui test. fac. poss. 28, 1 l. 17; de furt. 47, 2 l. 23. I. de inut. stipul. 3, 19 § 8; D. de administ. et peric. tutor. 26, 7 l. 61 in f. Vangerow Pand. (7. Ausg.) III § 571 Anm. 2 S. 36 ff.

[6] Der willensunfähige Mensch kann in Familienverhältnissen stehen, z. B. wenn ein Ehemann und Hausvater geisteskrank wird, so bleibt seine Ehe und väterliche Gewalt bestehen. D. de his qui sui iur. 1, 6 l. 8; de stat. hom. 1, 5 l. 20.

venit, d. h. in Folge einer dritten, vom Willen ganz unabhängigen Thatsache[7];

b) wenn ihr Vertreter für sie die Erwerbung oder Verpflichtung vermittelt. Es muß nämlich dem Willensunfähigen der Mangel der Handlungsfähigkeit unschädlich gemacht werden (weil er sonst viele Erwerbungen gar nicht machen könnte), und dies geschieht dadurch, daß ihm eine andere Person als Vertreter gesetzt wird, die für ihn sorgt, sein Vermögen verwaltet und durch Rechtsgeschäfte für ihn, so weit dies zulässig ist, Erwerbungen macht und Verpflichtungen kontrahirt (s. §§ 48, 49, 53 ff.).

III. Die Verschiedenheit in der personenrechtlichen Stellung der Menschen.

Einleitung.

Die mit der Persönlichkeit verbundenen Rechte (§ 35) sind in der Regel bei allen Menschen gleich (§ 43 i. Anf.). Allein das Recht kann diesen Grundsatz nicht ausnahmslos festhalten, schon in Rücksicht auf manche natürliche Ungleichheiten, denen ein besonderer Einfluß auf die rechtliche Stellung zukommen muß (§ 19 Nr. II). Außerdem kann das positive Recht auch gewissen socialen und bürgerlichen Stellungen (Adel, Stand ꝛc.) einen (selbst einen unangemessenen). Einfluß auf die Personenrechte einräumen.

Dadurch entsteht dann in einzelnen Beziehungen eine Verschiedenheit in der personenrechtlichen Stellung verschiedener Klassen von Personen[1].

Die Momente, welche auf die personenrechtliche Stellung —

---

[7] Z. B. ein Willensunfähiger kann Vermächtnisse erwerben, weil dazu kein Willensakt nöthig ist. Aus demselben Grunde kann er (nach gemeinem Recht) als suus heres seinen Hausvater beerben. Eben deßhalb konnte nach römischem Recht der Willensunfähige durch seinen Sklaven erwerben, der furiosus durch seine Hauskinder (C. de don. 8, 54 cst. 26; D. de his qui sui iur. 1, 6 l. 8 § 1). Ferner wird er, wenn ein Dritter für ihn gültig negotia gerirt, gegen denselben berechtigt und verpflichtet (D. de O. et A. 44, 7 l. 24. l. 46; qui test. fac. poss. 28, 1 l. 16 § 1; de neg. gestis. 3, 5 l. 3 § 5; I. de hered. quae ab int. 3, 1 § 3; C. de cur. fur. 5, 70 cst. 7 § 3).

[1] Die älteren Civilisten (nicht die Römer) bezeichneten die durch solche Momente bedingte personenrechtliche Stellung durch status naturalis und civilis, je nachdem sie sich auf natürliche oder bürgerliche Eigenschaften stütze. Allein diese Eintheilung läßt sich gar nicht scharf durchführen (z. B. in Hinsicht auf Religion, Armuth ꝛc.) und hat überhaupt keinen Werth. Dergleichen Eintheilungen sind unnützer Gedächtnis-Ballast.

theils einen umfassenderen, theils einen geringeren — Einfluß haben, sind die in §§ 45—52 anzuführenden.

Die Minderung der bürgerlichen Ehre. Infamie.

§ 45.

(Arndts §§ 29—33.)

Diese ist für das Privatrecht von sehr untergeordneter Bedeutung. Äußere Ehre, oft auch bürgerliche Ehre genannt, ist die Anerkennung und Achtung, welche der Person vermöge ihrer Persönlichkeit gebührt [1]. So weit diese Achtung auf der Überzeugung der Anderen beruht, also das Gut ist, in den Augen der Nebenmenschen der sittlichen und rechtlichen Achtung nicht unwerth zu sein (öffentliche Meinung ꝛc.), haben natürlich Staat und Gesetz keine Gewalt über sie. Aber das objektive Recht kann in Folgendem einwirken:

A. Der Staat soll die Ehre der Person gegen widerrechtliche Angriffe schützen, also gegen Verleumdungen ꝛc., ferner gegen solche Handlungen, durch die eine positive Nichtachtung gegen die Person ausgesprochen wird. Das Nähere hierüber gehört in das Strafrecht.

B. Es giebt gewisse Verhältnisse, in welchen die Ehrenhaftigkeit und Würdigkeit einer Person überhaupt oder ihr entschiedener Gegensatz und ein durch unehrenhaftes Leben begründeter übler Ruf einigen Einfluß haben muß [2]. In solchen Fällen muß das Ermessen jedenfalls dann zum Nachtheil des Betreffenden ausfallen, wenn ihm ein ganz gemeines entwürdigendes Leben zur Last fällt, was wir durch Verächtlichkeit, die Römer durch vitae turpitudo oder turpitudinis nota oder macula oder durch persona vilis, turpis bezeichnen [3]. Unsere älteren Civilisten wollten daraus ein besonderes Rechtsinstitut machen, das sie durch infamia facti bezeichneten. Allein dieser Ausdruck ist zu vermeiden. Denn von einem eigentlichen

[1] Innere Ehre ist das Bewußtsein, diese Anerkennung und Achtung zu verdienen; das Bewußtsein von unserem pflichtgemäßen Wollen und Handeln, von unserer Würdigkeit in unserem Pflichtenkreise.

[2] Z. B. bei der Anstellung und Entlassung eines Beamten; bei der Beurtheilung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen; bei dem iuramentum suppletorium oder purgatorium; bei dem Ermessen Dessen, der eine Vergünstigung zu ertheilen hat, und nach römischem Recht noch in einem besondern privatrechtlichen Falle, nämlich der querela inofficiosi testamenti.

[3] D. de testib. 22, 5 l. 3 pr. C. de inoff. test. 3, 28 l. 27. Arndts § 32.

Rechtsinstitut kann hier nicht gesprochen werden, da es sich bloß von dem natürlichen Einflusse unzweifelhafter faktischer Unehrenhaftigkeit und schlechten Rufs auf Verhältnisse handelt, bei denen diese Momente nach der Natur der Sache berücksichtigt werden müssen.

In eine ähnliche Kategorie gehört es, wenn gewisse Stände oder Beschäftigungen für verächtlich gelten. Es kann nämlich eine Volksansicht Veranlassung sein, daß die Genossen gewisser Stände (bloß ihres Standes oder Gewerbes wegen) geradezu für turpes gelten, und in den vorhin bezeichneten Beziehungen zurückgesetzt werden.

Dies war bei den Römern sehr mit Unrecht bei vielen niederen Gewerben der Fall, z. B. bei den tabernarii, den caupones, den stationarii, ferner bei solchen, die in der größten Dürftigkeit lebten (qui per egestatem obiecti sunt in plebeiam vilitatem); ferner bei Kindern der Schauspieler. Sie sprechen auch hier von einer nota oder levis nota und nennen die Betreffenden auch personae turpes oder viles. (Marezoll Über bürgerliche Ehre S. 103 ff. 253 ff.; Schilling Institutionen II. 148, 155.) Allein was über solche Personen das römische Recht bestimmt, läßt sich nicht bei uns anwenden, da in dieser Hinsicht die Volksansichten und Auffassungen bei uns völlig andere sind. Nur versteht sich von selbst, daß wenn ein Gewerbe wirklich eine turpitudo in sich trägt, Der, welcher es treibt, als turpis gelten muß, z. B. ein Bordellwirth, eine liederliche Dirne. — Auch das deutsche Recht hatte in dieser Hinsicht Ähnliches wie das römische, entstanden aus deutscher Volksauffassung. Es erklärte namentlich die unehelichen Kinder und die Abdecker (Schinder) für anrüchig und die Folge davon war, daß sie als unfähig galten zur Theilnahme an Zünften, zur geistlichen Weihe und zu Lehen (Feud. II 26 § 11). Diese Anrüchigkeit konnte aber auf Ansuchen des Anrüchigen durch ein rescriptum principis beseitigt werden (bei dem Schinder aber war Aufgeben des Gewerbes nöthig), was man bei den unehelichen Kindern durch legitimatio minus plena bezeichnet. Mit Recht aber haben in unserem Jahrhundert alle Partikularrechte diese Anrüchigkeit ganz aufgehoben.

C. Das Gesetz kann auch geradezu ein bestimmtes Urtheil über die Ehrenhaftigkeit einer Person in der Art aussprechen, daß es sie ganz oder theilweise der bürgerlichen Ehre für verlustig erklärt. Ein solches Urtheil muß dann natürlich auch auf die rechtliche Stellung der Person von Einfluß sein.

1) Es kann ein Gesetz erklären, daß in gewissen Fällen eine konkrete Person aller Ehre völlig verlustig, wahrhaft ehrlos sein soll, Ehrlosigkeit im eigentlichen Sinne. Dies würde nichts Anderes heißen, als, in dem Betreffenden sei keine Persönlichkeit (keine Menschenwürde) als solche mehr zu respektiren. Ein Solcher müßte daher ganz rechtlos sein. Dies war im römischen Recht der Fall, wenn Jemand servus poenae wurde (§ 28). Die Römer sagen von einem Solchen, seine existimatio sei consumta. Nach deutschem Recht war es der Fall, wenn Jemand für friedlos, d. h.

in die Reichsoberacht erklärt wurde. Allein eine solche wahre Ehrlosigkeit kennt das deutsche Recht nicht mehr.

2) Das römische Recht knüpfte an gewisse Handlungen als Folge derselben eine infamia und zwar bald so, daß bei gewissen Handlungen, welche in der Regel ihrer Natur nach notorisch sind, die Infamie sofort mit der Handlung eintrat, was wir infamia immediata nennen; bald so, daß die infamia als Folge einer gewissen Handlung zwar auch von selbst eintrat, aber erst dann, wenn ein richterliches Urtheil den Betreffenden der Handlung für schuldig erklärt hatte, sog. infamia mediata (Arndts § 31). Diese römische infamia bezeichnen Viele im Gegensatz zu dem unter Lit. B Ausgeführten durch infamia iuris oder durch Ehrlosigkeit. Allein sie besteht nicht in einer wahren Ehrlosigkeit, sondern bloß in einer Schmälerung der bürgerlichen Ehre.

Denn ihre Wirkung, die hauptsächlich dem öffentlichen Recht angehörte, besteht nicht in Rechtlosigkeit, sondern nur im Verluste gewisser Rechte und Fähigkeiten, namentlich im Verluste aller Würden und aller Staats- und Gemeindeämter und Unfähigkeit zu solchen; ferner in Unfähigkeit, als procurator Andere vor Gericht zu vertreten, in Unfähigkeit zu einem vollgültigen Zeugnis und nach deutschem Recht in Unfähigkeit zum Notariat und zu Zünften.

Es ist übrigens sehr bestritten, ob im gemeinen deutschen Recht die römischen Grundsätze über Infamie überhaupt je zur Geltung kamen; z. B. Arndts § 34 a. E. verneint es mit Savigny und Anderen. Aber mit Unrecht. Denn sie wurden bei uns ganz entschieden mit dem römischen Rechte recipirt und als geltend behandelt (so ungeeignet dies auch war); auch die deutschen Reichsgesetze und die gemeinrechtliche Praxis erkannten dies an und nur in Einzelnem wurde auch hier das römische Recht durch deutsches Gewohnheitsrecht mannigfach modificirt. Allein der Beweis hiefür und überhaupt das Nähere über diese Infamie und den Verlust der Ehrenrechte gehört nicht in das Privatrecht, sondern in das Strafrecht. Übrigens wurde schon durch die meisten neueren deutschen Partikularrechte und nun besonders ganz allgemein durch unser Reichsstrafgesetzbuch den vielen Kontroversen, die im ehemaligen gemeinen Recht über Infamie herrschten, ein Ende gemacht, indem alle Bestimmungen des ehemaligen gemeinen Rechts und der älteren Partikularrechte über Infamie aufgehoben und andere Institute an ihre Stelle gesetzt wurden.

Zu den einzelnen Fällen der römischen Infamie, welche durch das deutsche Gewohnheitsrecht unpraktisch wurden, gehörten namentlich die actiones famosae, d. h. privatrechtliche Klagen, welche dem Beklagten, wenn er es zur Verurtheilung kommen ließ, Infamie zuzogen, nämlich die actio doli und die actio directa aus den sog. contractus famosi, nämlich dem Depositum, der Societät, dem Mandat und aus dem Quasikontrakte der Tutel gegen den tutor (Arndts § 31 Anm. 1).

Denn nach deutschem Gewohnheitsrecht hat die Verurtheilung zu einer Leistung in Folge einer privatrechtlichen Klage nie Infamie zur Folge. Überhaupt tritt nach dem gemeinen deutschen Recht die Infamie nur als Folge theils der Verurtheilung wegen gewisser Verbrechen, theils der Erleidung gewisser Strafen ein und bildet eine Ergänzung der strafrechtlichen Wirksamkeit des Staates. Schon deßhalb ist das Genauere über Infamie nicht in den Pandekten, sondern im Strafrecht zu entwickeln.

Die Religion.

§ 46.

(Arndts § 34.)

Die christlichen römischen Kaiser ließen sich durch den Einfluß der Kirche verleiten, nur die orthodoxen Christen als vollberechtigt anzuerkennen; sie setzten die Ketzer, Apostaten und Paganen unter die ungerechtesten Bestimmungen selbst im Privatrecht[1], und das kanonische Recht machte es ebenso[2].

Allein diese Bestimmungen sind in Deutschland durch Gewohnheitsrecht längst beseitigt. Doch war nach der Reformation der volle Genuß gleicher bürgerlicher und politischer Rechte nur den drei christlichen Religionsparteien, den Katholiken, Lutheranern und Reformirten garantirt[3] und eine besondere beschränktere Stellung auch im Privatrecht hatten in Deutschland stets die Israeliten, ursprünglich hauptsächlich veranlaßt durch ihre fremde Nationalität (vgl. § 17) und später festgehalten durch die Rücksicht auf ihre Religion.

Erst in unseren Zeiten fing die Gesetzgebung der einzelnen deutschen Staaten an, diese ungleiche Stellung der Juden auszugleichen, und einige Staaten stießen überhaupt den Einfluß des religiösen Bekenntnisses auf die rechtliche Stellung ganz aus. Dieses that auch der norddeutsche Bund durch das Bundesgesetz vom 3. Juli 1869, welches nunmehr in ganz Deutschland als Reichsgesetz gilt und alle Beschränkungen der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte, welche auf die Verschiedenheit des religiösen Bekenntnisses sich stützten, aufgehoben hat.

Geschlecht.

§ 47.

(Arndts § 35.)

I. Die Verschiedenheit des Geschlechts ist in der Regel auf dem privatrechtlichen Gebiet ohne Einfluß. Unser Recht achtet in den Frauen an sich in gleicher Weise die Persönlichkeit, wie in dem Manne. Daraus folgt aber nicht, daß in allen und jeden Beziehungen die Frauen die gleiche rechtliche Stellung haben sollen, wie die Männer.

---

[1] S. Cod. lib. 1. tit. 5—11.
[2] Vgl. Arndts § 34 Anm. a.
[3] Westfälischer Friede von 1648. — Deutsche Bundesakte.

Es treten auch im Privatrecht einzelne durch die Eigenthümlichkeit des Weibes und seine durch die Natur ihm angewiesene Stellung zum Manne bedingte Ausnahmen ein. Die Ehefrau hat in ihrem Ehemanne das Haupt des Hauses zu achten und ihm gebührt in den Angelegenheiten des Hauses die maßgebende Stimme. Sie ändert durch die Ehe Namen und Stand, und bekommt den des Ehemanns; sie hat über die Kinder nicht die Rechte, welche unter der väterlichen Gewalt begriffen sind; sie kann nicht Vormünderin über Andere sein, außer (nach gemeinem Recht) über ihre Kinder und Enkel; sie kann nicht Zeuge sein bei letzten Willen; auch genießt sie besonderen Schutz bei Intercessionen und Begünstigungen bei der dos; im Proceß und im Strafrecht (nicht, wie Viele annehmen, im Privatrecht) wird ihr in manchen Fällen der Rechtsirrthum verziehen. Noch weiter ging das ältere römische und das deutsche Recht; das erstere setzte die Frauen unter eine lebenslängliche Tutel und gab ihnen auch im Erbrecht nur sehr beschränkte Befugnisse [1]. Allein die tutela der Frauen verlor sich allmählich in den Kaiserzeiten und ebenso wurde die Vernachtheiligung der Frauen im Erbrecht beseitigt.

Auch das deutsche Recht setzte die Frauen unter eine lebenslängliche Geschlechtsvormundschaft [2], die Ehefrau unter die Vogtei ihres Ehemanns, unverheirathete Volljährige unter einen Vogt, den sie in der Regel selbst wählten. Auch waren sie häufig in erbrechtlichen Verhältnissen vernachtheiligt. Von dem Letztern blieb noch Einiges übrig, bei der Succession im Lehen und in Stammgütern. Die Geschlechtsvormundschaft aber erhielt sich nur noch in einigen Partikularrechten und wurde in den neueren Zeiten auch in den meisten Partikularrechten mit Unrecht theils ganz abgeschafft, theils, wie z. B. vom sächsischen, nur die des Ehemanns über die Frau bestehen gelassen [3].

II. Die Möglichkeit eines Mittelwesens zwischen Mann und Weib nimmt das gemeine Recht nicht an; es geht davon aus, daß auch im scheinbaren Hermaphroditen (Zwitter) stets eines der zwei Geschlechter prävalire, zu dem er dann zu zählen sei [4].

---

[1] Hierauf bezieht sich wohl die Bemerkung Papinians in D. de statu hom. 1, 5 l. 9.

[2] Dies, natürlich unabhängig vom römischen Recht, wegen Mangels der Wehrhaftigkeit.

[3] Das Nähere darüber gehört in das Germanicum und die Partikularrechte.

[4] Arndts § 35 Note a. (vgl. auch das. § 486 Anm. 3); über die Stellen der ersten Hälfte der Anm. des Kompendiums s. oben § 26 Lit. B Nr. I. 2 ꝛc. — Bis zur

Das Alter.

§ 48.

(Arndts § 36.)

Von bedeutendem Einfluß auf die Stellung der Person ist das Lebensalter. Der Mensch entwickelt sich nur allmählich zum Selbstbewußtsein und zum Begreifen der ihn umgebenden Welt und der Rechtsverhältnisse und zur Selbständigkeit. Darauf muß auch das Recht Rücksicht nehmen und deßhalb verschiedene Entwicklungsstufen mit verschiedenen rechtlichen Folgen unterscheiden, aber nicht nach der Individualität des betreffenden Subjekts [1]; denn dadurch würde die Festigkeit und Sicherheit in Rechtsverhältnissen wesentlich leiden; sondern nach allgemeinen Durchschnitten, sollten sie auch nicht auf jedes betreffende Individuum ganz passen (§ 19). Deßhalb setzt unser Recht einen bestimmten Altersabschnitt fest, mit welchem die volle Selbständigkeit beginnt, und zwar setzte das römische Recht diesen bei beiden Geschlechtern gleichmäßig auf das zurückgelegte 25. Lebensjahr. Mit diesem ist der Mensch maior, d. h. maior viginti quinque annis. So lange er noch nicht das 25. Jahr zurückgelegt hat, ist er minor (minorenn, minderjährig) [2].

Dieser Zeitpunkt war freilich zu weit hinausgerückt. Nur trifft dieser Vorwurf weniger das römische Recht; denn nach diesem hatte der Minderjährige, wenn er pubes war, eine vielfach selbständige Stellung.

Das gemeine deutsche Recht aber giebt jedem Minderjährigen, auch dem pubes eine sehr unselbständige Stellung und dadurch mußte der römische Zeitpunkt des Eintritts der Volljährigkeit als viel zu weit hinausgerückt erscheinen, aber dennoch adoptirte ihn das ehemalige gemeine Recht ganz aus dem römischen (s. unten Nr. III BB).

Es war daher sehr gerechtfertigt, daß viele deutsche Partikularrechte hierin dem gemeinen Recht nicht folgten, sondern die Volljährigkeit früher eintreten ließen. [So nun auch das neue gemeine deutsche Recht. Reichsgesetz vom 17. Febr. 1875 § 1: Das Alter der Großjährigkeit beginnt im ganzen Umfange des deutschen Reichs mit dem vollendeten einundzwanzigsten Lebensjahre.]

Pubertät ist die Frage ohne juristisches Interesse und bei dieser wird es sich wohl meist entscheiden. — Würde je ein wirklicher Zwitter vorkommen, so müßte man eben ihm, oder wenn er in väterlicher Gewalt oder Vormundschaft steht, seinen Hausvater oder Vormund die Wahl, zu welchem Geschlecht er zu zählen sei, überlassen. Eine spätere Änderung der Wahl wäre ohne Rechtswirkung, z. B. ein Zwitter, der bisher als Mann lebte und Bürgschaften einging und von jetzt an als Frau gelten will, kann nicht seine früheren Bürgschaftsverbindlichkeiten aus diesem Grunde angreifen.

[1] Dies geschah im römischen Recht früher bei der Pubertät der Knaben.

[2] D. de minor. 4, 4 l. l. 1 § 2; I. de curatorib. 1, 23 pr.

A. Das unselbständige Alter, oder die Minderjährigkeit[3]. Die Stellung aller Minderjährigen ist nicht durchaus eine gleiche. Vielmehr unterscheidet unser Recht innerhalb der Minderjährigkeit noch verschiedene Stufen mit praktischen Folgen. Vieles aber ist allen Minderjährigen gemein. Man muß deßhalb weiter unterscheiden

I. das Gemeinsame, d. h. die Stellung aller Minderjährigen überhaupt. Bei allen gilt Folgendes gleichmäßig:

1) alle Minderjährigen sind nach dem (gemeinen) deutschen Recht unselbständig und in der juristischen Handlungsfähigkeit sehr beschränkt; die freie Veräußerungs- und Verpflichtungsfähigkeit (§ 44 Nr. II a. b.) fehlt ihnen; sie kommen daher unter einen Vormund, der ihr Vermögen verwaltet, für ihre Person sorgt, für sie Rechtsgeschäfte abschließen kann und ohne dessen Zustimmung sie weder Etwas veräußern, noch sich überhaupt durch Rechtsgeschäfte verpflichten können[4].

2) Sachen eines Minderjährigen sollen in der Regel überhaupt nicht veräußert werden, außer bei dringendem Bedürfnis, und selbst im letztern Fall kann in der Regel der Vormund die Veräußerung nicht für sich vornehmen oder den minor dazu ermächtigen, sondern ist noch eine Erlaubnis des Gerichts, ein decretum magistratus nöthig. Wird hiergegen gefehlt, so ist die Veräußerung nichtig auf die unten (§ 84 Nr. III) anzugebende Weise.

3) Die Minderjährigen genießen singuläre Vorrechte bei der Verjährung und in Beziehung auf Zinsen und besonders haben sie das exorbitante beneficium der restitutio in integrum. Diese singulären Vorrechte bezeichnet man gewöhnlich durch beneficia oder iura minorum.

4) Von selbst versteht sich, daß jeder Minderjährige in allen den Fällen verpflichtet oder berechtigt wird, in denen dies sogar bei jedem Willensunfähigen der Fall ist (s. § 44 Nr. III).

II. Die besondere Stellung der impuberes. Ein Knabe, welcher das 14., und ein Mädchen, welches das 12. Jahr noch nicht zurückgelegt hat, ist impubes (unreif), oder nach dem Sprachgebrauch der Civilisten unmündig. Das römische Recht bezeichnet

[3] Die meisten Kompendien, auch Arndts, sind hier ganz ungenügend, geben nur eine magere Nomenklatur, ohne Leben und Bedeutung.

[4] Hierüber und über die Bestimmungen des römischen Rechts s. unten Nr. II und III.

dieses Alter durch prima oder puerilis aetas. Die impuberes stehen schon nach römischem Recht, wenn sie keinen Hausvater haben, stets unter einem Vormund, tutor und heißen dann pupilli[5]. Man muß aber bei den impuberes noch weiter unterscheiden:

1) die infantia (Kindheit). Im juristisch-technischen Sinne ist infans ein Kind unter 7 Jahren. Das römische Recht bezeichnet ein solches Kind deßhalb durch infans, weil es die (juristische) Bedeutung Dessen, was es spricht und thut, noch gar nicht einsehen kann[6].

Von diesen infantes nimmt unser Recht unbedingt an, daß ihnen die Willensfähigkeit, also jede natürliche und daher auch jede juristische Handlungsfähigkeit ganz abgehe[7].

2) impuberes infantia maiores. Es sind die Knaben über 7 und unter 14, die Mädchen über 7 und unter 12 Jahren, im römischen Recht gewöhnlich bezeichnet durch qui fari possunt[8]. Bei diesen ist es möglich, daß sie natürliche Handlungsfähigkeit (§ 44) haben; aber es hängt dies ganz je von ihrer individuellen Entwicklung ab und jedenfalls ist ihre juristische Handlungsfähigkeit sehr beschränkt. Es gilt von ihnen Folgendes:

a. sie gelten durchaus für fähig zu bloßen Erwerbshandlungen, überhaupt zu jeder Handlung, durch die sie ihre Lage verbessern (meliorem suam Conditionem faciunt) und keine Verbindlichkeiten übernehmen[9]. Zu diesem Zweck schreibt ihnen das Recht Willensfähigkeit und juristische Handlungsfähigkeit zu, sollten sie auch die Sache nicht recht verstehen; sie bedürfen dazu keines Vormunds[10].

b. Dagegen können sie nicht selbständig Etwas von ihrem Vermögen veräußern und überhaupt sich nicht selbständig durch Rechts-

---

[5] Pupillus heißt mitunter auch ein impubes, der noch in patria potestate ist. D. de verbor. obl. 45, 1 l. 141 § 2.

[6] Cod. de iure delib. 6, 30 cst. 18 pr. Savigny Syst. III p. 29 ff.

[7] Nullum intellectum habent; I. de inut. stip. 3, 19 § 10. Es galt also bei ihnen ganz das unter § 44 Nr. III Ausgeführte.

[8] D. de V. O. 45, 1 l. 141 § 2 (pupillus ex quo fari coeperit, d. h. welche mit Einsicht in die Bedeutung des Gesprochenen reden können D. de R. I. 50, 17 l. 5).

[9] Deßhalb können sie nicht selbständig eine Erbschaft antreten, auch wenn sie vortheilhaft ist, weil damit immer auch Verbindlichkeiten verknüpft sind. I. de auct. tut. 1, 21 § 1, Dig. de auct. et cons. tut. 26, 8 l. 9 § 3.

[10] Es ist dies utilitatis causa receptum. — Sie können daher, wenn ihnen Jemand ein Geschenk anbietet, es gültig acceptiren; wenn ihr Gläubiger ihnen eine Schuld nachlassen will, mit ihm selbständig einen Nachlaßvertrag schließen; sie können selbständig den Besitz einer Sache und dadurch das Eigenthum derselben erwerben. I. de inut. stip. 3, 19 § 10, de auct. tut. 1, 21 pr.; D. e. t. 26, 8 l. 9; de pact. 2, 14 l. 28 pr. a. E.; de acceptil. 46, 4 l. 2; rem. pupilli 46, 6 l. 6.

geschäfte verpflichten. Deßhalb schließt solche Geschäfte gewöhnlich ihr Vormund für sie, so fern das Geschäft ein solches ist, das durch einen Stellvertreter geschlossen werden kann. Sie können aber auch verpflichtende Geschäfte selbst schließen, da sie nicht wie ein infans ganz willensunfähig sind; aber bedürfen dabei der Zustimmung ihres Vormunds [11].

Zu dieser Zustimmung verlangte das römische Recht bei impuberes (infantia maiores) die Form, daß bei der Handlung des impubes der Vormund persönlich gegenwärtig ist und ihr unbedingt zustimmt und auf diese Weise gleichsam den noch unvollkommenen Verpflichtungswillen des impubes unmittelbar ergänzte (auctoritas tutoris) [12].

Diese Grundsätze (Lit. b) gelten auch bei uns, nur mit Ausnahme der Form. Nach deutschem Gewohnheitsrecht nämlich ist die Form der auctoritas nicht erforderlich, sondern es wird zur Gültigkeit des verpflichtenden Geschäfts, welches ein impubes infantia maior eingeht, nur Konsens des Vormunds erfordert, d. h. daß der Vormund auf irgend eine Weise vor, bei oder nach der Abschließung seine Zustimmung giebt [13].

c. Wenn ein impubes infantia maior ohne Zustimmung des Vormunds ein verpflichtendes Geschäft eingeht, so ist das Geschäft nichtig [14] und er wird nicht dadurch verpflichtet, außer so weit er aus dem Geschäft noch zu der Zeit bereichert ist, an der sein Kontrahent von ihm Erfüllung verlangt [15].

---

[11] Der Pupill ist — abgesehen von reinem Erwerb und Delikten — nicht juristisch handlungsfähig ohne auctoritas tutoris, aber mit dieser ist er durchaus juristisch handlungsfähig. D. de R. I. 50, 17 l. 189. So sagt auch Paulus D. de adq. her. 29, 2 l. 9 in Betreff des Erbschaftsantritts: das könne ein Pupill, qui fari potest, doch nicht verstehen, so wenig, wie ein furiosus und doch könne er cum tutoris auctoritate antreten: hoc enim favorabiliter eis praestatur.

[12] I. de auct. tut. 1, 21 pr.; D. e. t. 26, 8 l. 9; de O. et A. 44, 7 l. 43; de pact. 2, 14 l. 28 pr.

[13] S. die Lehre von der Vormundschaft.

[14] Nach der in § 84 Nr. III auszuführenden Weise.

[15] Wenn ich daher z. B. einem 13jährigen Knaben ein Darlehn gebe, ohne daß sein Vormund zustimmte, oder ihm eine Uhr auf Kredit verkauft und sie ihm überliefert habe ohne Zustimmung des Vormunds, so kann ich von ihm nur so viel von jenem Darlehn wiederfordern, als er zur Zeit der Anforderung noch hat, oder so weit er sich dafür etwas Anderes anschaffte oder nothwendige Auslagen ersparte; ich kann aber gar Nichts von ihm fordern, wenn er das Darlehn verschleuderte. Eben so wenig wird er mir aus dem Kauf der Uhr Etwas schuldig, nur muß er die Uhr, wenn er sie nicht verschleuderte, oder das, was er etwa durch sie erwarb, mir zurückgeben. D. commodati 13, 6 l. 3 pr.; de instit.

d. Delikte kann nur begehen, wer willensfähig (doli et culpae capax) ist, dem also seine verletzende That zur Schuld zugerechnet werden kann (s. § 85 f.). Deßhalb kann ein infans gar kein Delikt begehen und wird daher aus Verletzungen, die er faktisch zufügt, nicht ersatzpflichtig (§ 44 Nr. III). Bei einem impubes infantia maior dagegen ist es wohl möglich, daß er doli et culpae capax ist. Allein dies hängt bei ihm ganz von seiner individuellen Reife ab; deßhalb hat, wenn er Jemanden verletzt, in jedem konkreten Fall der Richter erst zu ermessen, ob der Thäter geistig so weit war, daß man ihm seine That zur Schuld zurechnen kann[16]. Nur soll bei dem zur Zeit der That ganz nahe an der pubertas Stehenden (pubertati proximus) im Zweifel für Zurechnungsfähigkeit, dagegen bei dem noch ganz nahe an der Kindheit Stehenden (infantiae proximus) im Zweifel gegen die Zurechnungsfähigkeit entschieden werden[17].

e. Einen letzten Willen kann ein impubes nicht errichten; denn er selbst hat dazu noch nicht das rechte Verständniß; sein Vormund aber kann hierin nicht für ihn handeln, weil ein letzter Wille der wirkliche Wille des Erblassers selbst sein soll[18]. Auch kann ein impubes nicht Solennitätszeuge sein und natürlich auch nicht heirathen.

III. Die Stellung der puberes[19]: Die pubertas, Geschlechtsreife, von den Civilisten gewöhnlich durch Mündigkeit bezeichnet, beginnt mit der Zurücklegung des 14., bei Mädchen des 12. Lebensjahres[20]. Die puberes minores haben natürlich dieselbe Erwerbsfähigkeit, wie die impuberes infantia maiores; es gilt daher auch von ihnen das vorhin (Nr. 2a) Gesagte. Ihre Handlungsfähigkeit aber erstreckt sich noch viel weiter. Denn

1) unser Recht geht mit gutem Grund davon aus, daß bei den puberes ihr Alter (Jugend) nicht mehr ein Hindernis der Willensfähigkeit, also der natürlichen Handlungsfähigkeit ist. Deßhalb

act. 14, 3 l. 10; de auct. tut. 26, 8 l. 5 pr. § 1, l. 9 pr.; de solut. 46, 3 l. 47 pr. § 1, l. 66. Vgl. auch unten § 84.

16 D. de furt. 47, 2 l. 23; ad leg. Aquil 9, 2 l. 5 § 2. Savigny Syst. III S. 41 ff.

17 I. de inutil. stipul. 3, 20 § 10; D. de R. I. 50, 17 l. 111 pr.

18 I. quibus non est permiss. 2, 12 § 1. D. de tutel. act. 27, 3 l. 1 § 1.

19 Adulti oder adolescentes, häufig auch minores schlechtweg (im engern Sinne) genannt; secunda aetas (bei Mädchen auch viripotens).

20 Cod. quando tutores 5, 60 cst. 3. — I. quib. mod. tutel. fin. 1, 22. Mit dem zurückgelegten 25. Jahr wurde der pubes volljährig. Savigny Syst. III S. 57—79.

haben die puberes in der Regel (vgl. Nr. 2) auch juristische Handlungsfähigkeit. Namentlich

a. können sie Delikte begehen und werden durch dieselben ersatzpflichtig (und strafbar), weil dazu bloß Willensfähigkeit gehört und diese bei ihnen durch ihr jugendliches Alter nicht ausgeschlossen wird.

b. Sie können ganz selbständig letzte Willen errichten[21], ferner können sie

c. Solennitätszeugen sein[22].

d. Sie sind eidesfähig und an sich fähig, eine Ehe einzugehen[23].

Beschränkt ist aber ihre juristische Handlungsfähigkeit bei Akten der Vermögensverwaltung und in Beziehung auf Übernahme von Verpflichtungen.

Hier unterscheidet sich das gemeine deutsche Recht wesentlich vom römischen Recht.

AA. Die vermögensrechtliche Stellung des pubes minor nach römischem Rechte; s. besonders Savigny Von dem Schutze der Minderjährigen im römischen Rechte. Berlin 1835. 2. Ausg. in der Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsw. X 1840 S. 232 ff.; 3. verm. Ausg. in seinen Vermischten Schriften II 1850 S. 321—395.

I. Das römische Recht kannte lange Zeit nicht eine höhere, über der Pubertät stehende Altersstufe, welche einen Einfluß auf die vermögensrechtliche Selbständigkeit gehabt hätte; es unterschied bloß puberes (mit dem zurückgelegten 14. Lebensjahre bei dem männlichen, mit dem 12. bei dem weiblichen Geschlecht) und impuberes. Mit der Pubertät trat (abgesehen von den Beschränkungen der Geschlechtsvormundschaft, denen das weibliche Geschlecht bis in die Kaiserzeiten unterworfen war) volle Selbständigkeit ein, so weit sie überhaupt durch das Alter bedingt war. Der pubes stand unter keinem Vormunde, konnte sein Vermögen frei verwalten und sich durch Rechtsgeschäfte jeder Art selbständig verpflichten. Die strenge Sitte, welche lange Zeit in Rom herrschte, und die Einfachheit der socialen Verhältnisse schien diese freie Stellung weniger bedenklich zu machen, konnte aber freilich gegen die Nachtheile, die durch Mangel an Erfahrung und Umsicht und die vertrauensvolle Hingebung der Jugend drohten, nicht schützen, und bedenklicher wurde eine solche Stellung, als die Sittenstrenge nachließ und Rom mit Reichthümern überhäuft wurde. Die Erwägung dieser möglichen Nachtheile aber führte doch lange Zeit nicht dahin, jene Selbständigkeit direkt anzutasten; es wurde nur auf indirekte Weise zu helfen gesucht. Zunächst geschah es wohl um die Mitte des 6. Jahrhunderts Roms in sehr beschränkter Weise durch eine lex Plaetoria (wohl nicht Laetoria, vgl. Savigny a. O. S. 330). Diese lex war es, welche zuerst dem zurückgelegten

[21] D. qui testam. fac. poss. 28, 1 l. 5.

[22] I. de testam. 2, 10 § 6.

[23] Mit Zustimmung ihrer Eltern. [Nach dem deutschen Reichsgesetz über die Eheschließung vom 6. Febr. 1875 (Reichs-Gesetzblatt S. 23) § 28 tritt die Ehemündigkeit des männlichen Geschlechts mit dem vollendeten 20. Lebensjahre, die des weiblichen Geschlechts mit dem vollendeten 16. Lebensjahre ein. Über den elterlichen Konsens s. daselbst § 29.]

25. Lebensjahre eine rechtliche Bedeutung gab (weßhalb dieser Altersabschnitt durch legitima aetas bezeichnet wurde), somit die Unterscheidung zwischen maiores XXV annis und minores (Letztere überhaupt Alle, welche noch nicht das 25. Jahr zurückgelegt haben, im engeren Sinn aber die puberes minores, wie auch wir unter Minderjährigen im engeren Sinn die mündigen Minderjährigen begreifen) einführte. So weit sich aus den wenigen Nachrichten, die wir über sie haben (s. über sie besonders Savigny a. O. S. 330—351) schließen läßt, soll nach ihr Derjenige, welcher einen pubes, der das 25. Lebensjahr noch nicht zurückgelegt habe, bei einem Vertrage vorsätzlich übervortheilte, einer Kriminalanklage (wohl auf Geldstrafe) unterworfen und infam sein, und der Minderjährige den Vertrag durch eine exceptio anfechten können, auch jeder pubes minor das Recht haben, wenn er einen Vertrag einzugehen beabsichtige, zu demselben sich einen Kurator zu erbitten, der ihm als Rathgeber zur Seite stehen und dadurch den Kontrahenten des Minderjährigen gegen jeden Verdacht einer Zuwiderhandlung gegen die lex decken sollte. — Einen weit größeren Schritt in dem Schutze der Minderjährigen aber machte das prätorische Edikt, wohl bald nach der lex Plaetoria und im Anschlusse an die von ihr festgesetzte Altersgrenze; es sagte ihnen gegen nachtheilige Rechtsgeschäfte und Versäumnisse Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu: D. de minor. 4, 4 l. 1 pr. (s. die Lehre der in integrum restitutio). — Hiernach beschränkte weder die lex Plaetoria noch das prätorische Edikt den pubes minor irgend in seiner juristischen Handlungsfähigkeit und in der freien Verwaltung seines Vermögens. In den ersten Kaiserzeiten kam es aber auf, daß er für gewisse Rechtsakte angehalten werden konnte, sich einen Kurator zu erbitten, der dann bloß vorübergehend für den besonderen Fall bestellt wurde (curator ad species datus, specialis curator). Ein solcher Kurator war nöthig, wenn der Minderjährige sich adoptiren lassen wollte, was nach einer Bestimmung von Kaiser Claudius nur mit Zustimmung eines Kurators geschehen konnte, D. de adopt. 1, 7 l. 8, ferner, wenn er einen Proceß zu führen hatte, den dann der Kurator für ihn oder er unter Beistand des Kurators führte, de curat. 1, 23 § 2 D. de adm. tut. 26, 7 l. 1 § 3, 4; C. qui pet. 5, 31 cst. 1 und wenn die Minderjährige eine dos bestellen wollte, D. de iur. dot. 23, 3 l. 61; C. e. t. 5, 12 cst. 28. Auch konnte ein Schuldner, der seinen minderjährigen Gläubiger zahlen wollte, von demselben, um sich gegen die nachtheiligen Folgen einer Restitution, falls der Minderjährige die empfangene Zahlung verschleudern würde, zu decken, verlangen, daß er sich einen Kurator erbitte, der ihn zur Annahme der Zahlung ermächtige, D. de minor. l. 7 § 2. Deßhalb konnte auch, wenn ein impubes in die Pubertät trat, sein abgehender tutor, der ihm Rechnung abzulegen und das Vermögen zu übergeben hatte, verlangen, daß er sich zu diesem Zwecke einen Kurator erbitte; C. qui pet. cst. 7. Dabei legte Mark Aurel noch einen besonderen Schutz in die Hände des pubes selbst; er gestattete allen puberes, sich überhaupt, wenn sie wollen, für die Verwaltung ihres Vermögens einen, in der Regel von ihnen zu bestimmenden Kurator (generalis curator) zu erbitten (Savigny a. O. S. 355 f.), den sie aber dann in der Regel (D. de minor. l. 2 l. 3 pr.) bis zu ihrer Volljährigkeit behalten mußten. — Hierbei verblieb es auch bis ins neueste römische Recht; einem pubes minor wurde, abgesehen von den angeführten Fällen, für welche ein Specialkurator nöthig war, wider seinen Willen ein Kurator nicht aufgedrungen, I. de curat. 1, 23 § 2 D. de tut. dat. 26, 5 l. 13 § 2; qui pet. 26, 6 l. 2 § 4, 5. Zwar scheint diesem entgegen zu stehen, daß manche Quellenstellen so sprechen, als ob jeder pubes minor einen Kurator habe (z. B. I. de curat. pr.) und daß schon Ulpian von seiner Zeit sagte, die puberes seien bis zur Erreichung der Volljährigkeit unter Kuratoren und vor diesem Zeitpunkt sei ihnen die Verwaltung ihres Vermögens nicht anzuvertrauen, D. de min. l. 1 § 3. Deßhalb behaupteten auch wirklich viele ältere Civilisten, seit Mark Aurel sei jedem pubes auch wider seinen Willen ein Kurator gegeben worden (über die verschiedenen Ansichten der Älteren vgl. Glück Pandektenkommentar XXX S. 20—31, Savigny a. O. S. 369 f.). Allein jene

Äußerungen der Quellen wird man nur dahin zu verstehen haben, daß das Verhältnis auf solche Weise sich allmählich faktisch gestaltete. Denn der pubes minor hatte in einzelnen Fällen (s. oben) ohnehin einen Kurator nöthig und zum Theil in solchen, die sich sehr oft wiederholten, und darin lag schon eine nahe Veranlassung zur Erbittung eines Generalkurators; die Tutoren waren angewiesen, den in die Pubertät eintretenden Mündel zu ermahnen, sich einen Generalkurator zu erbitten (D. de adm. tut. 26, 7 l. 5 § 5; daß er, wie Manche, z. B. Glück a. O. S. 27 behaupten, wenn er der Ermahnung nicht folgte, wider seinen Willen einen Generalkurator erhalten habe, ist in den Quellen nirgends gesagt, s. Bethmann-Hollweg im Rhein. Museum VI. S. 238 ff.), die Behörden unterstützten dies wenigstens bei bedeutenderem Vermögen des Mündels und die Mündel selbst werden es häufig in ihrem Interesse gefunden haben, einen unter der Aufsicht der Behörden stehenden Verwalter ihres Vermögens zu erhalten. So wird es sich von selbst gemacht haben, daß meist die Minderjährigen unter Generalkuratoren standen, ohne daß sie ihnen wider ihren Willen gesetzt worden wären; Savigny a. O. S. 379 f.; daß es aber auch immer noch Minderjährige gab, welchen kein Kurator bestellt war, läßt sich nicht bezweifeln, vgl. z. B. C. de in int. rest. 2, 22 cst. 3 a. E. Wenn nun ein pubes sich einen Generalkurator erbeten hatte: so fragt es sich, in wie weit er durch denselben in seiner juristischen Handlungsfähigkeit beschränkt wurde. In dieser Hinsicht ist zu unterscheiden:

1) Die Wirkung einer solchen allgemeinen Kuratel war jedenfalls, daß das Vermögen des Minderjährigen (nicht bloß, wie Savigny a. O. S. 382, aber ohne Quellenbeleg annimmt, das Vermögen, das es zur Zeit der Bestellung der Kuratel hatte, sondern auch das später erworbene) in die Verwaltung des Kurators kam und der Minderjährige die Disposition über sein Vermögen, somit die Fähigkeit, zu veräußern und Rechtsgeschäfte, welche eine Veräußerung zum Zwecke hatten, selbständig zu schließen, verlor; zur Gültigkeit solcher Geschäfte war consensus des Kurators nöthig, C. de in int. rest. 2, 22 cst. 3, welcher aber an keine Form gebunden war und vor, bei oder nach Abschluß des Geschäfts mündlich oder schriftlich ꝛc. gegeben werden konnte; außerdem scheint Justinian in C. de adm. tut. 6, 37 cst. 26 davon auszugehen, daß ein minor curatorem habens auch zum Antritt einer Erbschaft Konsens seines Generalkurators nöthig habe.

2) Bestritten ist aber, ob die Wirkung der Generalkuratel sich noch weiter erstreckte. Diese Frage a. wurde früher von der Glosse an beinahe von Allen bejaht; sie nahmen auf Grund der cst. 3 cit. an, daß der Minderjährige durch Erlangung eines Generalkurators nicht bloß die Veräußerungsfähigkeit, sondern überhaupt die Verpflichtungsfähigkeit verloren habe, so daß jedes verpflichtende Rechtsgeschäft, das er ohne Konsens des Kurators schloß, nichtig gewesen sei. Dies behaupteten nicht nur die Glossatoren (s. Gl. ad. cst. 3 cit.) und die Postglossatoren, z. B. Bartolus, Baldus, Paulus Castrensis in ihren Comm. in Cod. ad cst. 3 cit., sondern auch beinahe alle Civilisten des 16. Jahrhunderts, z. B. Zasius Comm. in tit. de VO. ad l. 101, Sichardus Praelect. in Cod. ad cst. 3 cit., Donellus Comm. de iur. civ. XII c. 22 § 14. 15; auch blieb diese Ansicht später mit sehr wenigen Ausnahmen bis in unser Jahrhundert die durchaus herrschende bei Theoretikern und Praktikern (s. z. B. die ausführliche Vertheidigung derselben und Einiges über die Litteratur bei Glück Pandektenkomment. IV S. 76—83, vgl. auch dens. XXX S. 471 f.) und auch in unseren Zeiten wird sie noch häufig vertheidigt, so namentlich von Mühlenbruch Pandekten § 591 und besonders von Puchta Pandekten und Vorlesungen § 51, Institutionen II § 202 Not. aa. — Dabei machten b. die meisten Vertheidiger dieser Ansicht noch einen Unterschied zwischen obligatorischen Verträgen, die das Vermögen, und solchen, welche bloß die Person angehen oder durch die der Minderjährige sich bloß zur Leistung einer persönlichen Handlung verpflichte, wie Vermiethung seiner Dienste, Besorgung fremder Geschäfte, indem zur Eingehung der Letzteren ein Konsens des Kurators nicht nöthig gewesen sei;

so z. B. Glück a. O. Bd. IV, S. 74 und die von ihm Angeführten und selbst Mühlenbruch a. O. Not. 5. — c. Dagegen wurde schon von einigen älteren Civilisten, namentlich von Cujacius Comm. in tit. de V. O. ad l. 101, Obss. XIX obs. 33 und den bei Glück a. O. IV S. 75 Not. 6 Angeführten, die Frage entschieden verneint; sie behaupteten, ein minor curatorem habens habe, abgesehen von Veräußerungen (Einige wollten, freilich sehr mit Unrecht, auch diese Ausnahme verneinen) selbständige Verpflichtungsfähigkeit behalten, sei also fähig gewesen, sich ohne Konsens seines Kurators zu obligiren; nur habe der Kurator nicht angehalten werden können, die ohne seinen Konsens kontrahirte Schuld zu bezahlen, der Gläubiger also bis zur Volljährigkeit des Schuldners warten müssen. Diese Ansicht hatte aber, wie gesagt, sehr wenige Vertheidiger und sie war beinahe ganz unter der herrschenden Ansicht verschwunden, bis in der neueren Zeit Marezoll in einer sehr tüchtigen Abhandlung in der Gießener Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. II 1829 S. 375—445 dieselbe unter Widerlegung der herrschenden Ansicht näher begründete, und seitdem wird sie nun auch von vielen Anderen vertheidigt, namentlich von Rudorff Vormundschaft II S. 285, Savigny a. O. S. 383 ff., Vangerow Pandekten § 291, Keller Pandekten § 449. Für sie sprechen wohl auch überwiegende Gründe; denn die cst. 3 de in int. rest. spricht bloß von Veräußerungsverträgen (oben Nr. 1), im Übrigen aber wird von der Verpflichtungsfähigkeit der puberes, welche unter einem Kurator stehen, gesagt, daß sie sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari D. de V. O. 45, 1 l. 101. Dies heißt aber nicht, wie es Puchta und andere Anhänger der herrschenden Ansicht nahmen, daß sie zwar ohne Gegenwart, nicht aber ohne Konsens ihrer Kuratoren sich verpflichten können (noch weniger heißt es: ohne Kuratoren, welche sie vermöge Gesetzes haben sollten, wie Siebenhaar in der Zeitschr. f. Rechtspfl. in Sachsen N. F. XXIV. S. 305 meint; nach welchem römischen Gesetze sollten die puberes Kuratoren haben?), sondern es heißt, daß sie unabhängig von ihren Kuratoren sich obligiren können, also ohne einen Konsens derselben nöthig zu haben; auch wird an anderen Stellen jedem pubes ganz allgemein, ohne zu unterscheiden, ob er einen Kurator hat oder nicht, selbständige Verpflichtungsfähigkeit zugeschrieben, z. B. D. de O. et A. 44, 7 l. 43. Die Unterscheidung aber, welche die unter Lit. b angeführte Ansicht machen wollte, wurde vom römischen Rechte in keiner Weise gemacht und läßt sich überhaupt nicht machen; denn Obligationen, durch welche eine persönliche Dienstleistung übernommen wird, wirken auch auf das Vermögen ein, da sie bei nicht gehöriger Erfüllung eine Ersatzverbindlichkeit zur Folge haben; wenn aber die Vertheidiger jener Ansicht, selbst Mühlenbruch, sich auf das bei Verlöbnissen Geltende beziehen: so bedachten sie nicht, daß diese selbst ein verpflichtungsunfähiger impubes eingehen konnte (D. de spons. 23, 1 l. 14), weil sie nach römischem Rechte gar keine obligatio erzeugten. — Das Resultat ist daher: ein pubes minor war nach römischem Rechte selbständig, also auch veräußerungs- und verpflichtungsfähig, und berechtigt, sein Vermögen selbst zu verwalten; nur in den oben angeführten Fällen hatte er einen Specialkurator nöthig, und außerdem konnte er nach einer Ausdehnung des von Septimius Severus veranlaßten Senatuskonsults über Veräußerungen von praedia rustica und suburbana (Arndts § 457) solche Grundstücke, und nach späterem Recht Grundstücke überhaupt (C. de praed. min. 5, 71 cst. 16, quando decr. 5, 72 cst. 3, de his. qui ven. aet. 2, 45 cst. 3 a. E.) nur veräußern, wenn ihn ein decretum magistratus dazu ermächtigte; im Übrigen stand ihm als Schutz gegen Nachtheile bloß das beneficium restitutionis in integrum zur Seite. Wenn er aber einen Generalkurator erbeten hatte: so hatte dieser die Vermögensverwaltung und war der pubes an dessen Konsens bei jedem Veräußerungsgeschäft gebunden.

II. Die Verpflichtungsfähigkeit eines unter väterlicher Gewalt Befindlichen war ganz dieselbe, wie die eines pubes sui iuris, der keinen Kurator hatte. Im älteren römischen Recht bekam überhaupt ein Hauskind, auch wenn es unmündig war, nicht einen Vormund, und auch sein Hausvater hatte nicht die

Rechte eines Vormunds. Es war kein Bedürfnis dazu vorhanden; denn für die Person des Kindes sorgte der Hausvater als solcher; für ein Vermögen desselben war nicht zu sorgen, da es aktiv vermögensunfähig war und alle seine Erwerbungen dem Hausvater zufielen (Arndts § 429); Verbindlichkeiten aber konnte das Hauskind, sobald es pubes war, ganz selbständig kontrahiren, weil überhaupt jeder pubes an sich freie Verpflichtungsfähigkeit hatte (Nr. I. D. de V. O. 45, 1 l. 141 § 2. Diese Fähigkeit fehlte allerdings dem impubes; aber einem unmündigen Hauskind bloß zu dem Zwecke einen Vormund zu geben, damit es unter der Auktorität des Tutors oder der Tutor für dasselbe Schulden machen könne, dazu lag kein Grund vor. Deßhalb hatte auch der Hausvater in dieser Beziehung nicht die Berechtigung eines Vormundes; l. 141 § 2 cit. I. de inut. stip. 2, 19 § 10 a. E. Das Bedürfnis einer Vertretung des unmündigen Hauskindes war nur vorhanden, wenn ihm eine fremde Erbschaft deferirt wurde, die er als impubes nicht antreten, also nicht dem Hausvater erwerben konnte. Deßhalb wurde es zugelassen, daß in einem solchen Falle der Hausvater für den infans die bonorum possessio agnosciren, und durch seinen iussus den infantia maior zum Antritt der Erbschaft befähigen konnte, D. de adq. her. 29, 2 l. 8 § 1 de B. P. 37, 1 l. 7 § 1; die erworbene Erbschaft aber fiel, wie überhaupt jede Erwerbung des Hauskindes, abgesehen von den Fällen, in welchen (vgl. Arndts S. 431 Nt. d, e) die Erbschaft in das peculium castrense des Hauskindes fiel, dem Hausvater zu. Jener iussus des Hausvaters war aber auch beim mündigen (pubes) und selbst beim volljährigen Hauskinde nöthig, aber bei ihnen aus einem anderen Grunde. Diesen würde es an sich nicht an der Fähigkeit gefehlt haben, eine Erbschaft anzutreten; da aber die Erbschaft dem Hausvater zufiel und mit derselben in der Regel auch Schulden verbunden sind, so mußte es vom Hausvater abhängen, ob er die Erwerbung wollte. — 2. Im späteren römischen Rechte, als die Pekulien sich ausgebildet hatten, mußten hierin Modifikationen eintreten. Wenn das Hauskind a.) pubes war: so behielt es seine freie Verpflichtungsfähigkeit, aber seine Erwerbungen fielen nun in der Regel ihm zu (s. die Lehre von den Pekulien) und deßhalb konnte es nun auch eine ihm deferirte Erbschaft wider Willen seines Hausvaters antreten, da sie ihm (dem Hauskind) verblieb. C. de bon. quae lib. 6, 61 cst. 8 § 1. Was aber die Verwaltung der einzelnen Pekulien des pubes anlangte: so erledigte sich die Frage von selbst bei dem sog. profectitium, da dieses dem Hausvater verblieb, ferner dem sog. adventitium regulare, da an diesem dem Hausvater als solchem Verwaltung und Nießbrauch zukommt, welchen Alters auch das Kind sein mag; das Hauskind kann daher an ihm keinen Verwaltungsakt, also auch keine Veräußerung ohne Zustimmung des Hausvaters vornehmen, C. l. c. cst. 8 § 5. Bei den freien Pekulien dagegen (castrense, quasi castrense und adventitium irregulare) sollte man meinen, daß dem Hauskinde, wenn es pubes war, selbständige Verwaltung zugestanden habe, wie einem pubes sui iuris der sich nicht einen Kurator erbeten hatte, an seinem Vermögen. Dies war auch bei dem castrense und quasi castrense der Fall. Allein bei dem adventitium irregulare ging Justinian davon aus, daß die Verwaltung desselben, so lange das Hauskind minderjährig ist, stets einem Kurator zu übertragen sei. Diesen Kurator soll, wenn das Vermögen von einem Dritten mit der Bestimmung, daß der Hausvater kein Recht daran haben soll, herrühre, dieser Dritte bestimmen können, und wenn er Nichts darüber bestimmt habe, der Richter ernennen, in anderen Fällen aber soll der Hausvater das Recht haben, die Kuratel zu übernehmen, und wenn er nicht wolle, das Hauskind sich vom Richter einen Kurator erbitten, Nov. 117 cap. 1 § 1 C. de bon. q. lib. cst. 8 § 1. Es stand hiernach beim adventitium irregulare das Hauskind ganz in den Verhältnissen eines pubes sui iuris, der sich einen Kurator erbeten hatte. — War aber das Hauskind b.) noch impubes, also nicht verpflichtungsfähig; so scheint auch das spätere römische Recht dem Hausvater die Rechte eines Vormunds nur sehr beschränkt beigelegt zu haben; er konnte nur, wenn einem solchen Hauskinde eine Erbschaft deferirt wurde, für den infans sie antreten und den infantia maior zu ihrer Antretung durch seine Zustimmung befähigen; die Erb-

schaft wurde dann peculium adventitium regulare des Kindes; C. de iur. delib. 6, 30 cst. 18 pr. § 4, de bon. q. lib. 6, 61 cst. 8 § 6; ferner konnte er, wenn das unmündige Hauskind ein peculium adventitium irregulare (ebenso auch, wenn das geisteskranke ein peculium militare oder adventitium irregulare) hatte, dieses Vermögen wie ein Vormund für das Hauskind verwalten, falls das irregulare nicht von einem Dritten, der den Vater davon ganz ausschloß, herrührte; C. l. c. cst. 8 § 1 Nov. 117 cit. C. de cur. furios. 5, 70 cst. 7 pr. Weitere Befugnisse aber räumte ihm das römische Recht nicht ein; er konnte daher namentlich nicht durch seine auctoritas den impubes infantia maior befähigen, verpflichtende Rechtsgeschäfte einzugehen; I. de inut. stip. 3, 19 § 10 a. E.

BB. Nach gemeinem deutschen Recht ist jeder Minderjährige unselbständig und soll unter einem Vormund stehen; Reichs-Pol. O. v. 1548 Tit. 31 § 1, ebenso die neueste geltende R. P. O. von 1577 Tit. 32 § 1, 3. Es kann daher darüber kein Zweifel sein, daß bei uns jedenfalls jeder pubes minor den Beschränkungen unterliegt, welchen nach römischem Recht ein pubes curatorem habens, also der pubes unterlag, der sich einen Vormund erbeten hatte. Deßhalb hat bei uns kein pubes minor die Fähigkeit, sein Vermögen zu verwalten und Veräußerungsgeschäfte ohne Genehmigung eines Vormunds einzugehen; C. de in int. rest. 2, 22 cst. 3; oben S. 221 nr. I, 1. Dabei entsteht aber die Frage, ob der pubes minor bei uns auch zu anderen verpflichtenden Geschäften Zustimmung eines Vormunds nöthig habe, ob ihm also überhaupt die selbständige Verpflichtungsfähigkeit in Beziehung auf Rechtsgeschäfte fehle. Über diese Frage ist zu bemerken:

1. Von der Glosse an bis in unser Jahrhundert war über das römische Recht die Ansicht die herrschende, daß ein pubes curatorem habens sich überhaupt nicht habe verpflichten können ohne Genehmigung seines Kurators. Hieraus ergab sich natürlich die Bejahung der Frage von selbst, da ja bei uns jeder Minderjährige einen Kurator haben muß. Es nahmen daher in Deutschland die Meisten und namentlich auch unsere Praktiker an, daß bei uns überhaupt kein pubes minor ohne Genehmigung eines Vormunds sich durch Rechtsgeschäft verpflichten könne.

2. Von den Schriftstellern dagegen, welche das römische Recht anders und wohl richtiger dahin auffassen, daß nach römischem Recht auch ein pubes curatorem habens sich frei habe verpflichten können, ausgenommen in Bezug auf Veräußerungen des vom Kurator verwalteten Vermögens (s. oben S. 222) argumentiren Einige in Bezug auf das deutsche Recht so: Da nach deutschem Recht jeder pubes einen Vormund nöthig habe: so gelte bei uns von jedem pubes, was nach römischem Recht vom pubes curatorem habens gegolten habe, da aber mehr nicht; hieraus folge, daß auch bei uns ein pubes (mit Ausnahme der angeführten Veräußerungen) ohne Konsens seines Kurators verpflichtende Rechtsgeschäfte ganz gültig eingehen könne; so z. B. Marezoll in der Gießener Zeitschrift für Civilrecht ꝛc. II S. 446, Rudorff Vormundschaft II S. 291, v. Vangerow Pandekten I § 291 S. 531.

Allein diese Argumentation ist entschieden unrichtig; denn das deutsche Recht geht viel weiter in der Beschränkung des pubes. Das deutsche Recht des Mittelalters unterschied innerhalb der Minderjährigkeit in Bezug auf Selbständigkeit und Verpflichtungsfähigkeit überhaupt nicht zwei verschiedene Altersstufen, eine Pubertät und Impubertät, auch nicht verschiedene Gattungen der Vormundschaft, eine Tutel und Kuratel; es unterschied in der Regel nur Mündige, d. h. Selbständige, die unter keinem Vormund mehr stehen und sich frei verpflichten konnten, und Unmündige, d. h. Unselbständige, deren Person und Vermögen unter einem Vogte (Vormund) stand und die ohne dessen Zustimmung nicht nur Nichts veräußern, sondern überhaupt durch Rechtsgeschäfte sich nicht verpflichten konnten; die Altersgrenze aber, welche die Mündigkeit von der Unmündigkeit schied, war in den verschiedenen Provinzen verschieden, das 12., 15., 18., 20. ꝛc. Jahr; Kraut Die Vormundschaft nach deutschem

Recht I S. 110 f., II 103 f. Als nun das römische Recht recipirt wurde, zeigte sich bald in diesen wichtigen Verhältnissen eine Vermittlung zwischen dem römischen und deutschen Recht dringend nöthig; diese Vermittlung traf die angeführte Reichs-Polizeiordnung von 1548 und bestätigte die Reichs-Polizeiordnung von 1577 dahin: sie nahm als gemeinrechtlichen Zeitpunkt des selbständigen Alters den römischen an (maior XXV annis), setzte aber Jeden, der unter dem 25. Jahre steht, unter Vormundschaft. Erwägt man nun, daß nach deutschem Recht jeder Bevormundete verpflichtungsunfähig war und daß zur Zeit der Reichs-Polizeiordnung die Ansicht der Glosse und Postglossatoren, nach römischem Recht habe ein pubes curatorem habens sich ohne Zustimmung seines Vormunds gar nicht verpflichten können, ganz allgemein herrschte: so wollte die Reichs-Polizeiordnung mit jener Bestimmung offenbar nichts Anderes sagen als: jeder Minderjährige (unter dem 25. Jahre), mag er impubes oder pubes sein, ist unfähig, sein Vermögen zu verwalten und sich selbständig durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten, und deßhalb muß ihm ein Vormund bestellt werden (ist er noch unter väterlicher Gewalt: so hat nach deutschem Recht sein Hausvater in der Regel die Rechte und Pflichten eines Vormunds). Dabei unterscheidet die Reichs-Polizeiordnung nicht verschiedene Vormundschaften je nach der Pubertät und Impubertät des Mündels (tutela und cura), sondern kennt bloß eine (Alters-) Vormundschaft, welche bis zum 25. Jahre des Mündels dauert; puberes und impuberes stehen unter gleicher Vormundschaft und unter gleichen Beschränkungen. — Für diese Ansicht, welche (wenn auch nicht immer aus richtigen Gründen, s. Nr. 1) im Resultat in Theorie und Praxis die herrschende war und ist, s. namentlich Kraut a. a. O. II S. 105 f., v. Savigny Vermischte Schriften ꝛc. II S. 393—395.

CC. Hiernach gilt Folgendes:

a. Bei uns ist jeder Minderjährige, auch der pubes minor, unselbständig und muß deßhalb unter einer Altersvormundschaft stehen, die aber nicht nach den verschiedenen Altersstufen verschieden ist.

b. Jeder Minderjährige (auch der pubes minor) ist nicht nur veräußerungsunfähig, sondern überhaupt auch unfähig, sich durch Rechtsgeschäfte selbständig zu verpflichten; er bedarf zu allen Geschäften, durch die er Etwas weggeben oder eine Verpflichtung übernehmen will, Zustimmung oder Genehmigung seines Vormundes und fehlt diese, so ist das Geschäft nichtig[24] (§ 84 Nr. III).

c. Dabei besteht aber auch bei uns immer noch ein bedeutender praktischer Unterschied zwischen den puberes minores und impuberes infantia maiores, nämlich in dem unter Nr. III 1 und 2 Ausgeführten[25].

IV. Wenn ein Minderjähriger noch unter väterlicher Ge-

[24] Es gilt bei uns in dieser Beziehung von den puberes minores ganz was nach Nr. II a—c (s. oben bei Anm. 9—14) von den impuberes infantia maiores gilt.

[25] S. oben bei Anm. 20 f. Die impuberes sind unfähig, Delikte zu begehen, letzte Willen zu errichten, Solennitätszeugen zu sein, ferner zu Eiden und zur Ehe.

walt steht, so bekommt er in der Regel nicht neben dem Hausvater einen besonderen Vormund. Auch hatte nach römischem Recht der Hausvater nicht die Rechte eines Vormunds. Sobald daher das Hauskind pubes war, hatte es nach römischem Recht selbständige Verpflichtungsfähigkeit, weil diese dem pubes überhaupt zukam[26]. Nach deutschem Recht aber kann ein Minderjähriger überhaupt, also auch ein minderjähriges Hauskind, welches pubes ist, sich nicht verpflichten ohne Zustimmung eines Vormunds; nur giebt unser Recht in dieser Hinsicht dem Hausvater die Befugnisse eines Vormunds über die minderjährigen Hauskinder[27].

V. Die Civilisten und meist auch die neueren Germanisten verstehen unter mündig den pubes minor, unter unmündig alle impuberes. Das ältere deutsche Recht aber verstand unter Mündigkeit die Volljährigkeit, unter Unmündigkeit die Minderjährigkeit und dies ist auch die eigentliche Bedeutung des Wortes. Denn an sich bezeichnet Mündigkeit so viel als Selbständigkeit, Befähigung zu Etwas; so bezeichnen wir die Fähigkeit zu gewissen Akten häufig durch Mündigkeit; z. B. durch Testamentsmündigkeit, Ehemündigkeit das Alter, in dem man testiren und heirathen kann. Daher bedeutet an sich Mündigkeit schlechtweg die Selbständigkeit überhaupt und nach allen Richtungen, also die Volljährigkeit[28].

VI. Noch wird eine pubertas plena und minus plena unterschieden. Dies bezieht sich aber bloß auf zwei specielle Punkte, nämlich

a. wenn Jemand einen Andern adoptiren will, so muß er wenigstens 18 Jahre älter sein, als der Adoptirte und dies nennt das römische Recht eine pubertas plena[29].

b. Wenn in einem letzten Willen Jemandem eine jährliche Su-

---

[26] D. de verb. obl. 45, 1 l. 141 § 2. — Vgl. das Weitere unten § 50.

[27] Kraut Vormundschaft II § 108. — Natürlich aber ist dem Hauskind für Akte, bei denen das Interesse des Hausvaters mit dem des Hauskinds kollidirt, ein besonderer Vormund zu bestellen.

[28] Allein unter den Civilisten ist der Sprachgebrauch, unter Mündigkeit schlechtweg eine Stufe der Minderjährigkeit, nämlich die Pubertät, zu verstehen, ganz allgemein, auch bei Germanisten und auch sonst in neueren Zeiten sehr vorherrschend; auch in den meisten Partikularrechten, z. B. dem preußischen, östreichischen, württembergischen.

[29] I. de adopt. 1, 11 § 4.

stentation vermacht wird bis zu seiner „Pubertät", so soll man dies möglichst günstig für ihn auslegen, d. h. er soll die Sustentation bekommen bis zum 18. oder Mädchen bis zum 14. Jahr[30].

B. Das selbständige Alter (Volljährigkeit, Großjährigkeit, maior, plena, perfecta, legitima aetas). Dieses Alter begann nach dem älteren gemeinen Recht[31] mit dem zurückgelegten 25. Lebensjahr[32]. Von da an ist das Alter in keiner Hinsicht mehr ein Hindernis für die vollste privatrechtliche Handlungsfähigkeit und hört die Vormundschaft sofort auf. Auch geht diese Selbständigkeit durch ein noch so hohes Alter nicht verloren[33].

Übrigens kann auch ein noch minderjähriger Mann, wenn er das 20., und eine Frauensperson, wenn sie das 18. Lebensjahr zurückgelegt hat, durch ein privilegium, nach römischem Recht per rescriptum principis, die Rechte eines Volljährigen bekommen, also für volljährig erklärt werden (venia aetatis, Großjährigerklärung, Jahrgebung)[34]. Ein Solcher tritt dann ganz in den Stand der Volljährigen ein, nur mit zwei Modifikationen:

a. so lange er noch nicht wirklich die Volljährigkeit erreicht hat, bedarf er (nach gemeinem Recht) zur Veräußerung von Grundstücken Genehmigung des Richters[35], was aber die meisten Partikularrechte mit Grund beseitigt haben.

b. Wenn durch ein Rechtsgeschäft (Vertrag oder Testament) Etwas von der „Volljährigkeit" einer Person abhängig gemacht wird, so ist darunter im Zweifel stets die wirkliche Volljährigkeit zu verstehen[36].

---

30 D. de adopt. 1, 7 l. 40 § 1; de alim. leg. 34, 1 l. 14 § 1. — Bei uns muß Dasselbe gelten, wenn Jemandem Alimente vermacht sind „bis zur Pubertät". Würde aber der Testirer sich des Ausdrucks bedienen „bis zur Mündigkeit", so wüßte man nicht, ob er darunter pubertas verstände oder die volle Selbständigkeit, Volljährigkeit. In einem solchen Falle kommt es darauf an, was man im betreffenden Land gewöhnlich unter Mündigkeit versteht und wenn man nun diese Mündigkeit gleich Pubertät nimmt, so ist der Ausdruck nach dem unter Nr. VIb Ausgeführten auszulegen.

31 Über das heutige gemeine Recht s. oben S. 214.

32 D. de min. 4, 4 l. 1 § 1. 2.

33 Die senectus (Greisenalter), welche das gemeine Recht mit zurückgelegtem 70. Jahre annimmt, hat nur die Bedeutung, daß sie eine excusatio giebt, wenn man Vormund werden oder ein Gemeindeamt übernehmen soll.

34 C. de his qui ven. aet. impetr. 2, 45 cst. 2.

35 Cod. l. c. cst. 3.

36 C. eod. tit. cst. 4.

Die Gesundheit.

§ 49.

Die körperliche Gesundheit und ihr Mangel ist für die privatrechtliche Stellung an sich ohne Bedeutung. Nur kann manche Krankheit (morbus) eine solche sein, die an der Vornahme eines Aktes uns hindert und dadurch eine Versäumnis entschuldigen[1]. Auch kann ein Gebrechen[2] zu gewissen Rechtsakten der Natur der Sache nach unfähig machen[3]. Auch der Umstand, daß ein Mensch zeugungsunfähig ist (impotens, spado), hat keinen Einfluß auf seine personenrechtliche Stellung[4]. Endlich können personae debiles (presthafte Personen) sich von Vormundschaften und Gemeindeämtern exkusiren, auch verlangen, daß der Richter ihnen zum Zweck der Vermögensverwaltung einen Vormund bestelle, wodurch aber ihre juristische Handlungsfähigkeit nicht beschränkt wird[5].

Von bedeutendem Einfluß auf die rechtliche Stellung dagegen muß der Mangel geistiger Gesundheit sein. Hier ist zu unterscheiden:

I. Ein bloß geringerer unter dem Gewöhnlichen stehender Grad geistiger Fähigkeit und Entwicklung hat an sich auf die privatrechtliche Stellung keinen Einfluß. Nur wenn die Unentwickeltheit der geistigen Kräfte einen so hohen Grad erreicht, daß sie in Geistesschwäche übergeht (fatuus), kann das Gericht einem solchen Geistesschwachen einen Vormund setzen, und es gilt dann bei ihm Dasselbe, was bei dem eigentlichen Geisteskranken gilt[6].

II. Durch eine eigentliche Geisteskrankheit wird die natürliche Handlungsfähigkeit und also auch alle juristische ausgeschlossen. Sie ist derjenige Zustand des Subjekts, in welchem es wegen geistiger Störung oder wegen völligen Mangels geistiger Entwicklung unfähig ist, die Anforderungen einer Rechtsordnung und Das, was es thut,

---

[1] Sie heißt dann morbus sonticus. D. de V. S. 50, 16 l. 113; de re iud. 42, 1 l. 60.

[2] Vitium D. de V. S. 50, 16 l. 101 § 2.

[3] Z. B. ein Stummer kann nicht mündlich testiren, ein Blinder nicht einen Akt vornehmen, bei dem man sehen muß, auch hat er bei seinem Testament mehr Formalitäten zu beobachten als sonst nöthig sind.

[4] Nur ist ein castratus (Verschnittener) unfähig zu heirathen und Jemanden zu adoptiren.

[5] Vgl. Arndts § 452 a. E.

[6] I. de curator. 1, 23 § 4.

irgend zu begreifen und wahrhaft zu wollen. Von solchen Geisteskranken gilt ganz das in § 44 Nr. III Ausgeführte[7].

Es giebt natürlich verschiedene Arten solcher Geisteskrankheiten und auch unsere Quellen deuten die Verschiedenheit an; sie sprechen bald von mente capti, d. h. Geisteskranken überhaupt, bald von furiosi, bald von dementes[8]. Allein auf diese Verschiedenheiten kommt juristisch Nichts an, sondern bloß darauf, ob der Zustand ein solcher ist, in welchem das Subjekt wirklich willensunfähig ist, ihm also eines der Requisite der Willensfähigkeit (§ 44) fehlt und so gebrauchen daher die Römer gewöhnlich den furiosus, manche Civilisten den Rasenden, Andere den Wahnsinnigen, gleichsam als Repräsentanten aller Geisteskranken[9].

III. Die Willensfähigkeit kann auch durch Zustände, die ihrer Natur nach vorübergehend sind, ausgeschlossen sein.

Dahin gehören namentlich Fieberdelirium, Ohnmacht, Schlaf, Nachtwandeln, epileptische Anfälle, auch totale Betrunkenheit, d. h. eine solche, durch welche Bewußtlosigkeit oder wenigstens eine derartige Umnebelung der Sinne herbeigeführt wurde, daß der Betrunkene die Bedeutung Dessen, was er thut, gar nicht mehr einzusehen im Stande ist. In solchen Zuständen ist, so lange sie dauern, die Willensfähigkeit und damit jede juristische Handlungsfähigkeit ausgeschlossen, also auch kein Rechtsgeschäft möglich, z. B. wenn ein total Betrunkener zu Dem, was man ihn fragt, mechanisch Ja sagen würde; eben so wenig kann der in diesem Zustande Befindliche ein Delikt begehen, außer wenn die Verletzung die er in demselben beging, seinem Willen aus einer dem Zustande vorangegangenen Zeit zur Last gelegt werden kann; dies ist der Fall, wenn er sich in einen solchen Zustand vorsätzlich versetzte, um in demselben einen Andern zu verletzen, oder wenn er ihn schuldhaft herbeiführte und unter den gegebenen Umständen hätte voraussehen können, daß er in ihm leicht Jemanden verletzen könnte; in diesen Fällen trifft ihn die Verantwortlichkeit für Das, was er in einem solchen Zustande that, Causa 15, quaest. 1 c. 7, Mein Handb. d. sächs. u. thür. Strafr. S. 397 ff. — In einen Zustand der Handlungsunfähigkeit kann auch ein Affekt versetzen, wenn er eine totale Verwirrung der Sinne oder Bewußtlosigkeit herbeiführt (in dieser Hinsicht ist Das, was Savigny Syst. III S. 87 von dem höchsten Grade des Zornes über dolus behauptet, unrichtig). Doch wird dies sehr selten vorkommen. Durch einen geringeren Grad des Affekts aber wird die Handlungsfähigkeit so wenig aufgehoben, als durch einen geringeren Grad von Trunkenheit, also die Verantwortlichkeit für das in einem solchen Affekt Begangene und die Gültigkeit eines in demselben abgeschlossenen Rechtsgeschäfts nicht ausgeschlossen. Unbegreiflich ist es, wie Schweppe Röm. Privatr. I § 108 ganz allgemein Betrunkene und Personen im hohen Affekt, besonders im Zorne, für unfähig erklären konnte, Rechtsgeschäfte zu schließen, weil der Zustand der Trunkenheit und des

[7] Es ist aber bei manchen Geisteskranken möglich, daß sie vorübergehend völlig gesunde Zustände (dilucida intervalla, lichte Zwischenräume) haben, und dann kommt ihnen während derselben Handlungsfähigkeit zu.

[8] Cod. de nupt. 5, 4 cst. 25. I. de inutil. stipul. 3, 20 § 8. D. de cur. fur. 27, 10 l. 7 § 1. Vgl. Savigny Vermischte Schriften II 359 f.

[9] Einen Hauptfall, den Blödsinn, Cretinismus, übergehen sie meist.

Zornes gesetzlich der gänzlichen Geistesabwesenheit gleichgesetzt werde. Von einer solchen Gleichsetzung wissen natürlich die Gesetze Nichts. Zwar nicht so weit, aber doch zu weit gingen viele Andere, auch noch Thibaut Pandekten § 445, J. A. Seuffert Erörterungen l. 1820 S. 85—87 (anders in seinen Pandekten § 74), indem sie auf Grund der l. 48 de R. I. 50, 17 dem Affekte des Zornes überhaupt wenigstens den Einfluß geben wollen, daß ein von einem Zornigen abgeschlossenes Rechtsgeschäft nur dann gelte, wenn er bei kaltem Blute auf demselben beharre. Auch einen solchen allgemeinen Grundsatz über die im Zorne begangenen Handlungen, welcher für den Verkehr von sehr bedenklichen Folgen sein würde, kennt das römische Recht nicht. Der Affekt, wenn er nicht den seltenen oben angegebenen höchsten Grad erreicht, kann zwar zur Unbesonnenheit und zu einem übereilten Handeln hinreißen; die Möglichkeit des Wollens aber und die Beurtheilungsfähigkeit der Verhältnisse schließt er nicht aus. Dies wird vom römischen Recht namentlich beim Affekt des Schreckens, dessen Einfluß auf den Willen ein weit stärkerer ist, als der des Zornes, anerkannt, indem es Rechtsgeschäfte, zu deren Eingehung man durch schwere Drohungen bewogen wurde, an sich für ganz gültig erklärt. Mit der l. 48 cit. aber verhält es sich wie mit manchen anderen allgemeinen regulae iuris der Digesten. Sie spricht einen Satz im Hinblick auf gewisse Fälle aus, der gerade für diese, aber nur für sie, richtig ist. Zwar scheint sie diesen Satz als einen allgemein gültigen auszusprechen und den betreffenden Fall nur als ein Beispiel seiner Anwendung beizufügen. Allein die Stelle, aus der sie excerpirt ist, findet sich an einem anderen Ort der Digesten vollständiger und in wesentlich anderer Fassung, D. de divort. 24, 2 l. 3, und aus dieser ergiebt sich, daß der Satz bloß als Konsequenz aus der besonderen Natur gewisser Rechtsgeschäfte, für welche er allerdings richtig ist, ausgesprochen wurde, für solche Rechtsgeschäfte, welche zu ihrer Wirksamkeit erfordern, daß sie das Resultat eines ernsten, wohlüberlegten Entschlusses gewesen seien, nämlich für die einseitigen Ehescheidungen, welche im römischen Recht gestattet waren, vgl. auch Savigny Syst. III S. 87 Nt. o (nur ist sehr ungenau und viel zu allgemein, was er im Texte über dolus sagt). Für das gemeine Recht ist dies aber unpraktisch; denn nach demselben giebt es kein Geschäft, bei welchem ruhige besonnene Überlegung ein Erfordernis seiner Geltung bildet. Zwar glaubt Göschen Vorlesungen § 93, bei jeder Willensbestimmung zu einem Rechtsgeschäft werde die Möglichkeit ruhiger Überlegung vorausgesetzt und daher sei eine Willenserklärung in der ersten Hitze der Leidenschaft ohne rechtliche Wirkung. Allein diesen exorbitanten Satz weiß er nur durch die l. 48 cit. zu belegen. — Die richtige Ansicht ist jetzt die herrschende geworden.

IV. Unser positives Recht setzt in gewissen Beziehungen dem Geisteskranken gleich den sog. prodigus, d. h. Denjenigen, welcher durch ein gerichtliches Dekret für Verschwender erklärt und deßhalb unter Vormundschaft gesetzt worden ist[10]. Allein diese Gleichstellung ist keine absolute; sie erstreckt sich nur auf Folgendes. Der prodigus kommt unter einen Vormund wie ein Geisteskranker, kann daher nicht sein Vermögen verwalten, Nichts veräußern und nicht selbständig durch Rechtsgeschäfte sich verpflichten[11]. Er kann ferner nicht einmal einen letzten Willen errichten und sogar bei Testamenten Anderer nicht Zeuge

[10] Sog. prodigus civiliter talis; cui bonis interdictum est; cui bonorum suorum administratio interdicta est. I. quib. non est permiss. fac. test. 2, 12 § 2; I. de curat. 2, 23 § 3.

[11] D. de V. O. 45, 1 l. 6; de cur. furioso dand. 27, 10 l. 10 pr.

sein [12]. In allen anderen Beziehungen steht er keineswegs dem Geisteskranken gleich; denn an sich ist er nicht willensunfähig, hat also natürliche Handlungsfähigkeit, kann deßhalb Delikte begehen und wird dadurch verpflichtet und kann auch selbständig durch Rechtsgeschäfte Erwerbungen machen. Er kann selbst verpflichtende Geschäfte schließen; nur hat er zur Gültigkeit der letzteren Genehmigung seines Vormunds nöthig [13].

Die vermögensrechtliche Stellung der Hauskinder.

§ 50.

Das Nähere über die Stellung der Hauskinder ist im Familienrecht zu entwickeln. Hier ist nur [1] hervorzuheben, daß die Vermögensfähigkeit der unter väterlicher Gewalt Stehenden im älteren Recht bis in die späteren Kaiserzeiten, also namentlich auch zu der Zeit, in welcher die in den Digesten excerpirten Juristen lebten, eine überaus beschränkte war. Zwar konnten sie sich selbständig verpflichten, also Schulden machen, wenn sie nur das dazu nöthige Alter hatten [2]; aber es fehlte ihnen die aktive Vermögensfähigkeit; sie konnten kein aktives Vermögen für sich haben. Zwar konnten sie Erwerbungen jeder Art machen. Aber was sie erwarben, fiel sofort ihrem Hausvater zu; wie Das, was ein Sklave erwarb, sofort seinem Herrn zufiel. Auch wenn der Hausvater ihnen ihre Erwerbungen überließ oder ihnen sonst eigenes Vermögen gab (peculium), so gehörte es nicht ihnen, sondern dem Hausvater, der es jederzeit wieder an sich ziehen konnte (wie ein peculium servi). Nur das peculium castrense machte von den ersten Kaiserzeiten an eine Ausnahme. Jene allgemeine Vermögensunfähigkeit aber wurde von den christlichen Kaisern (Konstantin und seinen Nachfolgern) allmählich beschränkt und endlich von Justinian vollends im Wesentlichen beseitigt, so daß im neuesten römischen Recht und bei uns der Grundsatz gilt, daß die Hauskinder durchaus vermögensfähig sind, deßhalb Alles, was sie für sich erwerben, ihnen gehört und verbleibt, nur mit Ausnahme Dessen, was ihr Hausvater

[12] I. quib. non est permiss. 2, 12 § 2; de test. ordin. 2, 10 § 6.

[13] D. de V. O. 45, 1 l. 6; de novat. 46, 2 l. 3; de reb. cred. 12, 1 l. 9 § 7. Deßhalb ist namentlich die lex 40 D. de R. I. 50, 17 viel zu weit gefaßt und muß nach dem Angeführten restriktiv interpretirt werden.

[1] Für das Verständnis der Quellen wesentlich.

[2] Vgl. § 48 Nr. III 2. AA. II.

aus seinem Vermögen ihnen giebt oder läßt, das sog. peculium profectitium[3].

Der Wohnort.

§ 51.

(Arndts § 40.)

Der Wohnort einer Person ist besonders wichtig für ihren Gerichtsstand[1]. Im Privatrecht aber ist er nur von untergeordneter Bedeutung.

Wohnort, Wohnsitz[2], Domicil ist der Ort, an welchem Jemand seinen bleibenden Sitz, den Herd (und Mittelpunkt) seines häuslichen und geschäftlichen Lebens aufgeschlagen oder durch ein Amt angewiesen erhalten hat[3]. Hiernach muß man unterscheiden

1) Wohnort und Ort, wo man das Bürgerrecht hat. Denn man kann in dem einen Ort oder Staat Bürger sein, und in einem andern seinen Wohnsitz haben[4].

2) Wohnort und Aufenthaltsort. Denn man kann wohl an einem Ort seinen bleibenden Sitz haben, ohne gerade zur Zeit an demselben sich zu befinden[5]. Das Letztere ist ein Fall der absentia.

Die absentia, Abwesenheit ist ein relativer Begriff, bedeutet im Allgemeinen: an dem Orte, von dem gerade die Rede ist, nicht anwesend sein. Im engern und eigentlichen Sinn aber versteht man darunter die Abwesenheit einer Person (z. B. eines Verschollenen) von ihrem Wohnorte[6].

3) In einem ganz uneigentlichen Sinn wird absentia und praesentia bei der Verjährung genommen. Hier heißt inter praesentes — wenn die beiden Partieen, von denen es sich handelt,

---

[3] Dies ist, wie Windscheid Pand. § 55 Anm. 7 bemerkt, keine eigentliche Beschränkung der Rechtsfähigkeit mehr, sondern nur eine Beschränkung der Erwerbsfähigkeit. — Im Übrigen s. die Lehre von der väterlichen Gewalt.

[1] Deßhalb wird gewöhnlich über ihn das Nähere im Civilproceß gegeben.

[2] Von Manchen auch „wesentlicher Wohnsitz" genannt.

[3] Cod. de incolis 10, 39 cst. 7; D. ad municip. 50, 1 l. 27 § 1.

[4] Aber gewöhnlich hat man seinen Wohnsitz in dem Staate, dem man als Bürger angehört und deßhalb wird oft auch bloß von Wohnort gesprochen in Fällen, in denen man eigentlich das Land meint, dessen Ortsbürger oder Staatsangehöriger man ist.

[5] Z. B. wenn man auf längere Zeit verreist ist; sobald es nur zu vorübergehenden Zwecken geschieht, man nicht dadurch den ergriffenen Wohnsitz aufgeben wollte.

[6] Da man in der Regel am Wohnort anwesend ist (praesentia im engern Sinne), so nannten unsere älteren Civilisten die Abwesenheit von demselben eine absentia extraordinaria.

d. h. Derjenige, welcher durch Verjährung gewinnt[7] und Derjenige, welcher durch sie verliert, in derselben Provinz wohnen; — inter absentes — wenn sie in verschiedenen Provinzen wohnen[8].

In dieser Beziehung werden nach gemeinem Recht in den deutschen Staaten, welche nicht in mehrere Provinzen zerfallen, die verschiedenen Obergerichtssprengel für verschiedene Provinzen gerechnet[9].

Stand und Beruf.
§ 52.

Die Verschiedenheit des Standes kann in einzelnen Beziehungen auch auf die personenrechtliche Stellung von Einfluß sein. Nach römischem Recht ist es besonders der Soldatenstand, der in manchen Verhältnissen eine besondere rechtliche Stellung hat und was das römische Recht in dieser Hinsicht festsetzt, gilt gemeinrechtlich auch noch bei uns.

Von Dem, was das römische Recht über andere Stände festsetzt, ist Das bei uns noch anwendbar, was sich auf Verhältnisse bezieht, die auch bei uns in gleicher Weise vorkommen; allein dies ist nur sehr Weniges. Das Meiste ist deßhalb unanwendbar, weil uns die wesentlichen Voraussetzungen eines ganz gleichen Standesverhältnisses fehlen, z. B. die römischen Bestimmungen über Patriciat, Senatoren, personae illustres.

In Deutschland aber war der Einfluß des Standes auf die personenrechtliche Stellung weit durchgreifender, nicht bloß im öffentlichen sondern auch im Privatrecht; nämlich der des Adels-, des Bürger- und des Bauernstandes. Mit Recht aber fing hierin unser Jahrhundert wesentlich zu reformiren an. Die Vorrechte des Adels sind größtentheils, in manchen Staaten ganz beseitigt und die rechtliche Stellung des Bauernstandes hat sich mit der der anderen Stände ausgeglichen[1].

---

[7] Ersitzung oder Freiwerden von Servitut.

[8] Vgl. Arndts § 161 Anm. a und b. — Sonderbarer Weise nennen die alten Praktiker Letzteres eine absentia ordinaria im Gegensatz zur Abwesenheit einer Person von ihrem Wohnort (Nr. 2 a. E.), welche sie durch absentia extraordinaria bezeichnen.

[9] Natürlich wenn die Partieen in verschiedenen Staaten wohnen, so sind sie in diesem Sinne stets absentes, wären auch die Staaten noch so klein und ganz nahe bei einander. — Über die Frage des internationalen Rechts (Arndts § 51 bei Anm. 2) s. oben § 31.

[1] Das Nähere gehört in das Germanicum. — Über die Stellung des Regenten im Privatrecht s. § 30.

C. Die juristischen Personen.*

Begriff, Natur und Fälle der juristischen Person überhaupt.

§ 53.

Ein Bedürfnis des socialen Lebens, gewissermaßen eine innere Nothwendigkeit führt dahin, auch außer dem Menschen noch Personen anzuerkennen, welchen in derselben Weise wie der einzelnen natürlichen Person Rechtsfähigkeit zukommt[1].

Diese Personen wurden früher gewöhnlich durch moralische oder mystische Personen bezeichnet; richtiger nennt man sie juristische Personen[2].

---

* Über die Litteratur s. Arndts § 41 Anm. 1 und unten § 58, ferner: Stobbe Handbuch des deutschen Privatrechts I § 49—62; Unger Zur Lehre von den juristischen Personen in der Münchener krit. Übersch. VI 147—188; Ernst Zittelmann Begriff und Wesen der juristischen Personen, Leipzig 1873; Windscheid Pand. § 57—62.

[1] Von Natur oder an sich ist Person das mit Vernunft und Willen begabte Wesen, der Mensch. Aber eine rechtliche Nothwendigkeit führt für die Zwecke der Menschen noch auf Rechtssubjekte, welche ohne Leiblichkeit, so weit es überhaupt möglich ist (z. B. mit Ausnahme der Familienverhältnisse), dem einzelnen Menschen gleichgestellt sind, denen nicht Willkür, sondern schon die Rechtsidee der vernünftigen menschlichen Zwecke wegen eine der leiblichen gleiche Persönlichkeit zuschreiben muß und welche man im Gegensatz zur leiblichen oder menschlichen Persönlichkeit ideelle, durch die Rechtsidee selbst gesetzte Persönlichkeiten nennen kann. Dieser Ausfluß der Rechtsidee spricht sich wohl zunächst durch Gewohnheitsrecht aus. Wenn sich z. B. eine Reihe von Ansiedlern allmählich vereinigt zu einer dauernden Verbindung, um dadurch ein Organ zu erlangen, durch dessen Schutz und organisirte Hilfe und Thätigkeit die Befriedigung und Unterstützung der Zwecke der Vereinigten, so weit sie durch den Einzelnen nicht zu erzielen ist, gewonnen und gesichert werden soll: so liegt darin von selbst die Nothwendigkeit, das Ganze und die Interessen desselben als Solchen und seine Macht und seinen Rechtskreis den Einzelnen als Solchen und deren besonderen Interessen und Rechtskreisen entgegenzusetzen, es als ein Besonderes, für sich Bestehendes, Bleibendes, von seinen einzelnen, dem steten Wechsel unterworfenen Trägern und deren Individualzwecken zu unterscheiden. Jeder einzelne zum Ganzen Gehörige wird das Bewußtsein haben, daß dem Ganzen, der Gemeinde, eine selbständige, von den Sonderinteressen der Einzelnen unterschiedene, vom Wechsel derselben unabhängige, die Einzelnen überdauernde Existenz und ein besonderer ihm eigenthümlicher Kreis von Macht zukommt; er wird dieses Ganze in seiner Sphäre völlig so als berechtigtes Subjekt auffassen und behandeln, wie die Einzelnen in ihrer Sondersphäre, das Recht der Gemeinde, ihr Eigenthum, ihre Forderungen als ihre Rechte faktisch anerkennen, als Etwas, was sich von selbst verstehe, nicht anders sein könne, und so wird Das, was sich faktisch auf natürlichem Wege bildete, allmählich durch Gewohnheitsrecht als rechtlich bestehend anerkannt. So ist es auch bei anderen Korporationen, den Zünften, Kirchen und beim Staate selbst.

[2] Man kann sie auch unkörperliche (unleibliche) Personen nennen. Manche bezeichnen sie als eine nur vorgestellte, fingirte Person, was aber minder geeignet ist, da auch die juristischen Personen eine wirkliche reale Existenz als Personen haben. — Die herrschende Ansicht spricht hier gewöhnlich von einer Fiktion. Sie geht davon aus: nur ein mit Willen (potentia wenn auch nicht actu) begabtes Wesen, der Mensch, könne der Natur der Sache nach Rechtssubjekt sein; das positive Recht aber könne gegen die Natur der Sache, auch einem Wesen, dem ein Wille nicht zukommen könne, besondere Persönlichkeit

Es giebt namentlich

1) gewisse Vereinigungen der Menschen, deren Zweck nicht bloß auf die Gegenwart und auf die Interessen derjenigen Mitglieder, welche dermalen den Verein bilden, beschränkt ist, sondern welche in der Regel viel weitergehende Zwecke haben und deßhalb auf eine lange unbestimmte Dauer berechnet sind und daher in ihrer Existenz von den einzelnen Mitgliedern und Trägern des Vereins ganz unabhängig und um ihre Zwecke zu erreichen, vermögensfähig sein und eine gewisse Herrschaft über ihre Mitglieder in Anspruch nehmen müssen. In solchen Vereinigungen liegt der natürliche Gedanke einer juristischen Person; der Verein als solcher tritt gleichsam als besonderes Wesen mit seinem besonderen Rechts- und Pflichtenkreis den einzelnen, dem Wechsel unterworfenen, Trägern des Vereins und der ganzen Außenwelt als eine besondere Person gegenüber. Vereine, denen auf diese Weise juristische Persönlichkeit zukommt[3], nennen wir Personengemeinheiten, auch Korporationen im weitern Sinn[4]. Man kann drei Klassen unterscheiden:

a. Die bedeutendsten dieser Vereine haben ihrem Wesen nach öffentliche Zwecke und öffentliche Funktionen. Diese sind Kor-

---

verleihen, indem es solche Wesen, obwohl sie an sich nicht Personen seien, als Personen fingire und anerkenne. Es kann allerdings Fälle geben, in welchen wirklich die Persönlichkeit gewisser juristischer Personen durch die Fiktion vermittelt werden muß (hereditas iacens und Stiftungen). Allein bei den Korporationen im weitern Sinn (universitas hominum) bedarf es einer Fiktion nicht; bei ihnen führt die Natur des Verhältnisses auf die Nothwendigkeit, sie als besondere Person anzuerkennen; auch zur juristischen Konstruktion des Verhältnisses bedarf es hier nicht einer Fiktion. Die Korporation, welche sich gebildet hat, ist zwar ein unkörperliches Wesen, aber sie besteht in Wirklichkeit als besonderes Subjekt, macht sich als solches von selbst geltend, hat eine wirkliche Existenz für sich. Nur in Beziehung auf Willensfähigkeit bedarf sie einer Ergänzung. Diese erhält sie aber durch Vertretung. Diejenigen Menschen, welche berufen sind, die Korporation zu vertreten, ergänzen sie in natürlicher Weise nach der Willensseite; was sie innerhalb ihrer Kompetenz im Namen der Korporation wollen und thun, gilt als Wille der Korporation und so spricht man auch vom Willen der Korporation, z. B. vom Staatswillen, obwohl der Staat an sich einen Willen nicht haben kann.

Subjekt ist bei der Korporation nicht das Vermögen, auch nicht der Zweck, sondern der Verein als solcher, repräsentirt durch die Gesammtheit seiner stets wechselnden Träger (nicht die gegenwärtigen und künftigen Mitglieder).

Jene Fiktion ist aber nicht willkürlich, — sie muß durch wohlbegründete menschliche Zwecke, welche auf andere Weise nicht zu erreichen sind, gerechtfertigt sein.

[3] Die Stellung einer Person kann ihnen nur zukommen, entweder in Folge eines allgemeinen Gesetzes (Gewohnheitsrecht oder Gesetz im engern Sinne) oder durch eine Verleihung der höchsten Staatsgewalt (s. unten).

[4] Die Römer nennen sie universitates hominum, corpus (vgl. Windscheid Pand. § 57 Anm. 4); auch gebrauchen sie bei manchen derselben, namentlich bei den nachher unter b und c anzuführenden, die Bezeichnung collegia, sodalitates.

porationen im engern Sinne; so die wichtigste Korporation, der Staat[5]; ferner die Gemeinden[6] und die organisirten Bezirke oder Provinzen des Staats, welche im Wesentlichen denselben Zweck wie der Staat, nur im beschränktern Kreise, verfolgen; ferner nach ihrer frühern Verfassung, die mehr oder minder sich noch bei manchen erhalten hat, unsere Universitäten und die einzelnen Fakultäten derselben.

b. Es kann sein, daß gewissen Vereinen, welche zunächst nur Privatzwecke verfolgen, juristische Persönlichkeit zukommt. Diese sind Privatkorporationen (vgl. § 54 Nr. IV).

c. Die Zwecke eines Vereins, welchem Persönlichkeit zukommt, können gemischter Natur sein, theils öffentlichrechtliche, so fern ihnen der Staat gewisse Funktionen zuweist, theils privatrechtliche, so fern sie auf die besonderen Interessen der Vereinsgenossen berechnet sind. Es sind dies gemischte Korporationen. Dahin gehören z. B. unsere früheren Zünfte; auch die Kirchengesellschaften, so fern sie vom Staate mit öffentlichen Funktionen betraut sind.

2) Das Bedürfnis führt noch auf eine andere Klasse von juristischen Personen, deren Substrat nicht ein wechselnder Inbegriff von natürlichen Personen ist, sondern eine zu gewissen auf Dauer berechneten Zwecken bestimmte und mit Vermögen ausgestattete Anstalt. Dies sind die Stiftungen (s. § 58).

3) Außerdem ist es auch möglich, daß das positive Recht zur Erreichung bloß vorübergehender Zwecke eine juristische Person an-

---

[5] Der Staat kommt privatrechtlich natürlich nur in Vermögensverhältnissen in Betracht, so fern sich dieselben nicht auf publicistische Beziehungen gründen, und wird in diesen privatrechtlichen Beziehungen gewöhnlich durch Fiskus bezeichnet.

[6] Die Stadtgemeinden werden im römischen Recht bezeichnet durch civitas, municipium, municipes, communitas, und von dem Untergang der Republik an gewöhnlich durch respublica, indem diese letztere Bezeichnung allmählich auf Stadtgemeinden beschränkt wurde. (Was daher die Quellen des klassischen und spätern römischen Rechts von respublica sagen, ist in der Regel nicht auf den Fiskus, auf das Staatsvermögen, anzuwenden). D. quod cuiusq. univ. nom. 3, 4 l. 1 § 1, l. 2, l. 8; ad municipal. 50, 1 l. 30. Arndts § 42 Anm. 2. — Die Römer hatten zwar auch ihre vici, auch fora und conciliabula, castella (größere Dörfer, Mittelding zwischen Dorf und Stadt); aber ihre Dörfer waren keine selbständigen Kommunen, sondern als unselbständige Anhängsel der nächsten Stadt zugetheilt, wenn sie gleich für privatrechtliche Verhältnisse auch noch Korporationen für sich bildeten, also Persönlichkeit hatten (Savigny II 250 f.). Bei uns aber bilden die Dörfer oder Landgemeinden ganz selbständige Kommunen, nur in manchen Staaten mit etwas anderer Verfassung als die Städte. Die Rechte, welche das römische Recht den respublicae aus dem Grunde einräumt, weil sie selbständige Kommunen sind, müssen wir in Deutschland auch unseren Dörfern einräumen.

erkennt. Dies ist der Fall bei der hereditas iacens. Der Nachlaß eines Verstorbenen nämlich, so lange er vom Erben noch nicht erworben ist, bildet ein besonderes Rechtssubjekt, eine juristische Person. Darauf führte ein sehr richtiger Gedanke, eigentlich eine juristische Nothwendigkeit; denn dem todten Erblasser kann der Nachlaß nicht mehr gehören; er gehört aber auch nicht dem Erben, so lange dieser noch nicht die Erbschaft erworben hat. Er würde also in dieser Zwischenzeit res nullius sein. Um aber dies zu verhindern (und die Konsequenzen davon zu vermeiden) und um das Vermögen für den Erben zu erhalten, ist es nothwendig, dem Nachlaß selbst juristische Persönlichkeit, Rechtsfähigkeit und Unverletzlichkeit beizulegen und dies nahm auch allmählich das römische Recht an[7].

Der Kreis der juristischen Personen beschränkt sich auf die angeführten drei Klassen.

Manche Civilisten, besonders der früheren Zeit, wollten diesen Kreis noch erweitern, aber sehr mit Unrecht. Es sollen nach ihnen auch besondere juristische Personen sein:

a. das Grundstück, an welches ein Realrecht geknüpft ist, z. B. bei einer Realservitut das praedium dominans; allein dies beruht auf einer entschieden falschen Auffassung (s. § 38 Nr. V und Arndts § 41 Anm. 5).

b. Der Fiskus und die peculia der Hauskinder. Allein diese sind nichts Anderes, als das Vermögen gewisser Personen. Der Fiskus ist das Vermögen der juristischen Person des Staats (s. § 30). Die Pekulien sind Vermögen natürlicher Personen: der Hauskinder und zum Theil des Hausvaters.

c. Die ganze Reihe auf einander folgender Regenten des Staats, eben so der Beamten, welche nach oder mit einander dasselbe Amt verwalten. Deßhalb sage man: der Regent stirbt nicht; ferner erhalte deßhalb, wenn Jemand in seinem letzten Willen dem Könige Etwas vermache, derjenige Regent das Vermächtnis, welcher gerade zur Zeit des Todes des Erblassers regiere. Allein auch diese Ansicht hat keine Realität. Ein Amt ist nichts Anderes, als der Inbegriff gewisser Funktionen, welche der Staat oder eine Gemeinde einem Individuum oder mehreren miteinander übertragen hat; auch bezeichnet man so die durch den Staat geschaffene Einrichtung und Behörde. Diese Einrichtung und Behörde dauert natürlich fort, wenn auch die einzelnen mit der Funktion betrauten Personen wechseln. Allein das Amt selbst ist lediglich ein Institut einer andern Person, nämlich des Staats, resp. einer Gemeinde. Es ist kein Rechtssubjekt für sich, kann nicht besonderes Vermögen und Schulden haben; seine pekuniäre Ausstattung gehört dem Staate. — Eben so verhält es sich mit dem Regenten. Die einzelnen auf einander folgenden Regenten sind in ihrer staatsrechtlichen Eigenschaft bloß Träger der Staatsgewalt, bald beschränkt, bald unbeschränkt, sie machen aber nicht zusammen eine juristische Person für sich aus. Allerdings fällt, wenn Jemand dem Regenten des Staats, ohne ihn individuell näher zu bezeichnen, Etwas vermacht, das Vermächtnis Demjenigen zu, welcher gerade zur Zeit des Todes des Erblassers regiert. Allein dies liegt eben in der Art und Weise, wie hier der Erblasser den Honorirten bezeichnet (D. de leg. II, 31 l. 56).

[7] Vgl. Arndts § 465.

Zu einem entgegengesetzten Extrem kamen Manche in den neueren Zeiten. Namentlich

1) wollen manche Neuere die juristische Person ganz negiren, z. B. Demelius in Iherings Jahrbüchern f. Dogm. d. R. Bd. IV S. 113 f. und besonders ausführlich mit vielem Scharfsinn Brinz Lehrb. d. Pand. § 60 f. Sie halten die juristische Persönlichkeit für eine sonderbare und unnöthige Fiktion und meinen, bei Dem, was wir juristische Person nennen, auch bei der universitas hominum (Staat, Gemeinde), handle es sich bloß von einem Zweckvermögen. Dies sei ein Vermögen, das Niemandem gehöre. das res nullius sei, aber doch nicht Jedem preisgegeben, sondern zur Bestreitung gewisser Interessen und Erreichung gewisser Zwecke bestimmt sei und daher, wie Brinz (§ 60) es ausdrückt, doch eine res iuris und im Rechte befangen sei und zu Etwas gehöre (ad aliquid pertinet), also nicht rechtlos sei. Was damit gewonnen werden soll, ist gar nicht einzusehen. Es wird nur an die Stelle der sehr natürlichen Personifikation eine höchst verkünstelte mit der Natur der subjektiven Rechte, welche ohne ein Subjekt, dem sie gehören, sich gar nicht denken lassen (s. § 33), ganz unvereinbare Auffassung gesetzt. Denn jenes Zweckvermögen soll Gegenstand des Verkehrs sein und Eigenthum enthalten ohne Eigenthümer, Forderungen ohne Gläubiger, Schulden ohne Schuldner. Dies sind logische Unmöglichkeiten. Brinz giebt doch selbst zu, daß Eigenthum und Forderungsrechte und dergleichen sich nicht denken lassen ohne ein Subjekt, dem sie zustehen. Damit aber ist ein Vermögen, das keiner Person gehört, sein sog. Zweckvermögen, gar nicht vereinbar. Auch giebt Brinz zu, daß unser positives Recht durchaus von der Annahme juristischer vermögensfähiger Personen ausgehe. Aber es weiß Nichts von einem im Verkehr befindlichen und doch Niemandem gehörigen Zweckvermögen, so wenig als unsere Praxis davon weiß. Mit Recht haben die meisten neueren Civilisten und Germanisten gegen die Idee eines solchen Zweckvermögens sich erklärt. (Vgl. Arndts § 41 Anm. 3; Stobbe Handb. d. deutsch. Privatr. (1871) I S. 335; v. Gerber Deutsch. Privatr. § 49 Anm. 3 a. E.)

Auch eine Abhandlung von E. J. Bekke (Zur Lehre von Rechtssubjekten) in Iherings Jahrb. für Dogm. d. R. Bd. XII (1872) S. 1 f. scheint ein Zweckvermögen ohne Subjekt für gewisse Verhältnisse anzunehmen. Die Abhandlung aber, wenn schon sie manches Scharfsinnige im Einzelnen enthält, ist unklar und unerquicklich und kommt zu keinem festen Resultate.

2) Eine andere eigenthümliche Ansicht entwickeln über diese Frage Hugo Böhlau (Rechtssubjekt und Personenrolle 1871). Auch er giebt zu, daß ein Recht, also auch ein aus Rechten bestehendes Vermögen nicht möglich ist ohne ein Subjekt, dem es gehört, und verwirft mit Recht (S. 6 f.) die Brinz'sche Idee vom subjektlosen Zweckvermögen. Aber er verwirft auch die juristische Personifikation, indem er davon ausgeht, daß nur der einzelne Mensch, die physische Person, Subjekt von Rechten sein könne und (S. 10 f.) zu beweisen sucht, daß auch die Römer keine juristische Personifikation statuirt haben, ein Beweis, der ihm freilich nicht gelingen konnte. Da er aber doch bei Dem, was unser Recht für juristische Person erklärt, für das betreffende Vermögen die Nothwendigkeit eines Subjekts anerkennt, so substituirt er (S. 16 f.) der juristischen Person vermöge einer Fiktion eine Personenrolle. Diese Fiktion geht nämlich dahin: Das, was für die Zwecke des an sich herrenlosen Zweckvermögens erworben und an Verbindlichkeiten eingegangen werde, gelte als erworben und eingegangen für eine physische Person, welche als Herrin des Zweckvermögens juristisch angenommen oder fingirt werde; aber durch diese Fiktion werde keine Person geschaffen, weder eine physische noch eine juristische, sondern nur eine Personenrolle und das Zweck-
gen spiele eine Personenrolle zum Besten der physischen Personen, welchen
ecke des Vermögens zu Gute kommen. — Allein es ist Böhlau weder ge-
in diesen Gedanken Klarheit zu bringen, noch zu beweisen, daß durch
Gegensatz zur Personifikationstheorie irgend Etwas gewonnen werde,
unserem positiven Rechte ein solcher nebelhafter Gedanke zu Grunde liege.
In einer andern Weise suchte Ihering Geist d. röm. Rechts Bd. III

(1865) S. 209 f. und besonders S. 330 f. das Verhältnis der juristischen Person zu konstruiren. Zwar geht er von der Annahme juristischer Personen aus, aber er macht die juristische Person zu einem bloßen Schein, zu einem bloßen Figuranten. Er sagt: „sie figurire bloß nach außen hin" als Subjekt des betreffenden Vermögens, um die Beziehungen der Genossenschaft nach außen hin zu vermitteln, um Rechtsgeschäfte einzugehen, Erwerbungen und Schulden machen und Andere verklagen zu können. Im Innern aber sei nicht sie die Berechtigte, sondern das Vermögen gehöre den Genossenschaftsinteressenten, also bei einer universitas hominum den Mitgliedern derselben, bei einem gestifteten Hospital den Hospitaliten; die juristische Person habe gar kein Recht, nur die einzelnen Mitglieder seien die wahren Rechtssubjekte. Allein dies ist eine totale Verkehrung des Verhältnisses und daß unser positives Recht es in keiner Weise so auffaßt, wird schon durch das in § 54 Nr. II 2 und 3 Ausgeführte und die dort angegebenen Quellenstellen bewiesen.

1. Die Personengemeinheiten. Natur und Arten derselben.

§ 54.

(Arndts § 42.)

Eine Personengemeinheit (corpus, universitas hominum[1], auch collegium, Körperschaft oder Korporation im weitern Sinn) ist eine Vereinigung von (natürlichen oder auch juristischen) Personen, welche als solche ein besonderes für sich bestehendes Rechtssubjekt mit besonderem Rechtskreise bildet. Ihr Wesen liegt eben darin, daß die Vereinigung für sich eine selbständige Person und von den einzelnen Personen, welche Mitglieder und Träger der Vereinigung sind und von deren Rechtskreise durchaus verschieden ist[2].

Um aber das Wesen der Korporation und seine Konsequenzen gehörig aufzufassen und sie nicht zu verwechseln mit solchen Vereinen, die keine juristischen Personen sind, muß man von den Letzteren ausgehen und die verschiedenen Möglichkeiten, die überhaupt bei Vereinen vorkommen können, ins Auge fassen, daher folgende Fälle unterscheiden.

I. Die bloßen Gesellschaften, Societäten (die römische societas). Wenn mehrere Personen mit einander einen Vertrag schließen, sei es zu gemeinsamem Erwerbe oder zu anderen Zwecken, z. B. um auf gemeinschaftliche Kosten eine Reise zu machen, oder

[1] Der Ausdruck universitas hominum ist in so fern zu eng, als die Mitglieder und Träger einer universitas auch lauter juristische Personen sein können, z. B. wenn eine Reihe Gemeinden wieder eine besondere Korporation bilden, wie die württembergische Amtskörperschaft.

[2] Arndts § 42 Nt. g und h.

um mit einander Grundstücke zu kaufen und sie gemeinschaftlich zu bebauen ꝛc., und zu diesem Zwecke Geld zusammenlegen, Sachen erwerben ꝛc., so bildet in der Regel eine solche Gesellschaft, societas, nicht ein besonderes für sich bestehendes Rechtssubjekt, das von den einzelnen Mitgliedern verschieden wäre und ihnen gegenüberstände. Es sind hier eben einzelne Personen vorhanden, die zu einander in einem Vertragsverhältnisse stehen und als einzelne mit Anderen in Verkehr treten können. Das Vermögen, welches sie zusammenbringen, die Sachen, die sie mit einander erwerben, sind res communes, d. h. jedem Mitgliede gehört daran die Quote, welche durch den Vertrag festgesetzt wird und wenn nichts Besonderes verabredet wurde, ein gleicher Theil. Sie stehen mit einander in einer communio pro indiviso (s. § 64), sind Miteigenthümer nach Quoten. Von den Forderungen, die sie mit einander erwerben, gehört jedem socius sein bestimmter Antheil, so daß ihm zu diesem Antheil der Schuldner ausschließlich und unmittelbar verhaftet ist, und eben so haftet jeder socius mit seinem Vermögen für die Schulden, die sie gemeinsam machen, so daß er unmittelbar vom Gläubiger auf diesen Antheil verklagt werden kann. Kommen sie wegen gemeinsamer Rechte oder Schulden in einen Proceß, so geht derselbe Jeden zu seinem Theil an; Jeder muß also dabei handeln, Jeder die Vollmacht für den gemeinsamen Anwalt mit ausstellen u. s. w. Die Gesellschaft als solche kann Nichts erwerben. Würde man z. B. sie als Gesellschaft zum Erben einsetzen oder ihr Etwas vermachen: so wäre dies ungültig, weil die Gesellschaft keine Person für sich bildet; man kann nur die einzelnen Mitglieder als einzelne Personen letztwillig bedenken[3]. Von einer solchen Gesellschaft kann jeder socius in der Regel beliebig austreten und dadurch löst sich dann die Gesellschaft auf; eben so löst sie sich von selbst auf, wenn ein socius Konkurs macht oder stirbt[4]. Tritt ein socius aus oder löst sich die Gesellschaft sonst auf, so macht nun jeder socius oder sein Erbe seine Rechte an dem gemeinsamen Vermögen geltend. Jeder hat und behält seine Quote an demselben und kann bei gemeinschaftlichen Sachen wie jeder Miteigenthümer Realtheilung verlangen: für die kontrahirten Schulden aber bleibt er zu seinem Antheile dem Gläubiger verhaftet.

---

[3] D. de reb. dub. 34, 5 l. 20. Anders z. B. nach sächsischem Recht (G. B. 2075).

[4] Vgl. Arndts § 317—319.

Zu solchen Gesellschaften gehören namentlich auch Vereinigungen von Kaufleuten, welche sich mit einander unter einer Firma zum Handel verbinden; eine solche Handelsgesellschaft bildet keine juristische Person. Nur ist dabei zu beachten, daß das deutsche Handelsgesetzbuch bei offenen Handelsgesellschaften Besonderes festsetzt, wodurch sie in manchen Beziehungen Ähnlichkeit mit juristischen Personen erhalten[5].

II. Die Personengemeinheiten, Korporationen im weitern Sinn überhaupt. Bei diesen ist es in den unter Nr. I ausgeführten Beziehungen wesentlich anders. Die Personengemeinheit bildet ein besonderes rechtsfähiges Wesen für sich, mit voller Vermögensfähigkeit nach der aktiven und passiven Seite. Sie kann daher für sich Schulden haben und kontrahiren, Vermögensrechte jeder Art erwerben, kann auch von Anderen zum Erben eingesetzt und mit Vermächtnissen bedacht werden, wie im Erbrecht zu zeigen ist. Das Subjekt dieser Rechte und Verbindlichkeiten sind aber nicht die dermaligen Mitglieder der universitas, sondern lediglich die universitas selbst, die Korporation. Diese bildet eine Person für sich, völlig verschieden von ihren stets wechselnden Mitgliedern, welche nur die vorübergehenden äußeren Träger der Korporation sind. Der Rechtskreis der universitas ist ein von den Rechtskreisen ihrer Mitglieder völlig verschiedener; sie steht überhaupt als besondere Person ihren Mitgliedern gegenüber, wie jede andere Person. Hieraus folgt:

1) Der Wechsel der Mitglieder ist für den Bestand der universitas gleichgültig; durch den Tod oder Austritt einzelner Mitglieder ändert sich an ihr Nichts, und wenn auch alle allmählich wechseln, so bleibt doch die universitas immer dieselbe[6].

2) Von dem Vermögen der universitas gehört ihren einzelnen Mitgliedern als Solchen gar Nichts. Die Sachen der universitas sind für die Mitglieder fremde Sachen, so daß z. B. ein Mitglied ganz gültig ein ius in re an den Sachen der universitas erwerben kann, z. B. Servituten, Pfandrechte und dergleichen[7]. Zwar können einzelne Sachen der universitas zum gemeinsamen Gebrauch bestimmt sein, z. B. die Straßen oder öffentlichen Plätze einer Stadt oder

[5] Das Nähere darüber ist im Handelsrecht auszuführen.
[6] D. quod cuiuscunque univ. nom. 3, 4 l. 7 § 2; de iudiciis 5, 1 l. 76.
[7] Arndts § 42 Note g und h.

wenigstens zum Gebrauche der Mitglieder der universitas, z. B. die Gemeinde-Waiden. Allein alle solche Sachen sind Eigenthum der universitas[8]. Wenn daher z. B. eine Stadt Vermögen hat, so gehört keinem Bürger eine Quote daran; es können daher die Bürger einer Gemeinde reich, die Gemeinde selbst aber arm sein und umgekehrt. Giebt ein Bürger sein Bürgerrecht auf, so kann er keinen Pfennig aus dem Stadtvermögen verlangen, weil es ja einer ganz andern Person gehört. Wenn einer Gemeinde Forderungen an einen Dritten zustehen, so gehört den einzelnen Bürgern Nichts an diesen Forderungen, der Schuldner ist gar nicht ihr Schuldner.

3) In gleicher Weise verhält es sich mit den Schulden der universitas. Wer von der universitas Etwas zu fordern hat, kann es nicht gegen die einzelnen Mitglieder pro rata einklagen, weil nicht sie seine Schuldner sind[9]. Die Gläubiger der universitas können sich daher nur an das Vermögen der universitas halten[10]. Deßhalb können auch die Mitglieder der universitas Gläubiger und Schuldner der Korporation sein, weil die Korporation eine besondere, von ihren Mitgliedern ganz verschiedene Person ist.

4) Die Korporation führt über ihr Vermögen selbständig Processe durch einen besonderen von ihr dazu angestellten Beamten (Syndikus), oder durch einen für den einzelnen Fall bestellten Anwalt. Die Vollmacht für diesen stellt die Korporation aus, d. h. die Vorsteher derselben, nicht die einzelnen Mitglieder.

Diese Grundsätze gelten im Zweifel bei allen Personengemeinheiten; sie sind Konsequenzen der juristischen Persönlichkeit. Im Einzelnen aber können bei gewissen Klassen von Korporationen Modifikationen eintreten, besonders je nachdem sie eine öffentliche oder eine Privatkorporation ist.

III. Die öffentlichen Korporationen oder Korporationen im engern Sinn (s. § 53 Nr. 1 a). Bei diesen kommt das unter Nr. II

---

[8] D. de rerum divis. 1, 8 l. 6 § 1; de quaestion. 48, 18 l. 1 § 7.

[9] Wenn die universitas nach ihrer Verfassung das Recht hat, von ihren Mitgliedern jährliche Beisteuern zu verlangen und zu diesem Zweck Umlagen auf sie zu machen: so ist dies bloß ein Recht der universitas, in welches sich ihre Gläubiger nicht einmischen dürfen; diese können sich nur an die universitas halten, nicht an die einzelnen Mitglieder.

[10] D. quod cuiuscunque 3, 4 l. 8 l. 7 § 1. Ferner kann, wenn ein Mitglied der universitas austritt, der Gläubiger der universitas durchaus keine Ansprüche an Mitglied oder seine Erben machen. Dagegen muß jedes neueintretende Mitglied an künftigen Umlagen, welche die universitas auf ihre Mitglieder machen darf, mit-, sollten sie auch gemacht werden zur Tilgung alter Schulden.

Ausgeführte am reinsten zur Anwendung. Die Organisation und Verwaltung solcher Korporationen wird durch die Gesetzgebung des Staates bestimmt[11]. Was das römische Recht in dieser Hinsicht festsetzte, z. B. über Verwaltung der römischen Municipien, ist bei uns unpraktisch. — Würde eine öffentliche Korporation aufgehoben werden oder sonst erlöschen, so ist ihr Vermögen nicht unter ihre Mitglieder zu vertheilen, da es nicht diesen, sondern der juristischen Person gehörte und die Mitglieder als solche keinen Anspruch an dieses fremde Vermögen haben. Vielmehr ist es nun eben ein erbloses Gut, da eine juristische Person keine Erben haben kann[12].

IV. Die Privatkorporationen (vgl. § 53 Nr. 1 b). Über diese ist viel Streit. Es ist bei ihnen von Folgendem auszugehen.

A. Es sind in unseren Zeiten einige Klassen von Privatvereinen äußerst häufig, welche in ihrer ganzen Natur von den reinen Societäten (Nr. I) und in ihren Zwecken von den öffentlichen (und gemischten) Korporationen (Nr. III) wesentlich verschieden sind, nämlich

1) die auf Erwerb gerichteten Aktiengesellschaften. Es sind dies Vereine Mehrerer zum Betrieb eines gemeinschaftlichen auf den Nutzen der Theilnehmer berechneten Unternehmens, bei welchem jeder Theilnehmer lediglich nach dem Betrage seiner Aktie berechtigt und verpflichtet werden soll. Der Sinn einer solchen Vereinigung, Das was die Theilnehmer beabsichtigen, geht dahin: der zum Unternehmen nöthige Fond wird in kleinere Geldantheile, sog. Aktien, zerlegt. Jedes Mitglied übernimmt eine oder mehrere solcher Aktien und verpflichtet sich dadurch, den Geldbetrag der betreffenden Aktien an die Gesellschaft einzuzahlen. Der Gewinn oder Verlust des Unternehmens wird nach der Zahl der Aktien vertheilt; jedes Mitglied bekommt so viele Theile am Gewinn, als es Aktien hat, trägt aber auch am Verlust nur so viele Theile, als es Aktien hat, haftet überhaupt für Verluste und Schulden der Gesellschaft höchstens bis zum Betrag seiner Aktien. Das Organ, durch welches das Unternehmen verwaltet wird, sind theils gewählte Vorsteher, welche die Gesellschaft nach außen repräsentiren, theils die Generalversammlung der Aktio-

[11] Das Nähere darüber gehört in das Staats- und Verwaltungsrecht. Bei den Kirchen kommt es ganz auf ihre Stellung zum Staat an.

[12] Es fällt an den Staat, so weit nicht etwa durch ein besonderes Gesetz für die Korporation etwas Anderes festgesetzt wird (Stobbe Handb. des deutsch. Privatrechts § 54).

näre, welche nach Majorität beschließt. Der Wechsel der Mitglieder hat auf den Bestand der Gesellschaft keinen Einfluß. Stirbt ein Mitglied, so trägt es seine Rechte auf seine Erben über, welche nun an seiner Stelle Aktionäre werden; auch kann der Aktionär seine Aktien an Andere abtreten, z. B. verkaufen, so daß dann an seiner Stelle der Käufer, resp. Cessionar Mitglied der Gesellschaft und Aktionär wird. Die Gläubiger der Gesellschaft können sich bloß an die Gesellschaft halten, nicht an die einzelnen Mitglieder: es haftet ihnen nur das vorhandene Gesellschaftsvermögen. Macht ein Mitglied Konkurs, so werden seine Aktien zur Befriedigung seiner Gläubiger verkauft und die Käufer werden an seiner Stelle Aktionäre. Löst sich die Gesellschaft auf, so wird das vorhandene Vermögen unter die Aktionäre nach der Zahl der Aktien vertheilt.

2) Vereine, welche nicht Erwerb zum Zwecke haben, sondern auf Förderung anderer Zwecke und Interessen gerichtet, aber dabei ebenfalls auf eine längere, vom Wechsel der Mitglieder unabhängige Dauer berechnet sind, z. B. gesellige auf Dauer berechnete Vereine (Museen, Harmonieen u. dergl., ferner Turnvereine, politische, litterarische ꝛc. Vereine). Der Sinn eines solchen Vereins geht dahin: Jedes Mitglied verpflichtet sich zu bestimmten Beiträgen zur Deckung der Bedürfnisse des Vereins und will nur für diese Beiträge haften, so weit sie auf die Zeit seiner Mitgliedschaft fallen, falls nicht eine weitergehende Verpflichtung besonders übernommen wurde. Die Gläubiger können sich nur an das durch diese Beiträge gebildete Vereinsvermögen halten. Die Rechte der Mitglieder an dem Vermögen sind weder vererblich noch veräußerlich. Stirbt ein Mitglied, so erlischt sein Recht als Mitglied; ebenso, wenn es austritt; an Andere kann es seine Mitgliedschaft und die damit verbundenen Rechte nicht abtreten.

3) In neueren Zeiten bilden sich sehr häufig Vereine, welche wesentlich pekuniäre Zwecke verfolgen, aber in anderer Weise, als die Aktiengesellschaften; nämlich sich verbinden zum gemeinschaftlichen Betrieb eines Gewerbes oder zur Förderung des Kredits ihrer Mitglieder oder zu billigerer Bestreitung ihrer Bedürfnisse. Bei diesen Vereinen kommt, anders als bei den Aktiengesellschaften und ähnlich wie bei den unter Nr. 2 angeführten Vereinen, die Persönlichkeit der Mitglieder wesentlich in Betracht. In Letzterem nähern sie sich den unter Nr. 2 bezeichneten Vereinen, indem bei ihnen das Mitgliedsrecht

nicht vererblich und nicht abtretbar ist. Hierher gehören die sog. Produktivgenossenschaften und die Konsumvereine, die Vorschuß- und Kreditvereine[13].

B. Sehr bestritten ist aber, wie die juristische Natur dieser Vereine aufzufassen und zu konstruiren ist. Viele halten sie für Societäten römischen Rechts, aber für besonders modificirte; Andere für juristische Personen. Andere sagen, sie seien eben Genossenschaften von nicht recht definirbarem Charakter; wieder Andere erklären sie für unvollkommene juristische Personen[14]. — Das römische Recht kannte schon solche Vereine[15], es kannte namentlich Vereine auf Gewinn, ähnlich den Aktiengesellschaften, wie z. B. die der Zollpächter; ferner gewisse organisirte sociale Klubbs zu religiösen Zwecken und Mahlzeiten (collegia im engern Sinn), die nicht selten auch politische Zwecke verfolgten. Aber das römische Recht erklärte alle Vereine solcher Art an sich für unerlaubt (collegia illicita), außer so weit ein Gesetz gewisse Vereine unter gewissen Modalitäten gestattete oder einzelne Vereine durch Senatuskonsult oder kaiserliche Genehmigung besonders autorisirt waren. Durch eine solche Autorisation aber und Gestattung war dann der Verein nicht nur polizeilich erlaubt, sondern hatte stets auch die Stellung einer juristischen Person[16].

Bei uns dagegen sind die Vereine jeder Art, so fern sie nicht widerrechtliche Zwecke haben, durchaus erlaubt und bedürfen nach gemeinem Recht keinerlei Staatsgenehmigung. Die Frage ist aber, welche rechtliche Stellung haben die unter Lit. A Nr. 1—3 genannten Vereine? Daß jene Vereine ihrem ganzen Sinne nach juristische Personen in der dort angeführten Weise sein wollen, dies leidet keinen Zweifel. Die Frage ist aber: sind sie es wirklich, so bald sie in dieser Absicht gegründet werden? Keine Quelle des ehemaligen gemeinen Rechts legt den genannten Vereinen an und für sich juristische Persönlichkeit bei. Deßhalb wurde stets von der herrschenden Ansicht und mit ihr von der Praxis der meisten Gerichte die Frage mit Recht ver-

[13] Das Reichsgesetz vom 4. Juli 1868 bezeichnet solche Vereine durch Genossenschaften.

[14] Das Genauere darüber gehört in das Germanicum (s. bes. Stobbe Handbuch § 52 f.), da diese Vereine nicht auf dem Gebiet des Pandektenrechts liegen.

[15] D. quod cuiscunque univ. 3, 4; de collegiis 47, 22.

[16] D. quod cuiusc. univ. 3, 4 l. 1 pr. § 1; de reb. dub. 34, 5 l. 20; de colleg. et corp. 47, 22 l. 2, l. 3 § 1. — Es war also nach römischem Recht eine unvollkommene juristische Person nicht möglich.

neint und wenn solche Vereine wirklich juristische Personen sein sollen, dazu in der Regel erfordert, daß die Staatsregierung den einzelnen Verein besonders als juristische Person anerkennt, ihn also für eine juristische Person erklärt. So lange dies nicht der Fall ist, könnte der Verein nur als modificirte Societät behandelt werden, wobei er aber in der rechtlichen Durchführung Dessen, was er will, auf manche Schwierigkeiten stoßen würde [17].

Aber das legislativ Richtigste würde sein, solchen Vereinen zu gestatten, wenn sie wollen, sich geradezu (ausdrücklich) als juristische Person zu konstituiren, wenn sie gewisse gesetzlich bestimmte Formen (z. B. Eintrag in ein öffentliches Register u. dergl.) beobachten [18].

Hat sich nun ein Verein auf diese Weise als juristische Person gebildet, oder da, wo es nöthig ist, durch die Regierung juristische Persönlichkeit erhalten [19], so gelten dann bei ihm die allgemeinen unter Nr. II ausgeführten Grundsätze mit den näheren Bestimmungen, welche (nach Nr. IV A 1—3) die besondere Art des Vereins mit sich bringt. Sie unterscheiden sich aber von den öffentlichen Korporationen (Nr. III) namentlich in Folgendem:

a. Die Mitglieder solcher Vereine werden sich stets vor ihrer eigentlichen Konstituirung über ihre Rechte und über die Art der Verwaltung des Vereins vereinbaren und zu diesem Zwecke ein Statut errichten (statuta conventionalia), was sie können, so fern sie nicht darin gegen gebietende Gesetze anstoßen. Diese Statuten bilden die

[17] Vgl. Stobbe a. a. O. § 61. — So namentlich bei Eintragungen in den öffentlichen Büchern, bei der Legitimation zur Proceßführung, bei Erwerbungen aus letzten Willen. — Manche wollen solchen Vereinen eine (unklare) Zwitterstellung zwischen Societät und juristischer Person anweisen.

[18] Dieses gilt nun nach dem jetzigen gemeinen Reichsrecht bei Aktiengesellschaften jeder Art (s. Bundesgesetz vom 11. Juni 1870. Stobbe a. a. O. I. 345) und bei den unter A 3 angeführten Genossenschaften (Bundesgesetz vom 4. Juli 1868), und Gleiches bestimmte überhaupt für Privatvereine schon das sächsische Gesetz über juristische Personen vom 15. Juni 1868.

[19] Es kommt in unseren Zeiten nicht selten vor, daß einer bloßen Societät, in welche Privatpersonen getreten sind, vom Staate die Rechte einer juristischen Person ertheilt werden. Diese Ertheilung geschieht hauptsächlich zu drei Zwecken: a) Erleichterung der Vertretung vor Gericht, indem nun die Gesellschaft als juristische Person gilt und daher als Person für sich (durch ihre Vorsteher) zu jedem Proceß legitimirt ist. b) Die Erlangung der Erwerbsfähigkeit des Vereins, also namentlich der Fähigkeit, in letzten Willen zum Erben eingesetzt und mit Vermächtnissen bedacht zu werden. c) Fähigkeit, gegen Dritte als Person für sich in Vermögensverhältnissen zu stehen, so daß also nicht die einzelnen Mitglieder aus den Rechtsverhältnissen der universitas unmittelbar berechtigt und verpflichtet werden, sondern zunächst bloß der Verein als solcher, er namentlich für die Schulden bloß haftet, so weit das Vermögen des zur universitas erhobenen Ver-

maßgebende Norm über das Verhältnis der Mitglieder zu einander und die Verfassung des Vereins.

b. In diesen Statuten werden sie auch Bestimmungen treffen über die Verwendung des Vereinsvermögens und über die Rechte der einzelnen Mitglieder daran und über die Vertheilung des Vermögens bei Auflösung des Vereins. Zwar gehört das Vermögen, welches durch die Beiträge der Mitglieder gebildet, oder sonst vom Verein erworben wird, so bald er eine juristische Person geworden ist, nicht mehr den einzelnen Mitgliedern, sondern der juristischen Person des Vereins. Aber die einzelnen Mitglieder behalten an der Benutzung des Vermögens und an den Revenuen aus demselben die Rechte, welche ihnen aus dem Zwecke des Vereins und nach den Statuten zukommen sollen, als Forderung gegen den Verein. Auch muß man annehmen, daß Mitglieder einer solchen Privatkorporation das Vermögen auf den Verein nur in Voraussetzung des Fortbestandes des Vereins übertrugen, also nur so lange es den Vereinszwecken dient. Fällt daher später diese Voraussetzung weg, so muß das Vermögen an die Vereinsmitglieder fallen. Wenn daher z. B. einem Aktienverein zum Betrieb einer Eisenbahn, Auffindung von Steinkohlen u. dergl. juristische Persönlichkeit ertheilt ist, so vertheilen doch seine Mitglieder den jährlichen Gewinn ganz oder theilweise unter sich, nach der Zahl der Aktien (denn dieses ist ihr Vereinszweck) vermöge eines Forderungsrechts, das ihnen ihre Aktie gegen die juristische Person des Vereins gewährt (nicht: Miteigenthums); und wenn später der Verein sich auflöst, so wird nach Zahlung der Vereinsschulden das ganze übrige Vermögen unter die Aktionäre nach der Zahl der Aktien vertheilt.

c. Über Schulden des Vereins, welcher juristische Persönlichkeit hat, gilt das unter Nr. II. 3 Ausgeführte[20]. Natürlich aber ist es auch zulässig, in den Statuten einer Privatkorporation festzusetzen, daß jedes einzelne Mitglied für alle Schulden der Korporation in sub-

[20] Die Gläubiger, die mit einem solchen Vereine, namentlich den Vorstehern kontrahiren, während sie wissen oder ihnen erklärt wird, daß mit ihnen im Namen eines solchen Vereins gehandelt wird, erkennen eben damit das gleiche Verhältnis an; sie kontrahiren mit dem Verein als besonderer Person, können sich daher bloß an das Vermögen des Vereins (als solchen) nicht an das besondere Vermögen der einzelnen Mitglieder halten. Sie haben die Vorsteher der Gesellschaft als Repräsentanten des Vereins zu belangen, können daher auch nicht Das, was sie an den Verein zu fordern haben, mit Dem kompensiren, was sie etwa einem einzelnen Mitgliede schulden, unterwerfen sich überhaupt den Konsequenzen davon, daß die Gesellschaft faktisch als juristische Person sich gegen sie gerirte.

sidium zu haften habe, was freilich für die Mitglieder etwas sehr Gefährliches ist. Aber für die unter Nr. IV Lit. A Nr. 3 angeführten Genossenschaften bestimmt das dort angeführte Reichsgesetz (§ 12) es sogar als gesetzliche Norm, daß die Mitglieder für alle Schulden der Korporation in subsidium mithaften und zwar jedes einzelne Mitglied für jede Schuld in solidum, so daß es höchst bedenklich ist, in eine solche Genossenschaft einzutreten.

V. Schließlich ist noch zu bemerken, daß gewissen Korporationen von den Gesetzen besondere Privilegien ertheilt sind, so namentlich dem Staat — privilegia fisci — ferner der Kirche — bei der Verjährung — ferner der Kirche und den Städten — bei der restitutio in integrum. Diese darf man auf andere Korporationen nicht ausdehnen, da sie Singularitäten sind.

Die Vertretung der Personengemeinheiten.

§ 55.

(Arndts § 43.)

Diese bestimmt sich nach folgenden Grundsätzen:

I. Die juristische Person ist ein unkörperliches (ideelles) Wesen. Von einem Willen oder einer Willensfähigkeit kann bei ihr nicht die Rede sein, es geht ihr deßhalb auch jede (natürliche und juristische) Handlungsfähigkeit ab[1]. Das daher, was die Mitglieder

[1] D. de libertis univers. 38, 3 l. un. § 1; de dolo 4, 3 l. 15 § 1; de poss. 41, 2 l. 1 § 22. Savigny Syst. II 282 ff. 324 ff. Die gewöhnliche Ansicht ging dahin: die universitas sei so gut willensfähig, wie der einzelne Mensch; in der Gesammtheit der einzelnen Mitglieder bestehe die Korporation; sie seien die Korporation; diese Gesammtheit verfüge über Alles, was die Korporation betreffe; ihren Willen spreche die Korporation aus durch den Majoritätsbeschluß ihrer Mitglieder; diese Majorität bilde eigentlich das Subjekt der Rechte und Verbindlichkeiten der Gemeinheit, sei die handelnde, verfügende und berechtigte universitas; was sie beschließe, sei der durchaus maßgebende Wille der universitas; sie könne über Rechte, Vermögen und selbst über die Existenz der universitas selbständig verfügen und ihre Statuten ändern. Häufig wird auch noch beigefügt, zu einem gültigen Beschluß gehöre, daß wenigstens $^2/_3$ aller Mitglieder anwesend seien (wegen D. de decretis ab ordine fac. 50, 9 l. 3, C. de decurion. 10, 31 cst. 46). Diese Ansicht würde bei einiger Konsequenz zu den bedeutendsten und ganz extremen Folgen führen. Es würde z. B. daraus folgen, daß die universitas durchaus natürliche Handlungsfähigkeit hätte, daß sie also auch Delikte begehen und durch Delikte obligirt werden könnte, daß von der Majorität zu Gunsten Dritter und zu ihren eigenen Gunsten nach Belieben über das Vermögen der universitas disponirt und das Statut abgeändert werden könnte. Manche wollen diese Folgerungen dadurch mildern, daß sie zu gewissen wichtigen Beschlüssen Unanimität fordern. Allein diese ganze Ansicht ist in ihrer Grundlage eine entschieden unrichtige und es gehört namentlich zu den Verdiensten Savigny's, ihr gehörig entgegengetreten zu sein.

einer universitas in einer Generalversammlung oder ihre Vorsteher beschließen, ist nicht ein von der Korporation Gewolltes, der Wille der Korporation, sondern nur der Wille und Beschluß der Vertreter der Korporation. Man kann nur sagen, daß Das, was die Vertreter der universitas innerhalb ihrer Kompetenz (s. Nr. III) beschließen und thun, bildlich und juristisch als Willen der Korporation gelte; die willensunfähige Korporation haftet dafür, als ob sie es gewollt und gethan hätte.

II. Da nämlich die juristische Person willensunfähig ist, so muß dieser Mangel ersetzt werden durch Vertreter, welche ihre Angelegenheiten besorgen, ihr Vermögen verwalten, Processe für sie führen, für sie Rechtsgeschäfte eingehen u. s. f. Wer bei den einzelnen Korporationen diese Funktion hat, ob einzelne gewählte Vorsteher oder ein Kollegium von Vorstehern oder in einzelnen Fällen sämmtliche Mitglieder der Korporation in einer Generalversammlung, — dies muß durch ihre Verfassung (Statut) bestimmt werden. So weit diese Nichts darüber bestimmt, haben eben die gegenwärtigen Mitglieder der Korporation durch Majoritätsbeschluß die Vertretung auszuüben. Je nachdem die universitas eine organisirte Vertretung durch besondere Vorsteher hat, was die Regel ist, oder nicht, nennt man sie eine ordinata oder non ordinata.

Da die Vorsteher der Korporation oder die in einer Generalversammlung vereinigten Mitglieder bloß Vertreter der Korporation sind, sie also alieno nomine handeln, so können sie nur solche Handlungen für die Korporation vornehmen, welche überhaupt durch Stellvertreter vorgenommen werden können[2].

III. Ein Beschluß und eine Handlung der Vertreter hat für die Korporation nur Gültigkeit, so weit sie sich dabei innerhalb ihrer durch die Gesetze oder die Statuten der universitas bestimmten Kompetenz halten[3]. Überschreiten sie diese Kompetenz, so werden bloß sie

[2] Nach römischem Recht könnte daher eine Korporation nur unter großen Beschränkungen durch Handlungen ihrer Vertreter erwerben oder verpflichtet werden, weil das römische Recht in der Regel keine Stellvertretung zuließ (s. § 83). Dies ist aber nach deutschem Recht anders; nach diesem können in der Regel durch Stellvertreter unmittelbare Rechte und Verpflichtungen des Vertretenen begründet werden.

[3] Ein solcher Beschluß gilt dann juristisch als Wille der Korporation. — Die Kompetenz der Vertreter bestimmt sich bei öffentlichen Korporationen nach den betreffenden Gesetzen, bei Privatkorporationen nach den Statuten der Korporationen und so weit diese schweigen, nach dem Zwecke, zu dem die Korporation errichtet ist. Die Ver-

dadurch persönlich gegen Dritte verpflichtet, nicht aber die Korporation. Von diesem in der Natur der Sache liegenden Grundsatz aber weichen manche neuere deutsche Gesetze bei Privatkorporationen (den von ihnen so genannten Genossenschaften) dahin ab, daß sie bestimmen, die Vertreter der Korporation seien zwar für Überschreitung ihrer Kompetenz der Korporation verantwortlich, aber einem Dritten gegenüber, mit dem sie kontrahiren, hafte die Korporation mit ihrem Vermögen auch dann, wenn die Vorsteher ihre Kompetenz überschritten haben, für Alles, was sie kontrahirten [4].

IV. Ein Delikt kann eine juristische Person nicht begehen, da sie an sich willensunfähig, also weder doli noch culpae capax ist und juristisch nur Das als von der Korporation gewollt gilt, was ihre Vertreter in legaler Weise (s. Nr. III) beschlossen haben. Wenn daher die Vertreter der universitas, und selbst wenn eine Generalversammlung ein Verbrechen im Interesse der universitas beschließen würde, so sind nur Diejenigen dafür verantwortlich, welche eine Schuld dabei trifft, nicht aber die universitas. Denn für Delikte eines Vertreters haftet der willensunfähige Vertretene nie [5]. — Von selbst versteht sich aber, daß, wenn durch ein Delikt der Vertreter Geldeswerth an die Korporation kommt, sie auf Herausgabe belangt werden

---

treter sind nicht befugt, über diesen Kreis hinauszugehen, dürfen z. B. nicht Unternehmungen beschließen, die gar nicht in dem Zweck und der Bestimmung der Korporation liegen. Eine solche Überschreitung der statutenmäßigen Grenzen kann selbst nicht in einer Generalversammlung sämmtlicher Mitglieder von der Majorität gültig beschlossen werden, weil sonst die Minorität ganz der Willkür der Majorität preisgegeben wäre. Es kann sogar in der Regel hierüber nicht einmal die Unanimität der Mitglieder entscheiden; denn die Vertreter der Mitglieder sind ja nicht die Korporation selbst; ihre Beschlüsse über das Korporationsvermögen sind Beschlüsse über ein fremdes Vermögen, also nur in so weit gültig, als sie in der Kompetenz der Vertreter liegen. Savigny Syst. II 329. Nur geht Savigny in so fern zu weit, als er dies ganz absolut behauptet; denn bei den Privatkorporationen muß eine Ausnahme eintreten; bei diesen können jedenfalls in solchen Fällen die Mitglieder einer Generalversammlung über das Vermögen und selbst über die Auflösung der Korporation ganz gültig Beschluß fassen, aber nur, falls nicht die Statuten etwas Anderes bestimmen, durch Unanimität.

[4] Nur könne die Korporation Ersatz von den Vorstehern beanspruchen. Es gilt hier Dasselbe, wie bei dem kaufmännischen Prokuristen. — Dies ist freilich für die Korporation sehr gefährlich und legislativ nicht zu billigen. Aber es wird z. B. von dem in § 54 Nr. IV 3 angeführten Reichsgesetz für die dort erwähnten Genossenschaften bestimmt und von dem sächsischen Gesetz vom 15. Juli 1868 § 20 für alle Privatkorporationen, die nicht Aktiengesellschaften sind.

[5] Vgl. Arndts § 59 Anm. 2 und Savigny Syst. II §§ 94, 95. — Zwar ist es (namentlich bei Privatkorporationen, den sog. Genossenschaften) möglich, daß bei den Mitgliedern einer Korporation allmählich ein böser Geist in der Art zur Herrschaft kommt, daß die Majorität ihre Wirksamkeit auf gesetzwidrige Zwecke (oder überhaupt auf ganz andere Zwecke, als zu welchen die Vereinigung eingegangen ist) wendet oder durch gesetz-

kann[6]; ferner, daß wenn die Vertreter bei Rechtsverhältnissen, die sie für die Korporation anknüpfen, sich eines dolus oder einer mala fides schuldig machen, die für das konkrete Rechtsverhältnis daraus entstehenden nachtheiligen Folgen, z. B. die Anfechtbarkeit des Vertrags, Zahlung von Verzugszinsen (und bei mora Haftung für casus) auch für die Korporation eintreten[7].

V. Der Staat hat die Pflicht, dafür zu sorgen, daß die Angelegenheiten willensunfähiger Personen gehörig besorgt werden. Daraus folgt, daß ihm über die Verwaltung der Korporation ein Oberaufsichtsrecht zukommt und er darüber zu wachen hat, daß die Vertreter ihre Befugnisse nicht überschreiten. Nur machen hiervon die Privatkorporationen in der Regel eine Ausnahme; denn bei ihnen ist anzunehmen, daß der Staat, so weit er nicht bei gewissen Korporationen ausdrücklich ein Oberaufsichtsrecht vorbehalten hat, sie sich selbst überlassen will, weil hier jedes Mitglied bei den Interessen der Korporation unmittelbar betheiligt ist und daher selbst die Interessen des Ganzen zu wahren suchen wird.

Die Entstehung einer Personengemeinheit.

§ 56.

(Arndts § 44.)

Diese ist nur dadurch möglich, daß, wie auch Arndts sagt, der betreffende Verein „durch die Rechtsordnung" als juristische Person anerkannt wird. Eine solche Anerkennung ist auf zwei Wegen möglich:

1) Wenn ein Gesetz festsetzt, daß einem Verein, welcher sich unter Beobachtung gewisser (im Gesetz bestimmten) Vorschriften bilde, ohne Weiteres juristische Persönlichkeit zukommen soll: so gilt er als juristische Person, so bald er diese Vorschriften beobachtet hat[1].

2) In anderen Fällen kann ein Verein juristische Persönlichkeit nur erlangen durch eine vom Staat ausgehende Verleihung, welche

widrige Beschlüsse das Gemeinwohl gefährdet. Allein dafür würden eben bloß Diejenigen zu haften haben, welche für solche Beschlüsse stimmten und das Gesetzwidrige ausführten. Indeß gestatten in solchen Fällen namentlich die beiden vorhin (Nr. III Anm. 4) angeführten Gesetze eine Auflösung der universitas durch richterlichen Spruch, so daß also darunter auch die Unschuldigen zu leiden haben.

[6] D. quod met. c. 4, 2 l. 9 § 3; de dolo malo 4, 3 l. 15 § 1; de vi 43, 16 l. 4.

[7] Nur kann natürlich die Korporation von dem schuldigen Vertreter Ersatz verlangen. D. de legat. II (31) l. 78 § 2.

[1] S. § 54 Nr. IV Lit. B.

bei uns durch die höchste administrative Staatsgewalt ertheilt werden kann[2]. Auch kann ein Verein durch unvordenkliche Verjährung die Rechte der Persönlichkeit erwerben.

Aufhebung der Korporationen.

§ 57.

(Arndts § 45.)

Eine Korporation hört zu existiren auf:

1) wenn sie, was aber selten ist, bloß auf eine bestimmte Zeit oder zu Erreichung temporärer Zwecke gegründet wurde, mit Ablauf der Zeit oder Erreichung der Zwecke.

2) Wenn sie gar keine äußeren Träger mehr hat, also alle Mitglieder weggefallen sind. So lange aber noch ein Mitglied existirt, dauert die Korporation fort[1].

3) Privatkorporationen erlöschen durch freiwillige Auflösung. Das Nähere hierüber müssen die Statuten der Korporation bestimmen. Würden sie Nichts darüber enthalten, so könnte eine solche Auflösung nur durch Einstimmigkeit aller Mitglieder beschlossen werden, weil jedes Mitglied ein Recht auf den Bestand der Genossenschaft hat, das ihm wider seinen Willen, also durch eine bloße Majorität nicht genommen werden kann, außer die Statuten würden Anderes bestimmen[2].

4) Durch Aufhebung von Seiten des Staats[3]. Über das Schicksal des Vermögens der aufgelösten Korporation s. § 54 Nr. I. II 2 und Nr. IV Lit. B b.

---

[2] S. § 54 a. a. O. — Zu weit geht in dieser Hinsicht Arndts § 44 Anm. 4 mit einigen Neueren, wenn er eine solche Verleihung nicht für nöthig hält.

[1] D. quod cuiusc. univ. 3, 4 l. 7 § 2. Manche (s. Arndts § 45 Anm. 1) behaupten, auch wenn alle Mitglieder weggefallen seien, daure doch die Korporation noch fort, so lange ihr Zweck noch fortdaure (wie bei einer Zunft) und Aussicht vorhanden sei, daß sie noch neue Träger finden werde. Allein in einem solchen Falle fehlt es für ein Korporationsvermögen an einem Subjekt und wäre die Frage unlösbar, welcher neue Verein ein Recht haben soll, den alten fortzusetzen und sein Vermögen anzutreten. Der Staat allerdings, an den das Vermögen als bonum vacans fällt, kann natürlich nun mit diesem Vermögen eine neue Korporation gründen.

[2] Vgl. auch Arndts § 45 Anm. 3—5.

[3] Meist sagen unsere Civilisten (auch Arndts § 45 Nr. 2), der Staat könne nach seinem Ermessen jede Korporation aufheben. Allerdings hatte dies im römischen Recht keinen Zweifel; die römischen Imperatoren konnten es willkürlich thun, aber nur, weil sie unbeschränkte Gesetzgebungsgewalt hatten, also ihnen Alles erlaubt war. Bei uns aber muß man unterscheiden. Durch ein Gesetz ist auch bei uns Alles möglich; es kann daher auch dadurch eine Korporation aufgehoben werden; aber dazu wird Gesetzesform und Zu-

2. Die Stiftungen.

§ 58.

(Arndts § 46.)

Es giebt außer den Personengemeinheiten noch eine andere Klasse juristischer Personen, wobei bloß eine zu gewissen Zwecken bestimmte mit Vermögen ausgestattete Anstalt oder Stiftung die Person bildet. Gewöhnlich sagt man, es seien dies die piae causae; dies ist aber zu weit und zu eng. Zu eng, denn auch andere Anstalten, die nicht piae causae sind, können Persönlichkeit (vom Staate) erlangen; zu weit ist es, denn nicht alle piae causae sind juristische Personen. Unter pia causa, pium corpus, milde oder fromme Stiftungen versteht man alle Anstalten zu wohlthätigen oder zu religiösen Zwecken. Solche Anstalten genießen in Vermögensverhältnissen gewisse Vergünstigungen, z. B. sie haben ein weit gehendes beneficium restitutionis in integrum [1], sind in Beziehung auf Verjährung privilegirt, ferner in Bezug auf die quarta falcidia und auch bei der Form der zu ihren Gunsten errichteten letzten Willen [2]. Diese Privilegien genießen bloß die piae causae, nicht auch andere, wenn schon gemeinnützige Anstalten (z. B. nicht Kunstanstalten, zoologische Gärten, Theater u. dergl.). Aber die piae causae haben diese Privilegien, mögen sie eine juristische Person bilden oder nicht. Auch kann eine Anstalt, welche nicht pia ist, also jene Privilegien nicht genießt, eine juristische Person sein. Es ist nämlich

I. Eine Anstalt sehr häufig Eigenthum einer andern Person, selbst wenn sie eine milde ist; sie kann einer juristischen Person gehören, z. B. wenn eine Stadt aus ihren Mitteln ein Waisenhaus, einen Spital ꝛc. errichtet, so gehört er ihr; wenn einer Universität Geld vermacht wird, mit dem modus, aus den Zinsen Stipendien an bedürftige Studenten zu geben, so gehört das Geld und das damit ge-

---

stimmung der Stände erfordert. Die bloße Staatsverwaltung aber (ein Ministerium oder auch der Regent für sich) hat bei uns nicht das Recht, einseitig in bestehende Rechte oder gar in die Existenz einer Person einzugreifen (außer es wäre bei Ertheilung der Korporationsrechte an einen konkreten Verein das Recht zu einer solchen Auflösung ausdrücklich vorbehalten worden). Wohl aber kann nach einigen neueren deutschen Gesetzen bei Privatkorporationen die Aufhebung in gewissen Fällen durch richterlichen Spruch geschehen.

[1] Vgl. Arndts § 119 a. E.; was aber Arndts § 81 a. E. sagt, daß Schenkungen an piae causae keiner Insinuation bedürfen, ist falsch.

[2] Vgl. Arndts § 108, § 567, § 489.

bildete Kapital der Universität. Oder kann die Anstalt einer natürlichen Person gehören, z. B. wenn ein Gutsbesitzer auf seinem Dorfe aus seinem Vermögen eine Anstalt für verwahrloste Kinder gründet. In allen diesen Fällen bildet die Anstalt keine Person für sich; sie ist lediglich ein Theil des Vermögens jener Gründer; aber ihr Eigenthümer hat (wenn er als Eigenthümer der Anstalt in Verhältnisse zu Dritten kommt) für sie die privilegia piarum causarum, wenn die Anstalt eine pia ist.

II. Einer Anstalt aber kann Persönlichkeit für sich zukommen, so daß sie eine besondere selbständige Person ist[3].

III. Wenn einer Anstalt juristische Persönlichkeit zukommt (s. Nr. IV), so geht dann das Verhältnis dahin:

Die Träger der juristischen Person sind in einem solchen Falle nicht diejenigen Personen, zu deren Gunsten und Unterstützung die Anstalt errichtet worden, vielmehr wird die Person in solchen Fällen gebildet durch die mit Vermögen dotirte, einem bestimmten Zwecke dienende Anstalt, durch die Stiftung, deren Substrat ein gewisses Vermögen, und deren Wesen der in das Vermögen gelegte Zweck bildet, und die daher wieder erlöschen muß, wenn kein Vermögen mehr da ist oder ihr Zweck sich nicht mehr verwirklichen lassen würde[4].

Da aber eine solche Person nicht willensfähig ist, so müssen ihre Angelegenheiten durch Vertreter besorgt werden, welche dann für die Anstalt, wie der Vormund für die Mündel, Erwerbungen machen, Schulden kontrahiren, processiren, das Vermögen verwalten ꝛc. Wer diese Vertreter sein und wie sie verwalten sollen, dies kann zunächst

---

[3] Manche leugnen dies und meinen, Anstalten können nur auf die unter I bezeichnete Weise bestehen und milde Anstalten seien in der Regel im Eigenthum der Kirchen. Dies ist aber unrichtig. Zwar läßt sich darüber streiten, ob schon das römische und kanonische Recht solche Anstalten als selbständige besondere Personen kannte (Roth in Iherings Jahrbüchern für Dogm. des Rechts Bd. I S. 190 ff.). Allein die überwiegende Wahrscheinlichkeit ist dafür. Zwar setzt das römische Recht in den späteren Kaiserzeiten alle milden Anstalten unter kirchliche Oberaufsicht, aber nur unter diese; es erklärt sie nirgends für Eigenthum der Kirche und führt viele solcher Anstalten in einer Weise an, welche sehr dafür spricht, daß es dieselben als für sich bestehende juristische Personen behandelt (Cod. de eccles. 1, 2 cst. 19. 23; de episcop. 1, 3 cst. 32. 35. Savigny Syst. II S. 269—271). Jedenfalls aber ist entschieden das deutsche Gewohnheitsrecht (vom 16. Jahrhundert an) dafür, daß gewissen Anstalten selbständige juristische Persönlichkeit zukommen könne (Mühlenbruch in der Fortsetzung zu Glücks Komm. Bd. XL S. 79 f.; Savigny l. c. S. 271 ff.; Roth l. c. S. 201. 203 f.).

[4] Vgl. Roth a. a. O. S. 219.

der Stifter bestimmen[5]. So weit er es nicht thut, bestimmt es der Staat, welcher auch, wenn der Stifter nicht das Gegentheil bestimmt, in der Regel die Oberaufsicht über die Verwaltung führt[6].

IV. Eine solche Persönlichkeit (Nr. III) kann eine Anstalt erhalten:

1) dadurch, daß die Regierung einer konkreten Anstalt auf Ansuchen des Stifters das Recht der Persönlichkeit beilegt. In dieser Hinsicht ist die Regierung nicht beschränkt; sie kann die Persönlichkeit nicht bloß ertheilen einer pia causa, sondern auch anderen Anstalten. Sobald aber auf diese Weise die Anstalt Persönlichkeit erhalten hat, gehört das Vermögen, mit dem sie dotirt ist, nicht mehr dem Stifter, sondern der Anstalt.

2) Es kann aber auch der Fall sein, daß ein Gesetz oder Gewohnheitsrecht im Voraus bestimmt, eine auf die Dauer berechnete Anstalt sei eine juristische Person, sobald Jemand sie in dem Sinne, daß sie juristische Person werden soll, errichte oder stifte[7].

Drittes Kapitel. Gegenstand der Privatrechte.

Überhaupt und insbesondere die Sachen.

§ 59.

(Arndts § 48.)

Gegenstand eines Rechts im subjektiven Sinn, Rechtsobjekt, ist Das, was vermöge des Rechts unserer rechtlichen Macht und Herrschaft unterworfen sein soll. Hiernach ist Gegenstand der dinglichen Rechte eine Sache, über die uns das dingliche Recht eine unmittelbare Herrschaft giebt (vgl. § 36 Nr. I. II); Gegenstand der Forderungen-Rechte ist ein Thun oder Lassen einer Person, das wir

---

[5] Roth a. a. O. S. 197 ff.

[6] Roth l. c. S. 205. 215 f. — Bei piae causae ist es nach späterem römischen und nach kanonischem Recht die Kirche, s. Anm. 3.

[7] Sehr bestritten ist aber, ob das gemeine Recht Etwas dieser Art festsetzt. Manche wollen es schon nach römischem Rechte bejahen (z. B. Arndts § 46 Anm. 4 und die dort Angeführten). Allein keine Stelle des römischen Rechts sagt dieses bestimmt. Die Stelle Cod. de episcop. et cler. 1, 3 cst. 46 ist nicht glossirt; sie spricht von Begründung solcher Anstalten und erwähnt nicht einer Staatsgenehmigung. Vgl. auch Arndts l. c. Anm. 3.

Andere dagegen gehen von der anderen Seite zu weit (z. B. auch Roth l. c. S. 201 f. 205; Mühlenbruch l. c. S. 5 f.; Savigny Syst. II 277 f.), indem sie behaupten, nur durch Staatskoncession können solche Anstalten Persönlichkeit erhalten. Diese übersehen aber ein deutsches Gewohnheitsrecht, welches seit Jahrhunderten annimmt,

von ihr ansprechen können (vgl. § 36 Nr. I. III)[1]. In diesen Beziehungen ist von besonderer Wichtigkeit, den Begriff der Sache und was damit zusammenhängt, zu entwickeln.

I. Sachen im juristischen Sinn (corpora, res corporales) sind die unpersönlichen materiellen Dinge der Außenwelt (welche den Raum erfüllen). Die römischen Juristen definiren sie als Dinge, welche durch den Tastsinn percipirbar sind (res quae tangi possunt)[2], was freilich Etwas zu eng ist. Im Recht kommen natürlich nur die Sachen in Betracht, welche überhaupt der Gewalt des Menschen unterworfen sind[3]. Diese Sachen nennen wir auch einzelne Sachen (die Römer: res singulae).

Im vulgären Sprachgebrauch wird Sache gewöhnlich für gleichbedeutend genommen mit Ding; letzteres nämlich (res im weiteren Sinn) ist Alles, was nicht Person ist, jeder andere Gegenstand der Sinnen- oder auch der Gedankenwelt. In diesem Sinne wird auch das Wort Sache vulgär gebraucht und in ihm bedeutet dann Sache nicht nur alle körperlichen Dinge, sondern auch alle Rechte, alle Handlungen ꝛc.[4]

---

daß jeder Private solche Anstalten mit juristischer Persönlichkeit gründen könne; aber nur in seinem letzten Willen und nur wenn der Zweck eine pia causa ist, nicht wenn er ein anderer gemeinnütziger ist. Vgl. Stobbe Handb. I. 422 und die dort (in Note 8) Angeführten. Württemb. Archiv für Recht und Rechtsverwaltung von Kübel u. Saronny V 169 f. — Wenn daher Jemand in seinem Testament ein Kunstinstitut stiften will und es zum Erben ernennt, so ist dies nach gemeinem Recht ungültig, weil ein solches Institut keine pia causa ist; es könnte auch nicht dadurch gültig werden, daß der Staat nach des Erblassers Tod dem Institut juristische Persönlichkeit ertheilen würde; denn ein Erbe muß, wenn seine Einsetzung gelten soll, zur Zeit des Todes des Erblassers existiren, was aber nicht der Fall ist, wenn jenes Institut erst nach des Erblassers Tod durch die staatliche Bestätigung Existenz bekäme, da der Erblasser in seinem Testament ihm nicht Persönlichkeit geben konnte. — Wenn dagegen Jemand in seinem Testament ein Waisenhaus (oder einen Spital) aus seinem Vermögen errichtet, also eine pia causa, und in dem Testament dieses Waisenhaus zum Erben einsetzt, so ist dies ganz gültig, weil man nach deutschem Gewohnheitsrecht im Testament eine solche Anstalt als juristische Person gründen kann.

Legislativ richtiger aber wäre es, einer solchen Disposition eines Erblassers, betreffe sie nun eine pia oder sonst eine gemeinnützige causa, nur dann, aber dann auch stets Gültigkeit beizulegen, wenn der Staat, sei es auch erst nach des Stifters Tode, der Anstalt die Bestätigung als juristische Person ertheilt, wie dies das sächsische Recht bestimmt (B. G. B. § 2074 und Gesetz über die juristische Person vom 15. Juni 1868 § 6).

[1] Über den Gegenstand der Personenrechte s. § 35.

[2] Arndts § 48 Anm. 1.

[3] Denn nur in so weit sind sie für das Recht von Interesse; also nicht z. B. Sonne, Mond ꝛc.

[4] Jede Angelegenheit (z. B. einen Proceß), jede Eigenschaft (man sagt z. B.: Gesundheit ist eine gute Sache).

Diese Dinge oder Sachen im vulgären Sinne kann man weiterhin eintheilen, wie Viele thun, in körperliche und unkörperliche, indem man dann unter den körperlichen Sachen oder Dingen die räumlich begrenzten versteht, unter unkörperlichen alle übrigen Dinge, z. B. Rechte, Handlungen ꝛc. Allein in diesem vulgären Sinn sollte der Jurist das Wort Sache auf dem Rechtsgebiet gar nicht gebrauchen, da „Sache" in diesem verflachten und verflüchtigten weiten Sinn gar keine juristische Bedeutsamkeit haben kann. Im juristischen Sinn sind Sachen nur die körperlichen Dinge (res im engern Sinne) und nur in diesem Sinn sollte der Jurist auf dem Rechtsgebiet das Wort gebrauchen.

II. Die römischen Juristen theilen die res ein in corporales und incorporales. Diese Eintheilung wird von sehr Vielen falsch aufgefaßt, indem sie glauben, es sei dies eine Eintheilung der Dinge überhaupt, sei also gleichbedeutend mit der unter Nr. I angeführten Eintheilung. Dabei finden sie es auffallend, daß die Römer ein Recht, also etwas Unkörperliches, nämlich das Eigenthumsrecht, zu den res corporales gezählt haben. Allein Jenes ist falsch und das Letztere ist ganz natürlich. Die Römer beziehen nämlich diese Eintheilung — ganz ihrem praktischen Standpunkt entsprechend — nur auf das juristisch Bedeutsame, lediglich auf Das, was eine Person im Vermögen haben kann. Sie sagen ganz mit Recht, möglicher Inhalt unseres Vermögens können sein

a. res corporales, d. h. solche Sachen oder körperliche Dinge, die uns gehören, die wir im Eigenthum haben;

b. res incorporales, d. h. Vermögensrechte, die uns zukommen, mit Ausnahme des Eigenthumsrechts. Denn das Eigenthum wird durch das körperliche Ding, das uns gehört, durch die Sache, bezeichnet, begreift also den Inhalt der Lit. a.

Bei der Eintheilung der res in corporales und incorporales verstand die römische Jurisprudenz unter den res incorporales alle Vermögensrechte, mit Ausnahme des Eigenthums, das durch die res corporales bezeichnet wird. Viele wollten dies auffallend und sonderbar finden. Allein sehr mit Unrecht; es ergiebt sich vielmehr als etwas ganz Natürliches, wenn man nur gehörig erwägt, was denn die Römer durch jene Eintheilung eintheilen wollten. Sie wollten dadurch nicht die Dinge überhaupt eintheilen, auch nicht die Rechtsobjekte, sondern den möglichen Vermögensinhalt, Das, was eine Person im Vermögen hat oder haben kann. Theilt man aber die Bestandtheile eines Vermögens in körperliche und unkörperliche: so ergiebt sich a. daß alle Rechte, welche nicht Vermögensrechte sind, gar nicht unter diese Eintheilung fallen (wie auch in I. de reb. corp. 2, 2 § 2, 3 bloß Vermögensrechte als hierher gehörig

angeführt werden), d. daß die res corporales, die wir im Vermögen haben, eben die Sachen (körperliche Dinge) sind, die uns gehören, also die wir im Eigenthum haben, somit dadurch unser Eigenthumsrecht bezeichnet wird. Denn im Eigenthum haben kann man nur körperliche Dinge; vermöge unseres Eigenthumsrechts aber ist die Sache unserer rechtlichen Herrschaft überhaupt, also so unterworfen, daß die Sache selbst (nicht bloß Etwas an ihr oder eine einzelne Befugnis über sie) uns gehört. Es genügt daher zur Bezeichnung des Eigenthums an einer Sache lediglich die Bezeichnung der Sache als der unsrigen, z. B. das Haus ist in meinem Vermögen, res mea est, indem, wenn eine Sache unserer rechtlichen Herrschaft überhaupt unterworfen ist, das rechtliche Haben dieser Herrschaft mit dem rechtlichen Haben der Sache selbst zusammenfällt und daher hier durch das Objekt des Rechtes das Recht selbst bezeichnet wird (eine Sache haben, eine Sache gehört mir, ist die meinige heißt eben, das Eigenthum an ihr haben). Hat dagegen Jemand ein anderes unmittelbares Recht an der Sache, z. B. eine Servitut: so kann die Sache selbst nicht die seinige genannt werden, da ihm nicht die rechtliche Herrschaft (überhaupt) über die Sache zusteht, sondern bloß eine rechtliche Herrschaft in einer gewissen Richtung und Beziehung, die also nicht schon durch die bloße Nennung des Herrschaftsgegenstandes, der Sache, bezeichnet werden kann, sondern nach ihrem besondern Inhalt noch näher bestimmt werden muß; man muß hier das Unkörperliche, das Recht selbst nennen, z. B. ich habe an dem Gute meines Nachbars eine Servitut (ein ius itineris, viae, pascendi ꝛc.), ein Pfandrecht ꝛc., und eben so ist es, wenn man ein persönliches Recht bezeichnen will (ich habe ein Forderungsrecht auf 100 M., auf Übergabe eines Hauses ꝛc.). Hieraus folgt: Wenn man die wirklichen und möglichen Bestandtheile des Vermögens einer Person in körperliche und unkörperliche eintheilt: so sind die körperlichen Bestandtheile die Sachen (die res corporales), die der Person gehören, und so wird hier durch die Sache, wenn sie als Bestandtheil des Vermögens prädicirt wird, das Eigenthumsrecht selbst ausgedrückt; die res incorporales dagegen sind die übrigen Vermögensrechte, die nur durch Nennung des Rechts (nicht der Sache), also des Unkörperlichen bezeichnet werden können. So werden z. B. in I. de legat. 2, 20 § 21 die Gegenstände eines Vermächtnisses bezeichnet durch corporales res, d. h. Vermächtnis der Sache selbst, also des Eigenthums, und incorporales res, Vermächtnis eines anderen Rechts (vgl. auch D. ad l. Falc. 35, 2 l. 1 § 7); ebenso wird in C. de rei ux. act. 5, 13 cst. un. § 7 der Inhalt einer dos eingetheilt in res mobiles, res quae solo continentur (d. h. bewegliche und unbewegliche körperliche Dinge, welche im Eigenthum sind) und res incorporales, d. h. andere Rechte, welche zur dos gehören; in gleicher Weise setzt die l. 15 § 2 de re iud. 42, 1 die res mobiles und soli (körperliche Dinge, die der Schuldner im Eigenthum hat) entgegen den iura, seinen anderweiten Rechten. — Daraus erklärt sich wohl auch, daß die römischen Quellen durch ius in re habere in der Regel nicht die dinglichen Rechte überhaupt, sondern bloß die dinglichen Rechte an einer fremden Sache, vermöge deren man nur in gewissen Beziehungen und Richtungen eine unmittelbare Herrschaft über die Sache erhält, also nicht auch das Eigenthumsrecht bezeichneten, weil man vermöge des letzteren nicht bloß gewisse Herrscherrechte über die Sache, sondern die Herrschaft über die Sache überhaupt erhält, also die Sache selbst, das corpus uns gehört; s. z. B. D. de damn. inf. 39, 2 l. 19 pr. (sive domini sint, sive aliquod in ea re ius habeant, qualis est creditor [Pfandgläubiger], fructuarius [Nießbraucher] et superficarius), l. 13 § 1 eod. (sive corporis dominus, sive qui ius habet ut puta servitutem) D. de noxal. act. 9, 4 l. 30, Gaius Inst. IV § 3 (in rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere, velut utendi, aut utendi fruendi, eundi ꝛc.) — Natürlich aber schlossen sie das Eigenthumsrecht nicht von den iura über-

haupt aus, sondern bezeichneten es auch direkt durch ius dominii oder proprietatis (C. de iure dominii impetr. 8, 54 t. t. D. de poss. 41, 2, l. 63 § 4, C. de distr. pignor. 8, 28 cst. 5) und in C. de praesc. 30 ann. 7. 39 cst. 8 § 1 wird unter ius in re habere auch das Eigenthum begriffen. — Die angeführte Bezeichnung des Eigenthums durch die Sache beruht keineswegs, wie Viele meinen, auf einer besondern römischen Auffassung. Sie ist auch eine deutsche; auch bei uns wird Jeder, selbst der Laie, in der Regel sein Eigenthumsrecht durch seine Sache bezeichnen; wir sprechen von unseren Sachen und Rechten, und begreifen unter den ersteren die Sachen, die wir im (wirklichen oder vermeintlichen) Eigenthum haben, unter den Rechten unsere übrigen Rechte, und macht man ein Inventar über das Vermögen einer Person: so führt man nie ein Eigenthumsrecht unter den Rechten der Person auf, sondern man theilt das Vermögen in Sachen und Rechte, d. h. man führt zuerst die Grundstücke und die Fahrnis, die zu dem Vermögen gehören (die körperlichen Dinge der Person, also ihr Eigenthum) und dann ihre (übrigen) Rechte auf. — Vgl. Mein Handb. d. württemb. Privatr. II (1846) S. 207—210 und nun auch Unger Syst. d. östreich. Privatr. I (1856) S. 356 ff.

III. Hiernach hängt der juristische Begriff der res corporales und incorporales wesentlich zusammen mit dem Begriff: Vermögen. Vermögen überhaupt ist Macht, Das was man bewirken kann, was man vermag. Im Recht wird aber diese Macht lediglich bezogen auf die äußeren Güter, mit denen man wirken kann und die im Verkehr einen Werth haben. Hiernach ist Vermögen (pecunia im weitern Sinne, patrimonium, bona, Habe oder Hab und Gut) die Gesammtheit der Rechtsverhältnisse einer Person, so weit sie sich auf einen Verkehrswerth, d. h. auf einen Geldwerth zurückführen lassen[5]. Für den Verkehr nämlich ist es ein Bedürfnis, daß es Sachen giebt, durch welche jeder Verkehrswerth sich darstellen und ausgleichen läßt, durch welche also die verschiedensten Gegenstände des Verkehrs eingetauscht und ersetzt werden können und deren Zweck (ordentliche Bestimmung) eben darin besteht, dem Verkehr durch ihren allgemeinen Tauschwerth zu dienen. Dieses allgemeine Mittel des Tausches und der Werthausgleichung ist das Geld, pecunia im engern Sinne oder pecunia numerata[6]. Dabei ist noch zu bemerken:

1) Nicht alle Rechte gehören zum Vermögen, sondern nur die, welche möglicher Gegenstand des Verkehrs sind und daher einen Geldwerth haben. Deßhalb gehören die Personenrechte nicht zu unserem Vermögen; denn sie sind gar nicht Gegenstand des Verkehrs, also auch nicht schätzbar (§ 35 Nr. II). Ferner giebt es gewisse Forderungen wegen Rechtsverletzungen, die zwar auf eine vermögens-

[5] D. de V. S. 50, 16 l. 222.

[6] Vgl. Gustav Hartmann (Basel) Über den rechtlichen Begriff des Geldes (Braunschweig 1868) S. 32 f.

rechtliche Leistung gehen, aber doch nicht als zum Vermögen gehörig betrachtet werden, weil sie (nicht aus einer Vermögensbeschädigung hervorgehen und) vorzüglich eine persönliche Genugthuung zum Zweck haben, sog. actiones vindictam spirantes (s. § 90).

2) Zu dem Vermögen[7] einer Person gehören auch ihre Schulden; denn sie bestimmen auch wesentlich mit den Umfang unserer Verkehrsmacht. Das Vermögen ist daher theils aktives, durch das unsere Verkehrsmacht begründet oder erweitert wird, d. h. die Gesammtheit unserer Vermögensrechte, auch uneigentlich (und im gemeinen Leben) durch Eigenthum im weiteren unjuristischen Sinn bezeichnet, theils passives, durch das unsere Verkehrsmacht gemindert wird, nämlich die Schulden. In diesem Sinne, d. h. als Gesammtheit des aktiven und passiven Vermögens einer Person ist der Ausdruck Vermögen stets zu nehmen, wenn es in Rechtsverhältnissen als juristisches Ganzes in Betracht kommt, wie im Erbrecht[8].

So fern aber von einem Vermögen als dem Bestand unserer wirklichen Verkehrsmacht die Rede ist, dann bedeutet es bloß den Inbegriff unserer Vermögensrechte nach Abzug aller unserer Schulden, das sog. reine oder reine aktive Vermögen, und in diesem engern Sinne ist der Ausdruck, wenn er in Verkehrsverhältnissen unter Lebenden gebraucht wird, im Zweifel zu nehmen[9].

3) Das Geld bezeichnen die Römer häufig durch pecunia numerata. Dieser Ausdruck ist aber keineswegs gleichbedeutend mit „baares Geld".

Es ist daher nicht richtig, wenn manche Civilisten pecunia numerata durch baares Geld übersetzen, z. B. sagen, der Kaufpreis müsse in baarem Gelde bestehen. Denn pecunia numerata heißt nichts Anderes, als Geld überhaupt, d. h. das allgemeine Mittel des Tausches und der Werthbestimmung im Gegensatze zu anderen Sachen. Da nämlich der Ausdruck pecunia einen sehr verschiedenen Sinn hat, indem er nicht bloß Geld, sondern auch das ganze aktive Vermögen einer Person (D. de V. S. 50, 16 l. 5 pr. l. 222), mitunter auch fungible Sachen überhaupt (z. B. bei der prätorischen act. de pecunia constituta, s. auch D. de legat. I, 30 l. 30 pr.) bedeutet: so wurde häufig zur genaueren Unterscheidung das Geld durch pecunia numerata bezeichnet. D. de V. S. l. 222, 178; de condict. trit. 13, 3 l. 1 pr., de S. C. Maced. 14, 6 l. 7 § 3; de adim. leg. 34, 4 l. 32 pr.; locat. 19, 2 l. 25 § 6; I. de emt. 3, 23 § 2. Gaius Inst. III, 141. Der deutsche Ausdruck baares Geld aber

[7] Vgl. oben bei Anm. 5.

[8] D. de bonor. poss. 37, 1 l. 1, l. 3 pr. — Vgl. unter Nr. IV B.

[9] D. de V. S. 50, 16 l. 30 § 1, l. 83; de iure dotium 23, 3 l. 72; de iure fisci 49, 14 l. 11.

heißt auch häufig wirkliches Geld im Gegensatz zu anderen Sachen (Baarschaft), z. B. wenn man fragt, wie viel baares Geld Jemand hinterlassen oder Jemand bei sich habe; allein bei Geldobligationen bedeutet er sofort zu zahlendes Geld, wie z. B. beim Handel auf baares Geld im Gegensatze zum Handel auf Kredit; diesen Sinn aber hat der Ausdruck pecunia numerata nie; sofort zu zahlendes Geld bezeichnen die römischen Quellen durch praesens pecunia; D. de re iud. 42, 1 l. 15 § 7; de transact. 2, 15 l. 8 § 9. — Zu bemerken ist noch a. daß pecunia numerata auch Geld als das fungible allgemeine Tauschmittel im Gegensatze zu konkret bestimmten Geldstücken bezeichnet, und daß b. natürlich der Ausdruck pecunia numerata häufig auch gezahltes Geld im Gegensatze zum noch nicht gezahlten bedeutet; C. de non num. pec. 4, 30 cst. 1, 2.

IV. Die Sachen sind einzelne (res singulares oder singulae), wenn jede für sich einen besonderen (abgegrenzten) Körper, ein besonderes physisches Ganzes bildet, sei es schon von Natur, wie ein Stein, ein Thier, ein Sklave (einfache Sache) oder durch menschliche Kunst (zusammengesetzte Sache), wie ein Haus[10].

Jede einzelne Sache besteht natürlich aus Theilen, die aber (bei der res unita) bald durch die Natur, bald (bei der res connexa) durch Kunst zu einem Ganzen verbunden sind. Ein solches Ganze bezeichnet das römische Recht bei den zusammengesetzten Sachen, wie jedes Ganze durch universitas (wir durch sog. universitas rerum cohaerentium), z. B. zwei Häuser sind zwei res singulae, jedes Haus bildet eine universitas aedium[11]. Eine solche Sache bleibt juristisch dasselbe Ganze, wenn auch an ihren einzelnen Bestandtheilen Änderungen eintreten[12].

Außer diesen sog. universitates rerum cohaerentium spricht

---

[10] D. de usurp. 41, 3 l. 30 pr. — Die Bestandtheile sind hier lauter einzelne Sachen, die zu einem Ganzen physisch verbunden sind und dadurch aufhörten, einzelne für sich bestehende Sachen zu sein, und sie machen zusammen eine einzelne Sache aus.

[11] D. de usucap. 41, 3 l. 23 pr.; pro emptore 41, 4 l. 2 § 6 (universitas fundi).

[12] Sie bleibt daher trotz der Änderungen in dem Rechtsverhältnisse, in dem sie als Ganzes gestanden, weil bei ihr nicht die Theile als einzelne Sachen für sich, sondern nur als Stücke eines Ganzen in Betracht kommen. Wenn sie daher nach und nach durch verschiedene Ausbesserungen ganz neu wird, so gilt sie doch immer noch für dieselbe Sache und bleibt (in der Regel) unter dem Rechtsverhältnisse, unter dem sie vorher stand. Nur wenn man sie in der Absicht auseinander nimmt, die Theile zu etwas ganz Anderem zu verwenden, und man erst nachher diese Absicht ändert und aus den alten Theilen wieder eine Sache macht, so gilt sie für eine ganz neue (was in einzelnen Rechtsverhältnissen von Bedeutung sein kann). D. de iud. 5, 1 l. 76 (verbis. itemque navem); de leg. I. 30. l. 24 § 4; de solut. 46, 3 l. 98 § 8; de V. O. 45, 1 l. 83 § 5 (»nam et si navem« etc.). Die l. 76 cit. bemerkt mit Recht: sonst müßte man ja auch sagen, der Mensch sei nach einem Jahr eine ganz andere Person, weil ut philosophi dicerent sich die particulae minimae täglich ändern. — Strengere Grundsätze gelten beim Nießbrauch, wenn die ganze Sache auseinander genommen wird, indem er dadurch stets erlischt. D. quib. mod. ususfr. 7, 4 l. 10 § 7.

man noch von sog. universitates rerum distantium[13]. Häufig nämlich werden mehrere einzelne für sich bestehende Dinge unter Einem Namen und Begriff zusammengefaßt, und zwar bald mehrere körperliche Dinge (corporalia, also Sachen, z. B. meine Schafherde, meine Bibliothek ꝛc.), bald mehrere corporalia und incorporalia, Sachen und Rechte und Schulden (z. B. mein Vermögen, ein Handelsgeschäft mit Aktiven und Passiven). Bei einer solchen Zusammenfassung werden die einzelnen Dinge gleichsam als Einheit, als ein Ganzes genommen; sie bilden ein Begriffsganzes (Kollektivganzes, worin die einzelnen dazu gehörenden Dinge nicht in besonderen Betracht kommen, universitas rerum distantium, Sachgesammtheit). Hier entsteht nun die Frage, ob einer solchen einheitlichen Zusammenfassung eine besondere Bedeutung in Rechtsverhältnissen zukomme. Über diese Frage, welche sehr verschieden beantwortet wird, herrschte früher ganz allgemein folgende Auffassung. Man müsse unterscheiden

1) universitas facti sive hominis. Dies sei ein Inbegriff von einzelnen körperlichen Dingen, die man im gemeinen Leben unter einem Namen zusammenzufassen pflege (z. B. Hausrath, Bibliothek, Waarenlager ꝛc.). Eine solche universitas bilde niemals juristisch ein Ganzes; es seien bei ihr die einzelnen Sachen stets bloß als einzelne zu behandeln.

2) universitas iuris. Dies sei ein Inbegriff von körperlichen und unkörperlichen Dingen, die vom Recht als juristische Einheit, als ein Ganzes behandelt werde. Dies sei der Fall beim Vermögen einer Person überhaupt, ferner bei den Pekulien der Hauskinder und bei der dos. Diese universitates iuris sollen sich durch folgende gemeinsame Grundsätze, in denen sich ihre juristische Einheit äußere, auszeichnen.

a. es gelte bei ihnen der Grundsatz res succedit in locum pretii et pretium in locum rei, das heiße: wenn Jemand eine solche iuris universitas besitze und er schaffe mit dem zu ihr gehörigen Geld Sachen an, so trete nun die angeschaffte Sache an die Stelle des Geldes und gehöre Dem, der die universitas anzusprechen habe; und

[13] Vgl. Göppert Über einheitliche, zusammengesetzte und Gesammtsachen nach römischem Recht (1871); nur geht er wohl zu weit in Verwerfung der Bedeutung der Begriffsganzen.

wenn der Besitzer Sachen, die zur universitas gehören, verkaufe, so bilde nun in gleicher Weise das dafür eingenommene Geld einen Theil der universitas.

b. Derjenige, dem eine iuris universitas gehöre, könne sie von dem unberechtigten Dritten, der sie in seine Hände bekommen, stets als ein Ganzes (also alles Einzelne, das zu ihr gehöre) mit einer dinglichen Universalklage herausfordern.

Allein einen solchen Gegensatz zwischen universitas iuris und facti kennt unser positives Recht nicht und die Grundsätze unter a und b sind in diese Allgemeinheit entschieden falsch (s. unten Lit. C.). Es wird daher auch in unserer Zeit die alte Theorie beinahe allgemein verworfen[14]. Indeß ist man auch jetzt noch nicht darüber einig, was denn das Richtige über die sog. Sachgesammtheiten ist. Dasselbe geht wohl dahin:

Es giebt allerdings Fälle, in welchen einzelne Dinge zusammen juristisch als ein Ganzes behandelt werden, dessen Rechtsverhältnisse vom Wechsel der einzelnen dazu gehörigen Dinge bis auf einen gewissen Grad unabhängig sind. Allein dies hat nur in gewissen einzelnen Beziehungen eine juristische Bedeutung und ist auf wenige Fälle beschränkt. Auch muß man dabei zwei wesentlich verschiedene Kategorieen unterscheiden, ähnlich wie es die Älteren thaten, nur daß diese die Fälle und deren Bedeutung falsch auffaßten.

A. Die Bezeichnung universitas facti sive hominis und universitas rerum kennen unsere Quellen nicht. Überhaupt bezeichnen sie eine Gesammtheit von einzelnen Sachen, welche faktisch unter einen Begriff zusammengefaßt sind, nicht durch universitas, weil eine solche Gesammtheit überhaupt nicht juristisch ein Ganzes bildet[15].

Eine solche Gesammtheit bildet nicht im Gegensatz zu den einzelnen Dingen, durch die sie gebildet wird, ein besonderes ideelles Rechtsobjekt für sich, so daß sie unter anderen Rechtsverhältnissen stehen könnte, als die einzelnen zu ihr gehörigen Dinge, ist nicht als Solche (als universitas) besonderer Gegenstand des Eigenthums, des Besitzes u.

---

[14] Dies zunächst namentlich in Folge der Ausführungen von Hasse (Bonn) und Mühlenbruch (Archiv für civilistische Praxis Bd. 5 und 17), Arndts § 48 Anm. 5 a. E. Über und gegen jene Ansicht vgl. Meine Erörterungen Heft I S. 4 ff., von welchen einen Auszug giebt Heimbach in Weiske's Rechtslexikon Bd. 8 S. 485 ff.

[15] Über die Ausnahme bei der Herde s. unten Nr. 2 gegen das Ende.

s. f.[16]. Nur kann es, bei Rechtsgeschäften in gewissen Beziehungen von Bedeutung sein, wenn die Parteien die Gegenstände des Geschäfts unter Einen Begriff zusammenfassen und durch diesen bezeichnen. Dabei ist es aber ganz gleichgültig, ob bloß körperliche Dinge oder ob körperliche und unkörperliche so zusammengefaßt worden sind. Es wird nämlich

1) häufig bei Veräußerungen, bei Verpfändungen und bei Vermächtnissen der Gegenstand von den Disponenten bloß durch eine Kollektivbezeichnung bestimmt. Hier kann es ihre Absicht sein, das so Bezeichnete in Beziehung auf den Wechsel der zum Ganzen gehörigen Dinge als ein Ganzes zu behandeln. Aber es kommt lediglich darauf an, ob und wie weit die Disponenten eine solche Absicht hatten; es ist also diese Frage lediglich Sache der Interpretation. Dies ergiebt sich aus Folgendem.

a. Veräußert Jemand Dinge, die er hat, so, daß er sie bloß durch eine Kollektivbenennung bezeichnet, z. B. verkauft er seine Bibliothek, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß die Parteien den Gegenstand (in Beziehung auf die Veräußerung) als Ganzes behandeln wollten, sondern es wird hier in der Regel der Kollektivname nur dazu dienen sollen, die einzelnen Dinge kurz zu bezeichnen, die der Veräußerer gerade zur Zeit des abgeschlossenen Geschäfts hat und welche unter diese Bezeichnung fallen; das Ganze ist hier also im Zweifel so zu leisten, wie es zur Zeit des Vertragsabschlusses bestand. Was der Veräußerer etwa später noch hinzu erwirbt, hat er nicht zu leisten; er darf aber auch das Ganze nicht mehr mindern[17]. Anders ist es aber, wenn die Absicht der Parteien bestimmt darauf ging, die Sachen in dieser Hinsicht wirklich als Gesammtheit zu behandeln, z. B. wenn Jemand sein Handelsgeschäft heute so verkauft, daß er dieses ganze Jahr noch den Handel forttreiben und erst am letzten December das Geschäft dem Käufer übergeben soll. Hier geht offenbar die Absicht der Parteien dahin, daß das Handelsgeschäft als ein vom Wechsel der Bestandtheile unabhängiges Ganzes verkauft sein soll, d. h. das Ganze gilt bloß so als veräußert, wie es am letzten December bestehen wird.

---

16 Vgl. unten Nr. 2. — Es kann mir nicht die Gesammtheit gehören, wenn die einzelnen Sachen ꝛc. mir nicht gehören.

17 Meine Erörterungen l. c. I S. 21—25. Göppert l. c. S. 64 f., 63, 69.

(Natürlich aber ist der Verkäufer für mala fides und kulpose Verschlechterung der einzelnen Sachen verantwortlich.)

b. Bei Verpfändung mehrerer Gegenstände kann es von besonderen Folgen sein, wenn sie der Verpfänder lediglich unter einen Begriff zusammenfaßt. Es ist in einem solchen Falle in der Regel (im Zweifel) anzunehmen, daß nicht bloß die unter den Begriff fallenden Dinge, die der Verpfänder zur Zeit der Verpfändung hatte, verpfändet sein, sondern daß auch diejenigen unter den Pfandnexus fallen sollen, welche er später bis zu Realisirung des Pfandrechts erwirbt; daß also in so fern, in Beziehung auf Vermehrung der Gegenstand gleichsam als Ganzes behandelt werde[18]. Aber in Beziehung auf Verminderung gilt dies nicht, d. h. wenn der Verpfänder einzelne Sachen aus der Gesammtheit veräußerte, so werden sie vom Pfandnexus nicht frei[19]; außer wenn die Gesammtheit eine solche ist, in deren Natur ein steter Wechsel der einzelnen dazu gehörigen Dinge liegt[20].

c. Bei einem Vermächtnis mehrerer Dinge, die der Erblasser bloß durch eine Kollektivbenennung bezeichnet, ist im Zweifel anzunehmen, daß er sie in der Art als Ganzes behandeln wollte, daß der Wechsel, welcher von Errichtung des letzten Willens an bis zu seinem Tod in den einzelnen unter den Begriff fallenden Dingen eintreten würde, gar nicht beachtet werden soll. Wenn daher Jemand seine Bibliothek ꝛc. einem Andern vermacht, so gelten nicht gerade die Bücher als vermacht, die er zur Zeit der Errichtung des letzten Willens hatte, sondern eben die, welche er zur Zeit seines Todes hat (so fern sie unter den angegebenen Begriff fallen[21]).

In allen solchen Fällen (Lit. a—c) aber ist wohl zu beachten, daß in ihnen die einheitliche Behandlung der unter den Begriff zusammengefaßten Dinge bloß auf dem wahrscheinlichen Willen der Disponenten beruht, also lediglich Sache der Willensinterpretation ist[22].

2) Manche Neuere behaupten, eine aus körperlichen Dingen

---

[18] Vgl. Arndts § 368 Nt. g. h

[19] Arndts l. c. Nt. i.

[20] Z. B. wenn ein offener Kauf- oder Kramladen (taberna) verpfändet wird. D. de pign. 20, 1 l. 34 pr.

[21] I. de legat. 2, 20 § 18. Arndts § 570 Nt. a.

[22] Vgl. Göppert l. c. S. 58—70.

bestehende Sachgesammtheit könne als ein begriffliches Ganzes (für sich ohne alle Rücksicht auf einzelne etwa zu ihr gehörigen Dinge) Gegenstand des Besitzes und des Eigenthums sein. Dies ist aber unmöglich[23]. Besitzen kann man ein Begriffsganzes lediglich als solches nicht; denn als solches ist es nur etwas Gedachtes, eine Bezeichnung, die man einer Mehrheit von Sachen giebt. Also ein Besitz, eine faktische Herrschaft über dieses Gedachte für sich und abstrahirt von den einzelnen dadurch bezeichneten Sachen, ist unmöglich. Eine faktische Herrschaft ist nur an diesen einzelnen Sachen möglich. Zwar kann ich z. B., wenn ich 50 Schafe oder 500 Bücher in meiner Gewalt habe, sagen, ich besitze eine Herde, eine Bibliothek; allein Das, was ich hier wirklich besitze, ist nicht der Begriff, sondern sind nur die einzelnen Sachen, die ich zusammen durch Herde, Bibliothek kurz bezeichne. Wollen wir daher an den Sachen, die unter einen solchen Begriff fallen, Besitz erwerben, so kann dies nur dadurch geschehen, daß wir die einzelnen Stücke in unsere Gewalt bringen, und soll sich dieser Besitz auch auf andere zum Ganzen gehörige Stücke erstrecken, so müssen wir auch diese erst in unsere Gewalt bringen. Will N. seine Schafherde mir tradiren, von welcher sich ein Widder verlaufen hat, und er übergiebt nur alle Stücke, die er im Stalle hat, so bekomme ich dadurch nicht auch jenen Widder in den Besitz; ich erlange seinen Besitz erst, wenn ich ihn einfange[24].

Eben so verhält es sich mit dem Eigenthum, mit der rechtlichen Herrschaft über Sachen; auch diese Herrschaft kann man nicht über einen bloßen Begriff haben, sondern nur über die einzelnen Sachen, die man zusammen durch den Begriff bezeichnet (zusammenfaßt). Will man eine Gesammtheit von Sachen ins Eigenthum erwerben, so muß der Erwerbsgrund sich wirklich auf jedes einzelne dazu gehörige Stück erstrecken. Wenn z. B. Jemand mir seine Bibliothek schenkt und in Folge des Schenkungsvertrags (welcher mir noch nicht das Eigenthum giebt) das Eigenthum an ihr übertragen will, so kann er Letzteres nur dadurch, daß er mir die einzelnen zur Bibliothek gehörigen Bücher tradirt; und hat er mir alle übergeben, so kann ich nun mein Eigenthum an diesen einzelnen Büchern durch Eigenthum an der Bibliothek kurz bezeichnen. Hatte er aber einige Bücher, die zu seiner

[23] Es wird auch ganz klar verworfen in D. de usurp. 41, 3 l. 30 § 2.
[24] D. l. c. Meine Erörterungen I S. 17 f.

Bibliothek gehörten, zurückbehalten und mir nicht tradirt (z. B. ausgeliehen), so ist er immer noch ihr Eigenthümer und ich erwerbe sie erst, wenn er auch sie mir tradirt.

Zwar sind einige Civilisten anderer Ansicht. So behauptet z. B. Girtanner (in Iherings Jahrbüchern f. Dogm. des heutigen Rechts, Bd. III S. 96 f., 107 f., 133 f.), eine Herde könne nach unserem positiven Recht in der Art Rechtsobjekt als ein Ganzes sein, daß man Eigenthümer des Ganzen sein könne, wenn man auch kein einziges der zur Herde gehörigen Stücke im Eigenthum habe. Eine solche Abstraktion aber, auf welche Girtanner nur durch eine Korruption des Eigenthumsbegriffs kommen konnte (l. c. S. 83 f.), ist ein Unding und auch von unserem positiven Recht ganz entschieden verworfen, wie schon l. 30 § 2 D. de usurp. 41, 3 beweist. Vgl. Meine Erörterungen l. c. und nun auch Dernburg Das Pfandrecht I S. 453 f. — Nur Folgendes ist des praktischen Bedürfnisses wegen vom römischen Recht zugelassen, was die Veranlassung zu jener sonderbaren Auffassung gab. Es kann nämlich eine Herde im eigentlich landwirthschaftlichen Sinne, d. h. welche als zusammengehöriges ökonomisches Ganzes gehalten und bewirthschaftet wird, wenn sie in fremde Hände kommt, als ein Ganzes, als unum corpus vindicirt werden; aber der Vindikant muß in Betreff der größern Zahl (über der Hälfte) der einzelnen Stücke der Herde nachweisen, daß er an diesen einzelnen Stücken das Eigenthum erworben habe, und dann ist ihm die ganze Herde herauszugeben, wenn und so weit nicht der Besitzer nachweisen kann, daß einzelne Stücke (capita aliena) ihm oder einem Dritten gehören. D. de rei vind. 6, 1 l. 1 § 3, l. 2, l. 3 pr., l. 23 § 5 („at in his corporibus"). Vgl. Exner Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition (1867) S. 218—236. Göppert cit. S. 96—105. Die römischen Juristen behandelten also in dieser Beziehung die Herde als universitas, als Ein Ganzes und vermittelten dies theoretisch durch eine Ansicht, welche zu ihrer Zeit bei den stoischen Philosophen herrschte, indem diese eine Herde als unum corpus (quod ex distantibus capitibus constat) auffaßten. Vgl. die Stellen bei Arndts § 48 Anm. 4. Göppert l. c. S. 49 f. S. 105 f. — Es ist aber das von der Herde Gesagte etwas ganz Besonderes, bloß auf Herden sich Beziehendes, und daher durchaus unzulässig, es, wie es Windscheid (Pand. § 137 in und bei Anm. 4) thut, auf andere Gesammtheiten auszudehnen und daraus den auffallenden Satz zu ziehen, daß die einzelnen zu einem Kollektivganzen gehörigen Sachen als einzelne unter einem andern Rechtsverhältnisse stehen können als die Gesammtheit. Vgl. auch Exner l. c. S. 241 f.

B. Unser Recht behandelt aber allerdings in gewissen Fällen und Beziehungen einen Inbegriff von Dingen als wahre juristische Einheit, als universitas in einer der Natur der Sache entsprechenden Weise. In solchen Fällen kann man von einer iuris universitas im eigentlichen Sinne sprechen. Es wird nämlich

1) das Vermögen einer Person in gewissen Beziehungen als eine juristische Einheit, als iuris universitas behandelt. Dies geschieht in den Fällen der Universalsuccession, also namentlich, wenn Jemand als Erbe (oder als Universalvermächtnisnehmer) in das Vermögen eines Verstorbenen eintritt. In diesen Fällen wird das Vermögen, in welches man succedirt, in folgenden Beziehungen als Ganzes behandelt.

a. Man erwirbt das Vermögen durch eine einzige Thatsache, z. B. der Erbe durch die Erklärung, die Erbschaft anzunehmen, als ein Ganzes in der Art, daß durch diese Thatsache alles Einzelne, woraus das Vermögen besteht, alle Aktiven und Passiven, also Eigenthum, Obligationen, Schulden des Erblassers ꝛc., auf den Erwerber ohne Weiteres übergeht.

b. Wenn das auf diese Weise erworbene Vermögen ganz oder theilweise in den Händen eines unberechtigten Prätendenten ist, so kann der berechtigte Universalsuccessor es als ein Ganzes mit einer Klage, mit einer dinglichen Universalklage, also der Erbe mit der hereditatis petitio herausfordern.

c. Wenn dieser Prätendent Sachen aus der Erbschaft veräußert hatte, so kann der Kläger in der Regel von ihm den Preis fordern, den er für die Sache löste, gleichsam als Theil der Erbschaft und ebenso auch Sachen, die der Prätendent zum Nachlaß-Vermögen hinzu erwarb[25].

2) Die Pekulien eines Hauskindes bilden in doppelter Hinsicht eine wahre universitas (iuris), nämlich:

a. wenn es sich von der Frage handelt, was zu einem der verschiedenen Pekulien gehört. Es ist nämlich jedes peculium eines Hauskindes in so fern als ein für sich bestehendes Ganzes zu behandeln, als Dasjenige was ein Hauskind mit den Mitteln eines der Pekulien erwirbt, wieder zu diesem peculium gehört und unter den Rechtsgrundsätzen steht, welche bei diesem peculium gelten. In dieser Hinsicht gilt hier der Satz: res succedit in locum pretii und umgekehrt[26].

b. In dem peculium castrense und quasi castrense und nach justinianischem Recht auch in dem peculium adventitium findet eine wahre Universalsuccession statt. Die beiden ersten fallen nach dem Tode des Hauskindes seinem Testaments- oder Intestaterben zu, das letztere seinem Intestaterben und es gilt dann das unter Nr. 1 Ausgeführte.

C. Zur näheren Bestimmung des Ausgeführten ist noch auf Folgendes aufmerksam zu machen:

---

[25] Meine Erörterungen I S. 7 f.
[26] Cod. de castr. pec. 12, 37 cst. 1.

1) Das Vermögen einer Person wird von unserem Recht in anderen Beziehungen, als den (unter B) angeführten, nicht als ein juristisch Ganzes behandelt. Namentlich kann ein Vermögen nicht als ein Ganzes durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden auf einen Anderen übertragen werden[27].

2) Wenn ein unberechtigter Dritter Theile unseres Vermögens in Händen hat, so können wir nicht mit einer dinglichen Universalklage alles dazu Gehörige von ihm fordern. Eine solche Klage giebt es gar nicht, außer bei der Universalsuccession (Lit. B 1). Kommen daher Theile meines Vermögens aus meinen Händen, so muß ich sie eben vom Besitzer als einzelne Sachen herausfordern, z. B. mit der rei vindicatio oder publiciana actio[28].

Allerdings aber giebt es persönliche Generalklagen aus einer Obligation. Wenn ich z. B. Jemandem mein Vermögen zur Verwaltung anvertraue, so kann ich seiner Zeit mit Einer actio mandati alles dazu Gehörige zurückfordern. Der Mündel, wenn er volljährig geworden ist, kann mit Einer actio tutelae Herausgabe seines Vermögens vom Vormund verlangen. Allein hier handelt es sich gar nicht von einem juristisch Ganzen, sondern von lauter Einzelheiten, die man deßhalb mit Einer Klage fordern kann, weil hier ein einziges, einheitliches Obligationsverhältnis vorliegt. Auch ist dies nicht eine Eigenthümlichkeit des Vermögens; es gilt ebenso, wenn es sich bloß von einzelnen Sachen handelt, z. B. wenn ich Jemandem meine ganze Bibliothek auf einige Jahre zur Verwaltung anvertraut oder zum Gebrauch überlassen habe; ich kann auch hier im erstern Fall mit einer actio mandati oder im letztern Fall mit einer actio commodati alle die Sachen zurückfordern, von welchen ich beweisen kann, daß ich sie ihm anvertraut hatte.

3) Weder in den eben angegebenen Fällen noch überhaupt wenn Theile unseres Vermögens in die Hände eines Dritten kommen, gilt der Satz: res succedit in locum pretii und umgekehrt. Er gilt bloß bei Universalsuccessionen und in der unter B 1 c und 2 a bemerkten beschränkten Beziehung; man darf ihn nicht auch auf andere Fälle anwenden. Wenn z. B. Derjenige, welchem ich den größern Theil meines

[27] Vgl. unten § 68 Nr. 3 B 3. Mit Ausnahme des dort unter Nr. 3 A 3 angegebenen Falles (wenn der Fiskus ein ihm angefallenes fremdes Vermögen verkauft).

[28] Vgl. D. de R. V. 6, 1 l. 56.

Vermögens in Verwaltung gebe, mein dazu gehöriges Geld unterschlägt, und sich damit ein Pferd kauft, so gehört das Pferd nicht mir, ich kann es daher nicht vindiciren, nicht einmal von ihm mit der actio mandati fordern, da er es nicht in meinem Auftrag für mich erwarb; vielmehr gehört das Pferd ihm und ich kann von ihm nur Ersatz meines Geldes fordern[29]. Ferner, wenn der Verwalter meines Vermögens ohne mein Wissen meine dazu gehörigen Pferde verkauft und das Geld für sich behielt, so gehört das Geld nicht mir; ich bleibe eben in diesem Falle Eigenthümer der Pferde und kann sie vom Käufer und von jedem dritten Besitzer vindiciren; gegen meinen Verwalter habe ich bloß die actio mandati auf Schadenersatz. Der Käufer aber kann sich bloß an den Verwalter halten und ihn mit der actio emti auf Ersatz belangen, weil er ihm eine res aliena unberechtigt verkaufte.

Juristisch wichtige Verschiedenheiten der Sachen. Res in commercio und extra commercium.

§ 60.

(Arndts § 49.)

Auf dem Gebiete des Privatrechts ist bei Sachen die nächste und wichtigste Frage die: welche Sachen können Gegenstand des Rechts einer Person, namentlich des Eigenthums der Privaten und des privatrechtlichen Verkehrs sein? Regel ist in dieser Hinsicht, daß die Sachen überhaupt mögliche Objekte des Privatrechts und privatrechtlichen Verkehrs, daß sie in commercio sind. Diese Regel hat aber Ausnahmen, d. h. es giebt Sachen, welche überhaupt in Niemandes Vermögen sein können; ferner Sachen, welche nach römischer Auffassung wenigstens nicht im Vermögen einer Privatperson (im Gegensatz zu den publicistischen Personen des Staats und der Gemeinden) sein konnten, und daher nicht möglicher Gegenstand des Verkehrs waren, sog. res extra commercium (res quarum commercium non est). Nach römischem Recht gab es viele solche Sachen und deßhalb war in diesem die Frage sehr wichtig und nach der gewöhnlichen Darstellung unserer Civilisten würde es auch bei uns so sein. Allein dies ist sehr unrichtig. Nach

[29] Mit der actio mandati oder mit der condictio furtiva (weil er mir das Geld unterschlagen hat). Cod. de rei vind. 3, 32 cst. 6; comm. utr. iud. 3, 38 cst. 4; si quis alt. 4, 50 cst. 8.

dem gemeinen deutschen Recht sind bloß die unter Beilage I Lit. D bezeichneten Sachen extra commercium und daß sie dieses sind, liegt bei ihnen in der Natur der Sache. Die Gründe nämlich, aus welchen Sachen nach römischem Recht extra commercium waren, sind

A. religiöse Gründe. Aus diesen waren (nach römischem Recht) extra commercium die res sacrae und die res religiosae (Beilage I Lit. A I). Nach der Auffassung des römischen Rechts sind diese Sachen gar nicht humani iuris, sondern divini iuris; es ist daher an ihnen ein Eigenthum des Menschen gar nicht möglich; sie sind dem Verkehr ganz entzogen, Niemand kann Rechte an ihnen erwerben (s. Beilage I Lit. A I Nr. 1, 2). Allein dies ist bei uns anders; zwar kommen solche Sachen auch bei uns gewöhnlich nicht in den Verkehr; dies ist aber bloß faktisch so; denn sie sind keineswegs dem Verkehr rechtlich entzogen, sie sind möglicher Gegenstand des Eigenthums und bald im Eigenthum einer kirchlichen, bald in dem einer politischen Gemeinde, bald in dem einer einzelnen Privatperson (s. Beilage I Lit. B I, II, IV).

Über die res sanctae s. Beilage I Lit. A I 3.

B. Aus politischen Gründen werden vom römischen Recht als res extra commercium behandelt die publicae res im engern Sinn. Das Vermögen des Staats und der (politischen) Gemeinde (publicae res im weitern Sinn) zerfällt in zwei Klassen; die eine ist dasjenige Vermögen, aus welchem die Bedürfnisse des Staats oder der Gemeinde zu bestreiten sind (patrimonium fisci, populi, universitatis); dieses ist natürlich durchaus in commercio. Die andere Klasse bilden die publicae res im engern und eigentlichen Sinn, d. h. Sachen, welche lediglich die Bestimmung haben, bleibend zum öffentlichen Gebrauche zu dienen (Straßen, Plätze, Rathhaus, Theater ꝛc.). Diese sind auch im Eigenthum des Staats oder der Gemeinde, allein sie waren nach römischem Recht extra commercium (s. Beilage I Lit. A Nr. II). Letzteres aber ist bei uns anders. Zwar kommen auch bei uns solche res publicae im engern Sinn selten in den Verkehr, aber juristisch sind sie bei uns dem Verkehr keineswegs entzogen und können auch von Privaten erworben werden (Näheres s. Beilage I Lit. B III, IV).

C. Aus Gründen, die in der Natur der Sache liegen. Es giebt Sachen, die schon ihrer Natur nach nicht im Eigenthum irgend

einer Person stehen können und die deßhalb nicht bloß nach römischem Recht extra commercium waren, sondern auch bei uns es sind. Dahin gehören

I. diejenigen Sachen, welche die Römer durch res omnium communes bezeichneten; sie sind gleichsam Gemeingut der Menschen (»naturali iure omnium communia«); nämlich die Luft überhaupt; ferner die aqua profluens, das strömende Wasser eines fließenden Gewässers, d. h. die Gesammtmasse der stets wechselnden zu- und abfließenden Wasserwellen, endlich das Meer und seine Ufer[1]. Diese sind im Ganzen jeder ausschließlichen Herrschaft Einzelner schon ihrer Natur nach entzogen, deßhalb extra commercium, in Niemandes Eigenthum und, so weit nicht lokale Hindernisse entgegen stehen[2], der allgemeinen Benutzung offen. Nur muß man dabei beachten:

1) in einzelnen Theilen können solche Sachen wohl Gegenstand des Eigenthums und Verkehrs sein, z. B. das Wasser, das ich aus dem Fluß schöpfte, gehört mir und ich kann es verkaufen.

2) Der Luftraum über einem Grundstück gehört noch zum Grundstück selbst, gehört also dem Eigenthümer des Grundstücks. Hieraus folgt namentlich, daß mein Nachbar auf seinem Grundstück keine Vorrichtung treffen darf, die in den freien Raum über meinem Grundstück hereinragt, wenn er nicht zu diesem Zweck eine Servitut gegen mein Grundstück erworben hat[3].

II. Die flumina publica, die öffentlichen Flüsse oder Flüsse im engern Sinn. Diese sind schon ihrer unveränderlichen Natur nach zum öffentlichen Gebrauch bleibend bestimmt, daher nicht Gegenstand des Eigenthums, auch nicht im Eigenthum des Staats; sie sind extra commercium und dies ist auch bei uns so. Über das Rechtsverhältnis an diesen öffentlichen Flüssen s. Beilage II S. 279 f.

Die Frage aber, welche Flüsse öffentliche, also extra commercium sind, ist sehr bestritten. Viele behaupten, öffentlicher Fluß sei jedes regelmäßig fließende Wasser; nur ein fließendes Wasser, das zu Zeiten austrocknet, könne im Eigenthum Einzelner oder des Staats

---

[1] I. de rer. div. 2, 1 § 1; D. eod. tit. 1, 8 l. 2 § 1 l. 4; de V. S. 50, 16 l. 96 l. 112.

[2] Z. B. ich kann jeden Dritten von meinem Grundstück ausschließen, also auch vom Gebrauch des Wassers, das durch mein Grundstück fließt (D. de iniur. 47, 10 l. 13 § 7).

[3] D. ad l. Aquil. 9, 2 l. 29 § 1; quod vi aut clam 43, 24 l. 22 § 4.

sein, und dies soll stehen in D. de flum. 43, 12 l. 1 § 3. Allein dies steht dort nicht. Das römische Recht nämlich unterscheidet

1) rivi, Bäche, d. h. kleine fließende Gewässer. Diese sind in commercio, Gegenstand des Eigenthums und Verkehrs; sie gehören im Zweifel dem angrenzenden Grundeigenthümer[4].

2) flumina, Flüsse, d. h. größere fließende Gewässer. Diese können sein

a. privata flumina, d. h. ungeachtet ihrer Größe doch Gegenstand des Eigenthums und Verkehrs, ganz wie bei den Bächen. Dies ist der Fall, wenn sie torrentes sind, d. h. Ströme, die nicht regelmäßig fließen, sondern nur zu gewissen Jahreszeiten oder bei besonderen Naturereignissen[5].

b. flumina publica: regelmäßig fließende größere Gewässer. Diese sind in Niemandes Eigenthum, auch nicht in dem des Staats, sondern extra commercium[6].

Hiernach sind nicht alle regelmäßig fließenden Gewässer flumina publica und extra commercium, sondern nur die größeren und dies gilt auch bei uns so. Nur fragt es sich, welche regelmäßig fließenden Wasser sind zu den größeren zu zählen? Das römische Recht entscheidet die Frage bloß dahin: es hänge dies eben von der Größe des Wassers und der Auffassung der Umwohnenden ab[7]. Das deutsche Gewohnheitsrecht aber bestimmt es schärfer dahin, es hänge im Zweifel von der Schiffbarkeit und Flößbarkeit ab. Hiernach ist nach gemeinem Recht ein öffentlicher Fluß jedes regelmäßig fließende Wasser, wenn es so groß ist, daß es zum Befahren mit Schiffen oder mit zusammengebundenen Flößen geeignet ist. Jedes andere fließende Wasser ist möglicher Gegenstand des Eigenthums und Verkehrs. Übrigens ist auch bei nicht schiffbaren und nicht flößbaren Flüssen möglich, daß sie öffentliche Flüsse sind, nämlich wenn von solchem Wasser nachweisbar ist, daß es über Menschengedenken hinaus als öffentliches behandelt wurde.

III. Der Leichnam eines Menschen. Hierüber s. Beilage I Lit. B Nr. II.

Mit den res extra commercium darf man nicht verwechseln:

---

[4] D. l. 1 cit. § 1.
[5] D. l. 1 cit.
[6] D. l. 1 § 2 cit. Vgl. Beilage II Lit. B.
[7] D. de flum. 43, 12 l. 1 § 1.

1) Sachen, deren Veräußerung erschwert oder beschränkt oder dem Eigenthümer in der Regel untersagt ist, z. B. Sachen der Minderjährigen oder der fundus dotalis, ferner Sachen, die zu einem Fideikommiß gehören ꝛc. Solche Sachen sind völlig verschieden von den res extra commercium. Sie sind Gegenstand des Privateigenthums, können vererbt werden u. dgl., nur ist der Verkehr mit ihnen ein beschränkter, aber nicht ein durchaus unmöglicher. Die Beschränkung in ihrer Veräußerung ist größtentheils eine bloß vorübergehende und da, wo sie eine bleibendere ist, sind doch diese Sachen nicht unbedingt und unter allen Umständen vom Verkehr ausgeschlossen (s. Beilage I Lit. D).

2) Sachen, mit denen der Verkehr aus polizeilichen Gründen beschränkt ist; ferner Sachen, von deren commercium nur gewisse Personen ausgeschlossen sind[8]. Allein Alles, was über solche Sachen das römische Recht bestimmt, ist bei uns unpraktisch (s. Beilage I Lit. C). Dagegen giebt es nach unseren Partikularrechten Beschränkungen dieser Art[9].

Beilage I. Eine Reihe von Sachen, welche nach römischem Recht dem Verkehre ganz entzogen (sog. res extra commercium) und nicht möglicher Gegenstand des Eigenthums überhaupt (Lit. A. I) oder wenigstens nicht Gegenstand des Eigenthums einer Privatperson (im Gegensatz zu Staat und Gemeinden Lit. A. II) waren, gehören nach unserem heutigen Rechte keineswegs mehr in diese Kategorie, sondern sind Gegenstände des rechtlichen Verkehrs und mögliche Gegenstände des Privateigenthums. Es sind dies die Sachen, welche nach römischem Recht divini iuris waren, und die res publicae und universitatis im engern Sinn. Wir müssen daher bei diesen Sachen unterscheiden:

A. Die Bestimmungen des römischen Rechts. Diese gingen dahin:

I. Res divini iuris des römischen Rechts. Divini iuris waren

1. die res sacrae, d. h. bewegliche und unbewegliche Sachen, welche zum Dienste der Gottheit bestimmt unter öffentlicher Auktorität feierlich der Gottheit geweiht wurden, wie Tempel und der Boden, auf dem sie stehen, die zum Gottesdienst geweihten Geräthschaften ꝛc. Diese Sachen wurden gleichsam als der Gottheit gehörig betrachtet und konnten daher schon deßhalb nicht Gegenstand eines Eigenthums und des Verkehrs sein; jedes Rechtsgeschäft über sie war ungültig, ein Privatrecht an ihnen gar nicht denkbar (D. de rer. divis. 1, 8 l. 6 § 3 l. 9 pr. § 5 I. e. t. 2, 1 § 7, 8), obwohl sie in gewissen Fällen ihrer Eigenschaft als res sacrae wieder entkleidet und dann allerdings Gegenstand des Verkehrs werden konnten D. de V. O. 45, 1 l. 83 § 5, de relig. 11, 7 l. 36. Auch in der christlichen Kaiserzeit hielt das römische Recht bei solchen Sachen jenen Gesichtspunkt fest, indem es davon ausging, daß sie Gott, Christus oder den Heiligen gleichsam gehören. Justinian aber gestattete doch eine Veräußerung oder Verpfändung beweglicher res sacrae zum Zwecke der Loskaufung Gefangener (C. de eccles. 1, 2 cst. 21), und erlaubte auch, zur Tilgung von Schulden einer

---

8 Dahin gehören die bei Arndts § 49 Note h erwähnten Sachen.

9 So ist z. B. der Verkehr mit Gift polizeilich sehr beschränkt; ferner sind manchen Staaten gewisse Personen vom commercium gewisser Sachen ausgeschlossen; ebenso auch giebt es Sachen, welche zu haben partikularrechtlich ganz verboten ist oder welche konfiscirt werden, z. B. gewisse Waffen ꝛc.

Kirche entbehrliche zum Gottesdienst geweihte Gefäße einzuschmelzen und zu veräußern; Nov. 120 c. 10.

2. Die res religiosae. So bezeichnete das römische Recht jeden Platz, an welchem in befugter Weise (z. B. vom Eigenthümer des Platzes oder mit Willen des Eigenthümers) ein Todter zu dem Zwecke, daß er dort bleibend seine Stätte habe, begraben oder seine Asche beigesetzt wird. Ein solcher Platz hörte, so weit der Todte ihn einnimmt, (wenn der Todte zerstückt an verschiedenen Orten begraben wird, der Platz, wo der Kopf liegt), sofort auf, im Eigenthum seines bisherigen Eigenthümers zu sein, und wurde unfähig, in Jemandes Eigenthum zu stehen und Gegenstand des Verkehrs zu sein, indem er den diis manibus als verfallen galt; nur durch eine mit Genehmigung des Kaisers oder seines Stellvertreters geschehene Wegnahme des Todten konnte der Platz wieder seinem früheren Eigenthümer zufallen und in den Verkehr kommen I. l. c. § 9 D. de relig. 11, 7 l. 2 § 5 l. 40, 41, 44, de C. E. 18, 1 l. 9 pr. C. de relig. 3, 44 est. 2, 4, 9, 14. Als die christliche Religion im römischen Reiche herrschend wurde, fiel zwar die Prämisse weg, aus welcher der locus religiosus in Niemandes Eigenthum sein konnte; allein man behielt doch die angeführten Grundsätze bei.

3. Viele Civilisten führen auch noch die res sanctae unter den Sachen an, die nach römischem Recht zu den res divini iuris gehört haben und dem Verkehr entzogen gewesen sein sollen; allein Dieses ist nicht richtig. Sanctae res heißen im römischen Recht besonders befriedete und durch höhere Strafen gegen Verletzungen geschützte Sachen D. de rer. divis. 1, 8 l. 8 l. 9 § 3 l. 11. Durch eine solche Sanktion konnten sie an sich nicht dem Verkehr entzogen werden; da aber die Sanktion ursprünglich durch religiöse Weihen geschah: so erklärt es sich, daß von ihnen gesagt wird: quodammodo divini iuris sunt, und da als Fälle dieser res sanctae die Quellen bloß die Mauern und Thore einer Stadt anführen; so konnten sie wohl von diesen sagen: nullius in bonis sunt, d. h. sie stehen in keinem Privateigenthum, sondern sind res publicae I. de rer. divis. 2, 1 § 10 D. e. t. 1, 8 l. 1 pr. Auch waren allerdings die Mauern und Thore bei den Römern extra commercium; allein nicht wegen ihrer Sanktion, sondern weil sie unter die folgende Kategorie (Nr. II) fielen.

II. Die zum allgemeinen öffentlichen Gebrauche bleibend bestimmten Sachen des Staates (res publicae im engern Sinn) oder einer Gemeinde (res universitatis im engern Sinn). Diese Sachen (wohl zu unterscheiden von res publicae im weiteren Sinne, dem Staats- und Gemeindevermögen, welches nicht zum öffentlichen Gebrauche, sondern bloß zur Bestreitung der pekuniären Bedürfnisse des Staates und der Gemeinde bestimmt ist, pecunia oder patrimonium fisci oder universitatis (D. de C. E. 18, 1 l. 72 § 1, ne quid in loc. publ. 43, 8 l. 2 § 2—5) waren nach römischem Recht regelmäßig dem Verkehr entzogen und daher waren Rechtsgeschäfte über sie ungültig; D. de C. E. l. 6 pr. l. de inut. stip. 3, 19 § 2. Das römische Recht rechnet hierher öffentliche Plätze und Straßen, seien sie Staatsstraßen oder Vicinal- (Gemeinde-) Straßen (nicht bloße Privatwege, welche die Eigenthümer zu ihren Privatzwecken in Feld und Wald haben und die in deren Eigenthum bleiben), ferner öffentliche Gebäude, welche zu öffentlichen Zwecken bleibend bestimmt waren, wie Rathhaus, Theater u. dergl., s. die angeführten Stellen und D. ne quid. in loc. publ. l. 2 § 21—24. — Neuerlich ist bei Gelegenheit eines Streits über die Festungswerke der Stadt Basel von Manchen, namentlich von v. Keller (Nachtrag zu den Gutachten über den Baseler Festungsstreit 1860) und Ihering (Der Streit zwischen Basel-Land und Basel-Stadt. Leipzig 1862. S. 37 f., ferner Erwiderung auf das von H. Dernburg in seinem Rechtsstreit ꝛc. abgestatteten Rechtsgutachten. Basel 1862, vgl. auch Denselben: Geist des römischen Rechts III S. 335 f.) behauptet worden, dem Staat komme an den res publicae im engern Sinne nicht das Eigenthum, sondern bloß ein Hoheitsrecht (also auch den Gemeinden an den res publicae civitatis

eine Art Hoheitsrecht?) zu; Niemand habe an ihnen Eigenthum. — Allein diese Ansicht, nach welcher Staat und Gemeinden, wenn sie ihre Grundstücke zu Straßen oder öffentlichen Plätzen ꝛc. verwenden, das Eigenthum an ihnen verlieren, und wenn sie, was sie können, später ihnen eine andere Bestimmung geben, das Eigenthum vermöge ihres Hoheitsrechts wieder erwerben sollen, entspricht nicht der Natur des Verhältnisses und nicht der Auffassung des römischen Rechts; nach dieser stehen jene Sachen wirklich im Eigenthum des Staates oder der Gemeinde; manche Quellenstellen sprechen dies geradezu aus (z. B. D. de rer. div. 1, 8 l. 6 § 1, de usuc. 41, 3 l. 9), andere ziehen Konsequenzen, deren Prämisse nur ein Eigenthum des Staats ꝛc. an solchen Sachen sein kann, z. B. I. de rer. div. 2, 1 § 39; s. besonders Dernburg Rechtsgutachten über den Streit bezüglich der Festungswerke der Stadt Basel. Halle 1862 S. 9 f. Wenn in einer Stelle von den res publicae im engern Sinne gesagt wird: nullius in bonis esse creduntur: so ergiebt der Beisatz ipsius enim universitatis esse creduntur, daß dadurch eine Negation des Eigenthums der universitas nicht ausgesprochen werden soll. — Gegen jene Ansicht s. nun auch Windscheid Pandekten § 146, Arndts § 49, Brinz Pandekten II S. 1024, 1028 und H. Wappaeus Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen ꝛc. Göttingen 1867 S. 87—105. — Wesentlich anders als bei jenen res publicae im engern Sinne verhält es sich bei den öffentlichen Flüssen, deren besonderes Recht von Ihering Erwiderung S. 18 f. und auch von Arndts § 69 nicht gehörig beachtet wird; diese stehen allerdings in Niemandes Eigenthum; s. Beilage II.

B. Heutiges Recht. — Nach unserem heutigen Rechte sind alle genannten Sachen Gegenstand des Eigenthums und mögliche Gegenstände des Verkehrs; denn

I. bei den geheiligten, d. h. den zum christlichen Gottesdienst unmittelbar bestimmten und deßhalb mit besonderer Ehrfurcht zu behandelnden Sachen besteht bei uns der Grund nicht mehr, aus welchem das römische Recht sie für res nullius und jedes Rechtsgeschäft über sie für ungültig erklärte. Sie sind nach unseren Begriffen und zwar sowohl nach der Auffassung der Protestanten wie der Katholiken im Eigenthum der betreffenden Kirche, gerade wie die res ecclesiasticae, d. h. das übrige nicht geheiligte und zur Verwendung der Kirchenbedürfnisse bestimmte Kirchenvermögen; auch können sie bei uns im Privateigenthum sein, z. B. Privatkapellen oder wenn, was mitunter vorkommt, eine Lokalität in einem Privathause zum öffentlichen Gottesdienste benutzt wird; auch sind Privatrechte an Benutzung der Kirchen (an Kirchenstühlen ꝛc.) zulässig und alle Sachen der genannten Art können nach kanonischem Recht zur Deckung der Kirchenbedürfnisse verwendet und veräußert werden. Glück Pandekten II S. 483 ff., Eichhorn Kirchenrecht II S. 781 ff., Wappaeus a. O. S. 49—73.

II. Das römische Recht über res religiosae gilt bei uns entschieden nicht mehr. Durch Begrabung eines Todten an einem Orte wird das Eigenthum des Ortes nicht geändert: der Ort bleibt im Eigenthum seines bisherigen Eigenthümers und ist ganz unzweifelhaft Gegenstand des freien Verkehrs; z. B. wenn mir gestattet würde, einen Angehörigen in meinem Garten zu begraben: so hört der Platz keineswegs auf, in meinem Eigenthum und Gegenstand freien Verkehrs zu sein; die öffentlichen Grabstätten aber (Gottesäcker, Kirchhöfe ꝛc.) sind im Eigenthum der betreffenden Gemeinde, bald der kirchlichen, bald der politischen, und auch sie sind keineswegs unveräußerlich und der Möglichkeit, daß an ihnen von Anderen Rechte erworben werden, nicht entzogen; nur werden sie, wie auch die geheiligten Sachen, mit Recht aus Rücksicht der Pietät selten veräußert, um zu anderen Zwecken zu dienen. — Der Leichnam eines Menschen aber ist allerdings auch bei uns in Niemandes Eigenthum, und das Gleiche gilt von den Sachen, die ihm in das Grab mitgegeben werden; er und diese Sachen stehen aber unter dem öffentlichen Schutze gegen Wegnahme und Entweihung. Übrigens können wohl Theile eines menschlichen Körpers, z. B. ein Skelett, ein Todtenkopf, bei uns im Eigenthum einer Person sein, und sind, wie die tägliche Erfahrung beweist, Gegenstand des Verkehrs. Auch sind Verfügungen,

die Jemand für den Fall seines Todes über seinen Leichnam trifft, so weit zu beachten, als sie mit der öffentlichen Sitte vereinbar sind.

III. Auch die zum öffentlichen Gebrauche bestimmten Sachen des Staats oder einer Gemeinde sind bei uns an sich veräußerlich und mögliche Gegenstände des Verkehrs. Bei einem Rathhause, einem Theater u. dergl. wird dies wohl Niemand bei uns bezweifeln, wenn gleich in den meisten Pandektensystemen die römische Theorie von den res publicae im engern Sinne ohne Beschränkung als heutiges Recht dargestellt wird! Aber auch öffentliche Plätze können vom Staate oder einer Gemeinde veräußert werden und dadurch in das Eigenthum von Privaten kommen, und auch bei öffentlichen Straßen, Eisenbahnen u. dergl. kommt dies vor, und zwar bald so, daß der Erwerber sie dem öffentlichen Gebrauche offen lassen muß, oder so, daß er (z. B. wenn eine Straße verlegt und die alte Straße, welche eingehen soll, verkauft wird) sie zu seinen Zwecken beliebig verwenden darf. Hiernach können an ihnen überhaupt nach den für andere Sachen des Fiskus und der Gemeinden geltenden Grundsätzen Rechte (also namentlich wenn sie dem Staat gehören, das Eigenthum durch außerordentliche Ersitzung) erworben werden.

IV. Aus dem Gesagten folgt, daß bei uns die angeführten Sachen zu den Gegenständen, welche dem Eigenthum überhaupt oder wenigstens dem Privateigenthum entzogen und extra commercium sind, nicht mehr gezählt werden können, daß daher Rechtsgeschäfte über sie auch von Privaten gültig geschlossen werden können und bei solchen Rechtsgeschäften die allgemeinen im Obligationenrecht zu entwickelnden Grundsätze, welche von Verträgen über fremde, dem Verkehr unterworfene Sachen gelten, eintreten; und zwar erzeugen solche Verträge a nicht bloß dann zwischen den Partieen eine Obligation, wenn Jemand eine solche Sache an einen Anderen, der jene ihre Eigenschaft nicht kannte, veräußert, sie aber, weil sie ihm nicht gehört, nicht leisten kann oder dem Empfänger entwährt wird (der Veräußerer haftet dem Anderen für die Nichtleistung oder Entwährung, was auch schon das römische Recht in solchen Fällen selbst bei seinen rebus extra commercium, den rebus sacris, religiosis und publicis anerkannte I. de emt. 3, 23 § 5 D. de C. E. 18, 1 l. 4 l. 62 § 1), sondern b. bei uns gelten solche Verträge auch dann, wenn beiden Partieen die Eigenschaft der Sache bekannt war, sie aber dabei einen an sich zulässigen Zweck im Auge hatten, z. B. sie den Vertrag für den Fall schlossen, daß die res sacra, publica ꝛc. von ihrem Eigenthümer (Kirche, Staat, Gemeinde) veräußert werden sollte. Man könnte hiergegen nur einen Zweifel erheben; man könnte einwenden wollen: nach römischem Recht haben ja z. B. die res sacrae und religiosae durch ganz besondere Umstände auch aufhören können, res divini iuris zu sein, und res profanae und dadurch Gegenstand des Verkehrs werden können (s. oben), und doch erkläre das römische Recht Rechtsgeschäfte über sie, wenn beide Partieen jene Eigenschaft der Sache kennen, für völlig unzulässig; bei uns müsse daher noch das Gleiche von den geheiligten Sachen, von den öffentlichen Begräbnisplätzen und von den zum öffentlichen Gebrauch bestimmten Sachen gelten. Allein in dieser Weise kann man nicht argumentiren. Bei den Römern waren solche Gegenstände theils gar nicht möglicher Gegenstand des Eigenthums, theils wenigstens nicht Gegenstand eines Privateigenthums, und konnten dieser Eigenschaft, durch welche sie dem Verkehr entzogen wurden, nur ganz ausnahmsweise durch ganz besondere Ereignisse entkleidet werden und dadurch in den Verkehr kommen; deßhalb war es der römischen Auffassung der Natur jener Sachen, die zum Theil gleichsam der Gottheit gehörten, ganz zuwider, es erschien ihnen incivile, contra bonos mores, non fas, auf die Möglichkeit hin, daß solche Sachen ihres Charakters entkleidet werden würden, Rechtsgeschäfte zu schließen, gerade, wie sie es für incivile und non fas erklärten, über einen freien Menschen für den Fall, daß er Sklave werden würde, ein Rechtsgeschäft einzugehen; D. de V. O. 45, 1 l. 83 § 5 l. 137 § 6, de C. E. 18, 1 l. 34 § 2. Bei uns aber haben sich die Verhältnisse und die Auffassung der Natur jener Sachen völlig geändert, und so sind daher für uns die

wesentlichen Voraussetzungen jener Stellen ganz weggefallen. Wie könnte man es bei uns incivile und non fas nennen, wenn ich mit einer Stadt über den Ankauf des städtischen Theaters oder des zu öffentlichen Gerichtssitzungen bestimmten Lokals oder eines Stücks eines Kirchhofs oder wenn ich mit einem Dritten über die genannten Gegenstände, weil wir hören, daß die Stadt sie zu veräußern beabsichtige, ein Rechtsgeschäft schließe! Zwar fügen die l. 137 und 83 citt. noch einen anderen Grund der völligen Unzulässigkeit eines solchen Geschäfts bei: non enim secundum futuri temporis ius, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio und quia nec praesentis temporis obligationem recipere potest et ea duntaxat, quae natura sui possibilia sunt, deducuntur in obligationem. Allein daß dies nur Scheingründe sind, durch welche jenes auf die eigenthümliche römische Auffassung der Natur jener Sachen gestützte Resultat juristisch kolorirt werden soll, ergiebt sich doch wohl schon aus D. de V. O. l. 31 l. 98 pr., auch aus l. 35 § 1, wo in einem ähnlichen Falle die Ungültigkeit der Stipulation bloß darauf gestützt wird, weil sie contra bonos mores sei, und jedenfalls leiden jene Gründe schon an sich keine Anwendung bei uns, da jene Sachen bei uns dem Verkehr gar nicht entzogen sind.

C. Von der Frage, ob eine Sache Gegenstand des Verkehrs überhaupt ist, muß man wohl unterscheiden die Frage, ob sie in commercio einer bestimmten Person ist. Es kann nämlich der Fall sein, daß gewisse Personen für unfähig erklärt würden, Sachen, die an sich Gegenstände des Verkehrs sind, zu erwerben; hier sind dann diese Sachen dem Verkehr jener bestimmten Personen, aber bloß diesem entzogen; an sich aber sind sie durchaus Gegenstand des Eigenthums und Verkehrs, also nicht res quarum commercium non est. Nach römischem Recht gab es solche Fälle, z. B. D. de contrah. emt. 18, 1 l. 62 pr. C. ne christian. mancip. 1, 10 cst 2; allein unser gemeines deutsches Recht kennt keinen Fall dieser Art und so ist daher vom Standpunkte unseres gemeinen Rechts die Frage unpraktisch.

D. Hiernach giebt es nach gemeinem Recht außer den res communes omnium, den öffentlichen Flüssen (über diese s. Beilage II) und dem Leichnam eines Menschen keine sog. res extra commercium (Wappaeus a. O. S. 139 scheint auf ein anderes Resultat zu kommen; in der Sache selbst aber stimmt er im Wesentlichen mit dem Ausgeführten überein). Nur darf man nicht Sachen, deren Veräußerung dem Eigenthümer erschwert oder untersagt ist, wie z. B. den fundus dotalis, die zu einem Fideikommiß gehörigen Sachen ꝛc. zu den res extra commercium zählen. Bei diesen ist das Verhältnis ein völlig anderes; an ihnen sind Privatrechte jeder Art möglich, sie sind Gegenstand des Besitzes und Eigenthums, der mortis causa successio und selbst des Erwerbes durch Ersitzung ꝛc.; nur in ihrer Veräußerung ist der Eigenthümer und dadurch der Verkehr mit ihnen beschränkt, eine Beschränkung aber, welche meist bloß eine vorübergehende ist. Deßhalb werden sie auch von den römischen Quellen niemals mit den res sacrae, publicae ꝛc. in Beziehung auf Verkehr in irgend eine Gleichstellung oder Verbindung gebracht. Zwar wird in l. 1 § 2 quae res pign. 20, 3 zu einer Sache quam quis emere non potest, quia commercium eius non est, die res litigiosa gezählt. Allein daß damit diese Stelle Sachen, deren Veräußerung während des Processes untersagt ist, nicht in die Kategorie jener wirklich dem Verkehr entzogenen Sachen setzen wollte, ergiebt sich schon daraus, daß nach ihr eine solche Veräußerung an sich gültig und nur mit einer exceptio litigiosi anfechtbar ist. Solche Sachen zu den dem Verkehr entzogenen zu zählen, wie es unter Anderen Windscheid Pandekten

47 a. E. thut, würde eine Vermischung von völlig Heterogenem sein und zu un-
tigen Konsequenzen (vgl. Windscheid § 183 bei Note 3) führen. Wappäus
3 f., 35, 125 f. nennt sie res extra commercium im uneigent-
en Sinne; aber man sollte bei ihnen den Ausdruck extra commercium
vermeiden.

Beilage II. Die Rechtsverhältnisse in Beziehung auf öffentliche Flüsse. — Der öffentliche Fluß ist nicht, wie Viele meinten, im Eigenthum des Staates, durch dessen Territorium er fließt; er ist in Niemandes Eigenthum, dient aber dem gemeinen Gebrauche (populus eo utitur) und ist in diesem Sinne res publica. Dieses ergiebt sich aus dem Folgenden.

A. Rechtsverhältnisse, unter denen die einzelnen Bestandtheile des öffentlichen Flusses stehen. Diese Bestandtheile sind: die Ufer, der Wasserstrom und das Bett des Flusses; außerdem sind noch die Inseln zu beachten, die im Flusse sich bilden.

I. Die Flußufer, d. h. die bei dem ordentlichen Wasserstande trocken bleibende Einfassung des Flusses durch die anliegenden Grundstücke und die von denselben gegen den Fluß hin laufende Abdachung, so weit sie vom gewöhnlichen Wasserstande nicht berührt wird (D. de fluminib. 43, 12. l. 3 § 1. 2, l. 1 § 5). Diese stehen, wie auch Alles, was auf sie gebaut und gepflanzt wird, im Eigenthum der Eigenthümer der Grundstücke, mit denen das Ufer zusammenhängt; I. de R. D. 2, 1 § 4 D. e. t. 1, 8 l. 5 pr., de domin. 41, 1 l. 30 § 1. — Aber das Eigenthum am Flußufer ist ein beschränktes; denn riparum usus publicus est sicut ipsius fluminis; die Ufereigenthümer müssen Jedermann denjenigen Gebrauch des Ufers gestatten, ohne den die Benutzung des Flusses nicht gut möglich ist, z. B. anzulanden, Flöße oder Schiffe am Ufer, auch an den Uferbäumen anzubinden, Lasten am Ufer niederzulegen, einen Leinpfad (iter pedestre) zu benutzen und dergl.; in diesem Sinne gehören auch die Flußufer zu den publicae res I. l. c. § 4, D. de fluminib. l. 1 § 14 a. E. l. 3 pr. Das Gleiche gilt natürlich auch von den Ufern einer im Privateigenthum stehenden Flußinsel D. de domin. l 65 § 1.

II. Der Wasserstrom, die als solche nicht beherrschbare stets wechselnde ab- und zufließende Wasserwelle. Diese gehört Niemandem; sie ist eine res communis omnium, I. l. c. § 1.

III. Das Bett (alveus). Von diesem gilt Folgendes: 1. das Bett, so lange der öffentliche Fluß in ihm fließt, ist nicht ein Theil der angrenzenden Grundstücke; es gehört daher nicht den Angrenzern, sondern ist, wie der Fluß überhaupt (Lit. B.) in Niemandes Eigenthum und dient dem Gebrauche des Publikums; der alveus ist eius iuris, cuius et ipsum flumen, id est publicus iuris gentium; D. de domin. 41, 1 l. 7 § 5, de fluminib. 43, 12 l. 1 § 7. — Wenn aber 2. der Fluß sein Bett auf eine Strecke bleibend verläßt, durch Änderung seines Laufes oder gänzliches oder theilweises Austrocknen: so hört das Bett auf, res publica zu sein (certe desinit esse publicus, D. de flum. l. 1 § 7). An sich würde es nun in Niemandes Eigenthum stehen. Allein das römische Recht fand es sehr mit Recht der Natur der Verhältnisse entsprechend, nicht einen Occupanten zwischen die Angrenzer sich eindrängen zu lassen, sondern das verlassene Bett (alveus relictus) als natürlichen Zuwachs den Angrenzern zuzusprechen. Das Bett wird nun mit Allem, was dazu gehört, Eigenthum der Angrenzer (quia iam populus eo non utitur D. de domin. l. 30 § 1) und zwar in der Art, daß nach der Länge des Bettes mitten durch dasselbe eine von beiden Ufern gleich weit entfernte Linie gezogen wird und was diesseits der Linie fällt, den Angrenzern diesseits, das Jenseitige den Angrenzern jenseits, je nach der Breite, welche ihre Grundstücke am Ufer haben, gehört; D. de domin. l. 7 § 5, I. de R. D. § 23. — 3. Die Grundstücke, durch welche sich der Fluß ein neues Bett bildet, sei es durch Änderung seines Laufes oder durch Erweiterung seines Bettes, werden publicae res, so weit sie Flußbett geworden sind; es gilt von ihnen das unter Nr. 1 Gesagte. — Würde der Fluß später das neue Bett wieder verlassen: so vertheilt sich nun auch dieses nach den unter Nr. 2 ausgeführten Grundsätzen unter die Angrenzer; es fällt also davon den früheren Eigenthümern nur dann und nur in so weit Etwas zu, wenn und in wie weit sie noch Angrenzer sind, I. l. c. § 23, D. de domin. l. 7 § 5, qb. mod. ususfr. 7, 4 l. 24 verb. nam si ꝛc. — 4. Am verlassenen Flußbett nehmen nur diejenigen Grundeigenthümer Theil, welche unmittelbar an dasselbe oder an einen

zwischen ihnen und dem verlassenen Bette liegenden öffentlichen Weg (denn dieser hindert die Erwerbung nicht) angrenzen, nicht aber diejenigen, welche an dem zwischen ihnen und dem verlassenen Bett fließenden Flusse liegen; z. B. wenn der Fluß seiner Länge nach theilweise austrocknet oder von dem einen Ufer zurückweicht, so daß er nun bloß ein Drittel der bisherigen Bettbreite bleibend einnimmt: so fällt von dem frei gewordenen Bette Denjenigen, welche an die noch fließende Seite des Flusses angrenzen, Nichts zu, sondern es gehört bloß Denen, die an das freigewordene Bett unmittelbar angrenzen, D. de domin. l. 38, Bachov ad Treutler. II. p. 216. — 5. Das unter Nr. 2—4 Gesagte muß auch gelten, wenn etwa das Flußbett durch eine vom Staate vorgenommene Flußregulirung verlegt oder verengt würde; das frei gewordene Bett fällt auch in einem solchen Falle den Angrenzern zu, was sehr mit Unrecht in einem Urtheile in Seufferts Archiv XIII Nr. 202 in Abrede gezogen wird. Dieselben Gründe. wie in dem Falle, wenn die Änderung durch Naturereignisse bewirkt wurde, sprechen auch hier für den Erwerb der Angrenzer, und die Quellen bestimmen ganz allgemein, daß überhaupt das verlassene Flußbett den Angrenzern zufalle, ohne dabei irgend zu unterscheiden, durch welche Ereignisse das Bett frei wurde. — 6. Eine bloße Überschwemmung, inundatio, d. h. wenn der Fluß bloß zeitweilig über seine Ufer tritt, ohne das überschwemmte Land zu seinem Bett zu machen, hat eine Änderung in den Rechten der Eigenthümer der überschwemmten Grundstücke nicht zur Folge; I. de R. Div. § 24, D. de domin. l. 7 § 6, quib. mod. ususfr. 7, 4 l. 24. Zwar geht die l. 23 eod. von einer andern Auffassung aus und wohl auch die bestrittene l. 30 § 3 de domin., welche ebenfalls bloß von einer Überschwemmung, nicht von einem neu gebildeten Flußbett spricht; sie nehmen an, durch die Überschwemmung gehe das Eigenthum am Grundstück verloren; allein sie fügen doch bei, durch das Zurücktreten des Wassers lebe das Eigenthum sofort wieder auf.

IV. Die Flußinseln. Eine mit dem Boden des Flusses nicht zusammenhängende, bloß schwimmende Insel ist Theil des Flusses und daher als solcher Sache des gemeinen Gebrauchs D. de domin. l. 65 § 2. Anders verhält es sich mit festen Inseln. Diese können sich in verschiedener Weise bilden (vgl. D. l. c. l. 30 § 2):

1. dadurch, daß der Fluß sich spaltet, in zwei Arme theilt, Grundstücke umfließt und weiter unten sich wieder in ein Bett vereinigt. Die so durch die Umfließung zur Insel gewordenen Grundstücke werden nicht Theil des Flusses, sondern bleiben im Eigenthum ihrer bisherigen Eigenthümer D. de domin. l. 7 § 4 l. 30 § 2 a. E., de fluminib. l. 1 § 10.

2. wenn ein Theil des Flußbettes durch bleibendes Zurücktreten des Wassers trocken gelegt wird oder sich durch Anschwemmungen über den Wasserspiegel erhöht. Umfließt der Fluß diesen Theil: so ist die dadurch gebildete Insel als ein vom Wasser ganz freigewordenes Stück des Bettes nicht mehr ein Theil des Flusses; es muß daher von ihr ganz Das gelten, was vom alveus relictus gilt; sie fällt den Angrenzern in derselben Weise zu wie der alveus relictus. Wird daher von einer solchen Insel die Mitte des Flusses durchschnitten (si mediam partem fluminis tenet D. de domin. l. 7 § 3 I. de R. D. § 22): so bekommen die Angrenzer an beiden Ufern einen Theil der Insel. Es wird nämlich längs des Flusses eine von beiden Ufern gleich weit entfernte Linie gezogen und was von der Insel jenseits der Linie liegt, fällt sofort den Eigenthümern der Grundstücke am jenseitigen Ufer: was diesseits der Linie liegt, den Eigenthümern am diesseitigen Ufer, und zwar je nach der Ausdehnung, welche ihre Grundstücke am Ufer haben, ins Eigenthum zu; I. l. c. D. de domin. l. 7 § 3 l. 29 l. 30 pr. § 2. Durchschneidet daher die Insel in keinem Punkte die Mitte des Flusses, so daß sie also lediglich in der einen Flußhälfte liegt: so wird sie bloß von Denjenigen erworben, die an diese Flußhälfte angrenzen; l. 7 § 3 cit. I. § 22 cit. Gaius Inst. II § 72. — Eine auf diese Weise den Angrenzern zugefallene Insel aber bildet ein Grundstück für sich, namentlich was Alluvionen und den Fall betrifft, wenn später im Flusse eine neue Insel entsteht oder er sein Bett verläßt,

d. h. Erweiterungen eines Inseltheiles durch Alluvion erwirbt der Eigenthümer dieses Theiles (D. de domin. l. 56 pr.), und wenn sich zwischen der Insel und dem entgegengesetzten Ufer eine neue feste Insel bildet: so ist für diese die Theilungslinie nicht längs des Flusses durch seine Mitte, sondern bloß längs des Flußarmes, in welchem die neue Insel liegt, durch dessen Mitte zu ziehen, so daß was diesseits der Linie der alten Insel zu liegt, den Eigenthümern der alten Insel, was jenseits der Linie liegt, den Angrenzern am Ufer zufällt (l. 65 § 3 de domin.); eben so ist zu verfahren, wenn der Fluß sein Bett zwischen der Insel und dem einen Ufer verläßt, indem dann dieses Bett auf gleiche Weise zwischen den Eigenthümern der Insel und den Uferangrenzern sich vertheilt; D. de domin. l. 56 § 1. — Wie mit diesen klar ausgesprochenen Entscheidungen unserer Quellen die Bemerkung von Labeo in l. 65 § 4 zu vereinigen sei, darüber sind die Ansichten sehr verschieden. Erwägt man aber, daß Labeo selbst diese Grundsätze anerkannte (l. 65 cit. § 1, 2): so konnte er doch wohl bloß sagen wollen: man könne nicht behaupten, daß Alles, quod in publico innatum est, publicum sei; denn wenn dies richtig wäre: so würde ja auch eine insula quae in flumine publico nata est, publica sein müssen, was aber nicht der Fall sei, vgl. auch Gesterding Eigenthum S. 200, A. Ch. S. Schmid Handbuch I S. 127 Nr. 22.

V. Das unter Nr. III und IV ausgeführte Recht über Flußinseln und verlassenes Flußbett galt nicht bei den römischen agri limitati, d. h. den vom Staate nach bestimmten Grenzen aus dem Gemeinlande angewiesenen Grundstücken (im Gegensatz zu diesen heißen alle andere Ländereien agri arcifinii, vgl. die Abhandlung von Rudorff in Boecking Pand. I Anhang VIII.). Diese agri limitati konnten wegen ihrer Limitation nicht erweitert werden; es konnte daher bei ihnen eine Insel, welche neben ihnen in einem öffentlichen Flusse sich bildete, und ein verlassenes Flußbett nicht den Angrenzern zufallen; auch gehörten solche Inseln und Flußbette nicht dem Staate, weil es überhaupt ein Staatseigenthum an öffentlichen Flüssen nicht giebt; vielmehr waren sie, so weit sie an solche agri limitati angrenzten, herrenlos, konnten somit von Jedem durch Occupation erworben werden; D. de flumin. 43, 12 l. 1 § 6, 7, de domin. 41, 1 l. 16. Solche Limitationen kannte aber das justinianische Recht nicht mehr (Schrader ad Inst. II, 1 § 20), und auch bei uns besteht etwas ihnen Analoges nicht.

B. Der öffentliche Fluß als Ganzes. Aus dem Entwickelten ergiebt sich, daß von einem Eigenthum des Staats am Flusse nicht die Rede sein kann; namentlich läßt sich Das, was die Quellen über das freigewordene Flußbett und die Flußinseln bestimmen, mit einem solchen Eigenthum in keiner Weise vereinigen. Denn würde der Fluß im Eigenthum des Staats stehen: so müßten auch die Inseln und das verlassene Bett dem Staat gehören; nach dem unter Nr. III—V Ausgeführten aber gehören sie in keinem Falle dem Staat. — Der öffentliche Fluß ist in Niemandes Eigenthum und extra commercium, aber populus eo utitur, d. h. sein Gebrauch steht Jedem frei zum Schiffen, Baden, Waschen, Wasserholen, Viehtränken und Fischen, und in so fern ist er eine res totius populi, D. de fluminib. l. 1 pr. § 12, ne quid in flum. publ. 43, 13 l. 13 un., ut in flum. publ. 43, 14 l. un. I. de R. D. § 2. Dem Staate steht aber das Hoheitsrecht über die öffentlichen Flüsse zu, vermöge dessen er namentlich befugt ist, den Uferbau und die Schiffahrt und Flößerei auf dem Flusse zu überwachen und zu regeln (letztere auch mit Abgaben zu belegen, die aber nie höher sein sollten, als die auf den Fluß zu verwendenden Kosten betragen), ferner Koncessionen zu stehenden Bewässerungsanlagen und zur Anlegung von Fabriken, Mühlen u. dergl., die vom Fluß getrieben werden sollen, zu ertheilen (vgl. auch D. de fluminib. l. 2, de aqua quotid. 43, 20 l. 1 § 41—44, de S. P. R. 8, 3 l. 17), wobei er aber nie so weit gehen sollte, daß dadurch der gemeine Gebrauch des Flusses beeinträchtigt würde. Durch solche Koncessionen erlangt der Koncessionirte ein festes Privatrecht (vgl. auch v. Gerber Deutsches Privatrecht § 63 a. E.), welche wie andere Privilegien an seine Person oder bleibend an sein

Grundstück gebunden sein kann und nach Analogie der Servituten zu behandeln und zu beurtheilen ist; auch kann ein solches Recht durch unvordenkliche Verjährung erworben werden; D. de aq. quotid. l. 3 § 4. — Alles Dieses gilt auch bei uns gemeinrechtlich durchaus: denn das gemeine deutsche Recht hat hieran Nichts geändert, wie auch die herrschende Ansicht bei Civilisten und bei Germanisten (s. z. B. Eichhorn Deutsches Privatrecht § 267 f., v. Gerber Deutsches Privatrecht § 63, § 67 Nt. 5) zugiebt. Zwar waren in früheren Zeiten Viele der Meinung, nach deutschem Recht komme an den öffentlichen Flüssen dem Staate das Eigenthum zu. Allein es läßt sich keine gemeinrechtliche Quelle nachweisen, durch welche eine solche Behauptung begründet werden könnte, und wenn einige Neuere meinten, der öffentliche Fluß stehe zwar nicht im Privateigenthum des Staats, aber doch in einem öffentlichen Eigenthum desselben (z. B. C. G. Schwab im Archiv für civilistische Praxis XXX, Beil. Heft S. 54 f.): so ist dieses sog. öffentliche Eigenthum, bei dem das Wort Eigenthum gemißbraucht wird, nichts Anderes, als das oben bezeichnete Hoheitsrecht des Staats; vgl. auch Wappäus in der in Beilage I (A, II a. E.) angef. Schr. S. 76 f. — Nur bildeten sich in Deutschland häufig gewisse ausschließliche Nutzungsrechte des Staats an öffentlichen Flüssen, z. B. ein sog. Fischregal, vermöge dessen der Staat das ausschließliche Recht, in den öffentlichen Flüssen zu fischen, in Anspruch nimmt; die Ausübung desselben wird von ihm in der Regel an Einzelne verpachtet.

C. Das Recht der Alluvion und Avulsion (Arndts § 152, 153) wird von Vielen bloß auf öffentliche Flüsse bezogen, z. B. Schrader l. c., Puchta Inst. II § 242 nach Note x, Göschen Vorlesungen § 270, Keller Pand. § 41; allein sehr mit Unrecht. Denn es sind dies Eigenthumserwerbsfälle, die durch jedes fließende Wasser, auch wenn es im Privateigenthum steht, vermittelt werden können. Ich machte hierauf im Rechtslexikon I S. 21 wiederholt (vgl. Gesterding Archiv für civilistische Praxis III S. 68) aufmerksam; gegen Das aber, was ich dort sagte, macht Boecking Pand. § 152 Note 15 eine sonderbare Bemerkung, die ich mir nur dadurch erklären kann, daß er zu flüchtig las was ich sagte; denn in den Fällen, von denen ich spreche, handelt es sich gar nicht von einer Änderung des Wasserlaufs oder Wasserstandes.

Bewegliche und unbewegliche Sachen.

§ 61.

(Arndts § 50.)

Res mobiles oder moventes, bewegliche Sachen (Fahrnis, fahrende Habe, Mobilien) sind alle Sachen, die unbeschadet ihres Gehaltes und ihrer Form von einem Ort zum andern gebracht werden können; Sachen, bei denen dies nicht möglich ist, sind res immobiles (unbewegliche Sachen, res soli, solum, praedium, fundus, Grundstück, Liegenschaft, liegendes Gut, liegende Habe, Immobilie, auch Gut im engeren Sinn). — Unbeweglich sind Grund und Boden (die begrenzten Theile des Erdbodens) und Alles, was mit ihm als Theil zusammenhängt; namentlich Alles, was unter der Erdoberfläche von Natur sich befindet (oder durch die Natur sich mit ihr verband), so lange es mit dem Boden kohärirt; ferner Alles, was im Boden festgewachsen ist, nicht aber, was etwa in den Boden hineinge-

legt oder gesteckt ist, z. B. vergrabenes Geld[1]. Ferner gehört zum Grund und Boden die superficies, d. h. Alles, was über der Oberfläche des Bodens sich erhebt, wenn es entweder in organischer Verbindung mit demselben steht (z. B. ein angewachsener Baum) oder in einer auf andere Weise bewirkten bleibenden und festen Kohärenz (z. B. ein Haus, eine Mauer; nicht aber ein bloßes Schilderhaus, eine Marktbude ꝛc.)[2].

Die Eintheilung in Bewegliches und Unbewegliches bezieht sich nur auf Sachen, d. h. auf körperliche Dinge, weil nur sie einen Raum einnehmen; sie bezieht sich also nicht auf Rechte, ausgenommen das Eigenthumsrecht, weil dieses durch die Sache bezeichnet wird und mit ihr gleichsam koincidirt (Beilage unter Nr. IV). Indeß kann es doch vorkommen, daß in gewissen Verhältnissen ein Gesetz oder ein Disponent (z. B. ein Testirer) das gesammte aktive Vermögen in bewegliches und unbewegliches theilt, also auch die incorporalia unter die Eintheilung begreifen will, und dann entsteht die Frage, wohin in solchen Fällen die Rechte (außer dem Eigenthum) zu zählen seien. Darüber s. die Beilage unter Nr. V.

Beilage. Viele, namentlich Ältere, unterscheiden neben den Sachen, welche von Natur unbeweglich sind, noch sog. res civiliter immobiles. Es sollen dies Sachen sein, die zwar an sich und ihrer Natur nach beweglich sind, aber in Rechtsverhältnissen als unbeweglich behandelt werden. — Allein es ist richtiger, eine solche Unterscheidung gar nicht zu machen. Denn theils wird sie auf Verhältnisse angewendet, auf welche sie nicht anwendbar ist (auf bewegliche Pertinenzen eines Grundstücks), theils schreibt sie etwas ganz in der Natur der Sache Liegendes einer bloßen juristischen Fiktion zu (s. nachher Nr. II), theils bezeichnet sie gewisse rechtliche Verhältnisse in einer viel zu weit gehenden und daher irreführenden Weise (s. nachher Nr. III).

II. Wenn Sachen, die an und für sich genommen beweglich sein würden, mit einer unbeweglichen Sache so verbunden sind oder werden, daß sie einen Theil der unbeweglichen Sache bilden, wie z. B. die Balken eines Hauses, der im Boden wurzelnde Baum, die am Baume hängenden Früchte: so gehören sie zu den unbeweglichen Sachen, solange jene Verbindung dauert. Sie sind aber während jener Verbindung nicht bloß vermöge einer juristischen Fiktion unbeweglich (sie sind nicht bloß sog. civiliter immobiles); denn es liegt in der Natur der Sache, daß ein Theil des Unbeweglichen, so lange er dies ist, in die Kategorie des Unbeweglichen fallen muß. Sobald aber solche Sachen von der unbeweglichen Sache getrennt werden, treten sie nun natürlich in die Kategorie der beweglichen Sachen. Rechtsgeschäfte daher, welche über solche Sachen für den Fall geschlossen werden, daß sie von der unbeweglichen Sache getrennt würden, sind Rechtsgeschäfte über bewegliche Sachen; z. B. wenn Jemand

[1] D. sol. matr. 24, 3 l. 7 § 13, l. 14 § 8; quod vi aut clam 43, 24 l. 11 pr.

[2] I. de rer. div. 2, 1 § 29—31; D. de adq. rer. dominio 41, 1 l. 28, l. 60. Arndts § 50 Anm. 1. — Über den Luftraum über einem Grundstück s. oben § 60 Lit. C I 2. Über die sog. res civiliter immobiles s. unten die Beilage.

eine Quantität Waldbäume zum Fällen, das Obst auf dem Baume, die Frucht auf dem Halme verkauft: so ist dies ein Vertrag über bewegliche Sachen, weil in demselben vorausgesetzt wird, daß jene Sachen mobilisirt werden sollen.

III. Von deutschen Partikularrechten wird mitunter bei gewissen Rechtsverhältnissen eine Bestimmung über unbewegliche Sachen auch auf bewegliche Sachen oder auch auf gewisse dingliche Rechte an fremden Sachen erstreckt, und dann nennen Viele die letzteren Gegenstände res civiliter immobiles. Allein diese Bezeichnung ist viel zu weit, weil die Gleichstellung keineswegs eine durchaus allgemeine, auf alle Rechtsverhältnisse sich beziehende, sondern nur auf gewisse Rechtsverhältnisse beschränkt ist. Es ist deßhalb richtiger, in solchen Fällen zu sagen, daß in gewissen Verhältnissen eine Rechtsnorm, die für unbewegliche Sachen gegeben ist, auch auf gewisse bewegliche Sachen oder auf gewisse iura in re ausgedehnt worden sei.

IV. Das Prädikat der Beweglichkeit oder Unbeweglichkeit kann man natürlich nur auf Dinge anwenden, welche einen Raum einnehmen, also nur auf Sachen (d. h. körperliche Dinge), nicht auch auf Rechte; nur versteht es sich von selbst, daß, wenn man von beweglichen oder unbeweglichen Sachen als Theilen eines Vermögens spricht, durch die Sachen das Eigenthumsrecht bezeichnet wird, weil das rechtliche Haben der Sache eben das Eigenthum ist, und in so fern kann man von beweglichem und unbeweglichem Eigenthum sprechen. Wenn daher Jemand über seine beweglichen Dinge oder über seine unbeweglichen disponirt oder ein Gesetz über solche Dinge eine Norm festsetzt: so ist dies im Zweifel stets nur auf körperliche Dinge anzuwenden, und ebenso ist es zu halten, wenn über Das disponirt wird, was an einem gewissen Orte sich befindet, z. B. Jemand mir Das vermacht, was in seiner Wohnung sich finden werde; D. legat. II, 31 l. 86 pr.

V. Indessen ist es doch bisweilen nothwendig, alle Vermögensrechte einer Person unter die Kategorie von beweglichen und unbeweglichen Dingen zu bringen, wenn nämlich in einem Gesetz oder in einem Rechtsgeschäft das gesammte Vermögen einer Person in bewegliche und unbewegliche Dinge getheilt und für erstere etwas Anderes als für die letzteren festgesetzt wird, z. B. wenn Jemand in seinem letzten Willen bestimmt, seine beiden Erben A. und B. sollen sein gesammtes Vermögen so theilen, daß A. alles bewegliche, B. alles unbewegliche Vermögen bekommen soll. Hier muß man nach folgenden Grundsätzen verfahren:

1. Auf den unmittelbaren Gegenstand der dinglichen Rechte ist das Prädikat der Beweglichkeit oder Unbeweglichkeit anwendbar; denn sie haben unmittelbar eine Sache zum Gegenstande, über die sie eine gewisse rechtliche Herrschaft gewähren. Es ist daher am natürlichsten, in jenen Fällen die dinglichen Rechte (so weit nicht Nr. 3 eine Ausnahme macht) nach der Qualität der Sache, gegen welche sie gerichtet sind, zu klassificiren. Hiernach sind dingliche Rechte an beweglichen Sachen zu dem beweglichen Vermögen, dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen zu dem unbeweglichen Vermögen zu zählen. Dieses gilt auch von den deutschrechtlichen Reallasten, z. B. dem Rechte auf Zehnten, Grundzinsen 2c., obwohl vermöge derselben bewegliche Sachen zu leisten sind; denn die Reallast an sich bildet eine unmittelbar auf einer unbeweglichen Sache ruhende bleibende Last, das ihr entsprechende Recht geht daher unmittelbar gegen das belastete Grundstück und ist daher, eben weil bei ihm das Objekt der rechtlichen Herrschaft ein Grundstück ist, in den genannten Fällen zu den unbeweglichen Rechten zu zählen (Clement. de V. S. 5, 11 clem. 1 i. d. M.); Letzteres gilt aber nur von dem dinglichen Rechte der Reallast an sich, nicht von dem Rechte auf eine einzelne bereits verfallene Leistung; dieses ist, da der Gegenstand der Leistung in beweglichen Sachen besteht, zu dem beweglichen Vermögen zu zählen.

2. Auf den Gegenstand der Forderungen-Rechte ist das Prädikat der Beweglichkeit oder Unbeweglichkeit an sich nicht anwendbar. Zwar wollen Viele in jenen Fällen die Forderungen-Rechte durchaus zum beweglichen Vermögen zählen, weil sie unmittelbar gegen eine Person gehen und die Personen beweglich seien und ihren Wohnsitz nach Belieben ändern können (s. z. B. Voët Comm. in

Pand. I, 8 § 21: daß auch die Praxis dieser Ansicht sei, wie Manche, z. B. Kierulff Civilr. S. 323 behaupten, läßt sich nicht nachweisen). Allein abgesehen davon, daß es auch Personen giebt, auf welche das Prädikat der Beweglichkeit nicht anwendbar ist, z. B. der Staat, eine Stadt: so ist der unmittelbare Gegenstand eines Forderungsrechts nicht eigentlich die Person, sondern der Wille und die Handlung der verpflichteten Person, die sich vermöge unseres persönlichen Rechts zu einem Thun oder Lassen bestimmen, uns Etwas leisten soll; auf Wille und Handlung aber ist der Begriff des Beweglichen oder Unbeweglichen nicht anwendbar. Man wird daher die Frage in solchen Fällen nach der wahrscheinlichen Absicht des Disponenten entscheiden müssen; dieser wird aber in der Regel bei einer Forderung das praktische Moment, Das, was man durch die Forderung bekommen soll, den Inhalt der Leistung des Verpflichteten im Auge haben; wenn daher die Forderung auf die Leistung eines Grundstücks geht: so ist eine solche Forderung im Zweifel und wenn nicht aus dem Inhalt der Disposition eine andere Absicht entschieden sich nachweisen läßt, zum unbeweglichen Vermögen, jede andere Forderung aber zum beweglichen zu zählen. Wenn z. B. ein Vater in seinem Testamente bestimmt, daß seine Tochter sich mit seinem beweglichen Vermögen begnügen, seinen Söhnen dagegen das unbewegliche zufallen soll: so wird er gewiß ein Haus, das er gekauft, aber noch nicht übergeben erhalten hatte, das er also noch nicht im Eigenthum, sondern bloß vermöge seines persönlichen Rechts aus dem Kaufe vom Verkäufer zu fordern hat, nicht zu seinem beweglichen Vermögen gezählt haben, das der Tochter zufallen soll. Der richtigen Ansicht sind nicht nur viele Theoretiker, sondern auch viele ältere und neuere Praktiker, besonders mit Berufung auf D. de R. I. 50, 17 l. 15, de V. S. 50, 16 l. 143.

3. Rechte, welche bloß unselbstständige Nebenrechte eines anderen Rechts bilden, müssen sich nach der Natur des Hauptrechts bestimmen, wenn es sich von einer Disposition handelt, nach welcher das unbewegliche Vermögen der einen, das bewegliche Vermögen der andern Person zufallen soll. Wenn daher zu dem Vermögen eine Geldforderung gehört, für welche ein Pfandrecht an einem Grundstück bestellt worden ist: so fällt das Pfandrecht, obwohl sein unmittelbarer Gegenstand eine unbewegliche Sache ist, doch Demjenigen zu, dem das Hauptrecht, die Geldforderung, also das bewegliche Vermögen zugedacht ist.

Vertretbarkeit der Sachen.

§ 62.

(Arndts § 51.)

Diese Qualität der Sachen ist im Obligationenrecht von besonderer Bedeutung. Wenn nämlich vermöge einer Obligation Sachen zu leisten sind, so versteht es sich von selbst, daß der Gläubiger eben nur die Sachen fordern kann, der Schuldner nur die zu leisten hat und leisten darf, welche wirklich geschuldet werden. Diese Sachen können aber in sehr verschiedener Weise bezeichnet sein, bald generell, bald ganz konkret, und darauf bezieht sich folgende Unterscheidung:

I. Es kann sein, daß die zu leistenden Sachen konkret oder individuell bestimmt sind, so daß nur die konkret bezeichneten Sachen (die individuell bestimmten Stücke) gefordert werden können und geschuldet

werden; z. B. leihe ich Jemandem meine Uhr oder mein Pferd zum Gebrauche, so schuldet er mir nichts Anderes, als gerade die konkrete Uhr, die ich ihm gab, und das konkrete Pferd, das ich ihm lieh. Seine Verbindlichkeit (und mein Zurückforderungsrecht) ist auf diese konkreten Stücke beschränkt; ich kann nichts Anderes fordern, er hat nichts Anderes zurückzugeben, muß aber gerade diese Stücke zurückgeben und darf ihnen nicht andere, wenn auch weit bessere, substituiren. Solche konkret bestimmte Sachen nennt das römische Recht species (auch corpus im engern Sinn oder certum corpus)[1]. Wir nennen sie auch species oder bestimmte, konkrete, konkret bestimmte, nicht vertretbare Sachen, res non fungibiles.

II. Sehr häufig sind die zu leistenden Sachen bloß nach Gattungsmerkmalen bestimmt, genus im weitern Sinn oder generell bezeichnete, generische Sachen, Gattungssachen oder vertretbare Sachen, sog. res fungibiles. In einem solchen Falle kann der Schuldner die zu leistenden Sachen innerhalb der bezeichneten Gattung frei wählen; er schuldet beliebige Stücke, nur müssen sie zur bezeichneten Gattung gehören und in der gehörigen Qualität und Quantität gegeben werden; hier hat der Schuldner nicht certa corpora oder species zu leisten, er ist nur tantundem schuldig, d. h. eben so viel Sachen von gleicher Güte, wobei er aber die einzelnen Stücke nach Belieben wählen kann. Solche Sachen können daher, wenn sie geschuldet werden, durch jedes beliebige Stück der bezeichneten Gattung und Güte vertreten werden und deßhalb nennen wir sie Gattungssachen im weiteren Sinn oder vertretbare Sachen, eine Benennung, die sehr bezeichnend ist und mit Unrecht von Einigen (z. B. Savigny) verworfen wird.[2] Die Römer bezeichnen sie durch genus im engern Sinn, auch durch res quae in genere suo functionem recipiunt, und daraus machten wir: fungibiles res.

III. Wenn nun Sachen geschuldet werden, so entsteht die Frage: schuldet man sie als vertretbare oder als nicht vertretbare? Hierüber entscheiden folgende ganz natürliche Grundsätze:

1) Es giebt viele Sachen, bei denen die Vertretbarkeit sich ganz

[1] D. de reb. cred. 12, 1 l. 2 pr.; de legatis I 30 l. 51.

[2] Vgl. Arndts § 51 Anm. 1. — Minder gut ist die von manchen Neueren gebrauchte Bezeichnung: Quantitäten, Quantitätssachen. Es können ja auch Sachen, welche nicht Quantitäten sind, durch Bestimmung der Disponenten für vertretbar erklärt werden.

von selbst versteht, auch ohne daß etwas Besonderes von den Betheiligten festgesetzt wird. Es sind dies die Sachen, bei denen sich in der Regel an konkrete Stücke ein besonderes Interesse nicht knüpft, sondern nur an die Summe und Gattung, es also gleichgültig ist, welche einzelne Stücke man bekommt, wenn nur Stücke der schuldigen Qualität und Quantität geleistet werden. Das Interesse an den einzelnen Stücken kann hier durch andere gleichartige Stücke vollständig ersetzt werden. Diese Natur haben diejenigen beweglichen Sachen, welche im Verkehr gewöhnlich nach Gewicht oder Maß oder Zahl bestimmt werden und so als Quantitäten Gegenstand des Verkehrs sind, wie z. B. Geld, Getreide, Obst, Steinkohlen, Bretter, Ziegel, Bauholz, Nägel, Nadeln ꝛc. Diese Sachen sind von Natur vertretbar, wenn sie Gegenstand eines Rechtsverhältnisses werden. Die Römer bezeichnen sie durch quantitates oder (umschreibend) durch res quae pondere, numero, mensura constant[3].

2) Alle anderen Sachen sind von Natur nicht vertretbar, da sie als Individuen Werth für sich haben; sie kommen deßhalb als konkrete Einzelheiten, als Individuen in Betracht. Wird z. B. über ein Grundstück kontrahirt oder einen Rock, ein Pferd ꝛc., so beschränkt sich die Obligation auf die konkreten Stücke, die species, von denen die Rede ist; es können ihnen nicht andere beliebig substituirt werden[4].

3) Das (unter Nr. 1 u. 2) Gesagte gilt aber nur als Regel und im Zweifel; es ist bloß eine ergänzende Norm (im Sinne von § 20), d. h. die Partieen können bei einem konkreten Rechtsverhältnisse andere Bestimmungen über die Vertretbarkeit des Gegenstandes treffen, z. B. festsetzen, daß Sachen, welche an sich vertretbar sind, im vorliegenden Falle nicht als vertretbar behandelt werden sollen oder umgekehrt. Das unter Nr. 1 und 2 Gesagte kommt nur zur Anwendung, wenn sie nichts Anderes bestimmen. S. darüber und über den Begriff von genus die Beilage.

Beilage. Der Grundsatz, daß, wenn man vermöge eines persönlichen Rechts Sachen zu fordern hat, diejenigen Sachen, welche nach Zahl, Gewicht oder Maß bestimmt zu werden und so nur als Quantitäten Gegenstand des Verkehrs zu sein pflegen, als vertretbare gelten, daß dagegen alle andere Sachen, weil sie als Individuen Werth für sich und nicht bloß ein generisches Interesse haben, nicht vertretbar (Species) sind, ist für die Partieen keine bindende, sondern nur eine ihren Willen ergänzende Norm, tritt also bloß

[3] D. de legat. I 30 l. 34 § 3 u. 6. — Arndts l. c. Anm. 1.
[4] D. de reb. cred. 12, 1 l. 2 § 1 a. E.

dann ein, wenn sie bei dem betreffenden konkreten Rechtsverhältnisse nicht etwas Anderes festsetzen. Hiernach können die Betheiligten für ein konkretes Rechtsverhältnis (bei einem Vertrag die Paciscenten durch Vereinbarung, bei einem Vermächtnis der Erblasser im letzten Willen) bindend festsetzen:

1. daß Sachen, welche an sich, ihrer Natur nach, in der Regel zu den vertretbaren gehören, im vorliegenden konkreten Falle als nicht vertretbar, als Species behandelt werden sollen; z. B. wenn ich Jemandem eine Summe Geldes zum Aufbewahren gebe (so daß er mir dieselben Stücke, die ich ihm gab, seiner Zeit zurückerstatten solle), oder wenn mir Jemand das Geld, welches zur Zeit seines Todes gerade in seiner Kasse liege, vermacht: so geht in diesen Fällen mein Recht lediglich auf Leistung der hinterlegten oder der in der Kasse des Erblassers befindlichen Geldstücke (auf certos numos oder corpora numorum im Gegensatz zur pecunia numerata, dem Gelde als allgemeinem Tauschmittel, als Quantität), und der Schuldner darf denselben nicht andere, wenn auch gleich gute, substituiren; die Sachen sind also in diesen Fällen nicht vertretbar; D. de legat. I, 30 l. 51, vgl. auch l. 30 § 6 l. 34 § 4 eod., de V. O. 45, 1 l. 37 (nach dieser Stelle trägt in solchen Fällen der Gläubiger die Gefahr der geschuldeten Sache, weil es sich von einer Species handelt, vgl. Arndts § 274).

2. daß Sachen, welche an sich Individualinteresse haben, also an sich nicht zu den vertretbaren gehören, im vorliegenden konkreten Falle als vertretbar behandelt werden sollen. Z. B. Jemand überläßt mir von seiner Herde ein Dutzend Schafe in der Weise, daß ich ihm nach einem Jahre nicht gerade die gleichen Stücke, sondern nur eben so viel Schafe von gleicher Güte zurück geben soll, oder es vermacht mir Jemand ein Pferd, aber nicht ein individuell bestimmtes, sondern er giebt seinem Erben auf, mir ein gut dressirtes fünfjähriges Reitpferd im Werthe von 600—1000 M. zu kaufen, oder ich verspreche Jemandem eine gleiche Jagdflinte, wie die meinige ist. Hier ist das zu leistende Objekt noch durch Wahl zu bestimmen und diese Wahl innerhalb der bezeichneten Gattung frei, dasselbe somit innerhalb derselben durch jedes gleichartige Individuum vertretbar; D. de V. O. 45, 1 l. 117, de legat. I. l. 37 pr. l. 110. Solche Sachen, welche an sich nicht vertretbar, aber im konkreten Falle nach Bestimmung der Partieen als vertretbare zu behandeln sind, bezeichnen die römischen Quellen durch genus im engeren und eigentlichen Sinne; sie sind Gattungssachen im engeren Sinne (im Gegensatz zu den an sich vertretbaren Sachen, den Quantitäten); die Obligation, vermöge deren man solche Sachen zu fordern hat, ist eine generische, das Vermächtnis solcher Sachen ein generisches; z. B. ein legatum generis ist das eben angeführte Vermächtnis eines bloß der Gattung nach bestimmten Pferdes (wenn dagegen Jemand 1000 M. oder einen Eimer Wein oder 10 Scheffel Korn vermacht: so ist es ein legatum quantitatis); s. die angeführten Stellen und Arndts § 574, 571; auch bezeichnen die Quellen solche Sachen mitunter durch res incertae (Sachen die nicht individuell bestimmt sind) D. de V. O. l. 85 § 4, ad l. Falc. 35, 2 l. 30 § 5. — Im weiteren Sinn aber begreift man unter Gattungssachen überhaupt Sachen, die nicht konkret bestimmt sind, also auch die Quantitäten an sich vertretbarer Sachen, und unter generischer Obligation jede Obligation auf Leistung von nicht individuell bestimmten, sondern nur nach Gattungsmerkmalen bezeichneten Gegenständen.

3. Auch können die Partieen der Vertretbarkeit des zu leistenden Gegenstandes eine gewisse Grenze setzen, auf welche sich dann das Recht des Gläubigers und die Verbindlichkeit des Schuldners beschränkt, und zwar a. im Falle von Nr. 2 so, daß sie einer an sich nicht vertretbaren Sache im konkreten Falle die Eigenschaft einer vertretbaren beilegen, aber nur in einem bestimmten Umfange, z. B. wenn ich Jemandem eines der Pferde, die ich im Stalle habe, zu leisten verspreche; hier ist das einzelne Stück, das ich zu leisten habe, vertretbar, aber nur innerhalb des bezeichneten beschränkten Kreises, d. h. ich kann ein beliebiges Stück geben, aber nur von denen, die ich im Stalle habe, und ich bin keinesfalls schuldig, ein anderes Stück als eines von diesen zu geben;

oder b. so, daß sie bei an sich vertretbaren Sachen die Vertretbarkeit auf eine individuell oder konkret bestimmte Klasse von Sachen beschränken, innerhalb welcher sie allein stattfinden soll; z. B. wenn ich Jemandem von dem Hafer, den ich gerade auf meinem Boden habe, 10 Scheffel verspreche; hier kann ich beliebigen Hafer nach meiner Wahl nehmen, aber bloß aus jenem auf meinem Boden befindlichen Vorrath; mein Recht, wie meine Verbindlichkeit ist auf jenen Hafer beschränkt, aber innerhalb desselben meine Wahl frei.

Viele rechnen die Gattungssachen und die Quantitäten zu den unkörperlichen Dingen. Allein dies ist unrichtig. Eine Quantität als solche existirt allerdings nur im Begriffe und die bloß nach Maß und Gattung bezeichneten Sachen sind vorerst etwas mehr oder weniger Unbestimmtes: allein durch eine Quantität von Sachen (z. B. 1000 M., eine Klafter Holz ꝛc.) will man doch bloß einen Inbegriff von körperlichen Dingen bezeichnen, der nur nach Zahl, Maß u. s. w. näher bestimmt wird, und ebenso sind die Gattungssachen (oben Nr. 2) körperliche Dinge, nur daß sie erst noch ausgewählt und dadurch als Gegenstände eines Rechtsverhältnisses näher bestimmt und fixirt werden sollen. Hat man daher eine Quantität oder ein genus zu fordern: so ist zwar das Recht auf den Gegenstand, wie jedes Forderungsrecht, etwas Unkörperliches; aber Das, was zu leisten ist, sind lauter körperliche Dinge. Damit stimmen auch die Quellen überein, s. z. B. I. de reb. incorp. 2, 2 § 2. Nicht entgegen ist, daß sie die quantitates den corpora entgegensetzen; denn hier bezeichnet dann corpus oder certum corpus nicht das Körperliche im Gegensatze zum Unkörperlichen, sondern das speciell Bestimmte, nicht Vertretbare im Gegensatz zum Vertretbaren, z. B. D. de legat. I, 30 l. 34 § 3—6, ad. l. Falc. 35, 2 l. 1 § 7.

Verbrauchbare Sachen.

§ 63.

(Arndts § 52.)

Der Begriff von verbrauchbaren oder verzehrbaren Sachen wird häufig ungenau und in einer Weise gegeben, welche zu unrichtigen Anwendungen führen würde. Es giebt nämlich gewisse bewegliche Sachen, welche durch den ordnungsmäßigen (d. h. in der Bestimmung der Sache liegenden) einmaligen Gebrauch in ihrer Art vernichtet oder aufgezehrt werden, sei es ganz, z. B. wenn der Wein getrunken wird, oder theilweise, d. h. so weit eben der einmalige Gebrauch ausgedehnt wurde, z. B. wenn ein Licht angezündet wird und zur Hälfte abbrennt (Letzteres bemerke ich wegen einer Einwendung, welche gegen meine Definition der verbrauchbaren Sachen in Meinem Württembergischen Privatrecht II S. 218 von Unger Östreichisches Privatrecht § 19 Note 2, der aber sonst mir hier im Wesentlichen folgt, gemacht wird, indem er mich offenbar mißverstand). Hierher gehören z. B. alle zum Essen und Trinken bestimmte Sachen, ferner Taback, Lichter, Brennholz, Salben u. dergl. und auch das Geld, weil es als solches lediglich zum Ausgeben bestimmt ist, das Weggeben aber und Veräußern einer Sache für den Weggebenden ein Verbrauchen derselben ist. Solche Sachen sind verzehrbare und verbrauchbare, oder, wie die römischen Quellen sie bezeichnen, res quae usu consumuntur, tolluntur, vel minuuntur oder quae in absumtione sunt oder in abusu consistunt; D. de usufr. ear. rer. 7, 5 l. 1 l. 5 § 1, 2 l. 7, l. 11, commodati 13, 6 l. 3 § 6. I. de usufr. 2, 4 § 2. Wohl zu beachten ist aber, daß die bloße Abnutzbarkeit einer Sache sie nicht zu einer verbrauchbaren macht; denn abgesehen davon, daß dann beinahe alle beweglichen Sachen, ja sogar auch Häuser, in die Kategorie der verbrauchbaren Sachen fallen würden, weil bei langem Gebrauch beinahe jede Sache der Abnutzung unterworfen ist: so ist ja ein bloßes Abnutzen noch keineswegs ein Vernichten und Aufzehren, und die Beispiele,

welche die Quellen von den res, quae usu tolluntur vel minuuntur anführen, schließen (wenn man eine Institutionenstelle über die Kleider ausnimmt, s. unten) durchaus die bloß abnutzbaren Sachen aus; s. D. de usufr. ear. rer. l. 7 l. 11. Auch die größere oder geringere Abnutzbarkeit kann nicht entscheiden; denn wenn man davon den Begriff der Verbrauchbarkeit abhängig machen wollte: so würde er ein ganz unfixirbarer und schon deßhalb unbrauchbarer sein, da man nicht wüßte, wo man die Grenze zwischen dem Mehr oder Weniger zu setzen hätte. Auch kommt es, was das entscheidende Moment ist, bei denjenigen Rechtsverhältnissen und Rechtsfragen, bei welchen die Verbrauchbarkeit der Sachen von praktischer Bedeutung ist, auf das bloße Abnutzen nicht an. Diese praktische Bedeutung liegt nämlich darin, daß wenn eine verbrauchbare Sache Gegenstand eines solchen Rechtsverhältnisses ist, bei welchem der Empfänger das Empfangene seiner Zeit wieder zurückerstatten soll, also die Sache ihm zum Gebrauch überlassen wird, im Zweifel, d. h. wenn die Partieen nichts Anderes festsetzen (s. S. 291), aus der Natur des Gegenstandes als eines verzehrbaren zu entnehmen ist, daß der Gebrauch im Verzehren bestehen solle, der Empfänger also die Sache verzehren dürfe, sie somit ins Eigenthum bekommen soll und daher seiner Zeit nicht die Sachen, welche er empfing, sondern nur tantundem, d. h. eben so viele andere Sachen gleicher Gattung und Güte zurückzuerstatten hat, daß dagegen, wenn die Sache nicht durch den ordnungsmäßigen einmaligen Gebrauch ganz oder theilweise vernichtet wird, also nicht schon ihre Bestimmung in dem Verzehrtwerden liegt, jene Absicht nicht anzunehmen ist, vielmehr der Empfänger bloß das Recht bekommt, die Sache ordnungsmäßig zu gebrauchen, aber nach gemachtem Gebrauche dieselbe Sache (species) zurückzugeben (also auch für die ordnungsmäßige Abnutzung nicht einzustehen) hat. Hiernach können bloß abnutzbare Sachen, z. B. ein Fußteppich, ein Taschentuch, ein Vorhang, Sopha, Stühle, Kleider, Hüte ꝛc., nicht zu den an sich verbrauchbaren gehören; denn wenn ich Jemandem einen Stuhl oder einen Hut oder mein Taschentuch zum Gebrauche überlasse: so ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß ich sie ihm zum Verzehren und Verbrauchen, sondern bloß, daß ich sie ihm zum Gebrauchen geben wollte. Auf diese Weise entscheiden die Quellen namentlich auch in Betreff der Kleider, D. de usufr. 7, 1 l. 15 § 4, 5, usufr. quemadm. 7, 9 l. 9 § 3, commod. 13, 6 l. 5 § 8 a. E. Zwar rechnet Justinian in I. de usufr. 2, 4 § 2 beim Quasinießbrauch die Kleider zu den Sachen, an welchen der Nießbrauch bloß ein Quasinießbrauch sein soll, wendet also bei diesem Rechtsverhältnisse die Grundsätze, welche von verbrauchbaren Sachen gelten, auf sie an, und darauf stützten Manche die Ausdehnung des Begriffs der verbrauchbaren Sachen auf bloß abnutzbare. Allein keinesfalls könnte bloß das Moment der Abnutzbarkeit die Kleider zu verbrauchbaren Sachen machen; denn diesem stehen die anderen angeführten Stellen aufs Entschiedenste entgegen; auch müßte man dann noch viele andere Sachen, welche von den Quellen entschieden nicht zu den verbrauchbaren gezählt werden, dazu rechnen, und endlich behandeln ja die Institutionen selbst in anderen Rechtsverhältnissen (de loc. 3, 24 § 5) die Kleider als nicht verbrauchbare Sachen.

Das Resultat ist daher, daß bloß abnutzbare Sachen, namentlich auch Kleider, nicht zu den verbrauchbaren Sachen gehören, und daß bloß darüber eine Antinomie besteht, ob nicht ausnahmsweise beim Nießbrauch (aber bloß bei diesem) auf Kleider die Grundsätze von den verbrauchbaren Sachen anzuwenden seien, indem die Institutionen dies allgemein bejahen, die Pandekten es allgemein verneinen (l. 15 § 4, 5, l. 9 § 3 cit.). Es wurden schon die verschiedensten Versuche gemacht, diesen Widerspruch zu heben (s. Glück Pandekten IX S. 392—404 und besonders von Madai Beiträge zur Dogmengeschichte des Civilrechts 1839 S. 147—173). Allein sie sind sämmtlich unhaltbar; z. B. es komme auf die Art der Bestellung des Nießbrauchs an, d. h. wenn der Besteller festsetze, daß die Kleider als verbrauchbare behandelt werden, also in Quasinießbrauch gegeben sein sollen: so seien die Grundsätze der verbrauchbaren Sachen auf sie anzuwenden, z. B. Galvanus de usufructu Kap. III § 6, Göschen

Vorlesungen § 296, Arndts § 181 a. E. (allein dies versteht sich ganz von selbst; die Partieen können bestimmen, daß eine an sich nicht verbrauchbare Sache, z. B. auch Ochsen, Schafe, in ihrem konkreten Rechtsverhältnisse nach den Grundsätzen der verbrauchbaren behandelt werden sollen, davon aber sprechen die Quellen nicht, sondern davon, was gelten soll, wenn die Partieen Nichts darüber bestimmten) — oder man müsse nach der Art (?) der vestimenta bald einen wahren, bald einen Quasinießbrauch annehmen, z. B. Puchta Pand. und Vorlesungen § 182, oder wie manche Glossatoren, es sei dies nach der Dauerhaftigkeit der Kleider zu entscheiden, oder noch konkreter, wie manche Spätere meinten (nicht, wie man häufig sagt, die Glosse), man müsse annehmen, die Pandekten sprechen von Sonntags-, die Institutionen von Werktagskleidern (allein die Quellen unterscheiden nicht, und lege non distinguente nec nostrum est distinguere), oder man müsse annehmen, in den Institutionen stehe das Wort vestimenta bloß aus einem Versehen des Gesetzgebers und sei daher zu streichen (dies ist ein willkürliches, unzulässiges Verfahren). — Allerdings würde es sich legislativ rechtfertigen, bei einem Nießbrauche (der in der Regel bis an den Tod des Nießbrauchers dauert) ausnahmsweise auf Kleider die Grundsätze des Quasinießbrauches (der verzehrbaren Sachen) anzuwenden, weil doch in der Regel während eines solchen Nießbrauches ein Kleid bis zur Unscheinbarkeit abgenutzt werden wird, und weil ein Kleid, das ein Dritter, sei es auch ohne besondere Abnutzung, getragen hat, ein Anderer nicht gerne wieder tragen wird, und dies bestimmte wohl auch die Verfasser der Institutionen, in § 2 cit. die vestimenta zu den Gegenständen des Quasinießbrauchs zu zählen. Allein die Pandektenstellen sagen so entschieden das Gegentheil, daß hier (da Pandekten und Institutionen einander gleichstehen) der in § 24 Nr. VI angeführte Grundsatz eintreten muß, also die Frage (beim Nießbrauch an Kleidern) so zu entscheiden ist, als ob Pandekten und Institutionen gar Nichts darüber sagten (mit Unrecht wollen Manche, z. B. Madai a. a. O. S. 174 f. den Institutionen hier den Vorzug geben). Da nun Kleider an sich zu den verbrauchbaren Sachen nicht gehören und dies bei anderen Rechtsverhältnissen in den Institutionen und Pandekten übereinstimmend anerkannt wird: so müssen wir sie auch bei einem Nießbrauch als nicht verbrauchbar behandeln, also auf sie die Grundsätze von dem wahren Nießbrauch, nicht vom Quasinießbrauch anwenden, vorausgesetzt, daß die Partieen nicht etwas Anderes festsetzten. — Übrigens können im konkreten Falle auch verbrauchbare Sachen zu einem Zwecke gegeben sein, zu welchem sie bloß gebraucht, aber nicht verbraucht werden sollen; dann sind sie, wenn Dieses die Partieen beabsichtigten, als nicht verbrauchbar zu behandeln, dürfen also nicht aufgezehrt werden; D. commodati 13, 6 l. 3 § 6 l. 4.

Was das Verhältnis der verbrauchbaren Sachen zu den fungibeln (§ 62) betrifft: so sind 1) die verbrauchbaren Sachen ihrer Natur nach auch fungibel. Aber eine verbrauchbare Sache kann auch specialisirt werden, wie es bei einer an sich fungiblen Sache geschehen kann (D. commodat. l. c.); z. B. habe ich das konkrete Faß Wein, das in meinem Keller liegt, an N. um 300 M. verkauft, so habe ich eine verbrauchbare Sache verkauft, aber nicht eine fungible; denn ich schulde bloß den konkreten Wein, der im Faß ist (darf ihm keinen andern substituiren); 2) die an sich vertretbaren Sachen aber sind zwar ihrer Natur nach meist auch verbrauchbar, aber nicht alle sind es; z. B. Nägel, Dachziegel, Bretter, Stecknadeln ꝛc. sind an sich vertretbar, werden aber durch den einmaligen ordnungsmäßigen Gebrauch nicht aufgezehrt; aber wenn sie Gegenstand eines Rechtsverhältnisses sind; so werden solche Sachen meist zum Verwenden und Verbrauchen gegeben, sei es zum Veräußern und Weggeben, sei es zum Verwenden in eine andere Sache, so daß sie gleichsam in dieser aufgehen, wie z. B. Ziegel, Bausteine und Dielen zum Verbauen: so fern sie daher diese Bestimmung haben, sind sie als verbrauchbar zu behandeln. Deßhalb wird in D. de usufr. 7, 1 l. 15 § 4 der ususfructus quantitatis (fungibler Sachen) als Quasinießbrauch, d. h. als ein Nießbrauch von verbrauchbaren Sachen behandelt.

Theilbarkeit der Sachen.

§ 64.

(Arndts § 53.)

In Betreff der Theilbarkeit[1] muß man unterscheiden:

I. Die natürliche oder reale Theilung. In rein physischer Beziehung ist Theilung einer Sache die Zerlegung derselben in mehrere, äußerlich geschiedene, körperliche Theile. In diesem Sinn ist jede Sache physisch oder real theilbar. Allein eine solche Theilung ist häufig nicht in Wahrheit eine natürliche Theilung, sondern eine Zerstörung der Sache (z. B. wenn ich ein Gemälde oder ein lebendes Pferd zerlege). Eine natürliche oder reale Theilung, welche wirklich bloß Theilung ist und nicht in einer Zerstörung der Sache ihrer Substanz oder ihrem Werthe nach besteht, ist nur dann vorhanden, wenn eine Sache ohne Zerstörung ihres Werthes und ohne wesentliche Minderung ihres Werthes in Theile so zerlegt wird, daß jeder Theil im Kleinen Dasselbe ist, was das Ganze im Großen war, und alle Theile mit einander trotz der Theilung den Werth des Ganzen wieder repräsentiren. Sachen, bei denen eine solche Theilung möglich ist[2], sind natürlich oder real theilbar (res naturaliter dividuae). — Natürlich untheilbar (naturaliter individua oder indivisa) ist eine Sache, bei welcher eine solche Theilung nicht möglich ist, die also durch Theilung in ihrem Wesen zerstört oder in ihrem Werth wesentlich gemindert würde[3]. Natürlich oder real theilbar sind hiernach in der Regel alle Grundstücke, z. B. leere Plätze, Wiesen, Äcker, Gärten ꝛc. durch Ziehen einer Grenze; auch ein Haus z. B. mittels Durchziehens einer Wand[4]; ferner solche bewegliche Sachen, die bloß als Quantitäten in Betracht kommen, durch Theilung nach Quantität oder Stücken, z. B. wenn eine Herde von 100 gleichen Schafen zwischen A. und B. gleich getheilt werden soll, so (numero fit divisio) bekommt jeder 50 ganze Stücke[5]. Dagegen ist eine einzelne bewegliche Sache in der Regel real untheilbar, z. B. ein lebendiges Thier, alle Geräthschaften, Gemälde, Klei-

---

[1] S. Meine Abhandlung über Theilbarkeit der Sachen im Archiv für civilistische Praxis XXVII S. 155—197. Savigny Obligationenrecht I 305 f.

[2] Res quae sine damno, sine interitu, sine suo periculo dividi possunt. Arndts l. c. Anm. 1.

[3] S. die Stellen bei Arndts l. c. Anm. 1 u. 2.

[4] Arndts l. c. Anm. 3.

[5] D. de V. O. 45, 1 l. 117, l. 54 pr.; de solut. 46, 3 l. 29 a. E.

der u. dergl. Aber es giebt auch Mobilien, welche real theilbar sind, z. B. Silberbarren, Brennholz ꝛc.[6].

Bei der natürlichen oder realen Theilung sind folgende verschiedene Theilungsweisen (abgesehen von den Quantitäten) möglich; man kann

1) real so theilen, daß die durch die Theilung entstehenden kleineren Ganzen von einander völlig getrennt werden und ihr physischer Zusammenhang aufgehoben wird, z. B. wenn Zwei, denen eine Goldbarre miteinander gehört, sie unter sich so theilen, daß sie sie in der Mitte durchhauen und Jeder eine Hälfte bekommt. Hier hören die besonderen Theile völlig auf, Theile des früheren Ganzen zu sein und es wird dadurch jede Gemeinschaft unter den bisherigen Theilhabern aufgehoben. Man kann aber auch

2) real so theilen, daß das Ganze beisammen bleibt und die besonderen Theile nur durch eine Grenze geschieden werden, so daß jeder Theilnehmer zwar einen abgesonderten physischen Theil ausschließlich für sich bekommt, aber die ausgeschiedenen Theile bis auf einen gewissen Grad noch (physisch) zusammenhängen. In diesem Falle bleibt unter den gewesenen Theilhabern, welchen das Ganze gemeinsam war, auch nach dieser Theilung immer noch eine scheinbare Gemeinschaft, was die römischen Juristen bezeichneten durch communio pro indiviso, d. h. eine communio, die eigentlich keine ist, z. B. wenn zwei Brüder von ihrem Vater den sog. Schloßgarten mit einander zu gleichen Theilen geerbt haben und sie theilen ihn unter sich so, daß sie mitten durch ihn einen Zaun ziehen und nun der Eine das nördliche, der Andere das südliche Stück ausschließlich bekommt, so kann man immer noch sagen, Beide haben den Schloßgarten miteinander (gemeinsam); sie stehen in so fern noch in einer communio, aber sie haben ihn nur pro diviso, d. h. Jeder hat einen besonderen völlig abgeschiedenen Garten, so daß Jeder ausschließlich Herr des ihm zugeschiedenen Stücks ist; sie sind also nicht mehr in einer wahren communio (s. Nr. II), sondern nur in einer scheinbaren[7].

3) Häufig wird es nöthig, eine real-untheilbare Sache doch

[6] Vgl. Meine angeführte Abhandlung S. 156 f. 174 f.

[7] D. de reb. eor. 27, 9 l. 5 § 16; de dominio 41, 1 l. 29; de possessione 41, 2 l. 43 pr. Meine angeführte Abhandlung S. 176 f.

unter Mehrere real zu theilen, z. B. wenn Drei mit einander ein Pferd im Miteigenthum haben, Jeder zu einem Drittel (s. Nr. II) und der Eine verlangt reale Theilung des Pferdes. In solchen Fällen muß aber das Geld den Ausgleicher machen, d. h. der Richter versteigert das Pferd und theilt den Erlös unter die Theilhaber, oder er schlägt dem einen Theilhaber die ganze Sache ausschließlich zu, legt ihm aber auf, die anderen für ihre Theile in Geld zu entschädigen.

II. Die juristische oder intellektuelle oder ideelle Theilung einer Sache oder Theilung nach Bruchtheilen, nach Quoten. Diese bezieht sich auf das Verhältnis mehrerer Miteigenthümer oder mehrerer Mitbesitzer einer Sache. Sie ist die Negation der realen Theilung, aber doch die Affirmation einer Theilung, nämlich einer intellektuellen (intellectu fiunt partes), d. h. es wird bei ihr die Sache, das corpus, nicht real getheilt; kein Theilnehmer bekommt einen abgesonderten Theil der Sache in seine ausschließliche Herrschaft, aber die Sache wird so als getheilt gedacht, daß jedem Theilnehmer an der ganzen Sache ein Bruchtheil ($1/2$ $1/4$ ꝛc.) zusteht. In Wahrheit ist hier nicht die Sache getheilt[8], sondern nur die Herrschaft über die Sache (das Recht an der Sache). Es erstreckt sich aber eine solche Theilung, das Recht eines jeden Theilhabers über die ganze Sache, aber bloß zu seiner Quote, zu seinem intellektuellen Theil, so daß also jeder, auch der geringste physische Punkt der Sache unter die Theilnehmer nach ihren Bruchtheilen als getheilt gilt[9]. Will daher der Eine an irgend einem Punkte der Sache eine Änderung vornehmen, so würde er dadurch zugleich in den Bruchtheil des anderen Theilnehmers eingreifen, weil hier keinen ein (realer) ausgeschiedener Theil ausschließlich gehört; wenn z. B. Drei mit einander einen Hausgarten erben, Jeder zu einem Drittel, so stehen sie in einer solchen Gemeinschaft nach Quoten oder Bruchtheilen; die Herrschaft eines Jeden erstreckt sich über den ganzen Garten, also auch jede Scholle, aber nur über alle Theile, jeden Punkt, je zu einem Drittel. Nimmt daher der Eine eine Blume aus dem Garten oder eine Birne vom Baume, so greift er auch in die zwei Drittel der Anderen ein,

---

8 Auch nicht bloß ihr Werth (so Windscheid Pand. § 142 Anm. 10), in welchem Fall ja dann die Sache selbst Niemandem gehören würde (vgl. auch Arndts l. c. Anm. 5 a. E.).

9 Totius corporis pro indiviso, proparte dominium habere. Vgl. Arndts Anm. 5 cit.

die ihnen an der Blume u. s. w. gehören, und wenn er in den Garten hineintritt, so tritt sein Fuß nicht bloß auf sein Drittel, sondern zugleich auch auf die zwei Drittel seiner Genossen[10]. In solchen Fällen stehen die Theilhaber in einer wahren communio, in einer communio pro indiviso, Miteigenthum, condominium; oder wenn sie die Sache auf diese Weise mit einander besitzen, in einem Mitbesitz, compossessio. Die Sache ist hier eine res communis, d. h. Jeder hat zwar bloß eine pars an der Sache, aber nicht einen abgesonderten realen Theil, nicht eine pars certa, sondern eine pars indivisa oder pars im engeren Sinne, d. h. einen Bruchtheil (eine Quote) am Ganzen[11]. Eine solche Theilung ist bei allen Sachen möglich, auch bei real untheilbaren, z. B. bei einem lebenden Thiere[12]. Aber ein solches Verhältnis der communio ist eine Quelle steten Streits, weil kein Genosse ohne Zustimmung des andern an irgend einem Theil der Sache eine physische Änderung vornehmen darf. Deßhalb giebt unser Recht jedem Theilhaber die Befugnis, jeder Zeit (auch gegen den Willen der anderen) reale Theilung des Ganzen zu verlangen und dann muß der Richter auf die in Nr. I, 1 bis 3 bemerkte Weise theilen.

III. Der Begriff der Theilbarkeit ist auch auf Rechte anwendbar. Ein Recht ist theilbar, sobald es dergestalt in mehrere selbständige Rechte getrennt werden kann, daß jedes zwar seiner Ausdehnung nach ein gemindertes ist, aber durchaus die Natur und den Inhalt des ursprünglichen ganzen Rechts behält, also auch hier die Theile im Kleinen völlig Dasselbe sind, was das Ganze im Großen war, z. B. wenn A. mir aus einem Darlehn 3000 M. schuldig ist und ich theile diese Forderung unter meine drei Söhne so, daß Jeder ein Drittel davon haben soll, so hat ein Jeder eine ganz selbständige Darlehnsforderung gegen A., ganz wie ich sie hatte, aber Jeder nur zu 1000 M. Auf diese Weise sind theilbar:

1) das Eigenthum, denn die Theilung des Eigenthums einer Sache ist nichts Andres, als die reale oder intellektuelle Theilung der Sache, die den Gegenstand des Eigenthums bildet (s. Nr. I, II);

---

10 S. die Stellen der Anm. 5 cit. und Meine angeführte Abhandlung S. 162.

11 Meine angeführte Abhandlung S. 162 f.

12 D. de R. V. 6, 1 l. 35 § 3; de solut. 46, 3 l. 29. — Übrigens kann — in Folge besonderer Disposition — eine Sache auch (selbst intellektuell) untheilbar werden.

2) die übrigen dinglichen Rechte, namentlich auch das Pfandrecht; nur nicht die Servituten, mit Ausnahme des Nießbrauchs. Auch sind

3) die meisten Forderungen-Rechte theilbar, nämlich diejenigen, bei welchen der Inhalt der Leistung sich real oder intellektuell theilen läßt. Durch die Theilung zerfällt die Forderung in lauter selbständige Forderungen, z. B. ich habe von N. zu fordern aus einem Kauf ein Pferd, ferner aus einem Darlehn 600 M. und hinterlasse drei Erben zu gleichen Theilen. Hier bekommt jeder Erbe gegen N. eine Kaufsforderung auf eine Quote, auf $1/3$ des Pferdes und eine Darlehnsforderung auf 200 M.

Ist das Recht untheilbar, z. B. geht es auf ein untheilbares Thun oder eine Servitut und werden Mehrere zu demselben berufen: so ist die Forderung eine solidarische, Jeder hat ein Recht auf das Ganze.

Jedes theilbare Recht ist, wenn es getheilt wird, real getheilt, d. h. durch die Theilung entstehen lauter besondere selbständige Rechte derselben Natur, nur von geringerem Umfang als das ungetheilte Recht (das Ganze) war. Aber zu beachten ist: Wenn der Gegenstand des Rechts eine species ist, so geht das getheilte Recht auf einen intellektuellen Theil der Sache, z. B. ich habe eine Forderung auf Leistung eines Pferdes, eines Ackers und hinterlasse zwei Erben, jeden zu $1/2$, so erbt jeder Erbe eine selbständige Forderung auf $1/2$ der Sache. Ist hingegen das zu Leistende eine Quantität, so hat Jeder den Anspruch auf einen realen Theil derselben, numero fit divisio. — Personenrechte sind natürlich untheilbar.

Selbständige oder Hauptsachen und unselbständige oder Nebensachen.

§ 65.

(Arndts § 54.)

Diese Begriffe setzen mehrere Sachen voraus, die in einem gewissen Verhältnis (einer gewissen Verbindung) zu einander stehen. Hauptsache (principalis res) ist eine Sache, wenn nach ihr eine andere Sache sich in gewissen Beziehungen zu richten hat, von ihr abhängig ist. Es bezieht sich hierauf der römische Ausdruck accessio; nur ist bei demselben zu beachten, daß er sich nicht bloß auf Sachen

bezieht, sondern von den Römern in einem sehr weiten Umfang genommen wird für Alles, was in gewisser untergeordneter (unselbständiger) Beziehung zu einem Andern steht, zu welchem es hinzugekommen ist, also auch auf Nebenrechte; sie nennen z. B. die für eine Schuld bestellten Pfandrechte und Bürgschaften accessiones der Schuld. Auf Sachen (körperliche Dinge) bezogen ist accessio im weiteren Sinn oder sog. accessoria res (Nebensache im weiteren Sinne) eine Sache, die in gewissen Beziehungen nach einer anderen Sache, nach der Hauptsache, nach der principalis res, sich richtet; in einem untergeordneten Verhältnis zu ihr steht, zu ihr gleichsam gehörig ist und ihr folgt. Dieses Angehören aber kann ein wesentlich Verschiedenes sein, ein Angehören entweder als accessio im engeren Sinne, als Zuwachs oder bloß als Pertinenz[1].

Man muß hiernach unterscheiden:

A. Accessionen im engern und eigentlichen Sinn oder Nebensachen im engern Sinn, Zuwachs einer Sache. Dies sind diejenigen Sachen, welche einen wirklichen Bestandtheil der Hauptsache selbst bilden, mit ihr physisch kohäriren und einen Körper mit ihr ausmachen, aber im Verhältnis zum Ganzen (zur Hauptsache) als ein unselbständiger in ihr aufgehender Theil (selbst wenn sie integrirender Theil der Hauptsache sind) erscheinen (Beilage I Nr. I—III). Bei diesen eigentlichen Nebensachen[2] gilt der wichtige Grundsatz, daß sie unbedingt unter den Rechtsverhältnissen stehen, unter denen die Hauptsache steht (accessio cedit principali; res accessoria sequitur

[1] Diese zwei wesentlich verschiedenen Klassen der Nebensachen werden von Vielen unserer Juristen nicht gehörig unterschieden und dadurch kommen sie theils auf schwankende, theils auf falsche Entscheidungen (so auch Arndts § 54, welcher bloß von den Pertinenzen spricht und den wichtigeren Fall des Zuwachses, accessio im engern Sinne, übergeht, und Funcke Anm. 1 das. cit.). Vgl. Meine Erörterungen I S. 37 ff. — Die Veranlassung zu dieser Verwechselung lag wohl daran, daß die römischen Juristen mitunter beide Klassen von Nebensachen auf gleiche Weise bezeichneten. Sie nannten den Zuwachs gewöhnlich accessio, gebrauchen aber diesen Ausdruck bisweilen auch für Pertinenzen; ferner bezeichneten sie die Pertinenzen durch res aedium est (gehört zum Hause), res fundi est; mitunter aber eben so den Zuwachs. Allein materiell, in den Rechtsgrundsätzen, unterscheidet das römische Recht diese beiden Klassen von Nebensachen ganz scharf; auch nennt es bloß den Zuwachs eine pars der Hauptsache und bezeichnet niemals die Pertinenzen so; es nennt die letzteren bloß eine quasi pars, s. z. B. D. de act. emti vend. 19, 1 l. 13 § 31; de tritico, vino 33, 6 l. 3 § 1 in den Worten „non quia pars" ꝛc.

[2] Nebensachen des Hauses sind z. B. die eingebauten Balken; Nebensachen von Grund und Boden sind die Pflanzen, Bäume, Früchte auf demselben, Gebäude (das Gebäude ist ein unselbständiger Theil des Bodens); Nebensachen einer Statue sind die ihr angefügten Arme, Zierrathen ꝛc.

rem principalem)[3]. Das Gegentheil kann gar nicht durch Privatdisposition festgesetzt werden, weil es allen juristischen Begriffen widersprechen würde. Hieraus folgt

1) Eigenthum und Besitz der Hauptsache kann nicht getrennt sein von der Accession; es kann nicht dem Einen die Hauptsache, einem Andern die Accession gehören; vielmehr muß stets dem Eigenthümer der Hauptsache die Accession zufallen und gehören, und der Besitz der Hauptsache erstreckt sich auch auf die Accession. Deßhalb gehören dem Eigenthümer eines Hauses die Balken und Steine, die in das Haus verbaut werden, sollten sie auch gestohlen sein. Dem Eigenthümer des Bodens gehören alle Pflanzungen auf demselben und die hängenden Früchte und jedes mit dem Boden fest kohärirende Gebäude, das, sei es mit oder gegen seinen Willen, auf den Boden gebaut wird[4].

2) Wird die Hauptsache veräußert, so sind die Accessionen ganz nothwendig mitveräußert; die Parteien können gar nicht das Gegentheil verabreden, z. B. nicht den Boden veräußern, ohne das darauf stehen bleibende Haus oder ohne die darin stehen bleibenden Bäume, nicht das Haus so veräußern, daß die Balken darin dem Veräußerer verbleiben sollen; außer wenn sie verabreden, daß die Nebensache von der Hauptsache völlig getrennt werden soll und dies geschieht, wo sie dann aber aufhörte, Nebensache zu sein[5].

3) Eine an sich bewegliche Sache kommt in die Kategorie einer unbeweglichen, sobald sie eine accessio einer unbeweglichen Sache wird (§ 61 Beilage unter Nr. II).

B. Wesentlich verschieden von diesen eigentlichen Accessionen oder dem Zuwachs sind die Zubehörungen oder Pertinenzen. Es sind dies solche Sachen, die mit der Hauptsache nicht durch physische Kohärenz ein Ganzes ausmachen, also nicht einen Theil derselben bilden, sondern die als besondere Sachen bestehen, aber dazu bestimmt und eingerichtet sind, den Zwecken der Hauptsache bleibend zu dienen und deßhalb als zu ihr gehörig behandelt werden. Bei diesen Pertinenzen gilt durchaus nicht das unter A 1—3 Ausgeführte (s.

[3] Allerdings kann mitunter am Zuwachs noch ein besonderes Recht stattfinden, z. B. superficies am Hause; allein dasjenige Rechtsverhältniß, unter dem die Hauptsache steht (z. B. Eigenthum), erstreckt sich jedenfalls auch auf den Zuwachs.

[4] Vgl. Meine Abhandlung Das Superficiar- oder Platzrecht (1868) S. 3 f. 12 f.

[5] D. de O. et A. 44, 7 l. 44 § 1 a. E.; de superfic. 43, 18 l. 2; de pignorib. 20, 1 l. 16 pr.; de pign. act. 13, 7 l. 21.

Beilage II unter Nr. II). Ihre Bedeutung besteht vielmehr bloß darin, daß, wenn die Hauptsache veräußert oder einem Andern vermacht wird, im Zweifel, wenn nichts Anderes von den Parteien festgesetzt wird, auch die Pertinenzen der Sache als mitveräußert oder mitvermacht gelten. Wenn ich daher ein Haus um 50 000 M. kaufe und über die Pertinenzen nichts Besonderes verabredet war, so kann ich alle Pertinenzen mit ansprechen (ohne alle Preiserhöhung). Vergl. Beilage II unter Nr. II. In dieser Beziehung ist daher die Frage von Wichtigkeit: welche Sachen gelten als Pertinenzen einer Hauptsache? Darüber s. Beilage II unter Nr. I.

Beilage I. Eine Nebensache im engeren Sinne (Accession im engeren Sinne, Zuwachs)

I. kann entstehen entweder a. durch organische Entwicklung aus der Hauptsache (natürliche Früchte einer Sache) oder b. durch eine von außen her geschehene Verbindung mit der Hauptsache, sei sie durch menschliche Thätigkeit vermittelt (sog. accessio industrialis oder adiunctio) oder durch ein zufälliges Ereignis.

II. Zur Nebensache im engeren Sinne (Zuwachs) wird erfordert, daß sie einen Körper mit der Hauptsache und einen in ihr gleichsam aufgehenden, unselbstständigen Bestandtheil derselben bildet. Soll also eine Sache zu einer anderen sich als Zuwachs verhalten: so muß sie mit der letzteren in eine Verbindung der genannten Art, durch welche sie mit ihr einen Körper bildet, gebracht worden sein; s. Nr. III.

III. Hiernach sind eigentlicher Zuwachs, außer den mit einer Sache noch verbundenen Früchten (D. de domin. 41, 1 l. 44),

1) bewegliche Sachen, die mit einer unbeweglichen dergestalt in physische Verbindung gebracht werden, daß sie einen Theil der unbeweglichen Sachen bilden, wie z. B. Das, was an ein Grundstück allmählich angeschwemmt wird, ferner ein Stück Landes, das von einem Fluß an ein Grundstück angetrieben wird, sobald es an dasselbe fest angewachsen ist, ferner Alles, was in einem Boden wurzelt oder auf demselben gebaut oder was, wie Balken, Steine ꝛc. in ein Gebäude eingebaut ist.

2) Natürlich kann auch eine bewegliche Sache, als Hauptsache, solche Accessionen haben oder erhalten, sobald mit ihr andere bewegliche Sachen in das Accessionsverhältnis, d. h. in eine solche physische Verbindung gebracht werden, daß sie einen unselbstständigen Theil derselben bilden. Sind verschiedene bewegliche Sachen mit einander verbunden; so entscheiden über die Frage, welche der verbundenen Sachen die Hauptsache, welche die Nebensache bildet, folgende Regeln: a. wenn einer Sache, die ihren eigenthümlichen, ausgeprägten Charakter hat, z. B. einer Statue, einem Tische ꝛc., eine andere Sache als Theil, Zierde oder Zusatz bleibend an- oder eingefügt wird: so ist die letztere Sache Nebensache der ersteren; D. de R. V, 6, 1 l. 23 § 2, de domin. 41, 1 l. 26 § 1, l. 27 pr. (vgl. auch de auro argent. 34, 2 l. 19 § 13—16 § 20, l. 20). b. Eine Sache, welche die Bedingung der Existenz der mit ihr verbundenen Sache bildet, ist die Hauptsache der letzteren. D. de R. V. l. 23 § 3, 4 l. 44. c. Ist das Verhältnis ein solches, auf welches keiner der beiden angeführten Gesichtspunkte Anwendung leidet, so entscheidet die größere Masse und der größere Werth für die Eigenschaft der Hauptsache; D. de domin. l. 27 § 2.

IV. Wenn die Verbindung mehrerer Sachen nicht in einer solchen festen, auf Dauer berechneten, physischen Kohärenz besteht, vermöge deren die eine Sache einen unselbständigen, in der anderen Sache aufgehenden Theil derselben bildet:

so ist der Begriff des Zuwachses nicht anwendbar; wohl aber kann dann in solchen Fällen der Begriff der Pertinenz (Beilage II) zur Anwendung kommen. Wenn z. B. der Eigenthümer eines Hauses ein benachbartes Grundstück kauft, das er als Hofraum oder als Hausgarten mit seinem Haus verbindet: so ist das Hinzugekommene nun Pertinenz seines Hauses (Beilage II), aber nicht Nebensache im engeren Sinne oder Zuwachs; denn das neuerworbene und für die Zwecke des Hauses bestimmte Grundstück (der Hof oder Garten) wurde ja nicht Theil des Hauses; es gelten daher hier nicht die Grundsätze vom Zuwachs, sondern bloß die Grundsätze von den Pertinenzen (Beilage II Nr. II). Wenn ferner Jemand zu seinem Garten noch einen Morgen Landes hinzukauft, denselben mit dem Garten verbindet und das Ganze mit einem Zaun umschließt: so ist das Hinzugekaufte nicht Zuwachs des ursprünglichen Gartens; es sind vielmehr hier zwei selbständige Sachen nur durch eine Umfassung mit einander verbunden und beide zu einem größeren Garten vereinigt worden, so daß man von keinem Grundstücke sagen kann, daß das eine die Hauptsache, das andere die Accession wäre. Gehört daher z. B. das Hinzugekaufte nicht dem Verkäufer: so erwirbt der Eigenthümer des ursprünglichen Gartens dadurch, daß er aus beiden Grundstücken gleichsam ein neues Ganzes, einen größeren Garten bildet, nicht das Eigenthum an dem Hinzugefügten iure accessionis, vielmehr kann der Eigenthümer des Letzteren es von ihm vindiciren; D. pro emt. 41, 4 l. 7 § 1; Mein Württemb. Privatr. II (1846) S. 245. — Wenn ferner Säulen, Statuen ꝛc. in ein Haus zur Zierde gesetzt, aber bloß in eine lose, nicht in eine feste, dauernde Verbindung mit dem Hause gebracht werden: so können sie zwar je nach der Bestimmung, die ihnen gegeben wurde, Pertinenz des Hauses sein (Beilage II), sie sind aber nicht Zuwachs oder Nebensache im engeren Sinne desselben, sondern besondere bewegliche Sachen, welche keinen Theil des Hauses bilden, und das Gleiche gilt von Pfählen, Pfosten u. dergl., die in einen Boden bloß hineingesteckt werden.

Beilage II. I. Bei der Frage, welche Sachen Pertinenz einer anderen Sache bilden, ist zu unterscheiden:

A. Wenn die Partieen nicht etwas Anderes bei einem konkreten Verhältnisse bestimmten (s. Lit. B.): so entscheidet das faktische Verhältnis, in das eine Sache zu einer anderen gesetzt ist. Wenn nämlich eine Sache lediglich dazu bestimmt und eingerichtet ist, den Zwecken und Interessen einer anderen Sache (der Hauptsache) bleibend zu dienen: so bildet sie Pertinenz dieser Sache (s. Nr. II). Zur Entstehung eines solchen Pertinenzverhältnisses, dazu also, daß eine Sache schon nach ihrer Beziehung zu einer Anderen als Pertinenz derselben gelten soll, wird erfordert: a. daß sie die Bestimmung hat, dem Interesse der anderen Sache (der Hauptsache), also dem Nutzen oder der Annehmlichkeit derselben zu dienen, und zwar dem Interesse der Sache selbst, nicht bloß den besonderen Zwecken des jeweiligen Besitzers der Hauptsache, D. de act. emt. vend. 19, 1 l. 13 § 31 l. 14—16, de legat. III. 32 l. 91 § 5; b. daß sie dazu bestimmt und besonders eingerichtet ist, gerade dem Interesse dieser konkreten Hauptsache (nicht überhaupt dem Interesse von Sachen gewisser Art, vgl. unten Nr. 3, b) bleibend zu dienen, D. de act. emt. vend. l. 17 § 7, de instruct. 33, 7 l. 26 pr., und daß sie c. in die durch diese Bestimmung nöthige Beziehung zur Hauptsache wirklich gebracht ist (durch eine spätere vorübergehende Trennung wird dann die Pertinenzqualität nicht wieder aufgehoben), D. de act. emt. vend. l. 17 § 5, 10 l. 18 § 1, de V. S. 50, 16 l. 242 § 4. Aus Diesem ergiebt sich:

1) Unbewegliche Sachen können Zubehörungen einer unbeweglichen Sache sein; z. B. Pertinenzen eines Hauses sind der an demselben befindliche Garten, wenn er vorzugsweise den Zwecken des Hauses dient (der Hausgarten), D. de legat. III. 32 l. 91 § 5, quib. mod. ususfr. 7, 4 l. 10 pr., der zum Hause gehörige Hofraum und Brunnen, D. de C. E. 18, 1 l. 47, 48, 49, de act. emt. vend. l. 13 § 31 l. 14—16 l. 17 § 8; Zubehörungen eines Landgrundstücks sind alle Nebenländereien desselben, welche als solche behandelt werden und den

BIBLIOTHECA BODLEIANA

Zwecken des Hauptgrundstücks dienen sollen, z. B. zur Weide, zur Beholzung, D. de instr. 33, 7 l. 20 § 7, si serv. vind. 8, 5 l. 20 § 1.

2) Bewegliche Sachen können Zubehörungen einer unbeweglichen sein; z. B. Pertinenzen eines Hauses sind die dazu gehörigen Schlüssel, die für das Haus besonders eingerichteten und angepaßten Vorfenster, Vorthüren, Brunnendeckel u. dergl. D. de V. S. l. 242 § 2, 4, l. 245 § 1, de act. emt. vend. l. 13 § 31 l. 17 pr. § 8; Zubehörungen eines Landgrundstücks sind die für ein Frühbeet besonders eingerichteten und bestimmten Bedeckungen (arg. D. de V. S. l. 242 § 4), ferner rechnen die Quellen noch zu Pertinenzen des Grundstücks die zum beständigen Gebrauch desselben verwendeten Pfähle (D. de act. emt. vend. l. 17 § 11) und den auf dem Grundstücke vorräthigen und zu dessen Düngung bestimmten Dung, l. 17 § 2 eod.

3) Dagegen sind nicht Pertinenzen eines Grundstücks a. solche bewegliche Sachen, die ihrer Bestimmung nach nicht dem Interesse des Grundstückes, sondern bloß den Bedürfnissen und Interessen der konkreten Person, die gerade das Grundstück besitzt, dienen, z. B. das instrumentum negotii, d. h. (vgl. D. de instruct. 33, 7 l. 17, 18 pr.) Sachen, die der Besitzer eines Hauses im Hause hat, die aber bloß auf seine Beschäftigung und sein Gewerbe sich beziehen, wie das Handwerkszeug eines Handwerkers, die Geräthschaften im Hause eines Apothekers, D. de supell. legat. 33, 10 l. 14, de act. emt. vend. l. 17 pr. § 1: ferner Das, was das römische Recht zu einem fundus instructus zählt, d. h. was man zum persönlichen Gebrauche auf dem Grundstücke hat, wie Lebensmittel, Kleider, Geld zu den täglichen Ausgaben u. dergl. sowie namentlich alle zum häuslichen Gebrauch des Besitzers und seiner Angehörigen bestimmten Geräthe, der Hausrath, D. de supell. legat. l. 14; ferner Thiere, die der Besitzer des Grundstücks in den Ställen hat und die Fischkästen und Fische in seinem Brunnen, D. de act. emt. vend. l. 15 l. 16; ferner Zierrathen, Statuen, Säulen, die in oder an dem Hause angebracht sind, aber bloß zu vorübergehenden oder persönlichen Zwecken, z. B. bloß zur Annehmlichkeit des dermaligen Besitzers dienen sollen, D. eod. l. 17 § 4, de V. S. l. 245 pr. b. Ferner sind nicht Pertinenzen eines Grundstücks solche bewegliche Sachen, welche zwar den Zwecken des Grundstücks dienen, aber nicht bloß für das bestimmte konkrete Grundstück eingerichtet und zum bleibenden ausschließlichen Gebrauch gerade für dieses Grundstück bestimmt sind, und daher für das eine Grundstück so gut, wie für jedes andere passen, wie z. B. Das, was das römische Recht durch instrumentum fundi bezeichnet, d. h. was zur Reinigung oder zum Schutze und zur Erhaltung einer Sache für besondere Fälle oder zu ihrer Verwaltung, Kultur, Bearbeitung angeschafft, aber nicht so eingerichtet ist, daß es bloß für diese Sache paßt, wie Besen, Spritzen, Stangen, Leitern, Feuereimer u. dergl. D. de supell. legat. l. 14 vergl. mit D. de instruct. 33, 7 l. 12 § 16—22. Deßhalb ist nach gemeinem Recht (anders nach manchen deutschen Partikularrechten) auch das Gutsinventar eines Landgrundstücks, d. h. die Geräthschaften zur Bebauung von Grund und Boden und zur Gewinnung und Aufbewahrung der Früchte, und das Vieh, das zu diesen Zwecken gehalten wird, nicht Pertinenz des Grundstücks, da es bloß zum instrumentum fundi gehört, D. de supell. legat. l. 14 vergl. mit D. de instruct. l. 2 § 1, l. 8 l. 12 pr. § 1—13, l. 26 § 1. l. 29.

4) Bei der Frage, ob eine bewegliche Sache Pertinenz einer unbeweglichen sei (Nr. 2, 3), kommt es nur darauf an, ob die S. 300 unter A a—c. angeführten Erfordernisse vorhanden sind, nicht darauf, ob die bewegliche Sache an die unbewegliche durch Anschrauben, Anheften, Annageln u. dergl. fest gemacht wurde (Affixion). Zwar wird von Vielen gesagt, Alles was an einer Sache wand-, band-, nieth- und nagelfest sei, bilde Pertinenz derselben. Allein von einer solchen Affixion allein hängt weder nach der Natur der Sache, noch nach den Bestimmungen unserer Rechtsquellen die Pertinenzqualität einer Sache unbedingt ab (vgl. auch Funcke Lehre von den Pertinenzen S. 77 ff.); denn eine solche Befestigung beweist ja noch keineswegs, daß der befestigte Gegen-

stand bleibend zum Grundstück gehören und ausschließlich den Zwecken desselben dienen soll, da sie oft nur den Zweck hat, den Gegenstand besser und bequemer benutzen zu können oder sicherer zu bewahren; z. B. Fußteppiche, welche man an den Boden festnagelt, Bücherrepositorien, Lampen u. dergl., die man an die Wand anschraubt, die Hobelbank, welche der Tischler, um besser auf ihr arbeiten zu können, an die Wand befestigt, Geldkassen oder Kästen die am Boden befestigt werden, dienen bloß zum jeweiligen Gebrauche des Bewohners des Grundstücks und keineswegs zu den Zwecken des Grundstückes selbst, und sind ungeachtet der Affixion, wie auch unsere Praxis nicht bezweifelt, keine Pertinenzen des Grundstücks, vgl. auch D. de V. S. l. 245 pr., de act. emt. vend. l. 17 pr. § 4, 7. Wohl aber kann durch physische Verbindung einer beweglichen Sache mit einer unbeweglichen die erstere ein wahrer Bestandtheil der letzteren, also ein Zuwachs (Beilage I) werden, z. B. wenn ein Spiegel so in die Wand eingefügt wird, daß er einen Theil derselben bildet und ohne Zerstörung der Wand nicht von ihr getrennt werden kann, oder wenn eine Gewerbseinrichtung in ein Gebäude dergestalt eingebaut ist, daß sie einen mit dem Hause zu einem Ganzen verbundenen Theil des Gebäudes bildet; in diesem Falle aber ist eine Sache nicht bloß Pertinenz, sondern ein Theil des Gebäudes selbst, es gilt also dann von ihr das über Zuwachs Ausgeführte; D. de act. emt. vend. l. 38 § 2.

5) Bewegliche Sachen können auch Pertinenzen von beweglichen Sachen sein, z. B. der Schlüssel ist Pertinenz des Schrankes, zu dem er gehört, der Anschraubekoffer Pertinenz des betreffenden Wagens, das für einen Schmuck besonders zugerichtete Futteral Pertinenz des Schmuckes, der für ein größeres Schiff bleibend bestimmte und besonders für dasselbe eingerichtete Kahn Pertinenz des Schiffes. Unbegreiflicherweise behaupten Manche, bewegliche Sachen können keine Pertinenzen haben, namentlich unter Berufung auf D. de evict. 21, 2 l. 44 und de V. S. l. 242 pr. Allein diese Stellen sprechen nicht von Pertinenzen, sondern von Theilen einer Sache.

B. Die angeführten Bestimmungen über Pertinenzqualität einer Sache bilden keine unbedingte Norm, sondern sind nur ergänzender Natur (sog. leges dispositivae), treten daher nur dann, wenn die Partieen nicht etwas Anderes festsetzten, als das dem wahrscheinlichen Willen der Partieen Entsprechende ein. Es können daher die Partieen für ihr konkretes Rechtsverhältnis (der Erblasser durch einseitige Verfügung für ein Vermächtnis, die Partieen bei einem Vertrage durch Übereinkunft) das Gegentheil festsetzen, also a. festsetzen, daß Sachen, welche an sich als Pertinenzen einer Sache gelten, in dem konkreten Falle nicht als solche behandelt werden sollen, z. B. wenn der Verkäufer beim Verkaufe seines Hauses die Pertinenzen desselben ausdrücklich vom Verkaufe ausnimmt und sich vorbehält, oder b. festsetzen, daß Sachen, welche an sich nicht Pertinenzen der betreffenden Sache sind, als Pertinenzen derselben behandelt werden sollen, z. B. bei dem Kaufe eines Pferdes können Sattel und Zeug als Zubehör mit ausbedungen werden, ferner wird häufig bei Verträgen über Landgrundstücke das Inventar durch Verabredung der Partieen als Pertinenz behandelt, auch oft in einem letzten Willen vom Erblasser Manches als Pertinenz mit vermacht, was an sich nicht Pertinenz der vermachten Sache ist; D. de aed. ed. 21, 1 l. 38 pr. § 11, de C. E. 18, 1 l. 34 pr., de tritico vino 33, 6 l. 3 § 1, de supell. legat. 33, 10 l. 14, de instruct. 33, 7 l. 5.

II. Die Pertinenzqualität einer Sache hat nur die juristische Bedeutung, daß wenn Jemand einen Veräußerungsvertrag über die Sache schließt oder letztwillig über sie verfügt, ohne der Pertinenzen besonders zu erwähnen, die Veräußerung und Verfügung von selbst auch auf die Pertinenzen sich erstreckt, also Derjenige, welcher aus einem Rechtsgeschäft einen Anspruch auf die Hauptsache bekommt, von selbst auch die Pertinenzen ansprechen kann, welche zur Zeit des Abschlusses des Vertrags, bei Vermächtnissen zur Zeit des Todes des Erblassers, zur Sache gehörten (dies ergiebt sich aus sämmtlichen unter Nr. I Lit. A

angeführten Stellen). Dagegen gilt im Übrigen Das, was vom eigentlichen Zuwachs gilt, nicht auch von den Pertinenzen, namentlich:

1) erwerben wir dadurch, daß wir eine fremde Sache in das Verhältnis einer Pertinenz zu unserer Sache bringen, noch keineswegs das Eigenthum der fremden Sache; z. B. wenn ich ein Stück Land, das mein Nachbar besitzt, von Diesem geschenkt bekomme oder kaufe und es in einen Hausgarten für mein anstoßendes Haus umwandle: so ist nun zwar dieses Land Pertinenz meines Hauses, und wenn ich mein Haus veräußere: so kann der Erwerber von mir auch dieses Stück als in der Veräußerung von selbst mit begriffen ansprechen; allein wenn es meinem Nachbar, von dem ich es bekommen hatte, gar nicht gehörte: so geht es dadurch, daß ich es zur Pertinenz meines Hauses machte, nicht in mein Eigenthum über; vielmehr bleibt es im Eigenthum seines bisherigen Eigenthümers und dieser kann es von mir und jedem Dritten vindiciren; s. auch D. pro emt. 41, 4 l. 7 § 1 (wenn ich dagegen von Jemandem Steine und Balken kaufe und sie in mein Haus verbaue: so erwerbe ich das Eigenthum daran, sollten sie auch dem Verkäufer nicht gehört haben, weil sie nicht Pertinenzen, sondern wahrer Zuwachs, Theile meines Hauses geworden sind.

2) Die beweglichen Pertinenzen eines Grundstücks ändern durch die Pertinenzqualität nicht ihre Natur, bleiben daher bewegliche Sachen, weil sie nicht ein Theil der Liegenschaft werden, und stehen ganz unter den faktischen und rechtlichen Verhältnissen beweglicher Sachen. Zwar wird dies von Manchen geleugnet, indem sie meinen, bewegliche Pertinenzen eines Grundstücks werden unbewegliche Sachen oder gelten wenigstens rechtlich für unbeweglich (sog. res civiliter immobiles); allein unsere Rechtsquellen sagen dies nirgends und eben so wenig ist die Natur der Sache dafür. Denn daß sie an sich durch ihr Verhältnis zur Hauptsache nicht unbeweglich werden, versteht sich von selbst, z. B. der Schlüssel eines Hauses bleibt eine bewegliche Sache, die Pfähle eines Weinbergs werden nicht dadurch unbeweglich, daß sie zum Dienste eines Weinbergs bestimmt sind; aber auch rechtlich werden sie von unseren Quellen keineswegs in die Kategorie der unbeweglichen Sachen gesetzt; sie werden z. B. als bewegliche Sachen besonders besessen und werden auch nach den Grundsätzen der beweglichen Sachen (nicht der unbeweglichen) ersessen und sonst erworben.

3) Das Eigenthum an der Hauptsache und den Pertinenzen kann verschiedenen Personen zustehen, eben weil aus dem Eigenthum der Hauptsache noch nicht von selbst das Eigenthum der Pertinenz folgt: s. Nr. 1.

Die Früchte einer Sache.

§ 66.

(Arndts § 55.)

Die sämmtlichen ökonomischen (vermögensrechtlichen) Vortheile, welche eine Sache ihrem Eigenthümer gewähren kann (fructus rei im weitesten, uneigentlichen Sinn) [1] bestimmen den Werth der Sache, die rei aestimatio, ihren Tauschwerth. Sie bestehen

a. in der Verfügung über die Sache selbst, z. B. sie zu veräußern und dadurch ihren Werth bezahlt zu bekommen oder andere Sachen dafür einzutauschen oder sie zu verbrauchen oder zu verzehren;

[1] Vgl. D. de usur. et fructib. 20, 1 l. 49. — Über die Lehre von den Früchten vgl. nun auch Göppert Die organischen Erzeugnisse (Halle 1869).

b. im Gebrauch (usus) der Sache, z. B. im Hause zu wohnen, die Kleider zu tragen: Gebrauchswerth;

c. darin, daß man aus ihr Früchte (natürliche oder bürgerliche, fructus im eigentlichen Sinn) zieht: Fruchtgenuß); es sind dies die eigentlichen Einkünfte oder Revennen aus der Sache. Endlich

d. kann eine Sache (den Umständen nach) noch in anderer Beziehung uns Vortheile gewähren, z. B. man kann sie verpfänden und sich dadurch Kredit verschaffen[2]. Auch gehört der Ertrag der Jagd, die Jemand auf seinem Grundstück ausübt, zu den Erträgnissen im weitesten Sinne.

Bei der Frucht einer Sache (Lit. c.) ist zu unterscheiden:

I. die natürliche Frucht (fructus, Frucht im engern Sinn, sog. fructus naturalis), d. h. die organischen Erzeugnisse einer Sache, sei es, daß zu ihrer Erzeugung die Mitwirkung menschlicher Thätigkeit nöthig ist (fructus industrialis) oder nicht (sog. fructus mere naturalis). Natürliche Frucht ist also z. B. Alles, was auf einer Sache wächst (Obst, Pflanzen ꝛc.), bei Thieren die Wolle, die Eier, die Milch; ferner die Jungen[3]. Bei dem Begriff der natürlichen Frucht ist aber auch zu beachten, daß, wenn von dem Recht auf den (bloßen) Fruchtgenuß einer fremden Sache die Rede ist, wie beim Nießbraucher, Pächter, dann Manches zur natürlichen Frucht zu rechnen ist, was nicht eigentlich Frucht der Sache ist, Manches dagegen nicht zu den Früchten der Sache gerechnet wird, was eigentlich natürliche Frucht der Sache ist[4].

Die natürlichen Früchte sind Nebensachen im engern Sinn, Zuwachs der fruchttragenden Sache, so lange sie mit ihr physisch verbunden (fructus stantes oder pendentes, hängende Früchte)[5] sind. Sie gehören daher dem Eigenthümer der fruchttragenden Sache. Wird aber ihre Kohärenz mit der Hauptsache durch irgend ein Ereignis aufgehoben, so bilden sie (fructus separati, getrennte Frucht) nicht, wie viele Neuere sagen, eine ganz neue Sache[6], sondern sie sind nun

---

[2] D. l. 49 cit.

[3] Diese galten aber bloß als Frucht des Mutterthieres D. de R. V. 6, 1 l. 5 § 2; de rer. div. 2, 1 l. 37.

[4] Also Erweiterungen (z. B. Quellen, Steinbrüche ꝛc.) und Verengerungen des Fruchtbegriffs (z. B. solche Früchte, welche nicht die Bestimmung haben, von der Sache getrennt zu werden, Bäume ꝛc.). Darüber und über das Kind einer Sklavin s. die Beilage.

[5] D. de R. V. 6, 1 l. 44.

[6] So Windscheid Pand. § 144.

eben nicht mehr ein Theil der Hauptsache, sondern eine besondere für sich bestehende Sache. Sie bleiben aber natürlich im Eigenthum des Eigenthümers der Hauptsache, dem sie von Anfang an gehörten[7].

Fructus percepti heißen die Früchte, wenn Jemand sie für sich von der Sache trennt oder trennen läßt und sie sich aneignet oder er die von der Sache durch irgend ein Ereignis getrennte Frucht an sich nimmt und sich aneignet[8].

II. Den Fruchtbegriff kann man auch auf die juristischen (durch ein Rechtsgeschäft vermittelten) Erzeugnisse einer Sache anwenden, d. h. auf solche Einkünfte, welche uns eine Sache abwirft, welche aber nicht in natürlichen Erzeugnissen derselben bestehen (sog. fructus civiles, bürgerliche Früchte); dahin gehören Pacht- und Miethgelder, ferner Zinsen aus einem ausgeliehenen Kapital u. dergl.[9]. Sie sind fructuum vice, d. h. in der Regel, so weit überhaupt ihre Natur es zuläßt, nach denselben Grundsätzen zu behandeln, wie die (eigentlichen) natürlichen Früchte.

Beilage I. Der Begriff der eigentlichen oder natürlichen Frucht umfaßt an sich jedes organische Erzeugnis einer Sache. Dieser Begriff muß aber — was früher unsere Schriftsteller meist nicht beachteten oder übersahen, vgl. mein Württemb. Privatrecht II (1846) § 42 — auf dem Gebiete des Rechts theils eine Beschränkung, theils eine Erweiterung erleiden. Denn wo bei Rechtsverhältnissen der Begriff der Frucht praktisch wird, z. B. wenn Jemand den Fruchtgenuß einer fremden Sache hat und nun die Frage entsteht, was denn zu den natürlichen Früchten der Sache gehört und er deßhalb ansprechen kann, sind gewisse organische Erzeugnisse der Sache nicht zu ihren Früchten zu rechnen, obwohl sie an sich dem natürlichen Begriffe nach Früchte der Sache sind, und ist von der anderen Seite Manches, was ein eigentliches Erzeugnis der Sache nicht genannt werden kann, als natürliche Frucht derselben zu behandeln.

In den Rechtsverhältnissen nämlich, in welchen der Begriff der Frucht im Gegensatze zu der fruchttragenden Sache (zur Hauptsache) von Wichtigkeit ist, z. B. beim Nießbrauche an einer Sache, in denen man also die Frucht von der fruchttragenden Hauptsache unterscheiden muß,

a. ist Manches zur Hauptsache und nicht zur Frucht zu zählen, was an sich, dem natürlichen Begriffe nach, eine natürliche Frucht der Sache ist; z. B. die Bäume, die auf einem Grundstücke wachsen, sind an sich natürliche Früchte des Grundstücks, d. h. organische Erzeugnisse desselben, wenn aber Jemand ein Recht auf den Bezug der Früchte meines Grundstücks hat, z. B. ich es ihm verpachtete oder ihm den Nießbrauch am Grundstück einräumte, und er haut die Fruchtbäume oder die Zierbäume, die auf demselben stehen, ab und eignet sie sich an: so wird

---

7 Außer in den bei Arndts § 156 angeführten Fällen (bonae fidei possessor und emphyteuta).

8 Man sagt dann: er hat sie percipirt.

9 Manche wollen diesen Begriff der bürgerlichen Frucht ganz verwerfen unter Berufung auf das römische Recht, das nicht von fructus civiles spreche; allein sehr mit Unrecht; denn unter fructus im weitern Sinne begreift auch das römische Recht die juristischen Erzeugnisse einer Sache. D. de pignorib. 20, 1 l. 11 § 1. Vgl. Arndts l. c. Anm. 3 u. 4.

mit Recht Jedermann sagen, daß er zu weit gegangen, daß er das Recht des bloßen Fruchtgenusses überschritten und die Hauptsache selbst angegriffen habe (deteriorem fundum fecit, D. sol. matr. 24, 3 l. 7 § 12). Es gilt daher in solchen Rechtsverhältnissen nur dasjenige organische Erzeugnis einer Sache für eine natürliche Frucht derselben, welches unter den Begriff der bloßen Benutzung der Hauptsache im Gegensatze zum theilweisen Mindern und Verzehren der Hauptsache fällt. Was hiernach zur Frucht gehört (in fructu est) wird in den meisten Fällen aus der Natur des Gegenstandes sich ergeben, namentlich bei regelmäßig wiederkehrenden und sich stets ersetzenden Erzeugnissen der Hauptsache; im Zweifel aber muß darüber der gemeine Ortsgebrauch und die Bestimmung der Sachen (ob sie die Bestimmung haben, von der Sache getrennt zu werden, oder nicht) entscheiden. In dieser Beziehung gehören z. B. Bäume, die in einem Garten oder auf einem Acker stehen, nicht zu den Früchten des Gartens oder Ackers, weil sie nicht die Bestimmung haben, vom Garten oder Acker getrennt zu werden; der Pächter oder Nießbraucher darf sich also solche Bäume nicht aneignen (D. l. 7 § 12 cit., de usufr. 7, 1 l. 13 § 4; auch die sog. Windbrüche darf der Nießbraucher nur zum eigenen Bedürfnis sich aneignen, l. 12 pr. eod.), Bäume eines Waldes dagegen gehören in so weit, aber auch nur in so weit, zu den Früchten des Waldes, als sie nach forstwirthschaftlichen Grundsätzen und nach der ordnungsmäßigen Benutzung des betreffenden Waldes zu schlagen sind; der Fruchtberechtigte, welcher über diese Grenze hinaus Bäume schlägt und sich aneignet, zieht nicht Früchte, sondern verzehrt einen Theil der Hauptsache selbst und wird ersatzpflichtig; D. sol. matr. l. 7 § 12, de usufr. l. 9 § 7 l. 10, 11, 12 pr., de usu. 7, 8 l. 22 pr., de V. S. 50, 16 l. 77.

b. Dagegen muß der Begriff der natürlichen Frucht in anderen Beziehungen erweitert werden. Es giebt nämlich manche Ausbeute aus Grund und Boden, welche nicht ein Erzeugnis des Bodens ist, sondern aus anderen Bestandtheilen desselben besteht, die aber nach der Bestimmung des Grundstücks und nach wirthschaftlichen Grundsätzen von der Sache zu trennen und deßhalb zu den Einkünften zu rechnen ist, welche die Sache aus sich abwirft; deren Bezug fällt daher nicht in die Kategorie einer Minderung und Verschlechterung der Hauptsache, sondern in die der Benutzung und des Fruchtgenusses derselben, wie z. B. die Ausbeute von im Betriebe stehenden Bergwerken, Steinkohlenlagern, Sand-, Lehm- und Torfgruben, Steinbrüchen, von Mineralquellen u. dergl. Eine solche Ausbeute ist juristisch noch zu den natürlichen Früchten der Sache zu zählen, und wer das Recht auf Fruchtgenuß der Sache hat, kann auch sie ansprechen; D. sol. matrim. l. 7 § 13, 14, l. 8 pr., de usufr. l. 9 § 2, 3 l. 13 § 5, de V. S. l. 77.

c. In Rechtsverhältnissen zu Dritten ist daher natürliche oder eigentliche Frucht jedes organische Erzeugnis der Sache und jede andere unmittelbare Ausbeute aus derselben, so weit der Bezug jenes Erzeugnisses und diese Ausbeute nach der Bestimmung der Sache und nach dem ordentlichen Gebrauche derselben und nach wirthschaftlichen Grundsätzen unter den Begriff der bloßen Benutzung der Sache im Gegensatze zu ihrer Beeinträchtigung und Minderung fällt. S. Mein Württemb. Privatrecht II § 42, und nun auch Unger System des östreichischen Privatrechts II § 462 f. Die römischen Juristen setzten häufig den fructus in diesem Sinne die übrigen Accessionen der Sache entgegen, verstanden also dann unter den Letzteren alle Accessionen, so weit sie nicht unter den Fruchtbegriff fallen, z. B. D. de in diem addict. 18, 2 l. 2 § 1.

II. Das römische Recht enthält noch eine andere Beschränkung des Fruchtbegriffes, die sich auf Kinder einer Sklavin bezieht, also für uns unpraktisch ist. Das Kind einer Sklavin ist Accession der letzteren, gehört daher dem Eigenthümer der Sklavin; D. de usur. 22, 1 l. 28 § 1. Allein den Fruchtbegriff wendeten die Römer, obwohl sie die Sklaven, als rechtlose Wesen, zu den Sachen zählen (D. de op. serv. 7, 7, l. 4, usufr. quemadm. 7, 9 l. 5 § 3, ad SC. Treb. 36, 1 l. 22 § 3 „servi vel aliae res"), doch nicht auf das Kind

der Sklavin an; partus ancillae in fructu non est, I. de R. D. 2, 1 § 37, D. de usufr. 7, 1 l. 68 pr. Die verschiedenen Gründe, welche die römischen Juristen dafür anführen (s. die angeführten Stellen und D. de H. P. 5, 3 l. 27 pr.) erklären sich theils durch den sprachlichen Zweifel, ob das Wort fructus hier anwendbar sei, theils durch ein sittliches Gefühl, das sich sträubte, hierin der Gleichstellung der Sklaven mit den Thieren volle Konsequenz zu geben (zwar war ein ususfructus an Sklaven möglich; aber zu den fructus der Sklaven zählte man bloß den Ertrag ihrer Dienste oder was sie durch Vermögen des Nießbrauchers, ex re fructuarii, erwarben oder ihnen aus Rücksicht auf den fructuarius geschenkt oder vermacht wurde, D. de usufr. 7, 1 l. 21—26, de op. serv. 7, 7 l. 4). Hiernach behandelte das römische Recht den partus ancillae zum Theile nach anderen Rechtsgrundsätzen, als die Früchte einer Sache, z. B. der bonae fidei possessor der Sklavin erwirbt ihn nicht, der Nießbraucher der Sklavin kann ihn nicht ansprechen (l. 68 de usufr.) ꝛc. Dies zu beachten ist in so fern wichtig, als wir hiernach Das, was im römischen Recht vom Sklavenkinde gesagt ist, nicht durchaus auf Früchte von Sachen, z. B. auf die Jungen von Thieren anwenden dürfen.

Die Verwendungen auf eine Sache.

§ 67.

Viele zählen zu den Nebensachen auch noch die Verwendungen auf eine Sache, die impensae (oder expensae, Aufwand). Unter Verwendungen versteht man Auslagen und Kosten, welche für eine Sache aufgewendet werden, sei es durch Verwendung in die Sache (was Viele impensae im engern Sinne nennen), z. B. Reparatur eines Hauses, Düngen eines Feldes, sei es auf andere Weise zum Besten einer Sache (was Viele expensae nennen), z. B. Zahlung der auf einem Grundstück ruhenden Abgaben. Allein solche Verwendungen sind keine Nebensachen. Aber es kann durch eine Verwendung eine Nebensache entstehen, sei es durch Zuwachs, z. B. wenn ich in meinem Garten einen Baum pflanze, oder eine bloße Pertinenz, z. B. wenn ich zu meinem Schrank einen Schlüssel machen lasse. Bei diesen Verwendungen ist die Frage wichtig, ob, wenn Jemand auf eine fremde Sache Aufwand macht, er dafür von einem Andern, z. B. vom Eigenthümer Ersatz fordern kann. Allein darüber läßt sich außer dem in der Beilage Ausgeführten etwas Allgemeines nicht sagen, da es hierbei ganz auf die Art des Verhältnisses ankommt, in welchem die Verwendung gemacht wurde.

Beilage. Vgl. Glück Pandekten Bd. 27 S. 382—95, 429 f., B. W. Leist Civilistische Studien II S. 20—60.

I. Bei der Frage, ob man, wenn man auf eine fremde Sache Aufwand gemacht hat, das Recht habe, von Demjenigen, welchem die Sache gehört, Ersatz für den gemachten Aufwand zu verlangen, kommt es, so fern nicht der Letztere

uns beauftragte den Aufwand zu machen (denn dann muß er für jede Auslage haften, die wir in seinem Auftrage machten), auf die Natur des Aufwandes und auf die Verhältnisse des Eigenthümers (ob diese ihm einen solchen Aufwand gestattet haben würden) und seine Interessen (D. de R. V. 6, 1 l. 38, de pign. act. 13, 7 l. 25) an. In dieser Hinsicht sind folgende Verschiedenheiten von Wichtigkeit:

1) Impensae necessariae, nothwendiger Aufwand, d. h. Aufwand, welcher gemacht wurde, um die Sache zu erhalten, sie gegen Verschlechterung zu schützen oder sonst Schaden in Beziehung auf sie abzuwenden, quae si factae non sint, aut res peritura aut deterior futura sit; D. de V. S. 50, 16 l. 79 pr., de impens. in res dot. fact. 25, 1 l. 1 pr. § 1, 3 l. 2, l. 4 l. 14 pr. Dahin gehören z. B. Reparaturen schadhaft gewordener Gebäude (D. l. c. l. 1 § 3 l. 4 l. 14 pr.), außer das Gebäude wäre ein solches, dessen Erhaltung nicht im Interesse des Eigenthümers lag, l. 1 § 3 cit., Errichtung solcher Gebäude, die zur Benutzung eines Grundstücks ganz unentbehrlich sind (D. de impens. in res dot. l. 1 § 3), Auslagen für Ernährung oder Kur von Thieren, nothwendige Einfriedigung eines Grundstücks, Schutz desselben durch Dämme gegen eindringendes Wasser u. dergl. (D. l. c. l. 2 l. 14), Bestreitung der auf einem Grundstücke ruhenden Lasten, z. B. der öffentlichen Abgaben, und alle diejenigen Besorgungen in Betreff der Sache, welche in den Bereich der gewohnten Besorgungen des Eigenthümers fallen, sollten sie auch zunächst nur auf Nutzen abzielen; l. 1 § 3 l. 3 pr. l. 14 pr. a. E. eod.

2) Impensae utiles, nützlicher Aufwand, d. h. jeder Aufwand, durch welchen die Sache ertragreicher wurde oder sonst einen vom Eigenthümer nach seinen Verhältnissen benutzbaren pekuniären Vortheil gewährt, D. de V. S. l. 79 § 1, de impens. in res dot. 25, 1 l. 5 § 3 l. 6, l. 8, l. 14 § 1. Hierher gehört auch die Errichtung eines Gebäudes auf fremdem Boden, wenn dadurch der Ertrag, z. B. durch Vermiethbarkeit des Gebäudes, erhöht wird und der Aufwand mit den Verhältnissen des Eigenthümers des Bodens verträglich war (D. de R. V. 6, 1 l. 38, de pign. act. l. 25, de V. S. l. 79 § 1), ferner jeder andere Aufwand, durch den die Sache in ihrem Marktwerthe steigt, falls sie dem Eigenthümer feil ist (D. de R. V. l. 28, l. 29, l. 38 a. E., de impens. in res dot. l. 10), oder die Sachen zu ihren Zwecken brauchbar gemacht, z. B. ein rohes Pferd eingefahren wird, oder sonst die Interessen des Eigenthümers gefördert werden; D. de pign. act. l. 25, de impens. in res dot. l. 5 § 3 l. 6.

3) Impensae voluptariae oder voluptuosae. Dies ist nicht bloß ein Aufwand, der bloß dazu dient, die Annehmlichkeit der Sache zu erhöhen oder sie zu verschönern, auszuschmücken und zu zieren, sondern es gehört hierher überhaupt jeder Aufwand, der nicht unter die Kategorie von Nr. 1 oder von Nr. 2 fällt, also ein bloßer Luxusaufwand und jeder andere unnöthige und unnütze Aufwand. D. de V. S. l. 79 § 2, de impens. in res dot. 25, 1 l. 7 pr. l. 14 § 2, de her. pet. 5, 3 l. 39 § 1, de in rem vers. 15, 3 l. 3 § 4.

II. Bei der Ersatzfrage bestimmt sich der Begriff der impensae necessariae und utiles bald nach dem wirklichen Erfolg, den der Aufwand hatte, und so weit er ihn hatte, d. h. in manchen Fällen gilt nur der Aufwand als nothwendig, durch den der unter Nr. I, 1 angegebene Zweck wirklich erreicht wurde, als nützlich nur der, durch den die Verwendung wirklich den unter Nr. I, 2 angegebenen Erfolg hatte (s. z. B. die Lehre von der rei vindicatio), bald kommt es nicht darauf, sondern nur auf den Zweck an, zu welchem der Aufwand gemacht wurde, z. B. gilt der Aufwand als nothwendig, der zum Zweck der Erhaltung der Sache, wenngleich vergeblich, gemacht wird (s. z. B. die Lehre von den negotiorum gest.); D. de her. pet. 5, 3 l. 38 a. E., de neg. gest. 3, 5 l. 10 § 1 l. 12 § 2, de impens. in res dot. l. 4.

III. Wer die aus einer Sache gezogenen Früchte einem Andern wieder herausgeben oder ersetzen muß, kann den Betrag des Aufwandes, den er auf die Gewinnung und Aufbewahrung dieser Früchte gemacht hatte, stets von den

Früchten abziehen, D. de usur. 22, 1 l. 46, de her. pet. l. 36 § 5, C. de fructib. 7, 51 cst. 1.

IV. Wenn der Inhaber einer fremden Sache auf dieselbe Aufwand machte, aber der Fall der Art ist, daß er für den Aufwand vom Eigenthümer der Sache keinen Ersatz verlangen kann: so steht ihm doch in der Regel das Recht der Wegnahme, ius tollendi, zu. Vermöge dieses Rechts darf er, ehe er die Sache herausgiebt, das in sie Verwendete wieder wegnehmen und für sich behalten; aber selbst Dieses darf er in folgenden Fällen nicht: a. wenn Das, was er wegnehmen will, nach der Trennung weder an sich, noch für ihn einen Werth hätte, er es also aus bloßer Malice zerstören wollte, oder b. wenn die Hauptsache durch die Trennung verdorben würde und er nicht auf seine Kosten den alten Zustand der Sache völlig herstellen kann, oder c. wenn der Eigenthümer bereit ist, ihm denjenigen Werth zu ersetzen, den das Weggenommene nach der Wegnahme noch haben würde; D. de R. V. l. 37, 38, de her. pet. l. 39 § 1, de impens. in res dot. l. 9, de in rem verso 15, 3 l. 3 § 4, loc. 19, 2 l. 19 § 4, de adm. tut. 26, 7 l. 32 § 5, C. de R. V. 3, 32 cst. 5 a. E.

Viertes Kapitel. Allgemeine Grundsätze über Erwerb und Verlust der Privatrechte.

Erste Unterabtheilung. Erwerb und Verlust überhaupt.

Der Rechtserwerb.

§ 68.

(Arndts § 56.)

Zum Erwerb eines jeden Rechts wird erfordert:

1) die rechtliche Möglichkeit (die abstrakten Voraussetzungen) der Erwerbung. Dazu gehört:

a. die Befugnis, welche man erwerben will, muß eine solche sein, welche in den Gesetzen als mögliches Recht anerkannt ist[1] und der Erwerbende muß fähig sein, ein solches Recht zu haben[2].

b. Die juristische Thatsache, durch welche das Recht erworben werden soll, die Erwerbsart (der Erwerbsgrund, Erwerbstitel), muß eine solche sein, durch welche nach den Gesetzen das Recht erworben werden kann, also eine von den Gesetzen zu diesem Zweck als gültig und wirksam anerkannte[3].

2) Die wirkliche Erwerbung, der Erwerbungsakt. Sind im

---

[1] Z. B. A. behauptet, B. sei sein Sklave.

[2] Z. B. eine Frau will patria potestas über ihre Kinder erwerben.

[3] Z. B. ein Veräußerungsvertrag über ein Grundstück ohne Tradition giebt noch kein Eigenthum.

konkreten Falle die abstrakten Voraussetzungen der Rechtserwerbung (Nr. 1) wirklich vorhanden, so hat man nur die Möglichkeit der Rechtserwerbung. Zur wirklichen Erwerbung wird natürlich noch erfordert, daß die zur Erwerbung nöthige Thatsache für die Person, welche das Recht erwerben soll, wirklich auch eintrat, sich in ihr (nach allen nöthigen Seiten) verwirklichte (die faktische Seite der Erwerbung)[4].

Von der Erwerbung eines Rechts muß man aber wohl unterscheiden seine juristische Realisirbarkeit, d. h. die Befugnis, es zur Zeit geltend zu machen. Denn es kann wohl sein, daß man ein Recht erworben hat, aber die Befugnis, es gegen den Verpflichteten geltend zu machen und zu verfolgen, noch nicht eingetreten, noch hinausgeschoben, die actio noch nicht nata ist[5]. Die Römer drücken dies bei Forderungen und Vermächtnissen aus durch dies cessit und venit, d. h. dies cessit: es ist ein festes Recht erworben; dies venit: man darf das Recht auch geltend machen und verfolgen, z. B. wenn ich Jemandem eine Summe auf sechs Monate zum Darlehn gebe, so habe ich sofort ein Recht gegen ihn aus dem Darlehn, eine Forderung erworben, er ist mir die Summe schuldig (dies obligationis cessit), aber geltend machen kann ich meine Forderung vorerst noch gar nicht, sie ist noch nicht fällig (nicht verfallen, dies nondum venit); ich kann sie erst geltend machen, wenn die 6 Monate abgelaufen sind; erst dann: dies venit. In der Regel aber fallen beide Zeitpunkte zusammen, d. h. hat man ein Recht erworben, so kann man es in der Regel und im Zweifel auch sofort geltend machen, es ist auch fällig (dies cessit et venit)[6].

Von dieser juristischen Realisirbarkeit ist wesentlich verschieden die bloß faktische. Jene kann vorhanden sein und diese doch fehlen. Dies ist der Fall, wenn bloß durch äußere faktische Umstände (nicht durch Bestimmungen des Rechts) die Realisirung eines Rechts, das man geltend zu machen befugt ist, ganz oder theilweise gehindert wird; z. B. wenn mein Schuldner (von dem ich 1000 M., heute zahlbar zu fordern habe) mir Nichts zahlen kann, weil er Nichts hat. Zur Rechtserwerbung wird meist eine Mitwirkung des Willens Dessen,

[4] Diese Thatsache bildet den Erwerbsgrund, den sog. Titel des Rechts (Nr. 1 b), d. h. den nächsten Grund, aus dem ich mein Recht herleite.

[5] Actio nata ist nichts Anderes, als die juristische Realisirbarkeit des Rechts.

[6] D. de V. S. 50, 16 l. 213 pr.; quando dies legator. 36, 2 tot. tit.

der erwerben soll oder seines Vertreters erfordert. Es giebt aber auch Erwerbsarten, bei denen die Erwerbung ohne alle Mitwirkung jenes Willens und unabhängig von demselben, bloß in Folge einer gewissen äußeren Thatsache (ipso iure in diesem Sinn) eintritt.

Für das Rechtsverhältnis bei einem erworbenen Recht kann in Manchem die Verschiedenheit der Natur des Weges überhaupt, auf dem man ein Recht erwirbt, von Bedeutung sein. In dieser Hinsicht ist zu unterscheiden:

I. entgeltlicher und unentgeltlicher Erwerb. Entgeltlich oder oneros ist ein Erwerb, wenn und so weit für ihn eine Gegenleistung zu geben ist, also eine Last zu übernehmen, z. B. beim Erwerb durch Tausch. Unentgeltlich, lukrativ heißt er, wenn und so weit für ihn eine Gegenleistung nicht zu geben ist. Im ersteren Falle hat man das Erworbene, wie wir es ausdrücken, aus einem entgeltlichen oder lästigen oder beschwerenden Titel (sog. titulus onerosus), im letzteren Falle dagegen hat man es aus einem lukrativen oder unentgeltlichen Titel (sog. titulus lucrativus) oder wie die Römer sagen: ex causa lucrativa, ex liberalitate.

II. Ursprünglicher und abgeleiteter Erwerb. Abgeleitet ist ein Erwerb:

1) wenn ein bereits existirendes Recht einer Person von dieser auf einen Andern in der Art übergeht, daß er in das Recht und in die Stelle der bisher berechtigten Person eintritt, von ihr das Recht herleitet und es lediglich durch diesen Eintritt (in das Recht der bisher berechtigten Person) hat, also es nur so hat, wie es diese hatte, z. B. wenn man vom Eigenthümer einer Sache sein Eigenthum durch Tradition oder durch Vermächtnis erwirbt oder den Nachlaß eines Verstorbenen durch Erbschaft erwirbt, oder wenn ich die Forderung, die Jemandem zusteht, dadurch erwerbe, daß er sie mir cedirt. Die Person, in deren Recht man so eintritt, heißt der Vorgänger, Vormann, auctor des Erwerbenden, weil sie für ihn (den Erwerbenden) gleichsam Urheber seines Rechts ist[7]. Die Erwerbsart ist in solchem Fall eine abgeleitete (richtiger: ableitende, sog. modus adquirendi deri-

[7] D. de R. I. 50, 17 l. 175 § 1. — Arndts l. c. Anm. a. b.

vativus); ein solcher Eintritt in das Recht[8] des Auktors ist eine successio[9], Rechtsnachfolge[10].

2) Abgeleitet ist auch ein Erwerb, wenn Jemand einen Ausfluß seines Rechts auf uns überträgt, ein Fall, in welchem im Wesentlichen die Grundsätze von der successio eintreten[11].

Ursprünglich oder originär ist ein Rechtserwerb, wenn das Recht, so zu sagen, erst im Erwerbenden seine Existenz bekommt, in ihm selbständig und unabhängig vom Recht einer anderen Person entstanden ist[12].

III. Der Erwerb durch Succession kann erfolgen, entweder durch Universalsuccession oder durch Singularsuccession. Er bestimmt sich nach folgenden allgemeinen Grundsätzen.

A. Die Universalsuccession oder Gesammtnachfolge. Es giebt Fälle, in denen Jemand das Vermögen einer Person als (ideale) Einheit durch eine einzige juristische Thatsache so erwirbt, daß durch diese eine Thatsache das (ideale) Ganze des Vermögens, also auch sämmtliche zum Vermögen gehörende Einzelheiten, das Eigenthum aller Sachen, die der Person gehörten, die Forderungen, die ihr zustanden, und in der Regel auch alle ihre Schulden auf den successor übergehen. Dies ist die Universalsuccession (Gesammtnachfolge oder Vermögensnachfolge), also der Eintritt in ein fremdes Vermögen

---

[8] Das Recht ist hier das Substantielle, Bleibende; nur das Subjekt, der Inhaber, wechselte.

[9] Der Successions-Begriff setzt voraus, daß der Auktor das Recht nicht mehr hat (z. B. Erbfolge) oder durch den Successionsakt verliert (z. B. Tradition).

[10] Über diese Succession s. besonders Hasse und Savigny (bei Arndts l. c. Anm. 2 cit.).

[11] Über denselben s. Beilage I Nr. 2 und über die Eintheilung in translativen und konstitutiven Erwerb (Arndts l. c. bei Note g.) s. Beilage I Abs. 2.

[12] Wenn es also schon von einer anderen Person erworben war und erst von dieser lediglich als ihr Recht auf einen Erwerber überging. Die Erwerbart ist in einem solchen Falle eine originäre, ursprüngliche (modus adquirendi originarius). Dahin gehört z. B. die Begründung einer Forderung (durch Vertrag oder Delikt), die bisher noch gar nicht bestand, so daß die Forderung in uns erst entsteht (Kauf, Darlehn ꝛc.), Erwerb des Eigenthums an einer res nullius durch Occupation, ferner Erwerb des Eigenthums durch Specifikation, Accession, Ersitzung. Zwar erwirbt man bei der Ersitzung und Specifikation, und oft auch bei der accessio eine Sache ins Eigenthum, die vorher einem Andern gehörte; aber man erwirbt sie nicht dadurch, daß man in das Recht des Andern eintritt; sein Eigenthum geht nicht auf den Ersitzenden ꝛc. über, sondern dieses erlischt durch die Ersitzung und man erwirbt das Eigenthum der Sache in selbständiger Weise ganz unabhängig vom früheren Eigenthümer und seinem Recht und es ist gleichgültig, ob sie Jemandem und wem sie vorher gehört hat.

[13] Die römischen Quellen bezeichnen sie durch successio per universitatem oder successio in omne ius, in universum ius, in omnia bona, successio universitatis. Vgl. Arndts l. c. Note c. e. und Anm. 2.

als Ganzes durch eine juristische Thatsache[13]. Eine juristische Thatsache, durch welche auf diese Weise ein fremdes Vermögen als Ganzes erworben wird, nennen wir modus adquirendi universalis. Vom Erwerber sagen wir, er habe das Erworbene titulo universali; wir nennen ihn einen Universalnachfolger, Gesammtnachfolger; die Römer: einen iuris successor oder successor schlechtweg im Gegensatz zum successor in singulas res (Lit. B.)[14]. Das Wesen dieser Universalsuccession liegt eben darin, daß man in das Vermögen einer Person als Einheit durch eine (einzige) juristische Thatsache eintritt und durch diesen einen Akt das Einzelne zum Vermögen Gehörige erwirbt, also bei ihr zum Erwerb der einzelnen Vermögensbestandtheile nicht je besondere Erwerbsakte nöthig sind. Dabei ist aber zu beachten, daß es auch eine Universalsuccession ist, wenn man durch eine (juristische) Thatsache bloß in eine Quote (in einen Bruchtheil, einen intellektuellen Theil) des Vermögens eintritt. Dies ergiebt sich daraus, daß der Bruchtheil immer auf das Ganze sich erstreckt, also auch auf jedes einzelne im Ganzen enthaltene Stück, aber natürlich nur zu einer Quote, einem Bruchtheil (§ 64, Nr. II). Es erwirbt daher der Nachfolger, der durch eine juristische Thatsache in eine Quote ($1/2$, $1/3$ ꝛc.) des gesammten Vermögens eintritt, jedes einzelne dazu gehörige Stück und deßhalb ist er Universalnachfolger; aber er erwirbt das Ganze und alles Einzelne nur zu seiner Quote, er ist Universalnachfolger pro parte; z. B. wenn A. und B. von N. zu Erben ernannt waren, jeder zu $1/2$, so erwirbt durch den Erbschaftsantritt A. an jeder einzelnen Sache, die N. hinterließ und von jeder seiner Forderungen $1/2$, die andere Hälfte B. — Eine solche Universalnachfolge beruht auf einer besondern Abstraktion und ist daher nur in den Fällen anzunehmen, für welche das bestehende Recht sie ausdrücklich festsetzt. Der häufigste und wichtigste Fall der Universalsuccession ist der der Erbfolge, weßhalb wir gewöhnlich die Universalnachfolger kurz durch „Erben" (und auch die Römer häufig durch heredes) bezeichnen. Die Fälle der Universalnachfolge sind nämlich:

1) Wenn der Inhaber eines Vermögens stirbt und nun ein Dritter allein oder Mehrere nach Bruchtheilen in die Gesammtheit seines Nachlasses eintreten, sei es unmittelbar als Erben oder mittelbar als Universalvermächtnisnehmer.

[14] D. de hered. inst. 28, 5 l. 9 § 12. I. de test. ord. 2, 10 § 11.

2) Wenn einer Person zur Strafe ihr Vermögen konfiscirt wurde (was namentlich wenn eine Person eine capitis deminutio maxima oder media zur Strafe erlitt, von selbst eintrat), so ging das Vermögen, sobald die Verurtheilung rechtskräftig erfolgt war, durch Universalsuccession auf den Fiskus über, die Schulden aber nur so weit das Aktivvermögen reichte[15]. Das ehemalige gemeine deutsche Recht kannte zwar auch Vermögenskonfiskationen als Strafen, durch welche eine Universalsuccession des Fiskus begründet wurde; allein sie sind jetzt in Deutschland ganz aufgehoben.

3) Wenn der Fiskus das Vermögen einer Person durch Erbfolge erwirbt (oder durch Konfiskation erwarb) und dann das Ganze an einen Dritten verkauft, so erwirbt dieser durch den einen Akt des Kaufvertrags das ganze Vermögen (Aktiven und Passiven)[16].

4) Das römische Recht kannte auch noch andere Fälle der Universalsuccession, die aber theils schon im spätern römischen Recht beseitigt wurden[17], theils wenigstens bei uns unpraktisch sind[18].

5) Das deutsche Recht behandelt als eine Art der Universalnachfolge auch die Succession in Lehen und in deutschrechtliche Familienfideikommisse.

Da bei der Universalsuccession das Vermögen als Ganzes auf den successor übergeht, so gehen auch die zum Vermögen gehörenden Schulden auf ihn über durch den einen Akt, durch welchen er das Vermögen erwirbt[19].

B. Singularnachfolge (Sondernachfolge, besser: Einzeln-Nachfolge; successio singularis). Diese ist vorhanden, wenn man in einzelne Rechte oder in einzelne Verbindlichkeiten eines Andern als solche, d. h. als Einzelheiten eintritt, so daß Jedes für sich durch eine besondere juristische Thatsache, durch einen besonderen juristischen Akt übertragen und erworben werden muß. Die Römer nennen dies succedere in singulas res oder in rem, in singula bona. Der Er-

---

[15] D. de don. int. vir. 24, 1 l. 31 pr.; C. de bon. praescriptor. 9, 49 cst. 4. 5.

[16] Arndts § 540 Note b und Anm. 1. D. de her. pet. 5, 3 l. 54 pr.

[17] Vgl. I. de succ. subl. 3, 13; de adquis. per arrog. 3, 11.

[18] Z. B. I. de eo cui libert. causa bona addicuntur 3, 12.

[19] Nur einige der unter Nr. 4 angeführten unpraktischen Fälle des römischen Rechts machten hiervon eine Ausnahme. S. Arndts l. c. Note d und Anm. 3.

werber ist hier Singularnachfolger (Sondernachfolger, sog. successor singularis) des auctor[20]. — Die Fälle der Singularnachfolge sind:

1) die Erwerbung eines Singularvermächtnisses und die Erwerbung durch mortis causa donatio;

2) die Erwerbungen durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden. Bei diesen ist jede Nachfolge eine Singularnachfolge, indem durch solche Geschäfte eine Universalnachfolge nicht begründet werden kann[21]. Denn man kann durch ein Geschäft unter Lebenden, z. B. durch Verkauf, Schenkung, Tausch und Tradition niemals ein Vermögen als Ganzes (in einem Akt) auf einen Andern übertragen, schon weil man sich nicht einseitig ohne Zustimmung des Gläubigers seiner Schulden entledigen kann[22]. Aber auch das bloße Aktivvermögen kann man unter Lebenden nicht durch einen Akt, z. B. durch einen Vertrag, auf Andere übertragen. Denn das Eigenthum meiner Sachen kann ich nur durch Tradition der einzelnen Sachen übertragen und meine Forderungen nur durch Cession jeder einzelnen Forderung[23].

3) Es giebt auch Fälle der Singularnachfolge, in denen sie nicht durch Rechtsgeschäfte vermittelt wird[24].

C. Mit der Singularsuccession ist nicht identisch der Singularerwerb. Die erstere ist nur ein Fall des letzteren; denn der Singularerwerb ist nicht immer Erwerb durch successio. Singularerwerb nämlich ist, wenn man (nicht ein Vermögen als Ganzes durch eine einzige Thatsache, sondern) bloß einzelne Vermögensrechte als einzelne erwirbt. Dies kann geschehen durch Succession (nämlich in den unter B angeführten Fällen); es kann aber auch geschehen durch eine originäre Erwerbsart, z. B. wenn ich eine res nullius durch Occupation, eine fremde Sache durch Ersitzung, Specifikation, Accession erwerbe; in diesen Fällen ist der Erwerb zwar ein Singularerwerb, aber keine Succession (s. Nr. II); der Universalerwerb dagegen ist

[20] Die Römer bezeichnen ihn gewöhnlich konkret (nicht durch successor singularis) durch Beziehung auf die häufigsten Wege, wie man Singularnachfolger wird, durch emtor, legatarius, is cui donatur, etc.

[21] Mit Ausnahme des unter A. 3 angeführten Falles.

[22] C. de pact. 2, 3 cst. 25.

[23] Vgl. Savigny Syst. Bd. IV. S. 136f.

[24] Dahin gehören die Fälle bei Arndts § 146 (adiudicatio); § 147 (commissa); § 328 (missio in possessionem ex secundo decreto); § 376 (dominium impetratum pignoris).

stets bloß ein Erwerb durch Succession; denn ein Vermögen als Ganzes durch einen Akt kann nur im Wege der Succession erworben werden.

Die juristischen Thatsachen, welche einen Singularerwerb begründen, nennen wir Singularerwerbarten (sog. modi adquirendi singulares). Der Erwerber hat das Erworbene, wie wir es ausdrücken, titulo singulari.

D. Bei allen Successionen gelten folgende wichtige gemeinsame Grundsätze:

1) Succedirt Jemand einem Andern in sein Recht, so gehen auch die mit dem Recht verbundenen Nebenrechte auf den successor über, sollte auch darüber Nichts ausdrücklich verabredet worden sein[25].

2) Mehr, als man hat, kann man auf einen Andern durch Succession nicht übertragen[26]. Hieraus folgt namentlich

a. Wenn dem auctor das Recht, welches sein successor von ihm herleitet, gar nicht gehörte, so erwirbt der successor das Recht nicht[27]; außer wenn der auctor ermächtigt war, im Namen des wahren Berechtigten es zu übertragen, z. B. im Auftrage desselben[28].

b. Derjenige, welchem ein Recht nicht zukommt, kann natürlich auch nicht Bestandtheile oder Ausflüsse dieses Rechts auf Andere übertragen. Wer z. B. das Eigenthum, also die rechtliche Herrschaft über die Sache nicht hat, kann auch nicht einzelne Herrschafts-Rechte an der Sache, z. B. Pfandrechte, Servituten einem Andern gültig einräumen[29].

c. Wenn dem auctor das Recht, welches er überträgt, zwar wirklich zustand, aber nur beschränkt oder mangelhaft, so kann es nur mit diesen Beschränkungen und Mängeln auf seinen successor übergehen, z. B. wenn ich eine Sache, die mir gehört, an einen Andern veräußere, mein Eigenthum ist aber beschränkt durch iura in re, die einem Dritten an der Sache zustehen (z. B. der Dritte hat ein Pfandrecht, eine Servitut an der Sache), so geht mein Eigenthum auf meinen successor nur mit der dinglichen Last über, die auf der Sache liegt; er erwirbt nur beschränktes Eigenthum (Beilage II, Nr. I).

---

25 D. de her. vend. 18, 4 l. 6; de exc. rei vend. 21, 3 l. 3 pr.
26 D. de R. I. 50, 17 l. 52, l. 143, 160 § 2 l. 175 § 1, l. 177 pr.
27 D. de adq. rer. domin. 41, 1 l. 20 pr.
28 I. quib. alienare 2, 8 § 1; de rer. div. 2, 1 § 42. 43.
29 D. commun. praed. 8, 4 l. 6 pr. in fine; C. si aliena res. pign. 8, 16 cst. 6.

Wenn ich eine Forderung, welche ich gegen A. habe, dem B. abtrete, die Forderung aber ist eine anfechtbare (§ 84 Nr. II), so erwirbt mein successor B. nur eine anfechtbare Forderung; A. kann also auch gegen ihn sie anfechten[30].

d. Persönliche Verpflichtungen aber, Obligationen, welche der auctor in Beziehung auf das Recht oder die Sache, welche er auf den Singularnachfolger übertrug, kontrahirt hatte, gehen nicht auf den Singularnachfolger über; denn Schulden sind nicht Lasten oder Beschränkungen, die auf dem übertragenen Gegenstande liegen, sondern Lasten, die bloß die Person des auctor verpflichten, bloß ihn binden[31]. — Bei der Universalsuccession ist dies natürlich anders; denn auf den Universalnachfolger gehen ja auch die Schulden des auctor über. Wer also durch Universalnachfolge Sachen vom auctor erwirbt, muß alle Obligationen erfüllen, welche der auctor in Beziehung auf die Sache kontrahirte.

3) Von den Grundsätzen unter Nr. 2, die ganz im Rechtsbegriffe liegen, machte das römische Recht eine nicht zu rechtfertigende Ausnahme zu Gunsten des Fiskus und des Regenten, wenn diese Etwas veräußern; eine Ausnahme, welche von Vielen auch noch bei uns für anwendbar gehalten wird, jedoch mit Unrecht. Das Nähere s. Beilage II, Nr. V.

Beilage I. Der abgeleitete oder derivative Erwerb ist 1. ein Erwerb durch Rechtsnachfolge (Succession), d. h. wenn das Recht eines Anderen, wie es bei ihm als besonderes Recht bestand, von ihm auf uns übergeht; 2. ein Erwerb eines Rechts, welches in dem Anderen, von Dem wir es herleiten, nicht als besonderes Recht bestand, sondern nur ein Ausfluß eines ihm zustehenden allgemeineren Rechtes ist. Auch in diesem letzteren Falle leiten wir das erworbene Recht von dem Anderen ab; es ist aus seinem Recht entsprungen; er ist der Auktor unseres Rechts und auch hier gilt derselbe Grundsatz, der bei der Succession gilt, d. h. der Auktor kann nicht mehr übertragen, als er selbst hat, also auch nicht einen Ausfluß aus einem Rechte übertragen, das er nicht hat. Aber nicht sein Recht geht in solchen Fällen auf uns über, wir treten nicht an seine Stelle; er behält sein Recht und trägt bloß in Folge der ihm über den betreffenden Gegenstand zustehenden rechtlichen Herrschaft ein besonderes Recht auf uns über, durch das er sein Recht beschränkt (s. auch Puchta Vorlesungen § 47); es sind dies daher Fälle eines abgeleiteten Erwerbs; z. B. wenn der Eigenthümer einer Sache mir eine Servitut oder ein Pfandrecht an seiner Sache bestellt: so entsteht erst durch eine solche Bestellung die Dienstbarkeit oder das Pfandrecht als ein besonderes Recht, da der Eigenthümer an seiner eigenen Sache eine Servitut oder ein Pfandrecht als ein besonderes Recht neben seinem Eigenthum nicht haben kann (indem diejenige Herrschaft über die Sache, welche in diesen Rechten liegt, schon in seinem allgemeineren Recht, dem Eigenthum,

[30] D. de R. I. 50, 17 l. 143; de exc. rei vend. 21, 3 l. 3 § 1.
[31] S. Beilage II Nr. I 2 und 3 § 36 Nr. III 4.

enthalten ist, und er nicht ein dieses Eigenthum, also ihn selbst und sein eigenes Recht, beschränkendes Recht haben kann); aber er kann ein solches Recht als Ausfluß seines Eigenthumsrechtes und als Beschränkung desselben einem Dritten ganz gültig bestellen. Deßhalb sagt die l. 63 de usufr. 7, 1: quod nostrum non est, transferemus ad alios, veluti is, qui fundum habet, quamquam usumfructum non habeat, tamen usumfructum cedere potest. Dies heißt aber nur so viel: es giebt Fälle, in welchen wir ein Recht, das als ein besonderes für sich bestehendes in unserer Person nicht existirt, auf einen Anderen übertragen können, nämlich wenn es der Ausfluß eines uns zukommenden allgemeineren Rechtes ist. Denn in Wahrheit überträgt hier der Eigenthümer Etwas, was ihm wirklich gehörte, d. h. einen Ausfluß seines Eigenthumsrechtes.

Darauf bezieht sich zum Theil die Eintheilung des Erwerbs in konstitutiven und translativen, welche früher häufig in dem Sinne gemacht wurde: konstitutiv sei ein Erwerb, wenn das erworbene Recht entweder a. noch gar nicht existirte oder b. wenigstens als ein besonderes Recht nicht existirte (s. Nr. 1), translativ sei er, wenn das erworbene Recht schon vorher als ein besonderes in der Person des Übertragenden existirte, z. B. Jemand sein Eigenthum an seiner Sache auf einen Anderen überträgt, seine Forderung einem Anderen abtritt. — Allein diese Eintheilung vermischt sehr Heterogenes (der konstitutive Erwerb würde nach ihr Fälle des originären Erwerbs und Fälle des abgeleiteten begreifen) und schließt, von Anderem abgesehen, vom translativen Fälle aus, in welchen wirklich durch Translation erworben wird (Lit. b). Translativ kann man nur die ableitenden Erwerbsarten nennen; aber jede ableitende (Nr. 1 u. 2) ist translativ; im Gegensatz davon könnte konstitutiv nur der originäre Erwerb sein. Namentlich ist zu beachten, daß der Erwerb durch Ersitzung nicht ein translativer ist; denn durch ihn wird nicht das Recht des bisher Berechtigten auf den Ersitzenden übertragen, sondern dieses erlischt und in dem Ersitzenden entsteht ein ganz neues Recht; s. Mein Superficiar- oder PlatzrechtS. 107, Windscheid Pand. § 221 Note 6.

Beilage II. Beim Erwerb durch Rechtsnachfolge und zwar durch Singularsuccession ist noch Folgendes zu beachten:

I. Es versteht sich von selbst, daß mit einem Rechte die Lasten und Beschränkungen, denen der Auktor des Rechts unterworfen ist, in der Regel nur dann auf den Erwerber des Rechtes übergehen, wenn durch sie das übertragene Recht selbst afficirt wurde, d. h. wenn sie wirkliche Lasten und Beschränkungen dieses Rechts waren. Dieses wohl zu beachten ist besonders bei der Übertragung dinglicher Rechte, namentlich des Eigenthums, von Wichtigkeit. Wenn nämlich

1) das übertragene dingliche Recht mangelhaft oder beschränkt ist: so geht es mit dem Mangel und der Beschränkung auf den Nachfolger über, auch wenn er bloßer Singularnachfolger im dinglichen Rechte ist, D. de domin. 41, 1 l. 20 § 1; z. B. wenn an meiner Sache Jemand ein Recht, durch welches das Eigenthum beschränkt wird, z. B. ein Pfandrecht oder eine Servitut (dingliche Rechte) erworben hat, und ich veräußere die Sache an einen Dritten und trage das Eigenthum derselben auf ihn über: so bleiben Pfandrecht und Servitut auf ihr haften und können auch gegen den neuen Eigenthümer geltend gemacht werden. — Wenn aber

2) der Auktor in Beziehung auf den übertragenen Gegenstand bloß durch eine persönliche Verpflichtung gegen einen Dritten beschränkt ist, betreffe sie die Benutzung oder selbst das Behalten der Sache, also die Beschränkung bloß in einer Obligation des Auktors besteht: so geht sie mit der Übertragung des Gegenstandes nicht auf seine Singularnachfolger über, weil durch unsere Obligationen nur wir für unsere Person gebunden werden und in der Regel auch unsere Universalnachfolger, namentlich unsere Erben, nicht aber auch unsere Singularnachfolger. Wenn daher der Eigenthümer einer Sache obligirt ist, den Gebrauch derselben einem Anderen zu überlassen, z. B. aus einem Mieth-

oder Pachtvertrag: so geht diese Verpflichtung nicht auf Den über, welcher von ihm das Eigenthum der Sache in Folge eines Veräußerungsvertrags oder eines Vermächtnisses erwirbt. Ebenso ist es, wenn die Obligation auf Übertragung der Sache selbst geht; wenn z. B. A. sein Haus an mich verkauft, aber noch nicht übergeben hat (so daß er mir zur Übertragung der Sache bloß persönlich verpflichtet ist), oder er das Haus von mir in Folge eines Vertrags erhalten hatte, ich aber, weil das Geschäft wegen Betrugs anfechtbar war oder weil ich ein pactum de retrovendendo mit ihm geschlossen hatte, von ihm fordern kann, daß er mir das Haus zurückgebe: so sind dies bloß Obligationen, die A. gegen mich kontrahirt hatte und die ihn bloß für seine Person binden (und auf seinen Universalnachfolger mit seinen übrigen Schulden übergehen); aber Last des Hauses sind sie nicht; es sind keine Rechte, die gegen die Sache selbst gehen und durch welche das Eigenthum am Hause afficirt und beschränkt würde; vielmehr ist das Eigenthum in solchen Fällen an sich ein freies; wenn daher A. das Haus, statt es mir zu übergeben, an den B. veräußert und durch Tradition das Eigenthum auf ihn überträgt: so erwirbt B. freies Eigenthum am Hause, jene Obligationen aber, in denen A. zu mir steht, kann ich nicht gegen B., den bloßen Singularnachfolger meines Schuldners, geltend machen, da auf den Singularnachfolger die Schulden des Auktors nicht übergehen; ich kann in solchen Fällen mich bloß an den mir obligirten A. halten und von ihm Entschädigung verlangen: C. de her. vend. 4, 39 cst. 6; de rei vind. 3, 32 cst. 15; de locat. 4, 65 cst. 9 D. locat. 19, 2 l. 32. In gleicher Weise verhält es sich

3) wenn ein solcher zur Herausgabe der Sache obligirter Eigenthümer vor dieser Herausgabe Dritten dingliche Rechte (iura in re) an der Sache einräumt. Denn die bloße Obligation, in welcher der Eigenthümer mit Demjenigen steht, dem er die Sache herauszugeben hat, bindet nur ihn persönlich und seinen Erben, beschränkt aber nicht das Eigenthum an der Sache, vermöge dessen er befähigt ist, dingliche Lasten auf sie zu legen; seine Obligation kann also nicht gegen Denjenigen wirken, welcher von ihm ein ius in re erwarb. Wenn daher A. obligirt ist, mir seine Sache zu überlassen, sei es in Folge eines Vertrages oder weil ich ihn aus einem der unter Nr. 2 angeführten Gründe auf Zurückgabe der Sache belangen kann, er aber, ehe er mir die Sache herausgiebt, dem X. ein Pfandrecht und dem Z. eine Servitut an der Sache einräumt, so bleiben diese Rechte, auch wenn er mir später die Sache herausgiebt und sein Eigenthum an ihr auf mich überträgt, an der Sache unanfechtbar bestehen und ich habe bloß gegen ihn und seine Erben eine persönliche Entschädigungsklage aus der Obligation, in der ich mit ihm stehe, da er diese gegen mich durch jene Belastung der Sache verletzte; D. de aed. ed. 21, 1 l. 43 § 8 l. 21 § 1. Das Eigenthum ist in solchen Fällen ein sog. dominium ex nunc revocabile.

II. Zu solchen bloß obligatorischen Beschränkungen des konkreten Eigenthümers einer Sache (Nr. I 2, 3) gehört auch der Fall, wenn Jemand in Folge eines Vertrags auf einen Andern das Eigenthum seiner Sache bloß auf eine gewisse Zeit (Endtermin, ad diem certum, d. h. bei welchem bloß das an gewiß ist, mag das quando sich berechnen lassen oder nicht) überträgt, z. B. auf 30 Jahre oder auf seine Lebenszeit. Auch hier ist der Empfänger bloß persönlich verpflichtet, nach Ablauf der Zeit das Eigenthum an den Geber oder dessen Erben zurückzuübertragen, was nur durch Tradition der Sache geschehen kann; der Geber hat zu diesem Zwecke bloß eine persönliche Klage aus dem Vertrage gegen den Empfänger oder dessen Erben. Hieraus folgt: wenn der Empfänger die Sache an einen Dritten veräußert und auf diesen durch Tradition das Eigenthum überträgt, was er als Eigenthümer konnte: so kann der Rückerwerber nach Eintritt des dies certus die Sache nicht von diesem Dritten, überhaupt nicht von einem dritten Besitzer vindiciren, da er nicht Eigenthümer der Sache ist, sondern nur in Folge einer Obligation von Demjenigen, auf Den er die Sache übertragen hatte, die Zurückgabe der Sache und die Rückübertragung des Eigenthums ansprechen. Er kann sich daher bloß an Diesen und dessen Erben

mit einer persönlichen Klage aus dem geschlossenen Vertrage halten und von diesem Entschädigung verlangen (Nr. I 2). Ferner bleiben, wenn dieser Erwerber an der auf ihn übertragenen Sache Dritten dingliche Rechte einräumte, z. B. Pfandrechte und Servituten, und nach Eintritt des dies certus dem Rückerwerber die Sache herausgiebt, diese Rechte bestehen; der Rückerwerber hat wegen dieser Belastung der Sache bloß eine Entschädigungsklage aus dem Vertrage gegen seinen Kontrahenten und dessen Erben (Nr. I 3). — Dieses über die Bedeutung des Endtermins Gesagte war früher die herrschende Ansicht; vgl. dafür auch u. A. Puchta Pandekten und Vorlesungen § 142, Sintenis Civilrecht § 39 Note 9, Boecking Pandekten II S. 178, 179. Allein in der neueren Zeit wurde es sehr bestritten, namentlich von Fitting Über den Begriff der Rückziehung 1856 S. 66 ff. und in Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht II 1859 S. 259 Note 91, Vangerow Pandekten I § 96, § 301 Nr. II 3 (7. Ausgabe S. 151, 557), Arndts § 56 bei Anmerkung 4, § 128 bei Note d und in der Anmerkung, Windscheid Pandekten § 96 a. E., § 165 Note 8. Diese behaupten, der dies certus habe in solchen Fällen nicht bloß eine obligatorische oder indirekte, sondern auch so zu sagen eine dingliche oder direkte Wirkung, d. h. die Bedeutung, daß mit dem Eintritte des dies das Eigenthum ganz von selbst an den Rückerwerber zurückfalle, er also die Sache von Dem, welchem er sie ad diem übertragen habe, und von Dem, an welchen dieser sie etwa veräußert hatte, überhaupt von jedem Besitzer mit der Eigenthumsklage fordern könne, und die dinglichen Lasten, welche der Erwerber in der Zwischenzeit auf die Sache gelegt habe, ganz von selbst erlöschen. Allein keine Quellenstelle legt eine solche Wirkung, welche für den Verkehr sehr mißlich sein würde, dem bloßen Endtermine bei; aus allgemeinen Grundsätzen aber läßt sie sich in keiner Weise herleiten. Zwar wird von Vangerow, dem auch Arndts beitritt, behauptet, daß bei der Übergabe der Sache das übertragene Eigenthum durch Verabredung der Partieen der Dauer nach beschränkt werden könne, so daß mit dem Eintritte des dies nicht nur das Eigenthum an den Rückerwerber von selbst zurückkehren, sondern auch die vom interimistischen Erwerber getroffenen Dispositionen über die Sache selbst zusammenfallen; denn der Letztere könne, da sein Eigenthum der Dauer nach beschränkt sei, auch nur der Dauer nach beschränkte Rechte an der Sache einräumen. Allein durch einen Vertrag können die Partieen (abgesehen von dem Falle der Resolutivbedingung Nr. III) keineswegs das Eigenthum selbst objektiv in seiner Dauer beschränken. Eine solche Beschränkung könnte nur bedeuten, entweder, daß überhaupt das Eigenthum mit dem Eintritte des dies an der Sache erlöschen, also die Sache res nullius werden solle; dies ist aber durch Vertrag unmöglich, da eine solche Erlöschung des Eigenthums bloß durch Dereliktion geschehen kann; oder es könnte heißen sollen, das für den dermaligen Eigenthümer sein Eigenthum mit Eintritt der dies sofort verloren gehen und es auf den Rückerwerber ohne Weiteres, also durch einen sog. transitus legalis übergehen solle. Allein dies kann durch einen bloßen Vertrag von den Partieen nicht wirksam bestimmt werden, da in Folge eines Vertrages nur durch Tradition der Sache Eigenthum übertragen werden kann und die Partieen über diese gesetzliche Bestimmung sich nicht durch einen Vertrag hinwegsetzen können. So wenig daher die Verabredung wirksam ist, daß der Kontrahent das Eigenthum einer Sache nach Ablauf einer gewissen Zeit ganz von selbst erwerben soll, so wenig kann die Verabredung zulässig sein, daß das Eigenthum, welches ich ihm auf 30 Jahre oder bis an seinen Tod übertragen habe, von selbst und ohne Weiteres mit dem Eintritt des dies an mich zurückfallen soll; eine solche Verabredung kann nur den konkreten Eigenthümer obligatorisch beschränken. Das Gegentheil folgt auch nicht, wie Fitting und Vangerow glauben, aus l. 48 de pact. 2, 14; denn diese hat nur das an sich Mögliche und Zulässige im Auge und kann nicht sagen wollen, daß durch ein der Tradition beigefügtes pactum die Partieen alles ihnen Beliebige gültig bestimmen, also auch ein Aufhören des Eigenthums mit dem dies oder einen Übergang desselben ohne Tradition festsetzen und sich so über die Schranken des Gesetzes hinwegsetzen können. —

Eben so wenig läßt sich ein solches Resultat durch die Annahme begründen, es werde durch eine Übertragung des Eigenthums ad diem certum die Sache selbst gebunden (z. B. Fitting Begriff der Rückziehung S. 66 ff.), oder es werde der Wille des Erwerbers gebunden und aus einer solchen Gebundenheit ergebe sich als nothwendige Konsequenz die dingliche Wirkung (Windscheid Pandekten § 89 S. 249 f., § 91 Note 1 vgl. mit § 96 a. E.). Denn diese Prämisse (daß durch Verabredung der Partieen bei der Eigenthumsübertragung ad diem certum eine solche Gebundenheit in die Sache gelegt oder der Wille des Erwerbers in solcher Weise und mit solchen Wirkungen gegen Dritte gebunden werden könne) wäre erst zu beweisen, läßt sich aber nach dem Ausgeführten nicht erweisen. — Zu beachten ist aber, daß man in die vorliegende Frage nicht, wie es Manche thun, die Wirksamkeit eines Endtermins bei Bestellung einer Personalservitut, eines Pfandrechts, Emphyteutrechts und Superficiarrechts hereinmischen und aus dieser ein Argument ziehen darf. Diese iura in re können gar wohl in ihrer Dauer beschränkt werden, so daß ihre Erlöschung, welche einer besonderen Form nicht bedarf, mit dem Eintritte der dies sofort erfolgt, und die natürliche Konsequenz der Erlöschung eines solchen Rechtes ist, daß nun die Sache von der dinglichen Last frei, also das Eigenthum ein unbeschränktes wird und auch die Rechte, welche der Nießbraucher, Emphyteuta ꝛc. an seinem Rechte Dritten eingeräumt hatte, untergehen müssen, weil das Recht, von dessen Bestand die den Dritten eingeräumten Rechte abhingen, nicht mehr existirt. D. quib. mod. pign. 20, 6 l. 8 pr., s. auch Puchta Pandekten und Vorlesungen § 142 a. E.

III. Es giebt Fälle, in welchen durch die Möglichkeit eines Rückfalls das rückfällige (widerrufliche) Eigenthum selbst in der Art als dinglich belastet und gebunden angenommen wird, daß es, wenn der Umstand, von dem der Rückfall abhängt, eintritt, nicht nur von selbst (ipso iure) an den Rückerwerber fällt, sondern auch die Dispositionen, welche der vorige Eigenthümer in der Zwischenzeit zum Nachtheil des Rückfallsberechtigten über die Sache getroffen hatte, wieder aufgelöst werden und zusammenfallen; sog. »dominium revocabile ex tunc«. Dies ist der Fall

a. in der Regel, wenn eine Sache unter einer Resolutivbedingung übertragen wurde und diese eintritt. Soll nämlich eine Resolutivbedingung wirklich als resolutive wirken, so muß die geschehene Übertragung gleichsam ungeschehen gemacht werden. Dabei fragt es sich aber, ob der Eintritt der Bedingung schon an sich und ohne Weiteres diese Wirkung hat, oder ob auch er in dieser Hinsicht bloß obligatorisch (s. Nr. II) wirken soll. Das Erstere wurde mit Recht im älteren römischen Recht verneint (s. besonders die Ausführung von Fitting in der Zeitschrift für Handelsrecht II S. 261 ff.); allein allmählich kam man dahin, zunächst bei der addictio in diem und dann auch noch in anderen Fällen, es für die Regel zu bejahen (was freilich eine große Anomalie war), so daß, wenn Jemand unter einer Resolutivbedingung eine Sache ins Eigenthum bekommt und er sie, was er als Eigenthümer kann, veräußert oder Dritten Pfandrechte oder Servituten ꝛc. an ihr einräumt und die Bedingung später eintritt, nun diese zum Nachtheile des Rückerwerbers getroffenen Dispositionen von selbst als ungültig zusammenfallen (man drückt dies durch den Satz aus: resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum) und das Eigenthum der Sache an den Rückerwerber frei von allen Lasten zurückfällt; s. die Stellen bei Arndts § 128 Note a § 71 Anm. 4.

b. Wenn ein Erblasser eine ihm gehörige konkret bestimmte Sache einem Dritten unter einer Suspensivbedingung vermacht und die Bedingung später eintritt. Das Eigenthum einer vermachten, dem Erblasser gehörigen, Species nämlich erwirbt ein Legatar ipso iure, sobald der Erbe die Erbschaft angetreten hat (ein Fall des sog. transitus legalis dominii), Arndts § 554 Note o. Ist aber das Vermächtnis noch suspensiv bedingt: so kann natürlich der Erwerb erst mit Eintritt der Bedingung erfolgen; in der Zwischenzeit ist also der Erbe Eigenthümer und kann als Solcher die Sache veräußern und dinglich belasten. Mit dem Eintritt der Bedingung aber fällt nicht nur das Eigenthum der Sache von selbst

an den Legatar, sondern es fallen auch alle Dispositionen, die der Erbe über die Sache zum Nachtheile des Legatars getroffen hatte, zusammen, als ob sie nicht getroffen worden wären; D. quemadm. serv. am. 8, 6 l. 11 § 1 C. comm. de legat. 6, 43 cst. 3 § 3.

Ein solches dominium revocabile ex tunc aber ist nur Ausnahme, die nur aus ganz besonderen Gründen in den vom Gesetz bestimmten Fällen (Nr. III) eintreten kann. Man darf sie daher namentlich nicht ausdehnen auf andere Fälle des sog. transitus legalis dominii, in denen der Eigenthümer sein Eigenthum durch den Eintritt eines gewissen Ereignisses ohne Weiteres verliert und es ipso iure an einen Andern fällt. In solchen Fällen wirkt die Änderung im Eigenthum, wie man es ausdrückt, nicht ex tunc, sondern bloß ex nunc, d. h. sie tritt nur ein unbeschadet der Dispositionen, welche der frühere Eigenthümer über die Sache getroffen hatte; z. B. der Ehemann hat in der Regel nach Auflösung der Ehe die Dotalsachen an die Frau zurückzugeben; dies wirkte im älteren römischen Recht bloß obligatorisch, er war verpflichtet, die Sachen durch Übergabe auf die Frau zu übertragen; allein nach der Bestimmung Justinians (C. de iur. dot. 5, 12 cst. 30) soll das Eigenthum der Dotalsachen ipso iure an die Frau fallen, aber nur sein Eigenthum, wie er es zu dieser Zeit hat; hat er daher bewegliche Dotalsachen, die er frei veräußern kann, vor Auflösung der Ehe veräußert, so bleibt die Veräußerung gültig und das Eigenthum derselben kann nicht an die Frau fallen, und ebenso bleibt, wenn er sie dinglich belastete, diese Belastung gültig; Arndts § 411 Anm.

IV. Auch der Grundsatz, daß Obligationen, welche ein Eigenthümer in Betreff seiner Sache kontrahirte, nicht auf seinen Singularnachfolger in der Sache übergehen (Nr. I, 2), ist nicht ohne Ausnahme. Es giebt nämlich Fälle, in welchen auch der Singularnachfolger durch eine solche Obligation gebunden ist. Von selbst versteht sich aber, daß wenn die Obligation eine sog. in rem scripta ist, d. h. auf jeden Inhaber der betreffenden Sache erstreckt wird, sie natürlich auch auf den Singularnachfolger in der Sache übergeht, aber nicht als Solchen, d. h. weil er Nachfolger des Obligirten ist, sondern lediglich als Inhaber, d. h. weil solche Obligationen gegen jeden Inhaber der Sache gehen.

V. Von dem in der Rechtskonsequenz liegenden Grundsatze, daß man Etwas, was man nicht hat, auch nicht auf Andere übertragen, daß daher durch Rechtsnachfolge nicht ein Recht erworben werden kann, das dem Auktor gar nicht zustand, und nicht ein besseres und umfassenderes Recht erworben werden kann, als ihm zukam, macht das spätere römische Recht nur eine, übrigens sehr weit greifende und nicht zu rechtfertigende, Ausnahme zu Gunsten des Fiskus (denn was man häufig noch als zweite Ausnahme anführt, das in der l. 63 de usufr. Angedeutete, ist in der That keine Ausnahme, sondern hat nur den Schein einer solchen, s. Beilage I). Unsere Civilisten führen diese Ausnahme nicht im allgemeinen Theile, sondern im besonderen an, Viele erst bei der Lehre vom Eigenthum, Andere, wie Arndts § 127, bei den dinglichen Rechten überhaupt, Einige erst im Obligationenrecht beim Kauf. Allein die Ausnahme bezieht sich nicht bloß auf dingliche Rechte, vollends gar nicht bloß auf Eigenthum oder Erwerb durch Kauf, sondern sie ist allgemeinerer Natur, eine sehr weitgreifende Modifikation des Grundsatzes, daß man Das, was man nicht hat, auf Andere nicht übertragen kann. Sie geht nämlich dahin: Wer vom Fiskus in Folge eines Rechtsgeschäfts, sei es Kauf oder Schenkung oder ein anderer Titel, irgend Etwas bekommt, soll das ihm vom Fiskus zugesagte Recht in seinem zugesagten Umfange erwerben, mag es dem Fiskus gar nicht oder nicht in diesem Umfange zugestanden haben. Wenn daher Dritten am veräußerten Gegenstande Rechte zugestanden oder derselbe Dritten gehörte: so können sie ihre Rechte gegen Den, der vom Fiskus erwarb, nicht geltend machen, so daß also dem Erwerber weder durch dingliche noch durch persönliche Klagen dritter besser Berechtigter der Gegenstand entzogen oder gegen die vom Fiskus gemachte Zusage geschmälert werden kann. Solche dritte besser Berechtigte haben bloß eine in 4 Jahren verjährende Entschädigungsklage gegen den Fiskus. Das Gleiche soll auch gelten,

wenn der Regent und seine Gemahlin veräußern. C. de quadrienn. praescr. 7, 37 cst. 2, 3, 4, de commun. rer. 4, 52 c. 2 I. de usuc. 2, 6 § 14, Arndts in der Gießener Zeitschrift für Civilrecht XIX Nr. 1. Hiernach kann namentlich a. der Fiskus Eigenthum an Sachen übertragen, die ihm gar nicht gehören, und dadurch dem wahren Eigenthümer sein Eigenthum entziehen; wenn ihm z. B. an einer Sache nur ein Theil gehört, er veräußert aber die ganze Sache an einen Anderen, so erwirbt dieser das Alleineigenthum, die Miteigenthümer verlieren ihr Miteigenthum und haben bloß den Regreß an den Fiskus; ebenso verliert, wenn ihm die Sache gar nicht gehörte, der Eigenthümer sein Eigenthum daran und es geht auf Den über, der vom Fiskus erwarb (standen aber einem Dritten Servituten oder Pfandrechte an der Sache zu: so dauern diese fort, wenn nicht der Fiskus die Sache ausdrücklich als frei von solchen Lasten veräußerte; denn der Schutz des Erwerbers erstreckt sich nur auf die Rechte, welche und wie sie der Fiskus auf ihn wirklich übertragen wollte und zu übertragen zugesagt hatte, s. besonders Arndts a. a. O. S. 6 f.); der Fiskus kann ferner b. an Sachen, die ihm gar nicht gehören, dingliche Rechte Anderen gültig einräumen, z. B. eine Servitut, ein Pfandrecht; er kann ferner c. an Sachen, die ihm gehören, welche aber ein Dritter mit einer actio personalis in rem scripta ihm hätte abfordern können, das Eigenthum so auf einen Anderen übertragen, daß gegen ihn der Berechtigte von seiner actio in rem scripta keinen Gebrauch machen darf, s. besonders C. de quadrienn. praescr. cst. 2 pr. cst. 3 § 1. — Die gemeinrechtlichen Schriftsteller zweifeln in der Regel an der Anwendbarkeit dieser exorbitanten Bestimmungen bei uns nicht. Nur Wenige machen eine Ausnahme, z. B. Sintenis Civilrecht I § 39 Note 4, welcher aber die Bestimmung zu eng auffaßt und über ihre Unanwendbarkeit nicht auf ein entschiedenes Resultat kommt. Jedenfalls spricht die K. G. O. von 1555 Theil II tit. 8 § 3, auf die er sich in Betreff des Verhältnisses der Territorialherren zur Zeit des deutschen Reichs beruft, nicht unbedingt gegen die Anwendbarkeit jener römischen Bestimmung, da sie bloß vom Spolium handelt. Dagegen wird so viel unzweifelhaft sein, daß jene höchst singulären Bestimmungen von einer Prämisse (daß durch Handlungen der Staatsverwaltung und des Regenten jedes Recht gebrochen werden könne) ausgehen, welche mit den in konstitutionellen Staaten über die Gewalt des Staates und Regenten geltenden Grundsätzen unvereinbar ist; in solchen kann der Staat nur aus Gründen des öffentlichen Wohles Jemandem Rechte entziehen und zwar nur auf dem durch Gesetze geregelten Wege ausdrücklicher Expropriation; vgl. auch das Erkenntnis des Oberappellationsgerichts in Kiel in Seufferts Archiv V S. 129.

Verlust der Rechte überhaupt.

§ 69.

(Arndts § 57.)

Über die Fortdauer eines erworbenen Rechts bedarf es einer besondern Theorie nicht, denn jedes erworbene Recht dauert eben so lange fort, bis eine Thatsache eintritt, welche nach den Gesetzen die Wirkung hat, die Erlöschung des Rechts herbeizuführen. Es kommt daher nur auf die Frage an, durch welche Thatsachen ein erworbenes Recht wieder aufgehoben werden kann.

In Betreff der Erlöschung eines Rechts überhaupt gelten folgende allgemeine Grundsätze.

[illegible] Er-

[illegible] wenn
[illegible] als
[illegible] sucht, um
[illegible] durch Be-
[illegible] im Falle der

[illegible] wenn das Recht
[illegible] weßhalb
[illegible] Dies
[illegible] B. wenn eine
[illegible] in einer Sache
[illegible] Obligation, so
[illegible] in einer andern Sache
[illegible] aber in der-
[illegible] sofort mit dem
[illegible] daß vom Gegner
[illegible] nur dadurch

[illegible] Rechts für theils
[illegible] Willen des Be-
[illegible] meiner Sache
[illegible] sie für sich speci-
[illegible] des Rechts nur
[illegible] oder seines
[illegible] nur durch seine da-
[illegible] Fall heißt die
alienatio; denn
[illegible] auch eine Min-
[illegible] des Willens des
[illegible] bewirkt wird, der
[illegible] nur weil der Be-
[illegible] Forderung in
[illegible] nachlasse oder nem
[illegible] oder es durch
[illegible] ein Hauptfal ist

die Veräußerung einer Sache. Sachveräußerung, rei alienatio im weitern Sinn, ist das Weggeben oder Aufgeben oder Mindern oder Beschränken des Eigenthums einer Sache. Sie begreift also in sich

a. das Weggeben oder Aufgeben des Eigenthums an der Sache, die rei alienatio (Sachveräußerung) im engeren Sinne; ferner

b. jede Minderung oder Beschränkung des Eigenthums an der Sache dadurch, daß der Eigenthümer dingliche Lasten auf die Sache legt, also Dritten ein ius in re an der Sache einräumt, oder daß er ein mit der Sache verknüpftes Realrecht aufgiebt[1]. Noch einige nähere Bestimmungen über Begriff und Fälle der Veräußerung s. in Beilage II.

Eine Veräußerung kann zum Zwecke haben

1) eine Rechtsnachfolge zu begründen, d. h. das Recht, von dem die Rede ist, auf einen Anderen zu übertragen. Dies ist Veräußerung an Andere. Eine solche kann durch die verschiedendsten Rechtsgeschäfte geschehen; denn die Veräußerung bildet nicht ein besonderes Rechtsgeschäft für sich, sondern den möglichen Inhalt und Zweck eines Rechtsgeschäfts. Solche Geschäfte, durch welche die Veräußerung eines Rechtes bezweckt wird, sind z. B. Verkauf, Tausch, Schenkung, Zahlung einer schuldigen Summe, Geben eines Darlehns. — Die Veräußerung kann aber auch bezwecken

2) ein Recht bloß aufzugeben ohne es auf Andere zu übertragen, also so, daß es eben geradezu erlöschen soll, z. B. wenn ich meine Sache derelinquire oder auf ein erworbenes Vermächtnis verzichte.

3) In jeder Veräußerung eines Rechtes liegt immer ein Verzicht (eine Entsagung, renunciatio), d. h. ein Aufgeben, ein Nichtmehrhabenwollen des Rechtes. Im engeren Sinn aber versteht man unter Verzicht (renunciatio) das bloße Aufgeben eines Rechts, so daß es nun erlöschen (also nicht auf einen Andern übergehen) soll, also die unter Nr. 2 angeführten Fälle der Veräußerung. Viele definiren diesen Verzicht im engeren Sinne als Aufgeben (oder Verlust) eines Rechts durch einseitige Willenserklärung (als ob in dieser Einseitigkeit des Willens das Wesen des Verzichtes liege). Allein dies ist zu eng; denn man kann auch durch einen Vertrag mit dem Verpflichteten

[1] D. de fundo dotali 23, 5 l. 4. 5. 7 pr., ; de reb. eor. 27, 9 l. 3 § 4 (verbis: »sed si« etc.) vgl. mit l. 1 § 2; C. de reb. alien. 4, 51 cst. 7.

oder Gebundenen auf ein Recht verzichten[2] und gerade in den meisten Fällen wird zur Wirksamkeit und Unwiderruflichkeit eines Verzichtes erfordert, daß er durch einen Vertrag mit dem Betheiligten geschehe[3].

C. Bei dem Verlust eines Rechtes, wenn er dadurch eintritt, daß ein Anderer uns in dem Recht succedirt (Lit. A. Nr. 1), ist in Betreff der Wirksamkeit der Thatsache, durch die er begründet wird, noch Folgendes zu bemerken:

I. Die schon in der Natur der Sache liegende Regel ist, daß, wenn man durch irgend eine Thatsache ein Recht verliert, der Verlust nur auf Gegenwart und Zukunft, nur ex nunc wirkt; er wirkt nicht zurück auf die Vergangenheit, nicht ex tunc. Dispositionen daher, die wir in der Zeit, in welcher uns das Recht zustand, vermöge unseres Rechtes über dieselbe gültig getroffen hatten, werden nicht dadurch ungültig (und unwirksam), daß später ein Ereignis eintritt, durch welches wir unser Recht an einen Andern verlieren; z. B. räume ich Jemandem eine Servitut an meiner Sache ein und ich veräußere später die Sache: so bleibt die Servitut auf ihr bestehen (s. Nr. II 1. c.).

II. Es ist möglich, daß uns ein Recht schon von Anfang an als ein verlierbares zusteht, als ein widerrufliches (revokables), also so daß es unter gewissen Umständen oder aus gewissen Gründen später an einen Andern kommen soll, namentlich wieder an Den, von dem man es bekommen hat, zurückfallen soll. In dieser Hinsicht unterscheidet man beim Eigenthum[4] ein sog. dominium revocabile ex nunc und revocabile ex tunc; eine Unterscheidung, über welche in neuerer Zeit viel gestritten wird und (schon im allgemeinen Theil[5]) Folgendes zu bemerken ist:

1) Häufig erwirbt Jemand das Eigenthum einer Sache unter Umständen, durch die er persönlich verpflichtet (obligirt) wird, es auf Den, vom dem er es erworben hat, also auf einen Rückerwerber wieder zu übertragen; er erwirbt es als ein wiederverlier-

---

[2] C. de pactis 2, 3 cst. 29.

[3] Näheres hierüber und über noch einige andere auf den Verzicht bezüglichen praktischen Fragen s. in Beilage III.

[4] Man darf die Revokabilität der iura in re nicht, wie Viele es thun, zusammenwerfen mit der des Eigenthums; was vom Letzteren gilt, ist nicht durchaus anwendbar auf Erstere, z. B. Verpfändung des Nießbrauchs; hier erlischt durch den Tod des Nießbrauchers oder wenn der Nießbrauch bloß ad diem bestellt ist, eben das Pfandrecht, weil es kein Objekt mehr hat.

[5] Wichtig besonders für die Lehren von conditio und dies.

bares (so daß er zur Rückübertragung verpflichtet ist, z. B. wenn A. den Eigenthümer einer Sache, den B., durch Betrug verleitet, sie an ihn zu veräußern, sie ihm zu schenken oder zu verkaufen und B. sie ihm tradirt: so wird A. durch die traditio Eigenthümer der Sache, da eine durch Betrug bewirkte Übertragung der Sache nicht ungültig ist[6]. A. ist aber dem Betrogenen (dem B.) obligirt, die Sache zurückzugeben; denn wegen des erlittenen Betruges kann B. die von A. geschehene Veräußerung anfechten. Macht nun B. von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch, so wird dadurch das Geschäft wieder aufgehoben und hat A. oder sein Erbe die persönliche Verbindlichkeit, dem B. die Sache wieder zurückzugeben, also sein von B. erworbenes Eigenthum wieder auf B. durch traditio der Sache zu übertragen[7]. — Ferner: wenn B. das Eigenthum seiner Sache auf einen Andern, auf A., durch Tradition überträgt, aber nur bis zu einem dies certus (s. § 79); z. B. veräußert an A. die Sache so, daß A. sie nur auf 30 Jahre oder nur auf seine Lebenszeit haben, und daß sie dann wieder an ihn zurückfallen soll, so ist A. oder dessen Erbe dem B. obligirt, nach Eintritt dieses dies die Sache wieder auf ihn zu übertragen. In solchen Fällen einer persönlichen Verpflichtung auf Rückgabe ist

a. das Eigenthum, welches auf den Empfänger (auf A.) übergeht, objektiv gar nicht beschränkt oder belastet; die Beschränkung betrifft bloß die Person des Empfängers; der Letztere ist zur Rückgabe dem Rückerwerber B. verpflichtet und dieser hat gegen A. bloß ein persönliches Recht auf Rückgabe der Sache. Erfüllt A. diese Obligation nicht, oder handelt er ihr entgegen, so kann der Rückerwerber B. vermöge der beschränkten Natur des persönlichen Rechtes sich bloß an A. oder dessen Erben halten, und von ihnen die Rückgabe oder wenn diese durch ihre Schuld nicht mehr möglich ist, Entschädigung verlangen[8].

b. Das Eigenthum der Sache fällt in solchen Fällen nicht von selbst an den Rückerwerber B. zurück; A. ist bloß obligirt, es ihm zurückzuübertragen und dies kann nur durch traditio der Sache geschehen (vgl. Lit. f).

c Wenn nur der Zwischeneigenthümer A. (der Empfänger) der Sache dem (Rückerwerber) B. zurückgiebt, also dadurch sein Eigenthum

---

[6] Vgl. Arndts § 237 Note g.
[7] B. heißt nun Rückerwerber; A. ist Zwischeneigenthümer.
[8] S. § 68 Beilage II Nr. I 2, 3 und II.

mer (A.) in der Zeit, in welcher ihm das Haus gehörte, über dasselbe zum Nachtheil des Rückerwerbers (B.) getroffen hatte und das Eigenthum des Hauses fällt ganz von selbst, ipso iure, als freies an B. zurück. Wenn daher A. in der Zwischenzeit an dem Hause dem C. eine Servitut einräumte und wenn er das Haus an D. verpfändet und dann später das Haus selbst an E. verkauft und sein Eigenthum daran durch Tradition auf E. überträgt, und danach die Bedingung eintritt: so fällt das Eigenthum der Sache nicht nur ganz von selbst an (den Rückerwerber) B. zurück, sondern es fallen auch alle dinglichen Lasten zusammen, welche A. in der Zwischenzeit auf sie gelegt hatte; es verliert also C. seine Servitut, D. sein Pfandrecht, E. sein Eigenthum und der Rückerwerber B. kann nun von jedem dritten Besitzer die Sache mit der rei vindicatio herausfordern. Es gilt hier der Grundsatz: resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum, d. h. dadurch, daß das auf den Erwerber übertragene Recht an der Sache ex tunc wieder aufgelöst wird, verlieren auch Diejenigen, denen er an der Sache Rechte einräumte (also auch die Sache selbst veräußerte) diese Rechte[13].

Eine solche Revokabilität ex tunc ist aber etwas so Anomales und für den Verkehr so Mißliches, daß man sie nicht ausdehnen darf über die in den Gesetzen genannten Fälle[14]. Es ist daher nicht zu rechtfertigen, daß Manche[15] sie auch in den Fällen annehmen, wenn das Eigenthum einer Sache Jemandem ad diem certum (§ 79) übertragen wurde. Im letzteren Falle gilt vielmehr bloß das unter Nr. 1a bis e Ausgeführte[16].

III. In einigen Fällen, in welchen eine Erwerbung wirklich eintrat, gingen die römischen Juristen davon aus, daß man vorerst gar nicht wissen könne, welche von zwei Personen das Recht erworben habe

---

[13] S. § 68 Beilage II Nr. III. — Viele sagen, bei der resolutio ex tunc werde der Zwischeneigenthümer, wenn der Erlöschungsgrund eintrete, so behandelt, als ob er niemals Eigenthümer (Berechtigter) und das Geschäft mit ihm nie geschlossen worden sei. Allein dies ist zu weit gegangen; er wird nur so behandelt, als ob er nie befugt gewesen sei, zum Nachtheil des Rückerwerbers über die Sache zu disponiren. Denn wenn er Dispositionen über die Sache traf, welche zum Vortheil des Rückerwerbers dienen, z. B. wenn er für das Grundstück, welches den Gegenstand des dominium revocabile bildet, eine Realservitut erwarb, so bleibt diese auch bei der Rückauflösung seines Eigenthums ganz gültig (arg. D. quemadm. serv. amitt. 8, 6 l. 11 § 1).

[14] D. h. über die in § 68 Beilage II Nr. III a und b angeführten Fälle.

[15] Auch Arndts § 128 bei Note d. e (auch § 56 nach Note f) und auch Vangerow und Windscheid (Pand. § 91 vgl. § 165).

[16] Vgl. § 68 Beilage II Nr. II.

und daß erst durch eine spätere Thatsache es sich entscheide, welche von beiden von Anfang an, also rückwärts als Erwerber gelte. In solchen Fällen ist, wenn es sich vom Eigenthumserwerb handelt, das Eigenthum vorerst ein unentschiedenes, ein schwebendes, wie auch die römischen Juristen sagen: pendet dominium. (Man kann in solchem Falle noch gar nicht wissen, wer Eigenthümer ist; erst ein späteres Ereignis bestimmt, wer von Anfang an Eigenthümer gewesen ist[17].) Allein dieses dominium pendens hat für uns keine praktische Bedeutung. Denn abgesehen davon, daß Manche (namentlich Vangerow) Fälle hierher ziehen, die gar nicht hierher gehören, so beziehen sich die wirklich hierher gehörigen Fälle auf bei uns unpraktische Verhältnisse, und nur in einem einzigen Falle (pecora submissa) könnte man an sich von einer Anwendbarkeit sprechen. Allein diesen Fall faßten schon manche römische Juristen und faßte von jeher unsere Praxis ganz anders auf[18].

IV. Über die Terminologie in Beziehung auf das revokable Eigenthum herrscht unter den Neueren viele Verschiedenheit und Verwirrung. Manche (Arndts, Fitting, Vangerow, Windscheid) sagen von den unter Nr. II 2 bezeichneten Fällen mit Unrecht, Das was bei ihnen (nach Nr. II 2) gelte, sei keine Rückwirkung (oder Rückbeziehung); sie sprechen daher in denselben nicht von Rückwirkung, sondern von dinglicher oder unmittelbarer Wirkung des Erlöschungsgrundes und beziehen den Begriff der Rückwirkung oder Rückziehung im (strengen oder) vollen Sinne bloß auf die Fälle unter Nr. III, in welchen es sich eigentlich von einer Rückwirkung an sich gar nicht handelt.

Beilage I. Bei der Erlöschung der Rechte muß man unterscheiden:

1. die Erlöschung, welche ipso iure eintritt, die sofortige Vernichtung des Rechts (nichtiges Recht). Dieses ist der Fall, wenn ein bestehendes Recht mit dem Eintritt des Erlöschungsgrundes sofort zu existiren aufhört, vernichtet wird; z. B. eine Forderung aus einem Darlehn, die mir zusteht, wird sofort vernichtet, sobald der Schuldner das Darlehn mir zurückzahlt. Wenn ein solcher Vernichtungsgrund eintritt, so sind die Wirkungen folgende:

a. das Recht verliert seine Existenz mit dem Eintritt eines solchen Erlöschungsgrundes; soll daher ein gleiches Recht wieder an seine Stelle gesetzt werden, so kann dies nur dadurch geschehen, daß es durch einen ganz neuen selbständigen Entstehungsgrund wieder begründet wird; dieses ist aber dann nicht das alte erloschene Recht, sondern ein ganz neues Recht gleicher Art. Eine Aus-

[17] Hierüber s. Meine Schrift Das schwebende Eigenthum Leipzig 1871 und unten Beilage IV. — Arndts § 57 Anm. 2 und Fitting Anm. 3 cit.

[18] S. unten Beilage IV, Nr. IV 2 und V und Meine angeführte Schrift § 6 f.

nahme macht die Wiederherstellung eines vernichteten Rechts durch in integrum restitutio.

b. Waren mit dem Rechte Nebenrechte verbunden: so erlöschen auch diese sofort mit dem Eintritt des Erlöschungsgrundes; z. B. wenn mir mein Schuldner für meine Forderung einen Bürgen stellt oder eine Sache verpfändet: so erlischt, wenn er die Schuld zahlt, mit der Forderung auch mein Recht an den Bürgen und mein Pfandrecht; D. de solut 46, 3 l. 43; quib. mod. pign. 20, 6 l. 6. pr. C. de fidei. 8, 41 cst. 4.

2. Der Erlöschungsgrund eines Rechts kann aber auch ein solcher sein, vermöge dessen das Recht bloß anfechtbar, aufhebbar wird. Dies ist der Fall, wenn das Recht zwar an sich noch besteht, aber vermöge eines besonderen Grundes ein Betheiligter die Befugnis hat, es anzufechten und dadurch umzustoßen und unwirksam zu machen. Manche sprechen auch in diesem Falle von nichtigem Recht; nur sagen sie, die Nichtigkeit trete hier nicht ipso iure, sondern bloß ope exceptionis ein. Allein von Nichtigkeit kann man hier noch gar nicht sprechen, indem ja in einem solchen Falle das Recht an sich vorerst noch besteht; es ist nicht nichtig, sondern bloß vernichtbar, d. h. es kann ope actionis oder exceptionis vernichtet werden. Ist ein Recht auf diese Weise bloß anfechtbar: so ist

a. das Recht an sich gültig und existent, so lange es vom Gegner nicht angefochten wird, und wenn der Anfechtungsgrund wegfällt, z. B. der Gegner auf sein Anfechtungsrecht verzichtet oder er es verwirkt, weil er das Anfechtungsrecht verjähren ließ oder weil er im Processe seine Anfechtungseinrede nicht zur rechten Zeit vorschützte: so wird nun das Recht unanfechtbar und bleibt gültig und wirksam.

b. Wenn mit dem anfechtbaren Recht Nebenrechte verbunden sind, z. B. eine Bürgschaft oder ein Pfandrecht: so bestehen auch diese vorerst fort. Überhaupt kann für ein anfechtbares Recht, eben weil es ein gültiges, existirendes Recht ist, ganz gültig ein Bürge sich verbürgen und gültig ein Pfand bestellt werden; nur erstreckt sich die Anfechtbarkeit wie auf das Hauptrecht, so auch in der Regel auf das Nebenrecht, z. B. der Bürge kann, wenn der Hauptschuldner seine Schuld anfechten kann, auch für seine Bürgschaftsschuld in der Regel von diesem Anfechtungsrecht Gebrauch machen (I. de replicat. 4, 15 § 4. D. de except. 44, 1 l. 7 § 1 l. 19, de fidei. 46, 1 l. 32, quae res pign. 20, 3 l. 3; C. de except. 8, 36 cst. 11), außer er würde gerade in der Absicht, den Gläubiger gegen die Anfechtung zu sichern, intercedirt, also eben damit von seiner Seite auf die Anfechtbarkeit Verzicht geleistet haben. I. l. c. D. de minor. 4, 4 l. 13 pr. verb. Itaque si ꝛc.

c. Wenn der Gegner wirklich von seinem Anfechtungsrecht (falls er nicht darauf verzichtet oder es nicht verwirkt hat Lit. a. b a. E.) Gebrauch macht: so wird nun dadurch das Recht des Berechtigten mit den damit verbundenen Nebenrechten vernichtet.

Beilage II. Es ist für viele Rechtsverhältnisse von Wichtigkeit, den Begriff der Veräußerung eines Vermögensrechts (alienatio) genau festzustellen; vergl. Mein Württemb. Privatr. II S. 638—643. In dieser Hinsicht ist namentlich Folgendes zu beachten:

1. Eine Veräußerung ist nur dann vorhanden, wenn man von seinem Vermögen Etwas, was zu demselben gehört (also ein bereits erworbenes Recht), oder Etwas, das zwar noch nicht zu demselben gehört, aber für den Fall, daß man es erwerben würde (also ein zukünftiges Recht, falls man es erwerben sollte), weggiebt, mindert oder beschränkt. Hiernach

a. ist es namentlich keine Veräußerung, wenn Jemand bloß einen Erwerb, der ihm möglich ist, nicht macht, z. B. ein angebotenes Geschenk ausschlägt, eine deferirte Erbschaft nicht antritt; D. de V. S. 50, 16 l. 28 pr. verb. qui occasione ꝛc. quae in fraud. cred. 42, 8 l. 6 pr. § 1—3. Wohl aber ist es Veräußerung, wenn Jemand einen bereits gemachten Erwerb aufgiebt, sollte der Erwerb auch durch ein vom Willen des Erwerbenden unabhängiges Ereignis

(ipso iure in diesem Sinne) eingetreten sein, z. B. wenn Jemand ein Vermächtnis, das er ipso iure erworben hatte (Arndts § 554), ausschlägt. Zwar leugnen Viele und sogar auch Savigny Syst. Bd. IV S. 29, 48 vergl. mit S. 28, daß im letzteren Falle eine Alienation vorhanden sei, besonders weil, wenn ein Schuldner eine solche Handlung zum Nachtheile seiner Gläubiger vornimmt, die actio Pauliana (Arndts § 228) ausgeschlossen ist. Allein unsere Quellen erklären eine solche Handlung ausdrücklich für eine Alienation, und zwar mit dem Beisatze, es sei dies gar nicht zu bezweifeln, D. de reb. eor. 27, 9 l. 5 § 8, weil ja in einem solchen Falle der Berechtigte durch sein Ausschlagen ein bereits erworbenes Vermögensrecht aufgiebt; s. Mein Württemb. Privatrecht II S. 640. Zwar hält Koeppen in d. Jahrbüchern f. Dogmat. des Rechts. V S. 189 (vgl. auch Dens. Syst. des Erbrechts S. 261) das Recht des Vermächtnisnehmers an dem Vermächtnis, nachdem dies legati cessit, nicht für ein Vermögensrecht und glaubt deßhalb, der Vormund bedürfe keines Alienationsdekrets, um ein Vermächtnis seines Mündels zu repudiiren, und wenn der Mündel selbst dazu unfähig sei, so habe dies seinen Grund darin, daß ihm über alle, nicht bloß über seine Vermögensrechte die Disposition entzogen sei, und darauf bezieht er die l. 5 § 8 cit. Allein eine solche Auslegung des § 8 cit. ist unmöglich. Die Stelle spricht von der Nothwendigkeit eines decretum magistratus für Mündel und Vormund, das nach dem Rechte, wie es zur Zeit der in den Digesten excerpirten Schriftsteller bestand, zur Veräußerung von praedia rustica und suburbana erforderlich war, und sagt, einen fundus legatus könne der Pupill (natürlich unter auctoritas seines Tutors) nur dann gültig repudiiren, wenn der Richter durch ein Dekret es gut heiße, und fügt bei: esse enim et hanc alienationem, quum res sit pupilli (daß hier res, wie Koeppen glaubt, im Sinne der l. 5 pr. de verb. sign. für ein Ding zu nehmen sei, das zum Vermögen des Betreffenden nicht gehört, ist ebenfalls unmöglich), nemo dubitat; s. nun auch üb. l. 5 § 8 cit., Arndts § 560 Anm. 2, v. Crailsheim im Arch. f. civ. Prax. XLVII S. 383 f. — Erklärlich aber ist es, daß die römischen Juristen sich sträubten, gegen Den, der in Folge eines solchen alienirenden Ausschlagens des Vermächtnisses Vortheile erwirbt, z. B. gegen den Erben, der es nun nicht auszuzahlen hat oder gegen den Substituten, die actio Pauliana wegen frauduloser Veräußerung zuzulassen (D. quae in fraud. 42, 8 l. 6 § 4; si quid in fraud. 38, 5 l. 1 § 6) und das Verbot der Schenkungen zwischen Ehegatten anzuwenden (D. de don. int. vir. 24, 1 l. 5 § 14), wenngleich der Grund, auf den sie es stützen (legatum quum repudiatur, retro nostrum non fuisse, palam est l. 1 § 6 cit.) nur ein die Entscheidung kolorirender zu nennen sein wird.

b. Aus dem unter Nr. 1 angeführten Grunde ist auch die Übernahme bloß persönlicher Verpflichtungen keine Veräußerung. Leihe ich Jemandem eine Sache zum Gebrauch oder vermiethe ich mein Haus: so veräußere ich Nichts von meinem Vermögen; denn ich gebe in einem solchen Falle Nichts von meinem Vermögen weg und verringere es nicht, beschränke auch nicht einmal mein Eigenthum objektiv, sondern kontrahire bloß eine Schuld (eine persönliche Verpflichtung). Wohl aber ist es Veräußerung, wenn ich Jemandem den Nießbrauch an meinem Hause einräume, weil dieser ein dingliches, mein Eigenthum am Hause beschränkendes Recht ist; ferner ist es Veräußerung, wenn ich eine mir zustehende Forderung an einen Anderen abtrete oder durch Nachlaß tilge D. de hered. vend. 18, 4 l. 17, 19. C. de don. 8, 54 c. 2; de quadr. praescr. 7, 37 c. 2 vergl. mit c. 3. Ebenso ist es eine Veräußerung, wenn ich Jemandem die Früchte überlasse, die auf meinem Grundstücke hängen D. de don. 39, 5 l. 9 § 1. Auch in der Annahme einer Zahlung liegt gewissermaßen eine Veräußerung einer res incorporalis, d. h. man giebt dadurch die Forderung auf, weil diese durch die Zahlung getilgt wird; Gajus Inst. II § 84. Zahlt daher Jemand eine Geldschuld: so veräußert sowohl der Empfänger (seine Forderung), als der Zahlende (sein Geld).

c. Eine Veräußerung ist es ferner nicht, wenn man durch letzten Willen

über sein Vermögen disponirt; denn hier verfügen wir ja bloß für einen Fall, in welchem wir gar nicht mehr Träger des betreffenden Vermögens sind, wir mindern also dadurch unser Vermögen nicht; nur ganz uneigentlich wird hier bisweilen der Ausdruck alienare gebraucht, z. B. D. 4, 7 de alienat. l. 8 § 3.

2. Eine Veräußerung ist nur dann vorhanden, wenn der Fall ein solcher ist, in welchem der Verlust des Rechts durch den Willen des Verlierenden (oder seines gesetzlichen Vertreters) bedingt und vermittelt wurde, also durch ein Rechtsgeschäft, welches auf die Veräußerung gerichtet ist. Es ist daher keine Veräußerung, wenn Jemand ein Recht verliert durch eine Thatsache, welche ganz unabhängig von seinem Willen diesen Verlust zur Folge hatte. Zwar kann auch in den letzteren Fällen der Verlierende die Absicht gehabt haben, das Recht zu verlieren; allein in einem solchen Falle ist die Veräußerungsabsicht für den Verlust des Rechts etwas ganz Indifferentes und deßhalb der Verlust nicht ein durch Veräußerung bewirkter; es ist nicht diese Absicht, durch welche der Verlust des Rechts bewirkt wird, sollte es auch in der Macht des Verlierenden gestanden haben, durch seine Thätigkeit den Verlust abzuwenden, sondern der Verlust wird ganz unabhängig von jener Absicht durch eine andere selbständig wirkende juristische Thatsache herbeigeführt; z. B. wenn Jemand die Sache eines Anderen eine gewisse Zeit hindurch bona fide besaß: so erwirbt er durch Ersitzung das Eigenthum der Sache und der Eigenthümer verliert sein Eigenthum an ihr; es ist dabei völlig gleichgültig, ob der Eigenthümer ihn die Sache ersitzen lassen wollte oder nicht, aber allerdings hätte der Eigenthümer die Ersitzung verhindern können, wenn er sein Recht gegen den Besitzer noch vor Ablauf der Verjährungszeit durch eine Klage geltend gemacht hätte. Wenn nun in solchen Fällen der Berechtigte diese hemmende Handlung absichtlich unterließ, um sein Recht zu verlieren: so ist hier zwar subjektiv, d. h. in Beziehung auf seine Absicht, eine Veräußerung vorhanden (er will sein Recht aufgeben, dies allein sagt D. de V. S. 50, 16 l. 28 pr., welcher von Vielen, auch von Arndts § 57 § 162 Anm. 4, eine viel zu weite Bedeutung gegeben wird); allein der Erwerber erwirbt nicht durch eine Veräußerung, sondern durch die anderweite selbständig und unabhängig von der Absicht des Verlierenden wirkende juristische Thatsache (im angeführten Beispiele durch Ersitzung, d. h. der Besitzer erwirbt in jenem Falle nicht dadurch und deßhalb das Eigenthum, weil der Eigenthümer ihn die Sache ersitzen lassen wollte, sondern weil die Bedingungen der Ersitzung sich in seiner Person, ganz unabhängig von dem Willen des Eigenthümers, verwirklicht haben). Man darf daher Das, was von Veräußerungen als solchen gilt, d. h. von dem Rechtsverluste, zu welchem die Mitwirkung des Willens des Verlierenden wesentlich erfordert wird (von dem Rechtsverluste durch ein Rechtsgeschäft), auf Fälle jener Art in der Regel nicht anwenden. Namentlich bewirkt ein Veräußerungsverbot nicht, wie häufig, aber mit Inkonsequenzen, behauptet wird, daß eine solche vom Willen des Verlierenden unabhängig wirkende juristische Thatsache (z. B. die Ersitzung) dann wirkungslos und ungültig sein würde, wenn etwa der Wille des Verlierenden zufällig mitwirkte; D. de don. int. vir. l. 5 § 6, 7 (bei diesen Stellen ist zu beachten, daß eine durch Schenkung gemachte Veräußerung zwischen Ehegatten nichtig ist; indem sie daher in den von ihnen angeführten Fällen den Rechtsverlust für gültig erklären, sagen sie eben damit, daß in ihnen eine Veräußerung nicht vorliege); D. de fund. dot. 23, 5 l. 1 pr. l. 16 (über die l. 16 s. auch Savigny Syst. IV S. 567 f.). In solchen Fällen erwirbt der Gewinnende nicht durch eine Veräußerung des Verlierenwollenden, sondern durch jene selbständige Thatsache, also auch dann, wenn der Verlierenwollende veräußerungsunfähig ist; er ist ihm daher auch keinen Dank schuldig und dergl. (viel zu weit geht hier Savigny IV S. 586). Allerdings aber kann bei gewissen Verhältnissen, wenn mit jenen juristischen Thatsachen eine solche Veräußerungsabsicht konkurrirt, dadurch noch eine besondere Wirkung herbeigeführt werden, z. B. zwischen Ehegatten können dadurch wegen Umgehung des Schenkungsverbots Ersatzklagen begründet werden (nur ist die Erwerbung ꝛc. nicht ungültig, eben weil sie nicht durch Veräuße-

rung bewirkt wurde, D. de don. int. vir. l. 5 § 6, 7), es kann, wenn beide Partieen mit einander übereinstimmen, unter einer solchen Handlung eine Schenkung versteckt, dissimulirt werden (l. 44 eod. Savigny Syst. IV S. 576 f.), ferner kann für die Gläubiger Dessen, der eine solche Absicht hatte, wenn sie durch eine solche fraudulose Unthätigkeit ihres Schuldners in Nachtheile kommen, die Pauliana actio begründet werden, wenn der dadurch Gewinnende fraudis particeps war, D. quae in fraud. cred. 42, 8 l. 3 § 1 l. 4 vergl. mit l. 1 pr. l. 6 § 8 eod.

Durch die Nothwendigkeit einer Veräußerung wird natürlich der Begriff der Veräußerung nicht ausgeschlossen; nur muß man hier folgende Fälle unterscheiden:

1) Die nothwendige Veräußerung im eigentlichen Sinne, die rechtlich oder juristisch nothwendige, d. h. wenn die Veräußerung in Folge einer auf den konkreten Gegenstand unmittelbar sich beziehenden Rechtsnothwendigkeit geschieht, also wenn Jemand rechtlich gezwungen werden kann, einen bestimmten Gegenstand zu veräußern oder einem Dritten die Veräußerung zu gestatten, z. B. wenn eine Sache verpfändet ist und der Schuldner nun dulden muß, daß der Pfandgläubiger, um sich bezahlt zu machen, sie veräußert, oder wenn ein Miteigenthümer Realtheilung der gemeinschaftlichen Sache verlangt (denn eine solche Theilung kann er erzwingen, sie führt aber stets zu partiellen Veräußerungen) oder man sich zur Veräußerung einer Sache gültig verpflichtet hatte. In solchen Fällen gilt die erzwungene oder im Namen des Verpfänders vom Berechtigten oder die im Exekutionswege vom Richter vorgenommene Veräußerung als von Dem ausgegangen, durch dessen Handlung oder durch dessen Verhältnis zum Gegenstande die Verpflichtung zur Veräußerung begründet wurde; auch wird hier durch ein Veräußerungsverbot die Veräußerung nicht gehemmt, z. B. die Veräußerung einer Mündelsache, eine fundus dotalis ist in solchen Fällen ohne Weiteres zulässig D. de reb. eor. 27, 9 l. 1 § 2 a. E. l. 3 § 1—3. C. de fund. dot. 5, 23 c. 2. C. de praed. min. 5, 71 c. 1, 17 a. E. Nur versteht es sich von selbst, daß, wenn Jemand seine Sache zu veräußern nicht befugt ist, durch eine von ihm freiwillig eingegangene Verpflichtung zu einer Veräußerung nicht eine gegen das Veräußerungsverbot wirksame Nothwendigkeit der Veräußerung entstehen kann; dies würde nur der Fall sein, wenn er die Verpflichtung zu einer Zeit einging, in welcher er die Befugnis zur Veräußerung noch hatte.

2) Die bloß faktisch nothwendige Veräußerung, d. h. wenn Jemand, durch seine Verhältnisse gedrängt, zu Veräußerungen schreitet, z. B. um seinen Unterhalt zu bestreiten, seine Kinder auszustatten, dringende Schulden zu bezahlen u. dergl. Dies ist rechtlich eine freiwillige Veräußerung; denn hier liegt eine, auf die Veräußerung der betreffenden Gegenstände sich beziehende rechtliche Nothwendigkeit nicht vor.

3) Ein besonderer Fall einer faktisch nothwendigen Veräußerung ist es, wenn die physische Beschaffenheit der Sache die Veräußerung nothwendig macht, um Schaden abzuwenden, wenn also die Sache bei längerer Aufbewahrung verderben würde (servando servari nequit, z. B. geerntete Baumfrüchte). Hier ist daher in Rechtsverhältnissen zu Dritten, z. B. wenn man Deren Sachen verwaltet oder besitzt, die Veräußerung eine rechtliche Nothwendigkeit, d. h. man ist hier zur Veräußerung (natürlich für ein Äquivalent, also zum Verkauf) verpflichtet, indem man sonst für die Unterlassung, wenn die Sache nutzlos verderben würde, verantwortlich wird; D. de R. V. 6, 1 l. 15 § 1 C. de adm. tut. 5, 37 cst. 22 § 6 cst. 28 § 5.

Beilage III. Verzicht.

I. Über die Frage, ob durch einen einseitig ausgesprochenen Verzicht auf ein Recht (bei welchem also die Annahme und Zustimmung von Seiten eines Betheiligten, gegen den das Recht gerichtet ist, fehlt) der Verzichtende das Recht wirklich verliere, entscheiden folgende Grundsätze:

1. Es giebt allerdings Rechte, deren man sich durch eine bloß einseitige Willenserklärung so entäußern kann, daß das Recht dadurch sofort verloren geht. Namentlich geht

a. das Recht, eine deferirte Erbschaft anzutreten und zu erwerben, ferner das Recht auf ein erworbenes Vermächtnis durch die einseitige Erklärung, daß man die Erbschaft, das Vermächtnis ausschlage, sofort und in der Art verloren, daß der Verzichtende diese Wirkung nicht mehr ungeschehen machen kann, also Erbschaft und Vermächtnis für ihn verloren sind, wenn ihm nicht ein Restitutionsgrund zur Seite steht. Arndts § 510, 555.

b. Auch das Eigenthum an einer Sache kann durch eine einseitige Handlung wirksam aufgegeben werden; nur genügt hier zum Verlust des Rechts nicht das bloße Aussprechen des Willens, das Eigenthum nicht mehr zu haben (D. de poss. 42, 1 l. 17 § 1), sondern der Eigenthümer muß noch in dieser Absicht der Sache sich entäußern, sie preisgeben, derelinquiren; dadurch erlischt dann das Eigenthum des Derelinquirenden und die Sache wird res nullius. D. pro derelict. 41, 7 l. 1—3. Natürlich kann aber der Derelinquirende die durch seine Dereliktion herrenlos gewordene Sache, so lange sie noch von Niemandem occupirt ist, wieder an sich nehmen in der Absicht, sie wieder zu erwerben; allein dadurch macht er nicht die früher geschehene Dereliktion rückgängig, sondern er erwirbt nun durch Occupation neues Eigenthum an der Sache. Manche ältere römische Juristen waren sogar der Meinung, daß ein Eigenthümer gar nicht durch einen einseitigen Verzicht, selbst wenn die Dereliktion der Sache hinzukomme, sein Eigenthumsrecht verlieren könne, sondern daß es für ihn erst dann verloren gehe, wenn die derelinquirte Sache von einem Dritten occupirt werde; allein diese Ansicht wurde von der späteren römischen Doktrin verworfen, D. l. c. l. 2 § 1.

2. Bei Rechten, welchen ein bestimmter Betheiligter als Gegner oder als Verpflichteter (wie bei Obligationen), oder als Beschränkter (wie der Eigenthümer der Sache bei iura in re, welche Dritten an der Sache zustehen), gegenüber steht, ist es Grundsatz, daß durch einen vom Berechtigten einseitig ausgesprochenen Verzicht das Recht für ihn noch keineswegs unwiderruflich verloren geht, er also an seine einseitige Erklärung, sollte er sie auch gegen den Betheiligten ausgesprochen haben, nicht gebunden ist und daher diese Erklärung, so lange sie von dem Betheiligten nicht angenommen ist, wieder zurücknehmen kann; das Recht erlischt hier in Folge seines Verzichts nur dann, wenn der betreffende Betheiligte sich mit dem Verzichte, noch ehe der Verzichtende ihn wieder zurückgenommen hat, einverstanden erklärt, also ihn acceptirte. Dies gilt namentlich a. bei Forderungsrechten. Dadurch daß der Gläubiger auf seine Forderung verzichten zu wollen erklärt, sollte er auch diese Erklärung unmittelbar gegen den Schuldner aussprechen, erlischt Forderung und Schuld keineswegs; vielmehr geht die Forderung für den Gläubiger erst dann verloren und wird der Schuldner (bald ipso iure, bald bloß ope exceptionis) erst dann frei, wenn dieser den Verzicht durch eine ausdrückliche oder stillschweigend in konkludenten Handlungen ausgedrückte Erklärung angenommen hat. So lange dies nicht der Fall ist, kann der Gläubiger den einseitig ausgesprochenen Verzicht wieder zurücknehmen (eine Zurücknahme des Verzichtes liegt natürlich auch dann vor, wenn er den Schuldner auf Zahlung belangt). Ein Gläubiger kann daher seinen Schuldner, der nicht frei werden will, nicht durch einseitigen Erlaß von der Schuld befreien; bloß auf einem Umwege kann er ihn wider seinen Willen befreien, daß er mit einem Dritten eine Expromission der Schuld eingeht; D. de sol. 46, 3 l. 91, de novat. 46, 2 l. 8 § 5 ganz a. E. b. Gleiches [illegible]t beim Pfandrecht. Dadurch daß der Pfandgläubiger auf sein Pfandrecht [illegible]eitig verzichtet oder dem Verpfänder erklärt, er wolle ihm das Pfand erlassen, [illegible]cht sein Pfandrecht noch keineswegs; er kann eine solche Erklärung wieder [illegible]cknehmen; sein Pfandrecht geht erst dann verloren, wenn Derjenige, dem der [illegible]fändete Gegenstand gehört, den Verzicht angenommen hat, was dieser aber [illegible]rlich nur kann, wenn der Gläubiger seine Erklärung nicht vorher wieder

zurücknahm; C. de remiss. pign. 8, 26 c. 2. D. quib. mod. pign. 20, 6 l. 8 § 1 sq. (diese Stellen verlangen durchaus zur wirksamen Erlassung des Pfandrechtes eine Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner). c. Hat Jemand einen Nießbrauch an einer fremden Sache (Personalservitut, Arndts § 178): so kann er zwar durch einen einseitigen Verzicht die Ausübung dieses Rechts vorläufig aufgeben, die Sache dem Eigenthümer zurückstellen (da er zur Ausübung des Rechts nicht gezwungen werden kann) und dadurch sich von den mit dem Nießbrauche verbundenen Lasten (Arndts § 180) für die Zukunft befreien, wenn auch der Eigenthümer nicht zustimmt; D. de usufr. 7, 1 l. 64, 65. Allein sein dingliches Recht (der Nießbrauch) geht für ihn erst dann verloren, wenn der Eigenthümer den Verzicht annimmt, so daß also, so lange dies nicht geschehen ist, der Verzichtende seinen Verzicht wieder zurücknehmen und dadurch sein Recht sich konserviren kann. Zwar leugnen dies Manche, indem sie behaupten, daß durch bloßes einseitiges Aufgeben des Nießbrauches das Recht total erlösche. Allein wenn die angeführten Stellen von derelinquere usumfructum sprechen; so wollen sie damit bloß bezeichnen, daß man durch die einseitige Erklärung, den Nießbrauch aufgeben zu wollen, sich für die Folgezeit der mit diesem Rechte an sich verbundenen Lasten entledigen könne, keineswegs aber, daß durch dieses Aufgeben, so lange es noch nicht vom Eigenthümer angenommen ist, das Recht selbst erlösche. Zu Letzterem verlangen die Quellen eine Vereinbarung mit dem Eigenthümer der Sache; I. de usufr. 2, 4 § 3, vgl. auch Arndts § 193 Anm. 2 und die dort Angeführten. d. Das Gleiche, wie beim Nießbrauch, muß auch bei den übrigen iura in re angenommen werden; vgl. Arndts § 199 Anm. im Anfang, auch Fritz in seinen Erläuterungen zu Wenings Lehrbuch I S. 385 ff., Savigny Syst. IV S. 444 ff., 252. — Neuerlich suchte wieder Leopold Bacher in den Jahrbüchern für Dogmatik des Rechts V S. 227 f. zu beweisen, daß iura in re, selbst auch Pfandrechte, durch bloßen einseitigen Verzicht erlöschen. Allein die Natur des dinglichen Rechts, aus welcher er argumentirt, führt in der That nicht auf ein solches Resultat und bei der l. 9 § 3 a. E. de pign. act., welche ihm für jenen Satz beim Pfandrecht zu sprechen scheint, wird doch bei einer genaueren Erwägung derselben ein solcher Schein verschwinden; wenn er aber S. 245 in Betreff des Nießbrauchs das Verhältnis sich dahin erklärt, daß der Usufruktuar durch die Dereliktion den Nießbrauch herrenlos macht und daher, so lange der Eigenthümer nicht denselben occupirt, denselben wieder an sich nehmen kann, ganz entsprechend dem Eigenthümer, der eine Sache derelinquirt, nur mit dem Unterschied, daß bloß er und der Eigenthümer den derelinquirten Ususfruktus occupiren kann: so möchte man, von Anderem abgesehen, doch fragen, was denn ein herrenloses ius in re heißen und wie es Gegenstand einer Occupation sein soll! Wenn ein ius in re einen Herrn zu haben aufhört, so tritt sofort Konsolidation mit dem Eigenthum ein. — Aus dem Ausgeführten ergiebt sich, daß die von den älteren Civilisten häufig ausgesprochene Regel: ad renunciata non datur regressus in den Fällen unter Nr. 2 keineswegs vom bloßen einseitigen, sondern nur vom acceptirten Verzichte gilt.

II. Ein Verzicht kann, wie in der Regel jede Willenserklärung, ausdrücklich ausgesprochen werden oder stillschweigend (durch Handlungen, aus denen die Absicht des Verzichtes hervorgeht); s. z. B. D. quemadm. serv. 8, 6 l. 8 pr. de pact. 2, 14 l. 2 pr. § 1 Arndts § 390 Nr. 1. Nur liegt eine solche konkludente Handlung nicht, wie Manche glaubten, schon darin, daß man ein Recht eine gewisse Zeit lang oder in gewissen Fällen nicht ausübt oder daß man Eingriffen Dritter in unser Recht nicht widerspricht. Denn hieraus allein kann noch keineswegs der Schluß gezogen werden, daß man das Recht habe aufgeben wollen; es liegt ja darin, daß ich mein Recht eine Zeit lang nicht ausübe oder daß ich unbefugten Eingriffen in dasselbe nicht widerspreche, keineswegs nothwendig, daß ich es in der Absicht that, auf das Recht sofort zu verzichten; ich kann Jenes aus ganz anderen Gründen, aus Bequemlichkeit, zeitiger Nach-

sicht, oder weil mir jetzt gerade der Zeitpunkt zur Ausübung meines Rechts nicht gelegen ist, gethan haben. Daß auch unsere Quellen aus dem bloßen Nichtausüben eines Rechts oder Dulden eines Eingriffes in dasselbe noch nicht einen Verzicht auf dasselbe herleiten, ergiebt sich schon aus Dem, was sie über Verlust der Rechte durch Verjährung bestimmen, indem sie ein Recht, welches man nicht ausübte oder gegen Eingriffe nicht wahrte, in der Regel erst dann und zwar nicht durch einen vermutheten Verzicht, sondern durch Verjährung verloren gehen lassen, wenn eine geraume Zeit hindurch das Recht nicht ausgeübt wurde; D. de S. P. U. 8, 2 l. 6. Soll aus der Nichtausübung eines Rechts auf einen Verzicht auf dasselbe geschlossen werden: so müssen noch besondere Umstände hinzukommen, aus denen in Verbindung mit der Nichtausübung eine solche Absicht unzweifelhaft hervorgeht, wie z. B. in den Fällen von D. de usur. 22 1 l. 17 § 1.

III. Es kommt häufig vor, daß Jemand erklärt, er verzichte auf sein Recht zu Gunsten eines Anderen. Bei der Frage, welche rechtliche Bedeutung dies habe, muß man unterscheiden:

1. Ist dieser Andere der Verpflichtete oder der durch das Recht des Verzichtenden Beschränkte (Nr. I, 2): so treten eben die unter I, 2 ausgeführten Grundsätze ein. Erklärt z. B. der Gläubiger, er verzichte auf seine Forderung zu Gunsten des Schuldners: so wird der Schuldner von seiner Schuld frei, sobald er jene Erklärung acceptirt; erklärt der Nießbraucher oder der Pfandgläubiger, auf sein ius in re zu Gunsten des Eigenthümers verzichten zu wollen: so wird nun die Sache, sobald ihr Eigenthümer sich damit einverstanden erklärt, von der Last frei.

2. Wenn aber Jemand zu Gunsten eines Dritten auf ein Recht verzichtet: so muß man weiter unterscheiden:

a. Es kann die Absicht des Verzichtenden sein, lediglich sein Recht aufzugeben und dadurch einem Dritten die Möglichkeit zu verschaffen, dieses Recht für sich zu erwerben. Natürlich ist aber eine solche Absicht nur dann wirksam, wenn bei dem Dritten alle Erfordernisse zur Rechtserwerbung vorhanden sind, und der Verzichtende allein das Hindernis war, das Jenem die Rechtserwerbung unmöglich machte. In einem solchen Falle ist dann allerdings der Verzicht insofern wirksam, als nun der Dritte das Recht erwerben kann; nur ist dabei wohl zu beachten, daß er es dann nicht als Rechtsnachfolger des Verzichtenden erwirbt; wenn mir eine Erbschaft deferirt wird, ich verzichte aber auf sie zu Gunsten eines Solchen, welchem, sobald ich wegfalle, die Erbschaft vermöge seines Rechts zufallen würde, z. B. zu Gunsten meines Substituten: so geht mir nun durch meinen Verzicht allerdings die Erbschaft verloren und wenn ich weggefallen bin, kann nun mein Substitut sie antreten; allein er bekommt sie nicht von mir, da ich ja die Erbschaft gar nicht erworben hatte, sondern wird vermöge eigenen Rechtes Erbe und hat die Erbschaft keineswegs als mein Rechtsnachfolger D. de R. I. 50, 17 l. 6, de iur. dot. 23, 3 l. 5 § 5. — Wenn aber in dem Dritten, zu dessen Gunsten verzichtet wurde, die Erfordernisse zur Erwerbung des betreffenden Rechtes gar nicht vorhanden sind: so ist der Verzicht für ihn bedeutungslos; der Verzichtende kann in einem solchen Falle sein Recht verlieren, wenn alle Erfordernisse zu einem wirksamen Verzichte vorliegen (Nr. I), der Dritte aber erwirbt es nicht, falls nicht der nachher anzuführende Fall (Lit. b) vorliegt.

b. Wenn in dem Aussprechen eines Verzichtes zu Gunsten eines Dritten die Absicht liegt, daß wir von uns das Recht auf diesen Dritten übertragen wollen (und im Zweifel wird man diese Absicht dann anzunehmen haben, wenn in dem Dritten die Erfordernisse zur selbständigen Rechtserwerbung nicht vorliegen, Lit. a, a. E., weil sonst die Erklärung eine bedeutungslose sein würde): so geht [illegible]echt des Verzichtenden durch Veräußerung auf den Dritten über, so weit [illegible]rhaupt ein veräußerliches ist, wenn der Dritte die Erklärung acceptirte. [illegible]h z. B. ein Vermächtnis erworben und ich erkläre, daß ich zu Gunsten [illegible] Freundes Gajus darauf verzichte: so heißt dies so viel, daß ich mein er[illegible]es Recht an ihn abtreten wolle, und es geht dann mein Recht auf das [illegible]htnis auf ihn über, wenn er damit einverstanden ist (weil das erworbene

Recht auf ein Vermächtnis abtretbar ist); ist mir dagegen eine Erbschaft deferirt und ich erkläre, daß ich sie nicht annehmen, sondern zu Gunsten meines Freundes X. (der aber in keiner Weise nach mir zur Erbschaft berufen ist) auf sie verzichten wolle: so bekommt X. die Erbschaft nicht, weil das Recht, eine deferirte Erbschaft anzunehmen, nicht veräußerlich ist; erkläre ich aber, daß ich die Erbschaft annehme und nun zu Gunsten des X. auf sie verzichten wolle: so erwarb ich die Erbschaft durch die Annahme und veräußerte sie, wenn X. meine Erklärung acceptirte, ganz gültig an X., da man eine erworbene Erbschaft veräußern kann (Arndts § 540). Wenn ich daher mit der Erklärung, daß ich zu Gunsten des X. auf die Erbschaft verzichte, diese letztere Absicht verband, d. h. die Absicht, die Erbschaft anzutreten und die erworbene Erbschaft an den X. zu übertragen: so ist dies gültig und wirksam, und im Zweifel wird man auf diese Weise eine solche Erklärung auslegen müssen.

IV. Häufig wird, besonders von älteren, aber auch noch von manchen neueren Civilisten behauptet, daß eine renunciatio generalis, ein genereller Verzicht, welcher verschiedene Kategorieen von rechtlichen Beziehungen umfasse, unzulässig und daher rechtlich ganz unwirksam sei, namentlich unter Berufung auf D. si quis caut. 2, 11 l. 4 § 4. Allein der Begriff einer renunciatio generalis ist ja ein ganz relativer und völlig unbestimmter, da das Allgemeine die verschiedensten Gradationen haben kann, und so müßte, wenn jene Behauptung irgend Geltung haben könnte, vor allen Dingen der Begriff einer generellen Renunciation erst näher bestimmt und begrenzt werden, eine Begrenzung aber, die man bei den Vertheidigern jener Ansicht vergeblich sucht. Die Behauptung ist aber auch an sich unrichtig; denn es ist kein Grund einzusehen, aus welchem ein mehr oder minder allgemeiner Verzicht nicht eben so gültig sein sollte, wie ein specieller. Auch enthalten unsere Quellen eine Reihe von Aussprüchen, in welchen sie allgemeine Verzichte als ganz gültig behandeln (s. die nachher unter Nr. 1 anzuführenden Stellen und Citate quando mulier. 5, 35 cst. 3). Es kann daher die l. 4 cit. nicht die Bedeutung haben, welche die Vertheidiger jener Ansicht ihr beilegen wollen; s. nachher Nr. 2. — Außerdem wird auch von Manchen behauptet, wenn Jemand auf Rechte, von denen er nicht wisse, daß sie ihm zustehen, verzichte: so sei der Verzicht ungültig. So sagt z. B. Glück Pandekten XIII S. 108 ff. mit vielen Älteren: qui renunciat certus esse debet de iure suo (freilich bleibt er dieser Behauptung gar nicht getreu, s. z. B. Denselben XVII S. 84). Allein auch dies ist in dieser Allgemeinheit unrichtig; denn die Bekanntschaft mit einem Rechte ist keineswegs nothwendige Bedingung einer gültigen Verfügung über dasselbe und es läßt sich kein Grund nachweisen, aus welchem es unzulässig sein sollte, auf Rechte, über deren Existenz wir im Ungewissen sind, für den Fall zu verzichten, daß sie uns etwa zustehen sollten. Wenn daher z. B. Jemand an mich Ansprüche macht, die nicht begründet sind, die ich also nicht verbunden bin, anzuerkennen und zu erfüllen, ich bin aber im Ungewissen darüber und erfülle sie doch und erkläre dabei, daß ich auf die condictio indebiti verzichten wolle: so ist dies ein ganz gültiger und bindender Verzicht, und ich muß daher, wenn ich später mich überzeuge, daß der Anspruch ganz unbegründet war, und deßhalb die condictio indebiti anstelle, mit derselben abgewiesen werden.

Den angeführten Behauptungen liegt allerdings ein richtiger Gedanke zu Grunde; allein sie drücken ihn meist nicht richtig und namentlich zu allgemein und dadurch falsch aus. Das Richtige geht vielmehr dahin:

1. Ein Verzicht ist natürlich bloß auf Das zu erstrecken, auf was er sich wirklich bezog; man darf einem Verzichte nicht eine Beziehung und Ausdehnung geben, an welche die Partieen nicht dachten, und wenn der Verzichtende sich unbestimmter, allgemeiner Ausdrücke bediente: so sind diese im Zusammenhange mit dem ganzen Geschäft, von dem die Rede ist, und in dem Sinne, den dieser giebt, und bei Zweideutigkeiten im Zweifel strikt auszulegen D. de pactis 2, 14 l. 47 § 1, de transact. 2, 15 l. 3 § 1 l. 5 l. 9 § 1, 3 l. 12.

2. Ein Verzicht, welcher so unbestimmt und allgemein ausgesprochen wurde,

daß die Rechtsverhältnisse, die er betreffen soll, sich im Voraus gar nicht übersehen lassen, ist unwirksam. Aus diesem Grunde erklären die Quellen einen unbestimmten Verzicht auf alle etwa mögliche Angriffsmittel gegen ein Rechtsverhältnis oder auf alle mögliche Einreden und Schutzmittel gegen einen Anspruch für ungültig; D. de condict. indeb. 12, 6 l. 67 § 3. Dies allein sagt auch die oben angeführte l. 4 § 4 si quis caut.

3. Liegt bei einem Verzicht ein Moment vor, welches überhaupt bei einem Rechtsgeschäfte einen solchen rechtlichen Mangel begründet, daß das Rechtsgeschäft ungültig oder anfechtbar ist: so ist natürlich auch der Verzicht ungültig oder anfechtbar. Wenn z. B. Jemand ein Pferd kauft und mit dem Verkäufer sich dahin vereinbart, daß er, wenn auch das Pferd irgend einen geheimen Fehler haben sollte, den Kauf nicht anfechten dürfe: so ist dieser Verzicht auf das Anfechtungsrecht, obwohl er ein sehr genereller ist, indem er sich auf alle und jede mögliche Fehler erstreckt, doch nach dem eben Ausgeführten an sich ganz gültig; wenn aber der Verkäufer den Käufer zu dem Verzicht durch Betrug verleitet hatte (wohin auch der Fall gehört, wenn der Verkäufer wohl wußte, daß die Sache Fehler habe, aber diese Fehler dem Käufer verschwieg,: so kann dann allerdings der Käufer seinen Verzicht und eben damit den Kauf wegen Betrugs anfechten, D. de A. E. V. 19, 1 l. 6 § 9 l. 11 § 15 l. 39; ferner wenn Jemand aus irgend einem Grunde irrig glaubt, zu einem Verzichte rechtlich verpflichtet zu sein, z. B. er eine Forderung, die er an den A. hat, diesem nachläßt, weil er in Folge eines früher mit dem A. über andere Gegenstände geschlossenen Vergleichs oder einer testamentarischen Auflage u. dergl. sich dazu für verpflichtet hielt, es aber in der That nicht war: so kann er natürlich diesen Verzicht mit einer condictio oder exceptio indebiti angreifen, weil diese zulässig ist, sobald man eine Leistung oder Zusage in der irrigen Voraussetzung, dazu rechtlich verpflichtet zu sein, macht. — Über alles Dieses s. auch Mein Württemb. Privatr. II 1851 S. 643—650. Wenn mir Bacher an dem oben Nr. I, 2 angeführten Ort S. 222 vorwirft, daß ich in Dem, was ich dort über Verzicht und S. 639 über die Veräußerungsfälle sage, mit mir selbst in Widerspruch komme: so beruht dieser Vorwurf auf einem Übersehen Bachers; er beachtet nicht, daß ich S. 638 von Veräußerung überhaupt, S. 639 f. aber ausdrücklich bloß von Veräußerung eines Vermögenrechts spreche!

Beilage IV. Das schwebende Eigenthum.

I. Es giebt viele Fälle, in welchen der Eintritt der Wirksamkeit oder eines Erfolges einer vorgefallenen juristischen Thatsache noch ins Ungewisse gesetzt sein kann; z. B. bei einem bedingt abgeschlossenen Rechtsgeschäft ist es, so lange über den Eintritt der Bedingung nicht entschieden ist, noch völlig ungewiß, ob das Geschäft zur Wirksamkeit kommen, das bedingt Zugesagte erworben werden wird. Bei einem solchen ins Ungewisse gesetzten Erfolge sprechen die römischen Quellen ganz bezeichnend von einem pendet, in pendenti est, die Frage ist noch unentschieden, noch im Schweben. — In dieser Weise kann es auch bei dem Eigenthum einer Sache der Fall sein, daß der Erwerb desselben noch im Schweben ist; z. B. wenn ein Erblasser seine Sache einem Dritten unter einer Bedingung vermacht, ist es noch ganz ungewiß, ob der Dritte das Eigenthum der Sache erwerben werde, und wenn der Eigenthümer seine Sache unter einer Resolutivbedingung auf einen Anderen überträgt: so ist es noch im Schweben, ob das Eigenthum der Sache wieder an ihn zurückfallen werde. Aber hier ist nicht das Eigenthum selbst in den verschiedenen Zeiten ein ungewisses; nicht die Frage ist im Schweben und objektiv unentschieden, ob die Sache zur Zeit einen Eigenthümer hat oder welcher von Mehreren ihr Eigenthümer ist. Ein Schweben dieser Frage würde etwas sehr Ungeeignetes und Anomales sein. Bloß die Frage ist in solchen Fällen im Schweben, ob der Person, welche Aussicht auf die Eigenthumserwerbung hat, später das Eigenthum zufallen werde; während des Schwebens dieser Frage aber ist die Eigenthumsfrage durchaus eine entschiedene. In den vorhin angeführten Beispielen ist der Erbe vom Erbschaftsantritt an Eigenthümer der bedingt vermachten Sache (s. Nr. III.), bei

einer unter einer Resolutivbedingung übertragenen Sache ist Der, dem sie übertragen wurde, von der Übertragung an Eigenthümer derselben; s. auch D. de R. V. 6, 1 l. 66.

II. Allein die römischen Juristen nahmen doch in einigen Fällen die Möglichkeit an, daß das Eigenthum selbst ein schwebendes, die Eigenthumsfrage zur Zeit eine völlig unentschiedene und gar nicht entscheidbare sei, daß man also vorerst gar nicht wissen könne, wer überhaupt dermalen Eigenthümer der Sache sei, vielmehr dieses erst durch ein späteres Ereignis sich rückwärts entscheide, so daß die Sache bis dahin keinen bestimmbaren Eigenthümer habe, daß aber, wenn das entscheidende Ereignis eintrete, nun vom Demjenigen, welcher in Folge dieses Ereignisses als Eigenthümer sich herausstelle, anzunehmen sei, er sei schon von Anfang an (rückwärts, von der Zeit an, in welcher das Eigenthum ein schwebendes wurde) Eigenthümer der Sache gewesen; werde daher z. B. in einem solchen Falle die Sache in der Zwischenzeit entwendet: so könne Niemand die condictio furtiva gegen den Entwender anstellen, weil noch gar nicht entschieden sei, in wessen Eigenthum die Sache stehe, also Niemand Eigenthum an der Sache beweisen könne (s. unten Nr. IV).

III. Ein solches Verhältnis wurde gerade in dem oben angeführten Falle des bedingten Vermächtnisses einer dem Erblasser gehörigen Sache von der Schule der Prokulianer angenommen. Sie behaupteten bei dem legatum per vindicationem, wenn der Erblasser seine Sache einem Dritten bedingt vermacht und der Erbe die Erbschaft erworben habe: so sei das Eigenthum der Sache ein schwebendes; weder der Erbe noch der Vermächtnisnehmer sei Eigenthümer, die Sache sei interim nullius; erst wenn über den Eintritt der Bedingung entschieden sei, entscheide sich die Frage, welcher von ihnen von Anfang an rückwärts als Eigenthümer zu betrachten sei; Gaius Inst. II § 200. — Die Sabinianer dagegen waren anderer Ansicht; sie nahmen ein solches Schweben des Eigenthums nicht an, behaupteten vielmehr, bei einer bedingt vermachten Sache erwerbe der Erbe mit der Erbschaft auch das Eigenthum der bedingt vermachten Sache; nur könne er es wieder verlieren. Bloß diese Frage des Verlustes des Eigenthums und des Überganges desselben auf den Vermächtnisnehmer sei suspendirt; trete die Bedingung ein: so falle nun das Eigenthum der Sache von selbst an den Vermächtnisnehmer; Gaius l. c. Diese Ansicht der Sabinianer wurde mit Recht bei den Römern die herrschende und ist auch die in Justinians Rechtssammlungen anerkannte (s. z. B. D. fam. ercisc. 10, 2 l. 12 § 2, de R. V. 6, 1 l. 66, de usufr. 7, 1 l. 12 § 5 i. d. Worten: exemplo rei sub condit. leg. ꝛc., ad SC. Silan. 29, 5 l. 1 § 4, de condict. furt. 13, 1 l. 14 pr.), also die gemeinrechtlich geltende, wie auch die herrschende Ansicht annimmt.

Die Prokulianer nahmen sogar auch dann ein schwebendes Eigenthum an, wenn der Erblasser eine ihm gehörige Sache einem Dritten unbedingt per vindicationem vermachte; sie meinten, auch hier gehöre vorerst weder dem Erben noch dem Legatar die Sache, nullius interim eam rem esse; erst wenn der Legatar sich über die Annahme des Legats erkläre, entscheide sich die Frage, wer vom Antritt der Erbschaft an Eigenthümer der Sache geworden sei, während mit Recht die Sabinianer auch hier annahmen, daß die Eigenthumsfrage zu keiner Zeit eine schwebende sei, indem der Legatar, sobald der Erbe die Erbschaft angenommen habe, sofort, auch ohne Wissen und Willen, das Eigenthum der Sache erwerbe, also das Eigenthum jeder Zeit ein entschiedenes sei; Gaius Inst. II § 195, 200. Auch über diese Frage wurde, was mit Unrecht von einigen Neueren bestritten wird, die Ansicht der Sabinianer in Justinians Rechtsbüchern als die geltende aufgenommen; s. z. B. D. de legat. II, 31 l. 80, de legat. I, 30 l. 86 § 2. Arndts § 560 Anm. 2, Fitting im Archiv für civilistische Praxis XLII S. 163 ff., v. Crailsheim das. XLVII S. 377 ff. Windscheid Pand. § 643 Note 2.

Es ist daher nicht richtig, wenn Vangerow, welcher in seinen Pandekten § 529 sich mit Recht für diese Ansicht ausspricht, doch im § 301 Nr. I 2, d (B. I S. 556 d. 7. Ausg.) den Fall des unbedingten Eigenthumsvermächtnisses zu

den Fällen des schwebenden Eigenthums zählt. Denn bei einem solchen Vermächtnisse ist die Frage, wer Eigenthümer der Sache ist, zu keiner Zeit im Schweben. Der Vermächtnisnehmer ist Eigenthümer der vermachten Sache, sobald der Erbe die Erbschaft erworben hat; er ist aber nicht gebunden, wider Willen das Erworbene zu behalten, und kann daher das Legat ausschlagen; deßhalb ist nur die Frage im Ungewissen, ob er durch Ausschlagen des Legats sein Eigenthum wieder verlieren werde. Behält er das Vermächtnis, nachdem er von der Erwerbung erfahren hat: so bleibt er eben nun Eigenthümer (also von dem Tage an, an welchem der Erbe die Erbschaft angetreten hat), D. de legat. I 30 l. 44 § 1, l. 86 § 2; schlägt er aber das Legat aus: so wird nun sein Eigenthum rückwärts aufgelöst; er wird nun so behandelt, als ob ihm die Sache gar nicht vermacht worden sei, somit ihm nie gehört hätte; l. 86 § 2 cit.: nunquam eius fuisse videbitur, l. 38 § 1 eod. Gai. II § 195; der Erbe gilt nun rückwärts als Eigenthümer, als ob er es von Anfang gewesen wäre; retro videtur res repudiata fuisse heredis, l. 44 § 1 eod.; s. auch über die praktischen Folgen dieser Wirkung l. 38 § 1 cit., de reb. dub. 34, 5 l. 15.

IV. In einigen Fällen dagegen nahmen die römischen Juristen (oder wenigstens die herrschende Ansicht unter ihnen, s. unten Nr. 2) ein wirklich schwebendes Eigenthum (Nr. II) an, namentlich in folgenden:

1. In gewissen Fällen bei Erwerbungen durch einen Sklaven. Was ein Sklave erwarb, gehörte in der Regel seinem Herrn, d. h. Demjenigen, in dessen Eigenthum er stand. Wenn aber ein Dritter an einem fremden Sklaven den Nießbrauch hatte, oder ein Dritter einen fremden Sklaven in der Meinung, er gehöre ihm, besaß: so fielen dem Nießbraucher oder dem redlichen Besitzer des Sklaven diejenigen Erwerbungen zu, die der Sklave durch seine Dienste oder mittels eines dem Nießbraucher oder dem Besitzer des Sklaven gehörigen Gegenstandes machte (ex operis suis, vel ex re fructuarii ꝛc. unentgeltliche Zuwendungen, z. B. eine an den Sklaven gemachte Schenkung nur, wenn sie aus Rücksicht auf die Person des Nießbrauchers gemacht wurden); D. de domin. 41, 1 l. 10 § 3, 4, de usufr. 7, 1 l. 21—24, l. 25 § 2, 3, de stip. serv. 45, 3 l. 18 § 3, Gaius Inst. II § 91, 92; III § 164, 165.

Hier konnte es aber bei manchen Erwerbungen vorerst ungewiß sein, ob sie dem Herrn des Sklaven oder dem Nießbraucher, beziehungsweise dem redlichen Besitzer desselben zufallen. Z. B. wenn einem Sklaven, der im Nießbrauche eines Dritten stand, eine Sache verkauft und übergeben wurde und er den Kaufpreis mit Geld, welches seinem Herrn gehörte, bezahlte: so fiel das Eigenthum diesem zu; wenn er sie mit dem Gelde bezahlte, welches dem Nießbraucher gehörte: so wurde der Nießbraucher Eigenthümer; allein wie verhielt es sich, wenn dem Sklaven die Sache auf Kredit verkauft und übergeben wurde, es also noch unentschieden war, mit wessen Gelde der Preis bezahlt werden werde? In einem solchen Falle scheint die Auffassung nahe zu liegen, daß, wie in der Regel überhaupt dem Herrn die Erwerbungen der Sklaven zufielen, sie ihm auch hier zunächst zufallen, er also Eigenthümer der gekauften Sachen werde, aber sein Eigenthum wieder verliere, wenn später der Sklave den Preis mit dem dem Nießbraucher gehörigen Gelde bezahlte. Allein die römischen Juristen nahmen hier ein wirklich schwebendes Eigenthum an, in pendenti esse dominium, D. de usufr. 7, 1 l. 25 § 1, l. 12 § 5 a. E. Sie entschieden die Frage dahin: in einem solchen Falle gehöre die Sache weder dem Herrn des Sklaven noch dem Nießbraucher; weder Dieser noch Jener könne daher in dieser Zeit wegen der dem Sklaven übergebenen Sache, z. B. wenn sie entwendet wurde, gegen Dritte Klagen anstellen (l. 12 § 5 cit., de aed. ed. 21, 1 l. 43 § 10); wenn dann später der Sklave ex re domini bezahle: so sei anzunehmen, sein Herr sei von Anfang an Eigenthümer der Sache gewesen; zahle er aber ex re fructuarii: so gelte dieser rückwärts von Anfang an als Eigenthümer; D. de domin. 41, 1 l. 43 § 2 (die Frage, wie es gehe, wenn der Preis erst nach Endigung des Nießbrauches mit dem Gelde des Nießbrauchers bezahlt wurde, war eine bestrittene, D. de usufr. l. 25 § 1 in den Worten Quid ergo ꝛc.).

2. In einem Fall bei dem Eigenthum an Thierjungen. Der Nießbraucher

einer Sache erwirbt das Eigenthum der natürlichen Früchte einer Sache in der Regel erst durch Erwerbung des Besitzes derselben (perceptione), also dadurch, daß er sie von der Sache für sich trennt oder durch Andere für sich trennen läßt oder, wenn sie ohne sein Zuthun von der Sache getrennt werden, sie später in seinen Besitz bringt; D. quib. mod. usufr. 7, 4 l. 13; sind aber Thiere der Gegenstand des Nießbrauches, so erwirbt er das Eigenthum an den Jungen, die sie werfen, sofort, sobald sie von dem Mutterthiere, an dem er den Nießbrauch ausübt, getrennt sind, also nicht erst perceptione, sondern schon separatione[1]. Aber in einem Falle soll nach einigen Quellenstellen das Eigenthum an diesen Jungen ein schwebendes sein.

---

[1] I. de rer. div. 2, 1 § 37, D. de usur. 22, 1 l. 28 pr. In pecudum fructu etiam foetus est, sicut lac et pilus et lana. Itaque agni et hoedi et vituli statim pleno iure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii. Der Grund ist wohl hauptsächlich, weil Thierjunge ordnungsmäßig ohne alle menschliche Thätigkeit von der fruchttragenden Sache sich trennen. Dieser schon separatione eintretende Erwerb des Nießbrauchers ist aber nicht unbestritten; denn Manche behaupten, daß auch die Thierjungen von dem Nießbraucher nur durch Perception erworben werden, so namentlich Elwers Die römische Servitutenlehre S. 489 ff., Windscheid Pand. § 186 Nt. 5, Göppert Über die organischen Erzeugnisse, 1869 S. 282 ff. Allein diesem steht die l. 28 cit. entschieden entgegen. Der redliche Besitzer einer Sache nämlich erwirbt ihre Früchte von selbst sofort, sobald sie separirt sind, der Nießbraucher allerdings in der Regel nur durch Perception; aber bei den Thierjungen wird er in der Erwerbung des Eigenthums derselben in l. 28 cit. dem redlichen Besitzer ganz gleich gestellt, indem sie sagt: statim pleno iure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii. Zwar wendet Windscheid a. O. ein, das statim zu urgiren sei eben so wenig Veranlassung vorhanden, als unzweifelhaft das pleno iure für den b. f. possessor ungenau sei, da er jedenfalls die vorhandenen Früchte herausgeben müsse. Allein durch das Letztere wird das plenum ius des b. f. possessor an den Früchten nicht gehindert, da er zur Herausgabe der noch vorhandenen Früchte, wenn von ihm die Sache vindicirt wird, bloß obligirt ist, durch eine solche Obligation aber das Eigenthum nicht beschränkt wird, er daher auch unbeschränktes Eigenthum an den Früchten, wenn er sie veräußert, auf den Erwerber überträgt. Das statim kann aber in Bezug auf den b. f. possessor hier nur den Gegensatz zur Nothwendigkeit einer Perception bezeichnen, wie er in l. 48 pr. de domin. 41, 1 ausdrücklich ausgesprochen ist, denique etiam (fructus), priusquam percipiat, statim ubi a solo separati sunt, bonae fidei emtoris fiunt. Da nun die l. 28 cit. vom Nießbraucher Dasselbe sagt, wie vom b. f. possessor: so kann das Resultat nicht zweifelhaft sein. Auch wird es noch durch den § 37 I. de R. D. 2, 1 ganz besonders bestätigt; dieser sagt von den Thierjungen: statim naturali iure dominii fructuarii sunt, das statim aber erklärt der Mitabfasser der Institutionen, Theophilus, durch: sofort, sobald sie geboren sind (ἅμα τῳ τεχθῆναι). — Göppert a. O. S. 285, 286, welcher durch verschiedene Wendungen das statim zu beseitigen sucht, kommt am Ende auf das Resultat, es sei das Natürlichste, das statim pleno iure überhaupt nur auf den b. f. possessor, nicht auf den Nießbraucher zu beziehen. Allein abgesehen davon, daß dabei die Institutionenstelle nicht beachtet ist, so ist damit die Bedeutung des Ausdrucks in dem oben ausgeführten Sinne zugegeben, eine Beschränkung desselben aber auf den b. f. possessor ist unmöglich, da die Stelle ganz klar auch vom fructuarius Dasselbe sagt. Elwers a. O. sucht durch eine sehr künstliche Erklärung in die l. 28 cit. eine durch den Nießbraucher geschehene Perception hineinzutragen, läßt sich aber nicht darauf ein, wie dann die Gleichstellung des Nießbrauchers mit dem b. f. possessor zu erklären sein soll. Die herrschende Ansicht (die auch in das sächsische Gesetzbuch § 245 überging) war stets dafür, daß der Nießbraucher die Jungen schon im Augenblicke der erfolgten Separation erwerbe; vgl. die von Göppert S. 282 Nt. 3 Angeführten. Über den Einfluß der Kontroverse auf die Frage über das schwebende Eigenthum s. unten Nt. 2; eine Bestätigung des oben Ausgeführten liegt aber auch in den vom schwebenden Eigenthum handelnden Stellen, namentlich in l. 70 de usufr., indem sie in keiner Weise andeuten, daß der Eigenthumserwerb des Nießbrauchers an den Jungen durch eine Perception bedingt sei.

Hat nämlich Jemand den Nießbrauch an einer Herde (universitatis usufr. D. de usufr. 7, 1 l. 70 § 3): so ist er verpflichtet, die Herdenthiere, welche umkommen oder sonst unbrauchbar werden (demortua vel inutilia), aus den Jungen, die er von der Herde gewinnt, zu ergänzen, D. de usufr. l. 68 § 2, l. 69, l. 70 pr. § 5, I. de rer. div. 2, 1 § 38. Werden nun junge Thiere geworfen, während keine Lücke in der Herde ist: so gehören sie sofort dem Nießbraucher, D. l. c. l. 70 § 4; nur hat er, wenn später eine Lücke in der Herde entsteht, aus den vorhandenen Jungen nach seiner Wahl die Lücke zu ergänzen. In diesem Falle handelt es sich also nicht von einem schwebenden Eigenthum; er ist Eigenthümer der geworfenen Stücke und hat nur, wenn später die Lücke entsteht, die abgegangenen Stücke aus den ihm gehörigen Jungen zu ersetzen und dadurch das Eigenthum der Letzteren auf den Eigenthümer der Herde zu übertragen, l. 70 § 4, 5 cit.

Man sollte nun meinen, daß, wenn erst nach entstandener Lücke Junge geworfen werden, das Gleiche anzunehmen sei, d. h. der Nießbraucher werde sofort Eigenthümer derselben mit der Verpflichtung, aus denselben die Herde zu ergänzen, und wenn er dann zu diesem Zwecke die ausgewählten Jungen den abgegangenen Stücken substituire: so gehe nun dadurch sein Eigenthum auf den Eigenthümer der Herde über. In dieser Weise wird auch das Verhältnis in l. 69 de usufr. aufgefaßt, indem hier Pomponius sagt: quod nascitur, fructuarii est, et quum substituit, desinit eius esse. Zwar glaubt Göppert a. O. S. 301 Note 21, Pomponius spreche hier bloß von den unbrauchbar gewordenen Herdenstücken, nicht von den gestorbenen; Das, was er sage, sei bloß auf erstere zu beschränken. Allein unmöglich läßt sich annehmen, daß bei den inutilia ein anderes Princip angewendet werden soll, als bei den demortua. Zwar haben wir die Stelle aus Pomponius nicht vollständig; in Fortsetzung der l. 68 (von Ulpian), welche mit den Worten schließt: debebit ex agnatis gregem supplere, i. e. in locum capitum defunctorum, beginnt sie mit den Worten: vel inutilium alia summittere. Allein wenn Pomponius wirklich, wie nach der l. 69 anzunehmen ist, von vel inutilium spricht, so wird anzunehmen sein, daß auch bei ihm ein demortuorum voranging und die Kompilatoren es nur aus seiner Stelle wegließen, weil es schon in l. 68, die nur in Betreff der inutilium aus Pomponius ergänzt werden sollte, stand. Freilich hätten sie den Schlußsatz der l. 69 nicht aufnehmen sollen, da dieser im Widerspruch mit l. 70 § 1 steht.

Von einer entgegengesetzten Ansicht nämlich geht die l. 70 § 1 de usufr. (von Ulpian) aus. Er wirft die Frage auf, wem in dem angegebenen Falle in der Zwischenzeit, ehe die abgegangenen Stücke ergänzt werden, die geworfenen Jungen gehören, und beantwortet sie, unter Berufung auf Julian, dahin, daß in dieser Zeit das Eigenthum derselben ein schwebendes sei und erst durch die wirkliche Ergänzung sich die Eigenthumsfrage überhaupt entscheide: pendere eorum dominium, ut, si summittantur, sint proprietarii, si non summittantur, fructuarii, und in l. 12 § 5 a. E. (auch aus Ulpian) wird Dasselbe wiederholt und der Fall dem oben unter Nr. 1 ausgeführten Falle des schwebenden Eigenthums bei dem Erwerb eines Sklaven ganz gleich gestellt. Hiernach müßte hier Das gelten, was oben unter Nr. 1 ausgeführt wurde[2], und wir würden sonach wenigstens einen Fall des schwebenden

[2] Wenn man von der oben vertheidigten Ansicht ausgeht, daß der Nießbraucher eines Thieres, an dem er den Nießbrauch ausübt, das Eigenthum an den Jungen desselben sofort, sobald sie geworfen sind, erwirbt: so würde in dem im Text beschriebenen Falle das Eigenthum an den Jungen, welche bei lückenhafter Herde geworfen werden, schon mit der Geburt ein schwebendes sein, bis über die Summission entschieden ist. Verlangt man aber, wie Manche thun (s. Nt. 1), zum Eigenthumserwerb des Nießbrauchers auch bei Thierjungen Perception: so wäre es zweifelhaft, von wann an bei Herdenjungen im angegebenen Falle das Eigenthum ins Schweben kommen soll. Soll, wenn die Jungen geworfen werden, der

Eigenthums (freilich nur in sehr beschränkter Weise, nur wenn bei bereits vorhandenen Lücken in der Herde die Jungen geworfen wurden) haben, dessen Anwendbarkeit auch nach gemeinem Recht noch in Frage kommen könnte. Allein man wird wohl sagen können, daß die gemeinrechtliche Praxis ein solches schwebendes Eigenthum nicht kannte. Von den früheren Bearbeitern des gemeinen Rechts, Theoretikern wie Praktikern, ehe Fitting (Über den Begriff der Rückziehung 1856 S. 9 ff.), auf dieses schwebende Eigenthum und auf andere Fälle prägnanter Rückwirkung späterer Ereignisse besonders aufmerksam machte, wurde meines Wissens ein solches schwebendes Eigenthum in dem genannten Falle beinahe durchaus übersehen oder nicht beachtet, und nur von sehr wenigen Bearbeitern des römischen Rechts (z. B. Noodt De usufructu, lib. I cap. 17 a. E.) ganz obenhin berührt. Man ging davon aus, bei dem Nießbrauche an einer Herde trete als Besonderes nur die Summissionspflicht ein; der Nießbraucher erwerbe auch hier das Eigenthum der Jungen sofort, sobald sie geworfen sind, sei aber verpflichtet, abgegangene Herdenstücke aus ihnen zu ergänzen; durch diese Ergänzung gehe dann sein Eigenthum an den summittirten Stücken auf den Eigenthümer der Herde über. Selbst Vangerow, welcher erst in der 7. Ausgabe seines Lehrbuches (I § 301 S. 556, 557 den angeführten Fall des schwebenden Eigenthums entwickelt, fällt doch in einer anderen Stelle wieder in die alte herrschende Ansicht, indem er § 326 S. 627 eine Ausführung aus der 6. Ausgabe stehen ließ, in welcher er sagt, der Nießbraucher habe die Herde zu ergänzen mit frischem Nachwuchs, der aber doch sogleich in sein volles Eigenthum fällt, und für das Letztere die l. 69 de usufr. anführt, womit er aber, wie Pomponius in l. 69, ein Schweben des Eigenthums negirt.

V. Sieht man von dem eben entwickelten Falle ab, so haben wir in unserem praktischen Rechte nicht mehr einen Fall des schwebenden Eigenthums. Zwar führt Vangerow Pandekten § 301 S. 556 noch drei Fälle an, von denen zwei noch praktisch sein würden. Die beiden letzteren noch praktischen Fälle[3] sollen der

---

Herdeneigenthümer das Eigenthum daran haben, und dann, wenn der Nießbraucher sie in seinen Besitz bringt, erst das Schweben des Eigenthums beginnen? So scheint es Göppert a. O. S. 302 cf. S. 309 zu nehmen. Elwers a. O. S. 492 spricht zwar auch von einem schwebenden Eigenthum, in der That aber nimmt er doch nicht ein solches an; denn er sagt: im Moment der Geburt ist allerdings das Eigenthum an den Jungen dem Eigenthümer der Herde zugefallen; ob dieses aber nicht alsbald durch die Perception des Usufruktuars aufgehoben sei, Das entscheidet sich erst durch die Submission. Hiernach aber würde der Herdeneigenthümer wirklich auch sofort Eigenthümer der geworfenen Jungen sein, und nur die spätere Aufhebung seines Eigenthums im Ungewissen stehen. Die angeführten l. 69, l. 70 § 1 sprechen von der Perception gar nicht, wohl weil sie davon ausgehen, daß zum Erwerb des Eigenthums an den Thierjungen eine Perception von Seiten des Nießbrauchers nicht erfordert werde.

[3] Der dritte Fall betrifft das Rechtsverhältnis bei dem peculium castrense vor Justinian (vor Nov. 118). Allein auch dieser Fall war nicht ein Fall eines wirklich schwebenden Eigenthums, nur konnte bei ihm eine ganz eigenthümliche Rückwirkung eintreten. In Folge einer Verordnung Hadrians über das castrense peculium wurde von der herrschenden Ansicht der römischen Juristen von Papinians Zeiten an der Haussohn als freier Eigenthümer des peculium anerkannt, s. bes. Fitting. Das castrense peculium ꝛc. 1870 S. 131 ff., 152 ff., 178 ff., 324 ff.; wenn er aber starb, ohne ein gültiges Testament hinterlassen zu haben: so fiel es an den Hausvater nicht als Erben, sondern iure peculii. Dieser wurde nun in gewissen Fällen so behandelt, als ob von Anfang an auch das castrense peculium, wie jedes andere peculium eines Hauskindes, ihm gehört hätte; quodsi intestatus decesserit filius, postliminii cuiusdam similitudine pater antiquo iure habeat peculium, retroque videatur habuisse rerum dominia; D. de castrens. pec. 49, 17 l. 19 § 3. Dies bezog sich aber nur auf den gegenwärtigen Bestand des Pekuliums; Dispositionen, welche der Haussohn als Eigenthümer über die kastrensischen Sachen getroffen

Fall eines unbedingten Eigenthumsvermächtnisses und der Fall der dominii impretatio des Pfandgläubigers sein. Allein daß im ersteren Falle von einem wirklich schwebenden Eigenthum nicht die Rede sein kann, wurde schon oben S. 341 gezeigt. — Was aber die dominii impretatio betrifft: so handelt es sich auch bei ihr durchaus nicht von einem objektiven Schweben des Eigenthums. Wenn der Pfandgläubiger die Zahlung der Forderung, zu deren Sicherheit ihm eine Sache verpfändet ist, von dem Schuldner nicht erlangen kann und er daher zum Zwecke seiner Befriedigung von seinem Rechte, die verpfändete Sache zu veräußern, Gebrauch machen will, aber keinen annehmlichen Käufer findet: so kann er sich nach römischem Rechte an den Regenten, bei uns an den Richter, mit dem Gesuch wenden, daß ihm die verpfändete Sache gegen Abrechnung an seiner Forderung in das Eigenthum zugeschlagen werde; C. de iure dom. impetr. 8, 34 cst. 3 § 3 ff. Erfolgt dieser Zuschlag: so wird er durch denselben sofort Eigenthümer der Sache, natürlich vorausgesetzt, daß sie wirklich dem Schuldner gehörte; der Schuldner hat aber von dem Tage des Zuschlags an zwei Jahre lang das Recht, die Sache wieder einzulösen, wenn er die ganze Pfandschuld mit den rückständigen Zinsen dem Gläubiger bezahlt und ihm den Schaden ersetzt, der ihm durch die Verzögerung der Zahlung der Schuld zugezogen wurde. Wird dann in Folge dieses Wiedereinlösungsrechts die Sache dem Schuldner von dem Gläubiger herausgegeben: so geht nun das Eigenthum, in welches der Gläubiger eingetreten war, wieder auf ihn über, cst. 3 § 3, 4 cit. Hieraus ergiebt sich, daß bei diesem Verhältnisse die Eigenthumsfrage zu keiner Zeit irgend eine schwebende ist. Von dem Tage des Zuschlags an ist der Gläubiger Eigenthümer der Sache, § 3 cit.; nur kann er sein Eigenthum wieder verlieren, wenn der Schuldner von seinem Einlösungsrechte innerhalb der zweijährigen Frist Gebrauch macht.

Zweite Unterabtheilung. Die einzelnen Erwerb- und Verlustgründe allgemeinerer Natur.

§§ 70—95.

Einleitende Bemerkung.

Es giebt sehr viele verschiedene Thatsachen, durch welche Rechte erworben und verloren werden können. Sie bestimmen sich aber großentheils verschieden nach der verschiedenen Natur der betreffenden Rechte (Eigenthum, Servituten, Pfandrecht, Obligationen). Der allgemeine Theil der Pandekten kann daher nicht der Ort sein, alle diese (juristischen) Thatsachen zusammenzustellen und zu erörtern; vielmehr sind im besonderen Theil, bei jedem einzelnen Rechte seine ihm eigenthümlichen Erwerb- und Verlustgründe zu entwickeln. In den allgemeinen Theil gehört nur Das, was über solche Erwerb- und Verlustgründe wirklich allgemeiner Natur ist.

---

hatte, namentlich Veräußerungen oder dingliche Belastungen derselben blieben gültig. Es war also hier das Eigenthum an den kastrensischen Sachen in der That zu keiner Zeit ein wirklich schwebendes; nur die Frage wegen des Rückfalls des Pekuliums an den Hausvater war eine schwebende. Deßhalb konnte von einem Eintritt derjenigen Konsequenzen, welche Vangerow S. 558 aus dem schwebenden Eigenthume auch für den Fall des castrense peculium zieht, namentlich der von ihm unter Nr. 1 und 2 behaupteten, nicht die Rede sein. Das Nähere hierüber aber, worüber nun besonders die Ausführungen von Fitting zu vergleichen sind, gehört in die Rechtsgeschichte. Denn nach dem von Justinian in Nov. 118 eingeführten Recht tritt, wenn der Haussohn über sein peculium castrense kein gültiges Testament hinterläßt, in demselben die Intestaterbfolge ein; ein Rückfall des Pekuliums an den Hausvater iure peculii findet daher nicht mehr statt.

Alle Erwerb- und Verlustgründe zerfallen in zwei Klassen. Sie bestehen entweder

A. in Handlungen der dabei betheiligten Personen oder Einer derselben (z. B. Delikt), durch die der Erwerb oder Verlust bedingt ist (§§ 70—89), oder

B. in Thatsachen, die für die Betheiligten den Charakter des Zufälligen (Nichtmitwirkung ihres Willens) haben (§§ 90—95).

A. Handlungen als Erwerb- und Verlustgründe von Rechten.

I. Im Allgemeinen. (§§ 70—72).

Arten und Erfordernisse einer Handlung als Erwerb- und Verlustgrundes von Rechten.

§ 70.

(Arndts §§ 58—60.)

Die Handlungen kommen hier nicht als Gegenstände eines Rechts[1] (§ 59) in Betracht, sondern als solche juristische Thatsachen, die zu Erwerb oder Verlust eines Rechts führen. In dieser Hinsicht zerfallen sie in zwei große Kategorieen, sie sind entweder Rechtsgeschäfte (§ 73 ff.) oder unerlaubte Handlungen, Delikte im weitern Sinu (§ 85 ff.). Allgemeines, beiden Kategorieen Gemeinsames, giebt es nur Weniges; es reducirt sich auf Begriff und Erfordernisse einer Handlung.

Handlung ist eine durch den Willen bestimmte That eines Subjekts (s. § 44). Aus diesem Begriff ergeben sich von selbst die Erfordernisse einer Handlung (im Gegensatz zum bloßen Thun und zum Zufall). Sie sind

1) Willensfähigkeit des Subjekts, also natürliche Handlungsfähigkeit (s. § 44); diese fehlt ganz: dem infans, den Geisteskranken und den juristischen Personen[2];

2) daß das Subjekt gerade zur Zeit der That in einem willensfähigen Zustand war[3];

3) die Fassung eines Entschlusses zur That, die Willensbestimmung und

4) ein durch den Entschluß erzeugtes äußeres Thun oder Lassen, die Willensäußerung; denn ein Entschluß kann im Recht nicht beachtet werden, so lange er bloß etwas Inneres bleibt; er muß in die

[1] Als solche kommen sie bei den Obligationen in Betracht.

[2] Was hierüber Arndts § 59 bemerkt, war an anderen Orten zu entwickeln und ist danach zum Theil zu berichtigen und näher zu bestimmen, s. § 44 und §§ 47—49 und § 55.

[3] Darüber s. § 49 Nr. III. — Arndts l. c. Note d.

Objektivität treten und sich durch ein Thun oder Lassen (äußerlich) erkennbar machen.

Über die beiden letzten Momente (Nr. 3, 4) läßt sich etwas weiteres Allgemeines bei beiden Kategorieen der Handlungen (Rechtsgeschäft und Delikt) gleichmäßig Geltendes nicht sagen; denn in allen näheren Beziehungen gestalten sie sich verschieden bei den Rechtsgeschäften und bei den Delikten[4]. Nur die Frage ist hier noch (im Allgemeinen) zu entwickeln, ob Zwang und Irrthum Momente sind, durch welche der Begriff der Handlung (oder der natürlichen Handlungsfähigkeit) ausgeschlossen wird und welchen Einfluß sie überhaupt auf Rechtserwerb und Rechtsverlust haben.

Einfluß des Zwangs auf die Handlung.

§ 71.

(Arndts § 61.)

Man muß beim Zwang oder der Gewalt unterscheiden:

1) die sog. vis compulsiva (metus oder vis et metus, Erpressung), d. h. wenn Jemand durch Drohungen zu einem Thun oder Lassen bewogen wird. Dieser Zwang kann betreffen

A. ein Delikt, zu dessen Begehung Jemand durch Drohung bewogen werden soll, vergl. § 85;

B. ein Rechtsgeschäft, zu dessen Eingehung Jemand durch Drohung gezwungen werden soll, z. B. wenn N. durch Drohung auf Leib und Leben mich bewegt, ihm einen Wechsel auszustellen oder ihm eine Sache zu verkaufen. Bei einer solchen Gewalt geht unser Recht von der richtigen Auffassung aus, daß durch sie die Freiheit des Willens nicht aufgehoben werde, da ja der Gezwungene die Wahl hatte, ob er das Geschäft eingehen oder lieber das gedrohte Übel über sich ergehen lassen wollte; daß er also, wenn er das Erstere wählte, wirklich handelte, da er es wollte, wenngleich aus dem Motiv der Furcht (coactus voluit). Deßhalb sind erpreßte Verträge an sich ganz gültig; nur können sie vom Gezwungenen angefochten und dadurch wieder aufgehoben werden. Auch ist natürlich der Zwingende ihm zum Schadenersatz verpflichtet. — Wenn Jemand durch Drohung bloß zu einem

[4] So bezieht sich Das, was Arndts in § 60 über Simulation sagt, bloß auf Rechtsgeschäfte, ist daher bei diesen, namentlich in der Lehre von den Verträgen auszuführen.

passiven Verhalten gezwungen wird, z. B. keinen Widerstand zu leisten, oder bloß zu einem faktischen Thun, nicht zu einer Willenserklärung in Beziehung auf ein Rechtsverhältnis, z. B. er wird von Mehreren durch Drohung bewogen, sein Grundstück zu verlassen oder ihnen die Schlüssel zu seinen Behältnissen herauszugeben, die sie dann ausplündern, so kann natürlich von einem Rechtsgeschäfte nicht die Rede sein; es gilt daher hier ganz Das, was im Falle von Nr. 2 gilt.

2) Absolute Gewalt, vis im eigentlichen Sinne (vis atrox), ist vorhanden, wenn durch Anwendung physischer Kräfte, also durch körperliche Übermacht, Jemand überwältigt, z. B. er von Mehreren überfallen und geknebelt wird und sie ihm die Taschen leeren oder wenn sie ihm mit Gewalt seine Hand zur Unterschrift einer Schuldurkunde führen. In solchen Fällen kann von einem Rechtsgeschäfte, das der Gezwungene eingegangen hätte, nicht die Rede sein. Es kann daher der Gezwungene durch solche Vorgänge weder ein Recht verlieren noch verpflichtet werden; der Akt ist juristisch null und nichtig[1].

Einfluß des Irrthums und der Unwissenheit auf die Handlung.

§ 72.

(Arndts § 62.)

Vgl. Donellus Comment. de iur. civ. Lib. I cap. 17—23; Savigny Syst. III § 115 und Beilage VIII S. 325—473.

An sich sind Irrthum und Unwissenheit Verschiedenes; denn Unwissenheit (ignorantia) ist das reine Nichtwissen; Irrthum (error) dagegen ist das Nichtwissen, verbunden mit einer falschen Vorstellung, die man sich von dem Gegenstande macht (Falschwissen). Allein juristisch gilt von beiden das Gleiche; denn es ist gleichgültig, ob man von Etwas gar Nichts weiß, oder ob man es zu wissen glaubt, aber es falsch weiß (bloß vermeintliches Wissen). Deßhalb wird in unseren Quellen ignorantia und error, und wird ebenso im Leben und in der Wissenschaft Unwissenheit und Irrthum als gleichbedeutend gebraucht.

In einigen Stellen des Corpus iuris ist gesagt: errantis nulla voluntas est[1]. Dieses nehmen Viele wörtlich und allge-

[1] Das Nähere s. unten bei der Lehre von den Verträgen.
[1] Vgl. Arndts § 62 Anm. 2.

mein; sie behaupten daher, Irrthum schließe den Willen ganz aus. Hiernach wäre denn Das, was man im Irrthum oder durch Irrthum bewogen thut, gar keine Handlung, also juristisch wirkungslos (null und nichtig); es würde dann namentlich jeder Vertrag, zu dem man durch einen Irrthum veranlaßt wurde, nichtig sein. Allein es ist dies offenbar eine falsche Auffassung jenes Satzes. Wer durch Irrthum bewogen wird, Etwas zu thun, will dies thun; er handelt also; nur würde er es meist nicht oder anders gethan haben, wenn er sich nicht geirrt hätte. Der Irrthum schließt also keineswegs das Wollen und Handeln aus. Daß dies auch unser Recht durchaus anerkennt, ergiebt sich schon aus seinen Gründsätzen über Betrug. Der Betrüger nämlich, der uns zu einem Vertrag verleitet, erzeugt in uns einen Irrthum, durch den wir zur Eingehung des Vertrags bestimmt werden. Dennoch ist, wie allgemein zugegeben wird, ein Vertrag, zu dem man durch Betrug des einen Kontrahenten verleitet wurde, ganz gültig, was nicht sein könnte, wenn durch den Irrthum das Wollen ausgeschlossen würde. Der Betrogene kann nur den Vertrag anfechten[2].

Was die Frage betrifft, ob ein Irrthum des Handelnden überhaupt im Recht zu berücksichtigen sei und eine besondere rechtliche Bedeutung habe, so ist zu unterscheiden:

A. Irrthum als Bestimmungsgrund zu einer Handlung[3]. Es ist nicht selten, daß man durch eine falsche Vorstellung, die man sich von einem Gegenstand macht oder durch Nichtkenntnis eines Umstandes sich zu einer Handlung (Thun oder Lassen) bestimmen läßt. In solchen Fällen ist der Irrthum das bestimmende Moment, das Motiv unseres Thuns; wir würden Das, was wir thaten, nicht gethan haben, wenn wir die rechte Kenntnis (von dem Gegenstand) gehabt hätten. Hier fragt es sich nun: wird ein solcher Irrthum berücksichtigt oder nicht? d. h. werden die regelmäßigen Folgen, welche die Handlung an sich nach den Gesetzen hat, alterirt oder ausgeschlossen, wenn der Handelnde irrte; werden sie also für Denjenigen abgewendet, der durch Irrthum zu seinem Thun oder Lassen bestimmt wurde, oder treten sie ungeachtet des Irrthums doch ein, wird ein solcher Irrthum nicht

[2] Vgl. Savigny Syst. III S. 113 f. 342 f. Dadurch wird klar erwiesen, daß unser Recht anerkennt, es werde durch einen Irrthum das Wollen und Handeln nicht ausgeschlossen. Die Stellen der Anmerkung 2 (Arndts l. c.) aber sagen nicht das Gegentheil, denn sie haben eine ganz andere besondere Beziehung (s. unten Lit. B).

[3] Nach Savigny's Vorgang sog. echter Irrthum.

beachtet? Diese Frage beantwortet unser positives Recht, der Natur der Sache im Wesentlichen entsprechend, dahin:

1) Regel ist: ein solcher sog. echter Irrthum wird nicht berücksichtigt (error nocet, non prodest), d. h. die regelmäßigen Folgen, welche eine Handlung oder Unterlassung an sich nach den Gesetzen hat, werden dadurch nicht ausgeschlossen, daß man zur Handlung oder Unterlassung durch einen Irrthum oder ein Nichtwissen bestimmt wurde. Diese Regel ist schon wegen der Sicherheit der Rechtsverhältnisse und des Verkehrs nothwendig und dadurch gerechtfertigt[4]. Diese Regel gilt aber nicht ausnahmslos; denn

2) es giebt Ausnahmsfälle, in denen das Gesetz solchen Irrthum beachtet und daher für Denjenigen, der, durch einen Irrthum verleitet, handelte oder unterließ, die ihm nachtheiligen regelmäßigen Folgen der Handlung oder Unterlassung nicht eintreten läßt, ihm also in solchen Fällen der Irrthum nützt (prodest) und für ihn jene Folgen abwendet (error non nocet). Nur darf in solchen Fällen der Irrthum nicht unentschuldbar sein, d. h. er darf nicht auf einer groben Fahrlässigkeit beruhen; denn in solchen Ausnahmsfällen wird nur der (aus besonderen Gründen) entschuldbare Irrthum nachgesehen. In dieser Hinsicht (in Betreff der Entschuldbarkeit) ist wichtig die Unterscheidung zwischen Rechtsirrthum (error oder ignorantia iuris, d. h. wenn man über den Inhalt des geltenden Rechts irrt) und faktischen Irrthum (error oder ignorantia facti, wenn der Irrthum Anderes betrifft[5]). Für unentschuldbar gilt in solchen Fällen in der Regel der Rechtsirrthum, außer der Irrende könnte beweisen, daß er nicht in der Lage gewesen sei, vorher eine sichere Rechtsbelehrung zu erhalten[6]. — Dagegen ist der faktische Irrthum in solchen Fällen als entschuldbar anzunehmen, außer es könnte dem Irrenden nachgewiesen werden[7], daß er schon mit ganz gewöhnlicher Achtsamkeit ihn hätte vermeiden können, also er sich eine grobe Fahrlässigkeit habe zu Schulden kommen lassen, wobei es natürlich von Einfluß ist, ob man über ein factum proprium oder alienum irrte[8].

---

[4] D. de cond. indeb. 12, 6 l. 65 § 2. — Savigny Syst. III S. 114. 341. 354 f. Vangerow Pand. I § 83.

[5] Das Nähere s. in der Beilage und unten bei der Lehre von den Verträgen.

[6] S. Meine Schrift: Die bona fides (Leipzig 1871) S. 120 f. § 21. — Arndts l. c. Anm. 5.

[7] Die Beweislast ist verschieden beim faktischen und bei Rechtsirrthum.

[8] Arndts l. c. Note a. b. und Anm. 6.

3) Was die einzelnen Fälle betrifft, in welchen ein entschuldbarer Irrthum ausnahmsweise beachtet wird (Nr. 2), so lassen sie sich nicht, wie Viele meinen, aus allgemeinen Regeln herleiten und bestimmen[9]. Es sind bloß einzelne Fälle, in welchen wegen der besondern Natur des Verhältnisses die aequitas für Berücksichtigung des Irrthums spricht[10].

B. Irrthum als Beweismoment eines mangelnden Willens, sog. unechter Irrthum. Von den Fällen unter A. sind wesentlich verschieden die Fälle, in denen der Irrthum ein Erkenntnisgrund oder ein Beweismoment dafür ist, daß der zu einer gewissen juristischen Thatsache erforderliche Wille gar nicht vorhanden war, wo also aus dem Nichtwissen oder Falschwissen eines Umstandes sich ergiebt, daß dieser Wille bei der betreffenden Person fehlte. Hier geht aus dem Irrthum der Mangel eines Erfordernisses der betreffenden juristischen Thatsache hervor. Deßhalb muß er natürlich stets beachtet werden und kann es dabei auf Entschuldbarkeit des Irrthums gar nicht ankommen, weil, wenn es sich davon handelt, ob die Person gewollt habe, aber aus ihrem Irrthum sich ergiebt, daß sie in der That nicht gewollt hat, eben der erforderliche Wille nicht vorhanden war, mag ihr Irrthum entschuldbar sein oder nicht[11]. Hierher gehören namentlich folgende Fälle:

1) Häufig kann daraus, daß wir unter gewissen Umständen, die uns bekannt sind, eine Handlung vornehmen oder unter solchen Umständen der Handlung eines Dritten nicht widersprechen, der Schluß gezogen werden, daß wir dadurch in Etwas haben einwilligen wollen. In solchen Fällen ist natürlich ein solcher Schluß nicht zulässig, kann also unsere Einwilligung nicht angenommen werden, wenn uns jene Umstände unbekannt waren, mag unser Nichtwissen entschuldbar sein oder nicht[12].

---

[9] Vgl. Arndts l. c. Anm. 7. Meine angeführte Schrift (Die bona fides) § 26.

[10] Sie sind daher nicht hier, sondern bei den besonderen Lehren, in welchen sie eingreifen, anzugeben. Das Besondere, welches bei letzten Willen über Irrthum des Erblassers gilt, gehört ins Erbrecht. — Anders zu beurtheilen sind die Fälle, in welchen man an sich ein Recht hat, (condictio sine causa, condictio indebiti), aber das Recht ausgeschlossen wird, wenn man Kenntnis von einem gewissen Umstand hatte (eine Kenntnis, welche der Gegner beweisen muß). Hier fällt natürlich jede Rücksicht auf Entschuldbarkeit oder Nichtentschuldbarkeit der Nichtkenntnis jenes Umstandes weg. (Das Nähere s. bei der Lehre von der condictio indebiti.)

[11] Vgl. Savigny Syst. III S. 363 f., 441 f., 445 f. und Meine angeführte Schrift Die bona fides S. 14 ff. — Wo das Wissen Bedingung einer gewissen Folge ist, muß diese durch jedes Nichtwissen ausgeschlossen werden, mag es entschuldbar sein oder nicht.

[12] D. de aqua 39, 3 l. 19. 20; de iudiciis 5, 1 l. 2 pr.; de iurisd. 2, 1 l. 15.

2) Wenn bei einem Vertrage über wesentliche Punkte desselben ein Mißverständnis zwischen den Parteien besteht, oder wenn eine Partei in einem sog. wesentlichen Irrthum sich befand, so ist kein Vertrag vorhanden, mag das Mißverständnis[13] oder der Irrthum vermeidbar gewesen sein oder nicht; denn im ersteren Fall fehlt es an der zum Vertrage nothwendigen Übereinstimmung der Parteien, im letzteren an dem auf einen wesentlichen Punkt des Vertrags gerichteten Willen.

3) Dolus und mala fides sind nur vorhanden, wenn man Das wollte, was verletzendes Unrecht ist. Sie sind daher nicht vorhanden, wenn Jemand ein fremdes Recht (das Recht eines Andern) verletzte, er aber diese Verletzung nicht gewollt hat und sich des verletzenden Moments seiner Handlung nicht bewußt war, sondern sich im Irrthum über dasselbe befand (es nicht vorhanden glaubte). Aus einem solchen Irrthum, in welchem er handelt, ergiebt sich, daß er die Verletzung fremden Rechts nicht wollte, daß er also nicht in dolo oder in mala fide war. Durch den Irrthum wird hier dolus und mala fides ausgeschlossen. Auf Entschuldbarkeit dieses Irrthums aber, namentlich ob er ein Rechtsirrthum oder ein faktischer war, kann es hier (bei der Frage, ob er in dolo oder mala fide war), gar nicht ankommen, weil es sich hier bloß um die Thatsache des Gewollthabens handelt, aus dem Irrthum aber der Mangel dieses Willens sich ergiebt[14]; z. B. wenn ein Jäger im Walde nach einem Reh, das in einen Busch flüchtet, schießt und einen Menschen trifft, der in dem Busche schlief, so hatte er nicht den dolus, einen Menschen zu verletzen und aus dem Umstande, daß er gar nicht wußte, ein Mensch liege im Busche, ergiebt sich eben, daß er nicht den Willen hatte, einen Menschen zu verletzen. Ferner wenn der Pächter meines Gartens in demselben einen Schatz findet und sich den ganzen Schatz aneignet, weil er aus Rechtsirrthum glaubt, ein Schatz gehöre ganz dem Finder, so ist er nicht in dolo und er besitzt den Schatz bona fide, weil aus seinem Irrthum sich ergiebt, daß er gar nicht den Willen hatte, Fremdes sich anzueignen[15].

---

[13] Mißverständnisse sind auch wesentlicher Irrthum, z. B. wenn der Verkäufer nicht weiß, daß ich von der Sache a. spreche und glaubt, ich spreche von der Sache b.

[14] Der gute Glaube wird lediglich durch die Thatsache des Nichtwissens fremden Rechts begründet; er ist ein Nichtwollen der Verletzung fremden Rechts.

[15] D. de hered. petit. 5, 3 l. 25 § 6; de lib. causa 40, 12 l. 12 § 2; I. de rer. divis. 2, 1 § 35. — Vgl. Meine Schrift: Die bona fides S. 15—21.

Bloß in solchen Fällen (Nr. 1—3) sagen die römischen Juristen: errantis nulla voluntas est[16], d. h. in solchen Fällen ist bei dem Irrenden der Wille einzuwilligen (s. Nr. 1 und 2) oder der Wille zu verletzen (Nr. 3) gar nicht vorhanden; es wird also (in diesen Fällen) dem Irrenden nicht aus einer aequitas und einer Rücksicht auf eine Entschuldbarkeit seines Irrthums geholfen, sondern sein Irrthum beweist eben, daß es an einem Erfordernis der betreffenden juristischen Thatsache fehlt, an der Einwilligung oder an dem auf Verletzung gerichteten Willen[17].

Beilage. Zur Lehre vom Irrthum; vergl. Mühlenbruch Über iuris und facti ignorantia und deren Einfluß auf Rechtsverhältnisse im Archiv für civilistische Praxis II 1819 S. 361—451, und besonders Savigny Syst. III 1840 § 115 und Beilage VIII Irrthum und Unwissenheit S. 325—473.

I. Rechtsirrthum und Rechtsunwissenheit, error, ignorantia iuris ist vorhanden, wenn der Irrthum oder das Nichtwissen sich auf den Inhalt des geltenden objektiven Rechts bezieht, man also über Existenz oder Sinn und Umfang eines Rechtssatzes irrt; Irrthum über Anderes ist faktischer Irrthum, error facti, s. die Beispiele in D. de iur. et fact. ignor. 22, 6 l. 1 § 1—4. Bestritten ist, ob die unrichtige Subsumtion oder Nichtsubsumtion eines Verhältnisses oder Falles unter die Rechtsnormen, z. B. wenn ein Gesetz auf Fälle bezogen wird, die gar nicht unter seine Bestimmung fallen, oder auf Fälle nicht bezogen wird, die wirklich unter seinen Inhalt fallen, zu dem Rechtsirrthum oder zu dem faktischen gehöre. Manche, namentlich Savigny a. O. S. 327, 338 f. zählen sie durchaus zu den Fällen des Letzteren; allein dies ist in dieser Allgemeinheit unrichtig; denn in der Regel beruht eine solche Subsumtion auf irriger Auffassung oder Auslegung oder auf Nichtkenntnis geltender Rechtssätze oder auf der Annahme eines Rechtssatzes, der in der That nicht besteht, also auf einem Rechtsirrthum. Nur dann würde sie zum faktischen Irrthum zu zählen sein, wenn ihr Grund bloß darin bestand, daß das betreffende Verhältnis in seiner faktischen Gestaltung nicht richtig erkannt worden war. — Mit dem Rechtsirrthum darf nicht der Irrthum des Irrenden über seine Rechte oder Rechtsverhältnisse (das ignorare de iure suo D. h. t. 22, 6 l. 3 pr.) verwechselt werden. Ein solcher Irrthum kann zwar auf Rechtsunkenntnis beruhen (z. B. wenn ein Testament bloß vor 3 Zeugen errichtet wurde, der darin eingesetzte X. aber es für gültig und deßhalb sich für den berufenen Erben hält); noch häufiger aber wird er lediglich auf einem Irrthum über die thatsächlichen Voraussetzungen des Rechts beruhen (z. B. wenn im vorigen Falle X. glaubte, es seien 7 Zeugen zum Testament zugezogen worden) und dann ist er bloß faktischer Irrthum; s. auch die Beispiele in l. 1 § 1 sq. h. t.

II. In den Fällen, in welchen ausnahmsweise durch einen Irrthum die regelmäßigen Folgen einer juristischen Thatsache alterirt werden können, hängt die Berücksichtigung des Irrthums von seiner Entschuldbarkeit ab. In dieser Hinsicht gilt über Rechtsirrthum Folgendes: er wird in der Regel nicht entschuldigt, weil man das im Staate geltende Recht kennen soll oder wenigstens leicht Auskunft über dasselbe erlangen kann; D. h. t. l. 2, 9 pr. Nur ausnahmsweise wird er in folgenden Fällen entschuldigt:

1) wenn der Irrende nicht selbst Rechtsgelehrter ist und nachweist, daß es

---

[16] Vgl. Arndts l. c. Anm. 2.

[17] Deßhalb nennt Savigny in solchen Fällen den Irrthum einen unechten, was freilich nicht ein ganz geeigneter Ausdruck ist, s. Arndts l. c. Anm. 4.

ihm unmöglich gewesen war, Rechtsbelehrung zu erhalten. D. h. t. l. 9 § 3. de bon. poss. 37, 1 l. 10. Diese Unmöglichkeit aber soll nach der l. 9 § 3 citirten nur selten angenommen werden können (die Stelle, abgedruckt bei Arndts § 62 Anm. 5, ist nicht gut gefaßt, da die Worte quod raro accipiendum est sich auf die Möglichkeit der Erlangung einer Belehrung zu beziehen scheinen; allein ohne Zweifel wollen sie sagen: die Ausnahme, welche aus Labeo's Bemerkung sich ergebe — daß die iuris ignorantia nachgesehen werde, wenn keine Belehrung zu erlangen sei — greife selten Platz; s. besonders Mühlenbruch a. O. S. 382 und später auch Savigny a. O. S. 335). Indessen wird jene Unmöglichkeit bei uns nicht so selten anzunehmen sein. Denn die Unentschuldbarkeit des Rechtsirrthums setzt voraus, daß das Recht zweifellos und sicher ist; D. h. l. t. 2. Wenn daher der betreffende Rechtssatz zweifelhaft oder unter bewährten Auktoritäten bestritten, also eine ganz sichere Rechtsbelehrung nicht zu erlangen ist: so steht dies jener Unmöglichkeit gleich und dies ist bei uns gar nicht so selten; vergl. auch Savigny a. O. S. 336 f. Auch wird man den Irrthum über fremdes Recht in der Regel für entschuldbar zu halten haben. Zu weit geht aber Savigny a. O., wenn er dies auch vom Irrthum über partikuläres Recht annimmt und glaubt, es sei dies im kanonischen Recht anerkannt. Denn aus dem Satze, daß der Papst unmöglich alle mögliche besondere Rechte, die in der Christenheit gelten, kennen könne (In VI^to de constit. 1, 2 cap. 1), folgt doch keineswegs, daß dem Betreffenden die Unkenntnis seines eigenen Partikularrechts in der Regel nachzusehen sei.

2) Gewisse Personen sind dahin begünstigt, daß ihnen in manchen Fällen auch ein an sich nicht entschuldbarer Rechtsirrthum nachgesehen wird. Viele aber geben dieser Begünstigung eine zu weit gehende Bedeutung. Die betreffenden Fälle sind bloß folgende:

a. Minderjährige. Diese haben das große Vorrecht, daß sie in der Regel wegen jedes an sich gültigen, ihnen aber nachtheiligen Rechtsgeschäfts, das sie oder ihre Vertreter für sie eingingen, sollte auch der Nachtheil in einem entgangenen Gewinn bestehen, und ebenso wegen jeder nachtheiligen Versäumnis Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verlangen können, also auch dann, wenn sie aus Rechtsirrthum handelten oder versäumten; s. D. h. t. l. 9 pr. und die Lehre von der restitutio in integrum. Weiter aber geht ihr Privilegium nicht; sie können daher namentlich nicht usukapiren, wenn sie bloß aus Rechtsirrthum ihren vermeintlichen Besitztitel für iustus titulus hielten (D. de usurp. 41, 3 l. 31 pr.). Zwar behaupten Manche das Gegentheil, aber theils ohne einen Beleg dafür anzuführen, z. B. Savigny a. O. S. 431, theils auf Grund der cst. 11 h. t. 1, 18, wie v. Scheurl Beiträge II S. 74. Allein die cst. 11 spricht bloß von in lucro subveniri; dies deutet aber ganz entschieden bloß auf Fälle der restitutio in integrum hin; s. D. de minor. 4, 4 l. 7 § 6; Böcking Pand. § 146 Nt. 11.

b. Frauenspersonen. Diesen wird da, wo der Irrthum überhaupt berücksichtigt wird, jeder Irrthum, also auch der an sich nicht entschuldbare Rechtsirrthum nur in einigen Fällen (in quibusdam causis) nachgesehen. D. h. t. l. 9 pr. Zwar scheint im früheren römischen Recht hierin die Begünstigung der Frauen noch weiter gegangen zu sein; Theod. C. de integri rest. 2, 16 cst. 3; Savigny a. O. S. 432; aber jedenfalls wurde sie vom späteren römischen Recht nur auf gewisse Fälle beschränkt, l. 9 cit. und C. h. t. 1, 18 cst. 13; von diesen aber gehört keiner dem Privatrecht an, wenn man nicht den der l. 2 § 1 D. de ventr. inspic. 25, 4 hierher zählen will (über die l. 2 § 7 d. iur. fisc. 49, 14 s. Savigny a. O. S. 343, 346); denn die anderen Fälle betreffen theils den Proceß (z. B. D. qui satisd. cog. 2, 8 l. 8 § 2, de edend. 2. 13 l. 1 § 2—5, theils das Strafrecht (z. B. D. de adult. 48, 8 l. 38 pr. § 2, 4, 7). Viele, auch Vangerow, Savigny, Puchta führen zwar als hierher gehörigen privatrechtlichen Fall die condictio indebiti im Fall der cst. 9 ad Sc. Vell. 4, 29 an. Allein dieser gehört gar nicht hierher, d. h. zu den Fällen, in welchen durch einen entschuldbaren Irrthum die regelmäßige Wirkung gewisser juristischer Thatsachen alterirt werden kann, da bei der condictio indebiti der Irrthum nur ein Erkennt-

nisgrund der mangelnden Bedingung einer gegen die Kondiktion zulässigen exceptio ist. Denn die Zahlung oder das Versprechen einer Nichtschuld ist an sich schon anfechtbar; nur ist das Anfechtungsrecht ausgeschlossen, wenn wissentlich eine Nichtschuld gezahlt oder versprochen wurde; der Empfänger hat dann gegen den Zurückfordernden eine auf das Gewußthaben des Letzteren gestützte exceptio; diese Thatsache des Gewußthabens aber wird natürlich durch jeden Irrthum ausgeschlossen, mag er entschuldbar sein oder nicht.

c. Soldaten. Bei diesen verhält es sich ähnlich, wie bei den Frauen, d. h. es wird ihnen nur in gewissen Fällen jeder Rechtsirrthum nachgesehen, nämlich (außer in einem processualischen Falle, C. h. t. cst. 1, und einem unpraktischen strafrechtlichen C. de h. q. sib. adscr. 9, 23 cst. 5) in drei in das Erbrecht gehörigen Fällen, von denen der eine bei uns unpraktisch ist (C. de rest. mil. 2, 51 cst. 1), der andere selten vorkommen wird (D. h. t. l. 9 § 1; vergl. Savigny a. O. S. 438 Nt. c), der dritte aber auch gemeinrechtlich von Bedeutung ist, indem Soldaten als Erben nicht über den Bestand des aktiven Nachlasses haften, auch wenn sie aus Rechtsirrthum ein Inventar gar nicht oder nicht in gehöriger Weise errichten; C. de iur. del. 6, 30 cst. 22 pr. § 15 (wodurch die in I. de hered. qual. 2, 19 § 6 erwähnte Restitution unnöthig wurde).

d. Häufig wird noch, besonders von Älteren, behauptet, daß auch die Bauern beim Rechtsirrthum begünstigt seien. Allein dies beruht auf einer falschen Auffassung des Begriffes der rusticitas. Wegen dieser wird allerdings der Rechtsirrthum in einigen Fällen nachgesehen, von denen jedoch bloß einer dem Privatrechte angehört, aber gemeinrechtlich unpraktisch ist; C. qui admitt. 6, 9 cst. 8. Rusticitas aber bezeichnet nicht den Stand der Bauern, sondern den Zustand eines ganz rohen und ungebildeten Menschen; den Bauern als solchen kommt mit Recht eine besondere Begünstigung in keiner Hinsicht zu; Mühlenbruch a. O. S. 446 ff., Savigny a. O. S. 436.

III. Unter den Fällen, in welchen der an sich entschuldbare echte Irrthum berücksichtigt wird (Nr. II im Anfang), giebt es doch einen, in welchem die Berücksichtigung eines Rechtsirrthums unbedingt ausgeschlossen ist, sollte er auch an sich entschuldbar sein. Es wird nämlich zur ordentlichen Ersitzung des Eigenthums (Usukapion) unter Anderem erfordert, daß man die Sache iusto titulo bekommen hatte; glaubte man irrig, sie iusto titulo erworben zu haben, so kann man nur usukapiren, wenn der Irrthum ein entschuldbarer war. Hier aber wird der Rechtsirrthum nie berücksichtigt; man kann also nie usukapiren, wenn die Meinung, die Sache iusto titulo erworben zu haben, auf einem Rechtsirrthum beruht, sollte er auch an sich entschuldbar sein; D. de usurp. 41, 3 l. 31 pr. (Nunquam in usucapionibus iuris error possessori prodest ꝛc.); pro emt. 41, 4 l. 2 § 15, pro suo 41, 10 l. 5 § 1, h. t. 22, 6 l. 4. Zwar wird dies von Manchen in Abrede gezogen, sie glauben, auch der Rechtsirrthum werde hier berücksichtigt, wenn er an sich entschuldbar sei, so namentlich auch Savigny Syst. III S. 375. Allein die angeführten Stellen drücken sich in einer Weise aus, daß eine solche Beschränkung derselben ganz unzulässig ist. — Aber unrichtig ist es, wenn Viele der Bestimmung, daß durch einen Rechtsirrthum (überhaupt oder wie Manche meinen, durch einen entschuldbaren) die Folgen des Mangels eines iustus titulus nicht beseitigt werden, eine Beziehung auf Begriff und Dasein der bona fides geben und bei dem im Rechtsirrthum Befindlichen das Dasein der bona fides verneinen und meinen, deßhalb sei hier die Ersitzung ausgeschlossen (auch Arndts § 160 bei Not. m. und in Anm. 4 bezieht jene Bestimmung auf den guten Glauben). Dies beruht auf einer Verwechselung. Der gute Glaube, die Überzeugung des Besitzers, die Sache auf einem Wege erworben zu haben, der ihn nach den Gesetzen befugen würde, sie als die seinige zu behandeln, ist lediglich eine Thatsache, deren Existenz nicht von den Gründen, auf die sie sich stützt, also auch nicht von der Entschuldbarkeit dieser Gründe abhängen kann, somit auch nicht durch einen Irrthum, sei er noch so unentschuldbar, ausgeschlossen wird; ein solcher ist bloß ein Beweismoment für das Dasein dieses guten Glaubens oder für den mangelnden widerrechtlichen Willen, also ein sog. unechter Irrthum, bei welchem die Gründe, auf die er sich

stützt, indifferent sind; vergl. v. Scheurl Beiträge II S. 56. Diese Gründe des Irrthums sind bloß für das Requisit des iustus titulus in so fern von Bedeutung, als bei diesem die Frage entsteht, ob der Mangel eines iustus titulus durch einen entschuldbaren Irrthum ersetzt werden könne, eine Frage, welche die Quellen beim faktischen Irrthum bejahen, beim Rechtsirrthum aber unbedingt verneinen. — Jene Verwechselung ist zwar für die ordentliche Ersitzung nicht von Bedeutung; denn diese ist jedenfalls ausgeschlossen, mag man beim Rechtsirrthum die bona fides oder bloß den iustus titulus verneinen. Aber wichtig ist sie für die Frage über Begriff und Erfordernisse der bona fides überhaupt, und daher für alle andere Fälle, in welchen durch die bona fides der Eintritt gewisser Folgen bedingt ist. Aus diesem Grunde ist sie für den Fruchterwerb des possessor von Bedeutung, und besonders auch für die außerordentliche Ersitzung, da zu dieser nicht iustus titulus, sondern bloß guter Glaube erfordert wird; diese Ersitzung wird durch einen Rechtsirrthum nicht ausgeschlossen, eben weil das Dasein der bona fides von den Gründen, auf die sie sich stützt, nicht abhängt, Savigny Syst. S. 371 ff. S. 400 ff.

IV. Die Frage, in welchen Fällen auf einen entschuldbaren Irrthum in der Art Rücksicht zu nehmen ist, daß durch ihn die regelmäßigen Folgen einer juristischen Thatsache alterirt werden, läßt sich nicht aus einem allgemeinen Princip beantworten. Dies wird aber von Vielen in Abrede gezogen, und allerdings scheint in dem Digestentitel de iur. et fact. ignor. 22, 6 ein solches Princip als ein maßgebendes ausgesprochen zu werden. Denn nach l. 7 soll Rechtsunwissenheit Nichts nützen acquirere volentibus, aber nicht schaden suum petentibus: nach l. 8 soll der faktische Irrthum nicht einmal den Männern in damnis vel compendiis schaden, der Rechtsirrthum aber nicht einmal den Weibern in compendiis nützen, im Übrigen ein Rechtsirrthum in damnis amittendae rei suae Niemandem nachtheilig sein; ferner sagt l. 9 pr.: Regula est, iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere. Über die Bedeutung und Tragweite dieser Aussprüche ist viel Streit. Namentlich:

1) gehen sehr Viele davon aus, daß durch jene Regeln maßgebende Principien über die Frage gegeben werden, in welchen Fällen überhaupt ein Irrthum zu beachten sei, wobei sie dann noch die Stellen, welche von der Entschuldbarkeit des Irrthums handeln (l. 2, 6, 9 § 2, 3 eod.), in verschiedener Weise hereinziehen. So will z. B. Thibaut Pandekten § 29 die maßgebenden Grundsätze über Irrthum überhaupt dahin feststellen: Rechtsirrthum, wenn er unentschuldbar sei (wenn man sich hätte belehren lassen können) werde niemals berücksichtigt; sei er an sich entschuldbar, so werde er in Betreff eines beasichtigten Gewinns (mit Ausnahme des Falles der l. 10 de bon. poss.), ferner wenn Jemand nothwendige Formen nicht beobachte, ein verbotenes Geschäft eingehe oder ein Urtheil rechtskräftig werden lasse, ebenfalls nicht verziehen; dagegen werde er nicht zum Nachtheil angerechnet, wenn es sich von einem zu vermeidenden Schaden handle; faktischer Irrthum schade stets, wenn er an sich unentschuldbar, niemals aber, wenn er entschuldbar sei. — In ähnlicher Weise stellen auch Andere solche durchgreifende Regeln über Berücksichtigung des Irrthums überhaupt auf; nur sind sie dabei über Einzelnes verschiedener Ansicht und Manche äußern sich so schwankend und zum Theil ihren eigenen Principien widersprechend, daß man nach ihren Ausführungen zu sicheren Resultaten nicht gelangen kann, was sich auch von Solchen sagen lassen wird, welche von Mühlenbruchs angeführter Abhandlung, der es freilich an Übersichtlichkeit und Schärfe und an der gehörigen Unterscheidung des sog. echten und unechten Irrthums fehlt, influenzirt wurden, wie z. B. von Schweppe Das röm. Privatr. I § 90, Glück Pandektenkomm. XXII S. 276 ff. 324 ff., Holzschuher Theor. 2c. d. gem. Civilr. I § 37 S. 357 ff. der 3. Ausgabe. Die Versuche, die Aussprüche der angeführten Pandektenstellen in der Allgemeinheit, in welcher sie gefaßt sind, als maßgebende Normen für alle mögliche Fälle des Irrthums überhaupt zu verwerthen, beweisen gerade, daß man jene Aussprüche unmöglich in dieser Weise auffassen kann. Es würden dadurch nicht nur die wesentlich verschiedenen Kategorieen

des Irrthums, der sog. unechte und der echte, deren genauere Unterscheidung überhaupt erst das Verdienst Savigny's ist, völlig amalgamirt und unter gleiche Regeln gestellt, sondern es würde auch die vom römischen Recht für die Regel überhaupt verneinte Frage, ob durch einen Irrthum, welcher zu einer Handlung bestimmte, die regelmäßigen rechtlichen Wirkungen derselben alterirt werden, in vielen Fällen im entschiedensten Widerspruche mit den Entscheidungen der Quellen bejaht werden müssen, ganz abgesehen davon, daß es sehr zweifelhaft sein würde, wie die Fälle der compendia, der damna und der damna amittendae rei sicher bestimmt werden sollten, s. zum Theile Mühlenbruch a. O. S. 403—416 (der aber doch S. 415 theilweise wieder an die l. 7 und 8 cit. sich anschließt, vgl. auch Denselben S. 383 bei Note 51), besonders aber Savigny Syst. III S. 344—351, 397, 401.

2) Einige wollen zwar auch an jenen Aussprüchen der l. 7 und 8 h. t. festhalten, aber nur unter großen Restriktionen, die freilich in ihnen nicht ausgesprochen sind. Sie gehen davon aus, daß jene Aussprüche nicht die allgemeine Frage entscheiden wollen, in welchen Fällen überhaupt ein Irrthum zu beachten sei, sondern daß sie sich nur auf Fälle beziehen, in welchen nach den anderweit in den Quellen enthaltenen Entscheidungen der Irrthum berücksichtigt werden solle; bloß für solche Fälle sollen dann die Regeln der l. 7 und 8 maßgebend sein. Dieser Ansicht sind namentlich Donellus und Vangerow, aber in sehr verschiedener Weise. Nach Donellus Comment. de iur. civ. Lib. I cap. 18 sqq. soll ein Irrthum nur zu berücksichtigen sein in Fällen, wo das Gesetz es zulasse, das heiße, in welchen das Gesetz gegen Wissende Etwas bestimme, so daß nach Wort oder Sinn des Gesetzes die Unwissenheit entschuldigt sei, cap. 18 § 1, 2 besonders § 5, c. 20 § 2; aber unter ignorantia dürfe man nicht jede Unwissenheit verstehen; man müsse das Wort in einem engeren Sinn nehmen und daher zwischen ignorantia facti und iuris unterscheiden; cap. 18 § 6 c. 19 § 1. Die ignorantia facti werde in jenen Fällen stets berücksichtigt, cap. 19 § 1, cap. 20 § 1, 2, 5, nur dürfe sie nicht eine supina sein, cap. 20 § 3, 4; was dagegen die ignorantia iuris betreffe: so sei in jenen Fällen der an sich entschuldbare Rechtsirrthum, das heiße, wenn der Nichtjurist keine Rechtsbelehrung erhalten konnte und die Unwissenheit nicht das ius gentium, sondern bloß das ius civile betreffe, Niemandem nachtheilig, cap. 21 § 3; dagegen werde der nichtentschuldbare Rechtsirrthum, nämlich der Rechtsirrthum Derjenigen qui ipsi imperiti peritorum copiam habuerunt (von der ignorantia iuris gentium spricht er hier nicht weiter) nicht in compendiis und in damnis amissae rei berücksichtigt (cap. 21 § 4, 5—7, 12), außer im ersteren Falle bei Minderjährigen und Soldaten, im letzteren auch noch bei Frauen und der rusticitas, cap. 21 § 9, 10, 13; wohl aber werde er stets berücksichtigt, wenn es sich von Abwendung eines bevorstehenden Verlustes handele (in damnis amittendae rei suae cap. 21 § 14—16 cap. 22). Hiernach muß Donellus Vieles in die l. 7 und 8 h. t. hineintragen, um ihre Aussprüche brauchbar zu machen, und dabei wird es keines Nachweises bedürfen, daß, wenn man seine Regeln auf alle Fälle beziehen soll, in welchen die Gesetze von Berücksichtigung des Irrthums sprechen, sie auf Unrichtiges führen. — Vangerow Pandekten § 83 Anm. 1 verläßt mit Recht in der 6. und 7. Ausgabe die Ansicht Thibauts, die er in den früheren Ausgaben vertheidigt hatte, und schließt sich im Wesentlichen den Ausführungen Savigny's an; nur will er doch der l. 7 und 8 h. t., in welchen Savigny a. O. bloß einen nicht gelungenen Versuch zur Aufstellung eines allgemeinen Princips findet, eine maßgebende Bedeutung beilegen. Er geht davon aus, daß die l. 7 und 8 nicht die vollständige Theorie des Irrthums aufstellen, sondern lediglich die verschiedene Behandlung desselben (doch wohl nur des sog. echten) bei damna und compendia andeuten wollen und dabei selbstverständlich den allgemeinen Grundsatz voraussetzen, daß unentschuldbarer Irrthum überhaupt nicht berücksichtigt werde; ihr Sinn gehe daher dahin: in den Fällen, in denen überhaupt eine Berücksichtigung des Irrthums zulässig ist, dürfe man sich auf einen entschuldbaren faktischen Irrthum stets berufen, einerlei ob man einen durch den

Irrthum hervorgerufenen Nachtheil (damnum, wohin auch das lucrum cessans gehöre) beseitigen oder durch den Irrthum einen Vortheil (compendium) erlangen wolle; dagegen sei die Berufung auf einen entschuldbaren Rechtsirrthum nur zulässig, wenn ein dadurch erzeugter Nachtheil in dem angegebenen Sinne abgewendet werden soll, aber gänzlich ausgeschlossen, wenn man durch den Irrthum einen Vortheil (compendium) erlangen wolle. — Hiernach giebt doch auch Vangerow zu, daß die Regeln der l. 7 und 8 so, wie sie lauten, viel zu weit sind und daß man erst Vieles in sie hineintragen muß, um sie praktisch brauchbar zu machen. Er trägt hinein, daß sie nur vom entschuldbaren Irrthum sprechen, ferner, daß sie nur auf Fälle des sog. echten Irrthums zu beziehen sind, ferner, daß sie nur solche Fälle desselben im Auge haben, in denen überhaupt (also wohl nach anderweiten Bestimmungen der Quellen) eine Berücksichtigung des Irrthums zulässig ist. Sind sie aber bloß auf Fälle der letzteren Art zu beziehen: so werden zunächst die anderweiten Bestimmungen der Quellen über die Frage, welcher Irrthum und in wie fern der Irrthum in den betreffenden Fällen zu berücksichtigen sei, maßgebend sein, nicht aber jene jedenfalls zu allgemein gefaßten Regeln. In der That kommen wir, abgesehen von einem Punkte, durch diese anderweiten Bestimmungen der Quellen im Wesentlichen gerade auf das Resultat, welches Vangerow aus l. 7 und 8 in den Beschränkungen, die er ihnen giebt, herleitet, nämlich darauf, daß in den Fällen, in welchen die Quellen Berücksichtigung eines echten Irrthums zulassen, nur der an sich entschuldbare Irrthum zu berücksichtigen sei, dieser aber mit Ausnahme eines Falles, stets, mag der Irrthum ein faktischer oder ein Rechtsirrthum sein und mag es sich dabei von Vermeidung eines Nachtheils oder Erlangung eines Vortheils handeln. Nur über den Ausnahmsfall, der den Rechtsirrthum betrifft, kommt Vangerow zu einem andern Resultate. Nach dem oben unter III Ausgeführten betrifft der Fall bloß den Titel bei der Usukapion; Vangerow aber nimmt ihn gerade unter Berufung auf l. 7 und 8 h. t. viel allgemeiner; nach diesen Stellen soll die Rücksicht auf entschuldbaren Rechtsirrthum zwar bei einem lucrum cessans zugelassen, aber dann völlig ausgeschlossen sein, wenn es sich überhaupt von Erlangung irgend eines compendium handle und dahin zählt er nicht bloß den mit der bonae fidei possessio verknüpften Vortheil der Usukapion, sondern auch den mit ihr verbundenen Vortheil des unmittelbaren Eigenthumserwerbs an den fructus naturales (vgl. auch Vangerow § 321 Anm. 1 Nr. 3). Allein es ist, von Anderem abgesehen, doch wohl mehr als zweifelhaft, ob man dem Worte compendium im Gegensatze zum lucrum cessans den besonderen Sinn, den ihm Vangerow beilegt (wenn wir Etwas haben wollen, was wir ohne den Irrthum nicht gehabt hätten) beilegen kann (vgl. z. B. D. de A. E. V. 19, 1 l. 42, pro soc. 17, 2 l. 65 § 6). Sollte man aber in diesem Sinne das Wort zu nehmen haben, so würde auch hierin die l. 8 zu weit gefaßt sein, wie aus anderen Bestimmungen der Quellen hervorgeht, welche mit Recht dem bonae fidei possessor überhaupt und ohne Rücksicht auf die Gründe, auf welche seine bona fides sich stützt, das Eigenthum an den separirten Früchten geben, s. Savigny III S. 397, 398. Auch kommt Vangerow mit der Ausdehnung, die er der Regel der l. 8 giebt, doch wohl selbst in Widerspruch. Denn der Gewinn der fructus industriales würde doch auch unter die compendia in Vangerows Sinne fallen; diesen Gewinn aber spricht Vangerow § 326 S. 627 auch dem Besitzer zu, dessen bona fides sich auf einen Rechtsirrthum stützt. — Die Regeln der l. 7, 8, 9 pr. h. t. deuten nur den Gedanken an, der den einzelnen Bestimmungen über die Fälle, in welchen Irrthum beachtet werden soll, zu Grunde liegt; sie sind aber, wie so häufig die regulae iuris, die wir in den römischen Quellen finden, viel zu allgemein gefaßt und in dieser Allgemeinheit so wenig anwendbar, als der in manchen Stellen ausgesprochene Satz: errantis nulla voluntas est, oder der Satz in D. pro emt. 1, 2 § 15: iuris error nulli prodest; es muß ihnen erst durch die einzelnen Fälle, bei denen sie von den römischen Juristen ausgesprochen wurden, ihre nähere Bestimmung und richtige Beziehung gegeben werden, wie dies z. B. in der l. 2 § 15 cit. geschieht. Einen

Versuch, aus solchen Fällen die l. 7 und 8 h. t. zu erklären, dem aber nicht allenthalben wird beigestimmt werden können, machte Puchta Vorlesungen I Beilage III; aber dieser Versuch zeigt eben, daß man aus den Stellen in ihrer allgemeinen Fassung ein praktisches Resultat nicht herleiten kann.

II. Insbesondere Rechtsgeschäfte.

Begriff und Hauptarten.

§ 73.

(Arndts § 63.)

Rechtsgeschäft ist eine Handlung, also eine Bethätigung des Willens einer oder mehrerer Personen, durch welche sie beabsichtigen, ein Rechtsverhältnis nach Rechtsregeln zu begründen oder aufzuheben oder zu modificiren. Wesentlich zum Begriff des Rechtsgeschäfts ist, daß es vom Willen der dasselbe errichtenden Personen, der Parteien, abhängt, also durch diesen Willen bestimmt und bedingt wird. Eine Thatsache daher, durch die ganz unabhängig von dem darauf gerichteten Willen der Betheiligten eine Rechtsänderung (Erwerb oder Verlust) eintritt, ist kein Rechtsgeschäft[1]. — Die Rechtsgeschäfte sind die häufigsten und wichtigsten Erwerb- und Erlöschungsgründe von Rechten. Sie zerfallen in folgende Hauptgattungen:

1) ein- oder zweiseitige. Einseitige (sog. negotia unilateralia) sind solche, die bloß durch den Willen einer Partei begründet und bestimmt werden, z. B. Testament, Kodicill, Occupation, Dereliktion einer Sache, Antretung oder Ausschlagung einer Erbschaft, negotiorum gestio, pollicitatio. — Zweiseitige (sog. negotia bilateralia) sind solche, die nur durch den zusammenwirkenden Willen Mehrerer begründet werden. Es sind dies die Verträge, d. h. die Vereinigung Mehrerer zu einer durch ihren übereinstimmenden Willen bedingten Begründung, Aufhebung oder Modifikation eines Rechtsverhältnisses. Die Verträge sind aber nicht, wie Manche glauben, bloß Beispiele zweiseitiger Rechtsgeschäfte, sondern der einzige mögliche Fall derselben[2].

---

[1] Vgl. Mein Württemb. Privatrecht II 635 f. — Unbegreiflicher Weise streiten Neuere darüber, ob ein richterliches Urtheil (z. B. adiudicatio) ein Rechtsgeschäft sei (vgl. Arndts l. c. Anm. 1). Es ist dies entschieden nicht. Denn der Richter darf ja nicht urtheilen, wie er will; sein Wille ist nicht das Moment, von welchem der Inhalt des Urtheils lediglich abhängt; er hat lediglich auszusprechen, was dem objektiven Rechte in der Anwendung auf den einzelnen Fall entspricht.

[2] Der Vertrag, conventio, pactio (nicht: pactum) erschöpft alle möglichen Kategorieen der zweiseitigen Rechtsgeschäfte; zweiseitiges Rechtsgeschäft und Vertrag ist identisch. Nur darf man nicht (wie Vangerow I § 121 III § 621) den Begriff des Vertrags beschränken bloß auf solche Verträge, durch welche eine Obligation begründet wird; denn durch Ver-

Die Eintheilung der Rechtsgeschäfte überhaupt in ein- und zweiseitige, darf man nicht verwechseln mit der Eintheilung der Verträge in ein- und zweiseitige. Denn die erstere bestimmt sich nach den mitwirkenden Subjekten, die letztere nach der Entgeltlichkeit[3].

2) Entgeltliche und unentgeltliche Rechtsgeschäfte. Entgeltliche (lästige, beschwerende, onerose Rechtsgeschäfte, sog. negotia onerosa) sind solche, bei denen man für Das, was man durch das Geschäft erwerben soll, eine Gegenleistung (ein Aequivalent) zu geben hat, wie z. B. Kauf, Miethe, Tausch, Societät. Unentgeltliche Rechtsgeschäfte (sog. negotia lucrativa oder gratuita) sind solche, durch die man Etwas erlangt, ohne dafür ein Aequivalent geben zu müssen, z. B. Schenkung, Vermächtnis und dergl.

3) Rechtsgeschäfte unter Lebenden (negotia inter vivos) und Rechtsgeschäfte von Todes wegen (negotia mortis causa, letztwillige Verfügungen im weitern Sinn). Letztere sind Rechtsgeschäfte, durch welche Jemand auf den Fall seines Todes Anordnungen über seine Angelegenheiten trifft, insbesondere über seinen Nachlaß. Alle anderen Rechtsgeschäfte sind negotia inter vivos, Rechtsgeschäfte unter Lebenden. Die Rechtsgeschäfte von Todes wegen charakterisiren sich durch die Eigenthümlichkeit, daß eine Verfügung von Todes wegen jedenfalls zusammenfällt, wenn der Verfügende Denjenigen, zu dessen Gunsten er verfügt hat, überlebt.

4) Feierliche oder solenne Rechtsgeschäfte nennt man gewöhnlich solche, zu deren Gültigkeit außer der zum Geschäft an sich schon nothwendigen Willenserklärung noch eine besondere Form erfordert wird. Diese feierlichen Rechtsgeschäfte sind nicht gleichbedeutend mit den römischen actus legitimi[4].

5) Über negotia stricti iuris und bonae fidei s. das Obligationenrecht[5].

---

trag können auch andere Rechte, z. B. dingliche und manche Personenrechte begründet werden, und ebenso können durch Vertrag auch viele Rechte aufgehoben werden. — Bei dieser weitgreifenden Bedeutung der Verträge sollten eigentlich die allgemeinen Grundsätze über sie im allgemeinen Theil entwickelt werden. Allein gewöhnlich geschieht es erst im Obligationenrecht, weil doch den meisten Verträgen eine obligatorische Beziehung innewohnt.

[3] Näheres darüber in der Lehre von den Verträgen.

[4] Das römische Recht bezeichnet so gewisse Rechtsgeschäfte, welche durch das ius civile (leges etc.) eingeführt und normirt wurden (mancipatio, in iure cessio etc.), also national-römische Institute bilden (D. de R. I. 50, 17 l. 77).

[5] Vgl. auch § 100.

Bestandtheile der Rechtsgeschäfte.

§ 74.

Arndts §§ 64. 65.

Diese Bestandtheile sind sehr verschiedener Natur.

I. Das bei einem Rechtsgeschäft Geltende bestimmt sich in der Regel nach der Natur des betreffenden Geschäfts und nach Dem, was das positive Recht über dasselbe festsetzt. Die Momente aber, die hiernach bei einem Rechtsgeschäft in Betracht kommen, können eine sehr verschiedene Bedeutung haben. Sie können sein

1) wesentliche Momente (sog. essentialia oder substantialia negotii), d. h. solche, von denen die Gültigkeit, also die juristische Existenz des Geschäfts abhängt; sie bilden die Erfordernisse, die Requisite des Rechtsgeschäfts, d. h. sie müssen vorhanden und beobachtet sein, wenn überhaupt das beabsichtigte Geschäft gelten soll; fehlt eines derselben, so ist das beabsichtigte Geschäft nichtig (§ 84.)[1].

In welcher Weise bei einem Geschäft die Parteien ihren Willen erklären, dies ist gleichgültig, so fern nicht bei dem betreffenden Geschäft eine besondere Form vorgeschrieben ist, was aber nur bei wenigen vorkommt. Die Willenserklärung kann daher geschehen:

a. ausdrücklich (sog. consensus expressus, besser: voluntas expressa), d. h. durch Worte oder durch andere Zeichen, welche lediglich den Zweck haben, den Willen zu erklären[2]; auch gehört hierher die Willenserklärung durch einen Boten; denn dieser ist so zu sagen ein mündlicher Brief;

b. faktisch (sog. stillschweigende Erklärung, consensus tacitus), d. h. durch konkludente Handlungen; wenn man eine Handlung zunächst oder wenigstens mit zu einem andern Zweck vornimmt, in ihr aber zugleich jener Wille bestimmt ausgesprochen liegt[3].

c. In manchen Fällen schließen die Gesetze aus gewissen Handlungen oder Unterlassungen einer Person, daß sie stillschweigend habe einwilligen wollen, also ihr Wille als erklärt anzunehmen sei, sog.

---

[1] Über diese Erfordernisse ist (außer dem bei Arndts § 64 Bemerkten) das Nähere bei den Hauptklassen der Rechtsgeschäfte, den Verträgen und letzten Willen und bei den einzelnen Rechtsgeschäften auszuführen.

[2] Z. B. durch Zunicken. Arndts § 64 Note a und b.

[3] Arndts § 64 Note d—k. Stößel Über stillschweigende Willenserklärung. Zürich 1859. Schliemann Lehre vom Zwang. S. 104f.

consensus praesumtus[4]. So weit aber die Gesetze eine solche Präsumtion nicht aufstellen, kann ein consensus tacitus nur dann angenommen werden, wenn nach logischen Regeln aus der Handlung und aus den sie begleitenden Umständen ein sicherer Schluß auf das Dasein jenes Willens gezogen werden kann. Dies ist aber namentlich in der Regel nicht der Fall beim bloßen Schweigen auf eine uns gemachte Proposition oder zur Handlung eines Dritten[5]; selbst dann nicht, wenn uns der Proponent erklärt haben würde, er werde unser Schweigen als Einwilligung betrachten[6]. Denn Niemand hat die Befugnis, uns zu einer Äußerung zu nöthigen. Nur dann kann das Schweigen als Einwilligung gelten, wenn es unter den gegebenen Umständen nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht anders sich auffassen läßt, als daß man dadurch den Konsens habe erklären wollen[7].

Noch spricht man von einem consensus fictus; ein solcher würde sein, wenn ein Gesetz für einen Fall, in welchem der Konsens in der That nicht vorhanden ist, vorschreiben würde, daß er doch als vorhanden anzunehmen, es also den Konsens als vorhanden fingirt[8].

2) Außerwesentliche Momente (gesetzliche Momente, sog. naturalia negotii), d. h. solche, von denen die Gültigkeit des Geschäfts an sich nicht abhängt. Hierher gehören manche gesetzliche Bestimmungen über Folgen und Wirkungen eines Geschäfts, z. B. beim Kauf, wo und wann der Kaufpreis zu zahlen ist, ob der Verkäufer für Fehler der verkauften Sache zu haften habe, welche culpa die Parteien zu prästiren haben ꝛc. Solche Normen haben größtentheils bloß den Zweck, Das zu ergänzen, was die Parteien unbestimmt ließen; sie können daher für den konkreten Fall durch Diejenigen, welche das Geschäft errichten, ganz gültig abgeändert werden[9].

II. Überhaupt können die Parteien (d. h. Diejenigen, welche das Rechtsgeschäft errichten) noch willkürlich Bestimmungen über das Geschäft treffen, wenn sie nur dabei nicht gegen die gesetzlichen Er-

[4] Z. B. D. mandati 17, 1 l. 6 § 2; ad SC. Maced. 14, 6 l. 12 l. 16; locati 19, 2 l. 13 § 11; de agnosc. lib. 25, 3 l. 1 § 4. Savigny Syst. III S. 249. ff.
[5] D. quib. mod. pign. 20, 6 l. 8 § 15. Vgl. oben § 69 Beilage III Nr. II.
[6] Z. B. bei Zusendung eines Lotterieloses ꝛc. zum Kauf.
[7] D. de fideiuss. tutor. 27, 7 l. 4 § 3.
[8] Vgl. Mein Württemb. Privatrecht II S. 735 Anm. 5 S. 450 Anm. 32 a. E.
[9] Vgl. oben § 20 Nr. I.

forderniſſe (Nr. I, 1) angehen. Solche Feſtſetzungen der Parteien ſind ſog. accidentialia negotii (gewillkürte Beſtimmungen). Auch dieſe können ſich beziehen:

1) auf Das, was zur Geltung des Geſchäfts überhaupt (im konkreten Fall) erfordert werden ſoll, z. B. wenn die Parteien verabreden, daß bei ihrem Geſchäft eine beſondere vom Geſetz nicht vorgeſchriebene Form beobachtet werden ſolle. Es ſind dies dann durch die Parteien beſtimmte weſentliche Momente. Oder

2) können ſie Anderes betreffen, z. B. gewiſſe Wirkungen des Geſchäfts, Verabredungen über Zahlungszeit, über Präſtation der culpa ꝛc., überhaupt Abänderung der naturalia für das konkrete Geſchäft [10].

Bedingungen.

Begriff und Arten der Bedingung.

§ 75.

(Arndts §§ 66. 67.) [1]

Im weiteſten (uneigentlichen) Sinne bezeichnet Bedingung (conditio) eines Rechtsgeſchäfts jeden Umſtand, von dem die Exiſtenz oder Wirkſamkeit des Geſchäfts abhängt. In dieſem Sinn ſind auch die geſetzlichen Erforderniſſe des Geſchäfts (§ 74 Nr. I, 1) Bedingungen desſelben, z. B. die Gültigkeit eines Teſtaments hängt nach den Geſetzen davon ab, iſt alſo dadurch „bedingt", daß der Erblaſſer bei der Errichtung des Teſtaments die geſetzliche Form beobachtet, daß er testamenti factio hat, daß die ernannten Erben den Erblaſſer überleben ꝛc. Solche geſetzliche Erforderniſſe aber verſtehen ſich als Bedingung der Gültigkeit des Geſchäfts ſchon nach den Geſetzen von ſelbſt, brauchen alſo nicht erſt von den Parteien zur Bedingung ihres Geſchäfts gemacht zu werden, ſie ſind iuris conditiones, welche tacite negotio insunt, geſetzliche Bedingungen des Geſchäfts. Zwar können die Parteien ſolche Erforderniſſe noch ausdrücklich als Bedingung des Geſchäfts herausheben, z. B. wenn ich in meinem Teſtamente ſage, N.

---

[10] Von ſolchen möglichen Feſtſetzungen der Parteien (Nr. II) ſind im allgemeinen Theile nur die Bedingungen und Zeitbeſtimmungen zu erörtern, weil nur ſie eine allgemeinere Natur haben, da ſie beinahe bei allen möglichen Rechtsgeſchäften vorkommen können.

[1] Über die Litteratur vgl. Arndts § 66 Anm. 1. S. insbeſondere auch v. Scheurl Zur Lehre von den Nebenbeſtimmungen bei Rechtsgeſchäften. Erlangen 1871. — Savigny Syſt. III § 116—124. Windſcheid Pand. § 86 f.

soll mein Erbe sein unter der Bedingung, daß mein Testament gültig errichtet ist oder unter der Bedingung, daß er mich überlebt. Allein dies ist dann eben ein überflüssiger Zusatz, es versteht sich von selbst (das Geschäft wird nicht durch einen solchen Zusatz erst ein bedingtes). Denn solche Erfordernisse werden nicht erst durch den Willen der Parteien Bedingungen (Erfordernisse) des Geschäfts, sondern sind es schon an sich vermöge des Gesetzes. Wenn daher die Parteien ein gesetzliches Erfordernis noch ausdrücklich zur Bedingung des Geschäfts machen, so treten nicht die besonderen Grundsätze ein, die bei den lediglich durch den Willen der Parteien bedingten Geschäften, also bei den eigentlichen Bedingungen gelten [2].

Die Parteien können nämlich durch besondere Festsetzung einen Umstand zur Bedingung ihres Geschäfts machen, der nicht schon ein gesetzliches Erfordernis des Geschäfts ist. Ist dann das Eintreten dieses Umstandes zur Zeit des Abschlusses des Geschäfts noch ungewiß, so wird dadurch der Bestand und die Wirksamkeit des Geschäfts selbst völlig ins Ungewisse gestellt und dies hat dann ganz besondere Konsequenzen. Deßhalb ist wichtig, solche Festsetzungen der Parteien durch einen technischen Ausdruck zu bezeichnen und dies ist der Ausdruck conditio, Bedingung im engern und eigentlichen Sinn. Hiernach ist eigentliche (wahre) Bedingung eines Rechtsgeschäfts, wenn vermöge einer Festsetzung der das Geschäft Errichtenden von einem künftigen ungewissen Ereignisse der Bestand und die Wirksamkeit des Geschäfts ganz oder theilweise abhängig gemacht wird, sei es von dem Eintreten (affirmative oder positive Bedingung) oder von dem Ausbleiben (negative Bedingung) jenes Ereignisses. Der Ausdruck Bedingung (conditio) bedeutet aber nicht bloß dieses Abhängigmachen, den Akt des Bedingens, sondern auch das ungewisse künftige Ereignis, von dessen Eintritt das Geschäft abhängig gemacht wird [3].

Wesentlich zur eigentlichen Bedingung ist, daß der Umstand, von dem das Geschäft abhängig gemacht wird, ein künftiger ungewisser lediglich durch den Willen der Parteien gesetzter ist. Fehlt ihm eine dieser Eigenschaften, so ist die Bedingung keine wahre eigentliche, sondern nur eine uneigentliche (sog. conditio impropria,

[2] Näheres hierüber s. Beilage I Lit. A.
[3] Vgl. Arndts § 66 Anm. 3.

welche ganz andere Wirkungen hat). Uneigentliche Bedingung ist daher namentlich, wenn die Parteien das Geschäft abhängig machen von einem Umstand, welcher bereits entschieden, also nicht ein künftiger ist (conditio in praesens vel praeteritum collata), oder der nothwendig eintreten muß, also nicht ungewiß ist (conditio necessaria), oder der unmöglich ist, d. h. an sich schon (von Anfang an) gar nicht eintreten kann, also deßhalb nicht ungewiß ist (conditio impossibilis); oder von dem nicht erst durch den Willen der Parteien, sondern schon an sich nach den Gesetzen die Geltung des Geschäfts abhängt (iuris conditio) [4].

Irreführend ist es, wenn nach Savigny's Vorgang viele Neuere die Bedingungen eine Selbstbeschränkung des Willens nennen. Wer seine Zusage bloß unter einer Bedingung macht, beschränkt nicht sein Wollen; denn er wollte ja schon an sich gar nicht weiter gehen, als bloß bedingt zusagen; sondern er beschränkt nur ganz seinem Willen gemäß die Einräumung, welche er dem Andern macht [5].

Beilage I. Uneigentliche Bedingungen.

Hier sind folgende Fälle zu unterscheiden:

A. Die conditiones, quae tacite negotio insunt sive iuris conditiones, Bedingungen, welche sich von selbst verstehen, also nicht Produkt der willkürlichen Festsetzung der Partieen sind. — Jedes Rechtsgeschäft hat gewisse Erfordernisse, von welchen seine Gültigkeit bald schon an sich nach der Natur des Geschäfts, bald nach besonderen gesetzlichen Vorschriften abhängt; z. B. eine Schenkung über 500 Dukaten gilt nur, wenn sie insinuirt ist, ein Kauf nur, wenn die Partieen über einen Preis übereinkommen, ein Testament nur, und deßhalb auch ein im Testament errichtetes Vermächtnis in der Regel nur, wenn Jemand aus dem Testament Erbe wird (weil sonst das ganze Testament als destitutum zusammenfällt Arndts § 503, 552 a. E.). Fehlt es bei einem konkreten Geschäft an einem solchen Erfordernisse: so ist oder wird das Geschäft ungültig; seine Gültigkeit ist daher schon nach den bestehenden Rechtsnormen durch das gehörige Vorhandensein dieser Erfordernisse bedingt. Nun kann es wohl der Fall sein, daß die Partieen ein solches Moment noch ausdrücklich als Bedingung des Geschäfts bezeichnen und herausheben; allein dies ist dann etwas Bedeutungsloses und Überflüssiges (supervacua conditio D. 36, 2 qdo. dies leg. l. 22 § 1), weil es sich ja schon nach den Gesetzen von selbst versteht, daß jene Momente maßgebend sind und die Gültigkeit des Geschäfts bedingen (tacite negotio insunt); das Geschäft wird also nicht erst durch ein solches Herausheben, also nicht durch den Willen der Disponenten zu einem bedingten. Es treten daher in einem solchen Falle nicht die besonderen Grundsätze ein, welche bei einem (durch eine eigentliche Bedingung) bedingten, d. h. bei einem an sich gültigen, aber in Betreff seiner Wirksamkeit durch Be-

[4] Näheres über diese Fälle s. in der Beilage I. Vgl. auch Arndts § 66 Anm. 11.

[5] Von einer Selbstbeschränkung des Willens könnte man nur sprechen, wenn der Wille an sich weiter gehen wollte, aber er sich gegen das eigentliche Vorhaben eine Schranke setzt; oder wenn er sich für den Fall, daß es ihm später einfallen könnte, weiter zu gehen, zum Voraus eine Schranke setzt ꝛc.

stimmung der Partieen ins Ungewisse gesetzten Geschäft gelten. Z. B. bei einem bedingten Kaufe wird die Bedingung, wenn sie später eintritt, zurückbezogen und der Käufer trägt vom Abschluß des bedingten Geschäfts an das periculum deteriorationis (Arndts § 302 Note k); verspreche ich nun Jemandem heute, mein Pferd soll ihm verkauft sein, wenn wir über den Preis einig werden, und wir werden nach 14 Tagen einig: so trägt er das periculum nicht von heute an, weil schon nach den Gesetzen ein Kauf noch gar nicht existirte, auch nicht einmal ein bedingter Kauf, so lange die Partieen über den Preis noch nicht einig sind; das ganze Geschäft datirt sich also hier mit seinen Wirkungen erst von dem Moment an, an welchem der Preis vereinbart wurde. Ferner: ein Vermächtnis erwirbt der Vermächtnisnehmer von selbst ohne Wissen und Willen, so bald der Erblasser stirbt, so daß er es auf seine Erben transmittirt, wenn er nur den Tod des Erblassers erlebt; ein bedingtes Vermächtnis erwirbt er aber erst in dem Moment, an welchem die Bedingung eintritt, und wenn er vor dem Eintritt der Bedingung stirbt, so trägt er sein bedingtes Recht nicht auf seine Erben über (§ 78 Beilage I Nr. 6). Das Letztere gilt aber nicht bei den iuris conditiones, eben weil sie keine wahren Bedingungen sind. Wenn ich z. B. in meinem Testamente sage: dem A. vermache ich mein Haus unter der Bedingung, daß meine Testamentserben die Erbschaft antreten: so ist das keine wahre Bedingung; denn es ist schon ein gesetzliches Erfordernis der fortdauernden Geltung eines Vermächtnisses, daß das Testament nicht destitut wird; deßhalb erwirbt in diesem Falle der A. ein Recht auf das Vermächtnis sogleich mit meinem Tode, auch noch ehe meine Erben sich über die Annahme der Erbschaft erklärt haben (nur kann es wieder zusammenfallen, wenn sie die Erbschaft ausschlagen); stirbt er daher vor dieser Erklärung: so trägt er sein Recht auf das Vermächtnis auf seine Erben über und sie bekommen das Vermächtnis, wenn nur später die Erbschaft von den Erben angetreten wird; es ist in einem solchen Falle das Vermächtnis so wenig ein wahrhaft bedingtes (d. h. durch eine willkürliche Festsetzung des Erblassers bedingt), als es ein bedingtes Vermächtnis ist, wenn ich Jemandem die künftigen Früchte einer Sache vermache; D. quando dies 36, 2 l. 22 § 1, de cond. et dem. 35, 1 l. 99 l. 107, de cond. inst. 28, 7 l. 12. — Diese l. 12 erklärt sich daraus: eine Erbschaft erwirbt man in der Regel nur, wenn man will, also durch eine diesen Willen aussprechende Erklärung; die Einsetzung vi volet, heres esto ist daher nicht eine wahrhaft bedingte, weil es sich schon von selbst versteht, daß er nicht Erbe wird, wenn er nicht will; anders verhält es sich aber beim necessarius heres, weil dieser ohne Wissen und Willen ipso iure erwirbt (Arndts § 511); wenn ich daher meinen Haussohn unter der Bedingung zum Erben einsetze, wenn er wolle: so ist dies bei ihm eine wahre, eigentliche Bedingung, weil damit gesagt ist, er soll gegen die Regel des Rechts (§ 511) die Erbschaft nicht ipso iure, sondern nur dann erwerben, wenn er sie annehmen zu wollen erkläre; wenn er daher mich zwar überlebt, aber stirbt, ohne sich erklärt zu haben: so fällt die Einsetzung zusammen, weil die Bedingung nicht eingetreten ist. Aus dem gleichen Grunde ist bei Vermächtnissen das si volet eine wahre Bedingung, weil das velle sich bei ihnen als Bedingung des Erwerbs nicht von selbst versteht (da man Vermächtnisse ohne Wissen und Willen erwirbt s. oben); wenn ich daher dem X. mein Haus vermache, falls er es wolle: so ist dies ein bedingtes Vermächtnis, und er erwirbt es daher nicht und transmittirt es nicht auf seine Erben, wenn er stirbt, ohne seinen Willen, es anzunehmen, erklärt zu haben; D. de legat. I. 30 l. 65 § 1, de cond. et dem. 35, 1 l. 69. — Zu beachten ist aber noch bei diesen iuris conditiones:

1. Sie können doch auch als eigentliche Bedingungen wirken, nämlich dann, wenn bei einer an sich gültigen und wirksamen Disposition ein Moment, von dem schon an sich der Bestand der Disposition abhängt, von dem Disponenten in der Absicht zur Bedingung gemacht wird, die Rechtserwerbung selbst zu suspendiren, bis sich die Frage über den Eintritt des Moments entscheidet; z. B. wenn ich in meinem Testamente sage: A. soll mein Erbe sein, der B. soll mein Haus bekommen, wenn mein Erbe die Erbschaft antritt: so ist

dies eine iuris conditio und B. erwirbt das Recht auf das Vermächtnis und transmittirt es auf seine Erben, wenn er auch den Erbschaftsantritt des A. nicht erlebt (falls er nur erst nach mir stirbt s. oben). Wenn ich aber (was jedoch nur anzunehmen ist, wenn es als meine Absicht unzweifelhaft nachgewiesen werden kann) die Absicht hatte, durch den Beisatz: „wenn mein Erbe die Erbschaft antritt" den Erwerb des Rechts auf das Vermächtnis wirklich bis zu diesem Ereignis zu suspendiren: so ist es eine wahre Bedingung und B. erwirbt das Vermächtnis erst, wenn A. die Erbschaft angetreten hat und transmittirt es nicht auf seine Erben, wenn er diesen Antritt nicht erlebt (§ 78 Beilage I Nr. 6). Hieraus erklärt sich die von unseren früheren Civilisten selten beachtete l. 19 § 1 D. 35, 1 de cond. et dem. in den Worten nisi forte ꝛc. Vgl. nun auch Fitting im Archiv für civilistische Praxis XXXIX S. 312 f. Unger, Östreichisches Privatrecht II § 82 S. 59; nur gehen diese dabei zu weit; s. Arndts § 66 Anm. 10.

2. Mit den iuris conditiones, welche tacite negotio insunt (Lit. A), darf man nicht den Fall verwechseln, wenn eine wahre, eigentliche Bedingung von den Partieen einem Geschäfte tacite beigefügt wird (was man auch eine cond. tacita nennen kann), d. h. wenn ein Umstand, von dem an sich nach den Gesetzen die Gültigkeit eines Geschäfts abhängt, von den Partieen als Bedingung des Geschäfts zwar nicht wörtlich ausgesprochen wurde, aber doch als von ihnen gewollt aus der ganzen Art ihrer Disposition hervorgeht; z. B. wenn ich meiner Nichte 1000 M. als Heirathsgut verspreche, so heißt dies im Zweifel so viel: ich verspreche ihr 1000 M. für den Fall oder unter der Bedingung, daß sie heirathen würde. Hier ist durch die Bezeichnung des Zweckes, zu dem das Geld gegeben werden soll, und der als Bedingung des Gebens sich nicht von selbst versteht, tacite eine Bedingung beigefügt, und es treten hier ganz die Grundsätze der eigentlichen Bedingungen ein (mit Unrecht rechnen Viele, auch Savigny Syst. III S. 123 das Versprechen eines Heirathsgutes zu den iuris conditiones; allein die Quellen behandeln es als ein wahrhaft bedingtes Versprechen) s. D. de iur. dot. 23, 3 l. 21 l. 10 § 4, 5. Ein anderes Beispiel s. C. de fideic. 6, 42 cst. 30; vgl. auch D. de sol. 46, 3 l. 38 pr.

B. Die nothwendigen Bedingungen, conditiones necessariae, d. h. solche, deren Eintritt ganz unausbleiblich ist, wenn also das Eintreten eines Umstandes, der gar nicht ausbleiben kann, somit nothwendig eintreten muß, oder wenn das Ausbleiben eines Umstandes, der gar nicht eintreten kann, somit nothwendig ausbleiben muß, zur Bedingung gemacht wird, also das Eintreten der Bedingung eine Nothwendigkeit ist, sei nun diese Nothwendigkeit eine physische, durch Naturgesetze, oder eine juristische, durch Rechtsgesetze bestimmte (s. auch unten Nr. III).

Wenn die Partieen eine solche nothwendige Bedingung einem Rechtsgeschäft beifügen, und zwar:

I. sie die Nothwendigkeit kannten: so konnte ihre Absicht nicht sein, das Geschäft dadurch ins Ungewisse zu setzen. Es wird in einem solchen Falle durch die Bedingung das Geschäft gar nicht ein bedingtes, und da die Erfüllung einer solchen Bedingung ganz unausbleiblich ist: so gilt das unter ihr Zugesagte als unbedingt zugesagt. Würde sie also einem Geschäfte als suspensive Bedingung beigefügt: so gilt es als ein unbedingtes, das Recht aus demselben wird sofort erworben und die Beifügung der Bedingung ist in der Regel (s. nachher) ein bloßer bedeutungsloser Scherz, D. 45, 1 d. V. O. l. 7 a. E. l. 8 a. E. 46, 2 d. nov. l. 9 § 1, I. 3, 19 de inut. stip. § 11 a. E. (die in diesen Stellen angeführten Beispiele sprechen bloß von Fällen, in denen die Partieen die Nothwendigkeit der Bedingung kennen mußten). Wurde dagegen eine solche Bedingung als resolutive beigefügt: so ist das ganze Geschäft ein bloßer Scherz, also nichtig (z. B. wenn ich dem X. ein Pferd schenke, aber beifüge, si intra calendas digito coelum non tetigerit soll die Schenkung als nicht geschehen betrachtet werden), weil ja der Umstand, von dem die Wiederauflösung abhängig gemacht wurde, gar nicht ausbleiben kann. Wohl zu beachten ist aber, daß in solchen Fällen die Beifügung der nothwendigen Bedingung doch

bisweilen eine juristische Bedeutung haben kann, nur nicht die einer Bedingung, sondern die eines dies (Zahlungstags), sobald nämlich aus der ganzen Disposition oder sonst aus den Umständen erhellt, daß die Beifügung der Bedingung nicht ein Scherz sein, sondern durch sie die Erfüllungszeit ausgedrückt werden sollte. Wenn ich daher dem X. 100 M. verspreche, falls der A. sterben würde: so ist dies ein unbedingtes Versprechen (daß bei Erbeseinsetzungen und Vermächtnissen Jenes eine wahre Bedingung ist, weil es bei denselben so ausgelegt wird: falls X. den Tod des A. erlebt, darüber s. Erbrecht); das Geld wird sofort unbedingt geschuldet, es kann aber erst nach dem Tod des A. gefordert werden.

II. Wenn die Partieen eine Nothwendigkeit zur Bedingung machten, ohne zu wissen, daß sie eine Nothwendigkeit ist, sie also glaubten, ein ungewisses Ereignis zur Bedingung zu machen: so wollten sie zwar eine wahre, eigentliche Bedingung setzen, d. h. das Geschäft von einem, ihrer Meinung nach ungewissen künftigen Ereignisse abhängig machen. Aber freilich ist der Eintritt einer solchen Bedingung in der That schon eine entschiedene Sache; es wird durch sie objektiv und in Wahrheit Das, was durch sie bedingt werden sollte, nicht ins Ungewisse gesetzt, da ihr Eintritt unausbleiblich ist, und deßhalb ist das Geschäft ganz zu behandeln, wie eines, dessen Bedingung sofort eingetreten ist. Nur wird in solchen Fällen Das, was unter Nr. I a. E. über den dies gesagt wurde, stets im Zweifel anzunehmen, d. h. eine solche Bedingung als dies zu behandeln sein, so weit überhaupt eine Zeitbestimmung in ihr liegen kann. Wenn ich z. B. dem A. 1000 M. verspreche, falls mein in Paris lebender Oheim, welcher bis jetzt kein Testament gemacht hatte, nicht noch vor seinem Tode ein Testament machen, sondern intestatus sterben würde, mein Oheim war aber, was ich nicht wußte, unheilbar blödsinnig geworden: so war schon zur Zeit der Errichtung des Geschäfts gewiß, daß er nicht mehr testiren kann und intestatus sterben muß, der Eintritt der Bedingung also ist unausbleiblich; deßhalb gilt das Geschäft sofort als ein unbedingtes, aber das Geld kann A. nicht eher fordern (dies), als wenn der Oheim gestorben ist.

III. Früher herrschte in Beziehung auf einen Theil der nothwendigen Bedingungen eine sonderbare und verwirrende Terminologie, die auch noch in unserer Zeit bei Manchen sich findet. Man zählte nämlich die Fälle, wenn das Nichteintreten des Unmöglichen zur Bedingung gemacht wurde, zu den unmöglichen Bedingungen, sprach hier von einer negativ unmöglichen Bedingung und setzte sie der nothwendigen Bedingung, als etwas von ihr wesentlich Verschiedenes, entgegen. Allein dies hieße die Unmöglichkeit eintheilen in das Unmögliche und das — Nothwendige! Denn jenes negativ Unmögliche ist nichts Anderes als ein Fall der Nothwendigkeit; wenn ich z. B. Jemandem 100 M. verspreche, falls die Sonne nicht vom Himmel fällt: so ist ja nicht eine Unmöglichkeit, sondern das Ausbleiben des Unmöglichen, also etwas mit Nothwendigkeit sich Ereignendes zur Bedingung gemacht; solche Bedingungen sind daher nothwendige, nur in negativer Fassung; s. Meine Doctrina de conditione causa data 2c. 1822 S. 100 und nun auch Arndts Beiträge 1837 S. 160 f., Savigny Syst. III S. 158. Negativ unmöglich ist nur die negativ gefaßte Bedingung, welche gar nicht eintreten kann, also deren Eintritt eine Unmöglichkeit ist, z. B. wenn A. nie stirbt (auch bei Vangerow, der jene Terminologie in der 6. Ausg. I S. 154 und 7. Ausg. S. 135 Nr. I, 1 mit Recht aufgab, findet sich noch ein Überbleibsel derselben in Beilage II § 425 Anm. 1 Nr. 2 a. E.). — Die Meisten rechnen zu den juristisch, oder wie sie es auch nennen, moralisch nothwendigen Bedingungen den Fall, wenn Jemandem die Erfüllung einer juristischen oder sittlichen Pflicht zur Bedingung gemacht wird, z. B. wenn ich dem X. Etwas verspreche, falls er für seinen mittellosen Vater sorge oder falls er mir das Gestohlene herausgebe. Allein dies ist entschieden unrichtig. Die Bezeichnung einer Bedingung als nothwendige, unmögliche oder mögliche u. s. w. kann sich vernünftiger Weise nur beziehen auf das Faktum des Eintritts der Bedingung; kann dieses Faktum möglicher Weise

eintreten: so ist die Bedingung eine mögliche; ist es der Art, daß es gar nicht eintreten kann: so ist die Bedingung eine unmögliche. Hiernach ist eine nothwendige Bedingung nur eine solche, deren Eintritt ganz unausbleiblich ist, welche also faktisch ganz gewiß eintritt, weil ihr Nichteintreten unmöglich ist. Es sind daher die vorhin genannten Bedingungen keineswegs nothwendige; denn sie können ja faktisch gar wohl nicht eintreten, da es ja möglich ist, daß X. seinen Vater hülflos läßt oder mir die Herausgabe des Gestohlenen verweigert. Eine juristisch nothwendige Bedingung kann hiernach nur eine solche sein, welche lediglich auf das Rechtsgebiet sich bezieht und auf demselben eintreten muß, deren Eintritt auf demselben ganz unausbleiblich ist, z. B. ich verspreche dem B. 1000 M. nach dem Tode meines Oheims zu zahlen, falls derselbe nicht noch eine gültige Ehe schließen oder ein gültiges Testament machen würde; mein Oheim aber ist unheilbar blödsinnig; hier ist die Bedingung eine juristisch nothwendige, d. h. ihr Eintritt ist unausbleiblich, weil mein Oheim weder gültig heirathen noch testiren kann; Savigny Syst. III S. 158.

C. Die unmöglichen Bedingungen, conditiones impossibiles, d. h. bei deren Festsetzung gewiß ist, daß sie gar nicht eintreten können, wenn also der Eintritt eines Umstandes, der gar nicht eintreten kann, also ausbleiben muß, oder das Ausbleiben eines Umstandes, der gar nicht ausbleiben kann, also eintreten muß, zur Bedingung gemacht wird, somit das Eintreten der Bedingung eine Unmöglichkeit ist. Die Unmöglichkeit kann eine physische, auf Naturgesetzen beruhende sein oder eine juristische, durch das Rechtsgesetz bestimmte, d. h. wenn ein Umstand zur Bedingung gemacht wird, der das Rechtsgebiet betrifft, aber auf diesem sich gar nicht verwirklichen kann, z. B. die Bedingung, wenn die Titia die väterliche Gewalt über den X. erwirbt (denn eine Frau kann nie eine Gewalt, wie die väterliche erwerben) oder wenn Du mir Dein Kind verpfändest, oder in Sachsen, wenn Du mir ein Pfandrecht an Deinem ganzen Vermögen einräumst (denn nach sächsischem Recht ist eine Verpfändung des ganzen Vermögens, als Solchen, eine juristische Unmöglichkeit).

I. Bei solchen unmöglichen Bedingungen gilt, was wohl zu beachten ist, ganz Besonderes, wenn sie Erbeseinsetzungen oder Vermächtnissen beigefügt werden; in diesem Falle werden sie so behandelt, als ob sie gar nicht gesetzt wären, also gestrichen, so daß die Erbeseinsetzung oder das Vermächtnis als unbedingte gelten. Darüber s. Näheres im Erbrecht.

II. Bei anderen Rechtsgeschäften dagegen ist Jenes keineswegs der Fall. Bei diesen verhält es sich mit den unmöglichen Bedingungen, ganz der Natur der Sache entsprechend, wie mit den nothwendigen (Lit. B.), nur daß sie natürlich gerade das Entgegengesetzte wirken, weil ihr Nichteintritt ganz unausbleiblich ist. Wenn nämlich

1) die Partieen die Unmöglichkeit kannten (vergl. auch Arndts § 66 Anm. 8): so konnte ihre Absicht gar nicht dahin gehen, Etwas dadurch ins Ungewisse zu setzen und das Geschäft zu bedingen, und da der Nichteintritt einer solchen conditio impossibilis ganz unausbleiblich ist: so gilt eben das unter einer solchen Bedingung Zugesagte Nichts. Wird daher unter einer unmöglichen Bedingung Etwas suspensiv versprochen: so ist das ganze Geschäft ein bloßer Scherz und daher ungültig; D. de O. et A. 44, 7 l. 31 (.. in huiusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment apposita ea conditione, quam sciant impossibilem esse) l. 1 § 11 eod. de fidei. 46, 1 l. 29 I. de inut. stip. 3, 19 § 11. Wurde die Bedingung als resolutive beigefügt: so kann sie nie eine Auflösung des Geschäfts bewirken, weil diese Auflösung von den Partieen an eine Unmöglichkeit geknüpft wurde; die Verabredung der Resolution ist ein Scherz und das Geschäft ist so zu behandeln, als ob die Resolutivbedingung gar nicht beigefügt wäre.

2) Wenn die Partieen nicht wußten, daß die Bedingung eine unmögliche ist, vielmehr ihren Eintritt für möglich hielten: so wollten sie eine wahre, eigentliche Bedingung setzen und es handelt sich daher in einem solchen Falle im Sinne der Particen nicht von einer uneigentlichen Bedingung (s. oben S. 369

Nr. II). Die Sache selbst aber ist in Wahrheit schon eine entschiedene; die Bedingung ist, weil ihr Eintritt gar nicht möglich ist, sofort eine conditio defecta und es treten sofort die Wirkungen der conditio defecta ein, wenn gleich den Partieen die Entscheidung noch unbekannt ist.

III. Über die unmöglichen Bedingungen überhaupt (Nr. I und II) ist noch Folgendes zu beachten:

1) Auch hier findet sich bei den älteren Civilisten und auch noch bei manchen neueren eine ganz unrichtige Terminologie; sie nennen a. juristisch oder moralisch unmöglich eine solche Bedingung, durch welche etwas juristisch oder moralisch Verwerfliches zur Bedingung gemacht wird, sei es, daß eine verwerfliche Handlung geschehen soll (z. B. Bedingung ein fremdes Haus anzuzünden), oder Etwas in verwerflicher Weise unterlassen werden, also das Pflichtgemäße nicht geschehen soll (z. B. einen Eid nicht zu halten). Allein diese Bezeichnung ist völlig unrichtig. Die genannten Bedingungen (vergl. Lit. E) sind keineswegs unmögliche, d. h. solche, deren faktischer Eintritt gar nicht möglich ist, da sie ja gar wohl eintreten können (nur nicht eintreten sollten), und es bei ihnen durchaus im Ungewissen ist, ob sie eintreten werden oder nicht. Auch Justinian unterscheidet genau die impossibilia von den legibus interdicta vel alias probrosa I. de legat. 2, 20 § 36 a. E. C. de his quae poen. 6, 41 cst. un.; das Richtige erkennt nun auch Vangerow in der 6. Ausg. I S. 155. 7. Ausg. S. 136 Nr. III an, nur verfällt er mitunter doch noch in die alte Terminologie, z. B. 7. Ausg. I S. 135 Nr. 1, 2. — b. Dabei unterscheiden sie noch sog. negativ moralisch unmögliche Bedingungen; unter diesen verstehen sie den Fall, wenn das Nichteintreten des rechtlich oder moralisch Verwerflichen zur Bedingung gemacht wird (z. B. wenn Du nicht stiehlst). Allein es ist verkehrt, das Unterlassen des Widerrechtlichen oder Unmoralischen eine Unmöglichkeit zu nennen! Solche Bedingungen sind negativ gefaßte, aber durchaus mögliche; nur sind sie in einigen Fällen, je nach dem Inhalt des Geschäfts, unzulässig (s Lit. E); s. Arndts Beiträge ꝛc. S. 172 f. 176 f., Savigny Syst. III S. 170 f. Über die falsche Bezeichnung mancher nothwendigen Bedingungen durch negativ unmögliche s. Lit. B Nr. III.

2) Wird eine mögliche Bedingung später unmöglich: so ist dies nichts Anderes, als der Nichteintritt (das Deficiren) einer wahren Bedingung, z. B. wenn ich dem A. 1000 M. verspreche, falls er die B. heirathe, die B. stirbt aber, ehe er sie heirathen konnte: so war hier eine wahre Bedingung vorhanden, welche nicht eingetreten ist; der A. bekommt das Zugesagte nicht; defecisse conditionem intelligi D. de cond. et dem. 35, l. 1 72 § 7 a. E., Savigny Syst. III S. 166.

3) Ist der zur Bedingung gemachte Umstand zur Zeit unmöglich, jedoch der Art, daß er später wohl möglich werden und eintreten kann: so ist die Bedingung keine unmögliche, eben weil sie möglicher Weise eintreten kann, sondern sie ist eine wahre, eigentliche und zulässige Bedingung, sobald nur die Partieen jene Möglichkeit im Auge hatten und vernünftiger Weise im Auge haben konnten und die Bedingung nicht nach der gegenwärtigen Lage der Sache contra bonos mores ist. — Dieses ist aber bei Bedingungen, bei welchen die vorübergehende Unmöglichkeit eine juristische ist, bestritten, allein mit Unrecht. Man muß hier wegen der verschiedenen Ansichten zwei Fälle unterscheiden:

a. es wird Etwas zur Bedingung gemacht, was zwar derzeit juristisch (wegen gesetzlicher Bestimmungen) nicht möglich ist, weil die nöthigen faktischen Voraussetzungen derzeit nicht vorhanden sind, aber durch Veränderung dieser faktischen Verhältnisse möglich werden kann, z. B. wenn ich einem achtjährigen Knaben Etwas verspreche, wenn er ein Amt bekomme, wenn er heirathe ꝛc. (jetzt ist Dieses unmöglich, aber es wird möglich, wenn er das gehörige Alter erreicht; es ist also ein ungewisses, in der Zukunft liegendes mögliches Ereigniß). Daß solche Bedingungen gar nicht in die Kategorie der unmöglichen fallen, sondern wahre und durchaus zulässige Bedingungen sind, dies liegt in der Natur der Sache und wird auch in den Quellen anerkannt

(z. B. D. de cond. et dem. l. 58 l. 59 § 1), und es ist in der That unbegreiflich, wie Sell Lehre von den unmöglichen Bedingungen S. 47 f. die genannten Bedingungen als unmögliche behandeln kann. Aber selbst Savigny Syst. III S. 166 will hier wenigstens eine Beschränkung machen; es sollen solche Bedingungen nur dann als mögliche gelten, also als eigentliche Bedingungen wirken, wenn ihr Eintritt als ein gewöhnliches, nicht unwahrscheinliches Ereignis wohl erwartet werden könne, außerdem seien sie als schlechthin unmögliche zu behandeln. Allein abgesehen davon, daß dies eine sehr schwankende und unsichere Grenze sein würde und Savigny durch gar zu starke Suppositionen sie mit den vorhin angeführten Stellen in Einklang zu bringen sucht (z. B. es habe bei den Römern für etwas Gewöhnliches gegolten, daß ein Deportirter begnadigt und wieder römischer Bürger wurde!): so ist doch in der That kein Grund einzusehen, aus welchem Bedingungen, deren Eintritt zwar zur Zeit unmöglich, deren späterer Eintritt aber wohl möglich, wenn auch selten und unwahrscheinlich ist, als schlechthin unmögliche betrachtet werden sollen, wenn gerade die Partieen jenen seltenen Fall im Auge hatten und vernünftiger Weise haben konnten. Soll z. B. wenn ich einem zum Zuchthaus Verurtheilten und daher zu einem Staatsamt Unfähigen Etwas für den Fall verspreche, daß er noch in seinem Leben ein Staatsamt bekomme (indem er ja durch Begnadigung dazu befähigt werden kann), eine solche Bedingung unmöglich und daher ein solches Versprechen ungültig sein? Zwar beruft sich Savigny auf D. de V. O. 45, 1 l. 137 § 6, l. 83 § 5, de C. E. 18, 1 l. 34 § 2; allein diese Stellen sprechen von ganz anderen Fällen. Sie handeln von einer Zusage unter der Bedingung, daß ein freier Mensch Sklave würde (ein nach römischem Recht möglicher und bei der Häufigkeit schwerer Kriminalstrafen gar nicht ungewöhnlicher Fall), oder daß eine res sacra profan würde. Solche Zusagen erklären sie für ungültig, allein nur weil es incivile oder non fas est, eiusmodi casus exspectare, was doch in der That nicht auf Savigny's Distinktion paßt. Die anderen Gründe aber, die in der l. 83 und 137 angeführt werden, z. B. non secundum futuri temporis ius, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio, würden viel weiter führen, als Savigny selbst gehen will, da ja nach ihnen auch in den Fällen die Bedingung schlechthin für unmöglich gelten müßte, in denen Savigny sie für möglich erklärt (z. B. wenn ein Deportirter Konsul wird, ein impubes heirathet ꝛc.), und sind in der That in ihrer Anwendung auf Bedingungen bloß Scheingründe s. § 60 Beilage I Nr. IV). — Die unter a bezeichneten Bedingungen sind nur dann schlechthin unmögliche, wenn entweder *a.* ihr Eintritt für eine Zeit zur Bedingung gemacht wird, in welcher er unmöglich ist, z. B. einem impubes Etwas für den Fall versprochen würde, daß er sofort eine gültige Ehe eingehe, oder *b.* wenn die Bedingung nach der gegenwärtigen Lage der Sache contra bonos mores ist D. de V. O. l. 35 § 1.

b. Das unter a. Ausgeführte muß aber auch in dem Falle gelten, wenn das zur Bedingung Gemachte nach dem bestehenden Recht zur Zeit des Abschlusses des Geschäfts unmöglich ist, jedoch möglich werden kann, aber nur durch eine Änderung des bestehenden Rechts, also durch eine Änderung in der Gesetzgebung, und dies die Partieen im Auge hatten. Nach der herrschenden Ansicht soll hier ganz Anderes gelten; es soll eine solche Bedingung durchaus als unmögliche zu behandeln, also z. B. ein Versprechen unter einer solchen Bedingung nichtig sein. Dieser Ansicht sind namentlich Sell a. a. O., Vangerow Pandekten I § 93 Nr. IV, 1 (vgl. Denselben Bd. II § 434 S. 108 f.), Savigny Syst. III S. 168. Allein sie läßt sich nicht begründen und würde zu den widernatürlichsten Entscheidungen führen. Man stützt sie zunächst auf einige Digestenstellen, nämlich D. de V. O. l. 137 § 6 l. 83 § 5. Allein über diese Stellen s. das vorhin unter a. Ausgeführte. Auch ist bei ihnen wohl zu beachten, daß sie gar nicht von Fällen der oben bezeichneten Art (Lit. b) sprechen, sondern bloß von Fällen der Lit. a (wenn ein konkreter freier Mensch Sklave, eine konkrete res sacra durch den dazu

führenden Akt profana, eine res usibus publicis relicta ihrer Bestimmung entkleidet werden sollte), so daß also Die, welche die unter a. für die dort angeführten Fälle gegebene Entscheidung vertheidigen, auf solche Stellen sich nicht berufen können, ohne mit sich selber in Widerspruch zu gerathen. Außerdem führt Savigny noch an, daß es in der Natur der Bedingungen liege, auf die Veränderlichkeit faktischer Zustände zu rechnen, nicht aber auf die Veränderlichkeit von Rechtsregeln. Allein dies ist eine willkürliche unbeweisbare Voraussetzung und ein Grund, von dem die dafür angeführte l. 137 § 6 de V. O. nicht entfernt ausgeht. Die Partieen können ja gar wohl die Veränderlichkeit einer Rechtsregel im Auge haben, und wenn sie die Möglichkeit einer solchen Änderung sittlicher und vernünftiger Weise im Auge haben konnten: so steht kein denkbarer Grund der Gültigkeit einer solchen Bedingung und ihrer juristischen Möglichkeit entgegen. Wenn z. B. zu einer Zeit, in welcher die Censur noch gesetzlich bestand oder die Zehnten unablösbar oder die Juden zu Staatsämtern unfähig waren, Jemand einem Andern 1000 M. versprach für den Fall, daß künftig seine Zeitung ohne Censur erscheinen könnte, die Zehnten ablösbar sein, ein Jude Beamter werden würde, wie soll es sich rechtfertigen lassen, solche Bedingungen für unmöglich und daher das Versprechen für nichtig zu erklären?!

D. Die perplexen Bedingungen, d. h. die völlig unverständlichen oder unauflöslichen, z. B. D. de cond. inst. 28, 7 l. 16. Diese setzen Nichts ins Ungewisse, sondern vernichten sofort Das, was durch sie bedingt werden sollte. In einem solchen Falle nämlich kann man ja den Inhalt der Bedingung nicht ergründen, somit gar nicht wissen, ob und was für eine Bedingung der Disponent setzen wollte; dadurch aber wird die ganze bedingte Verfügung eine unverständliche und unlösbare und deßhalb muß Das, was von der Bedingung abhängig gemacht werden sollte, als ungültig behandelt werden. Es ist daher bei der perplexen Suspensivbedingung das ganze Geschäft nichtig, bei der perplexen Resolutivbedingung fällt die Auflösbarkeit des Geschäfts weg.

E. Die unzulässigen Bedingungen. — Eine Bedingung ist unzulässig, wenn durch sie Etwas bezweckt wird, was das Gesetz mißbilligt, also was juristisch oder moralisch (nach der allgemein anerkannten Sitte) nicht geschehen soll. Eine solche Bedingung kann an sich eine wahre, eigentliche sein, d. h. ein ungewisser, künftiger Umstand, von dessen Verwirklichung durch besondere Festsetzung der Partieen das Geschäft ganz oder theilweise abhängig gemacht wird, z. B. wenn A. dem B. 100 M. verspricht für den Fall, daß er das Haus des Nachbars anzünden würde. Allein da ein Zweck, den das Gesetz mißbilligt, nicht erreicht werden soll: so wird die unzulässige Bedingung in ihren Wirkungen so behandelt, als ob sie eine unmögliche wäre. Sie ist also bei Erbesernennungen und bei Vermächtnissen, da bei diesen die unmöglichen Bedingungen gestrichen werden (oben Lit. C Nr. 1), als nicht beigefügt zu behandeln (pro non scriptis habentur). Bei anderen Rechtsgeschäften aber, namentlich bei Verträgen, ist das unter einer solchen Bedingung Zugesagte nichtig; wenn daher das Geschäft unter einer unzulässigen aufschiebenden Bedingung eingegangen wurde: so ist das ganze Geschäft nichtig (wie bei der unmöglichen Bedingung); wurde sie als Resolutivbedingung beigefügt: so bleibt das Hauptgeschäft gültig und es fällt bloß die Wiederauflösung des Geschäfts weg, wenn nicht die Resolutivbedingung der Art ist, daß durch sie das ganze Geschäft als eine Schlechtigkeit beider Partieen erscheint; denn dann ist das ganze Geschäft ungültig (s. nachher Nr. I). Bei der Frage aber, welche Bedingungeu unzulässig sind, muß man unterscheiden:

I. Es ist unzulässig, Handlungen oder Unterlassungen, die schon an sich, objektiv unrechtlich oder unsittlich sind, durch eine Bedingung zu fördern oder zu begünstigen, also eine Erwerbung von einem pflichtwidrigen Thun und Unterlassen Dessen, welcher erwerben soll, abhängig zu machen. Geschieht es doch, so muß das ganze Geschäft nichtig sein. Von selbst versteht sich Dies, wenn die Bedingung als suspensive beigefügt, also Jemandem Etwas versprochen wird für den Fall, daß er ein Ver-

brechen oder eine Niederträchtigkeit oder Unsittlichkeit begehen würde; hier ist der ganze Vertrag nichtig; D. de V. O. 45, 1 l. 26, 27 pr. l. 123. Aber das Gleiche muß auch gelten, wenn eine solche Bedingung als eine resolutive beigefügt wird; es ist hier nicht bloß ausnahmsweise in gewissen Fällen (wie Bangerow § 93 S. 137 Nr. 3 nach Savigny annimmt), sondern stets das ganze Geschäft, also nicht bloß die den Rückfall bedingende Nebenberedung nichtig. Man kann hier nämlich nicht so argumentiren: das Hauptgeschäft, die Zusage und Leistung des Versprechens sei gültig, weil diesem die unzulässige Bedingung nicht beigefügt sei, und es falle bloß der Rückfall weg, weil bloß die Wiederauflösung des Geschäfts von der unzulässigen Bedingung abhängig gemacht worden sei; denn in einem solchen Falle kann der Grundsatz ꝛc. utile per inutile non vitiatur (Arndts § 79 Anm. 7) deßhalb nicht eintreten, weil hier die Gemeinheit stets auf das ganze Geschäft und somit auch auf die Handlung Dessen, welchem sub conditione resolutiva zugesagt wurde, sich erstrecken wird. Wenn z. B. A. mit dem B. über eine Sache, die B. besitzt aber A. anspricht, sich dahin vergleicht: Ich überlasse Dir die Sache: sollte es aber mir gelingen, den X. durch die bewußte falsche Urkunde zur Zahlung der darin ausgedrückten Summe an Dich zu bewegen, so soll die Sache wieder an mich zurückfallen: so begeht nicht bloß der A. eine Gemeinheit dadurch, daß er sich unter einer solchen Bedingung den Rückfall zusagen läßt, sondern auch B. dadurch, daß er unter einer solchen Resolutivbedingung die Sache annimmt; es artet hier stets das ganze Geschäft nach beiden Seiten hin in eine Gemeinheit aus, gerade wie in dem von Bangerow gesetzten Falle, wenn A. dem B. 100 M. verspricht, aber sich den Rückfall des Gegebenen ausbedingt für den Fall, daß B. ein gewisses Verbrechen nicht begehen würde. Es muß daher in solchen Fällen auch bei der unzulässigen Resolutivbedingung das ganze Geschäft als ungültig behandelt werden; vgl. auch Sell a. a. O. S. 136.

Mit diesen Fällen, in welchen unrechtliches oder unsittliches Thun oder das Unterlassen des Rechtlichen oder Sittlichen zur Bedingung gemacht wird, sind aber folgende Fälle nicht zu verwechseln: 1) Wenn die Bedingung in der Weise gestellt ist, daß Jemand für sein rechtswidriges oder unsittliches Thun oder Unterlassen sich einem Nachtheil unterwirft. Dies ist eine durchaus zulässige Bedingung, z. B. A. verspricht dem B. Etwas für den Fall, daß er (A.) einen Vertrag brechen würde, oder verabredet den Rückfall des ihm Geleisteten, verpflichtet sich also, zur Zurückgabe, wenn er den B. im Laufe dieses Jahres injuriren oder sonst gegen den B. oder irgend einen Dritten ein Verbrechen begehen würde. Hier treten im ersteren Falle die bei den Suspensivbedingungen, im letzteren die bei den Resolutivbedingungen geltenden Grundsätze ein; D. de V. O. l. 121 § 1, Bangerow I § 93 S. 137 Nr. 1, Nr. 3 a; 2) wenn ein Geschäft bedingt wird durch pflichtwidriges Handeln eines dritten beim Geschäft nicht Betheiligten; z. B. wenn ich Jemandem 100 M. verspreche für den Fall, daß ihm von einem Dritten das Haus angezündet würde. Hier gilt das Gleiche wie im vorigen Falle.

II. Es giebt Handlungen, die an sich erlaubt und an sich nicht unsittlich sind, die aber in die Kategorie des Unrechtlichen und Unsittlichen dann fallen können, wenn man durch sie einen Vermögensvortheil erwerben oder sich gegen einen Vermögensnachtheil schützen will, oder wenn die Erfüllung einer rechtlichen oder sittlichen Pflicht durch drohende Vermögensnachtheile erschwert werden soll. In solchen Fällen wird eine Bedingung, welche in diese Kategorie fällt, zur unzulässigen; denn es ist unrichtig, wenn Bangerow Pand. I § 93 S. 138 sagt, daß zu den moralisch unmöglichen (richtiger zu den unzulässigen) Bedingungen nur solche Handlungen gezählt werden dürfen, die schon objektiv betrachtet, das Sittengesetz verletzen. Auch steht dies im Widerspruche mit Dem, was Bangerow selbst § 93 S. 137 Nr. 2 a, b bemerkt. Das Gesagte gilt nämlich bei Verträgen in den Fällen,

welche Arndts § 72 Anm. 5 Lit. b, c, f anführt und außerdem noch in folgenden Fällen:

1. Bei Bedingungen, durch welche eine Ehescheidung gefördert werden soll. An sich ist die Ehescheidung Etwas nach den Gesetzen Zulässiges; allein es soll ihr doch kein besonderer Vorschub geleistet werden, und deßhalb erklärt das Gesetz jede Bedingung, durch welche die Ehescheidung gefördert werden soll (also wenn Jemandem Etwas versprochen wird unter der Bedingung sich scheiden zu lassen, oder Jemand Etwas zu leisten verspricht für den Fall, daß er sich nicht scheiden lassen würde) für unzulässig, C. de instit. et subst. 6, 25 cst. 5; nur ist bei dieser Stelle (in welcher eine solche Bedingung für contra bonos mores erklärt wird) wieder zu beachten, daß sie von einem letzten Willen spricht, bei welchem unzulässige Bedingungen als gar nicht beigefügt behandelt werden, so daß bei ihnen nur die Bedingung gestrichen, die Disposition selbst aufrecht erhalten wird, während bei Verträgen durch die unzulässige Bedingung die Disposition selbst vernichtet wird. — Viele meinen, zu diesen unzulässigen Bedingungen gehöre auch die Bedingung, die Religion zu ändern oder sie nicht zu ändern. Allein Dieses ist in dieser Allgemeinheit unrichtig. An sich nämlich ist es weder unrechtlich noch unsittlich, seine Religion zu ändern, wenn es nur aus Überzeugung geschieht, und selbst wenn man dabei einen zugesagten Vortheil annimmt, wird die Handlung noch nicht eine unsittliche, wie z. B. wenn ich weiß, daß ein Geistlicher mit dem Gedanken umgeht, aus reiner Überzeugung seine Religion zu ändern, und dadurch die Mittel seiner Subsistenz verlieren würde, und ich ihm nun für den Fall, daß er seiner Überzeugung folgen und dadurch brodlos werden sollte, eine Unterstützung verspreche und er diese annimmt. Auch wird ja allgemein zugegeben, daß es ganz zulässig ist, das Bekenntnis einer bestimmten Religion als nothwendige Voraussetzung einer Rechtserwerbung festzustellen, z. B. ein Stipendium zu errichten, welches nur Protestanten genießen sollen, oder ein Familienfideikommiß, von welchem jeder Verwandte ausgeschlossen werden soll, der nicht Katholik ist, indem man mit Recht davon ausgeht, daß es sich hier nicht vom Bezahlen der Annahme oder des Festhaltens einer bestimmten Religion handle, sondern man eben den Vortheil nur Denen zuwenden wolle, die im Glauben mit uns übereinstimmen, und so muß man konsequenter Weise das Gleiche auch auf den Fall anwenden, wenn die Religionsänderung oder das Beharren in der Religion formell zu einer Bedingung gemacht wird. Von der anderen Seite aber ist nicht zu leugnen, daß es Fälle geben kann, in welchen es klar ist, daß der Versprechende Denjenigen, dem er die Bedingung, die Religion zu ändern oder nicht zu ändern, setzt, lediglich durch die Aussicht auf pekuniären Vortheil zur Erfüllung der Bedingung bestimmen will, er also lediglich auf eine niedrige Gesinnung des Letzteren rechnet und durch Benutzung derselben seinen Zweck erreichen will. In einem solchen Falle wird man die Bedingung unbedenklich für eine conditio turpis, also für unzulässig erklären müssen. — In keinem Falle aber läßt es sich rechtfertigen, wenn hier Viele die beiden genannten Fälle verschieden behandeln wollen, d. h. die Bedingung, die Religion zu ändern, für unzulässig erklären, weil eine bezahlte Religionsänderung unsittlich sei, aber die Bedingung, sie nicht zu ändern, für zulässig halten; denn ein bloß bezahltes Beharren in einer Religion würde nicht minder unsittlich sein.

2. Die Bedingung pflichtmäßigen Thuns oder Unterlassens ist

a. dann eine unzulässige, wenn Derjenige, von dessen Pflichterfüllung es sich handelt, für den Fall dieser Pflichterfüllung sich zu einer Leistung verbindlich macht, z. B. wenn A. 10 M. verspricht für den Fall, daß er heute Abend den C. nicht durchprügeln würde. Denn durch eine solche Bedingung würde die Pflichtwidrigkeit gefördert, indem sie die Erfüllung der Pflicht durch Vermögensnachtheile erschweren will; es muß daher hier das ganze Versprechen ungültig sein. Arg. D. de V. O. l. 26.

b. Wird die Bedingung pflichtmäßigen Thuns oder Lassens Demjenigen gestellt, welcher für den Fall der Erfüllung erwerben soll, also Jemandem ein

Vortheil zugesagt für den Fall, daß er seine Pflicht erfülle: so ist sie dann, aber nur dann, eine unzulässige, wenn Jemand für das Unterlassen einer Chikane oder eines beabsichtigten Verbrechens sich einen Vortheil zusagen läßt. Man soll dieses Unterlassen sich nicht erst abkaufen lassen und wer es sich abkaufen läßt, handelt gemein; eine hierauf gerichtete Bedingung ist für Den, dem die Zusage gemacht wird, eine conditio turpis. Wenn sich daher Jemand Etwas versprechen läßt unter der Suspensivbedingung, daß er von einem beabsichtigten Verbrechen oder von einer Chikane ablasse (z. B. ich habe bei ihm eine Sache hinterlegt, aus Chikane giebt er mir sie nicht heraus und weil ich sie nicht lange entbehren kann, verspreche ich ihm Geld, wenn er sie mir sofort herausgebe, oder ich verspreche dem Dieb Geld, wenn er das Gestohlene herausgebe): so ist das ganze Geschäft ungültig; läßt er sich unter einer solchen Bedingung den Rückfall des Geleisteten zusagen: so tritt der Rückfall nicht ein; D. de pact. 2, 14 l. 7 § 3, depos. 16, 3 l. 34, de condict. ob turp. c. 12, 5 l. 1 § 2 l. 2 pr. § 1 l 4 § 1 l. 9 C. eod. t. 4, 7 cst. 6, 7. Nur muß man dies auf die angegebenen Fälle (auf die Unterlassung von Chikanen oder von beabsichtigten Verbrechen) beschränken. Keineswegs darf man es, wie häufig geschieht, dahin verallgemeinern, daß bei jeder Zusage eines Vortheils an Jemanden unter der Bedingung, daß er etwas Pflichtmäßiges thue oder Pflichtwidriges unterlasse, die Bedingung eine unzulässige sei; denn durch eine solche Bedingung wird ja pflichtmäßiges Thun gefördert, und dies kann doch von dem Gesetze nicht gemißbilligt werden. Auch ist es nicht unsittlich für pflichtmäßiges Verhalten eine Belohnung anzunehmen oder zuzusagen oder zu ertheilen, und Letzteres thut ja der Staat selbst häufig. Wenn ich daher z. B. meinem Diener 100 M. verspreche als besondere Belohnung unter der Bedingung, daß er mir 5 Jahre treu und redlich diene: so ist dies eine durchaus zulässige, wahre Bedingung, und es treten hier ganz die Grundsätze ein, die bei eigentlichen Bedingungen überhaupt gelten. — Von selbst versteht es sich, daß eine Bedingung, die vom pflichtmäßigen Thun oder Unterlassen eines Dritten Etwas abhängig macht, durchaus zulässig ist; wenn ich daher Jemandem Etwas verspreche für den Fall, daß ich auf meiner Reise nicht beraubt würde oder mein Depositar mir das bei ihm Hinterlegte, oder ein Dieb das Gestohlene ohne weiteren Streit herausgeben würde: so ist dies für die Partieen eine ganz zulässige wahre conditio casualis.

F. Es kommt nicht selten vor, daß die Betheiligten (bei Verträgen die Partieen, bei letzten Willen der Erblasser) ein Ereignis, das seiner Natur nach ein ungewisses ist, zur Bedingung machen, aber nicht als ein künftiges, sondern als ein solches, dessen Eintritt oder Nichteintritt bereits entschieden sein mußte, sie es also in die Vergangenheit oder Gegenwart verstellten, conditiones in praeteritum vel praesens collatae oder conceptae, z. B. X. verspricht heute in Leipzig dem Z. 300 M., wenn gestern (oder wenn in diesem Augenblicke) die östreichischen Nordbahn-Aktien in Wien an der Börse um 3 Procent gestiegen sind. Eine solche Bedingung wirkt an sich wie eine wahre suspensive oder, wenn sie als resolutive beigefügt ist, resolutive Bedingung, so fern es sich von der Frage über die Existenz des Geschäfts und seine Wirksamkeit handelt, d. h. die Wirksamkeit hängt ganz davon ab, ob der zur Bedingung gemachte Umstand wirklich eingetreten ist oder nicht (in dem vorhin angeführten Beispiele ist X. sofort die 300 M. schuldig geworden, wenn die Papiere gestiegen waren, er ist aber gar Nichts schuldig, wenn sie nicht stiegen). Allein in Wahrheit und objektiv wird durch eine solche Bedingung jene Frage gar nicht ins Ungewisse gesetzt und geht auch die Absicht der Partieen gar nicht dahin, sie ins Ungewisse zu setzen; sie ist in Wirklichkeit eine schon entschiedene und auch von den Partieen als schon entschieden vorausgesetzt, nur daß sie die Art der Entscheidung noch nicht kennen (I. d. V. O. 3, 15 § 6 D. e. t. 45, 1 l. 100, de reb. cred. 12, 1 l. 37), und deßhalb ist eine solche Bedingung nicht eine wahre, eigentliche Bedingung und das Geschäft nicht ein eigentlich bedingtes; D. de V. O. l. 120, de reb. cred. l. 39, d. bon. libertor. 38, 2 l. 3 § 13. — Etwas Anderes ist es, wenn die Partieen die Bedingung nicht auf

die Vergangenheit oder Gegenwart verstellen wollten, sondern das Ereignis als ein erst zukünftiges ungewisses sich dachten, aber darüber ohne ihr Wissen in Wirklichkeit schon entschieden war; z. B. ich verspreche heute Jemandem eine Summe, wenn mein Schiff glücklich im Hafen ankommen wird, dasselbe war aber schon gestern im Hafen angekommen oder schon vor Wochen gescheitert. Hier ist die Bedingung im Sinne der Partieen eine wahre, eigentliche, die aber bereits ohne ihr Wissen eingetreten war (D. de cond. 35, 1 l. 10 § 1) oder, wenn das Schiff untergegangen ist, vereitelt war, da sie sich als eine unmögliche ergab; im letzteren Falle wird sie bei Erbeseinsetzungen und Vermächtnissen gestrichen, weil schon zur Zeit der Errichtung des Geschäfts ihr Eintritt eine Unmöglichkeit war, quasi impossibilis D. l. c. l. 6 § 1.

Über die suspensive und resolutive Bedingung s. unten § 78.

Das Ereignis, welches zur Bedingung gemacht wird, kann in einer freien Handlung Dessen bestehen, der auf den Fall ihres Eintritts erwerben soll (conditio potestativa), oder in einem seiner Einwirkung entzogenen Ereignisse (zufällige, conditio casualis), oder in einem Ereignisse, welches durch Zusammenwirken seiner freien Thätigkeit mit Umständen, die seiner Willkür entzogen sind, bestimmt wird (gemischte, conditio mixta).

Beilage II. Die Ausdrücke conditio potestativa, casualis und mixta sind an sich in so fern mehrdeutig, als eine und dieselbe Bedingung für die eine Partie kasuell, für die andere bei dem Rechtsgeschäft betheiligte Partie potestativ oder gemischt, oder für beide Partieen das Eine und für eine dritte Person das Andere sein kann; z. B. wenn A. dem B. Etwas verspricht für den Fall, daß er (A. heute nicht ausgehen würde: so ist diese Bedingung für A., den bedingten Schuldner, potestativ, aber für B., den bedingten Gläubiger, kasuell ꝛc. Die Quellen legen aber mit Recht den Ausdrücken eine bestimmte Beziehung bei, in welcher man sie zu nehmen hat, wenn sie ohne besonderen Beisatz gebraucht werden. Sie sind nämlich dann auf die Person zu beziehen, welche durch den Eintritt der Bedingung erwerben soll, den bedingten Gläubiger, Vermächtnisnehmer, Erben ꝛc. C. de cad. toll. 6, 51 cst. un. § 7. Hiernach ist z. B. eine potestative Bedingung (schlechtweg) eine solche, deren Eintritt oder Erfüllung lediglich von der Willkür Dessen abhängt. welcher durch ihren Eintritt berechtigt werden, also Etwas bekommen soll; vgl. auch Savigny Syst. III S. 130. Gebraucht man daher die Ausdrücke in einer anderen Beziehung: so muß man diese dabei besonders bezeichnen. So kann man z. B. allerdings von einer Bedingung, die für Den, der im Fall ihres Eintritts Etwas geben, leisten, verlieren soll (für den bedingten Schuldner) potestativ ist, sprechen, um eine Bedingung zu bezeichnen, deren Eintritt ganz von der Willkür des bedingt Verpflichteten oder Verlierenden abhängt; allein dann darf man die Bedingung nicht eine potestative schlechtweg nennen (denn sie würde kasuell sein, weil ihr Eintritt nicht von der Willkür des bedingt Berechtigten abhängt), sondern man muß sie als eine für den Schuldner oder für Den, der im Falle ihres Eintrittes leisten soll, potestative bezeichnen.

Bei den letzteren Bedingungen aber, d. h. denjenigen, deren Eintritt von der Willkür Dessen, welcher Schuldner werden soll, abhängt, muß man folgende Fälle wohl unterscheiden, welche nicht selten mit einander verwechselt werden:

1. Wenn die Frage, ob Jemand überhaupt Etwas schuldig sein oder werden soll, lediglich und direkt von seinem Willen abhängig gemacht wird, also die Verbindlichkeit lediglich in die Willkür Dessen, der verpflichtet werden soll, gestellt wird (z. B. ich gebe Dir 10 M., falls es mir gefällig sein wird, si volam): so ist natürlich das ganze Geschäft juristisch wirkungslos. Es existirt in einem solchen Falle gar kein Rechtsverhältnis, weil der Versprechende zu gar Nichts

angehalten werden kann; D. de O. et A. 44, 7 l. 8 (pro non dicto est, quod dare, nisi velis, cogi non possis), de V. O. 45, 1 l. 108 § 1 l. 17 l. 46 § 3. C. de contrah. emt. 4, 38 cst. 13. Sollte in einem solchen Falle der Versprechende später wirklich wollen, z. B. das auf seine Willkür Verstellte wirklich leisten, so ist dies ein ganz neues für sich bestehendes Geschäft, das nun erst von da an sich datirt.

2. Anders dagegen verhält es sich, wenn nicht lediglich das Wollen oder Nichtwollen, sondern eine anderweite willkürliche Handlung (oder Unterlassung) Dessen, welcher Schuldner werden soll, zur Bedingung gemacht wird, z. B. wenn ich sage: ich verspreche Dir 10 M., wenn ich morgen aus der Stadt gehe, oder: wenn ich nicht in die Kirche komme, oder: wenn ich zugebe, daß mein Sohn Soldat wird. In einem solchen Falle ist die Bedingung eine wahre, eigentliche, für den bedingten Schuldner potestative, für den bedingten Gläubiger kasuelle Bedingung. Es entsteht hier ein festes Rechtsverhältnis und es treten durchaus die bei den bedingten Geschäften geltenden Grundsätze ein. Zwar leugnen dies Manche, indem sie glauben, diese Fälle seien von den unter Nr. 1 genannten durchaus nicht verschieden, weil ja auch in ihnen die Verwirklichung der Schuld von der Willkür Dessen, der Schuldner werden soll, abhänge; z. B. Sintenis Civilrecht I § 20 Note 45 (s. auch unten § 78 Beilage III Nr. 1). Allein in der That besteht zwischen diesen Fällen ein ganz wesentlicher Unterschied, der schon in der Natur der Sache liegt. Ist nämlich die Schuld oder die Leistung lediglich aufs Wollen Dessen, der leisten soll, verstellt: so ist das Geschäft völlig bedeutungslos, weil er in einem solchen Falle in der That gar Nichts, auch nicht einmal bedingt Etwas schuldet (Nr. 1). Ist aber die Schuld abhängig gemacht von einer anderweiten willkürlichen Handlung des Schuldners: so ist das Verhältnis ein völlig anderes, weil hier die Entscheidung gar nicht in seine reine Willkür gegeben und das Eintreten einer Schuld nicht lediglich von seinem Wollen abhängig ist, indem ja, sobald er die betreffende Handlung begeht, seine Schuld sich verwirklichen soll, mag er Letzteres wollen oder nicht; er ist daher in einem solchen Falle wahrhaft gebunden, bedingt verpflichtet; seine Schuld verwirklicht sich, sobald er jene Handlung vornimmt, wenn er auch bei ihrer Vornahme gar nicht den Willen hat, sich zu verpflichten; er kann durch sein bloßes Wollen oder Nichtwollen keineswegs, wie er es im Falle von Nr 1 kann, den Eintritt seiner Schuld abwenden. Verspreche ich z. B. dem A. 10 M., wenn ich in diesem Monat die beabsichtigte Reise nicht machen würde oder wenn ich zustimmen sollte, daß mein Sohn Soldat werde: so bin ich für diesen Fall gebunden; es besteht ein festes Rechtsverhältnis zwischen uns, und wenn ich mich veranlaßt finde, nicht zu reisen oder dem Wunsche meines Sohnes zu willfahren: so verwirklicht sich nun meine bedingte Schuld gegen den A., ich mag wollen oder nicht. Vgl. auch Savigny Syst. III S. 132, Göschen Vorlesungen § 430 bei Note 6. Zwar glaubt Sintenis, daß es in unseren Quellen an Beweisen oder Beispielen für solche Fälle ganz fehle. Allein dies ist unrichtig; denn wenn man sich auch nicht auf die Konventionalstrafen berufen will (auf welche sich Savigny mit Recht beruft, was aber Sintenis nicht gelten lassen will) und wenn man auch von den Fällen in D. de legat. II 31 l. 3 und in C. de his quae poen. nom. 6, 41 cst. un., die ebenfalls hierher gehören, absieht, so führen unsere Quellen doch auch sonst mehrfach Fälle von Verträgen an, welche unter einer Bedingung, deren Eintritt bloß von der Willkür des Versprechenden abhängt, geschlossen wurden, und behandeln dieselben als ganz gültige bindende Rechtsverhältnisse, die ganz unter den allgemeinen Grundsätzen bedingter Rechtsgeschäfte stehen; D. de V. O. 45, 1 l. 27 § 1 l. 115 § 1. Übrigens lenkt auch Sintenis am Ende der angeführten Note doch wieder ein, indem er das Gebundensein eines solchen bedingt Versprechenden zugiebt, womit aber seine vorangegangene Ausführung, nach welcher in solchen Fällen ein Rechtsverhältnis noch gar nicht existiren soll, nicht vereinbar ist.

3. Nicht identisch mit einer Bedingung, welche für den Schuldner potestativ ist (Nr. 2), würde eine Bedingung sein, quae invito debitore impleri

non potest (z. B. D. qui pot. 20, 4 l. 9 § 1). Dieser Ausdruck geht an sich viel weiter; er bezeichnet nicht bloß den Fall von Nr. 2, sondern kann auch den Fall von Nr. 1 bezeichnen, und umfaßt wörtlich genommen noch viel mehr, nämlich auch eine Bedingung, die für den Schuldner nicht potestativ, sondern mixta ist, z. B. wenn ich Jemandem Etwas verspreche für den Fall, daß ich die A. heirathe oder ein Amt oder einen Sohn bekomme; denn dies sind lauter Bedingungen, deren Eintritt ich, wenn ich ihn nicht will, hindern kann, die also invito debitore impleri non possunt, aber ihre Erfüllung hängt gar nicht lediglich von meiner Willkür ab. Wenn daher in unseren Quellen ein solcher Ausdruck gebraucht wird, so muß erst aus dem Zusammenhange bestimmt werden, in welcher von diesen möglichen Bedeutungen er genommen ist.

Zulässigkeit der Bedingungen.

§ 76.

(Arndts § 68.)

Die Frage ist eine doppelte, nämlich

1) welchen Rechtsgeschäften darf eine Bedingung beigefügt werden? In der Regel jedem Geschäft; es giebt aber einige Geschäfte, bei welchen die Beifügung einer Bedingung unzulässig ist und Ungültigkeit des Geschäfts bewirkt. Der Grund davon ist bald die besondere Form des Geschäfts, welche der Art sein kann, daß sie keine Bedingung verträgt, bald weil es mit dem Wesen manchen Geschäfts im Widerspruch stände, wenn die Partieen es erst noch von einer Bedingung abhängig machen wollten[1].

2) Welche Thatsachen dürfen als Bedingung gesetzt werden, also welche Bedingungen sind zulässig? Auch hier haben die Partieen freie Hand; doch giebt es gewisse Thatsachen, die nicht zur Bedingung eines Geschäfts gemacht werden dürfen, welche also unzulässige Bedingungen sind. Welche dies bei Geschäften unter Lebenden sind, und welche Folgen eintreten, wenn solche Bedingungen gesetzt würden, darüber vgl. oben § 75 Beilage I Lit. E Nr. I, II. Bei Erbeseinsetzungen und Vermächtnissen aber ist zu beachten, daß hier manche Bedingungen unzulässig sind, die es bei Verträgen nicht sind und daß bei ihnen über die Wirkungen der unzulässigen Bedingungen etwas ganz Anderes gilt, als bei Verträgen[2].

---

[1] Z. B. Acceptilation, Ausstellung einer Quittung, Adoption, Emancipation, Legitimation, Antritt oder Ausschlagung einer Erbschaft. — Vgl. Arndts l. c. Anm. 1. Die hier (Arndts Anm. 1) angeführte Regel: »expressa nocent, non expressa non nocent« will bloß sagen: bald, daß man in gewissen Fällen einen Zweck indirekt erreichen könne, denn man auf direktem Wege nicht erreichen kann (z. B. D. de condit. 35, 1 l. 52 und oben § 75 Beilage II Nr. 2 vgl. mit Nr. 1); bald, daß bei gewissen Geschäften wegen ihrer Form oder Natur durch ausdrückliche Beifügung einer iuris conditio oder einer necessaria das Geschäft ungültig werden kann, während es sich von selbst versteht, daß die iuris conditio erfüllt werden muß und daß durch die necessaria conditio Nichts bedingt wird.

[2] Das Nähere hierüber gehört in das Erbrecht.

Erfüllung der Bedingungen.

§ 77.

(Arndts § 69.)

Eine Bedingung gilt natürlich nur dann für erfüllt, wenn die zur Bedingung gemachte Thatsache genau und vollständig so sich verwirklichte, wie es zur Bedingung gemacht worden ist[1].

Zu beachten ist noch, daß durch die Festsetzung einer Bedingung nicht bezweckt wird, einer Partei eine Verbindlichkeit zu ihrer Erfüllung aufzulegen. Eine bloße Bedingung ist nicht eine Auflage (sondern nur eine Thatsache, von deren Eintritt oder Nichteintritt Etwas abhängig gemacht wird, zu deren Verwirklichung aber keine Partei eine Verpflichtung übernimmt). Ist daher die Bedingung eine solche, deren Eintritt (nach dem Sinn des Geschäfts) durch die Willkür einer Partei verwirklicht werden kann, so hat doch die andere Partei nicht ein Recht, diese Verwirklichung von ihr zu verlangen[2].

Beilage. Die Fälle, in welchen eine nicht erfüllte Bedingung doch für erfüllt gilt, sind folgende:

1. Wenn eine Bedingung lediglich die Förderung des Interesses eines Dritten bezweckt und deßhalb eine zum Besten desselben vorzunehmende Handlung zur Bedingung gemacht wird, Dieser aber die Annahme des ihm Zugesagten verweigert: so gilt die Erfüllung für erfüllt; z. B. wenn Jemandem Etwas versprochen wird unter der Bedingung, daß er dem X. eine gewisse Leistung mache oder ihm arrogire, und der X. die Annahme der Leistung verweigert oder die Arrogation ablehnt; D. qdo. dies leg. 36, 2 l. 5 § 5, de cond. et dem. 35, 1 l. 14, 31, de cond. inst. 28, 5 l. 11, 23, C. de inst. vel subst. 6, 25 cst. 2, Savigny Syst. III S. 138 ff. — Zwar behaupten Manche, s. z. B. Vangerow II § 435 Anm. 2 Nr. 1 a. E., das Gesagte gelte bloß bei letztwilligen Verfügungen, nicht auch bei Verträgen, und allerdings sprechen die angeführten Stellen bloß von testamentarischen Verfügungen. Allein der Grund ihrer Entscheidung kann doch nur der sein, daß in dem bezeichneten Falle die Bedingung keinen Zweck mehr hat und das Motiv, aus welchem sie gesetzt und die Disposition durch sie beschränkt wurde, weggefallen ist; dieser Grund aber leidet auch dann Anwendung, wenn eine solche Bedingung einem Vertrage beigefügt wurde. So, wie der Satz im Eingang beschränkt ist, giebt

---

[1] D. de verbor. oblig. 45, 1 l. 99 § 1 l. 129. — Arndts l. c. Note a. b. — Vgl. unten § 78. — Zwar behaupten Viele, eine potestative und eine gemischte Bedingung gelte dann für erfüllt, wenn man sich vergeblich bemüht habe, sie zu erfüllen, oder gar (Arndts l. c. Nr. 3), wenn der bedingt Berechtigte durch zufällige Umstände an der Erfüllung der Bedingung gehindert werde. Allein einen solchen, den Sinn der Parteien widersprechenden Grundsatz kennen unsere Quellen nicht. Allerdings giebt es einige Fälle, in denen eine nicht erfüllte Bedingung doch als erfüllt zu behandeln ist; allein bei dieser liegt es in der Natur der Sache; es sind die unten in der Beilage angeführten Fälle.

[2] D. de contrah. emt. 18, 1 l. 41 pr. — Über Schweben, Eintreten und Wegfallen einer Bedingung s. § 78.

auch Windscheid Pandekten § 92 Note 9 a. E. ihn nicht bloß bei letzten Willen, sondern auch bei Geschäften unter Lebenden zu; nur nimmt er bei Note 6 für letzte Willen eine viel allgemeinere Regel an. — Dagegen muß jener Satz in doppelter Beziehung noch näher bestimmt werden; denn a. er gilt nur, wenn der bedingt Berechtigte die zur Bedingung gemachte Handlung vorzunehmen vergeblich versucht hat, also dem Dritten den ihm zugedachten Vortheil angeboten hatte; wird ihm dies durch einen Zufall unmöglich, z. B. durch den Tod des Dritten: so gilt die Bedingung nicht für erfüllt, sondern sie ist nun nicht eingetreten und er erhält das Zugesagte nicht; l. 31 cit. b. Er kann, sowohl bei letztwilligen Verfügungen als bei Verträgen, dann nicht gelten, wenn die Bedingung nicht, oder wenigstens nicht ausschließlich den oben (im Anfang von Nr. 1) angegebenen Zweck hat, sondern ihr die Absicht unterliegt, daß nur bei ihrer wirklichen Erfüllung das bedingte Recht sich verwirkliche. Wenn ich z. B. dem A. 1000 M. verspreche unter der Bedingung, daß er die B. heirathe: so ist nach dem oben angeführten Grundsatz im Zweifel anzunehmen, daß ich hier bloß das Interesse der B. im Auge habe, und wenn er daher bereit ist, sie zu heirathen, sie ihn aber ausschlägt: so gilt die Bedingung für erfüllt (l. 5 § 5 l. 31 und cst. 1 citt.); wenn ich aber nicht bloß das Interesse der B., sondern das wirkliche Zustandekommen der Ehe im Auge hatte, z. B. ihm die 1000 M. bloß für den Fall zuwenden wollte, daß er durch eine Heirath mit der mir verwandten B. in ein näheres Verhältnis zu meiner Familie komme, oder ich ihm nur für den Fall seiner Verheirathung eine Unterstützung und Ausstattung geben wollte: so kann die Bedingung, wenn sich die Heirath durch eine Weigerung der B. zerschlägt, nicht als erfüllt gelten.

2. Wenn Derjenige, welcher im Falle des Eintritts der Bedingung belastet oder verpflichtet werden soll, diesen Eintritt hindert: so soll nach der gewöhnlichen Meinung die Bedingung als eingetreten gelten, z. B. Mühlenbruch Pandekten § 109 Note 6 § 108 Note 5, Puchta Pandekten § 60, v. Keller Pandekten § 51 bei Note 6. Allein in dieser Allgemeinheit würde ein solcher Grundsatz auf widernatürliche, der Absicht der Partieen widersprechende Resultate führen, welche von seinen Vertheidigern selbst gewiß nicht gebilligt würden. Es kann nämlich jener Satz unmöglich bei Bedingungen, deren Erfüllung ganz oder theilweise in die willkürliche Thätigkeit des bedingt Verpflichteten gesetzt ist, gelten, wenn und so weit Dieser durch jene Thätigkeit ihren Eintritt hindert. Wenn ich z. B. Jemandem eine Summe verspreche, falls ich ihm nicht heute noch eine gewisse Sache herausgebe oder falls ich im nächsten Jahre keine Reise machen, oder falls ich ein Geschäft, das der A. für mich schloß, genehmigen würde, und ich gebe ihm die Sache zur rechten Zeit oder reise im nächsten Sommer oder versage dem Geschäft meine Genehmigung: so müßte nach jenem Grundsatze die Bedingung für erfüllt gelten und ich wäre die Summe zu zahlen verbunden, während die Absicht der Partieen ganz entschieden dahin ging, daß bloß im Falle des wirklichen Eintritts der Bedingung gezahlt werden und ihre Erfüllung lediglich Sache meiner freien Handlung oder Unterlassung sein soll, also in den angeführten Beispielen dahin entschieden werden muß, daß ich, weil die Bedingung nicht eingetreten ist, nicht verbunden bin, die Summe zu zahlen. Allerdings sprechen die Quellen jenen Satz an manchen Stellen ohne Beschränkung aus, z. B. D. de cond. 35, 1 l. 81 § 1, de V. O. 45, 1 l. 85 § 7, allein da, wo sie genau reden und ihn durch Beispiele erläutern, fügen sie ihm die rechte Beschränkung bei, und diese geht dahin: wenn der bedingt Verpflichtete auf eine dem Sinne des Geschäfts zuwiderlaufende Weise einseitig in den Gang der Bedingung eingreift und dadurch ihren Eintritt hindert (daß die Handlung gerade eine dolose sein müsse, wie Savigny III S. 141 und noch auch Vangerow Pandekten II S. 119 der 7. Ausgabe („arglistig") und Windscheid § 92 a. E. („unredlicher Weise") sagen, dies wird in den Quellen nicht gefordert, auch würde der Grundsatz dadurch zu sehr beschränkt): dann soll die Bedingung für erfüllt gelten, ihn also die Last oder Verpflichtung treffen, die von der Bedingung abhängig gemacht wurde; D. de

R. I. 50, 17 l. 161 (quum per promissorem factum esset, quo minus stipulator conditioni pareret), de C. E. 18, 1 l. 50 (s. auch das Beispiel in l. 7 pr. a. E. eod.), de stat. lib. 40, 7 l. 3 § 13, 16, 17 l. 4 § 4 l. 23 § 1 l. 34 § 1 (die letzteren Stellen handeln von dem Falle: Ein Erblasser hat in seinem Testamente seinem Sklaven für den Fall, daß dieser eine gewisse Bedingung erfüllen würde, die Freiheit vermacht; der Erbe, welcher mit der übrigen Erbschaft auch den Sklaven erbte und somit diesen im Falle des Eintritts der Bedingung verlieren würde, hindert, was offenbar wider die Absicht des Erblassers ist, den Eintritt der Bedingung; in diesem Fall soll er doch den Sklaven verlieren, d. h. die Bedingung gilt für eingetreten und der Sklave wird frei).

Die Wirkungen der eigentlichen Bedingungen.

§ 78.

(Arndts §§ 70. 71.)

Die Wirkungen hängen wesentlich davon ab, ob die Bedingung eine suspensive oder eine resolutive ist. Es sind nämlich zwei sehr verschiedene Richtungen, nach denen eine Bedingung einem Geschäft beigefügt werden kann.

a. Es kann von einer Bedingung abhängig gemacht werden die wirksame Begründung des Rechtsverhältnisses, also der Eintritt der Geltung und Wirksamkeit des Geschäftes (von Anfang an) und der Erwerb des bedingt zugesagten Rechts, so daß das zugesagte Recht erst dann ein wirkliches werden soll, wenn die Bedingung eintritt[1]. Die Bedingung ist hier eine suspensive, aufschiebende[2]. Das Geschäft selbst ist hier bedingt[3].

b. Es kann sein, daß bloß die Wiederauflösung des Geschäfts und seiner eingetretenen Wirkungen von einer Bedingung abhängig gemacht wird. Dies ist die auflösende, resolutive Bedin-

[1] Z. B. eine suspensiv bedingte addictio in diem ist, wenn ich mit A. einen Kaufvertrag dahin schließe, daß mein Haus an ihn um 10000 M. verkauft sein soll, wenn mir nicht ein Anderer innerhalb eines Monats mehr bieten würde. Eine suspensiv bedingte Schenkung ist, wenn ich dem A. zusage: ich schenke Dir 1000 M., wenn in diesem Jahr Deutschland Frieden behält oder wenn Dir ein Sohn geboren wird. In diesen Fällen ist zwar ein wirklicher Vertrag (ein Kauf, eine Schenkung ꝛc.) geschlossen worden, aber nur ein bedingter. Der Erwerb aus dem Vertrag (aus dem Kauf, der Schenkung, der Erwerb des zugesagten Rechts) und seine Wirksamkeit ist noch ganz in Ungewisse gesetzt, suspendirt, bis zum etwaigen Eintritt der Bedingung.

[2] D. h. eine solche, durch welche das Geschäft selbst und der Eintritt seiner Wirksamkeit überhaupt ins Ungewisse gesetzt wird.

[3] Es ist ein negotium conditionale oder sub conditione initum. D. de iur. dot. 23, 3 l. 10 § 4 und 5; I. de verbor. obl. 3, 15 § 4. — Der Gegensatz ist negotium purum, d. h. welches unbedingt eingegangen wird.

gung[4]. Das Geschäft ist hier an sich ein negotium purum, unbedingt abgeschlossen; bloß seine Wiederauflösung ist bedingt[5].

A. Wirkungen der aufschiebenden Bedingung. Man muß hier folgende Fälle unterscheiden:

I. Das Schweben der Bedingung, conditio pendet. Dieses heißt: so lange es noch unentschieden ist, ob der zur Bedingung gemachte Umstand sich verwirklichen wird, also wenn die Bedingung affirmativ ist: ob die Thatsache, deren Eintritt zur Bedingung gemacht ist, eintreten werde; wenn sie negativ ist: ob die Thatsache, deren Nichteintreten (Ausbleiben) zur Bedingung gemacht ist, ausbleiben werde. Hier ist es vorerst ganz im Ungewissen, ob das Geschäft überhaupt in Wirksamkeit treten und das zugesagte Recht zur Existenz kommen werde. War unter einer Suspensivbedingung Etwas zugesagt, so wird es, so lange die Bedingung schwebt, nicht wirklich, sondern bloß bedingt geschuldet; Derjenige, welchem es zugesagt wurde, ist bloß bedingter Gläubiger; ein Recht auf das Zugesagte ist noch gar nicht wirklich erworben[6]. Aber dem bedingt Berechtigten ist doch durch das Geschäft die Möglichkeit und Aussicht erworben, das Zugesagte zu bekommen, für den Fall, daß die Bedingung eintritt, und diese Aussicht ist sein Recht, das ihm aus dem bedingten Geschäfte zukommt und nicht mehr willkürlich entzogen werden darf; in so weit ist er

[4] Z. B. eine unter einer Resolutivbedingung eingegangene in diem addictio ist: wenn ich mit A. dahin kontrahire, mein Haus solle hiermit an ihn um 10 000 M. verkauft sein; wenn mir aber ein Anderer innerhalb eines Monats mehr biete, so solle unser Kauf zusammenfallen oder aufgelöst sein. Eine resolutiv bedingte Schenkung: ich schenke Dir hiermit 1000 M.; sollte aber in diesem Jahre wirklich ein Krieg ausbrechen, so soll das Geschenk zusammenfallen. In einem solchen Falle kommt das errichtete Geschäft (Kauf, Schenkung ꝛc.) sofort zur vollen Wirksamkeit und ist zu vollziehen; das Recht daraus wird sofort erworben; nur die Wiederauflösung des Geschäfts und der eingeräumten Rechte hängt hier vom Eintritt der Bedingung ab und wird ins Ungewisse gesetzt.

[5] Sub conditione resolvi potest. D. de in diem add. 18, 2 l. 2 pr.; de leg. commiss. 18, 3 l. 1; pro emtore 41, 4 l. 2 § 4. — Beide Arten der Bedingung suspendiren, aber nur Verschiedenes.

Über die Wirkungen dieser Bedingungen gelten bei Erbeseinsetzungen und Vermächtnissen zum Theil ganz besondere Grundsätze, wovon die Digestentitel de condit. et demonstr. (35, 1) und de condit. instit. (28, 7) handeln und welche mit Unrecht von Vielen (auch Arndts) hier im allgemeinen Theil theilweise hereingemischt werden. Sie können aber nur im Zusammenhang mit dem ganzen Erbrecht verstanden werden und sind dort zu entwickeln. Hier sind bloß die Grundsätze auszuführen, welche bei Rechtsgeschäften unter Lebenden gelten. Bei der mortis causa donatio gelten diese Grundsätze auch, mit der Ausnahme, daß wenn der Beschenkte während des Schwebens der Bedingung vor dem Erblasser stirbt, dann die mortis causa donatio zusammenfällt.

[6] Dies nondum cessit s. oben § 68 vor Anm. 6.

doch Gläubiger und ist der Versprechende sein Schuldner, aber Beides nur bedingt[7]. Hieraus ergeben sich praktisch wichtige Konsequenzen, s. Beilage I.

II. Der Nichteintritt der Bedingung (ihre Vereitelung, ihr Zusammenfallen, Wegfallen[8]), d. h. wenn es gewiß geworden ist, daß der zur Bedingung gemachte Umstand sich nicht verwirklichen wird[9]; also bei einer affirmativen Bedingung: wenn entschieden ist, daß die positive Thatsache, deren Eintritt zur Bedingung gemacht wurde, nicht eintritt; bei der negativen: wenn Dasjenige, dessen Ausbleiben zur Bedingung gemacht ist, nicht ausblieb, sondern geschieht. Ist auf diese Weise die Suspensivbedingung defecta (hat sich also der Umstand nicht verwirklicht, von dem das Geschäft abhängig gemacht wurde), so fällt nun eben das ganze Geschäft zusammen, als ob es nie geschlossen worden wäre[10].

III. Der Eintritt, die Erfüllung der Bedingung[11], d. h. wenn der zur Bedingung gemachte Umstand sich verwirklicht, also bei einer affirmativen Bedingung: wenn die Thatsache, deren Eintritt zur Bedingung gemacht wurde, wirklich eingetreten ist; bei der negativen: wenn entschieden ist, daß die Thatsache, deren Nichteintritt zur Bedingung gemacht wurde, wirklich[12] ausbleibt. Tritt die Suspensivbedingung ein, so kommt nun das bedingte Geschäft zur Wirksamkeit (da der Umstand, von dessen Eintritt das Geschäft abhängig gemacht wurde, wirklich eintrat); es wird nun ein unbedingtes Recht auf das bedingt Zugesagte erworben (dies cessit) und kann Erfüllung der Zusage verlangt werden (dies venit). Hier fragt sich aber noch: von wann an datirt sich die Rechtserwerbung, von wann an gilt das bedingt zugesagte Recht als erworben (und treten die Wirkungen der Rechtserwerbung ein)? Die natürliche Antwort würde dahin gehen: erst vom Tage des Eintritts der Bedingung; denn erst durch diesen Eintritt wurde das Recht verwirklicht. Allein das römische Recht entscheidet für die Regel anders; es soll nach ihm, wenn die Bedingung eintritt, in der Regel das Geschäft von der Zeit seines Abschlusses an so datiren,

---

7 D. de O. et A. 44, 7 l. 42 pr.; de V. S. 50, 16 l. 54.
8 Conditio deficit; conditio defecta.
9 Wenn entschieden ist, daß die Bedingung nicht erfüllt werde.
10 Vgl. Arndts § 70 Anm. 7.
11 Conditio existit, impleta (oder expleta) est.
12 Wenn eine Zeit gesetzt war, innerhalb dieser Zeit.

als ob es von Anfang an unbedingt abgeschlossen worden sei; es soll also der Eintritt der Bedingung zurückbezogen werden (d. h. das Geschäft so behandelt werden, als ob es schon von Anfang an unbedingt geschlossen worden wäre)[13].

Allein dieses Zurückbeziehen ist folgenden Beschränkungen unterworfen:

1) Es kann selbstverständlich nur eintreten, wenn schon zu der Zeit, von welcher an der Rechtserwerb durch das Zurückziehen sich datiren soll, alle übrigen Erfordernisse des Rechtserwerbs vorhanden waren, und dieser bloß und allein deßhalb gehindert wurde, weil das Geschäft bedingt war. Lagen diese Erfordernisse noch nicht sämmtlich vor, so kann der Rechtserwerb unmöglich schon von jener früheren Zeit an datiren, sondern erst von der Zeit an, in welcher jene Erfordernisse sämmtlich vorlagen[14].

2) Das Zurückziehen der Bedingung kann natürlich nur gelten für den Rechtserwerb an sich (für das cedere des dies[15]), nicht aber für die Fälligkeit des Zugesagten (für das Zahlenmüssen des

---

[13] Der Erwerber hat nun ein festes unbedingtes Recht auf das Zugesagte, und dieses Recht datirt sich von jenem früheren Zeitpunkte. — Über dieses Zurückbeziehen aber ist besonders in neuerer Zeit viel Streit (vgl. Arndts § 71 Anm. 4). Früher nahm es die herrschende Ansicht durchaus an, aber meist in einer zu großen Ausdehnung. Manche Neuere dagegen leugnen es ganz oder größtentheils und auch Arndts äußert sich (§ 71 bei und in Anm. 4) sehr schwankend darüber. Allein nach gemeinem Recht ist es nicht zu leugnen (s. die Stellen bei Arndts § 71 Anm. 4) und ist wohl daraus zu erklären: ein bedingtes Rechtsgeschäft datirt natürlich als bedingtes von dem Tage seiner Errichtung an. Hier scheint es nun nahe zu liegen: das bedingte Geschäft ist ein gültig abgeschlossenes und bis auf einen gewissen Grad bindendes (s. Nr. I), nur inhärirt ihm noch ein Mangel, das „Bedingtsein". Tritt aber später die Bedingung wirklich ein, so ist nun dieser Mangel gehoben; der Bestand des Geschäfts ist sicher, es besteht nun als ein unbedingtes und seine Wirkungen treten ein; aber dadurch ändert es nicht sein Datum; es ist daher nun so zu behandeln, als ob es von Anfang an als unbedingtes bestanden hätte. So wird die Sache wirklich vom römischen Recht aufgefaßt. Wenn ich daher z. B. am 1. März meinem Gläubiger A. meine Sache unter einer Bedingung verpfände, und ich, während die Bedingung noch schwebt, am 1. Mai dieselbe Sache meinem Gläubiger B. unbedingt verpfände und am 1. Juli die Bedingung eintritt, so gilt das Pfandrecht des A. schon vom 1. März an als unbedingt bestellt, datirt sich also nicht vom 1. Juli, sondern vom 1. März, geht somit als älteres Pfandrecht dem Pfandrechte des B. vor (D. qui pot. 20, 4 l. 11 § 1 verbis: quum enim etc.) Vgl. unten S. 395.

[14] Wenn ich z. B. dem N. mein Pferd unter einer Bedingung geschenkt habe und die Bedingung tritt später ein, so erwirbt er mit dem Eintritt der Bedingung eine unbedingte Forderung auf Leistung des Pferds und diese datirt sich nun von der Zeit des Abschlusses des Schenkungsvertrags an; aber als Eigenthümer des Pferds kann er von da an nicht gelten, weil zum Eigenthumserwerb traditio der Sache erfordert wird, ich sie ihm aber noch nicht tradirt hatte. — Vielmehr erwirbt er das Eigenthum erst, wenn ich ihm die Sache tradirte; s. hierüber Beilage II vgl. Beil. III Nr. II 1. a. b.

[15] Vgl. oben § 68 bei Anm. 5.

Zugesagten, für das venire des dies; denn fällig kann eine bloß bedingt kontrahirte Schuld erst werden mit dem Tage des Eintritts der Bedingung, nicht schon vom Abschluß des bedingten Geschäfts an[16].

3) Von einem Zurückbeziehen der Bedingung kann dann nicht die Rede sein, wenn in der Zwischenzeit bis zu ihrem Eintritt die Verhältnisse sich ohne Schuld einer der Parteien so geändert haben, daß das Geschäft aus objektiven Gründen gar nicht mehr bestehen kann, namentlich wenn Nichts mehr da ist, worauf es sich beziehen könnte, z. B. wenn vor Eintritt der Bedingung die zugesagte Sache durch Zufall unterging. In solchen Fällen zerschlägt sich eben nun das ganze Geschäft[17].

4) Jenes Zurückziehen folgern die Quellen aus dem wahrscheinlichen Willen der Parteien; es findet daher nicht statt, wenn die Parteien das Gegentheil festsetzten[18].

B. Die Wirkungen der Resolutivbedingung. Eine Resolutivbedingung hat bloß den Zweck, die Wiederauflösung eines unbedingt eingegangenen Geschäfts zu bedingen. Hieraus folgt:

I. So lange die Resolutivbedingung schwebt, hat sie auf Bestand und Wirksamkeit des Geschäfts gar keinen Einfluß; das Geschäft tritt sofort mit seinem Abschluß in volle Wirkung und ist von jeder Partei zu vollziehen[19]. Nur die Frage, ob das Geschäft mit seinen eingetretenen Wirkungen sich wieder auflöst, ist hier bedingt und im Schweben und mit dieser Modalität besteht das Rechtsverhältnis unter den Parteien und geht auch so auf ihre Erben über.

II. Deficirt die Bedingung, so fällt nun die Möglichkeit der Wiederauflösung des Geschäfts weg; das Geschäft und das in Folge desselben Vollzogene bleibt also nun bestehen[20].

III. Tritt aber die Bedingung ein, so wird nun jene Möglichkeit der Wiederauflösung des Geschäfts zur Wirklichkeit, d. h. das Geschäft wird nun wieder aufgelöst. Hier entsteht aber die sehr bestrit-

---

16 Daraus erklärt sich das in Beilage IV über Früchte und Verjährung Gesagte.

17 Vgl. Beilage II a. E.

18 Viele (auch Arndts § 71 a. E.) behaupten noch, es finde auch nicht statt, wenn die Bedingung für den bedingten Schuldner eine potestative (vgl. oben § 75 Beilage II) gewesen sei. Allein, daß dies nicht richtig sei, darüber s. unten Beilage III. Vgl. jetzt auch Windscheid Pand. § 89 Anm. 15.

19 D. de in diem addict. 18, 2 l. 2 § 1, l. 3, l. 4 § 3; de mort. c. don. 39, 6 l. 29 verbis: »interim autem« etc.

20 Vgl. Arndts § 70 Anm. 8.

tene Frage: welche Bedeutung und Wirkung hat diese Wiederauflösung? sie beantwortet sich dahin:

1) In einer resolutiven Bedingung liegt in der Regel der Sinn, daß, wenn sie eintritt, nun Alles, was durch das Geschäft begründet worden war, wieder so rückgängig gemacht werden soll, als ob das Geschäft gar nicht geschlossen worden wäre, daß also der Zustand wieder hergestellt werde, wie er vor Abschluß des Geschäfts war[21]. Die Resolutivbedingung hat hiernach, wenn sie eintritt, in der Regel rückwirkende Kraft. Dies erkennen auch unsere Quellen an. Aber in Betreff der möglichen Art der Rückgängigmachung ist zu unterscheiden:

a. die obligatorische Wirkung. Die Parteien sind zu dieser Rückgängigmachung jedenfalls obligirt, also einander persönlich verpflichtet; jede ist also verbunden:

α. Das, was ihr in Folge des Geschäfts geleistet worden war, wieder so zurückzugeben, wie sie es empfing. Zu diesem Zwecke haben sie gegen einander die aus dem Geschäft entspringenden persönlichen Klagen[22]. Auch haben sie

β. die Vortheile, die sie in der Zwischenzeit aus dem Empfangenen gezogen hatten, einander zu restituiren[23], außer es würde nachgewiesen werden, daß die Parteien die entgegengesetzte Absicht (übereinstimmend) hatten[24].

b. Die sog. dingliche Wirkung. Wenn eine konkret bestimmte Sache (species) unter einer Resolutivbedingung geleistet wurde, geht nach gemeinem Recht die Rückwirkung des Eintritts der Bedingung in der Regel noch weiter; sie wirkt hier in Betreff des Rückfalls der Sache nicht bloß obligatorisch unter den Parteien, sondern hat, wie es jetzt Manche ausdrücken, auch dingliche oder direkte Wirkung, d. h. das Geschäft und das erworbene Recht wird in der Regel in der Weise ex tunc wieder aufgelöst, daß alle Dispositionen,

---

21 Res infecta ist.

22 Z. B. wenn einem Kauf eine Resolutivbedingung beigefügt war, hat der Käufer die actio emti auf Zurückgabe des gezahlten Preises, der Verkäufer die actio venditi auf Zurückgabe der verkauften Sache. D. de C. E. 18, 1 l. 6 § 1; de l. commiss. 18, 3 l. 4 pr.

23 Z. B. der Käufer hat die Früchte, welche er aus der gekauften Sache zog, der Verkäufer die Zinsen, welche aus dem Preise zu ziehen waren, zu ersetzen.

24 D. l. 4 cit.; de in diem addict. 18, 2 l. 16.

welche der Erwerber über die empfangene Sache in der Zwischenzeit zum Nachtheil des Rückerwerbers getroffen hatte, mit dem Eintritt der Bedingung ganz von selbst zusammenfallen und das Eigenthum der weggegebenen Sache ganz von selbst an den Rückerwerber zurückfällt[25]. Die Quellen gehen davon aus, daß diese dingliche Rückwirkung bei einer Resolutivbedingung im Zweifel dem Willen der Parteien entspreche, dem sie hier eine weit gehende Koncession einräumen. Hieraus folgt: daß die dingliche Rückwirkung nicht eintritt (sondern nur das unter a. Gesagte), wenn der übereinstimmende Sinn der Parteien dahin ging, daß bloß eine obligatorische Rückwirkung (Lit. a.) eintreten soll, was besonders nach der Weise, wie sie sich ausdrückten, zu ermessen ist[26], oder schon in der Natur ihrer Verabredung liegen kann. Letzteres ist namentlich der Fall, wenn die Aufhebung des Geschäfts lediglich in das Ermessen einer der Parteien gestellt, ihr ein Reurecht eingeräumt ist. In solchen Fällen wirkt die Bedingung bloß obligatorisch[27].

2) In gewissen Fällen einer resolutiv gefaßten Bedingung wirkt der Eintritt derselben gar nicht, auch nicht obligatorisch zurück (gilt also namentlich das unter Nr. 1 a. β. Gesagte nicht). Es giebt nämlich Verhältnisse, in welchen, wenn ihre Dauer von einem ungewissen, künftigen Umstande abhängig gemacht wird, dies nur den Sinn hat, daß nun eben das Verhältnis endigen solle, nicht aber auch, daß das früher Geschehene und Genossene wieder rückgängig gemacht werden soll. Es bildet hier die Bedingung lediglich einen Endtermin (ganz wie ein dies certus, s. § 79). Dies ist der Fall, wenn die Dauer einer Miethe, einer Societät, eines Dienstvertrags von einem künftigen, ungewissen Umstande abhängig gemacht wird[28].

---

[25] Es gilt hier ganz das in § 69 unter Lit. C Nr. II 2. Ausgeführte, s. die Stellen bei Arndts § 71 Anm. 6 und oben § 68 Beilage II Nr. III Lit. a. — Dies ist freilich sehr bestritten. Manche verwerfen eine solche Wirkung ganz und behaupten, der Eintritt der Resolutivbedingung wirke bloß obligatorisch (s. dagegen die citirten Stellen). Czyhlarz (Zur Lehre von den Resolutivbedingungen. Prag 1871. S. 51 f.) will sie beschränken auf den Fall einer resolutivbedingten addictio in diem. Allein die Quellen sprechen sie auch noch in anderen Fällen ganz entschieden aus (Cod. de pact. inter emt. 4, 54 cst 4; D. de lege commissor. 18, 3 l. 8. Vgl. Vangerow Pand. I § 96 S. 152 f.).

[26] C. de pact. inter emt. 4, 54 cst. 2, 3.

[27] Hier gilt also bloß das unter Lit. a und das in § 69 Lit. C. Nr. II 1 Ausgeführte. D. de rescind. vend. 18, 5 l. 6; quib. mod. pign. 20, 6 l. 3 a. E.; de praeser. v. 19, 5 l. 12; Cod. l. c. cst. 2.

[28] Z. B. wenn ich ein Haus so miethe, daß der Vertrag sich auflösen soll, wenn ich von hier wegziehen würde. S. auch Czyhlarz l. c. S. 66.

Über die Wirkungen der uneigentlichen Bedingungen bei Geschäften unter Lebenden[29] s. oben § 75 Beilage I.

Beilage I. Conditio pendens.

Das Rechtsverhältnis während des Schwebens der Suspensivbedingung; vgl. Mein Württemb. Privatrecht II S. 696—701. Daraus, daß das unter einer Suspensivbedingung geschlossene Rechtsgeschäft ein wirkliches, bereits existirendes und bindendes Rechtsgeschäft ist, dasselbe aber nur als ein bedingtes existirt, ergiebt sich das Rechtsverhältnis während der Zeit, in welcher der Eintritt der Bedingung noch unentschieden ist, dahin:

1. Derjenige, welchem unter einer Bedingung Etwas zugesagt wurde, ist während des Schwebens der Bedingung bereits ein Berechtigter (creditor, jedoch nur sub conditione oder conditionalis D. de V. S. l. 54); sein gegenwärtiges Recht geht aber nur dahin, das bedingt Zugesagte, falls die Bedingung eintritt, zu erwerben. Durch dieses Recht hat er zwar zunächst nur eine Aussicht, das Zugesagte im Fall des Eintritts der Bedingung zu erwerben (l. 54 cit. I. de V. O. 3, 15, § 4); allein diese Aussicht ist nicht, wie manche glaubten, eine bloße Hoffnung und Möglichkeit (im Sinne von § 32 Beilage I Nr. II), sondern sie ist sein wohlerworbenes Recht, das ihm nicht willkürlich entzogen werden darf, und besteht in dem Recht, in einem gewissen Falle wirklich und unbedingt Berechtigter zu werden.

2. Das bedingte Rechtsgeschäft ist ein bereits existirendes und bindendes, z. B. der bedingte Verkauf ist ein wirklicher Verkaufsvertrag, eine venditio, aber nur eine conditionalis venditio und in so fern imperfecta, weil er durch Defektion der Bedingung oder den Untergang der Sache zusammenfallen kann D. de iur. dot. 23, 3 l. 10 § 5, de in diem addict. 18, 2 l. 2. Daraus und weil der bedingt Berechtigte ein wirklich Berechtigter, wenngleich bloß bedingt, ist, folgt, daß Derjenige, welcher unter einer Bedingung Etwas vertragsmäßig zugesagt hat, nicht willkürlich vom Geschäft wieder abgehen kann; er muß abwarten, ob die Bedingung eintritt und dadurch seine Verpflichtung sich verwirklicht, und sich den Folgen des Eintritts der Bedingung unterwerfen. — Zu weit geht aber Windscheid, Pandekten I § 89 S. 218 (V. Aufl. S. 251 f.) in Beziehung auf die Bedeutung und Wirkungen dieses Gebundenseins; vgl. auch Denselben § 91 S. 223. (V. Aufl. S. 257 f.)

3. Aus dem gleichen Grunde darf der bedingt Verpflichtete nicht durch eine absichtliche oder fahrlässige Handlung die Möglichkeit der Realisirung des bedingten Rechts gefährden; er ist z. B. wenn er die bedingt zugesagte Sache verschlechtert, zerstört oder verschleudert, dem bedingt Berechtigten, falls später die Bedingung eintritt, zum Ersatze verpflichtet; auch darf er nicht auf eine dem Sinne des Geschäfts zuwiderlaufende Weise den Eintritt der Bedingung eigenmächtig hindern (s. § 77 Beilage Nr. 2).

4. Zwar kann natürlich der bedingt Berechtigte auf Leistung des bedingt Geschuldeten nicht klagen, eben weil es noch nicht wirklich (D. de pign. 20, 1 l. 13 § 5, de V. S. 50, 16 l. 213 pr.), sondern nur bedingt geschuldet (l. 54, 10 pr. eod. de sep. 42, 6 l. 4 pr.) wird. Es können aber dennoch auch während des Schwebens der Bedingung Klagen wegen des bedingt Geschuldeten stattfinden. Namentlich

a. kann der bedingt Berechtigte, wenn während des Schwebens der Bedingung die künftige Realisirung seines Rechts vom Verpflichteten gefährdet wird (Nr. 3), gegen denselben auf Sicherheitsleistung klagen, D. quib. ex caus. in poss. 42, 4 l. 6 pr. de sep. 42, 6 l. 4 pr.; ferner kann Derjenige, welchem Etwas bedingt vermacht ist, Sicherheitsleistung vom Erben verlangen D. ut

---

[29] Arndts § 72 mischt hier (in den Anmerkungen, z. B. Anm. 2, 3, 5 a. c. f.) Vieles herein, was bloß bei Erbeseinsetzungen und Vermächtnissen gilt und lediglich in das Erbrecht gehört.

legator. 36, 3 l. 14 pr. vgl. mit l. 1 pr. § 1—3; auch kann in solchen Fällen, wenn der bedingt Verpflichtete die Existenz des bedingten Geschäfts in Abrede ziehen würde, der Berechtigte auf Anerkennung des bedingten Geschäfts klagen; D. de iudic. 5, 1 l. 41; de her. pet. 5, 3 l. 16 pr. Ferner

b. kann der bedingt Berechtigte, wenn der Verpflichtete in Konkurs kommt, die bedingte Forderung und das dafür bestellte Pfandrecht einklagen (arg. D. de sep. 42, 6 l. 4 pr.), eine Befugnis, die ihm um so mehr zukommen muß, als er ja sonst (wie jeder Gläubiger, der sich nicht beim Konkurse meldet) mit seinem Anspruche von der vorhandenen Vermögensmasse des Schuldners selbst im Fall des späteren Eintritts der Bedingung ganz ausgeschlossen würde. In einem solchen Falle ist er aber natürlich nur bedingt zu lociren und die Masse wird vorerst unter die anderen Gläubiger vertheilt; nur muß durch angemessene Kautionen dafür gesorgt werden, daß ihm für den Fall des wirklichen Eintritts der Bedingung die Befriedigung, so weit sie nach der bedingten Lokation ihm zukommen würde, gesichert werde.

5. Eine bedingte Forderung ist, wie in der Regel jedes Vermögensrecht a. veräußerlich; sie kann an Andere so abgetreten werden, daß der Cessionar, wenn später die Bedingung eintritt, das durch die Bedingung suspendirte Recht erwirbt; auch kann über sie ein gültiger Nachlaßvertrag geschlossen werden; D. de her. vend. 18, 4 l. 17, 19. Ebenso ist b. das bedingte Vermögensrecht vererblich, geht also, wenn der bedingt Berechtigte während des Schwebens der Bedingung stirbt, auf dessen Erben so über, daß Diese das durch die Bedingung suspendirte Recht erwerben, falls später die Bedingung eintritt; in gleicher Weise geht auch die bedingte Schuld, wenn der bedingte Schuldner während des Schwebens der Bedingung stirbt, auf dessen Erben über; D. de V. O. 45, 1 l. 57, de peric. rei vend. 18, 6 l. 8 pr.; d. don. 39, 5 l. 2 § 5. I. d. V. O. 3, 15 § 4, d. inut. stip. 3, 19 § 25.

6. Nur bedingte Rechte aus letztwilligen Verfügungen machen von dem unter Nr. 5 Gesagten in so fern eine Ausnahme, als sie zusammenfallen, wenn der bedingt Honorirte (der unter einer Bedingung zum Erben Eingesetzte oder mit einem Vermächtnis Bedachte ꝛc.) den Eintritt der Bedingung nicht erlebt; sie gehen also nicht auf dessen Erben über, da erst durch den Eintritt der Bedingung die Delation des bedingt Zugewendeten erfolgt, jede letztwillige Verfügung aber zusammenfällt, wenn der Honorirte den Zeitpunkt der Delation nicht erlebt C. de caduc. toll. 6, 51 cst. un. § 7, 13, D. de cond. et dem. 35, 1 l. 59 pr. Bloß dieses soll wohl auch in D. de O. et A. 44, 7 l. 42 angedeutet werden, wenn hier vom bedingten Legatar gesagt ist, pendente conditione non est creditor; denn im Übrigen gilt auch vom bedingt Honorirten das unter Nr. 1—4 Ausgeführte.

7. Es kann vorkommen, daß der Verpflichtete schon während des Schwebens der Bedingung die bedingt geschuldete Sache leistet, z. B. A. verkauft ein Gemälde an B. um 500 M., aber nur für den Fall, wenn ihm nicht im nächsten Jahre von einem Anderen ein höherer Preis geboten würde, übergiebt aber schon im Anfange des Jahres dem B. das Gemälde. Hier hängt die Wirkung einer solchen Übergabe ganz von der Absicht ab, welche der Übergebende dabei hatte, und zwar ist

a. im Zweifel nicht anzunehmen, daß er vorläufig das Eigenthum der Sache auf den Empfänger übertragen wollte (eine Ausnahme macht nur der Fall, wenn eine dos dem Manne schon vor der Ehe vorläufig übergeben würde; hier soll im Zweifel die Absicht, vorläufig das Eigenthum zu übertragen, angenommen werden D. d. iur. dot. 23, 3 l. 8, pro dot. 41, 9 l. 1 § 2), sondern bloß anzunehmen, daß er den Besitz (im engern Sinn, die possessio) auf ihn übertragen wollte. Der Empfänger wird daher Besitzer der Sache (was zwar Manche leugnen, aber im entschiedenen Widerspruche mit den Quellen, D. d. poss. 41, 2 l. 38 § 1 verb.: „Hoc amplius“ ꝛc. und die nachher anzuführenden Stellen), aber nicht Usukapionsbesitzer (d. h. er kann die Sache nicht während des Schwebens der Bedingung durch ordentliche Ersitzung erwerben),

weil ihm der iustus titulus transferendi dominii fehlt, da dieser durch die schwebende Bedingung noch suspendirt ist; D. de in diem addict. 18, 2 l. 4 pr. de peric. r. v. 18, 6 l. 8 pr. verbis: »Quodsi pendente« ꝛc., pro emt. 41, 4 l. 2 § 2. — Hat in einem solchen Falle der Übergebende sich vorbehalten, die Sache nach Willkür wieder an sich zu nehmen: so liegt ein reines precarium vor und er kann jeder Zeit, so lange die Bedingung schwebt, die Sache wieder zurückfordern; hatte er sie aber auf so lange übergeben, bis über den Eintritt der Bedingung entschieden sein würde: so kann er sie nur dann zurückfordern, wenn die Bedingung deficirt, also ihr Nichteintritt entschieden ist.

b. Wenn dagegen die Partieen irrig glaubten, die Bedingung sei eingetreten, und der bedingt Verpflichtete übergiebt deßhalb die Sache: so geht nicht bloß Besitz, sondern auch das Eigenthum auf den Empfänger über, weil in einem solchen Falle der Geber die Absicht hatte, eine vermeintliche Schuld zu zahlen, also das Eigenthum an der Sache zu übertragen und in diesem Sinne der Empfänger sie annahm. Der Geber kann aber, weil er aus Irrthum eine Nichtschuld bezahlte, das Gegebene, so lange die Bedingung noch schwebt (und natürlich auch, wenn sie deficirt) mit der condictio indebiti zurückfordern; D. de condict. ind. 12, 6 l. 16 pr. l. 18, 48, 56.

Beilage II. Die Rückwirkung bei der Suspensivbedingung. Das Zurückbeziehen einer eingetretenen Suspensivbedingung hat die Bedeutung, daß das bedingt abgeschlossene Geschäft rücksichtlich des durch die Bedingung suspendirten Rechtserwerbs so zu behandeln ist, als ob es von Anfang an, d. h. schon bei seinem Abschlusse unbedingt errichtet worden wäre. Die Wirkungen des bedingten Rechtsgeschäfts datiren sich nun gleichsam von der Zeit des Abschlusses des Geschäfts an. Aber es ist hierbei wohl zu beachten, daß dies nur möglich ist, wenn zur Zeit der Eingehung des bedingten Rechtsgeschäfts im Übrigen schon alle Erfordernisse des Rechtserwerbs vorlagen und derselbe bloß durch die Bedingung suspendirt war. Denn durch den bloßen Eintritt der Bedingung kann ein Rechtsgeschäft unmöglich mehr Wirkungen rückwärts erlangen, als es gehabt hätte, wenn es von Anfang an unbedingt geschlossen worden wäre, da jener Eintritt nur das mangelnde Moment des Unbedingtseins ergänzt, das Bedingte in ein Unbedingtes verwandelt, nicht aber auch ein anderes Erfordernis des bedingt zugesagten Rechts, wenn etwa noch ein solches gefehlt haben sollte, rückwärts ersetzen kann. Es gilt daher das bedingt zugesagte Recht, wenn die Bedingung eintritt, als ein schon zur Zeit des Abschlusses des Geschäfts unbedingt zugesagtes und datirt sich von diesem Abschlusse an, aber nur dann, wenn zu dieser Zeit alle übrige Requisite des Rechtserwerbs vorhanden waren; fehlte zu dieser Zeit noch ein anderes Erfordernis der Existenz des bedingt zugesagten Rechts, so ist der bloße Eintritt der Bedingung nicht im Stande, Dieses rückwärts zu ersetzen, sondern es muß das Fehlende noch nachgeholt und ergänzt werden; aber dann kann die davon abhängende Wirkung sich erst von der Zeit dieser Ergänzung an datiren. — Diesen in der Natur der Sache liegenden Grundsatz erkennen auch unsere Rechtsquellen durchaus an, wie schon aus den in der Beilage III Nr. II angeführten Stellen und der dort nachgewiesenen Anwendung des Grundsatzes auf Pfandrechte sich ergiebt. Besonders ist er auch von Wichtigkeit für den Erwerb des Eigenthums bei bedingten Veräußerungsgeschäften. Durch den bloßen Abschluß eines Veräußerungsvertrags, z. B. eines Kaufs, einer Schenkung, eines Tausches, erwirbt der Käufer, der Beschenkte ꝛc. noch nicht das Eigenthum der Sache, sondern bloß ein Forderungen-Recht gegen den Veräußerer auf Übertragung des Eigenthums, also bloß ein persönliches Recht an seinen Kontrahenten; zur Erwerbung des dinglichen Rechts des Eigenthums wird noch erfordert, daß ihm die Sache tradirt wird (und beim Kaufe noch, daß er wegen des Kaufpreises den Verkäufer befriedigt oder von demselben Kredit erhalten hat), Arndts § 145. Wenn ich daher z. B. dem A. am 2. Januar meinen Garten unter einer Bedingung auf Kredit (für den Fall des Eintritts der Bedingung) verkaufte und diese tritt am

1. Februar ein: so schulde ich nun ihm den Garten unbedingt und zwar datirt sich meine Schuld nicht erst vom 1. Februar, sondern vom 2. Januar, nur daß sie natürlich erst nach Eintritt der Bedingung geltend gemacht werden kann; das Eigenthum des Gartens konnte er aber mit dem Eintritt der Bedingung nicht erwerben und noch weniger kann er so behandelt werden, als ob er schon am 2. Januar das Eigenthum erworben gehabt hätte, weil das zum Eigenthumserwerb erforderliche Moment der Tradition an beiden Zeitpunkten fehlte; vielmehr hat er gegen mich bloß eine vom 2. Januar sich datirende Forderung auf Übertragung der Sache. Wenn ich daher noch vor dem Eintritt der Bedingung oder auch nach demselben, aber noch ehe ich ihm die Sache tradirte, dritten Personen dingliche Rechte an dem Garten einräumte, z. B. eine Servitut oder ein Pfandrecht, wozu ich ja befähigt war, da ich das Eigenthum noch nicht verloren hatte, und ich ihm nun die so belastete Sache tradire: so wird er durch die Tradition zwar Eigenthümer der Sache, aber jene dinglichen Lasten bleiben auf ihr haften und er hat bloß eine persönliche Klage gegen mich aus dem Veräußerungsvertrag auf Entschädigung wegen des durch jene Lasten geminderten Werthes der Sache; ferner: wenn ich den Garten während des Schwebens der Bedingung oder nach ihrem Eintritt an einen Dritten veräußere und diesem übergebe: so übertrage ich dadurch mein Eigenthum (das ich durch den bloßen Eintritt der Bedingung nicht verlieren konnte) auf den Dritten und der A. kann von ihm den Garten nicht herausfordern, da der Garten dem A. gar nicht gehörte und der Dritte ihm nicht obligirt ist; auch hier hat er nur eine Entschädigungsklage gegen mich aus der mit mir kontrahirten Obligation. — Würde ich aber dem A. noch vor dem Eintritt der Bedingung, z. B. am 10. Januar den Garten übergeben haben: so geht sofort mit dem späteren Eintritt der Bedingung das Eigenthum des Gartens von selbst so auf ihn über, daß die juristischen Wirkungen dieses Übergangs sich vom 10. Januar datiren, weil an diesem Zeitpunkte sämmtliche Erfordernisse des Eigenthumserwerbs in seiner Person vorhanden und nur in ihrer Wirksamkeit durch die Bedingung suspendirt waren, dieses einzige Hindernis aber durch den Eintritt der Bedingung weggefallen ist. Wenn ich daher nach dem 10. Januar einem Dritten an der Sache eine Servitut bestellt oder sie ihm verpfändet hätte: so fallen nun vermöge der Rückziehung der Bedingung diese von mir an der Sache bestellten dinglichen Rechte des Dritten zusammen, vergl. auch D. de mort. c. don. 39, 6 l. 40, de don. int. vir. 24, 1 l. 20 l. 11 § 1, 9; Savigny Syst. III S. 151 IV 247, 248., Jhering in Schneiders Krit. Jahrbüchern 1847 S. 894 ff. Natürlich muß das Gleiche eintreten, wenn nicht das Veräußerungsgeschäft selbst, sondern bloß der Eigenthumsübergang durch eine Bedingung suspendirt wurde, z. B. wenn ich Jemandem meine Sache unbedingt auf Kredit verkaufe, sie ihm sofort übergebe, aber die Bedingung beifüge, daß das Eigenthum nicht eher auf ihn übergehen soll, als bis er den ihm kreditirten Preis bezahlt hat. Vergl. über alles Dieses Mein Württemb. Privatrecht II S. 703 f. (und damit ganz übereinstimmend der baierische Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs I Art. 39, 40, Motive S. 19 f.).

Aus dem Ausgeführten folgt auch, daß in den Fällen, von welchen D. de V. O. 45, 1 l. 31 l. 98 pr. sprechen, die eingetretene Bedingung nicht zurückbezogen werden kann. Die Gültigkeit eines bedingten Geschäfts nämlich ist in Beziehung auf seinen Gegenstand nach der Zeit des Eintritts der Bedingung zu beurtheilen. Es fällt daher das bedingte Geschäft ganz zusammen, wenn der Gegenstand zu der Zeit, an welcher das Geschäft durch den Eintritt der Bedingung in Wirksamkeit treten soll, aufgehört hatte, ein möglicher Gegenstand des Rechtsgeschäfts zu sein, z. B. durch Zufall völlig untergegangen war, D. de iur. dot. 23, 3 l. 10 § 5 (der Käufer trägt also beim bedingten Verkauf nicht die Gefahr des Untergangs der Sache; geht sie vor Eintritt der Bedingung zu Grund: so ist es Schaden des Verkäufers; denn der Vertrag fällt zusammen § 5 cit. und D. de peric. r. v. 18, 6 l. 8 pr. a. E. und arg. a. contrar. aus C. e. t. 4, 48 cst. 5). Dagegen besteht das Geschäft, wenn die Partieen bedingt über einen Gegenstand disponirten, dessen Leistung unter

ihnen zur Zeit der Eingehung des Geschäfts eine Unmöglichkeit war, aber zur Zeit des Eintritts der Bedingung eine Möglichkeit geworden ist, z. B. wenn ich mir das Eigenthum einer mir bereits gehörigen Sache unter einer Bedingung versprechen lasse und beim Eintritt der Bedingung die Sache mir nicht mehr gehörte; l. 31, 98 pr. cit. D. de C. E. 18, 1 l. 61. Nur kann in solchen Fällen der Eintritt der Bedingung nicht zurückbezogen werden.

Beilage III. Rückwirkung bei Potestativbedingungen. Nach der herrschenden Ansicht soll der Eintritt einer Suspensivbedingung auf die Zeit des Abschlusses des Rechtsgeschäfts dann nicht zurückbezogen werden, wenn die Bedingung eine solche ist, deren Eintritt lediglich von der Willkür Dessen abhängt, welcher durch ihren Eintritt verpflichtet werden oder ein Recht verlieren soll, wenn sie also eine für den bedingten Schuldner potestative (S. 377) sei. Namentlich sind dieser Ansicht unter den Neueren Cropp in Heise's und Cropps Juristischen Abhandlungen II S. 417. W. Sell Über bedingte Tradition S. 166 ff., Puchta Pand. § 61 a. E., Vangerow Pand. I § 95 Nr. II 1, Savigny Syst. III S. 151 ff., Arndts Pand. § 71 a. E. § 384 Anm. 5. — Allein diese Ansicht ist unrichtig. So weit überhaupt nach unseren Quellen eine eingetretene Suspensivbedingung zurückwirkt, so weit wirken auch die für den Schuldner potestativen Bedingungen zurück; es gilt überhaupt von den letzteren Bedingungen ganz Dasselbe, was von anderen wahren Bedingungen gilt. — Jene irrige Ansicht wird von ihren Vertheidigern

I. zum Theil auf allgemeine Gründe gestützt, indem

1. von Vielen behauptet wird, bei einer Bedingung, welche in einer von der Willkür des bedingt Verpflichteten abhängigen Handlung bestehe, müsse schon deßhalb jede Zurückbeziehung wegfallen, weil in einem solchen Falle bis zum Eintritt der Bedingung eigentlich noch gar kein Rechtsverhältnis existire; dafür werden Stellen angeführt wie D. de V. O. l. 108 § 1. Allein dieser Grund beruht auf einer Verwechselung wesentlich verschiedener Fälle; es wird hier die für den Schuldner potestative, wahre Bedingung, bei welcher ein bindendes Rechtsverhältnis besteht (oben S. 378 Nr. 2), zusammengeworfen oder verwechselt mit einem Falle, in welchem allerdings gar kein Rechtsverhältnis existirt, nämlich mit dem S. 377 Nr. 1 angeführten (Vangerow a. O. stützte in der 6. Ausgabe auch auf jenen Grund das Nichtzurückziehen; in der 7. Ausgabe giebt er diesen Grund auf und beruft sich bloß auf die unter Nr. II angeführten Pandektenstellen).

2. Mit Recht verwirft daher Savigny a. a. O. diesen Grund und erkennt an, daß eine für den Schuldner potestative Bedingung eine wahre Bedingung sei; er glaubt aber, ihr Zurückbeziehen sei deßhalb ausgeschlossen, weil der Schuldner, der ja in einem solchen Falle die Entstehung des ganzen Rechts seines Gegners verhindern könne, auch dauernd wirksame Beschränkungen desselben müsse hervorbringen können. Allein dies würde zu viel beweisen; es würde daraus, von Anderem abgesehen, folgen, daß auch eine Bedingung, welche für den Schuldner eine mixta ist (z. B. die Bedingung, ein Amt zu erlangen oder Kinder zu bekommen) nicht zurückzubeziehen sei; denn auch in solchen Fällen kann ja der Schuldner die Entstehung des ganzen Rechts seines Gegners willkürlich verhindern, und doch nimmt Savigny an, daß solche Bedingungen zurückzubeziehen seien. Überhaupt aber beruht die Argumentation Savigny's auf einer unrichtigen Anwendung des argumentum a maiori ad minus; denn daraus, daß der bedingte Schuldner die Entstehung des ganzen Rechts seines Gegners durch Verhinderung des Eintritts der Bedingung abwenden kann, folgt doch keineswegs, daß er in einem ganz anderen Falle, nämlich für den Fall des wirklichen Eintritts der Bedingung (für welchen er also die Entstehung jenes Rechts nicht hindern kann) das Recht des Gegners willkürlich soll beschränken können! — Vergl. Mein Württemb. Privatrecht II (1851) S. 702.

II. Außerdem wird jene Ansicht noch gestützt auf einige Quellenstellen, und

zwar lauter Stellen, welche von dem Alter eines Pfandrechtes sprechen, nämlich D. quae res pignori 20, 3 l. 4, qui pot. 20, 4 l. 1 § 1 l. 7 § 1 l. 11 pr. § 2, ferner l. 9 § 1 eod. Allein

1. einige dieser Stellen (die l. 4 l. 1 § 1 l. 7 § 1 l. 11 pr. § 2 citt.) handeln gar nicht von eigentlichen Bedingungen, sondern von iuris conditiones (oben § 75, Beilage I Lit. A.); wollte man aber auch das Gegentheil annehmen: so würde bei ihnen jedenfalls der Grundsatz von § 78 Beilage II eingreifen, nach welchem ein Zurückziehen der eingetretenen Bedingung auf die Zeit des Abschlusses des bedingten Geschäfts nur dann stattfinden kann, wenn bloß die Bedingung es war, die den Rechtserwerb suspendirte, also zu jener Zeit alle übrige Requisite des Rechtserwerbs vorhanden waren und nicht zu dieser Zeit noch ein weiteres Erfordernis der Existenz des bedingt zugesagten Rechts fehlte; denn Dieses kann durch den bloßen Eintritt der Bedingung nicht ersetzt, vielmehr muß es nun noch nachgeholt und ergänzt werden; aber dann kann die davon abhängende Wirkung sich erst von der Zeit dieser Ergänzung an datiren. Die angeführten Stellen beziehen sich nämlich auf Folgendes:

a. Ein Pfandrecht an einer Sache kann durch Pfandvertrag nur entstehen, wenn die Sache gehörig bezeichnet ist und dem Verpfänder gehört. Diese Erfordernisse bedingen schon an sich das Existentwerden eines Pfandrechts (§ 75 Beilage I) und können, wenn sie sich später verwirklichen, nicht rückwärts ergänzt werden. Wenn daher z. B. Jemand aus einem Kaufe mir eine Sache schuldet, und ich verpfände sofort an meinen Gläubiger diese res debita (die mir noch nicht gehört) für den Fall, daß der Verkäufer sie mir übergeben und ich dadurch Eigenthümer derselben werden würde, oder wenn ich mein ganzes Vermögen verpfände, wobei ja nach gemeinem Recht auch die Sachen, welche ich künftig in mein Vermögen erwerbe, für den Fall dieser Erwerbung unter den Pfandnexus fallen, oder wenn ich für eine Schuld Sachen verpfände, deren Bezeichnung ich mir noch vorbehalte, z. B. Dasjenige verpfände, was ich in mein Haus zum Zwecke der Einrichtung desselben inferiren würde, und diese Fälle später eintreten, ich also nun die betreffenden Sachen ins Eigenthum erwerbe, oder Sachen in mein Haus inferire: so datirt sich das Pfandrecht an diesen Sachen erst von dem Momente des Eintritts der Bedingung an, aber keineswegs aus dem Grunde, weil, wie die Angeführten meinen, die Bedingung eine für den Schuldner potestative ist, sondern nur aus dem Grunde, weil es zur Zeit des Abschlusses des Pfandvertrags noch an einem Requisit des Pfandrechts fehlte, das nicht rückwärts als ergänzt gelten kann, und es deßhalb unmöglich ist, anzunehmen, das Pfandrecht sei schon damals zur Existenz gekommen (an einer Sache, die dem Verpfänder zur Zeit des Pfandvertrags noch gar nicht gehörte, konnte ja durch ihn zu dieser Zeit kein Pfandrecht begründet werden, wenn er auch den Vertrag unbedingt abgeschlossen hätte, und eben so wenig konnte an Sachen, die er zur Zeit des Pfandvertrags noch ganz unbestimmt ließ und die durch eine spätere Handlung erst sich bestimmen würden, schon zu jener Zeit ein Pfandrecht entstehen). Dies allein sagen die l. 7 § 1 und 11 § 2 qui potiores.

b. Zur Existenz eines Pfandrechts, als eines accessorischen bloß zur Sicherung einer Forderung dienenden Rechts, wird ein bindendes Schuldverhältnis (wenn auch nur ein bedingtes) erfordert, auf das es sich bezieht (gegen Dernburg Pfandrecht I § 69 f., der dieses leugnet, s. Windscheid Pandekten § 225 Note 7 und die dort Angeführten). Wenn ich daher Jemandem für eine bloß mögliche, künftige Schuld, die noch gar nicht, auch nicht einmal bedingt existirt, und in einem Verhältnisse, in welchem ich noch in keiner Weise gebunden bin, ein Pfand bestelle für den Fall, daß ich später einmal die Schuld kontrahiren würde: so kann, wenn ich später die Schuld wirklich kontrahire, das eingeräumte Pfandrecht sich erst von der Zeit dieses Kontrahirens der Schuld an datiren, keineswegs aber schon von der Zeit des Abschlusses des Pfandvertrags; es kann also auch hier von Zurückbeziehen einer Bedingung nicht die Rede sein. Der Grund ist hier wieder derselbe; er liegt nicht darin, weil eine

solche Bedingung für den künftigen Schuldner potestativ ist, sondern darin, wei ein Pfandrecht nicht bestehen kann ohne eine Forderung, zur Zeit jenes Pfandvertrags aber noch gar keine Forderung, nicht einmal eine bedingte, existirte, und die später erst kontrahirte Forderung nicht rückwärts als schon zur Zeit des Pfandvertrags kontrahirt gelten kann. Dies allein sagen die l. 4 quae res pignori und die l. 11 pr. qui potiores und l. 1 § 1 eod.

c. Dagegen datirt sich ein Pfandrecht (vorausgesetzt, daß die unter a. angeführten Erfordernisse vorhanden sind) stets von der Zeit der Verpfändung an, wenn der Schuldner zu dieser Zeit in einem obligatorischen Verhältnis zum Gläubiger stand und für eine daraus entspringende besondere Verbindlichkeit ein Pfand bestellte, sollte auch erst später diese besondere Verbindlichkeit existent werden; wenn ich z. B. Jemandem die Verwaltung meiner Kasse anvertraue und er bestellt mir eine hypothekarische Kaution für die Verbindlichkeiten, die sich aus seiner Verwaltung ergeben würden, und einige Jahre darauf unterschlägt er Gelder aus der Kasse: so datirt sich mein Pfandrecht für die unterschlagene Summe vom Augenblicke der Ausstellung jener Kaution an, nicht erst von der Zeit der Unterschlagung (vgl. l. 9 pr. qui pot.); ferner, wenn ich Geld auf Zinsen auszuleihen suche und zu diesem Zwecke mit X. einen Vertrag dahin schließe, daß ich ihm ein Darlehn von 2000 M. zu 5 Procent gegen Hypothek geben wolle, und er sich zur Annahme des Darlehns verpflichtet und sofort mir am 2. December sein Haus verpfändet, und ich ihm dann das Darlehn am 30. December ausbezahle: so datirt sich die Hypothek schon vom 2. December an, weil schon von dieser Zeit an eine bindende Obligation für den Schuldner bestand. Daraus erklärt sich namentlich die Entscheidung in l. 9 pr. D. qui pot. — Hiernach trifft auch Das, was Windscheid im Archiv für civil. Praxis Bd. 35 S. 58 gegen die Ausführung in Meinem Württemb. Privatrecht II S. 702, 705 sagte, dieselbe nicht; denn im Falle der l. 9 pr. qui pot. stand zur Zeit der Pfandbestellung der Verpfänder wirklich schon in einer ihn bindenden Miethobligation, und darauf, auf die Gebundenheit des Verpfänders, stützt die Stelle die Zurückbeziehung verb. quoniam tamen ꝛc., s. nun auch Windscheid Pandekten § 225 Note 7 § 242 Note 6.

2. Nach dem Ausgeführten enthält keine der unter Nr. 1 angeführten Stellen den Satz, daß eine für den Schuldner potestative Bedingung nicht zurückzubeziehen sei, und so bleibt daher von den Stellen, auf welche die Vertheidiger desselben sich berufen, nur noch übrig die l. 9 § 1 qui pot Diese sagt allerdings, wenn einem Gläubiger für eine bedingte Forderung ein Pfandrecht bestellt werde und die Bedingung später eintrete: so datire sich das Pfandrecht rückwärts von dem Tage seiner Bestellung an, si modo non ea conditio sit, quae invito debitore impleri non possit. Auf den ersten Augenblick scheint also wirklich diese Stelle zu sagen, daß eine für den Schuldner potestative Bedingung nicht zurückbezogen werden dürfe, bei einer solchen datire sich das Pfandrecht erst von dem Eintritt der Bedingung an. Allein bei genauerer Erwägung ist es unmöglich, diese Stelle so auszulegen. Sie spricht von einer Bedingung, quae invito debitore impleri non potest. Nimmt man dies wörtlich: so geht es ja viel weiter, als die Vertheidiger des angeführten Satzes selbst annehmen; denn nicht nur die für den Schuldner potestativen Bedingungen, sondern auch solche, die für ihn den Charakter einer gemischten haben, wie z. B. die Bedingung, wenn er die Titia heirathe oder wenn er ein Amt bekomme, sind ja ebenfalls Bedingungen, quae invito debitore impleri non possunt; daß aber auf solche Bedingungen die Stelle nicht zu beziehen sei, wird allgemein zugegeben. Man muß also jedenfalls jene Worte einschränkend interpretiren, also sie auf eine der drei möglichen Bedeutungen, welche jene Worte haben können (§ 75 Beilage II Nr. 3) beschränken. Hier läßt sich nun gar kein besonderer Grund dafür anführen, sie auf Bedingungen zu beziehen, die für den Schuldner potestativ sind; auch steht Diesem der ganz allgemeine Ausspruch in l. 11 § 1 eod. entgegen; aber der ganze Zusammenhang spricht dafür, sie auf den Fall zu beschränken, wenn die

Frage, ob die Obligation überhaupt kontrahirt werden soll, lediglich und direkt in die Willkür des Verpfänders gestellt war, also auf den vorhin unter 1, b angeführten Fall; denn die Stelle spricht zuerst (l. 9 pr.) von dem Falle einer festen unbedingten Obligation, von einem Miethvertrag, bei welchem der Miether für den künftig zu zahlenden Miethpreis ein Pfand bestellte, also zwar zu einer Zeit, quo nondum quidquam pro conductione debebatur, aber doch der Miether gebunden war und nicht willkürlich den Eintritt der Schuld abwenden konnte (Nr. 1, c), und nun geht sie (l. 9 § 1) über auf die eigentlich bedingte Schuld und bemerkt, daß auch hier die Bedingung zurückbezogen werde, nur müsse (und so bekommt durch diesen Gegensatz die Stelle erst ihren rechten Sinn) der Schuldner wenigstens bedingt gebunden, also die Frage, ob er überhaupt Schuldner werden wolle, nicht lediglich in seine Willkür gestellt sein (Nr. 1, b). S. Mein Württemb. Privatrecht II § 94 Note 19.

Beilage IV. Rückwirkung in Betreff der Früchte. Es ist eine sehr bestrittene Frage, ob, wenn Jemand eine Sache unter einer Suspensivbedingung schuldet und später die Bedingung eintritt, das Zurückbeziehen der Bedingung die Bedeutung habe, daß er nun auch die nach Kontrahirung der bedingten Schuld bis zu Eintritt der Bedingung aus der Sache gezogenen Früchte herausgeben müsse; z. B. wenn A. sein Landgut dem B. für den Fall, daß dieser die C. heirathen würde, verspricht, und nach zwei Jahren die Ehe zu Stande kommt, ob nun der A. nicht bloß das Gut, sondern auch die Früchte, die er in diesen zwei Jahren aus demselben zog, dem B. erstatten müsse. Die Meisten bejahen diese Frage, wodurch sie freilich auf ein Resultat kommen, das ganz unnatürlich und gegen den Sinn der Partieen sein würde. Mit Recht aber erklärt sich mit Anderen Vangerow Pandekten in der 6. Ausgabe I § 95 S. 165 gegen diese Ansicht; nur waren seine Gründe nicht beweisend und übergingen das eigentlich entscheidende Moment (s. Mein Württemb. Privatrecht II S. 708 ff. und nun auch Vangerow 7. Ausgabe § 95 S. 143, 144). Die Vertheidiger jener Ansicht berufen sich darauf, daß sie eine konsequente Folge aus dem Zurückbeziehen der Bedingung sei und daß beim Eintritt einer Resolutivbedingung das Gleiche gelte. Allein das bei den Resolutivbedingungen Geltende kann bei dieser Frage kein Argument für die Suspensivbedingungen bilden, da jene den Zweck haben, das pure geschlossene Geschäft mit seinen Wirkungen rückwärts zu vernichten. Eine solche für den Verkehr allerdings sehr mißliche Folge können wir auf die Suspensivbedingungen nicht übertragen; auch führt bei diesen das Zurückbeziehen derselben keineswegs auf die Konsequenz, daß auch die Früchte der Zwischenzeit herauszugeben seien. Vermöge des Zurückbeziehens der eingetretenen Suspensivbedingung nämlich wird bloß angenommen, daß das den Rechtserwerb bedingende Moment schon zur Zeit des Abschlusses des bedingten Geschäftes sich verwirklicht habe, der Rechtserwerb sich also von da an datire (dies cessit, so fern nicht noch andere Hindernisse ihm entgegenstanden, Beilage II); natürlich aber kann sich diese Fiktion nicht beziehen auf die Fälligkeit der Schuld (auf das Zahlenmüssen, auf das venire des dies). Dieses Fälligwerden ist etwas Faktisches, das sich nicht zurückdatiren läßt, und es wäre widersinnig, wenn man einen Schuldner, der während des Schwebens der Bedingung gar nicht zu zahlen verbunden war und gar nicht belangt werden konnte, hinterher so behandeln wollte, als ob er doch schon vor dieser Zeit hätte zahlen sollen und belangt werden können. In jeder Suspensivbedingung liegt in so fern zugleich ein dies, welcher nicht zurückbezogen werden kann. Die Fälligkeit der Schuld kann sich daher nur datiren vom Eintritt der Bedingung an; vgl. auch D. de V. S. l. 213 pr. Hieraus folgt, daß die Verjährung des Anspruchs des Berechtigten erst vom Eintritt der Bedingung an laufen kann (C. de praescr. 30 ann. 7, 39 cst. 7 § 4), und ebenso ergiebt sich hieraus ganz konsequent, daß die Früchte der Zwischenzeit (die quantitas, quae medio tempore colligitur) nicht herausgegeben sind, wenn nicht das Gegentheil verabredet wurde, D. de R. C. 12, 1 l. 40 a. E., de

V. O. 45, 1 l. 64, 126 pr., Stellen, welche von Manchen für die Verbindlichkeit zur Herausgabe der Früchte unbegreiflicher Weise angeführt werden, während sie doch nur für den Fall eine solche Verbindlichkeit aussprechen, wenn die Partieen ausdrücklich verabredeten, daß die Früchte auch mit herausgegeben werden sollen. Der Schuldner braucht sogar in der Regel nicht einmal die später, nach Eintritt der Bedingung, aber ehe die Sache ihm abgefordert wurde, gezogenen Früchte herauszugeben. Denn mit dem Eintritt der Bedingung wird nun allerdings seine Schuld fällig, d. h. der Gläubiger kann nun von ihm Zahlung fordern (dies venit); allein damit ist der Schuldner noch nicht im Verzuge (in welchen er erst durch fruchtlose Anforderung kommen würde); bei einer fälligen Schuld aber hat der Schuldner von der geschuldeten Sache in der Regel bloß die Früchte herauszugeben, welche er, falls es zur Klage auf Herausgabe der Sache kam, von der Ladung an, oder, wenn er schon früher mit der Herausgabe im Verzug war, von der Zeit dieses Verzuges an zog. — Nur ausnahmsweise giebt es einige Fälle, in welchen schon die von dem Eintritt der Bedingung an gezogenen Früchte geleistet werden müssen; dieses ist namentlich beim Kaufe der Fall (Arndts § 302 Note c, d), und so muß daher der Verkäufer, wenn er die Sache unter einer Suspensivbedingung verkauft hatte, die Früchte, welche er vom Tage des Eintritts der Bedingung an zog, mit der Sache herausgeben, keineswegs aber auch die, welche er vor dem Eintritt der Bedingung zog, eben weil in Hinsicht auf das Zahlenmüssen der Eintritt der Bedingung nicht rückwirken kann; D. de A. E. V. 19, 1 l. 13 § 10 C. e. t. 4, 49 cst. 13, 16.

Die Zeitbestimmung, dies.

§ 79.

(Arndts § 73.)

Die eigentliche Zeitbestimmung (Befristung, Betagung, Termin, dies), im Gegensatz zur Bedingung ist, wenn bei einem Rechtsgeschäft Etwas vom Eintritt einer Zeit, welche gewiß eintreten wird (vergl. Nr. II) abhängig gemacht wird. Dies kann geschehen entweder so, daß mit dem Eintritt einer Zeit Etwas beginnen (eintreten, geschehen) soll (dies a quo[1]); oder so, daß mit dem Eintritt der Zeit Etwas sich endigen, aufhören soll (dies ad quem[2]).

In einem weiteren Sinne aber heißt dies, Zeitbestimmung, wenn von irgend einer Zeit, mag ihr Eintritt gewiß oder ungewiß sein, Etwas abhängig gemacht wird. In diesem weiteren Sinne zerfällt der dies, wie auch unsere Quellen sagen, in den dies certus (gewisse Zeit) und incertus (ungewisse Zeit). Diese letzteren Ausdrücke

[1] Oder: ex quo; oder wie die Quellen sagen: a die oder in diem (I. de V. O. 3, 15 § 2; D. de V. S. 50, 16 l. 213; de condit. instit. 28, 7 l. 22; de O. et A. 44, 7 l. 44 § 1; de her. inst. 28, 5 l. 9 § 17—19.), Anfangstermin; z. B. ich miethe ein Haus vom künftigen 1. März an; ich verspreche dem N., ihm am nächsten 1. März ein Darlehn zu geben.

[2] Endtermin, „ad diem, usque in diem" (D. de V. O. 45, 1 l. 56 § 4). Vgl. Arndts l. c. Anm. 2, z. B. ich miethe ein Haus (von jetzt ab) bis zum nächsten 1. März; ich gebe Jemandem ein Darlehn auf 2 Jahre.

scheinen aber mehrdeutig zu sein; denn an sich kann man folgende Möglichkeiten unterscheiden: ein dies im weiteren Sinne kann sein dies certus an, d. h. wenn gewiß ist, daß er eintreten werde, oder ein sog. dies incertus an, wenn es ungewiß ist, ob er eintreten werde; ferner ein sog. dies certus quando, wenn sich die Zeit berechnen läßt, in welcher er eintreten würde oder ein sog. dies incertus quando, wenn dies nicht der Fall ist. Allein unsere Quellen sprechen bloß schlechtweg von dies certus und incertus und auch wir reden von gewisser und ungewisser Zeit und hier fragt es sich, worauf das certus und incertus zu beziehen ist, ob auf das an oder auch auf das quando und diese Frage ist nach unseren Quellen und auch nach unserem Sprachgebrauch dahin zu beantworten:

a. dies certus, gewisse Zeit oder dies, Zeitbestimmung im engern und eigentlichen Sinn, ist die Zeit, bei welcher das an gewiß ist, mag das quando sich berechnen lassen oder nicht, so daß also der dies certus begreift

α. den dies certus an et quando, z. B. wenn er lediglich durch einen Kalendertag ausgedrückt wird, z. B. ich Jemandem ein Geschenk auf den 1. März künftigen Jahres verspreche, oder ein Darlehn zu geben von jetzt an bis 1. December künftigen Jahres; ferner

β. den dies certus an, incertus quando z. B. wenn ich Jemandem 100 M. verspreche, wenn N. stirbt (weil das an hier gewiß ist, wenngleich das quando ungewiß ist).

b. dies incertus dagegen, ungewisse Zeit, ist die Zeit, bei welcher das an ungewiß ist, mag nun das quando ungewiß sein oder nicht. Dies incertus begreift also

α. den dies incertus an et quando, z. B. an dem Tage, an dem Du einen Sohn bekommst;

β. den dies incertus an, certus quando, d. h. bei welchem das quando, falls die ungewisse Zeit ja eintreten sollte, sich voraus berechnen lassen würde, z. B. wenn ich einem 40-Jährigen Etwas verspreche auf den Tag, an welchem er seinen 70. Geburtstag erleben würde.

Es hängt hiernach der Begriff des dies certus oder incertus gar nicht von dem quando ab, sondern lediglich von dem an und dies ist sehr natürlich; denn die Hauptfrage bei einem Rechtsverhältnis ist stets, ob man durch dasselbe ein Recht wirklich erworben hat; diese

Frage aber hängt, wenn ein dies (in Beziehung auf das Recht) beigefügt ist, nur davon ab, ob das an gewiß oder ungewiß ist (nicht davon, ob das quando gewiß oder ungewiß ist). Wenn man nämlich ein Recht oder ein Rechtsverhältnis abhängig macht von einer Zeit, von welcher das an ungewiß ist, also ob sie sich je verwirklichen werde: so wird eben damit die ganze Existenz des zugesagten Rechts und der Bestand des Rechtsverhältnisses von einem künftigen ungewissen Umstande, also von einer Bedingung abhängig gemacht und so muß daher der dies incertus an in der Regel ganz wie eine Bedingung wirken. Macht man es dagegen abhängig von einer Zeit, die ganz gewiß sich ereignen wird, bei welcher also das an gewiß ist: so konnte man nicht beabsichtigen, das Recht und Rechtsverhältnis selbst ins Ungewisse zu setzen, da ja eine solche Zeit ganz gewiß eintritt. Man mußte also hier mit der Zeitbestimmung etwas Anderes beabsichtigt haben und dies kann nur sein, daß man das Recht unbedingt zusagen, das Geschäft unbedingt schließen und nur die Realisirbarkeit des Rechts oder die Dauer des Verhältnisses vom Eintritt der Zeit abhängig machen wollte[3].

Hiernach ergeben sich die Grundsätze über den dies einfach dahin:

I. Wird ein Recht oder Rechtsverhältnis von einem dies incertus (d. h. also incertus an) abhängig gemacht, so ist dies eine wahre Bedingung, ausgedrückt in der Form eines dies[4]. Es wirkt daher der dies incertus ex quo ganz wie eine Suspensivbedingung[5]; der dies incertus ad quem wirkt wie eine Resolutivbedingung[6]. Deßhalb spricht man in solchen Fällen nicht von dies oder Zeitbestimmung im eigentlichen Sinn, sondern von einer Bedingung[7].

[3] Es ist ganz wie bei einer conditio necessaria (s. § 75 Beilage I B). Es hängt also von der Gewißheit oder Ungewißheit des an die Frage, welche die Hauptfrage bei jedem Recht bildet, ab, nämlich die Frage, ob das Recht ein wirklich erworbenes sei oder ob seine Existenz und Erwerbung noch ganz ins Ungewisse gesetzt sein soll.

[4] Und verbunden mit einer Bestimmung der Zahlungszeit.

[5] Z. B. es ist im Wesentlichen das Gleiche, ob ich sage, ich verspreche Dir 1000 M. an dem Tage zu zahlen, an dem Du ein Amt (oder ein Kind ꝛc.) bekommst, oder ob ich sie ihm verspreche, „wenn" er es bekommt.

[6] Z. B. wenn ich sage, „ich schenke Dir mein Haus, an dem Tage aber, an dem meine Tochter heirathet, soll es wieder an mich zurückfallen", so treten ganz die Grundsätze der Resolutivbedingung ein.

[7] S. Arndts l. c. Note d und die Stellen der Anm. 4 und 5. — Eine Ausnahme, in welcher der dies incertus ad quem nicht die Wirkungen der Resolutivbedingung, sondern bloß die eines Endtermines (Nr. II) hat, machen die § 78 Lit. B Nr. III 2 angeführten Fälle.

II. Der dies certus dagegen (d. h. der certus an) setzt, wenn er als dies ex quo beigefügt ist, die Wirksamkeit des Geschäfts und die Erwerbung eines Rechts aus demselben, oder wenn er als dies ad quem beigefügt ist, die Wiederaufhebung des Geschäfts gar nicht ins Ungewisse, da er ja ganz gewiß eintreten wird. Seine Beifügung kann nur den Zweck haben, beim certus ex quo die Zeit der Erfüllung des Geschäfts, also die Zahlungszeit, zu bestimmen; beim dies certus ad quem die Zeit, zu welcher die Dauer des Verhältnisses ein Ende haben soll. Eine solche Bestimmung heißt dies, Zeitbestimmung im eigentlichen Sinne (im Gegensatz zur Bedingung) oder Befristung (Termin). Wir nennen das Geschäft ein betagtes im Gegensatz zum bedingten. Ist daher dem Rechtsgeschäft beigefügt

1) ein dies certus ex quo (sog. Anfangstermin), z. B. ich verspreche Dir 1000 M. auf den 1. Juli oder mein Haus auf den Todestag des N. (incertus quando), so heißt dies so viel: das Geschäft ist unbedingt abgeschlossen, ein Recht auf das Zugesagte wird sofort erworben (statim debetur — dies cessit); aber Erfüllung des Zugesagten kann erst verlangt werden, wenn der dies eingetreten ist (dies venit[8]).

Wird ein dingliches Recht ex die certo zugesagt, so erwirbt man zwar durch das Geschäft sofort ein festes Recht auf Erwerb des Rechts, aber das dingliche Recht selbst wird erst erworben mit dem Eintritt des dies, und das dingliche Recht des Eigenthums erst, wenn zu dieser Zeit die Sache tradirt ist oder wird[9].

2) Wird einem Geschäft ein dies certus ad quem (ein Endtermin) beigefügt, z. B. ich gebe Jemandem ein Darlehn auf 6 Jahre oder ich übertrage auf Jemanden das Eigenthum meiner Sache durch traditio, aber nur bis zu seinem Todestag, so ist das Recht auf Endigung des Geschehenen und Zurückgabe des Geleisteten gar nicht ins Ungewisse gesetzt, sondern sofort ein festes und unbedingtes. Der Em-

[8] Die Römer sagen hier, es sei praesens obligatio (d. h. sofort eine Forderung erworben), sed in diem dilata solutio (d. h. Zahlung kann erst mit Eintritt des dies verlangt werden). I. de V. O. 3, 15 § 2; D. e. t. l. 45, l. 46 pr.

[9] Der betagt Berechtigte kann erst nach Eintritt des dies sein Recht auf Übertragung des Eigenthums geltend machen. Wenn der Eigenthümer, welcher ex die Eigenthum versprach, in der Zwischenzeit die Sache veräußerte: so kann er, wenn dies venit, nicht mehr Eigenthum übertragen (sollte er auch die Sache inzwischen wieder in Besitz bekommen haben), weil er nicht mehr Eigenthümer ist. Ebenso werden, wenn er ex die certo Servituten oder Pfandrechte an seiner Sache bestellt und in der Zwischenzeit aufhört, Eigenthümer zu sein, sich die Servituten oder Pfandrechte nicht verwirklichen können, wenn später dies venit.

pfänger ist jedenfalls, da ja der dies ganz gewiß eintritt, obligirt, das Empfangene seiner Zeit zurückzugeben. Seine Obligation auf Zurückgabe wird aber erst fällig, wenn der dies eingetreten ist. Zu beachten ist aber, daß bei einem solchen dies certus das Recht Dessen, der ad diem empfing, wenn der dies gekommen ist, nicht rückwärts ex tunc wieder aufgelöst wird, wie bei der Resolutivbedingung, sondern bloß ex nunc [10].

3) Wenn Derjenige, welcher ex die certo zu leisten hat, irrig glaubt, der dies sei schon eingetreten und er zahlt in diesem Irrthum vor Eintritt des dies, so kann er es nicht zurückfordern; denn er hatte keine Nichtschuld, sondern eine wahre Schuld bezahlt, weil das ex die certo Geschuldete unbedingt geschuldet wird [11].

4) Zu beachten ist noch, daß bei Erbeinsetzungen und Vermächtnissen, wenn ihnen ein dies beigefügt wurde, zum Theil Anderes gilt, als das eben Ausgeführte [12].

Der Modus und die Voraussetzung.

§ 80.

(Arndts § 74.)

Im weiteren und eigentlichen Sinne bedeutet modus jede Modalität, welche die Parteien einem Rechtsgeschäft beifügen; in diesem Sinn sind auch conditio und dies ein modus [1]. Im eigentlichen technischen Sinne aber bedeutet modus (oder wie man es gewöhnlich, aber schlecht, übersetzt: Zweckbestimmung) eine Auflage, die man bei einem Geschäft, durch welches man Jemandem eine Liberalität erweisen will, diesem macht, also bei einer Schenkung, einer Erbeseinsetzung, einem Vermächtnis [2]. Diese Beschränkung des Begriffs von

[10] Es kommen hier ganz die Grundsätze in Anwendung, welche in § 69 unter Lit. C. Nr. II 1 entwickelt wurden; vgl. die Stellen bei Arndts l. c. Note k. und oben § 68 Beilage II, Nr. II.

[11] D. de condict. indeb. 12, 6 l. 10, l. 17.

[12] Namentlich wird bei diesen in manchen Fällen ein dies, der gewiß eintreten wird, der also certus ist, dann als incertus, also als wahre Bedingung behandelt, wenn es noch ungewiß ist, ob der Honorirte ihn erleben werde. Das Nähere über diese Besonderheiten aber gehört ins Erbrecht.

[1] D. de O. et A. 44, 7 l. 44 § 3.

[2] Z. B. wenn ich meinem Neffen mein Haus schenke mit der Auflage, daß er seiner Schwester eine jährliche Rente giebt; oder wenn ich dem N. eine Summe vermache mit der Auflage, mir ein anständiges Monument auf mein Grab zu setzen ꝛc., s. die Stellen bei Arndts l. c. Note b. und c.

modus erklärt sich durch Folgendes. Bei entgeltlichen Geschäften (§ 73 Nr. 2) kann eine solche Auflage nicht als etwas Besonderes, das unter eigenthümlichen Rechtsgrundsätzen stehen würde, unterschieden und behandelt werden[3]. Eine besondere Natur haben solche Auflagen nur, wenn das Geschäft ein solches ist, das für den Theil, welchem die Auflage gemacht wird, lukrativ sein soll, sie also einer Schenkung oder einer letztwilligen Verfügung beigefügt werden[4]. Bei den Schenkungen gehen die Grundsätze, welche bei dem modus eintreten, einfach dahin:

1) Der Modus ist wesentlich verschieden von den Bedingungen; er ist eine Auflage, schiebt also Nichts ins Ungewisse; das Geschäft ist pure eingegangen und sofort zu vollziehen[5].

2) Der Schenker hat aber das Recht, zu verlangen, daß der Beschenkte, wenn dieser das Geschenk sub modo annimmt, die Auflage erfülle[6].

3) Wenn der Empfänger den Modus nicht erfüllt, so hat der Schenker die Wahl, ob er auf Erfüllung klagen, oder ob er die Schenkung widerrufen will. Wählt er das Letztere, so wird das Geschenk wieder aufgelöst und der Beschenkte muß das Empfangene wieder zurückgeben. Aber das Eigenthum einer geschenkten Sache fällt hier nicht von selbst an den Schenker zurück, sondern er hat bloß gegen den Beschenkten und dessen Erben eine persönliche Klage (eine condictio causa data causa non secuta) auf Zurückgabe des Gegebenen, oder (so weit sie es durch ihre Schuld nicht mehr haben, oder es verschlechterten) auf Ersatz[7].

4) Häufig kommt es vor, daß ein Schenker bei einem Geschenk

---

[3] Denn macht bei einem solchen, z. B. einem Kauf, einer Miethe, die eine Partei der andern noch eine Nebenauflage und diese willigt ein: so bildet die Nebenauflage nichts Anderes, als eben einen Theil ihrer schuldigen Gegenleistung und steht unter den bei dieser Gegenleistung geltenden Grundsätzen; s. Meine Abhandlung Doctrina de condictione causa data ꝛc. Seite 89 f.; Savigny Syst. III § 128.

[4] Die Grundsätze aber, welche über den modus bei letztwilligen Verfügungen (wohin auch der von Arndts l. c. bei Note k. angeführte Fall gehört) gelten, sind im Erbrecht zu entwickeln.

[5] Vgl. Arndts l. c. Note d, l und Anm. 4.

[6] Er kann darauf klagen mit einer actio praescriptis verbis (Arndts l. c. Note e—i und § 83 Note f—k).

[7] Cod. de condict. ob caus. dat. 4, 6, cst. 2, cst. 6, cst. 8; de rev. don. 8, 56 cst. 10. — Nur in einem Falle (wenn der Modus dahin ging, daß der Beschenkte den Schenker alimentiren solle, vgl. Arndts § 83 Note m.) fällt bei Nichterfüllung des Modus das Eigenthum der geschenkten Sache (species) von selbst an den Schenker zurück, in der oben § 68 Beilage II Nr. III bemerkten Weise.

bloß scheinbar eine Auflage über Verwendung des Geschenks macht, d. h. er damit das Geschenk bloß koloriren will, ihm aber in keiner Weise daran liegt, daß die Auflage erfüllt werde[8]. In solchen Fällen braucht natürlich der Empfänger den Modus nicht zu erfüllen.

Von der Bedingung und von dem Modus ist noch wesentlich verschieden Das, was man am Geeignetsten mit Voraussetzung bezeichnet, nämlich wenn von dem Bestand gewisser Umstände oder von der Erreichung eines gewissen Zweckes der Bestand (die Fortdauer) eines Rechtsverhältnisses, sei es durch die Parteien oder durch eine gesetzliche Bestimmung, in der Art abhängig gemacht wird, daß eine Partei bei Änderung jener Umstände oder der Nichterreichung jenes Zweckes das Rechtsverhältnis wieder aufheben kann (s. § 84 Beilage III Nr. III 2). Eine solche Voraussetzung ist darin von der Bedingung verschieden und mit dem Modus übereinstimmend, daß sie das Rechtsverhältnis und seine Wirksamkeit und den Rechtserwerb nicht ins Ungewisse setzt; das Geschäft ist bei ihr unbedingt geschlossen und zu vollziehen. Nur kann es von einer der Parteien angefochten und wieder aufgehoben werden, wenn die Voraussetzung nicht eintritt. Sie ist aber darin vom Modus verschieden, daß sie nicht in einer Auflage besteht, nicht eine Verpflichtung zur Erfüllung der Voraussetzung begründet[9].

Auslegung der Rechtsgeschäfte.

§ 81.

(Arndts § 75.)

Als Inhalt eines Rechtsgeschäfts gilt Dasjenige, was die Partieen wirklich wollten und in dem Geschäft als ihren Willen aussprachen, so fern sie dabei nicht gegen die bestehenden Gesetze sich verfehlten. Nicht selten ist es aber der Fall, daß sie diesen Willen ungenau und zweideutig aussprechen und daher die Frage entsteht, wie der Sinn, den sie wirklich in dem Geschäfte aussprechen wollten, zu ermitteln und nach welchen Grundsätzen in einem solchen Falle bei Zweifeln zu verfahren sei. Die Aufgabe ist hier eine ähnliche, wie bei der Auslegung eines Gesetzes. Man hat ein Rechtsgeschäft zunächst grammatisch auszulegen, darf aber hierbei nicht stehen bleiben, sondern muß noch aus anderen Mitteln, so weit solche im konkreten Falle zu Gebote stehen, wie z. B. aus den Erklärungen der Partieen beim Abschlusse des Geschäfts, aus anderen

[8] Z. B. wenn ich dem Beschenkten sage, er solle sich mit dem Geschenk Etwas kaufen ꝛc. — Die Älteren nannten in solchen Fällen unpassend die Auflage einen modus simplex.

[9] Vgl. auch Windscheid, Lehre von der Voraussetzung 1850 und Pand. § 97 f. § 423 Nr. 3. Nur nimmt Windscheid die Voraussetzung in einem zu weiten, auch den Modus umfassenden Sinn.

Bestimmungen, die im Geschäft enthalten sind, aus dem ganzen Zusammenhange, dem Zweck des Geschäfts u. dergl. festzustellen suchen, ob der durch die Worte ausgedrückte Sinn wirklich der sei, den die Partieen mit dem Geschäfte verbanden, oder ob und wie weit sie etwas Anderes mit ihren Worten ausdrücken wollten. In dieser Hinsicht, und wenn die Partieen mehrdeutiger Ausdrücke sich bedienten, ist Folgendes besonders zu beachten:

I. Beim einseitigen Rechtsgeschäft hat bloß eine Partie den Inhalt des Geschäfts zu bestimmen; dasselbe ist daher ganz im Sinne seines Errichters, z. B. ein Testament im Sinne des Testirers auszulegen, und ebenso ist auch sonst bei Auslegung einseitiger Handlungen zu verfahren, z. B. eine Klage im Sinne des Klägers, eine Einredeschrift im Sinne des Beklagten auszulegen D. de R. I. 50, 17 l. 96 l. 172 § 1, de legat. I 30 l. 50 § 3, de legat. III 32 l. 69 pr.; de iudic. 5, 1 l. 66, de reb. dub. 34, 5 l. 24. Nur gilt auch hier bei zweifelhaftem Sinn das unten Lit. B. Nr. 1—3 und 7 Gesagte. Übrigens kann auch der Errichter eines einseitigen Rechtsgeschäfts von zweifelhaften Stellen nachher selbst eine Auslegung geben, z. B. der Erblasser in einem Kodicille erklären, in welchem Sinne eine dunkle oder zweideutige Stelle seines Testaments zu nehmen sei (authentische Auslegung des Rechtsgeschäfts); nur darf er nicht einen Sinn hineininterpretiren, der gar nicht in den Worten liegen konnte und aus der interpretirten Disposition gar nicht zu entnehmen ist; denn Dieses würde eine ganz neue, für sich zu beurtheilende Disposition sein; D. qui test. fac. 28, 1 l. 21 § 1 D. de reb. dub. l. 3.

II. Als Inhalt eines Vertrags (des zweiseitigen Rechtsgeschäfts) kann nur Dasjenige gelten, worüber die vertragschließenden Partieen wirklich mit einander einig wurden; D. de pact. 2, 14 l. 1 § 2. Man muß daher unterscheiden (gerade wie bei der Auslegung der Gesetze):

A. Sind die Worte, deren sich die Partieen beim Vertrage bedienten, klar und unzweideutig: so sind sie im Zweifel maßgebend und bestimmen den Inhalt des Verabredeten. Was daher etwa die eine Partie bloß für sich dachte oder meinte, ist, wenn es nicht in den Vertrag aufgenommen wurde und somit die andere Partie nicht zustimmte, nicht Inhalt des Vertrags D. de V. O. 45, 1 l. 99 pr. a. E. l. 110 § 1 a. E.; wenn ferner die eine Partie unter den klaren Worten mehr oder weniger verstand, als sie wirklich besagen: so ist dies nicht zu beachten, außer sie würde beweisen können, daß auch die andere Partie bei Abschluß des Geschäfts die Worte in diesem abweichenden Sinne genommen habe; im letztern Falle ist dann allerdings dieser von den Worten abweichende Sinn als Inhalt des Vertrags zu behandeln D. de V. S. 50, 16 l. 219. Denn wie die Partieen ihren Sinn aussprechen ist gleichgültig, wenn nur erwiesen wird, daß mit Dem, was sie aussprachen, sie diesen bestimmten Sinn aussprechen wollten und in demselben übereinkamen; nur wenn ein abweichender Sinn, als von beiden Partieen getheilt, nicht nachgewiesen werden kann, entscheiden lediglich die gebrauchten Worte; s. auch D. de legat. III 32 l. 25 § 1 vgl. mit l. 69 pr. eod.

B. Sind die gebrauchten Worte mehrdeutig oder dunkel und geben die Hilfsmittel der logischen Interpretation, z. B. der Zusammenhang der über den Vertrag aufgesetzten Urkunde, ihre Einleitung u. s. w. kein bestimmtes Resultat über den Sinn, in welchem die Partieen die Worte nahmen: so müssen bei solchen Zweifeln folgende Regeln entscheiden:

1. Wenn die Worte zu verschiedenen Zeiten verschiedene Bedeutung hatten, namentlich wenn die Partieen juristische Ausdrücke gebrauchten, deren Bedeutung durch spätere Gesetzgebung geändert wurde: so sind sie im Zweifel in dem Sinne zu nehmen, den sie zur Zeit der Errichtung des Geschäfts hatten; vergl. auch Linde Gießener Zeitschr. f. Civilr. 2c. V. S. 153 ff.

2. Werden die gebrauchten Worte in verschiedenen Gegenden in verschiedenem Sinne genommen: so muß man sie im Zweifel in dem Sinne nehmen, welcher an dem Orte, an welchem die Partieen ihre Erklärung gaben, mit den Worten gewöhnlich verbunden wird; D. d. R. I. 50, 17 l. 34, de evict. 21, 2

l. 6. Wenn daher ein Vertrag unter Abwesenden geschlossen wurde: so sind die Worte, welcher jede Partie sich bediente, im Zweifel in dem Sinne zu nehmen, der an dem Orte, von wo aus die betreffende Partie ihre Erklärung gab, der gebräuchliche war; Meine Ausführungen im Archiv für civilistische Praxis XIX S. 114—125, welcher die späteren Schriftsteller, von denen diese Frage berührt wird, durchaus beitraten, z. B. Sintenis Civilrecht § 98 a. E., Puchta Pandekten § 66, Savigny Syst. VIII S. 265, 266.

3. Führen die angegebenen Regeln zu keinem bestimmten Resultate: so ist der Sinn vorzuziehen, welcher dem Zwecke und der Natur des Geschäfts am meisten entspricht und bei dem das Geschäft am ehesten in allen seinen Beziehungen aufrecht erhalten wird; namentlich ist, wenn nach der einen möglichen Auslegung das Geschäft gar keine Bedeutung hätte, nach der anderen aber es eine vernünftige Bedeutung erhält, im Zweifel der letztere Sinn anzunehmen; D. de R. I. l. 67, de reb. dub. 34, 5 l. 12, de V. O. l. 80, de usu 7, 8 l. 22 pr., locati 19, 2 l. 39, de don. int. vir. 24, 1. l. 32 § 4. Wenn es sich jedoch

4. von der größeren oder geringeren Ausdehnung einer übernommenen Last oder eines aufgegebenen Rechts handelt: so ist im Zweifel das Geringere anzunehmen; D. de R. I. l. 9 l. 34, de V. O. l. 99 pr. l. 109, de O. et A. 44, 7 l. 47.

5. Von Vielen wird behauptet, ein Vertrag sei im Zweifel gegen diejenige Partie auszulegen, die den Vertrag verfaßte oder welche die Propositionen zu dem Vertrage machte; es sei also der ihr nachtheilige Sinn als Sinn des Vertrages anzunehmen, weil sie clarius loqui debuisset; so selbst noch von Savigny Obligationsrecht II S. 193 f. Dies wäre aber ein sehr bedenklicher Grundsatz, der es für Jeden mißlich machen müßte, Anträge zu einem Vertrage zu machen oder die Last der Abfassung eines schriftlichen Vertrags zu übernehmen. In der That sprechen auch die Quellenstellen, welche man dafür anführt, keineswegs eine solche allgemeine Regel aus; vielmehr enthalten sie nur eine Folgerung aus der unter Nr. 4 angeführten Regel, nämlich folgenden Satz: wenn Jemand Etwas zu seinem Vortheil sich ausbedingt (wie bei römischen Stipulationen der Stipulator, oder z. B. ein Verkäufer oder Vermiether, wenn er dem Vertrage zu seinen Gunsten Nebenbestimmungen beifügt): so muß er, wenn er sich dabei zweideutig ausdrückte, im Zweifel die Auslegung gegen sich gelten lassen. Es ist also in einem solchen Falle der Sinn anzunehmen, der dem Schuldner der minder nachtheilige ist. D. de pact. 2, 14 l. 39, de reb. dub. l. 26, de V. O. l. 38 § 18 l. 99, d. C. E. 18, 1 l. 21 und de R. I. l. 172 pr. Sehr viel wird dabei

6. noch darüber gestritten, wie denn D. de C. E. l. 34 pr. l. 60 zu verstehen und mit den eben angeführten Stellen in Einklang zu bringen sei. Allein diese l. 34 und 60 stehen mit denselben in gar keinem Widerspruche, sondern sprechen nur folgenden natürlichen und mit der unter Nr. 4 gegebenen Regel übereinstimmenden Satz aus: Wenn Jemand von mehreren Gegenständen einen oder einige ohne nähere Bestimmung derselben verspricht: so kommt im Zweifel ihm (dem Schuldner) die Auswahl der zu leistenden Gegenstände zu, mag von ihm die betreffende Proposition ausgegangen oder verfaßt worden sein, oder nicht.

7. Von den unter Nr. 4—6 angeführten Regeln machen die sog. causae favorabiles, nämlich das Versprechen einer Ausstattung und letztwillige Zuwendungen (nach römischem Recht auch noch Rechtsgeschäfte zu Gunsten der Freiheit einer Person, die bei uns nicht mehr vorkommen können) eine Ausnahme; zweideutige oder zweifelhafte Ausdrücke sind nämlich stets zu Gunsten der auszustattenden Person (also z. B. im Zweifel für die höhere Ausstattung) und des letztwillig Bedachten auszulegen; D. de reg. iur. l. 85 pr. l. 179. X de sentent. 2, 27 cap. 26.

Protestation und Reservation.

§ 82.

(Arndts § 75 a. E.)

Gegen eine mögliche nachtheilige Auslegung eines Rechtsgeschäfts und gegen die Folgerung einer Zustimmung, die aus gewissen Handlungen oder Unterlassungen gezogen werden könnte, kann man sich unter Anderem schützen durch eine Protestation oder durch eine Reservation.

I. Verwahrung, sog. protestatio, ist eine einseitige Erklärung, durch welche man gegen nachtheilige Folgen, die eine eigene oder fremde Handlung oder irgend ein anderer Vorgang für uns haben könnte, sich schützen will. Eine solche Protestation ist

1) wenn sie gegen die rechtlichen Folgen einer eigenen Handlung oder Unterlassung gerichtet ist, unwirksam, so weit die rechtlichen Folgen unserer Handlungen nicht von unserer Willkür abhängen; es treten daher diese Folgen ein, mag man auch gegen ihren Eintritt protestirt haben. Allein in vielen Fällen hängen die rechtlichen Folgen unserer Handlungen von einer bestimmten Absicht ab, in der man handelte. In einem solchen Falle ist zwar eine Protestation gegen solche Folgen dann auch wirkungslos, wenn die Handlung der Art ist, daß in ihr ganz entschieden die Absicht ausgesprochen wird, gegen deren Vorhandensein man sich verwahrte (protestatio facto contraria); z. B. wenn Jemand einen Anderen mit Schimpfworten überhäuft, dabei aber erklärt, er habe gar nicht die Absicht, ihn zu beleidigen. Bei Rechtsgeschäften kann aber eine solche protestatio facto contraria nach Umständen auch zur völligen Ungültigkeit des Geschäfts führen, wenn nämlich Jemand seiner Willenserklärung sofort eine solche Verwahrung beifügt, durch welche geradezu das Gegentheil von jener Erklärung ausgesprochen und somit dieselbe wieder aufgehoben wird; z. B. wenn Jemand Etwas zu leisten verspricht mit dem Beifügen, daß er gegen jede Verbindlichkeit aus dem Versprechen protestire (was also bloß so viel heißen würde: dabo, si — volam). Wichtig und wirksam ist dagegen eine Protestation, wenn Jemand eine Handlung vornimmt, welche nach ihrer äußern Erscheinung oder nach dem Sinne, den im Zweifel die Gesetze ihr beilegen, eine bestimmte Absicht ausspricht, bei der es aber doch möglich ist, daß sie in einer anderen Absicht vorgenommen wurde; erklärt nun hier der Handelnde, ehe er handelt oder bei der Handlung, daß er nicht in jener Absicht, sondern in einer anderen die Handlung vornehme: so wendet er dadurch die Folgen ab, welche bei jener Absicht eintreten würden. Beispiele s. in D. de adquir. hered. 29, 2 l. 20 § 1, de relig. 11, 7 l. 14 § 7—9, quib. mod. pig. 20, 6 l. 4 § 1 C. de dot. prom. 5, 11 cst. 7.

2) Gegen Handlungen Dritter ist in der Regel eine Protestation nutzlos; denn sind sie befugt: so haben wir nicht das Recht, gegen sie zu protestiren, und sind sie unbefugt: so kann durch sie unser Recht nicht beeinträchtigt werden, wenn wir auch nicht dagegen protestiren. Allein auch hier können Fälle vorkommen, in welchen aus unserem Schweigen eine uns verpflichtende Zustimmung zu der Handlung des Dritten gefolgert werden könnte, oder in welchen aus dem Schweigen eine solche Zustimmung von dem Gesetze wirklich gefolgert wird oder sie nach der Lage der Sache nothwendig gefolgert werden müßte. In solchen Fällen ist eine Protestation gegen die Handlung oder gegen die Annahme unserer Zustimmung, wenn sie sofort, nachdem uns die Handlung bekannt wurde, ausgesprochen wird, von Wichtigkeit, indem durch sie im ersten Falle jeder Streit und Zweifel über unser Verhalten zur Handlung des Dritten entfernt, in den letzteren Fällen die Folgerung einer Zustimmung ausgeschlossen wird. Beispiele s. in D. ad SC. Maced. 14, 6 l. 16, mandati 17, 1 l. 6 § 2, de evict. 21, 2 l. 12, de fidei. et nom. 27, 7 l. 4 § 3. — Auch giebt es einige Fälle, in welchen eine protestirende Erklärung gegen die Handlung eines Dritten ganz besondere juristische

Wirkungen hat, nämlich die prohibitio in Beziehung auf das interdictum quod vi aut clam (Arndts § 329) und die novi operis nuntiatio (Arndts § 330).

3) Außerdem giebt es noch einige Fälle, in welchem zur Sicherung eines Rechts eine in gewisser Form einzulegende Protestation dient und nöthig ist, z. B. Arndts § 110 Nr. 2, b § 281 Note d.

II. Ein Fall der Protestation ist der Vorbehalt, sog. reservatio. Denn der Vorbehalt, d. h. die Erklärung, daß man durch eine Handlung, die man vornimmt oder vorzunehmen im Begriff ist, auf gewisse Rechte nicht verzichte, sie also sich vor- und zurückbehalten wolle oder daß man die Handlung nur mit gewissen Beschränkungen vornehme, ist nicht etwas von der Protestation wesentlich Verschiedenes, indem in einer solchen Erklärung stets eine Protestation liegt gegen den Verzicht auf das Recht, den man sonst aus der Handlung folgern könnte oder müßte, oder gegen die zu weit gehenden Folgerungen, die aus der Handlung gezogen werden könnten. Eine solche Erklärung ist natürlich nur dann nöthig, wenn in der Handlung ohne eine solche beigefügte Beschränkung wirklich ein Aufgeben des Rechts oder eine Zustimmung in die unbeschränkten Folgen der Handlung liegen würde (z. B. D. de serv. praed. urb. 8, 2 l. 30 pr. de C. E. 18, 1 l. 77); aber sie ist in einem solchen Falle natürlich nur dann wirksam, wenn sie nicht bloß eine gedachte (sog. reservatio mentalis) ist, sondern erweislichermaßen gemacht und zwar bei Verträgen vor Abschluß des Vertrags gegen die andere Partie ausgesprochen wurde und das vorbehaltene Recht ein solches ist, welches als besonderes Recht für sich bestehen kann.

Eingehung eines Rechtsgeschäfts durch einen Stellvertreter.

§ 83.

(Arndts §§ 76—78.)

In dieser Lehre herrscht in der Litteratur[1] noch viele Unklarheit und Unsicherheit.

In einem ganz weiten, uneigentlichen Sinn kann man Stellvertreter Jeden nennen, der Etwas an Stelle eines Andern oder für einen Andern (für den sog. Principal) thut. Dies kann aber im verschiedensten Sinn und mit der verschiedensten Wirkung geschehen, so daß dieser allgemeine Begriff juristisch ohne Werth ist. Es muß daher, wenn man von Abschluß eines Rechtsgeschäfts durch Stellvertreter spricht, vor Allem genau bestimmt werden, was hier unter einer wahren, unmittelbaren Stellvertretung verstanden werden müsse. Diese Bestimmung ergiebt sich aus dem Zweck, den eine wahre (unmittelbare) Stellvetretung hat.

[1] Über die Litteratur vgl. Arndts § 76 Anm. 4 und § 245 in der Anm. Vgl. auch Mein Württemb. Privatrecht II Seite 675 f. — Namentlich wird von Vielen Manches hereingemischt, was nicht hierher gehört, und der Begriff der Stellvertretung nicht gehörig bestimmt, sondern so verallgemeinert und verflüchtigt, daß er eigentlich unbrauchbar wird. — Es handelt sich darum, die Begriffe nach den praktischen Beziehungen scharf zu bestimmen. Dann ist leicht jede Verwirrung und Unsicherheit zu vermeiden.

Der Zweck einer wahren Stellvertretung ist, daß Das, was unser Vertreter für uns thut, so behandelt werden soll, als ob wir es selbst gethan hätten. Ein Rechtsgeschäft wirklich lediglich durch einen Stellvertreter schließen können, würde also so viel heißen: das für den Principal durch den Stellvertreter geschlossene Geschäft sei (in jeder Hinsicht) so aufzufassen, als ob der Principal selbst es geschlossen hätte und es lediglich das seinige wäre, daß also das durch den Stellvertreter aus dem Geschäft zu Erwerbende unmittelbar dem Principal zufalle, und die Verpflichtungen, welche der Stellvertreter Demjenigen zusagt, mit dem er das Geschäft schloß, unmittelbar und lediglich den Principal treffen, der Stellvertreter also nur als das vermittelnde Organ hierfür gelte und aus dem Geschäft weder erwerbe noch verpflichtet werde. Dieses allein würde eine wirkliche wahre oder unmittelbare Stellvertretung sein. Es fragt sich nun: ist eine solche wahre Stellvertretung juristisch zulässig? Hierbei kommen folgende Fälle in Betracht:

A. Der häufigste Fall der Stellvertretung ist, daß sie durch den Willen des Principals vermittelt wird, also durch einen Auftrag, den der Principal, der Mandant, Auftraggeber, dem Beauftragten, Bevollmächtigten, Prokurator oder sog. mandatarius dahin giebt, das Geschäft für ihn zu schließen (beauftragte Stellvertretung, gewöhnlich freiwillige[2] genannt). Natürlich ist es hierbei für die Grundsätze über Stellvertretung ganz gleichgültig, ob der Prokurator den Auftrag unentgeltlich übernahm, also zwischen ihm und dem Principal ein eigentliches Mandat besteht, oder ob ihm dafür Bezahlung versprochen ist, also ein entgeltlicher Dienstvertrag vorliegt.

Bei einem solchen Auftrage sollte an sich wahre Stellvertretung anerkannt werden; denn wenn ich Jemandem den Auftrag gebe, für mich ein Geschäft zu schließen (also für mich eine Willenserklärung zu machen oder eine Erwerbung zu vermitteln), so sollte Das, was er innerhalb meines Auftrags thut, ganz so wirken, als ob ich es selbst gethan hätte. Dies erkennt auch das deutsche Recht durchaus als Regel an, nicht aber das römische Recht. Man muß daher unterscheiden:

I. Römisches Recht.

1) Das römische Recht läßt in der Regel eine wahre, direkte

[2] Die Bezeichnung „freiwillig" ist zu allgemein; es giebt auch noch andere Fälle freiwilliger Stellvertretung, s. Lit. C.

Stellvertretung nicht zu. Es ging davon aus, Jeder solle seine Rechtsgeschäfte selbst schließen; man könne sie nicht durch einen Beauftragten in der Art für sich schließen lassen, daß sie so behandelt würden, als ob man selbst sie geschlossen hätte[3]. Dies war freilich für den Verkehr sehr lästig und störend. Denn wenn Jemand durch einen Beauftragten für sich ein Geschäft mit einem Dritten schließen lassen wollte: so konnte dies nach römischem Recht nicht direkt, sondern nur auf einem kümmerlichen Umwege geschehen. Es mußte nämlich in einem solchen Falle der procurator das Geschäft auf seinen eigenen Namen eingehen, sich das Zuzusagende von dem Dritten, mit welchem er es abschloß, versprechen lassen und diesen sich verpflichten, so daß also nur der procurator und der Dritte, mit dem er kontrahirte, aus dem Geschäft berechtigt und verpflichtet wurden und der Dritte sich nur an den procurator halten konnte. Der procurator war dann in Folge des übernommenen Auftrags dem Principal aus dem Mandate verpflichtet, Das, was er durch den Vertrag vom Dritten erworben hatte, dem Principal abzutreten, oder, wenn der Dritte dem procurator noch nicht gezahlt hatte, die Klage, die ihm gegen den Dritten zusteht, dem Principal zu cediren. Dagegen mußte der Principal ihn für die übernommenen Verbindlichkeiten und Auslagen entschädigen[4]. Erst durch das prätorische Edikt wurde den praktischen Bedürfnissen allmählich wenigstens einige Rechnung getragen; es gab dem Dritten, mit welchem der Stellvertreter als Stellvertreter seines Principals kontrahirt hatte (vergl. Nr. III), das Recht, auf Erfüllung des vom Stellvertreter ihm Zugesagten nicht bloß gegen den Stellvertreter, sondern auch geradezu gegen den Principal zu klagen, so daß er die Wahl hatte, ob er den Stellvertreter auf Erfüllung belangen oder sich an den Principal halten wollte. Im letzten Fall konnte er das gegen den Stellvertreter erworbene Recht gegen den Principal mit derselben Klage geltend machen, die er gegen den Stellvertreter hatte; es wurde dann dieser Klage, zur Bezeichnung, daß der Principal nicht der direkt Verpflichtete, sondern ein Stellvertreter der Kontrahent ist, die Klage aber in Folge der Gestattung des Edikts nun gegen den Principal gerichtet werde, ein

---

[3] S. Beilage I Nr. I und V.

[4] Der Principal kam also mit dem Dritten an sich in gar kein Rechtsverhältnis; er und der Dritte, mit welchem der Stellvertreter kontrahirt hatte, konnten sich nur an den Stellvertreter halten.

technischer Beisatz gegeben, je nach der Verschiedenheit des Verhältnisses der Beisatz exercitoria, institoria oder quasi institoria[5]. Dabei blieb es aber durchaus bei dem Grundsatze, daß der Beauftragte stets auf eigenen Namen das Geschäft schließen, sich dem Kontrahenten verpflichten und sich vom Kontrahenten versprechen lassen mußte, er die Erwerbungen aus dem Geschäfte also lediglich für sich machte und der Principal das von seinem Stellvertreter Erworbene nur bekam, wenn dieser es ihm abtrat, wozu derselbe verpflichtet war, der Principal somit gegen den dritten Kontrahenten nicht direkt, sondern nur actione cessa und nur im Nothfalle auch ohne Cession auf Erfüllung des dem procurator Zugesagten klagen konnte[6].

2) Diese Beschränkung des Erwerbs durch Stellvertreter waren aber den Römern weniger lästig, wegen des Grundsatzes, daß die Herren durch ihre Sklaven und die Hausväter nach dem vorjustinianischen Rechte auch durch ihre Hauskinder direkte Erwerbungen jeder Art machen konnten, weil Alles, was die Sklaven oder Hauskinder an Rechten erwarben, direkt ihrem Herrn oder Hausvater zufiel[7].

3) Dagegen kennt schon das römische Recht von seiner Regel der Unzulässigkeit wahrer direkter Stellvertretung (Nr. 1) einige wichtige Ausnahmen. Es wurde nämlich allmählich (wohl schon vom Ende der Republik an) eine wahre Stellvertretung zugelassen bei der Erwerbung des Besitzes[8] und ähnlichen faktischen Verhältnissen und deren unmittelbaren Rechtswirkungen. Es konnte daher ein beauftragter Stellvertreter unmittelbar für den Principal den Besitz einer

---

[5] S. unten Beilage I Nr. III 1.

[6] S. Beilage I Nr. III 2, Nr. V 2, 3. — Deßhalb konnten Rechte, die gar nicht abtretbar sind, z. B. Servituten, durch einen Beauftragten nicht erworben werden, da dieser, wenn er sie erwarb, an den Principal sie nicht abtreten konnte und dem Principal das vom Prokurator Erworbene nicht unmittelbar zufiel.

[7] Vgl. oben § 43 und 50. Dieses darf man aber nicht, wie es Viele thun, mit der Stellvertretung verwechseln und in diese hereinmischen (und es durch nothwendige Stellvertretung bezeichnen). Denn der Sklave und die Hauskinder erwarben dem Herrn und dem Hausvater nicht nach den Grundsätzen der Stellvertretung, sondern weil sie nichts Eigenes haben konnten; sie erwarben ihm also auch dann, wenn er ihnen gar keinen Auftrag gegeben hatte, und selbst dann, wenn sie bei der Erwerbung, die sie machten, gar nicht seine Stellvertreter sein wollten, s. Beilage I Nr. II. Allerdings können sie auch in seinem Auftrag als seine Stellvertreter handeln, und dann treten noch die Grundsätze über Stellvertretung hinzu. — Bei uns aber fällt Dieses überhaupt im Wesentlichen weg; denn Sklaven haben wir nicht und bei Hauskindern gilt es nach dem neuesten römischen Rechte und bei uns nur noch in einer ganz beschränkten Beziehung (vgl. § 50 und die Lehre von der väterlichen Gewalt).

[8] S. unten bei der Lehre vom Besitz.

Sache erwerben, so daß, sobald der Stellvertreter als solcher die Sache in seine Gewalt bekommt, der Besitz und so weit die Eigenthumserwerbung vom Besitz abhängt, auch das Eigenthum unmittelbar auf den Principal übergeht[9].

II. Das deutsche Recht. Nach deutschem Gewohnheitsrecht ist wahre direkte Stellvertretung bei Eingehung von Rechtsgeschäften mit wenigen Ausnahmen durchaus zulässig[10]. Es gilt daher bei uns Folgendes:

1) Nach deutschem Rechte ist es nicht nöthig, daß der Stellvertreter das Geschäft auf seinen Namen schließt; er kann es auch unmittelbar auf den Namen des Principals stellen[11].

2) Der Principal wird nach unserem Recht bei dem innerhalb[12] seines Auftrags durch den Stellvertreter mit dem Dritten geschlossenen Geschäft geradezu als der Kontrahent betrachtet; er erwirbt daher unmittelbar aus dem Geschäft und wird durch das Geschäft dem Dritten unmittelbar so verpflichtet, als ob er es selbst geschlossen hätte. Hieraus folgt namentlich:

a. Der procurator erwirbt aus dem Geschäft kein Recht; vielmehr erwirbt der Principal allein und unmittelbar Alles, was der Dritte, mit welchem der Stellvertreter kontrahirte, diesem gab oder zusagte. Der Principal hat also gegen diesen dritten Kontrahenten unmittelbar direkt die aus dem Geschäft des Stellvertreters entspringende Klage (die actio directa) auf das dem Vertreter Zugesagte[13].

b. Der Principal wird dem Dritten, mit welchem der Vertreter kontrahirte, aus dem Geschäft unmittelbar und direkt verpflichtet; der Dritte kann ihn daher unmittelbar mit der dem mit dem procurator geschlossenen Geschäft entspringenden Klage, also z. B. bei einem Verkauf, mit der actio venditi directa auf Leistung des vom Stellvertreter als solchem Zugesagten belangen[14].

---

[9] S. Beilage I Nr. VI.

[10] S. Mein Württemb. Privatrecht II S. 679. Vgl. A. D. Handelsgesetzbuch Art. 52.

[11] Es fällt daher das in Beilage I Nr. V 1 Gesagte bei uns weg.

[12] Noch weiter geht das A. D. Handelsgesetzbuch bei dem Prokuristen.

[13] Es fällt daher bei uns Das weg, was in Beilage I Nr. III 2 und V 3 gesagt ist.

[14] Deßhalb sind bei uns die unter Nr. I 1 angeführten sog. actiones adiectitiae qualitatis nicht mehr nöthig. — Natürlich aber gilt Jenes nur, wenn der Stellvertreter seinen Auftrag nicht überschritt. So weit er ihn überschreitet, ist das Geschäft, welches der Stellvertreter schloß, für den Principal nicht verbindlich. Näheres hierüber

technischer Beisatz gegeben, je nach der Ver
der Beisatz exercitoria, institoria
Dabei blieb es aber durchaus bei dem Gr
stets auf eigenen Namen das Geschäft
henten verpflichten und sich vom Kon
mußte, er die Erwerbungen aus dem G
machte und der Principal das von sein
nur bekam, wenn dieser es ihm abtrat, w
der Principal somit gegen den dritten Kon
nur actione cessa und nur im N
auf Erfüllung des dem procurator Zuge

2) Diese Beschränkung des Erwe
ren aber den Römern weniger lästig, we
Herren durch ihre Sklaven und die Hau
schen Rechte auch durch ihre Hauskind
Art machen konnten, weil Alles, was die
Rechten erwarben, direkt ihrem Herrn od

3) Dagegen kennt schon das römisc
Unzulässigkeit wahrer direkter Stellvertr
Ausnahmen. Es wurde nämlich allm
der Republik an) eine wahre Stellvertr
werbung des Besitzes[8] und ähnlichen
deren unmittelbaren Rechtswirkungen.
tragter Stellvertreter unmittelbar für den

---

[5] S. unten Beilage I Nr. III 1.

[6] S. Beilage I Nr. III 2, Nr. V 2, 3. — Des
abtretbar sind, z. B. Servituten, durch einen Beauftragte
wenn er sie erwarb, an den Principal sie nicht abtreten k
Prokurator Erworbene nicht unmittelbar zufiel.

[7] Vgl. oben § 43 und 50. Dieses darf man aber
Stellvertretung verwechseln und in diese hereinmischen (un
tretung bezeichnen). Denn der Sklave und die Hauskind
Hausvater nicht nach den Grundsätzen der Stellvertretung
haben konnten; sie erwarben ihm also auch dann, wenn er
hatte, und selbst dann, wenn sie bei der Erwerbung, die sie
vertreter sein wollten, s. Beilage I Nr. II. Allerdings k
trag als seine Stellvertreter handeln, und dann treten no
tretung hinzu. — Bei uns aber fällt Dieses überhaupt im
haben wir nicht und bei Hauskindern gilt es nach dem
uns nur noch in einer ganz beschränkten Beziehung (vgl. § 50
lichen Gewalt).

[8] S. unten bei der Lehre vom Besitz.

em Recht ein solcher lediglich auf den
Vertrag nichtig (vgl. Beilage I Nr. I),
gültig [18].

· den Vertrag auf seinen eigenen Na-
ɣt und sich versprechen läßt, aber dabei
Auftrag eines Andern handle, z. B.
u mir Dein Pferd für meinen Man-
n Auftrage des N. kaufe ich Dir Dein
ir 500 M.: so tritt in einem solchen
nter Nr. I, 1 Gesagte ein; bei uns
II Ausgeführte.

l, wenn der Stellvertreter auf seinen
ɔ anderer Weise andeutet, daß es für
n der Prokurist einer Handlung unter
eschäfte macht, aber dies in seiner
ıng thut, z. B. als solcher sich an

Verhältnis, wenn der Stellver-
uf seinen Namen eingeht, ohne
kontrahirt, zu sagen oder auch nur
:er eines Andern handle, er also so
ein eigenes sei [20].

t auch vermöge gesetzlicher Be-
·, namentlich für willensunfähige

Besagte.]

ich bittet, ihm in Leipzig einen Pelz um
:g zum Pelzhändler gehe und einen Pelz
zu sagen. Da sich hier der Beauftragte
nicht als Stellvertreter eines Andern zu
Rechtsverhältnis zwischen dem Principal
trahirte) gar nicht entstehen, sondern nur
mit dem dieser den Vertrag schloß und
geber. Der Beauftragte ist es hier allein,
flichtet wird und Das erwirbt, was der
ɣiel würde lediglich ich dem Pelzhändler
llein sein Schuldner) und wenn er mir
ner desselben. Natürlich aber kann in
ıg nicht überschritt, von seinem Man-
egt hat oder an Verbindlichkeiten über-
: Kropp Juristische Abhandlungen

[illegible]

1. Der procurator [illegible]
[illegible] der Frage [illegible]
[illegible] mit welchen [illegible]
[illegible] Der Prozeß [illegible]
unmittelbar direkt [illegible]
[illegible] wie [illegible]

2. Der Prinzipal [illegible]
[illegible] kontrahirte, [illegible]
[illegible]lichtet; der Dritte [illegible]
procurator geschlossene [illegible]
[illegible] Vertrag, mit [illegible]
Stellvertreter als solcher [illegible]

[illegible]

[illegible] S. Beilage I Nr. II.
[illegible] S. Mein Bürgerl. [illegible]
Nr. 52.
[illegible] Es fällt daher bei [illegible]
[illegible] Noch weiter geht bei I [illegible]
[illegible] Es fällt daher bei [illegible]
[illegible] Deshalb hat bei [illegible]
qualitatis nicht [illegible]
[illegible] einen Auftrag nicht [illegible]
welches der Stellvertreter [illegible]

c. Bei uns können auch Rechte, welche nicht abtretbar sind, durch Stellvertreter erworben werden, z. B. wenn mein Beauftragter sich in meinem Auftrag an einem Grundstück von dem Eigenthümer desselben eine Servitut bestellen läßt: so erwerbe ich sofort die Servitut.

d. Hiernach entstehen zwischen dem Stellvertreter, welcher wirklich als solcher handelte (s. Nr. III) und dem Dritten, mit welchem er kontrahirte, gar keine Rechte und Verbindlichkeiten[15].

3) Da aber auch bei uns der Stellvertreter nicht als bloße Maschine (wie ein Bote), sondern durch seinen Willen und seine freie Thätigkeit für den Principal das Geschäft schließt, so gilt auch bei uns das in Beilage I Nr. IV über Interpretation des Geschäfts und über Einreden und Repliken Gesagte.

4) Eine beauftragte Stellvertretung mit den unter 1—3 angegebenen Wirkungen ist nach deutschem Recht in der Regel bei allen Geschäften zulässig. Sie ist nur ausgeschlossen in Fällen, in welchen dies in der Natur der Sache liegt, nämlich

a. in der Regel bei Rechtsgeschäften, durch welche ein Familienverhältnis begründet werden soll, z. B. bei Adoption, Eingehung einer Ehe[16].

b. Wenn das Gesetz eine Form bei einem Geschäft vorschreibt, welche den Zweck hat, entweder eine besondere Garantie dafür zu gewähren, daß das Geschäft wirklich ein von der Hauptperson gewolltes sei, oder auf den Willen der Person, welche verpflichtet werden soll, einzuwirken[17].

III. Über die Form, in welcher ein Stellvertreter handeln kann, ist es wichtig, folgende Fälle ins Auge zu fassen:

1) Wenn der Stellvertreter das Geschäft lediglich auf den Namen des Principals eingeht, also z. B. wenn er eine Sache zu kaufen beauftragt ist, dem Verkäufer sagt: verkaufst Du meinem Mandanten N. Dein Pferd? er bietet Dir dafür 500 M.; und der Verkäufer dies

---

s. Beilage II. Eine Ausnahme hiervon gilt aber bei dem kaufmännischen Prokuristen nach dem Handelsgesetzbuch Art. 42, 43.

[15] Es fällt daher das in Beilage I Nr. V 2 Gesagte bei uns weg. S. auch D. Handelsgesetzbuch Art. 52 a. E.

[16] Doch kann auch eine Ehe durch einen Stellvertreter einer Partei geschlossen werden, wenn der Landesherr Dispensation dazu ertheilt.

[17] Z. B. aus dem ersteren Grund kann Niemand sein Testament durch einen Stellvertreter errichten lassen; aus dem letzteren Grund kann eine Frau nicht die für die Intercessionen der Frauen vorgeschriebenen Formen durch einen Stellvertreter besorgen lassen.

annimmt, so war nach römischem Recht ein solcher lediglich auf den Namen des Principals gestellter Vertrag nichtig (vgl. Beilage I Nr. I), nach deutschem Recht aber ist er gültig[18].

2) Wenn der Stellvertreter den Vertrag auf seinen eigenen Namen stellt, also wenn er verspricht und sich versprechen läßt, aber dabei ausdrücklich bemerkt, daß er im Auftrag eines Andern handle, z. B. dem Verkäufer sagt: verkaufst Du mir Dein Pferd für meinen Mandanten N. um 500 M.? oder: im Auftrage des N. kaufe ich Dir Dein Pferd ab und verspreche Dir dafür 500 M.: so tritt in einem solchen Falle nach römischem Recht das unter Nr. I, 1 Gesagte ein; bei uns aber gilt auch hier das unter Nr. II Ausgeführte.

3) Das Gleiche ist der Fall, wenn der Stellvertreter auf seinen Namen kontrahirt, aber in irgend anderer Weise andeutet, daß es für den Principal geschehe; z. B. wenn der Prokurist einer Handlung unter seinem eigenen Namen Handelsgeschäfte macht, aber dies in seiner Stellung als Prokurist der Handlung thut, z. B. als solcher sich an kündigt, sich unterschreibt ꝛc.[19].

4) Ganz anders aber ist das Verhältnis, wenn der Stellvertreter das Geschäft lediglich auf seinen Namen eingeht, ohne irgend dem Dritten, mit dem er kontrahirt, zu sagen oder auch nur anzudeuten, daß er als Beauftragter eines Andern handle, er also so thut, als ob das Geschäft lediglich sein eigenes sei[20].

B. Eine Stellvertretung kommt auch vermöge gesetzlicher Bestimmung für gewisse Personen vor, namentlich für willensunfähige

---

[18] Es gilt bei uns ganz das oben Nr. II Gesagte.

[19] S. Beilage II Nr. IV.

[20] Z. B. wenn ein Frankfurter Freund mich bittet, ihm in Leipzig einen Pelz um 200—300 M. zu kaufen und ich nun in Leipzig zum Pelzhändler gehe und einen Pelz kaufe, ohne ihm irgend Etwas von dem Auftrage zu sagen. Da sich hier der Beauftragte dem Dritten, mit dem er das Geschäft schloß, gar nicht als Stellvertreter eines Andern zu erkennen gab, so kann in einem solchen Falle ein Rechtsverhältnis zwischen dem Principal und dem Dritten (mit welchem der Beauftragte kontrahirte) gar nicht entstehen, sondern nur eines zwischen dem Beauftragten und dem Dritten, mit dem dieser den Vertrag schloß und eines zwischen dem Beauftragten und seinem Auftraggeber. Der Beauftragte ist es hier allein, welcher dem Dritten, mit dem er kontrahirte, verpflichtet wird und Das erwirbt, was der Dritte ihm zusagte oder leistete. Im angeführten Beispiel würde lediglich ich dem Pelzhändler verpflichtet, ich habe ihm den Preis zu zahlen (bin allein sein Schuldner) und wenn er mir den Pelz ausliefert, werde ich Besitzer und Eigenthümer desselben. Natürlich aber kann in solchen Fällen der Stellvertreter, wenn er den Auftrag nicht überschritt, von seinem Mandanten Ersatz für Das verlangen, was er für ihn ausgelegt hat oder an Verbindlichkeiten übernahm. D. de domin. 41, 1 l. 59. Heise und Kropp Juristische Abhandlungen Bd. 2 S. 391 ff.

Personen und für Solche, die nur beschränkte juristische Handlungsfähigkeit haben (gesetzliche Stellvertretung, von Manchen auch nothwendige genannt[21]). Solche gesetzliche Stellvertreter sind namentlich bei Bevormundeten ihre Vormünder, bei juristischen Personen Diejenigen, welche nach der Verfassung der juristischen Person als ihre Vertreter zu handeln berufen sind[22].

C. Es kann auch vorkommen, daß Jemand geradezu als Stellvertreter eines Andern handelt und für ihn Geschäfte schließt, ohne sein gesetzlicher Vertreter zu sein und ohne von ihm einen Auftrag dazu erhalten zu haben, also als bloßer negotiorum gestor[23].

D. Wesentlich verschieden von einem durch Stellvertreter eingegangenen Rechtsgeschäft sind folgende Fälle, die unbegreiflicher Weise von Manchen mit der Stellvertretung verwechselt werden.

1) Die Thätigkeit eines Boten bei Abschluß eines Rechtsgeschäfts, d. h. einer Person, die unsere Willenserklärung einem Dritten mündlich überbringen soll. Ein solcher Bote ist gar nicht kontrahirender Stellvertreter; durch ihn und seinen Willen soll nicht das Geschäft für den Absender abgeschlossen werden; er ist bloß eine unselbständige Maschine, durch welche die Willenserklärung des Absenders dem Dritten direkt hinterbracht werden soll. Der Absender ist es hier allein, der wie durch ein Sprachrohr das Geschäft schließt. Deßhalb kann man auch einen Willensunfähigen, z. B. ein Kind von 6 Jahren als Boten gültig gebrauchen und deßhalb nimmt schon das römische Recht keinen Anstand, den Abschluß eines Vertrags durch Boten für zulässig zu erklären, weil hier wirklich lediglich der Absender es ist, der das Geschäft schließt[24].

2) Obligatorische Verträge zum Besten Dritter. Im weiteren Sinn fallen unter diese Verträge auch die Verträge, welche ein Stellvertreter als solcher für seinen Principal schließt (bei denen also das unter A—C Ausgeführte gilt). Im engeren und eigentlichen Sinne aber versteht man unter Verträgen zum Besten Dritter nur

---

21 Das Gesetz giebt hier gleichsam Auftrag und Vollmacht.

22 Hier galt nach römischem Recht im Wesentlichen, jedoch mit einigen Modifikationen das unter Lit. A. Nr. I und III Ausgeführte, bei uns dagegen gilt im Wesentlichen das unter Lit. A. Nr. II Bemerkte; hierüber s. die Lehren von den juristischen Personen und von der Vormundschaft.

23 Das Nähere gehört in die Lehre von der negotiorum gestio.

24 D. de O. et A. 44, 7 l. 2 § 2; de contrah. emt. 18, 1 l. 1 § 2; Mein Württemb. Privatrecht II S. 689.

Fälle, die nicht unter die Stellvertretung fallen; wenn nämlich ein Kontrahent bei einem Vertrag, den er nicht als Stellvertreter eines Dritten schließen will, sich doch vom andern Kontrahenten eine Leistung zum Besten eines Dritten zusagen läßt[25].

Beilage I. Eine wahre Stellvertretung, bei welcher Derjenige, für den ein Geschäft eingegangen wurde (Principal), in das durch den Stellvertreter begründete Rechtsverhältnis unmittelbar eintritt,

I. war nach römischem Recht in der Regel (vergl. Nr. VI) unzulässig. Deßhalb war ein Geschäft, welches Jemand auf den Namen eines Anderen schloß, selbst dann ungültig, wenn der Andere ihm dazu Auftrag gegeben hatte D. 44, 7 de O. et A. l. 11; 13, 5 de pec. const. l. 5 § 6 C. 4, 50 si quis alteri cst. 6 verbis: »Si vero ab init.« 4, 27 per quas pers. cst. 1.; I. 2, 9 e. t. § 5. Es mußte daher, wenn Jemand durch einen Beauftragten für sich ein Geschäft schließen lassen wollte, in der Regel ein indirekter Weg eingeschlagen werden, um den Zweck, den der Principal durch das Geschäft erreichen wollte, wenigstens annähernd zu realisiren. Der Beauftragte mußte das Geschäft auf seinen Namen schließen, also sich selbst für den Principal (s. Nr. V) versprechen lassen und sich dem Kontrahenten verpflichten, so daß der Principal mit dem Kontrahenten des Beauftragten in gar kein unmittelbares Rechtsverhältnis kam, sondern der Prokurator allein dem Kontrahenten verpflichtet war und Dieser sich nur an den Prokurator halten und gegen ihn auf Erfüllung klagen konnte, der Prokurator aber auch allein berechtigt war, gegen den Kontrahenten aus dem Geschäft zu klagen. Der Principal aber hatte in Folge des von dem Prokurator übernommenen Auftrags das Recht, von diesem zu verlangen, daß er ihm die erworbenen Rechte und namentlich seine Klage gegen den Kontrahenten abtrete, und dann konnte er mit der ihm cedirten Klage des Prokurators gegen dessen Kontrahenten aus dem Geschäfte klagen; dagegen war er natürlich dem Prokurator, wenn dieser die Grenzen des Auftrages nicht überschritt, wegen der Leistungen, die derselbe an die Kontrahenten zu machen hatte, zur Schadloshaltung verpflichtet und konnte dazu von diesem mit der actio mandati contraria angehalten werden. D. 17, 1 mand. l. 43 l. 45 pr. § 5 l. 8 § 10 l. 10 § 2; 14, 1 de exercit act. l. 1 § 18.

II. Dieser starre Grundsatz wurde für Den, der durch Andere Erwerbungen machen wollte, dadurch minder lästig, daß nach römischem Recht a) Alles, was ein Sklave erwarb, sofort dem Herrn zufiel, daß also, wenn der Sklave, sei es für sich oder für den Herrn, ein Geschäft mit einem Dritten schloß, sein Herr unmittelbar gegen den dritten Kontrahenten Das, wozu sich dieser gegen den Sklaven verpflichtet hatte, mit der Klage aus dem Geschäfte einklagen konnte, somit ein Römer, wenn er durch einen Stellvertreter Rechte erwerben wollte, sich dadurch helfen konnte, daß er das Geschäft durch seinen Sklaven schließen ließ; I. 3, 20 per q. pers. nob. obl. t. t.; 2, 9 per q. pers. nob. adq. pr. § 3; ferner b. galt das Gleiche im älteren römischen Recht auch bei Hauskindern, indem Alles, was sie erwarben, also auch die Klage, die sie aus einem mit einem Dritten geschlossenen Vertrage gegen diesen erwarben, sofort dem Hausvater zufiel, Inst. l. c. pr. § 1. Gaius Inst. II § 86 sq. III § 163 sq. (allein bei den Hauskindern fiel im neuesten römischen Rechte dieser Grundsatz, abgesehen vom peculium profectitium, weg, was zwar die Meisten und auch Arndts § 246 bei Note b, § 76 bei Note b. wenigstens theilweise leugnen, aber sehr mit Unrecht; das Nähere über diesen Punkt und über die bei Arndts § 247 erwähnten Verhältnisse und Klagen gehört in das Familienrecht). — Allein diese Fälle darf man nicht mit der wahren eigentlichen Stellvertretung

[25] Das Nähere hierüber gehört ins Obligationenrecht. — Unter die ratihabitio, von welcher Arndts § 78 spricht, siehe unten § 84 Nr. VIII.

verwechseln; denn in ihnen erwarb der Herr und Hausvater aus den Handlungen des Sklaven und Hauskinds ganz von selbst unabhängig von dem Willen der Letzteren, d. h. selbst wenn sie für sich erwerben, also gar nicht als seine Stellvertreter handeln wollten; es ist daher auch nicht geeignet, wenn Viele dieses Verhältnis durch nothwendige Stellvertretung bezeichnen. —

Diese Erwerbsmöglichkeit war aber für die Anforderungen des Verkehrs nicht genügend. Denn nicht immer stand Dem, der durch einen Dritten ein Geschäft für sich schließen lassen wollte, ein dazu fähiger Sklave oder ein Hauskind zu Gebot; besonders aber mußte für die Interessen des Dritten, der mit einem Beauftragten Geschäfte abschloß, mehr gesorgt werden. Deßhalb wurde

III. der Grundsatz der Ausschließung einer wahren Stellvertretung dann wenn der Prokurator das Geschäft zwar auf seinen Namen schloß (was er mußte), aber dabei dem Kontrahenten bemerkte, daß er es für den Principal thue, oder dies aus seiner Stellung von selbst hervorging (z. B. der Faktor eines Kaufmanns in dessen Angelegenheiten ein Handelsgeschäft schloß) in folgenden zwei Richtungen gemildert; aber es geschah dies, ohne den Grundsatz selbst irgend aufzuheben.

1) Der Dritte, der mit dem Beauftragten ein Geschäft abschloß, konnte nach dem älteren römischen Recht wegen der Leistungen, die ihm der Beauftragte zusagte, sich nur an diesen halten; bloß der Beauftragte, welcher das Geschäft als das seinige schließen mußte, war sein Schuldner. Allein die Beauftragten sind sehr häufig mittellos, während die Principale reich sind, und bei den Römern waren die Beauftragten sogar größtentheils ganz unfähig Vermögen zu haben, nämlich Sklaven und (noch zu den Zeiten des klassischen römischen Rechts, mit Ausnahme des peculium castrense) die Hauskinder. Es war daher ein dringendes Bedürfnis des Verkehrs, dem Dritten, der mit einem Beauftragten kontrahirte, nicht bloß gegen Diesen, sondern auch gegen den Auftraggeber selbst ein Klagrecht aus dem Geschäft zu geben und gegen eine solche Einräumung war auch die Rechtskonsequenz schon deßhalb nicht, weil von dem Auftraggeber nach den Grundsätzen der bona fides zu erwarten ist, daß er Das, was seinem Auftrage gemäß für ihn geschehen ist, als solches anerkennen und den dadurch begründeten Verpflichtungen sich nicht entziehen werde. Aus diesen Gründen wurde allmählich dem Kontrahenten aus Verträgen, die er mit dem Prokurator als solchem schloß, unmittelbar ein Klagrecht gegen den Principal selbst auf Erfüllung des vom Prokurator in den Grenzen seines Auftrages Zugesagten eingeräumt. Dieses führte das prätorische Edikt zunächst bei zwei besonders häufigen und wichtigen Fällen der Stellvertretung ein, nämlich: a. wenn Jemand ein Schiff ausrüstete (exercitor navis, Schiffsrheder) und einem Anderen (Sklaven, Hauskind, oder einem freien Prokurator) die Führung des Schiffes und die Besorgung der Schiffsangelegenheiten oder die Verwaltung und den Absatz der Ladung anvertraute (magister navis), und nun dieser Magister auf der Reise Geschäfte, die in der Natur seines Auftrages lagen, mit Dritten schloß, z. B. ein Darlehn aufnahm, um das Schiff auszubessern, Lebensmittel auf Kredit für die Mannschaft kaufte u. s. w. Hier gab das Edikt den Dritten, mit denen der Magister kontrahirte, die Klage, die sie aus dem mit dem Magister abgeschlossenen Geschäft gegen diesen haben, z. B. die actio mutui, die actio venditi ꝛc. und zwar zur näheren Bezeichnung des Verhältnisses, aus welchem sie klagen, mit dem Beisatz exercitoria, unmittelbar auch gegen den Principal (gegen den Exercitor) auf Erfüllung der vom Magister kontrahirten Verbindlichkeiten, D. 14, 1 de exerc. act. l. 1 pr. § 1—3, § 6—12, 15, 17, 24 I. 4, 7 quod c. eo ꝛc. § 2. — b. Wenn Jemand die Besorgung eines sonstigen Gewerbszweiges einem Anderen als Faktor oder Dirigent (institor) anvertraute (welcher Art auch das Gewerbe sei D. 14, 3 d. instit. act. l. 3, 4, 5 pr. § 1—10 l. 18): so gab auch hier das Edikt Allen, mit welchen dieser Institor seiner Vollmacht gemäß als solcher kontrahirte, das Recht, die Klage, welche sie aus dem Geschäft gegen den Institor hatten, auch unmittelbar gegen den Principal (praeponens) auf Erfüllung

der vom Institor kontrahirten Verbindlichkeiten, und zwar, zur näheren Bezeichnung des Verhältnisses, mit dem Beisatze institoria, anzustellen. I. l. c. D. l. c. l. 5 § 11—16 l. 17 pr. C. 4, 25 de exerc. et inst. act. cst. 1. — c. Die römische Doktrin dehnte allmählich diesen Grundsatz auf jeden von einem Beauftragten als Solchem geschlossenen Vertrag aus, d. h. sie gab Dem, mit welchem der Prokurator innerhalb der Grenzen seines Auftrags kontrahirte, die aus dem Geschäft entspringende Klage, die der Kontrahent gegen den Prokurator erworben hat, auch als actio utilis oder quasi-institoria (d. h. ad exemplum institoriae actionis) gegen den Principal. D. de instit. act. l. 19 pr. l. 16; 19, 1 de A. E. V. l. 13 § 25 C. l. c. cst. 5, 6; s. auch Nr. V, 2.

2) Die Rechte, welche der Prokurator gegen den Dritten, mit dem er im Auftrage des Principals kontrahirte, aus dem Geschäft erwarb, waren an sich bloß Rechte des Prokurators; der Principal konnte sie bloß auf mittelbarem Wege dadurch erwerben, daß der Prokurator sie ihm abtrat, wozu der Letztere verbunden war, und dann konnte er actione cessa gegen den Dritten klagen (Nr. I). Dieser Grundsatz wurde allmählich dahin gemildert, daß der Principal die dem Prokurator zustehende Klage gegen den Kontrahenten auch ohne Abtretung als utilis actio anstellen durfte, aber nur im Nothfalle, nämlich nur dann, wenn der Prokurator die Abtretung verweigert oder wegen Abwesenheit u. dergl. nicht zu ihr angehalten werden kann, D. 14, 3 de instit. act. l. 1 a. E. l. 2; 14, 1 de exerc. act. l. 1, § 18.

IV. Wenn der Principal gegen den Kontrahenten actione cessa oder in Nothfällen actione utili klagte (Nr. III, 2) oder wenn er von dem Kontrahenten belangt wurde (Nr. III, 1): so mußte er sich von dem Kontrahenten Einreden und Repliken sowohl aus seiner eigenen Person gefallen lassen, als auch die aus der Person seines Beauftragten (z. B. wegen dolus desselben), weil durch dessen freie Thätigkeit der Vertrag geschlossen wurde. Gab daher A. dem B. den Auftrag, für ihn eine bestimmte Sache zu kaufen und es zeigt sich, daß die gekaufte Sache rechtliche oder physische Mängel hatte, und der B. hatte dies gewußt, dem A. aber war es unbekannt: so kann der A. nicht gegen den Kontrahenten mit der actio emti wegen der rechtlichen Fehler (auf Eviktionsleistung) oder wegen der physischen Fehler (auf Aufhebung des Vertrags ꝛc.) klagen, weil die Einreden aus der Person seines Prokurators auch ihm entgegenstanden; wenn aber der B. den Mangel nicht kannte, der A. jedoch kannte ihn: so konnte A. deßhalb nicht gegen den Kontrahenten klagen, weil auch die Einreden aus seiner eigenen Person ihm entgegenstanden, D. 14, 4 de trib. act. l. 5 pr.; 21, 1 de Aed. ed. l. 51 § 1; 18, 1 de C. Emt. l. 13; 40, 12 de lib. caus. l. 16 § 2—4 l. 22 § 5. Auch entschied bei der Auslegung des Vertrags der Sinn, den der Beauftragte in Übereinstimmung mit den Kontrahenten mit dem Vertrage verband, D. de C. Emt. l. 12.

V. Bei diesen Grundsätzen verblieb es (mit Ausnahme der Fälle unter Nr. VI) auch im neuesten römischen Recht. Namentlich

1) durfte der Beauftragte nie das Geschäft lediglich auf den Namen des Principals stellen; denn dann war es nichtig (Nr. I i. A.), sondern er mußte in seinem Namen das Geschäft eingehen, also entweder sich für den Principal versprechen lassen (D. 45, 1 de V. O. l. 38 § 20—23) oder das Geschäft lediglich auf seinen Namen, aber in der Eigenschaft eines Beauftragten, z. B. mit dem Beifügen, daß er als Beauftragter des Principals handle, schließen.

2) Der Prokurator blieb auch nach dem neuesten römischen Recht aus dem Geschäfte dem Kontrahenten verhaftet, weil er es ja nicht lediglich auf den Namen des Principals stellen durfte, sondern sich (wenn auch für den Principal) versprechen lassen und sich zur Leistung verpflichten mußte: sein Kontrahent hatte also die Wahl, ob er sich an ihn, den Prokurator, oder ob er sich (nach Nr. III, 1) an den Principal halten wollte D. 14, 1 de exerc. act. 1 § 17 l. 5 § 1; 14, 3 d. inst. act. l. 7 § 1, vgl. auch Vangerow Pandekten III S. 515.

3) Der Principal erwarb aus dem Geschäft des Prokurators nicht unmittel-

bar und konnte daher aus demselben nur unter den oben Nr. III, 1 angegebenen Beschränkungen klagen.

Hiernach war auch im neuesten römischen Recht eine wahre, direkte Stellvertretung, bei welcher lediglich der Principal erwerben und verpflichtet würde, in der Regel (s. Nr. VI) bei Rechtsgeschäften ausgeschlossen. Zwar leugnen Dieses Manche, und sogar auch Savigny Syst. III S. 95 ff. und Obligationenrecht II 41 f., 54 f. behauptet, daß das spätere römische Recht bei juristischen Verhältnissen mit Ausnahme der Stipulation ganz unbeschränkt Stellvertretung zugelassen habe, so daß der Principal aus den auf seinen Namen vom Beauftragten eingegangenen Verträgen unmittelbar habe erwerben und verpflichtet werden können. Allein diese Ansicht, welche hauptsächlich auf D. 41, 1 de domin. l. 53 (und von Savigny Obligationenrecht II 56 f. noch auf eine offenbare Verwechselung eines bloßen Boten mit einem Stellvertreter) gestützt wird, ist entschieden unrichtig. Die l. 53 spricht allerdings die Zulässigkeit der Stellvertretung aus, aber bloß in den Verhältnissen, von denen unter Nr. VI die Rede ist. Auch sprechen ja nicht bloß eine Menge anderer Pandektenstellen, sondern sprechen auch spätere Kodexstellen und spricht Justinian in seinen Institutionen noch aufs bestimmteste den Grundsatz aus, daß man durch dritte, nicht in unserer Gewalt befindliche, Personen unmittelbar weder Rechte erwerben, noch verpflichtet werden könne, mit Ausnahme der Fälle unter Nr. VI; I. 2, 9 per quas per. nob. acq. § 5; 3, 28 per quas pers. nob. oblig. pr. § 1 C. 4 50 si quis alteri cst. 6; 4, 27 per quas pers. cst. 1.

VI. Nur in faktischen Verhältnissen, so weit sie überhaupt der Natur der Sache nach durch einen Anderen für uns vermittelt werden können, ließ das römische Recht wahre Stellvertretung zu, d. h. es nahm an, daß durch einen Stellvertreter das faktische Verhältnis und zwar auch mit seinen unmittelbaren juristischen Konsequenzen geradezu für den Principal so erworben werden könne, als ob der Principal unmittelbar selbst das Verhältnis angeknüpft hätte. Deßhalb 1. konnte schon nach römischem Recht der Besitz einer Sache und eben damit auch das Eigenthum derselben unmittelbar durch einen Stellvertreter erworben werden, so daß, sobald z. B. der vom Principal dazu Beauftragte die Sache für denselben in seine Gewalt brachte, dadurch der Besitz und wenn die übrigen Requisite des Eigenthumserwerbs dabei vorlagen, auch das Eigenthum sofort unmittelbar auf den Principal übergeht. Den gleichen Grundsatz wandte das römische Recht 2. auf das Faktum einer Zahlung und was ihr gleichsteht, z. B. auf eine Expromission an; zahlte Jemand im Auftrage eines Anderen an dessen Gläubiger: so war es so gut, als ob der Andere selbst gezahlt hätte, C. 8, 43 de sol. cst. 5 a. E. War in einem solchen Falle der Auftraggeber dem Empfänger der Zahlung Nichts schuldig, wurde also irrig eine Nichtschuld für ihn bezahlt: so erwarb er unmittelbar die condictio indebiti. C. 4, 5 d. condict. ind. cst. 6; D. 12, 6 e. t. l. 57 § 1. Aus dem gleichen Grunde konnte man 3. unmittelbar durch einen Stellvertreter eine Darlehnsobligation kontrahiren, weil diese dadurch entsteht, daß dem Schuldner fungible Sachen in Besitz und Eigenthum übertragen werden und an dieses Faktum der Übertragung die Obligation aus dem mutuum sich knüpft. Wurde daher dieses Faktische an die Person eines Anderen geknüpft, also in seinem Namen das Darlehn gegeben: so äußerte es auch für ihn die rechtliche Wirkung, d. h. er bekam die condictio ex mutuo, wenn er entweder Eigenthümer des Gegebenen war, also sein Eigenthum auf den Schuldner überging, z. B. wenn Jemand mein Geld in meinem Namen einem Anderen als Darlehn gab: so erwarb ich sofort gegen den Schuldner die Darlehnsklage D. 45, 1 de V. O. l. 126 § 2 verb. Plane si liber ꝛc. C. 4, 27 per quas pers. cst. 2, oder Jemand sein Geld im Auftrag und Namen des Anderen (z. B. mein Schuldner in meinem Auftrag das Geld, das er mir schuldet) einem Dritten als Darlehn gab, indem dann der Besitz und eben damit das Eigenthum des Zahlenden an dem Gelde zunächst durch ein constitutum possessorium auf den Auftraggeber überging und dann durch das Auszahlen des Geldes an den Empfänger für den Auftrag-

geber die Darlehnsklage erworben wurde D. 12, 1 de reb. cred. l. 15 l. 9 § 8 l. 2 § 4, vergl. auch Savigny Syst. IV S. 592 ff. (über die l. 34 pr. D. 17, 1 mand., s. Savigny Syst. I S. 281). Wenn der Empfänger in einem solchen Falle in der Person des Auftraggebers irrte und glaubte, das Geld werde ihm von einer anderen Person geliehen: so wird zwar keine Darlehnsobligation begründet, der Auftraggeber kann aber doch die Geldsumme unmittelbar vom Empfänger mit einer condictio sine causa zurückfordern D. d. reb. cred. l. 32. Viele nennen in diesem Falle unpassend die Klage condictio Iuventiana, weil die l. 32 aus einer Schrift des Juristen Iuventius Celsus excerpirt ist. — Wenn aber Jemand das Geld eines Anderen in dessen Namen, aber ohne Auftrag desselben einem Dritten als Darlehn gab: so erwirbt Der, dem das Geld gehörte, die Darlehnsklage wenigstens dann, wenn er das Geschehene als in seinem Namen geschehen genehmigte D. de reb. cred. l. 9 § 8, de V. O. l. 126 § 2.

Beilage II. Wenn ein beauftragter Stellvertreter für den Auftraggeber ein Geschäft schließt: so kann natürlich der Auftraggeber dem Dritten, mit dem das Geschäft geschlossen wurde, nur dann verpflichtet werden und überhaupt nur dann verbunden sein, das Geschäft als das seinige anzuerkennen, wenn sein Beauftragter sich innerhalb der Grenzen des Auftrages hielt. Doch kommt es hierbei noch darauf an, ob der Principal dem Prokurator eine öffentliche oder bloß eine geheime Instruktion gab. Gab nämlich

I. der Principal dem Prokurator eine öffentliche, somit dem Kontrahenten mitzutheilende Vollmacht: so liegt darin für den Dritten, der mit dem Prokurator als solchem kontrahiren will, die Legitimation, innerhalb der Grenzen dieser öffentlichen Vollmacht auf Rechnung des Principals zu kontrahiren. Wenn daher der Prokurator eine solche Vollmacht nicht überschreitet: so wird durch seine Handlungen der Principal durchaus dem dritten Kontrahenten verpflichtet; wenn er sie aber überschreitet: so wird dadurch der Principal in keiner Weise dem Dritten verbindlich; dieser hat es dann bloß mit dem Prokurator zu thun, der allein ihm in diesem Falle verpflichtet ist. Hält aber der Prokurator die öffentliche Vollmacht ein, der Principal hatte ihn aber noch dabei durch eine geheime beschränkt: so wird der Principal gegen den Dritten verpflichtet, sollte auch der Prokurator die geheime Vollmacht überschreiten, weil durch die öffentliche Vollmacht der Dritte vom Principal ermächtigt wurde, innerhalb ihrer Grenzen mit dem Prokurator auf Rechnung des Principals zu kontrahiren. D. 14, 3 de inst. act. l. 11 § 3—5. Vergl. auch Nr. IV.

II. Wenn der Prokurator gar keine öffentliche Vollmacht erhält, sondern bloß eine geheime, und der Dritte wagt es, mit einem solchen bloß geheim Instruirten zu kontrahiren: so vertraut er ganz dem Prokurator und kann durchaus keinen Anspruch an den Principal machen, wenn der Prokurator die Vollmacht überschreitet, außer natürlich der Prokurator wäre bereit, dadurch, daß er das unrecht Geführte auf seine eigene Rechnung nimmt, die Sache in die Lage zu bringen, wie sie ihm aufgetragen war. D. 17, 1 mand. l. 3 § 2 l. 4 l. 5 l. 33 l. 3, 26 eod. § 8; 14, 1 de exerc. act. l. 1 § 7 § 12—14. Will aber der Prokurator dies nicht thun oder ist es nicht möglich: so haftet er dann dem Kontrahenten allein, und muß überdies den Principal wegen des schlecht geführten Geschäfts entschädigen l. citt.; der Kontrahent des Prokurators kann in einem solchen Falle nur in so weit, als von Dem, was er dem Prokurator leistete, Etwas in rem des Principals wirklich vertirt wurde, den Principal mit einer actio de in rem verso utilis belangen.

III. Wenn der Prokurator die äußeren Grenzen seiner Vollmacht eingehalten hat, dabei aber ungeschickt oder unzweckmäßig oder in der Verwendung des Empfangenen unredlich verfuhr (z. B. A. giebt dem B. den Auftrag, für ihn von X. ein Darlehn von 1000 M. aufzunehmen, B. thut es, unterschlägt aber das Geld): so hat Dieses der Principal zu tragen; er wird also dennoch Dem, mit welchem der Prokurator kontrahirte, verpflichtet (in dem vorigen

Beispiele hat X. die condictio ex mutuo gegen den A. auf Zurückzahlung des Darlehns); nur kann er natürlich vom Prokurator mit der actio mandati directa Schadenersatz verlangen D. 14, 1 de exerc. act. l. 1 § 9—11 l. 7 § 2.

IV. Eine öffentliche Vollmacht kann auch faktisch gegeben werden, z. B. dadurch, daß der Principal bekannt macht, er habe Jemanden seinem Handlungsgeschäfte vorgesetzt, ohne dabei zugleich Beschränkungen desselben in der Besorgung der Geschäfte bekannt zu machen, wodurch er ihn offenbar ermächtigt, alle in den Bereich des Geschäfts fallende Verträge abzuschließen. D. 14, 3 de inst. act. l. 5 § 11—16 l. 11 § 2—5, vergl. auch Deutsches Handelsgesetzbuch Art. 42, 43, 47, 49, 50. Hierher gehört auch der Fall, wenn Jemandem die Verwaltung eines ganzen Vermögens anvertraut wird (procurator omnium bonorum); denn hier gilt der Prokurator zu allen Geschäften als legitimirt, welche in einer ordnungsmäßigen Verwaltung des Vermögens liegen. Nur bei der Frage, ob er Etwas vom Vermögen veräußern dürfe, kommt es hier, sowie in dem Falle, wenn man Jemandem die Verwaltung einzelner Vermögenstheile anvertraute, darauf an, ob ihm ausdrücklich ein sog. mandatum cum libera administratione ertheilt, also freie Verwaltung eingeräumt, oder ob die Klausel der freien Verwaltung nicht beigefügt wurde, er also nur ein sog. mandatum sine libera (administratione) hat. Zwar behaupten Manche, daß das römische Recht diesen Unterschied nicht mache; allein er wird entschieden in einigen Stellen des römischen Rechts angedeutet, z. B. D. 3, 3 d. proc. l. 58; jedenfalls aber wurde das römische Recht in diesem Sinne vom kanonischen aufgefaßt, vergl. in 6to 1, 19 de proc. cap. 4, 5 und deßhalb ist er bei uns durchaus angenommen. Er hat folgende Bedeutung: a. Der Prokurator cum libera darf Sachen des Principals durch entgeltliche Verträge veräußern, der Prokurator sine libera aber darf nur solche Sachen veräußern, die sich nicht gut aufbewahren lassen, ohne zu verderben; zu Veräußerungen anderer Gegenstände hat er besondere Ermächtigung (ein Specialmandat) nöthig I. 2, 1 de R. D. § 43 D. 3, 3 de proc. l. 58 l. 59, 63; 41, 1 de dom. l. 9 § 4 C. 4, 26 quod e. eo cst. 10. — b. Der Prokurator cum libera darf Sachen des Principals verpfänden, der sine libera darf es nur in solchen Fällen, in denen der Principal es zu thun gewohnt war D. 13, 7 de pign. act. l. 11 § 7 l. 12. — c. Der Prokurator cum libera darf Vergleiche schließen, der Prokurator sine libera hat dazu eine besondere Ermächtigung nöthig D. de proc. l. 60, in 6to l. cit. cap. 4; dagegen d. darf weder der Procurator sine libera, noch der cum libera irgend Etwas unentgeltlich weggeben; dazu ist ein Specialmandat nöthig; er darf also auch nicht Sachen des Principals unentgeltlich für eine fremde Schuld verpfänden, D. 39, 5 de donat. l. 7 pr.; 2, 14 de pact. l. 28 § 2; 20, 6 quib. mod. pign. l. 8 § 5.

V. Von selbst versteht es sich, daß wenn der Stellvertreter in irgend einer Beziehung den Auftrag überschreitet, der Principal aber das Geschehene geneh-migt, der Letztere dadurch so verpflichtet wird, als ob es innerhalb seines Auftrages geschehen wäre.

Die Mängel eines Rechtsgeschäfts und ihre Folgen.

§ 84.

(Arndts § 79.)

Nach den verschiedenen Arten und Wirkungen der möglichen Mängel eines Geschäfts[1] ist zu unterscheiden:

[1] Vgl. Mein Württemb. Privatrecht Band II § 86.

I. Nichtigkeit des Geschäfts, d. h. wenn der Mangel die Wirkung hat, daß das Rechtsgeschäft gar Nichts gilt, juristisch als gar nicht geschlossen zu betrachten ist[2]. Diese Nichtigkeit ist vorhanden, wenn bei dem Geschäft ein solches Moment fehlt, das ein Erfordernis des Geschäfts selbst bildet, sei es, daß es schon nach den Gesetzen ein essentiale negotii ist (§ 74 Nr. I), oder in Folge einer besonderen Festsetzung der Parteien (§ 74 Nr. II 1). Nichtig ist daher z. B. ein Geschäft, wenn die gesetzlich vorgeschriebene Form nicht beachtet ist, oder ein Handlungsunfähiger das Geschäft schloß (oder wenn das Geschäft von den Gesetzen untersagt ist), oder wenn bei einem Vertrag die Übereinstimmung der Parteien in einem wesentlichen Punkte fehlt. Ein nichtiges Geschäft ist ein Geschäft, das zwar faktisch errichtet wurde, aber juristisch gar nicht existirt. Denn Nichtigkeit (Nullität) eines Geschäfts ist eben die Negation seines juristischen Daseins, seiner Existenz. Hieraus folgt:

1) Ein Recht, das man aus einem Geschäft, welches sich als nichtig ergiebt, begründen wollte, konnte gar nicht zur Existenz kommen, ist ein (ipso iure) ungültiges, nichtiges.

2) Das nichtige Geschäft ist, weil es juristisch gar nicht existirt, in der Regel (vergl. Nr. III) für jeden dabei Betheiligten völlig wirkungslos, d. h. Jeder, auf dessen Verhältnisse es Beziehung hat, kann sich auf die Nichtigkeit berufen[3]; dies auch dann, wenn das Geschäft bloß wegen eines Verstoßes gegen eine bestimmte Person nichtig ist[4].

3) Eine Sicherheitsleistung, welche für Verpflichtungen aus einem Geschäft bestellt wird, z. B. Bürgschaft, Pfandrecht, ist ebenfalls nichtig und wirkungslos, wenn das Hauptgeschäft nichtig ist, weil in einem solchen Falle gar Nichts da ist, wofür ein Pfand oder Bürge haften könnte[5].

4) Ein Rechtsmittel, um ein nichtiges Geschäft zu beseitigen und umzustoßen, ist nicht nöthig und gar nicht möglich[6].

---

[2] Nullität, negotium nullum, nullius momenti, nihil actum est, negotium nihil valet; das Geschäft ist null und nichtig.

[3] Deßhalb kann, wenn gegen ein gesetzliches Veräußerungsverbot nichtig veräußert wurde, auch der Veräußerer selbst die Nichtigkeit der Veräußerung geltend machen.

[4] Z. B. nach römischem Recht bei postumus praeteritus. I. de exh. lib. 2, 13 pr. § 1.

[5] D. de fideiussor. 46, 1 l. 70 § 4; de V. O. 45, 1 l. 6.

[6] Dies wurde früher meist verkannt. Man meinte, wer den Umstand, daß das Ge-

5) Ein nichtiges Geschäft kann dadurch, daß es später vom Betheiligten genehmigt wird (ratihabitio) nicht gültig werden, weil Nichts da ist, was man genehmigen könnte[7]. Eine Ausnahme machen bloß die Fälle der heilbaren Nichtigkeit (s. Nr. III) und im Gegensatz zu diesen Fällen nennt man die Nichtigkeit, die nicht eine heilbare ist (was bei der Nichtigkeit die Regel bildet), eine absolute oder reine Nichtigkeit.

II. Die Anfechtbarkeit. Es giebt Mängel eines Rechtsgeschäfts, welche bloß die Wirkung haben, daß wegen ihrer das Geschäft anfechtbar (rescissibel) ist, d. h. das Geschäft ist an sich gültig, hat also alle (rechtlichen) Wirkungen, welche einem gültigen Geschäft an sich zukommen, aber einer der Parteien steht das besondere Recht zu, das Geschäft anzugreifen und dadurch es umzustoßen und zu beseitigen[8]. Aus dieser Bedeutung der Anfechtbarkeit ergeben sich von

schäft nichtig ist, geltend machen wolle, müsse das Geschäft mit einer querela nullitatis angreifen und verlangen, daß der Richter es beseitige. Allein das Nichtige hat ja juristisch gar keine Existenz; etwas nicht Existirendes aber kann man nicht erst angreifen und umstoßen und nicht noch einmal vernichten. Man muß vielmehr bei einem nichtigen Geschäfte, das uns entgegenstehen würde, wenn es gültig wäre, das uns aber in der That, weil es nichtig ist, nicht entgegensteht, diejenigen Rechte geltend machen, welchen das nichtige Geschäft entgegenzustehen scheint, aber in der That (eben weil es nichtig ist) nicht entgegensteht (das Recht, das wir, ganz abgesehen von dem nichtigen Geschäft, an sich schon haben); z. B. wenn ein Veräußerungsunfähiger auf eigene Hand seine Uhr verschenkt und dem Beschenkten tradirt, so ist die Veräußerung nichtig; er bleibt also Eigenthümer der Uhr und macht nun eben seine Rechte als Eigenthümer geltend, die er durch die Veräußerung nicht verlieren konnte, d. h. er fordert die Uhr von Dem, in dessen Hand sie ist, mit der rei vindicatio heraus. Cod. de praed. minor. 5, 71 cst. 16. — Ferner: wenn A., dessen nächster Intestaterbe ich bin (weil er keine näher berechtigten Verwandten hinterließ), ein Testament macht, in welchem er mich übergeht und den B. zum Erben einsetzt, das Testament aber nichtig ist, z. B. wegen eines Formfehlers: so wird mir, sobald er stirbt, seine Erbschaft, weil kein Testament von ihm existirt (ein nichtiges ist ein nicht existirendes) ab intestato deferirt; ich trete sie daher als Intestaterbe an und mache nun eben mein Recht als Intestaterbe geltend, da das nichtige Testament mir nicht entgegenstehen kann, und fordere vom Besitzer der Erbschaft sie mit der hereditas petitio intestati heraus. Beruft sich dann der Besitzer (excipiendo) auf das Testament, so verneine ich einfach die juristische Existenz desselben unter Berufung auf den Formfehler (vgl. Mein Württemb. Privatrecht II S. 659 ff.). Natürlich hat nun der Richter auch über die Frage zu erkennen, ob das Testament nichtig sei; allein er hat, wenn er sich davon überzeugt, nun es nicht erst aufzuheben oder zu vernichten, sondern nur auszusprechen, daß mir die Erbschaft ab intestato herauszugeben sei, weil kein Testament existire. — Übrigens ist es auch zulässig, daß bei einem nichtigen Geschäft vorerst die Frage über die Nichtigkeit durch ein praeiudicium (§ 35 Nr. III) vor den Richter gebracht wird, aber nicht, um das Nichtige erst wegzuräumen, sondern damit er über die unter den Parteien bestrittene Frage, ob das Geschäft nichtig sei, eine maßgebende Entscheidung ausspreche.

[7] S. Beilage I Nr. II 2. 3.

[8] Z. B. wenn ich zum Verkauf einer Sache vom Käufer durch Drohungen bewogen oder durch Betrug verleitet wurde, so ist der Kaufvertrag ganz gültig, aber ich kann ihn mit der actio venditi anfechten und umstoßen; ferner: wenn ich aus Irrthum Jemandem

selbst die Grundsätze bei einem anfechtbaren Geschäft, in denen es sich wesentlich von dem nichtigen unterscheidet.

1) Das anfechtbare Geschäft ist an sich ein ganz gültiges Geschäft, hat also volle rechtliche Wirkung; es entspringen aus ihm die dem Geschäft entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten[9].

2) Das Geschäft kann aber mit einer persönlichen Klage gegen den Kontrahenten angegriffen werden; allein nicht von jedem beim Geschäft Betheiligten, sondern nur von dem Theile, welchem das besondere Recht zur Anfechtung zusteht, z. B. beim Betrug und Zwang kann nur der Betrogene und Gezwungene das Geschäft anfechten, nicht aber auch der Betrüger und Erpresser[10].

3) Für Verbindlichkeiten aus einem anfechtbaren Geschäft kann eine Bürgschaft und ein Pfandrecht gültig bestellt werden, weil es ein gültiges Geschäft ist; nur erstreckt sich die Anfechtbarkeit auch auf die Bürgschaft und das Pfandrecht, außer der Bürge oder Verpfänder würde auf sein Anfechtungsrecht verzichtet haben[11].

4) So lange das anfechtbare Geschäft nicht angefochten wird, besteht es gültig und ist durchaus wirksam. Soll es daher beseitigt werden, so ist nöthig, daß der zur Anfechtung Berechtigte durch eine besondere hierauf gerichtete Erklärung oder wenn es zum Streit kommt, durch ein besonderes Rechtsmittel es anficht und zwar letzteren Falles je nach Lage durch eine Klage auf Aufhebung des Geschäfts und auf Zurückgabe des Geleisteten oder wenn er noch nicht geleistet hat und aus dem Geschäft gegen ihn geklagt wird, durch eine exceptio (doli). Dadurch wird nun das Geschäft aufgehoben, vernichtet, aber nicht rückwärts, sondern bloß ex nunc[12]. Nur in einigen wenigen Fällen kann das Geschäft in der Art angefochten werden, daß es rückwärts

---

eine Nichtschuld bezahle, so ist die Zahlung an sich ganz gültig, aber ich habe das Recht, sie mit einer persönlichen Klage (condictio indebiti) anzufechten und die Zurückgabe des Gezahlten zu verlangen.

9 Z. B. in den vorhin angeführten Fällen des Verkaufs ist der gezwungene oder betrogene Verkäufer die verkaufte Sache schuldig und wenn er dem Käufer wegen des Preises Kredit gab und ihm die verkaufte Sache tradirte, so geht durch die traditio sein Eigenthum an der Sache auf den Käufer über; nur kann der Verkäufer wegen des Zwangs oder Betrugs den Vertrag anfechten.

10 C. de transact. 2, 4 cst. 30.

11 S. § 69 Beil. I Nr. 2, b.

12 Es gilt dann ganz das in § 69 Lit C. Nr. II 1 und § 68 Beilage II Nr. 1, 2 und II Ausgeführte.

(ex tunc) vernichtet wird, also so zu behandeln ist, als ob es überhaupt von Anfang an ohne Wirkung gewesen wäre [13].

5) Das anfechtbare Geschäft kann seine Anfechtbarkeit verlieren und dann bleibt es gültig; denn die Anfechtbarkeit beruht auf einem besonderen Recht des zur Anfechtung Berechtigten; fällt dies Recht weg, z. B. durch Verjährung des Anfechtungsrechts oder dadurch, daß der Berechtigte darauf verzichtet, so bleibt nun das Geschäft bestehen und zwar nun als ein unanfechtbares [14]. Ein solcher Verzicht kann auch stillschweigend ausgesprochen werden durch konkludente Handlungen, z. B. wenn der zur Anfechtung Berechtigte weiß, daß er seine Schuld anfechten konnte, aber sie dennoch zahlt oder ein Pfand dafür bestellt oder sonst das Geschäft genehmigt [15].

III. Die heilbare Nichtigkeit. Von den Fällen unter I und II muß man noch einen besonders modificirten Fall der Nichtigkeit unterscheiden. Nach Nr. I, 5 ist bei nichtigen Geschäften eine spätere Genehmigung völlig wirkungslos. Von dieser (bloß von dieser) Konsequenz der Nichtigkeit machen gewisse Fälle eine Ausnahme. Es giebt nämlich nichtige Geschäfte, denen unser Recht einen Keim der Gültigkeit beilegt, indem es bei ihnen einer der Parteien die Befugnis giebt, wenn sie wolle, durch spätere Genehmigung dem Geschäft rückwärts Gültigkeit zu verschaffen, wobei dann das Geschäft so zu behandeln ist, als ob es von Anfang gültig geschlossen worden wäre [16]. Wir nennen ein solches Geschäft ein negotium claudicans (ein hinkendes); denn durch dasselbe ist der andere Kontrahent bis auf einen gewissen Grad gebunden, nämlich für den Fall, daß die Partei, welche durch ihre Genehmigung das Geschäft gültig machen kann, es später genehmigen würde [17]. So lange aber diese von ihrem Genehmigungsrecht keinen Gebrauch macht, ist das Geschäft als nichtiges zu behandeln (es ist an sich nichtig), und wenn sie überhaupt keinen Gebrauch davon

---

[13] Vgl. Beilage III Nr. I b. Sodann giebt es einen Fall (den des SC. Macedonianum), in welchem das Geschäft zwar durch eine Einrede anfechtbar ist, aber nur sehr beschränkt, indem bloß seine Klagbarkeit zerstört wird (s. § 103).

[14] S. Beilage I Nr. I. — Viele (auch Savigny und Windscheid) zählen die anfechtbaren Geschäfte zu den ungültigen Geschäften. Allein dies ist entschieden unrichtig, da das anfechtbare Geschäft an sich ganz gültig ist, und kann nur zu Verwirrung und Mißverständnis führen.

[15] Beilage I Nr. IV 2.

[16] Beilage II im Anfang und Lit. A. Nr. 2, 3.

[17] Beilage II Lit. A. Nr. 4, 5.

macht, so bleibt das Geschäft für alle Betheiligten nichtig[18]. Am geeignetsten bezeichnet man diesen Fall durch heilbare Nichtigkeit. Die Meisten aber gebrauchen dafür die Bezeichnung „respektive" oder „relative" Nichtigkeit[19].

IV. Theilweise Nichtigkeit. Es kann der Fall sein, daß bei einem Geschäft ein Nichtigkeitsgrund vorliegt, derselbe sich aber zunächst bloß auf einen Theil des Geschäftes bezieht. In einem solchen Falle ist zu unterscheiden:

1) Bildet dieser Theil das Wesen oder die Grundlage des Ganzen: so ist das Ganze nichtig[20]. Daher sind, wenn der Hauptvertrag nichtig ist, auch die mit ihm verbundenen Nebenverträge ungültig[21].

2) Bildet aber jener (zunächst vom Nichtigkeitsgrund ergriffene) Theil nicht die Grundlage und das Wesen des Ganzen, so kommt der Grundsatz zur Anwendung: utile per inutile non vitiatur[22].

3) Der Grundsatz unter Nr. 2 ist besonders auch für Rechtsgeschäfte, welche auf Veräußerung einer Sache gehen, von Wichtigkeit; denn es kann bei denselben sein:

a. daß die Obligation aus dem Veräußerungsvertrag nichtig, die nachherige Veräußerung aber, welche durch traditio der Sache geschieht, gültig ist und das Eigenthum übergeht; oder

---

18 Es trifft dann ganz das unten Nr. I Ausgeführte ein. Beilage II Lit. A Nr. I. — Eine solche modificirte Nichtigkeit findet namentlich statt, wenn ein Minderjähriger ein verpflichtendes Geschäft ohne Zustimmung seines Vormundes eingeht oder eine seiner Sachen veräußert, ohne diese Zustimmung und ohne das nöthige decretum magistratus; oder wenn der Vormund Sachen desselben veräußert ohne das erforderliche Dekret erlangt zu haben. Wenn hier die verletzte Partei das Geschäft später genehmigt, z. B. der Vormund später zustimmt und wo es nöthig ist, das richterliche Dekret nachgeholt wird, oder der Minderjährige unter Umständen, unter welchen er gültig sich verpflichten kann, also nach Erreichung seiner Volljährigkeit das Geschäft genehmigt, so wird dem nichtigen Geschäft rückwärts Gültigkeit gegeben, als ob es von Anfang an gültig geschlossen worden wäre. Macht er aber keinen Gebrauch von dem Genehmigungsrecht, so bleibt das Geschäft für alle Betheiligten nichtig. Beilage II Lit. A. 4.

19 Allein in diesen Bezeichnungen liegt ein unrichtiger Gedanke, wie überhaupt die Meisten das Verhältnis unrichtig auffassen, s. Beilage II Lit. B.

20 D. de R. I. 50, 17 l. 178; fam. herc. 10, 2 l. 27.

21 Z. B. Bürgschaften, Pfandrechte, sollten sie auch an sich keinen Mangel haben.

22 D. h. die übrigen Theile des Geschäfts, so weit sie für sich bestehen können, bleiben gültig (Arndts l. c. Anm. 7); z. B. verspreche ich aus einem Darlehn 9 Procent Zinsen, so ist der Zinsvertrag gültig, aber nach römischem Recht nur bis zu 5 Procent; mache ich Jemandem eine Schenkung im Werth von 2000 Dukaten, ohne sie bei Gericht zu insinuiren, so ist sie nach römischem Recht nichtig, aber nur so weit sie 500 Dukaten übersteigt, weil nur zu einer Schenkung über 500 Dukaten Insinuation nöthig ist. — Ferner: ist ein Nebenvertrag ungültig geschlossen, so hat dies auf die Gültigkeit des Hauptvertrags keinen Einfluß. Cod. de don. 8, 54 cst. 34 pr.; D. de don. int. vir. 24, 1 l. 31 § 4; de his quae in test. 28, 4 l. 2.

b. daß die Obligation zwar gültig, der Veräußerungsakt aber wirkungslos ist[23];

c. daß die Obligation und Veräußerung nichtig ist, nämlich wenn der Nichtigkeitsgrund sich auf Beides erstreckt.

V. Nachfolgende Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit. Ist wegen eines Mangels ein Geschäft nichtig (Nr. I. III) oder anfechtbar (Nr. II), so wird dieser Mangel in der Regel schon beim Abschluß des Geschäfts vorliegen; dann nennt man die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit eine ursprüngliche. Es kann aber auch sein, daß das Geschäft ohne allen Mangel abgeschlossen wurde und erst später Umstände eintreten, durch welche es vernichtet oder wenigstens anfechtbar wird, sog. nachfolgende Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit[24]. In letzterer Hinsicht ist die Frage wichtig, ob ein Geschäft, das gültig und unanfechtbar errichtet wurde, später durch eine bloße Veränderung der Umstände, unter denen es geschlossen wurde, nichtig oder anfechtbar werden kann, eine Frage, die in der Regel zu verneinen ist[25].

VI. Ein nichtiges Geschäft kann in manchen Fällen konvalesciren. Konvalescenz eines nichtigen Geschäfts ist nämlich, wenn dasselbe durch ein späteres Ereignis Gültigkeit bekommt. Eine solche Konvalescenz ist in der Regel nicht möglich; denn dadurch kann ein nichtiges Geschäft nicht von selbst Existenz und Gültigkeit bekommen, daß später der Umstand, wegen dessen es nichtig geschlossen war, sich so ändert, daß es nunmehr gültig errichtet werden könnte[26].

Es giebt aber einige Fälle, in denen ein nichtiges Geschäft durch ein späteres Ereignis konvalescirt. Ein Fall allgemeinerer Bedeutung ist der unter Nr. III angeführte; die anderen Fälle sind Besonderheiten und daher bei den Lehren, wo sie eingreifen, zu erörtern. — Diese Konvalescenz kann aber eine verschiedene sein; sie kann so eintreten, daß nun das ursprünglich nichtige Geschäft mit dem Eintritt des Ereignisses

a. rückwärts (ex tunc) gültig wird, als ob es schon von Anfang gültig abgeschlossen worden wäre; dahin gehören die Fälle der

---

[23] Z. B. wenn ich eine Sache, die mir nicht gehörte, unbefugt verkaufte und tradire, so ist der Veräußerungsakt wirkungslos, d. h. der Käufer wird nicht Eigenthümer, aber ich bin ihm aus dem Kaufe gültig verpflichtet und muß ihm daher, wenn der Eigenthümer ihm die Sache evincirt, Ersatz leisten.

[24] S. Beilage III Nr. I und II.

[25] Hierüber und über die sog. clausula rebus sic stantibus s. Beilage III Nr. III.

[26] S. Beilage I Nr. II 2. — Inst. quibus non est permissum 2, 12 § 1.

heilbaren Nichtigkeit (s. Nr. III[27]). Dies ist Konvalescenz im engern oder eigentlichen Sinn.

b. Es kann aber auch das Geschäft in der Weise gültig werden, daß die Wirksamkeit desselben bloß ex nunc eintritt, d. h. von Eintritt des Ereignisses an[28].

VII. Mit der Konvalescenz ist aber nicht zu verwechseln:

1) der Fall, wenn bei einem anfechtbaren Geschäft die Anfechtbarkeit wegfällt (Nr. II 5); denn hier konvalescirt gar Nichts, da das Geschäft von Anfang an gültig war; dasselbe ist nun eben unanfechtbar geworden (es fällt bloß das Recht zur Anfechtung weg und das Geschäft bleibt gültig).

2) Der Fall der Konversion; denn auch in diesem konvalescirt nicht ein nichtiges Geschäft; sondern es steckt nur in dem nichtigen Geschäft ein anderes (und zwar gültiges) Geschäft. Es ist nämlich möglich, daß ein Geschäft wegen eines Mangels als dasjenige, als welches man es errichten wollte, nicht bestehen kann, daß es aber alle Erfordernisse eines andern Geschäfts an sich trägt und als dieses ganz gültig sein konnte[29].

In solchen Fällen nun kann dann das Geschäft als dieses andere aufrecht erhalten werden, wenn der Wille der Parteien eventuell darauf gerichtet war[30].

3) Der Fall der falschen Bezeichnung eines Geschäfts. Wenn nämlich die Parteien ein gewisses Geschäft schließen wollen und wirklich schließen, ihm aber dabei einen falschen Namen geben (z. B. einen Vertrag schließen, der seinem Inhalt nach ein Pachtvertrag ist, sie ihn aber einen Kauf nennen), so versteht sich von selbst, daß dies der Geltung des Geschäfts keinen Eintrag thut und nicht der Name entscheidet (darüber, was für ein Geschäft geschlossen worden), sondern der Inhalt des Geschäfts[31].

---

[27] Ferner die bei Arndts § 414 Abs. 2 und § 402 Note n. o. angeführten.

[28] Z. B. wenn Jemand eine fremde Sache veräußert und tradirt und er später ihr Eigenthum, z. B. durch Beerbung des Eigenthümers erwirbt: so wird von nun an (für die Folgezeit) die Veräußerung wirksam.

[29] Z. B. ich will nach gemeinem Recht ein Testament errichten, ziehe aber bloß 6 Zeugen zu; dieser letzte Wille ist ein nichtiges Testament, aber als Kodicill könnte er gelten, weil dazu nur 5 Zeugen nöthig sind.

[30] D. de iur. cod. 29, 7 l. 1; de accept. l. 46, 4 l. 8 pr.; de const. pec. 13, 5 l. 1 § 4. — Man nennt dies eine conversio actus iuridici.

[31] In dem angeführten Beispiel sind dann nicht die Rechtsgrundsätze über Kauf anzuwenden, sondern die über Pacht. Vgl. D. de praescr. verb. 19, 5 l. 6.

4) Zahlung aus einem nichtigen Geschäft[32].

VIII. Die ratihabitio. Wichtig ist noch die Frage, welche Wirkung es hat, wenn ein mangelhaftes Geschäft später genehmigt wird. Ihre Beantwortung liegt schon in dem bisher Ausgeführten. Unter ratihabitio, Genehmigung, versteht man das Gutheißen von etwas Geschehenem als Solchem, bei Rechtsgeschäften das Gutheißen eines Geschäfts (eignen oder fremden), das früher geschlossen wurde als eines früher geschlossenen. Wenn ein solches Geschäft gültig und unmangelhaft abgeschlossen wurde, so ist die Genehmigung an sich ohne besondere Wirkung auf das Geschäft, also etwas Überflüssiges; nur kann dadurch der Beweis des Geschäfts erleichtert und einem Streit darüber vorgebeugt werden. Ist aber das Geschäft mit Mängeln behaftet, so kommt es ganz auf die Art des Mangels an. War nämlich

1) das Geschäft anfechtbar, so wird seine Anfechtbarkeit durch ratihabitio von Seite Dessen, der es anfechten könnte, gehoben (s. Nr. II 5). Es bleibt nun eben das an sich gültige Geschäft gültig (die Anfechtbarkeit fällt weg, s. Beilage I Nr. I).

2) War es absolut nichtig, so kann es durch eine ratihabitio nicht gültig werden (s. Nr. I und Beilage I Nr. 2. 3).

3) Dagegen wirkt die ratihabitio als wahre Genehmigung, d. h. sie macht das nichtige Geschäft rückwärts gültig

a. bei der heilbaren Nichtigkeit (s. Nr. III und Beilage I Nr. II 1);

b. in den Fällen der Beilage I Nr. III.

Beilage I.

Die Frage, welche Wirkungen die spätere Genehmigung eines mangelhaften Rechtsaktes habe, wird sehr verschieden beantwortet, von den Meisten aber, wie man wohl sagen kann, auf eine unbefriedigende und unhaltbare Weise; nur Wenige (zu denen hauptsächlich Puchta Pand. § 51 Nt. c, Savigny Syst. III S. 556 ff. gehören) deuten im Wesentlichen das Richtige an; vgl. Mein Württemb. Privatrecht (1851) II. S. 739—742. Namentlich wird häufig die Entscheidung von Distinktionen abhängig gemacht, die in der That nicht maßgebend sind, während die eigentlich maßgebenden Momente nicht gehörig herausgehoben werden (dies ist auch der Fall bei Arndts § 78, ferner bei Hufeland Geist des römischen Rechts I Abthl. IV S. 218 f. 222 f. (verdruckt statt 318, 322), mit dessen Resultate im Wesentlichen auch Das übereinkommt, was Vangerow Pand. I § 88 und F. W. K. Beckhaus Über die Ratihabition der Rechtsgeschäfte Bonn 1859 S. 11 f. ausführen. Andere (die meisten Älteren und auch noch Neuere, z. B. Thibaut Pand. § 111, Mühlenbruch Pand. § 100 und selbst Windscheid Pand. § 74 Nt. 6 § 83 Nt. 6, 10)

[32] Darüber s. Beilage II Nr. IV 2.

behaupten, es sei durchaus Regel, daß jede Genehmigung rückwirkende Kraft habe, und fügen dann der Regel eine Reihe von Ausnahmen bei, die sie bei einer solchen Regel nicht gehörig motiviren können. Sie stützen die Regel hauptsächlich auf zwei Konstitutionen Justinians (C. de don. int. vir 5, 16 cst. 25 und ad. SC. Maced. 4, 28 cst. 7 pr.), Stellen aber, die theils zu allgemein aufgefaßt, theils in einer Beziehung genommen werden, die sie nicht haben aussprechen wollen. — Was nämlich zunächst den allgemeinen, in diesen Stellen ausgesprochenen Satz über die Zurückbeziehung der Genehmigung betrifft: so wollen sie damit wohl nur Folgendes in der Natur der Sache Liegendes aussprechen:

Im Begriffe einer Genehmigung liegt, daß wir einen früheren Vorgang, auf den sie sich bezieht, als solchen, d. h. als früheren Vorgang bekräftigen, etwas früher Geschehenes als ein Geschehenes, also von der Zeit an, in der es geschah, gutheißen wollen. Soll daher die Genehmigung als eine solche, also als wahre juristische Genehmigung wirken: so muß durch sie das früher Geschehene rückwärts bekräftigt werden, und so liegt es daher in der Natur einer wahren, juristisch wirksamen Genehmigung, daß sie rückwärts wirkt, d. h. den Mangel des früheren Vorganges von der Zeit seines Abschlusses an hebt. — Dieses allein sagt Justinian in den angeführten Konstitutionen. Kann einer Ratihabition diese Wirkung nicht zukommen: so gilt und wirkt sie juristisch nicht als Genehmigung; sie ist dann nur faktisch, aber nicht in ihren juristischen Wirkungen eine Ratihabition, kann jedoch allerdings die Grundlage eines ganz neuen Rechtsgeschäftes werden (s. nachher Nr. II 2, 3). — Es kommt hiernach lediglich auf die Frage an: in welchen Fällen gilt eine faktische Ratihabition wirklich auch juristisch als Ratihabition?

Die Beantwortung dieser Frage liegt eigentlich schon ganz in Demjenigen, was über die Natur nichtiger und anfechtbarer Rechtsgeschäfte auszuführen war. Man muß nämlich unterscheiden:

I. Ist der Mangel, an dem ein Rechtsgeschäft leidet, bloß ein solcher, wegen dessen das Geschäft angefochten werden kann, der zur Anfechtung Berechtigte aber genehmigt es später durch eine dem Betheiligten gemachte und von diesem angenommene Erklärung: so wird nun dadurch die Anfechtbarkeit aufgehoben und das Geschäft (das ja von Anfang an gültig geschlossen und bloß anfechtbar war) bleibt daher gültig, als ob es nie anfechtbar gewesen wäre, vorausgesetzt, daß der Genehmigende den Anfechtungsgrund kannte und in der Lage war, sich gültig zu verpflichten und der Grund der Anfechtbarkeit nicht auch auf seine Erklärung sich erstreckt; z. B. wenn ein Betrogener nach entdecktem Betruge, ein Gezwungener in freiem Zustande, ein enorm Verletzter nach erlangter Kenntniß von der Verletzung das Geschäft gutheißt, C. de his q. vi 2, 20 cst. 4, ad SC. Maced. 4, 28 cst. 2; D. d. cond. ind. 12, 6 l. 24, de min. 4, 4 l. 3 § 1 (in den Worten Et placet bis cessare). Unrichtig ist es aber, wenn Vangerow Pand. § 88 Nr. 2 d. 7. Ausg. heilbar nichtige Geschäfte mit an sich gültigen, aber anfechtbaren in gleiche Kategorie setzt, ferner wenn er sagt, daß hierher insbesondere der von Justinian in cst. 25 cit. (C. de don. int. vir.) entschiedene Fall gehört; denn diese cst. 25 spricht nicht von einem bloß anfechtbaren, noch von einem solchen nichtigen Geschäft, dessen Mängel so beschaffen sind, daß sie durch bloße Einwilligung gehoben werden können, s. unten Nr. 3.

II. Handelt es sich von einem nichtigen Rechtsgeschäft, und

1. Der Fall ist ein solcher, in welchem die Nichtigkeit eine heilbare (sog. respektive oder relative) ist: so liegt der Keim einer möglichen Konvalescenz im Geschäft, indem hier einer Partie das Recht zukommt, durch ihren Willen eine Konvalescenz des nichtigen Geschäftes herbeizuführen. Wenn daher diese Partie später in einer Lage, in der sie sich gültig verpflichten kann, oder für sie in gehöriger Weise ihr Vertreter das Geschäft ratihabirt: so wird es nun rückwärts so gültig, als ob es von Anfang an ganz gültig geschlossen wäre (s. Beilage II); es wirkt also hier die Ratihabition als wahre juristische Genehmigung.

2. Ist aber die Nichtigkeit nicht eine heilbare, sondern das Geschäft absolut

12, 6 l. 24 (das eben Gesagte ergiebt sich aus dieser Stelle vermöge eines argumentum a contrario aus den Worten quum sciret ꝛc.).

2. Eine Ratihabition kann natürlich auch stillschweigend geschehen, d. h. durch eine anderweite Handlung, aus welcher der Wille, zu genehmigen, zu schließen ist, z. B. wenn Jemand für eine Schuld, die er anfechten könnte (Nr. 1), nachdem der Anfechtungsgrund zu seiner Kenntnis gekommen war, ein Pfand bestellt oder sie bezahlt oder sich vom Gläubiger an einen Dritten delegiren läßt; D. de condict. ind. l. 24, de nov. 46, 2 l. 12 im Anfang. Zahlt er bloß einen Theil der Schuld: so liegt darin nur für diesen Theil eine Ratihabition, außer er hätte die Zahlung bloß für eine Abschlagszahlung erklärt und dadurch indirekt die ganze Schuld anerkennen wollen. — Dagegen versteht es sich von selbst, daß eine nichtige Schuld so wenig durch eine stillschweigende Ratihabition konvalesciren, d. h. rückwärts gültig werden kann, als es durch eine ausdrückliche möglich ist (Nr. II, 2). Hieraus folgt namentlich, daß die Behauptung Vieler, durch Zahlung konvalescire ein nichtiges Rechtsgeschäft, unrichtig ist. Wenn nämlich eine Partie den Betrag einer nichtigen Schuld nicht aus Irrthum (über den Fall des Irrthums s. vorhin Nr. 1), sondern mit der Nichtigkeit der Schuld bekannt und unter Umständen, unter denen sie sich gültig verpflichten kann, zahlt: so wird dadurch das nichtige Verhältnis nicht rückwärts ein gültiges; wohl aber ist eine solche wissentliche Zahlung einer Nichtschuld für sich ein selbstständiges und wirksames Geschäft und deßhalb kann das Gezahlte in der Regel nicht zurückgefordert werden; aber es wirkt nicht zurück, sondern seine Wirksamkeit datirt erst vom Augenblick der Zahlung an; D. d. condict. ind. 12, 6 l. 1 § 1. — Eine Ausnahme von dem Gesagten machen nur die Fälle der heilbaren Nichtigkeit; denn die Eigenthümlichkeit derselben besteht eben gerade darin, daß in ihnen das nichtige Geschäft durch Genehmigung, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, also auch durch wissentliche Zahlung wahrhaft konvalesciren, d. h. rückwärts gültig werden kann; Beilage II Lit. A, 2.

Beilage II. Heilbare Nichtigkeit. Es giebt Fälle der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts, in welchen sie rückwärts gehoben, also eine Konvalescenz des nichtigen Geschäfts bewirkt werden kann und zwar lediglich durch den Willen einer der Partieen oder ihres Vertreters. In diesen Fällen ist das Geschäft zwar an sich nichtig, kann aber durch den Willen jener Partie vermöge eines ihr eingeräumten besonderen Rechts seine volle und allseitige Gültigkeit erhalten. Ist das Geschäft ein entgeltliches: so hinkt es in einem solchen Falle (sog. negotium claudicans), d. h. der andere Theil muß sich, wenn jene Partie das Geschäft genehmigt, die Konvalescenz desselben gefallen lassen, durch welche dann für beide Theile Gültigkeit des Geschäfts eintritt, während er durch seinen Willen diese Konvalescenz nicht herbeiführen kann (nachher Lit. A. Nr. 4). Die hieher gehörigen Hauptfälle bilden Veräußerungen, die ein Minderjähriger ohne Zustimmung seines Kurators oder ohne das nöthige decretum magistratus vornahm oder die vom Kurator ohne das erforderliche Dekret geschahen oder bei denen das Dekret nicht in der gehörigen Weise gegeben oder befolgt wurde, ferner verpflichtende Rechtsgeschäfte jeder Art, welche ein Unmündiger, der die Jahre der Kindheit überschritten hat, ohne Mitwirkung seines Vormundes schloß, nach deutschem Rechte aber alle verpflichtende Geschäfte, die ein Minderjähriger überhaupt ohne Zustimmung eines Vormundes einging; s. § 48 und die folgenden Stellen.

A. Das Rechtsverhältnis bei einer solchen Nichtigkeit, welche meines Erachtens am geeignetsten durch heilbare Nichtigkeit bezeichnet wird, geht dahin:

1) Bei einem heilbar nichtigen Geschäft tritt an sich Das ein, was bei jedem nichtigen Geschäfte Rechtens ist. Namentlich ist auch hier, wie bei nichtigen Geschäften überhaupt, eine Klage, um das Geschäft anzugreifen, weder nöthig (da das Geschäft schon an sich Nichts gilt), noch möglich, da man Nichtexistirendes nicht erst umstoßen oder angreifen kann. Wenn daher ein Minderjähriger seine

Sache ohne Zustimmung des Vormundes veräußert oder die Veräußerung zwar mit Zustimmung des Vormundes oder vom Vormunde selbst, aber ohne das erforderliche decretum magistratus geschah: so kann der Minderjährige durch die Veräußerung, eben weil sie nichtig ist, sein Eigenthum an der Sache gar nicht verlieren und ist daher befugt, sie jedem Besitzer mit der Eigenthumsklage abzufordern C. 5, 71 de praed. min. cst. 15, 16; 5, 37 de adm. tut. cst. 22 § 6; 5, 74 si mai. fact. al. cst. 3 D. 27, 9 de reb. eor. l. 5 § 15. Ferner: Wenn ein Minderjähriger ohne Zustimmung des Vormundes Etwas auf Kredit kauft: so ist der Kauf für ihn unverbindlich, existirt rechtlich nicht, weil er ohne Zustimmung des Vormundes ein verpflichtendes Geschäft nicht eingehen kann; eine Klage aber, um diese Unverbindlichkeit geltend zu machen, hat er natürlich nicht nöthig, auch hätte sie kein Objekt, da kein Geschäft existirt, das durch sie angegriffen werden könnte. Es ist daher unrichtig, wenn Savigny Syst. IV S. 542 in solchen Fällen von einer Kontraktsklage spricht; denn ein Vertrag existirt in diesen Fällen rechtlich gar nicht.

2) Diese Nichtigkeit ist aber heilbar, d. h. wenn die Partie, welcher das Gesetz das Recht einräumt, durch ihren Willen die Konvalescenz des Geschäfts herbeizuführen (oder deren Erbe), das Geschäft genehmigt (natürlich unter Umständen, unter denen sie eine solche Erklärung gültig geben, sich also verpflichten kann): so tritt nun Konvalescenz des Geschäfts ein; es wird rückwärts gültig und ist so zu behandeln, als ob es schon von Anfang an für beide Partieen und nach allen seinen Seiten gültig abgeschlossen worden sei. Wenn daher in den unter Nr. 1 angeführten Beispielen einer nichtigen Veräußerung der Sache eines Minderjährigen dieser die Veräußerung nach erreichter Volljährigkeit oder unter Mitwirkung seines Vormunds noch während seiner Minderjährigkeit genehmigt: so wird nun das Geschäft für beide Partieen rückwärts so gültig, als ob es von Anfang an gültig geschlossen worden wäre, quasi ab initio legitimo decreto fuisset res alienata C. 5, 74 si mai. fact. alien. cst. 3 (vgl. auch cst. 2 eod.) D. 26, 8 de auctor. tut. l. 5 § 2 a. E.

3) Diese Genehmigung kann ausdrücklich geschehen oder stillschweigend, z. B. dadurch, daß der Paciscent, welcher das verpflichtende Geschäft in seiner Minderjährigkeit einging, nach erreichter Volljährigkeit von seinem Kontrahenten dessen Gegenleistung annimmt oder von seiner Seite erfüllt, ferner (nach cst. 3 cit.) bei Veräußerungen dadurch, daß er nach erreichter Volljährigkeit eine gewisse Zeit lang die Nichtigkeit des Geschäfts nicht geltend macht (bei entgeltlichen Geschäften 5 Jahre lang, bei Schenkungen dagegen inter praesentes 10, inter absentes 20 Jahre lang). Eine solche Genehmigung liegt natürlich auch darin, wenn er gegen seinen Gegner auf Erfüllung des Geschäfts klagt (was natürlich, wenn er noch minderjährig ist, nur unter Mitwirkung seines Vormundes geschehen kann). Aus dem Letzteren erklären sich namentlich D. 3, 5 de negot. gest. l. 3 § 4 und 18, 5 de rescind. vend. l. 7 § 1 i. d. W.: atque si ab initio ꝛc.

4) Es ist also bei solchen nichtigen Geschäften die andere Partie in so fern schon von Anfang an gebunden, als sie es sich gefallen lassen muß, daß das Geschäft durch die spätere Entschließung der einen Partie, von deren Willen die Konvalescenz abhängt, konvalescirt, während die Letztere nicht einmal in dieser Weise durch das Geschäft gebunden ist. Dieses bloß wollen wohl die die Quellen ausdrücken, wenn sie von solchen Fällen sagen: ex uno latere constat contractus: nam qui emit (a pupillo sine tutoris auctoritate) obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat D. 19, 1 de act. emt. vend. l. 13 § 29 I. 1, 21 de auct. tut. pr.; vergl. auch Savigny Syst. III S. 40 IV S. 541, Puchta Pand. § 232. Da hiernach

5) ein solches Geschäft doch einen Keim der Gültigkeit in sich hat, weil wenigstens in der genannten Weise die eine Partie gebunden ist und es durch Ratihabition rückwärts gültig werden kann: so hat dies zur Folge, daß, wenn ein Dritter dafür gut sagt, daß die Partie, von deren Willkür die Konvalescenz abhängt, das Geschäft gelten lassen und zahlen werde, eine solche Intercession ganz gültig ist und der Intercedent für seine Zusage haften muß D. 45, 1

de V. O. l. 127 (bei der l. 127 ist zu beachten, daß ein Pupill bei einer ungültigen Obligation einer mora sich nicht schuldig machen kann, da er gar nicht obligirt ist) 4, 8 de recept. l. 35, während eine Intercession für ein absolut nichtiges Geschäft nichtig ist. D. de V. O. l. 6; 46, 1 de fideiuss. l. 70 § 4.

B. Das Rechtsverhältnis beim sog. negotium claudicans (Lit. A) wird gewöhnlich anders aufgefaßt; namentlich a. ging früher die gewöhnliche Ansicht dahin: ein solches Geschäft sei zwar nichtig, aber nur relativ oder respektiv, das heiße, nur die begünstigte Partie (in den angeführten Beispielen der Minderjährige) könne das Geschäft als ein nichtiges mit einer Nichtigkeitsklage angreifen, für sie bestehe es nicht, während es für alle sonstige Interessenten durchaus gültig und verbindlich sei und auch gültig bleibe, wenn Jene es nicht als nichtig angreife. Allein gegen diese Auffassung des Verhältnisses s. die interessante und tüchtige Abhandlung über absolute und negative Nichtigkeit von H. Brandis in der Gießener Zeitschr. VII S. 121—205; ein Angreifen eines nichtigen Geschäfts durch ein besonderes Rechtsmittel, eine querela nullitatis, ist weder nöthig, noch überhaupt möglich, da ja schon in der Nichtigkeit eines Geschäfts die Negation seiner Existenz liegt; auch ist das Nichtige, eben weil es juristisch gar nicht existirt, für jeden Interessenten wirkungslos und kann nicht bloß für einen Theil nicht existiren, für andere Theile aber seine volle Wirksamkeit äußern. — b. Andere, namentlich Brandis a. O. S. 134 f., 149 f. und mit ihm auch Arndts Pandekten 3. Ausg. § 234 a. E., wollen das Verhältnis durch eine theilweise Nichtigkeit erklären, bei welcher die begünstigte Partie bloß Rechte, aber nicht Verpflichtungen aus dem Vertrage erhalte, also ihr Gegner das im Vertrage Versprochene leisten müsse, für sie dagegen keine Verpflichtung zur Erfüllung entstehe. Allein diese Auffassung ist mit der Natur entgeltlicher oder sog. zweiseitiger Verträge nicht wohl vereinbar. Denn wenn auch beim entgeltlichen Vertrage von den gegenseitig begründeten Verbindlichkeiten später die der einen Partie wegfallen kann, während die der anderen Partie fortbesteht: so würde es doch dem Begriffe eines entgeltlichen Vertrags widersprechen, wenn er schon in seiner Entstehung ein einseitiger sein könnte, d. h. er bloß für die eine Partie Verbindlichkeiten herbeiführen würde, nicht aber auch für die andere Partie. Durch Das aber, was Brandis und was v. Vangerow Pandekten I § 279 gegen die sog. respektive Nichtigkeit (Lit. a) ausführen, wird die oben unter A. entwickelte Auffassung des Verhältnisses nicht getroffen; denn nach ihr ist das Geschäft an sich für alle Betheiligte nichtig, nur hat eine Partie das besondere Recht, durch eine Erklärung die Nichtigkeit rückwärts und zwar dann für alle Theile zu heben und damit die Gültigkeit des Geschäfts herbeizuführen, und nur in so weit ist die andere Partie gebunden, als sie sich dies gefallen lassen muß. Allerdings hängt es bei dieser Auffassung lediglich von dem Willen der einen Partie ab, ob das Geschäft zur Konvalescenz kommen und somit sie und die andere Partie gebunden sein soll. Dieses aber, meinen Brandis S. 145 und v. Vangerow S. 518 (der 7. Ausgabe) widerspreche dem Geiste des römischen Rechts, wie sich aus D. 17, 1 mandat. l. 3 § 2 ergebe, welche es für iniquum erkläre, non esse mihi cum illo actionem, si nolit, illi vero, si velit, mecum. Allein die Behauptung, daß solche Verhältnisse dem Geiste des römischen Rechts widersprechen, läßt sich nicht beweisen. Schon die vielen Fälle der Anfechtbarkeit eines Geschäfts, in welchen die zur Anfechtung berechtigte Partie und zwar sie allein und ihr Rechtsnachfolger die Wahl hat, ob sie das Geschäft anfechten und umstoßen oder ob sie es gelten lassen will, beweisen das Gegentheil. Auch ergiebt sich sonst noch aus anderen Quellenstellen, daß das römische Recht es nicht unnatürlich oder ungerecht fand, daß mitunter die Frage über die Gültigkeit und Wirksamkeit eines Geschäfts von der Willkür eines der Betheiligten abhängig gemacht werde, s. z. B. D. 18, 3 de leg. commiss. l. 2, 3. Dazu kommt aber noch, daß gerade die Entscheidung, welche nach der angeführten l. 3 § 2 mand. einige römische Juristen gaben und für welche jener Satz nam iniquum est ꝛc. von Paulus angeführt wird, in der gleich folgenden Stelle, in l. 4 eod. und

in l. 33 verworfen wird, und zwar nicht, wie Brandis besonders betont, erst durch das spätere römische Recht; die beiden angeführten Stellen beweisen das Gegentheil, und die l. 33 (von Julianus) sagt von ihrer Entscheidung quod a plerisque responsum est (daß in dem in diesen Stellen berührten Falle auch der Mandant auf Vollziehung des Geschäfts klagen könne, wie Brandis S. 146 mit Cujacius Observatt. XII, 34 behauptet, läßt sich wohl durch keine Stelle beweisen; der Mandant hat in einem solchen Falle nur eine Klage auf Ersatz des verletzten Interesses).

C. Die Stellen, welche vom contractus claudicans der Pupillen handeln (Lit. A) will v. Vangerow Pandekten I § 279, besonders S. 518 und ähnlich auch schon Büchel Erörterungen II S. 68 ff. dahin erklären: der Mitkontrahent des Pupillen sei stets vollständig an alle von ihm übernommene Verbindlichkeiten gebunden, der Pupill sei ebenfalls auf das Ganze verpflichtet, aber seine Verbindlichkeit sei nur eine obligatio naturalis; klagbar verpflichtet sei er nur, so weit er durch das Geschäft bereichert sei. v. Vangerow nimmt also weder wie Brandis (gegen dessen Ansicht über die Natur der angeblichen obligatio naturalis der Pupillen er sich mit Recht S. 516 ff. ausspricht) theilweise Nichtigkeit an, noch wie viele Andere, besonders Ältere, eine respektive Nichtigkeit in dem unter B. bemerkten Sinne, noch eine heilbare Nichtigkeit (Nichtigkeit mit möglicher Konvalescenz), sondern will Alles durch die Annahme einer obligatio naturalis des kontrahirenden Pupillen erklären. Allein würde auch das römische Recht die Inkonsequenz enthalten, daß ein Unmündiger selbständig durch Geschäfte jeder Art sich naturaliter, also zwar unklagbar, aber doch im Übrigen durchaus rechtlich wirksam verpflichten könne, während es doch bei ihm davon ausgeht, daß er ohne Mitwirkung des Tutors die zur Eingehung von Verpflichtungen erforderliche Willensfähigkeit durchaus nicht habe (nec velle nec nolle in ea aetate creditur, l. 189 de reg. iur., s. auch l. 10 de iur. et fact. ign. 22, 6): so könnten doch dadurch die Stellen nicht erklärt werden, welche bei Veräußerungen ganz entschieden von einer Nichtigkeit mit möglicher Konvalescenz sprechen, wie C. 5, 74 si mai. fact. est. 3 D. de act. tut. l. 5 § 2.

Was aber jene angebliche obligatio naturalis betrifft: so ist die Frage, ob denn das römische Recht wirklich einem Unmündigen die Fähigkeit zuschreibe, selbständig und ohne alle Mitwirkung des Tutors verpflichtende Geschäfte mit der Wirkung einer obligatio naturalis zu schließen, eine mehr als zweifelhafte und höchst bestrittene (vgl. Arndts § 230 Anm.). Sie wird in einigen Stellen so direkt und entschieden verneint, daß man, wenn, wie Viele glauben, in anderen Stellen (s. unten Nr. 2) eine Bejahung der Frage ausgesprochen sein sollte, mit Savigny Obligationenrecht I S. 74 auf das Resultat kommen müßte, die römischen Juristen seien über die Frage verschiedener Ansicht gewesen und die Digesten enthalten, indem sie diese verschiedenen Ansichten unvermittelt geben, eine nicht zu lösende Antinomie. Zu den Hauptwirkungen einer obligatio naturalis gehört nämlich, daß der Gläubiger seine Forderung aus einer solchen Obligation zur Kompensation benutzen und der Schuldner das Gezahlte nicht als indebitum zurückfordern kann. Jenes Recht der Kompensation aber räumt keine Quellenstelle Dem ein, gegen den ein Unmündiger ohne Mitwirkung des Tutors sich verpflichtete (vgl. unten Nr. 2) und daß der Unmündige das Gezahlte zurückfordern könne, wird aufs Bestimmteste gesagt und zwar ausdrücklich aus dem Grunde, weil er in solchen Fällen gar nicht, auch nicht einmal naturaliter verpflichtet sei, D. 12, 6 de condict. ind. l. 41 (repetitio est, quia nec natura debet); außerdem wird auch in D. 44, 7, de O. et A. l. 59 geradezu die obligatio naturalis des Unmündigen verneint (pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem naturali iure obligatur) und in I. 3, 29 quib. mod. obl. § 3 gesagt, es sei hier obligatio nulla. — So wird die naturalis obligatio in den Quellen aufs entschiedenste verneint. Nun sollen aber doch nach der Behauptung Vieler andere Stellen (die unten Nr. 2 Lit a. ff. angeführten) das Gegentheil aussprechen und davon

ausgehen, daß der Unmündige durch solche Rechtsgeschäfte allerdings naturaliter obligirt werde. Die Anhänger dieser Ansicht suchen diesen scheinbaren Widerspruch der Quellen in verschiedener Weise zu vermitteln. Die Meisten wollen ihn durch Distinktionen beseitigen; sie meinen, für gewisse Fälle werde bei Rechtsgeschäften Unmündiger die obligatio naturalis in den Quellen verneint, für andere Fälle aber bejaht (s. Arndts § 230 Anm. Nr. 2, 4). Allein dieser Weg der Vereinigung hat gar keinen Halt in den Quellen; er trägt in sie Distinktionen hinein, von denen sie gar Nichts andeuten; s. auch Vangerow Pandekten I S. 516, 517, Savigny Obligationenrecht I S. 73. Andere, wie v. Vangerow und v. Scheurl, glauben, die oben angeführten Stellen, in welchen jede Obligation, auch die naturalis verneint wird, durch Auslegung ganz beseitigen zu können, so daß die naturalis obligatio des Unmündigen außer Zweifel sei. Es meint nämlich v. Scheurl (Heidelb. krit. Zeitschr. f. Rechtswissenschaft I S. 508), in l. 41 und 59 cit. werde nicht die Naturalobligation des Unmündigen geleugnet, sondern bloß die Klagbarkeit seiner Obligation, denn naturaliter obligari heiße bisweilen auch klagbar verpflichtet sein, z. B. in D. de auct. tut. l. 5 pr. — Allein diese Auslegung ist unmöglich. Die oben angeführten Worte quia nec natura debet und quidem iure naturali obligatur können nicht heißen und heißen in den Quellen nie: es werde zwar geschuldet, aber nicht klagbar, sondern nur unklagbar; sie können vielmehr keinen anderen Sinn haben, als: es werde gar nicht geschuldet, auch nicht einmal unklagbar; überdies würde in l. 41 der Entscheidungsgrund zur Entscheidung gar nicht passen, wenn mit den Worten quia ꝛc. bloß die Klagbarkeit der Obligation negirt werden sollte. — v. Vangerow Pandekten I § 279 S. 517 (der 7. Ausgabe) glaubt, die l. 41 und 59 citt. durch die Behauptung beseitigen zu können, das Zurückforderungsrecht, welches sie dem Unmündigen beilegen, stützte sich lediglich auf die Veräußerungsunfähigkeit des Unmündigen; er werde zwar durch das Rechtsgeschäft naturaliter verpflichtet, dürfe aber das Gezahlte zurückfordern, weil er nicht veräußern, also nicht gültig zahlen könne und daraus (?) folge wohl auch, daß sein Gläubiger kein Kompensationsrecht habe. — Allein auch diese Auslegung ist eine unmögliche. Denn jene Stellen stützen ja ihre Entscheidung nicht auf den Vangerow'schen Grund, sondern lediglich darauf, daß der Unmündige gar nicht, auch nicht einmal naturaliter verpflichtet sei. Was aber die Veräußerungsunfähigkeit des Unmündigen betrifft: so heißt diese bloß so viel: er kann nicht Eigenthum am Gezahlten übertragen (D. 26, 8 de auct. tut. l. 9 § 2). Wenn er aber, wie Vangerow annimmt, naturaliter verpflichtet wäre: so müßte sein Zurückforderungsrecht ausgeschlossen sein, sobald der Gläubiger das Gezahlte konsumirt hat (l. 9 § 2 cit. 46, 3 de sol. l. 14 § 8). Allein die l. 41 cit. giebt ihm ganz allgemein, also auch im letzteren Falle ein Zurückforderungsrecht, quia nec natura debet. Aus der Unfähigkeit des Pupillen aber, wirksam zu zahlen, würde keineswegs, wie Vangerow folgert, sich ergeben, daß der Gläubiger die angebliche obligatio naturalis, wenn er vom Mündel aus einem anderen Rechtsverhältnisse belangt wird, nicht zur Kompensation benutzen könnte. Das Letztere kann nur daraus folgen, daß die Quellen eine obligatio naturalis des Pupillen nicht anerkennen.

D. Nach allem Diesem wird es unleugbar sein, daß die Frage, ob ein Unmündiger aus Rechtsgeschäften, die er ohne Mitwirkung des Tutors eingeht, naturaliter verpflichtet werde, in mehreren Stellen unserer Quellen entschieden verneint wird. Aber ebenso unleugbar ist, daß in anderen Stellen solchen Rechtsgeschäften doch eine gewisse Wirksamkeit (und zwar keineswegs bloß, wie Puchta Pand. § 237 Note h glaubt, wenn der Unmündige bereichert ist) zugeschrieben und diese Wirksamkeit durch naturalis obligatio bezeichnet wird. Diese Wirksamkeit aber ist eben gerade die, welche nach dem oben S. 432 f. Ausgeführten mit der heilbaren Nichtigkeit verbunden ist und so würden diese Stellen mit den Stellen, in welchen jede Obligation, auch die unklagbare, geleugnet wird, keineswegs im Widerspruche stehen, sondern bloß so viel sagen: das Rechtsge-

geschäft des Unmündigen ist nichtig, erzeugt daher an sich keine Obligation, auch nicht eine unklagbare (obligatio nulla); aber es ist nicht absolut wirkungslos, sondern es trägt einen Keim der Gültigkeit in sich, indem es durch gehörige Ratihabition vollkommen wirksam werden kann und für diesen Fall auch der andere Kontrahent gebunden ist. — Was nämlich die anzuführenden Stellen sagen, erklärt sich wohl durchaus aus dieser Heilbarkeit der Nichtigkeit. Denn aus derselben folgt:

1) daß für eine solche Obligation des Unmündigen eine Intercession zulässig ist (oben Nr. 5);

2) daß durch die Ratihabition des Unmündigen (natürlich, wenn er noch unmündig ist, unter Mitwirkung seines Tutors) oder seines Erben die Obligation vollkommen gültig werden kann. Eine solche Ratihabition kann nicht nur ausdrücklich geschehen, D. 39, 5 d. don. l. 19 § 4 (wenn der Unmündige, qui sine tutoris auctoritate debuerit, postea tutore auctore promittat), sondern auch a. dadurch, daß der Unmündige aus dem Geschäft klagt. Daraus erklären sich D. 3, 5 de neg. gest. l. 3 § 4; 18, 5 de retr. vend. l. 7 § 1. Zwar wollen Vangerow a. O. S. 516, 518, Savigny a. O. S. 67, 68 und Andere gerade in diesen Stellen eine obligatio naturalis des Unmündigen entschieden ausgesprochen finden, da in ihnen das Kompensationsrecht des Gläubigers (aber, wie Vangerow nun in der 7. Ausgabe es beschränkt, nur bei zweiseitigen Obligationen, aus denen der Pupill klage) anerkannt sei. Allein jene Stellen erkennen ein solches Kompensationsrecht keineswegs an sich an, und weder sie noch irgend eine Quellenstelle deuten an, daß der Promissar des Unmündigen die Forderung aus dem Rechtsgeschäfte zur Kompensation benutzen könne, wenn er aus einer anderen Obligation vom Unmündigen belangt wird (was sie anerkennen müßten, wenn der Unmündige naturaliter obligatus wäre). Jene Stellen sagen vielmehr nur: wenn der Unmündige aus dem eingegangenen für ihn unverbindlichen Geschäft klagt: so könne nun der Beklagte seine Gegenforderungen aus diesem Geschäfte geltend machen. Dieses ist aber lediglich Folge der Heilbarkeit der Nichtigkeit eines solchen Geschäfts. Klagen kann der Unmündige nur unter Mitwirkung seines Tutors; es liegt also in der Anstellung der Klage eine gehörige Genehmigung; dadurch wird das Geschäft auch für den Unmündigen nach allen seinen Seiten gültig und verpflichtend und deßhalb kann nun auch der Beklagte seine Gegenforderungen geltend machen. — Eine solche Ratihabition kann ferner b. durch Zahlung Dessen, wozu der Unmündige sich durch das Geschäft verpflichtete, geschehen. Deßhalb kann der Erbe des Unmündigen, wenn er die Schuld zahlt, nicht zurückfordern (D. 36, 1 ad. SC. Treb. l. 64 pr.), und eben so wenig kann der Unmündige selbst zurückfordern, wenn er unter Mitwirkung seines Tutors (denn daß bei den folgenden Stellen diese Mitwirkung vorauszusetzen ist, giebt auch Vangerow S. 517 zu) zahlte. Dies sagen D. l. 64 pr. cit. 35, 2 ad leg. Falcid. l. 21 pr. und namentlich auch 36, 2 qdo. dies l. 25 § 1. Denn diese Stelle sagt: wird dem Titius eine von einem Pupillen ohne Mitwirkung des Tutors kontrahirte Schuld vermacht, so würde das Vermächtnis, wenn man das Verhältnis nehme, wie es gegenwärtig sei, nullius momenti sein, weil der Pupill gar Nichts schuldet (nihil debet); fasse man aber naturalem obligationem und futuram solutionem ins Auge, d. h. den Keim der möglichen Gültigkeit, der in einem solchen Verhältnisse liegt, seine mögliche Konvalescenz durch Zahlung, dann sei es anders; das Vermächtnis sei gültig, nur hänge seine Wirksamkeit davon ab, ob später der Pupill die Schuld ratihabirt (interim nihil Titius petet, quasi tacite conditio inserta sit). — Hiernach wird von keiner Stelle der Obligation des Unmündigen eine weiter gehende Wirksamkeit beigelegt, als welche aus der Heilbarkeit ihrer Nichtigkeit folgt. Dazu kommt noch folgendes Argument: wäre die Obligation des Unmündigen eine wahre Naturalobligation: so hätte er, um sich gegen ihre Wirkungen, z. B. gegen ein Kompensationsrecht des Gläubigers, zu schützen, kein anderes Mittel, als die in integrum restitutio, und diese wollen ihm auch Die-

jenigen geben, welche eine solche Naturalobligation annehmen, z. B. Savigny a. O. S. 76. Allein Ulpian verweigert sie ihm, weil er sie nicht nöthig habe (D. 4, 4 de min. l. 16 pr.), also weil die Obligation an sich schon nichtig ist, somit auch nicht einmal eine Naturalobligation vorliegt. Eine Restitution könnte er nur ansprechen, wenn er tutore auctore die Schuld ratihabirt, weil er dann nicht mehr communi auxilio et mero iure munitus ist.

Beilage III.

I. Die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts kann eine ursprüngliche sein, wenn das Geschäft ungültig errichtet wurde, also schon bei der Errichtung des Geschäfts ein zur Gültigkeit desselben wesentliches Moment fehlte, z. B. bei einem Testament ein Formfehler gemacht, das Geschäft von einem dazu Unfähigen errichtet wurde u. dergl. Sie kann aber auch eine erst nachfolgende sein, d. h. ein an sich gültig, errichtetes Geschäft durch einen später eintretenden Umstand vernichtet werden. Bei dieser nachfolgenden Nichtigkeit muß man aber, was nicht immer gehörig geschieht, unterscheiden:

a. In der Regel wirkt der eingetretene Vernichtungsgrund nicht zurück, sondern hat nur die Folge, daß mit seinem Eintritt das Geschäft zusammenfällt und nun für die Zukunft, aber bloß für diese (ex nunc) seine Wirksamkeit verliert. Zu einer solchen nachfolgenden Ungültigkeit gehört auch der Fall, wenn ein Geschäft gültig, aber anfechtbar ist, und die Partie, welche die Befugnis hat, es anzufechten, von ihrem Anfechtungsrecht wirklich Gebrauch macht; dadurch wird nun das Geschäft für die Folgezeit aufgehoben, also vernichtet; siehe auch § 68 Beilage II, Nr. 4.

b. Es giebt aber auch Fälle, in welchen der später eintretende Vernichtungsgrund nicht bloß für die Folgezeit, sondern bis auf einen gewissen Grad auch rückwärts wirkt, dem Geschäft also auch für die vergangene Zeit rückwärts (ex tunc) seine Wirksamkeit entzieht, namentlich in Beziehung auf Rechte, die an dem Gegenstande in der Zwischenzeit vom Erwerber desselben Dritten eingeräumt worden sind. Dies ist z. B. der Fall, wenn ein Geschäft unter einer Resolutivbedingung errichtet wurde und diese später eintritt. Auch gehören hieher gewisse dem deutschen Recht bekannte anomale Fälle der Anfechtbarkeit eines Geschäfts. Es giebt nämlich nach deutschem Recht Fälle, in welchen ein Rechtsgeschäft zwar als an sich gültig behandelt wird, aber einem Betheiligten wegen eines Mangels des Geschäfts die Befugnis gegeben wird, es anzufechten, aber nicht bloß so, daß es nun für die Folgezeit aufgehoben würde (Lit. a), sondern so, daß, wenn er von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch macht, nun das Geschäft als von Anfang an nicht existent gewesen, somit als von Anfang an nichtig nach allen Beziehungen, also nach seiner ganzen früheren Wirksamkeit, die es hatte, zu behandeln ist. Das Geschäft ist in einem solchen Falle anomaler Weise als nichtig anfechtbar; z. B. eine Ehe, welcher ein sog. impedimentum dirimens privatum entgegensteht, behandelt das deutsche Gewohnheitsrecht an sich als gültig, jedoch so, daß wenn der berechtigte Private das Hindernis geltend machen will, er auf Vernichtung der Ehe in der Art klagen kann, daß ausgesprochen werde, sie habe von Anfang an gar nicht zu Recht bestanden. In diesem Falle kann man dann von einer Nullitätsquerel sprechen, indem hier durch die Klage ein Rechtsverhältnis, das an sich gültig ist, doch mit der Wirkung als nichtig angegriffen werden kann, daß das Geschäft nun als ein von Anfang an nichtig gewesenes zu erklären ist. Vergl. darüber auch mein Württemb. Privatrecht II S. 668—670.

II. Ebenso, wie bei der Nichtigkeit, kann man auch bei der Anfechtbarkeit eine ursprüngliche und eine nachfolgende unterscheiden. Es kann nämlich die Anfechtbarkeit begründet werden durch einen Mangel, der schon beim Abschluß des Geschäfts vorhanden war, z. B. wenn die eine Partie zum Geschäft gezwungen oder vom Gegner durch Betrug verleitet oder beim Geschäft enorm verletzt wurde oder wenn Jemand einem Andern eine Zusage vertragsmäßig

machte in der irrigen Meinung, rechtlich dazu verbunden zu sein (in welchem Falle er sie durch die condictio und exceptio indebiti anfechten kann). Es kann aber auch das Geschäft auf eine an sich unanfechtbare Weise abgeschlossen und erst durch später eintretende Umstände die Anfechtbarkeit begründet werden (nachfolgende Anfechtbarkeit), z. B. wenn der Beschenkte sich gegen den Schenker später undankbar zeigt und dieser deßhalb die Schenkung wieder umstoßen kann.

III. Wenn ein Geschäft gültig abgeschlossen wurde, später aber die Umstände sich so ändern, daß es unter diesen Umständen gar nicht hätte geschlossen werden können oder nicht geschlossen worden wäre: so entsteht die Frage, ob es nun im ersteren Falle dadurch nichtig oder wenigstens im letzteren Falle anfechtbar werde. Das Erstere scheinen einige Stellen des römischen Rechts zu bejahen, z. B. D. 45, 1 de V. O. l. 98 pr. 34, 8 de his quae pro non script. l. 3 a. E. Allein andere Stellen sagen eben so allgemein das Gegentheil, z. B. D. 50, 17 de R. I. l. 85 § 1, und dies erklärt sich daraus, daß allerdings die Frage in manchen Fällen zu bejahen, in anderen aber zu verneinen ist, und wenn man daher die Frage bejaht, man doch sofort mit der l. 140 § 2 de V. O. beifügen müßte: non tamen hoc in omnibus verum est. — Ist nämlich ein Geschäft gültig eingegangen worden: so wird es

1. in der Regel nicht dadurch nichtig, daß später Umstände eintreten, unter denen es gar nicht gültig hätte eingegangen werden können. Denn die Requisite zur gültigen Eingehung eines Geschäfts sind in der Regel nicht auch Requisite der Dauer seiner Gültigkeit, z. B. ein Vertrag und ein Testament, welche von einem dazu Fähigen errichtet wurden, werden nicht ungültig, wenn der Errichtende später wahnsinnig wird oder durch eine Prodigalitätserklärung die Testirfähigkeit und die Verpflichtungsfähigkeit verliert; schenkt Jemand seiner Braut Etwas und heirathet sie später: so bleibt das Geschenk gültig, obwohl er seiner Frau in der Regel ein gültiges Geschenk nicht machen kann; schließt Jemand nach dem dermalen bestehenden Rechte einen gültigen Vertrag: so fällt der Vertrag nicht zusammen, wenn später durch ein neues Gesetz ein solcher Vertrag für unzulässig erklärt wird. I. 2, 12 quibus non est perm. § 1, 3. D. 23, 2 de rit. nupt. l. 16 § 2; 1, 6 de his qui sui iuris l. 8 pr. verb.: Nam furiosus licet ꝛc., vergl. auch § 32 Beilage I. Doch kann es Requisite geben, welche auch Erfordernisse der fortdauernden Gültigkeit eines Geschäfts sind, und hier versteht es sich dann von selbst, daß, wenn später ein solches Requisit wegfällt, nun das Geschäft nichtig wird. Requisite dieser Art sind, daß der Gegenstand des Geschäfts rechtlich mögliches Objekt des Verkehrs bleibt, bei letzten Willen, daß ihr Errichter die Privatrechtsfähigkeit behält; verliert der Letztere diese Rechtsfähigkeit oder hört der Gegenstand auf, in commercio zu sein: so fallen Testament und Vertrag zusammen. Allein Fälle der letztern Art können bei uns nur höchst selten vorkommen, während sie bei den Römern sich häufig ereignen konnten. Denn nach römischem Recht konnten viele Sachen extra commercium kommen (wenn sie res sacrae, religiosae oder publicae wurden) und dann fiel ein früher über sie geschlossener Vertrag zusammen (was bei uns in dieser Weise nicht mehr vorkommen kann, s. Seite 277, außer es würden durch ein Polizeigesetz gewisse Sachen dem Verkehr ganz entzogen), ferner war bei ihnen eine capitis deminutio maxima oder media nicht selten und wer eine solche erlitt, konnte ein gültiges Testament nicht hinterlassen, es mußte also auch das an sich gültig errichtete Testament durch eine solche capitis deminutio des Erblassers zusammenfallen (I. 2, 17 quib. mod. test. § 1), was bei uns ebenfalls nicht mehr vorkommen kann s. § 43.

2. Ein gültig abgeschlossenes Geschäft wird durch eine spätere Änderung der Umstände, unter denen es geschlossen wurde, in der Regel nicht einmal anfechtbar. Zwar behaupten viele Ältere, bei jedem Geschäfte verstehe sich in der Regel die sog. clausula rebus sic stantibus von selbst, das heiße, wenn später unverhoffte Umstände eintreten, unter denen die eine Partie das Geschäft nicht geschlossen haben würde: so könne diese es nun wegen der verän-

derten Umstände anfechten und umstoßen. Allein dies ist eine durchaus irrige, der Natur der Sache widersprechende, auch von unseren Rechtsquellen durchaus nicht unterstützte Ansicht. Denn getäuschte Erwartungen einer Partie, so weit sie auf einem Irrthum in den Beweggründen beruhen, und bloße subjektive Voraussetzungen, von denen sie ausging, sind nicht zu beachten (s. die Lehre vom Irrthum bei Verträgen); auch würde, wenn man solche Rücksichten nehmen wollte, dadurch jede Sicherheit des Verkehrs untergraben. — In unserer Zeit wird daher mit Recht jene Ansicht über die clausula rebus sic stantibus, besonders seitdem sie von A. D. Weber Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit ꝛc. § 90 tüchtig widerlegt worden, allgemein verworfen.

Eine Veränderung der Umstände kann die Wirkung, daß nun das Rechtsgeschäft anfechtbar würde, nur dann haben, wenn a. die Partieen darüber übereinkamen, den Bestand gewisser Umstände als Voraussetzung ihres Geschäfts festzusetzen, sei es, daß sie Dieses ausdrücklich festsetzten, z. B. verabredeten, daß, wenn gewisse Umstände wegfallen oder sich ändern, die eine Partie das Recht haben sollte, das Geschäft aufzuheben, oder daß eine solche übereinstimmende Absicht stillschweigend aus der Art und Weise, wie das Geschäft geschlossen wurde, oder aus der Natur desselben (z. B. D. 46, 3 de sol. l. 38 pr.) hervorgeht; vergl. Meine Erörterungen II S. 93 f., Windscheid Lehre von der Voraussetzung 1850 S. 18 f. 153 f.; b. wenn ausnahmsweise die Gesetze aus besonderen Gründen einer Partie bei Veränderung gewisser Umstände das Recht einräumen, das Geschäft aufzuheben. Letzteres ist bei manchen Rechtsverhältnissen der Fall, z. B. wenn Jemand ein Haus auf längere Zeit vermiethet: so kann er vor Ablauf dieser Miethzeit den Miethvertrag wieder aufheben, wenn ihm wegen eines unvorhergesehenen Bedürfnisses die eigne Benutzung des Hauses nöthig wird; Arndts § 313 Anm. 2 Lit. d. Allein dies sind ganz besondere Ausnahmen, die bloß bei den Rechtsverhältnissen gelten, für welche das Gesetz sie ausdrücklich festsetzt und die man nicht verallgemeinern darf.

III. Unerlaubte Handlungen (Delikte).

Im Allgemeinen.

§ 85.

(Arndts § 84.)

Unerlaubt ist jede Handlung, sei es eine positive oder negative, durch welche ein fremdes Recht verletzt wird. Um aber Jemanden für eine Verletzung auf dem Gebiete des Privatrechts verantwortlich machen zu können, dazu wird erfordert

1) Widerrechtlichkeit der That. Wenn daher bei einer objektiv rechtsverletzenden That das Moment der Widerrechtlichkeit fehlt, so kann sie nicht ein Delikt sein, namentlich also, wenn sie durch einen besonderen rechtlichen Grund als gerechtfertigt erscheint, z. B. wenn man einen Angreifer in gerechter Nothwehr verletzt oder wenn der Verletzte uns die Verletzung gestattet hatte [1].

2) Es muß durch die That eine Verletzung fremder Rechte wirk-

[1] D. ad leg. Aquil. 9, 2 l. 3, l. 4 pr., l. 7 § 4, l. 45 § 4.

lich herbeigeführt worden sein; denn der bloße Versuch einer Rechtsverletzung ist auf dem Gebiet des Privatrechts bedeutungslos[2].

3) Die Verletzung muß eine Handlung des Thäters sein, also seinem Thun und Wollen zur Last gelegt werden können. Dazu wird erfordert

a. Willensfähigkeit oder natürliche Handlungsfähigkeit des Thäters; deßhalb kann ein infans, ein Geisteskranker, eine juristische Person nicht ein Delikt begehen[3].

b. Freiheit der äußern That; z. B. ich bin für das Geschehene nicht verantwortlich, wenn Jemand mich durch Gewalt auf eine fremde Sache hinstößt und ich sie dadurch zertrete; oder wenn ich Etwas für einen Andern besorgen sollte, mir aber durch ein unüberwindliches äußeres Hindernis die Besorgung unmöglich gemacht wurde. Dagegen wird die Freiheit nicht aufgehoben durch Drohungen (s. § 71); auch nicht durch eine sonst wie bedrängte Lage; nur dann ist man für eine Verletzung nicht verantwortlich, wenn sie zur Abwendung eines wahren Nothstandes begangen wurde, d. h. um eine gegenwärtige unmittelbare Gefahr für Leib oder Leben von sich oder seinen Angehörigen abzuwenden[4].

c. Die Verletzung muß im Willen des Thäters ihren Grund haben, d. h. der Thäter muß sie (die Verletzung) entweder wissentlich herbeigeführt haben oder es mußte ihm wenigstens möglich gewesen sein, bei gehöriger Sorgfalt unter den vorliegenden Umständen die Handlung als eine zur Verletzung führende zu erkennen und zu vermeiden[5].

Sind diese Erfordernisse vorhanden, so trifft den Thäter eine Schuld (culpa im engern Sinn), d. h. die That kann ihm zur Last gelegt oder zugerechnet, er dafür verantwortlich gemacht werden; seine Handlung ist ein Delikt im weitern Sinn[6], ein Vergehen.

---

[2] D. de R. V. 6, 1 l. 36 § 1; de furt. 47, 2 l. 21 § 7; de ini. 47, 10 l. 15 § 10, l. 17. — Darin unterscheidet sich das Privatrecht von Dem, was bei öffentlichen Verbrechen gilt.

[3] Vgl. § 44. 49. 55.

[4] Das Nähere hierüber ist im Strafrecht auszuführen. Vgl. Mein Handbuch des Sächs. und Thür. Strafrechts § 54.

[5] I. de l. Aquil. 4, 3 § 3—7.

[6] Vgl. § 86 Nr. I.

Die Arten der Schuld.

§ 86.

(Arndts § 85.)

Die Schuld (§ 85 a. E.) kann sich verschieden äußern und eine sehr verschiedene sein[1]:

I. in objektiver Hinsicht, d. h. in Beziehung auf die Beschaffenheit der äußern That, in welcher sich die Schuld äußert. Man kann eine Schuld begehen

1) durch positive Handlungen, durch die man in die fremde Rechtssphäre eingreift, z. B. fremde Sachen zerstört, sie unterschlägt, raubt u. dergl.: culpa in faciendo[2];

2) durch bloße pflichtwidrige Unterlassungen, durch die man einen Andern zu Schaden bringt, z. B. wenn ich die bei mir hinterlegte oder mir geliehene Sache schlecht bewahre und die Sache dadurch zu Schaden oder abhanden kommt: culpa in non faciendo oder in omittendo[3]. Bei letzterer ist aber Folgendes wohl zu beachten:

a. Auf dem Gebiet des Privatrechts ist man an und für sich nicht verbunden, für Andere irgend etwas Positives zu thun, z. B. für ihre Sachen zu sorgen, von ihnen Schaden abzuwenden u. dergl.[4]. Durch Unterlassen solchen Thuns begeht man daher an und für sich kein Unrecht und keine Schuld gegen Den, für den man hätte sorgen können[5]. Man ist an sich bloß verpflichtet, sich positiver Handlungen, durch welche ein Eingriff in fremde Rechtssphäre verübt wurde, zu enthalten und wird daher nur durch solche positive Eingriffe, also durch Delikte im engern Sinn, ersatzpflichtig. An sich kann nur durch ein facere ein Unrecht begangen werden, nicht durch ein non facere.

b. Wenn man dagegen mit Jemandem in einer besondern Obli-

---

[1] Die Litteratur s. bei Arndts l. c. Anm. 1. Besonders verdienstlich sind die Arbeiten von Donellus Commentarii de iure civili Lib. XVI cap. 6. 7 (und Hasse (Die culpa des römischen Rechts. 1815. 2. Ausg. 1838).

[2] Über die Bezeichnung dieser culpa durch aquilische culpa (Arndts § 85 a. E.) s. § 87 Nr. I a. E.

[3] Arndts l. c. Note d.

[4] Anders, wenn man eine positive Handlung vorgenommen hat, deren schädliche Folgen für Dritte man hätte abwenden können und dies unterläßt.

[5] Man wird daher durch ein solches non facere nicht verantwortlich, weil man zum facere nicht verpflichtet ist.

gation steht, die uns zu einer Thätigkeit (für ihn oder seine Angelegenheiten) verpflichtet, dann kann man gegen ihn auch durch ein non facere eine Schuld, ein Unrecht begehen; nämlich wenn man jene Thätigkeit schuldhaft unterläßt und er dadurch Schaden leidet. Man hat dann, wie die Römer sagen, eine Pflicht zur diligentia und custodia und wird auch für Unterlassung dieser Pflicht, also für culpa in non faciendo verantwortlich (wenn dadurch dem Andern ein Schaden zuging).

3) Über die Terminologie ist noch zu bemerken, daß das römische Recht bloß in den Fällen von Nr. 1 (in welchen die Handlung schon ihrer Natur nach an sich ein Unrecht ist, ohne alle Rücksicht auf ein etwa bestehendes obligatorisches Verhältnis zum Verletzten), also bloß bei Eingriffen in fremde Rechte durch schuldhafte positive Handlungen, den Ausdruck delictum im technischen Sinn gebraucht und bloß in diesen Fällen von einer obligatio ex delicto spricht. Dagegen spricht es in den Fällen von Nr. 2 in der Regel bloß von einer Verletzung der Obligation, in der man steht, und von einer obligatio aus dem Grunde, aus welchem die Obligation entsprang, z. B. einer obligatio ex contractu, ex deposito etc., — und die Klagen auf Ersatz in den Fällen von Nr. 2 nennen die Römer nicht actio ex delicto, sondern actio ex contractu etc. (Klage aus dem zu besonderer Thätigkeit verpflichtenden obligatorischen Grund vgl. § 89 Nr. I). — Von den privatrechtlichen Delikten sind noch wohl zu unterscheiden die strafrechtlichen, die Verbrechen. Es sind dies solche Delikte, welche eine Strafe nach sich ziehen (vgl. § 89 Nr. II).

II. In subjektiver Hinsicht, d. h. in Hinsicht auf das Verhältnis des Willens des Handelnden zu seiner That, kann die Schuld sein entweder eine wissentliche (dolus) oder eine unbewußte (Fahrlässigkeit, culpa im engern Sinn), kulposes Verschulden[4].

1) Dolus oder dolus malus ist der auf die Verletzung eines durch das Recht geschützten fremden Guts gerichtete Wille; also wenn der Thäter Das gewollt hat, was bei seiner Handlung das verletzende Moment bildet; wenn er also verletzt mit dem Bewußtsein der verletzenden Natur seiner Handlung[5]. Wir bezeichnen ihn durch rechtswidrigen Vorsatz, rechtswidrige Absicht, oder durch Arglist. Nur muß man bei diesen Ausdrücken beachten, daß zum dolus nicht erfordert wird, daß man die Verletzung sich gerade als Zweck vorsetzte, sondern es genügt, daß man sie gewollt, also wissentlich begangen und herbeigeführt hat[6].

---

6 Ein Drittes giebt es nicht.

7 Wo dieses Bewußtsein fehlt, ist man nicht in dolo. Vgl. § 72 Lit. B Nr. 3 und die Stellen bei Arndts l. c. Note b.

8 Es ist deßhalb, was Arndts (l. c. nach Note a) sagt, zu eng. — Gewöhnlich behaupten unsere Civilisten (nach Arndts l. c. bei Note e), der Begriff des dolus sei noch zu beschränken je nach den Motiven des Handelnden; dolus sei nur vorhanden, wenn man wissentlich verletze aus schlechten, an sich verwerflichen (niederträchtigen) Motiven

2) Culpa im engern und eigentlichen Sinne oder culpa schlechtweg, Fahrlässigkeit (Versehen) ist vorhanden, wenn der Handelnde das verletzende Moment seiner That nicht gewollt hat, er also nicht verletzen wollte, aber aus Mangel an der gehörigen Sorgfalt und Aufmerksamkeit Ursache der Verletzung war. Sie ist das unabsichtliche, nicht wissentliche aber doch schuldhafte Verletzen durch Übereilung, Unbedachtsamkeit, Leichtsinn, übermäßiges Selbstvertrauen u. dergl. Der kulpos Verletzende will die Beschädigung nicht, billigt sie auch nicht im Voraus; aber sie hat doch in seinem Willen ihren Grund; denn er hätte sie vermeiden können und sollen durch Angewöhnung pflichtmäßiger Sorgfalt und Umsicht, also mit gehöriger Energie des Willens; und so ist auch die culpa ein Fehler des Willens, ein Mangel an der schuldigen Achtung des Rechtsverhältnisses. Hier entsteht aber nun die Frage: welches ist die gehörige Sorgfalt und Umsicht, die das Gesetz von uns in den Verhältnissen zu Dritten verlangt? (s. § 87).

Die Grade der Schuld und ihre Prästation.

§ 87.

(Arndts § 86.)

Der Dolus hat an sich keine Grade; man kann nur wollen und wissen oder nichtwollen und nichtwissen. Allerdings aber kann er von verschiedener Intensität, Entschiedenheit, Festigkeit und Bestimmtheit sein, und dies ist im Kriminalrecht wichtig. Allein darauf kommt es im Privatrecht nicht an; denn in allen Privatrechtsverhältnissen muß man stets für Dolus haften und ist man für jeden Dolus, mag er mehr oder minder intensiv sein, in gleicher Weise verantwortlich[1].

Allein dies ist gegen die Natur der Sache und gegen unsere Quellen, welche mit Recht z. B. von Dem, welcher stiehlt, um Anderen wohlzuthun, ferner von dem Richter, welcher aus Mitleid gegen eine Partei für sie parteiisch ist, doch sagen, die Handlung sei eine dolose (D. de furtis 47, 2 l. 54 § 1; de iudic. 5, 1 l. 15 § 1). Nur bei gewissen Folgen des dolus nahm das römische Recht auf die Motive Rücksicht. Es schließt nämlich in gewissen Fällen gegen Den, der aus Mitleid oder Gefälligkeit einem Andern wissentlich zu Schaden handelt, die infamirende actio doli (vgl. § 45) aus und läßt bloß eine nicht infamirende actio in factum auf Ersatz zu, und um Dieses zu koloriren sagen dann hier die römischen Juristen, die Handlung sei mehr eine dolo proxima (s. die Stellen bei Arndts l. c. Note e). Bei uns aber fällt diese Ausnahme weg, weil wir keine infamirende Privatklage mehr haben.

[1] Ob ich im Ärger, Affekt oder ruhigem Vorsatz dem B. seine Fenster einschlage, ist rechtlich gleichgültig: ich muß eben Ersatz leisten.

Die Fahrlässigkeit dagegen kann sehr verschiedene Grade haben und deßhalb kommt es bei der Frage, ob man für eine unabsichtliche Verletzung verantwortlich werde, sehr darauf an, welche Grade der culpa unser Recht unterscheidet und für welchen Grad man im einzelnen Fall einzustehen hat[2]. Die Grade der culpa müssen natürlich bestimmt werden nach einem gewissen Maßstab, nach welchem das Handeln zu beurtheilen ist und der Handelnde sich zu richten hat. In dieser Hinsicht stellen unsere Quellen theils abstrakte oder objektive Maßstäbe, theils einen ganz konkreten subjektiven auf.

I. Abstrakte oder objektive Maßstäbe. Bei der Bemessung der culpa geht unser Recht in der Regel von einem abstrakten Musterbilde aus, nach welchem man sein Verhalten einrichten soll. Verfehlt man sich dagegen, so macht man sich, wie wir es ausdrücken, einer culpa in abstracto schuldig. Mit Recht aber unterscheiden hier unsere Quellen bloß zwei abstrakte Maßstäbe, also bloß zwei Grade der culpa in abstracto, die culpa lata und levis.

1) Der eine (abstrakte Maßstab) ist das Betragen eines gewöhnlichen Menschen. Man hat nämlich in manchen Fällen bloß dafür einzustehen, daß man sich benimmt wie ein ganz gewöhnlicher auch minder achtsamer Mensch, so daß man von Verantwortlichkeit für einen eingetretenen Schaden frei ist, wenn man nur die Sorgfalt eines ganz gewöhnlichen Menschen angewendet hatte[3]. Fehlt man gegen diesen Maßstab, so begeht man eine grobe Fahrlässigkeit (lata culpa). Sie ist also vorhanden, wenn man nicht einmal die geringere Vorsicht anwendete, die doch in der Regel Jeder, selbst der Mindersorgfältige, nicht hintanzusetzen pflegt; wenn man nicht sieht und beachtet, was doch in der Regel Jeder sieht und beachtet[4]. Der technische römische Ausdruck hiefür ist lata culpa; doch gebrauchen die Römer auch mitunter noch prägnantere Ausdrücke für sie, z. B. negligentia crassa, dissoluta, latior, culpa dolo proxima[5].

---

[2] Bei der culpa in faciendo kommt es auf Grade nicht an; wo man für ein facere einzustehen hat, da muß man es für jede culpa.

[3] S. Beilage I Nr. II 1.

[4] S. die Stellen bei Arndts l. c. Note e. — D. de V. S. 50, 16 l. 213 § 2, l. 223. — Beilage I Nr. II 1 und III 1.

[5] Gewöhnlich wird behauptet, im Privatrechte stehe die culpa lata dem dolus ganz gleich, d. h. in allen Fällen, in denen man für einen dolus oder eine mala fides verantwortlich sei, werde man auch verantwortlich, wenn man die Handlung aus lata culpa begehe. Ähnliches behauptet auch Arndts l. c. bei Note g und bei Anm. 3 und § 250 bei Note c und d. Allein dies ist in dieser Allgemeinheit entschieden falsch, wie es denn auch

2) Der zweite abstrakte Maßstab ist das Betragen eines tüchtigen umsichtigen Hausvaters. In der Regel nämlich genügt es in Rechtsverhältnissen nicht, daß man bloß lata culpa vermeidet, sondern man muß sich mehr zusammennehmen und anspannen, sich einen sorgfältigen, tüchtigen Hausvater zum Muster nehmen, also so umsichtig und sorgfältig sein, wie unter gleichen Umständen ein diligens et studiosus paterfamilias sein würde[6].

Wir bezeichnen einen solchen „hausväterlichen" Fleiß durch diligentia in abstracto, die Römer durch diligentia schlechtweg, oder wenn es sich um Bewahrung einer Sache handelt, auch durch custodia schlechtweg, häufig aber auch durch Zusätze, z. B. man müsse haften für diligentia exacta oder exactissima oder diligentis oder diligentissimi patrisfamilias, oder für diligentia quam diligens paterfamilias suis rebus adhibere solet, oder auch durch diligentia omnis, weil die diligentia diligentis patrisfamilias alle Sorgfalt umfaßt, die man vernünftiger Weise von Jemandem fordern kann. Alle diese Ausdrücke aber bedeuten das Gleiche, indem sie in den Quellen für denselben Fall abwechselnd gebraucht werden. Vgl. Arndts l. c. Anm. 1 und besonders Hasse ibi cit. Fehlt man gegen diese diligentia, vermied man also zwar culpa lata (Dissolutheiten), war aber doch nicht so achtsam, wie ein guter Hausvater es im gleichen Verhältnis gewesen wäre, so macht man sich einer geringen Fahrlässigkeit in abstracto schuldig. Wir bezeichnen dieses geringe Verschulden durch culpa levis in abstracto, die römischen Quellen in der Regel durch culpa schlechtweg oder durch culpa levis, auch culpa omnis (weil es Alles umfaßt, wofür ein Mensch vernünftiger Weise verantwortlich gemacht werden kann, wenn er für Fahrlässigkeit einstehen soll); einmal auch durch culpa levissima (D. ad l. Aquil. 9, 2 l. 44 pr.). Durch diesen letzteren Ausdruck, ferner durch die Bezeichnungen diligentia exactissima. diligentis patrisfamilias u. dergl., deren sich die Quellen hier mitunter bedienen, ließen sich die älteren Juristen von der Glosse an zu der Behauptung verleiten, das römische Recht unterscheide drei Grade der culpa in abstracto; nämlich culpa lata (wenn man ganz dissolut handelt), culpa levis (wenn man nicht die Sorgfalt eines sorgfältigen Hausvaters anwandte) und die culpa levissima (wenn man zwar Alles beobachtet habe, was ein sorgfältiger und vorsichtiger Hausvater gethan haben würde, aber doch nicht so sorgfältig war, wie es ein allersorgfältigster Hausvater gewesen sein würde); namentlich müsse bei solchen Obligationen, die bloß zum Besten der einen Partei dienen, diese Partei für jene culpa levissima haften, z. B. der Kommodatar, der mandans, der deponens, und ebenso müsse man auch dafür haften bei allen Eingriffen in fremde Rechtssphäre, die durch positive Handlungen geschehen, also namentlich bei Fällen, die unter die lex Aquilia fallen. Diese Annahme einer dreigliedrigen culpa in abstracto wurde zwar schon im 16. Jahrhundert von Donellus tüchtig widerlegt; allein seine Ausführung wurde wenig beachtet (oder übersehen), und so herrschte jene Ansicht in Theorie und Praxis bis in unser Jahrhundert.

---

sehr ungerecht wäre. Nur so viel ist richtig, daß, wenn es sich bei einer Obligation von der Pflicht zu Sorgfalt und Achtsamkeit oder zu Aufsicht über eine Sache handelt, so gilt in Beziehung auf Ersatzverbindlichkeit von der culpa lata was vom dolus gilt, d. h. wenn in solchen Fällen das Gesetz eine Partei wegen dolus für verantwortlich erklärt, wie z. B. den Depositar, so gilt das Gleiche auch für culpa lata. Die Partei wird in solchen Fällen für Vernachlässigung jener Sorgfalt auch bei lata culpa ersatzpflichtig. Bloß in dieser Beziehung wird unter der Verbindlichkeit zum Haften für dolus auch die zum Haften für lata culpa begriffen. Näheres s. in Beilage I Nr. III 4.

[6] S. Beilage I Nr. I.

Erst Thibaut hatte das Verdienst, in seinen Vorlesungen und seinem Lehrbuch die Ansicht von Donellus wieder aufzunehmen und ihm folgten einige Andere, namentlich Hasse, welcher (1815) in seiner Schrift über culpa jene drei Grade der culpa in abstracto ausführlich bekämpfte und ihre Unhaltbarkeit so schlagend nachwies, daß sie jetzt beinahe allgemein (in Theorie und Praxis) aufgegeben sind. Auf den ersten Anblick hat allerdings die Annahme dreier Grade der culpa vielen Schein; denn die Quellen sprechen nicht bloß von einem diligens paterfamilias und von diligentia, sondern auch von einem diligentissimus paterfamilias und von diligentia exactissima; auch nennen sie sehr häufig neben der culpa schlechtweg, d. h. der levis, für die man zu haften habe, noch ein Weiteres; sie sagen z. B. man müsse haften für dolus, culpa und diligentia und für diligentia exacta. Allein das Letztere bezeichnet nicht einen Fleiß über die diligentia diligentis patrisfamilias hinaus, für den man einzustehen habe, sondern soll nur, um mögliche Mißverständnisse auszuschließen, sagen, daß hier nicht von der diligentia in concreto (s. Nr. II), sondern von der in abstracto die Rede sei. Und wenn sie nicht bloß von einer diligentia exacta und diligentis patrisfamilias, sondern auch von einer diligentia exactissima oder diligentissimi sprechen, so wollen die letzteren Ausdrücke nicht einen höheren Grad als die diligentia diligentis bezeichnen, sondern nur prägnanter hervorheben, die diligentia begreife Alles, was ein tüchtiger Hausvater thut und vorsieht. Dies beweist sich schon dadurch, daß die Quellen mehrfach, wenn sie von der Haftpflicht einer Partei für den zweiten Grad der diligentia sprechen, wie der des Mandatars, Kommodatars, bald sagen, die Partei müsse für diligentia haften, bald, sie müsse für diligentia exactissima, diligentissimi haften; sie nehmen also Beides gleichbedeutend. Ebenso ist es auch, wenn sie einmal (D. ad l. Aquil. 9, 2 l. 44 pr.) von culpa levissima sprechen. Es ist dies nur ein schärferer Ausdruck für die culpa levis in abstracto oder für culpa omnis, d. h. er bedeutet eben, man müsse für alle Versehen, auch die geringsten, die ein diligens vermeiden würde, haften. Dies beweist sich am schlagendsten gerade durch die l. 44 cit. Während nämlich diese Stelle sagt, in den Fällen der lex Aquilia müsse man für levissima culpa haften, drücken dies andere Stellen desselben Titels so aus: man müsse haften für Alles, was ein diligens vorgesehen haben würde oder man müsse haften für dolus et culpa (D. l. c. l. 30 § 3, l. 31; I. eod. tit. 4, 3 § 14). Es geht also hieraus klar hervor, daß alle diese Ausdrücke das Gleiche bedeuten (Hasse l. c. § 64 ff., und nach ihm Vangerow Pandekten I § 107 und nun auch Pernice Zur Lehre von den Sachbeschädigungen 1867 S. 64 f.).

Hiernach verwirft unser Recht jede von der culpa levis verschiedene levissima culpa, d. h. es verlangt niemals eine größere Sorfalt als die eines sorgfältigen Hausvaters. Auch wäre es nicht zu rechtfertigen, in irgend einem Fall eine Vorsicht zur Pflicht zu machen, die noch über das hinausgeht, was ein umsichtiger Hausvater thut; denn dies wäre die Sorgfalt eines Pedanten, die man Niemandem zur Pflicht machen oder zumuthen kann. Was nicht einmal mit der Sorgfalt eines diligens paterfamilias abzuwenden oder zu vermeiden war, fällt nicht mehr in den Bereich der Verschuldung, sondern ist ein bloßer Zufall[7].

Viele Neuere theilen die culpa ein in aquilische und außer-

[7] Vgl. D. de V. O. 45, 1 l. 137 § 2. 3.

aquilische. Diese Eintheilung fällt im Wesentlichen zusammen mit der Eintheilung in culpa in faciendo und in non faciendo[8]. Wenn man nämlich Jemanden durch eine positive Handlung, ein facere, verletzt, also durch eine positive Handlung in seine Rechtssphäre eingreift, so wird man hiefür dann stets verantwortlich, wenn man dabei sich eines dolus oder irgend einer culpa schuldig machte; man hat also in solchen Fällen (somit bei einem facere im Gegensatz zum non facere) für jede culpa, nicht bloß für lata und für levis in concreto, sondern auch für levis in abstracto, also für culpa omnis zu haften (s. Beilage I Nr. I, 1 und Lit. a). Man muß somit bei allen positiven Handlungen, die in eine fremde Rechtssphäre eingreifen, stets diligentiam diligentis patrisfamilias beobachten. Auf den Grund der culpa kommt es hier nicht an, sondern nur darauf, ob die Handlung überhaupt unter den Begriff der culpa fällt; man ist nur dann entschuldigt, wenn man jene diligentia diligentis angewendet hat, aber durch sie der Schaden nicht vermieden werden konnte, also in die Kategorie des Zufalls (s. § 88) fällt[9].

II. Für gewisse Fälle stellt unser Recht einen ganz besonderen Maßstab auf, für den die besondere Natur dieser Fälle spricht, einen ganz subjektiven oder konkreten, das gewohnte Verhalten der konkreten Person, von deren Verpflichtung die Rede ist. Es giebt nämlich gewisse Verhältnisse, in denen das Gesetz Nichts weiter fordert, als daß man in ihnen ebenso achtsam sei, wie wenn es in eigenen Angelegenheiten zu sein pflege. Dies sind die Fälle der Verwaltung einer Vormundschaft (Beilage I Nr. II 1 b) und einige Fälle, in welchen Eigenes von Fremden sich nicht trennen läßt (Beilage I Nr. II 2 c). In diesen Fällen wird der Verpflichtete sich selbst zum Muster gesetzt, nach welchem er sich richten soll; er hat, wie wir es ausdrücken, bloß diligentiam in concreto zu prästiren, also nur seinen gewohnten Fleiß anzuwenden, den er in seinen eigenen Angelegenheiten an-

---

[8] Vgl. § 86 bei Anm. 2. — So nach Arndts § 85 a. E., welcher indeß hierüber sehr ungenau ist.

[9] Von einigen solchen Fällen nun, nämlich von Sachbeschädigungen, welche durch positive Handlungen verübt werden, und bei denen man also für omnis culpa zu haften hat, handelt die lex Aquilia und ihre späteren analogen Anwendungen und deßhalb bezeichnen Viele in nicht geeigneter Weise die culpa in faciendo (s. § 86 Nr. I) durch aquilische culpa. Darauf allein bezieht sich auch der viel zu allgemein gefaßte Satz bei Arndts l. c. bei Note a.

zuwenden pflegt[10]. Beobachtet man in ſolchen Verhältniſſen dieſen gewohnten Fleiß nicht, handelt man alſo (in der fremden Angelegenheit) nicht einmal ſo ſorgfältig, wie man es doch ſonſt in eigenen Angelegenheiten gewohnt iſt und tritt dadurch eine Verletzung ein, ſo begeht man eine ſog. culpa in concreto oder culpa levis in concreto[11].

In ſolchen Verhältniſſen haftet der Verpflichtete, wenn er eine culpa begeht, dann nicht, wenn er beweiſen kann, daß er in eigenen Angelegenheiten ebenſo zu handeln pflegt (ſ. Beilage I Nr. III 3). Nur darf ſein Verſehen nicht an ſich eine lata culpa ſein; denn für dieſe muß er ſtets haften (ſ. Beilage I Nr. III 1).

Was nun die Frage betrifft, für welche culpa man in jedem einzelnen Fall zu haften habe, ſo entſcheiden darüber folgende Grundſätze:

A. Culpa in faciendo. Bei Eingriffen in eine fremde Rechtsſphäre durch poſitive Handlungen muß man ſtets für jede culpa haften; man hat alſo in faciendo nicht bloß für (dolus und) culpa lata, ſondern auch für levis in abstracto, ſomit für culpa omnis zu haften; man muß ſomit, wenn man eine poſitive Handlung vornimmt, die in eine fremde Rechtsſphäre eingreifen könnte, ſtets diligentia diligentis patrisfamilias anwenden[12].

B. Culpa in omittendo. Steht man mit Jemandem in einer Obligation, ſo muß man auch für Unthätigkeit, für non facere, für Unterlaſſung der obligationsmäßigen Sorgfalt haften, und zwar muß man

1) auch hier in der Regel diligentia diligentis patrisfamilias anwenden, alſo auch für Alles haften, was noch zur Schuld zugerechnet werden kann, ſomit für culpa omnis oder culpa levis in abstracto. Dafür muß namentlich haften:

---

10 Die Römer umſchreiben es: er müſſe diligentiam adhibere qualem ipse (nicht diligens paterfamilias) suis rebus adhibere solet (ſ. Arndts l. c. Note k).

11 Die Römer hatten für dieſe culpa (in concreto) keinen beſondern techniſchen Ausdruck; ſie bezeichnen ſie eben durch culpa, culpa levis, und beſtimmen es dann noch näher durch einen Beiſatz, z. B. der Verpflichtete müſſe haften für culpa levis und zwar für die diligentia, qualem ipse suis rebus adhibere solet (D. famil. herciſc. 10, 2 l. 25 § 16, vgl. die Stellen bei Arndts l. c. Note k).

12 S. Beilage I Nr. I. Dies will Arndts mit den ſchief gefaßten beiden erſten Perioden des § 86 ſagen.

a. die Partei, deren Interessen die Obligation dienen soll[13].

b. Es muß aber auch die Partei, welche bloß Lasten übernimmt, für omnis culpa haften, wenn sie sich zum Geschäft unaufgefordert anbot oder aufdrang (z. B. Depositar), oder wenn sie, wie ein Mandatar, fremde Geschäfte und Angelegenheiten zu besorgen übernahm[14].

c. Ferner muß jeder Schuldner, wenn er in mora ist, während der Zeit der mora für omnis culpa haften[15].

2) Ausnahmen von dieser Regel:

a. Bloß für dolus und culpa lata haftet

α. wer bei einer Obligation bloß Lasten übernimmt (wie der Depositar, commodans etc.)[16], außer in den vorhin unter Nr. 1 b und c angeführten Fällen.

β. Der Schuldner, wenn und so lange sein Gläubiger in mora accipiendi ist[17].

γ. Der Empfänger eines precarium haftete nach dem älteren römischen Recht bloß für culpa lata; nach dem späteren römischen Recht aber gilt auch für ihn die unter Nr. 1 angeführte Regel, d. h. er haftet für omnis culpa.

b. Bloß für culpa levis in concreto wird in den vorhin unter Nr. II angeführten Verhältnissen gehaftet[18].

c. Aber wer bloß für culpa levis in concreto haftet, muß doch stets für culpa lata in abstracto einstehen, und wer bloß für culpa lata in abstracto haftet, muß, falls er in eigenen Angelegenheiten sorgsamer ist, als ein gewöhnlicher Mensch, dafür haften, wenn er in fremden Angelegenheiten nicht diese Sorgfalt beobachtete, also für culpa in concreto haften[19].

3) Wohl zu beachten ist, daß in Beziehung auf culpa in faciendo, d. h. in Beziehung auf positive Handlungen, durch die man Fremdes verletzt, und welche, auch abgesehen von einem obligatorischen

---

[13] S. Beilage I Nr. I 2, s. aber auch nachher Nr. 2 b, (culpa in concreto). Es sind dies bei entgeltlichen Geschäften (Kauf, Miethe ꝛc.) beide Parteien, bei unentgeltlichen die eine, deren Interessen das Geschäft dient.

[14] S. Beilage I Nr. II. 1 a und b.

[15] S. Beilage I Nr. II 3 a.

[16] S. Beilage I Nr. II 1.

[17] S. Beilage I Nr. II 3 b.

[18] S. Beilage I Nr. II. 2 c und Nr. III 1—3.

[19] S. Beilage I Nr. III 1—3.

Nexus ſchon an ſich ein Delikt ſind, es bei der unter A. angeführten Regel auch in den Fällen der Ziffer 2 bleibt, d. h. wenn die dort Genannten eine positive Handlung gegen die Sachen, welche Gegenſtand der Obligation ſind, vornehmen, zu welcher ſie durch die Obligation an ſich nicht befugt ſind, ſo müſſen ſie dabei ſtets für omnis culpa einſtehen (aber nicht ex obligatione, ſondern ex lege Aquilia), z. B. der Depoſitar hat in der Bewahrung der deponirten Sache bloß für lata culpa zu haften; wenn er ſie aber durch eine kulpoſe poſitive Handlung vernichtet oder beſchädigt, ſo muß er dabei für culpa omnis einſtehen und kann mit der aquiliſchen Klage belangt werden, weil ein ſolcher poſitiver Eingriff in fremde Rechtsſphäre, wenn er dolo oder durch irgend eine culpa begangen wurde, ſchon ein Delikt iſt (ganz abgeſehen vom Obligationsnexus).

C. Alle dieſe Beſtimmungen ſind bloß ergänzende Normen (im Sinne von § 20 Nr. I), nur mit der Ausnahme, daß die Verabredung, eine Partei habe nicht für künftigen dolus zu haften, ungültig iſt[20].

D. Über die Beweislaſt, wenn man gegen einen Andern Anſprüche wegen dolus oder culpa hat, ſ. Beilage II und § 89 Nr. I 3 a.

Beilage I. Die Frage, für welchen Grad der culpa man bei jedem einzelnen Verhältniſſe einzuſtehen habe, entſcheidet ſich nach folgenden Grundſätzen:

I. Regel iſt, daß man für culpa omnis zu haften hat. Denn es iſt ein natürliches Gebot, in allen rechtlichen Beziehungen möglichſt achtſam zu ſein, und daraus folgt von ſelbſt die Regel, daß man für Alles, was überhaupt zur Schuld zurechenbar iſt (culpa omnis), verantwortlich wird, alſo für jedes geringe Verſehen (culpa levis in abstracto) und natürlich auch für das unverzeihlichere, für dolus und grobe Fahrläſſigkeit. Daß unſere Quellen von dieſem Grundſatze, als der maßgebenden Regel, durchaus ausgehen (was von Vielen nicht gehörig beachtet oder wenigſtens nicht gehörig herausgehoben wird) ergiebt ſich aus ihren einzelnen Entſcheidungen, bei welchen ſie von dieſer Regel nur dann abweichen, wenn beſondere Gründe für die Anforderung eines geringeren Maßes von Sorgfalt ſprechen (ſ. Nr. II). Die wichtigſten Fälle, in welchen jene Regel zur Anwendung kommt, ſind folgende:

1. Wenn man Jemanden außerhalb eines beſonderen Obligationsnexus verletzt: ſo haftet man für dolus und für jede culpa; D. ad l. Aq. 9, 2 l. 31 l. 44 pr., vgl. auch Arndts § 324 Note d. Nur iſt zu beachten:

a. In ſolchen Fällen haftet man bloß für Eingriffe in die fremde Rechtsſphäre, für poſitive Handlungen, keineswegs aber für Unterlaſſungen, weil man gegen Den, mit welchem man über den betreffenden Punkt in keiner Obligation ſteht, nicht zu einem poſitiven Thun verpflichtet iſt, ihn alſo in ſolchen

[20] Darüber ſ. Beilage I Nr. IV.

Punkten durch eine bloße Unterlaſſung nicht widerrechtlich verletzen kann. Wenn aber Jemand eine positive Handlung vornimmt, so hat er jedenfalls die Verpflichtung, dafür zu sorgen, daß sie nicht in ihren Folgen in fremde Rechtsſphäre eingreift; unterläßt er dies, so haftet er dabei für omnis culpa, auch ohne alle Rückſicht auf eine Obligation, in der er etwa mit dem Verletzten ſtand; z. B. wer auf ſeinem Acker ein Feuer macht, hat dafür zu ſorgen, daß es nicht auch die auf dem Acker des Nachbars ſtehenden Saaten ergreift; wer ſeine Pferde vor dem Gaſthofe, in welchem er einkehrte, frei ſtehen läßt, hat dafür einzuſtehen, wenn ſie durchgehen und Anderen Schaden zufügen, und ebenſo muß der Führer des Wagens mit aller diligentia dafür ſorgen, daß nicht eine Perſon oder eine fremde Sache überfahren werde und die Pferde nicht durchgehen und Andere beſchädigen, außer er könnte beweiſen, daß ihm dabei keine culpa zur Laſt gefallen iſt; I. de l. Aquil. 4, 2, § 6, D. e. t. 9, 2 l. 8 pr. l. 27 § 8, 9.

b. Der redliche Beſitzer einer fremden Sache (bonae fidei possessor) wird dem Eigenthümer der Sache weder durch positive Handlungen, noch durch Unterlaſſungen, durch welche die Sache zu Schaden kommt, irgend verpflichtet; er kann für eine culpa nicht verantwortlich gemacht werden, da er in dem guten Glauben iſt, die Sache gehöre ihm. Damit iſt aber nicht zu verwechſeln der Fall, wenn die Handlung, durch welche er ſich in den Beſitz der Sache ſetzte, einen kulpoſen Eingriff in fremde Rechtsſpäre enthält, denn dann muß er für die nachtheiligen Folgen, die ſeine Handlung für Dritte hat, einſtehen.

c. Dagegen wird ein unredlicher Beſitzer einer fremden Sache durch die Unredlichkeit ſeines Beſitzes dem Eigenthümer der Sache zu ſorgſamer Behandlung derſelben obligirt; er muß daher für jedes Verſehen, mag er es durch positive Handlungen oder durch Unterlaſſungen begehen, haften und die gleiche Verpflichtung trifft auch den redlichen Beſitzer, wenn er vom Eigenthümer auf Herausgabe der Sache belangt wird, von der Ladung an.

2. Die Haftpflicht für omnis culpa gilt auch als Regel bei allen Obligationen und zwar ſowohl in Beziehung auf culpa in faciendo, als, da eine Obligation, ſo weit ſie zu einer Leiſtung verpflichtet, auch durch Unterlaſſungen verletzt werden kann, in Beziehung auf culpa in non faciendo. Namentlich iſt die Regel auf die Verpflichtung derjenigen Partie anzuwenden, deren Intereſſen die Obligation dienen ſoll; alſo bei entgeltlichen Rechtsgeſchäften auf beide Partieen, bei unentgeltlichen Rechtsgeſchäften auf diejenige Partie, zu deren Gunſten die Obligation kontrahirt wurde. Es haften daher für omnis culpa (lata und levis in concreto und in abstracto) beide Partieen beim Kaufvertrag (D. d. C. E. 18, 1 l. 35 § 4), beim Mieth- und Pachtvertrag (D. loc. 19, 2 l. 31 a. E. in den Worten nam in re ꝛc. I. d. loc. 3, 24 § 5), bei den ſog. Innominatkontrakten (D. de praescr. verb. 19, 5 l. 17 § 2), ferner der Kommodatar (D. comm. 13, 6 l. 5 § 2, 5 l. 10 pr. l. 18 pr.), der mandans, der deponens, ferner der Pfandgläubiger (D. de pign. act. 13, 7 l. 13 § 1 l. 14 I. qb. mod. re 3, 14 § 4), der Erbe in Beziehung auf Vermächtniſſe und der Vermächtnisnehmer, der ein Aſtervermächtnis auszuzahlen hat, wenn ihnen noch ein Vortheil übrig bleibt (D. de legat. I. 30 l. 108 § 12), der Nießbraucher, D. d. usufr. 7, 1 l. 65 pr. usufr. quemadm. 7, 9 l. 1 pr. § 3, 6 l. 2.

II. Ausnahmen. Von der Regel (Nr. I, 2) treten bei Obligationen einige Ausnahmen ein. Dieſe Ausnahmen beziehen ſich aber nicht auf Beſchädigungen durch positive Handlungen, welche ſchon an ſich, abgeſehen vom Obligationsnexus, rechtsverletzend ſind — denn bei Dieſen muß man auch bei Obligationen für omnis culpa einſtehen, ſollte auch die Obligation eine ſolche ſein, in welcher man bei bloßem non facere nicht für omnis culpa einzuſtehen hat. — Die Ausnahmen betreffen bloß die culpa in non faciendo und außerdem dann auch die culpa in faciendo, wenn man bei einer Obligation zwar durch positive Handlungen verletzte, aber durch das obligatoriſche Verhältnis zu dem betreffenden Handeln überhaupt befugt war, z. B. wenn der socius, der condominus, welcher

das Recht hat, die gemeinsame Sache zu gebrauchen, bei diesem Gebrauche durch eine nachtheilige Handlung auf sie einwirkt; Arndts § 250, 4. Abs. bei Anm. 3. Die Ausnahmen sind folgende:

1. Bei Rechtsgeschäften, die bloß dem Interesse der einen Partie dienen sollen, haftet die andere Partie, welche allein Lasten übernimmt, ohne dafür eine Gegenleistung zu bekommen, bloß für dolus und lata culpa (unten Nr. III, 4) D. de legat. I, 30 l. 108 § 12, de praescr. verb. 19, 5 l. 17 § 2 a. E. Namentlich haften bloß für dolus und culpa lata der Depositar (I. quib. mod. re 3, 15 § 3 D. comm. 13, 6 l. 5 § 2 in den Worten dolum in depos. ꝛc. depos. 16, 3 l. 1 § 8, vgl. auch über die l. 32 depos., unten Nr. III 2, 3), der Kommodatar dann, wenn etwa das Kommodat bloß im Interesse des commodans geschlossen wurde, wie in den Fällen der l. 5 § 10 commodati 13, 6, beim Schenkungsvertrag der Schenker, ferner der Vermächtnisnehmer, wenn ihm die Herausgabe des ganzen Vermächtnisses als Sublegat auferlegt ist (D. de leg. I 30 l. 108 § 12), also auch der Erbe, wenn er in Folge des Willens des Erblassers die ganze Erbschaft ohne Abzug einer Quart (vergl. Arndts § 566 Nr. 1, 2) herausgeben muß. S. auch noch unten Nr. III 2, 3.

Doch giebt es auch einige Fälle, in welchen es selbst bei der Partie, welche allein Lasten übernimmt, bei der Regel bleibt, d. h. sie für culpa omnis, also auch für levis in abstracto zu haften hat. Diese Fälle sind:

a. wenn sie sich zur Übernahme einer Verpflichtung unaufgefordert anbot oder ganz besonders aufdrang D. dep. 16, 3 l. 1 § 35, de furt. 47, 2 l. 53 § 3.

b. wenn die Obligation in Besorgung fremder Geschäfte besteht; deßhalb haftet der Mandatar, auch wenn er unentgeltlich den Auftrag übernimmt, doch für omnis culpa, Cod. mand. 4, 35 cst. 13, 11, 21, und ebenso aus demselben Grunde (und auch noch aus dem unter a) der unbeauftragte Geschäftsführer (negotiorum gestor) I. d. obl. quasi ex contr. 3, 27 § 1 D. de neg. gest. 3, 5 l. 11 (nur wenn er bei dringender, unmittelbarer Gefahr zu ihrer Abwendung einschritt, wird seine Haftpflicht in l. 3 § 9 eod. auf culpa lata beschränkt), ferner der Beamte in seinem Geschäftskreise D. d. administ. rer. 50, 8 l. 6. Hiernach sollte eigentlich auch der Vormund bei der Besorgung der Angelegenheiten des Mündels für culpa levis in abstracto haften; allein bei Diesem gilt eine Milderung. Die Quellen machen ihn nicht für omnis culpa verantwortlich, wohl weil man in der Regel zur Übernahme einer Vormundschaft gezwungen werden kann, sondern bloß für dolus, culpa lata und culpa levis in concreto, D. d. tut. 27. 3 l. 1 pr.; wenn er sich aber zur Verwaltung aufdrang (z. B. der Vater hat im Testamente Mehrere zu Vormündern seines Kindes ernannt und der Eine von ihnen bewirkt, daß ihm die alleinige Verwaltung übertragen wird): so muß er für omnis culpa haften D. d. furt 47, 2 l. 53 § 3 a. E. Bei Ankauf von Grundstücken aber hat der Vormund sogar bloß für lata culpa zu haften D. d. adm. tut. 26, 7 l. 7 § 2 (solam latam negligentiam eos praestare in hac parte debere vgl. aber auch unten Nr. III, 2).

2. Von der anderen Seite giebt es einige Fälle, in denen die Partie, zu deren Vortheil das Obligationsverhältnis dient, doch nicht für omnis culpa einzustehen hat, nämlich

a. Der Empfänger eines precarium haftete bloß für lata culpa, wenn er mit dem interdictum de precario belangt wurde.

b. Das Gleiche galt nach römischem Recht bei einem mensor; allein bei uns haftet Dieser für omnis culpa.

c. Eine Modifikation der Haftpflicht für omnis culpa tritt in einigen Verhältnissen ein, in welchen bei jeder Handlung oder Unterlassung, welche man in Beziehung auf das Verhältnis vornimmt, die Wahrung des eigenen Interesses und des Interesses der andern Partie eigentlich unzertrennlich ist und daher der natürliche Grundsatz, daß man in Eigenem für gar Nichts, in Fremdem aber in der Regel für das geringste Versehen verantwortlich ist, sich nicht durchführen

läßt. Deßhalb schlägt in solchen Verhältnissen das römische Recht einen angemessenen Mittelweg ein. Man haftet in denselben zwar an sich für jede Fahrlässigkeit, also für culpa levis in abstracto; aber wenn man eine solche culpa levis beging, also nicht so achtsam war, wie ein sorgfältiger Hausvater es gewesen sein würde, jedoch beweisen kann, daß man wenigstens die Sorgfalt anwendete, die man sonst in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt: so ist man von der Haftpflicht frei, so daß man also im Resultate nur die Sorgfalt anzuwenden hat, die man sonst in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (diligentiam in concreto); man haftet also für dolus, culpa lata und culpa levis in concreto. Dies ist der Fall beim Gesellschafter (socius) in Beziehung auf Alles, was er in Societätsangelegenheit thut (D. p. soc. 17, 2 l. 72 I. e. t. 3, 25 § 9), beim Miteigenthümer in der Verwaltung und Behandlung der gemeinschaftlichen Sache, also auch bei Miterben in Beziehung auf die gemeinschaftliche Erbschaft (D. fam. herc. 10, 2 l. 25 § 16), ferner aus einem ähnlichen Grunde bei dem Ehemann in Beziehung auf die dos und das Paraphernalgut, das ihm seine Frau zur Verwaltung anvertraute D. de iur. dot. 23, 3 l. 17 pr. d. de pact. sup. dot. 5, 14 cst. 11 a. E.

3. Wenn eine Partie in Verzug kommt: so wird durch die mora ihre Haftpflicht ganz wesentlich geändert: denn

a. ein Schuldner haftet von dem Augenblick an, an welchem er in mora solvendi ist, bei späteren Handlungen oder Unterlassungen für culpa omnis, sollte er auch an sich bei dem Verhältnisse bloß für dolus einzustehen gehabt haben, und er muß sogar in der Regel für den Zufall einstehen; Arndts § 251 Note d. und e. und Anm. 2.

b. Ist dagegen der Gläubiger im Verzug (mora accipiendi): so haftet der Schuldner während der Zeit, in welcher der Gläubiger im Verzuge ist, bloß noch für dolus und culpa lata, sollte er auch an sich bei dem Verhältnisse für eine geringere culpa einzustehen gehabt haben; Arndts § 261 Note r.

III. Für die Haftpflicht wegen culpa ist noch Folgendes von Wichtigkeit:

1. Wer für culpa levis in concreto zu haften hat, muß doch stets und unbedingt auch für jede culpa lata einstehen, d. h. wenn er ein grobes Versehen begeht und sich darauf beruft, daß er auch in eigenen Angelegenheiten solche grobe Vernachlässigungen der Sorgfalt sich zu Schulden kommen zu lassen pflege: so wird er damit nicht gehört, weil in Rechtsverhältnissen es jedenfalls unverantwortlich ist, Dissolutheiten sich bei der Obligation zu erlauben; D. sol. matr. 24, 3 l. 24 § 5.

2. Wer bei einem Rechtsverhältnisse bloß für dolus und lata culpa zu haften hat, wird doch auch dann verantwortlich, wenn er eine culpa levis in concreto begeht, sollte sie auch nicht unter die lata culpa fallen, also er in Fremdem den gewohnten Fleiß unterläßt und nicht so sorgsam ist, wie in Eigenem; D. dep. 16, 3 l. 32.

3. Bei diesen Bestimmungen entsteht aber die Frage, wie es denn zu erklären sei, daß die Quellen genau unterscheiden, ob man bloß für dolus (und culpa lata), nicht auch für mehr, für culpa in concreto, zu haften habe (oben II, 1), oder ob man auch für dieses Mehr, für die culpa in concreto haften müsse (oben II, 2, c), da man doch auch im ersteren Falle für eine Unterlassung des gewohnten Fleißes, also für culpa in concreto, verantwortlich wird. Allein die Unterscheidung hat ihren guten Grund. Ihr praktisches Moment liegt in der Beweislast: in Dieser ist die betreffende Partie im letzteren Falle übler daran, als im ersteren. Die Partie nämlich, von welcher die Quellen sagen, sie hafte bloß für dolus (und culpa lata), wie z. B. der Depositar, hat, wenn sie sich ein geringes Verschulden zu Schulden kommen läßt, nicht dafür einzustehen, außer ihr Gegner könnte beweisen, daß sie doch in eigenen Angelegenheiten solche Versehen nicht zu begehen pflege. Wenn aber die Gesetze von einer Partie principaliter bestimmen, sie habe für diligentia qualem suis rebus adhibere solet, also für culpa in concreto zu haften, also beim Vormunde (oben II, 1 b), und in den unter II, 2 c angeführten Ver-

hältnissen, und sie begeht ein Versehen, das in die Kategorie der culpa levis in abstracto fällt: so muß sie dafür einstehen, außer sie könnte beweisen, daß sie solche geringere Versehen auch in eigenen Angelegenheiten zu begehen pflege. S. besonders Hasse Culpa ꝛc. § 54, 63, 74 ff. — Übrigens ist hier wohl zu beachten, daß unsere Quellen die Verpflichtung zum gewohnten Fleiß (zur dil. in concreto) bloß als eine mögliche Milderung der Verpflichtung zum hausväterlichen Fleiß (zur dil. in abstracto) auffassen, nie als eine mögliche Verschärfung (s. den Gegensatz in D. de O. et A. 44, 7 l. 1. § 4 in den Worten nec sufficit und in d. peric. r. v. 18, 6 l. 3). Wenn also der bloß zum gewohnten Fleiß Verpflichtete in eigenen Angelegenheiten nur ganz groben Leichtsinn zu vermeiden pflegt: so ist er wegen Vernachlässigung eines darüber hinausgehenden hausväterlichen Fleißes nicht verantwortlich; wenn er dagegen in seinen eigenen Angelegenheiten ein skrupulöser Pedant ist: so haftet er zwar für hausväterlichen Fleiß (für dil. diligentis patrisf.), da er ja Diesen auch in eigenen Angelegenheiten zu beobachten pflegt (also für ihn eine Vernachlässigung desselben eine culpa in concreto ist), aber er haftet nie für mehr; nicht auch für die darüber hinausgehende Sorgfalt eines Pedanten; Hasse a. a. O. § 41.

4. Nach der herrschenden Ansicht soll im Privatrechte die culpa lata dem dolus ganz gleichstehen; es sollen daher die juristischen Folgen, welche die Gesetze dem dolus beilegen, auch dann eintreten, wenn nur eine lata culpa begangen wird; vergl. auch Arndts § 86 bei Note g, § 250 bei Note c, d. Allein dies ist in dieser Allgemeinheit unrichtig und würde zu Konsequenzen führen, welche die Vertheidiger jenes Satzes meist selbst nicht anerkennen würden. Die Quellen a. setzen eine allgemeine Gleichstellung der culpa lata mit dolus nur dahin fest: Ist man durch eine kontrahirte Obligation zur Sorgfalt und Achtsamkeit verpflichtet: so gilt in einem solchen Falle in Beziehung auf Ersatzpflicht von der culpa lata, was vom dolus gilt, d. h. wie man hier stets für dolose Verletzung jener Pflicht haften muß, ebenso muß man auch für eine Verletzung derselben durch lata culpa haften; in dieser Hinsicht steht die culpa lata dem dolus gleich, Beide machen gleichmäßig ersatzpflichtig D. si mens. 11, 6 l. 1 § 1, de O. et A. 44, 7 l. 1 § 5, de precar. 43, 26 l. 8 § 3; wenn daher in solchen Fällen bloß dolus genannt wird, für den man haften müsse: so ist dies stets auch auf lata culpa zu beziehen; wenn dagegen in solchen Fällen neben dem dolus noch die culpa als Verpflichtungsgrund genannt wird: so bedeutet dann culpa immer die culpa levis, bald die in abstracto, bald die in concreto, z. B. D. comm. 13, 6 l. 5 § 2. — b. Weiter aber darf man in dieser Gleichstellung nicht gehen; man würde dadurch mit den Quellen und mit der Natur der Sache in Widerspruch kommen. Namentlich gilt sie in folgenden Fällen nicht: Zu manchen Delikten erfordern die Quellen als wesentliches das Delikt bedingendes Moment dolus, z. B. zum furtum, zur Injurie; diese können nicht auch durch grobes Verschulden begangen werden; wenn Jemand eine fremde Sache wegnimmt und sich aneignet, weil er irrig glaubt, der Eigenthümer habe es ihm erlaubt, oder weil er sie mit der seinigen verwechselt, oder wenn Jemand einen neben ihm Stehenden aus Versehen stößt: so kann im letzteren Falle von einer Injurie, in den ersten Fällen von einem furtum nicht die Rede sein, sollte ihm auch eine culpa lata dabei vorgeworfen werden können. D. d. ini. 47, 10 l. 3 § 2—4 l. 4, d. furt. 47, 2 l. 46 § 7 l. 43 § 6 l. 21 § 3 I. d. usuc. 2, 6 § 4 a. E. d. obl. q. ex del. 4, 1 § 7. Ferner: eine actio doli ist nur zulässig gegen Den, der wirklich dolo malo, nicht auch gegen Den, der lata culpa handelte (D. de dolo 4, 3 l. 1 pr. § 1, 2 l. 7 § 10 l. 8 l. 9 § 1); ferner: als malae fidei possessor einer fremden Sache kann nicht Derjenige behandelt werden, welcher, wenngleich aus lata culpa, sich redlich für den Eigenthümer der Sache hielt (D. de her. pet. 5, 3 l. 25 § 6); ferner: in Fällen, in welchen die Quellen von einem Wissen, von einem sciens prudensque oder sciens dolo malo gewisse Folgen abhängig machen (z. B. D. de A. E. V. 19, 1 l. 45 § 1 a. E. l. 6 § 9 l. 11 § 15), treten diese Folgen nicht ein, wenn man, sei es auch aus frivolem Leichtsinn, den Umstand nicht

wußte. Ferner: es ist ein natürlicher Grundsatz, daß für ein damnum quod quis sua culpa sentit, d. h. wenn man lediglich durch eigene Unvorsichtigkeit das schadende Ereignis herbeiführte, ein Ersatz nicht angesprochen werden kann (D. de reg. iur. l. 203), außer wenn der Gegner in dolo war, d. h. vorsätzlich unsere Unvorsichtigkeit, ohne uns zu warnen, benutzt, um so dolos uns zu beschädigen D. ad. l. Aq. 9, 2 l. 11 pr. l. 9 § 4 l. 31 a. E.; in diesen Fällen darf man aber nicht, wie es z. B. F. Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht I S. 108 Note 12 thut, unter dem dolus des Gegners auch die culpa lata begreifen und ihn auch bei dieser für ersatzpflichtig erklären (was ganz gegen die Natur der Sache und gegen die l. 31 l. 9 § 4 cit. sein würde), noch kann man gar mit Mommsen a. O. II 258 behaupten, die Haftpflicht des dolosen Gegners gelte im genannten Falle nur bei einer levis culpa des Beschädigten, finde aber nicht statt, wenn dem Letzteren eine lata culpa zur Last falle, so daß er auf das Resultat kommt, daß, wer die grobe Unvorsichtigkeit eines Anderen benutzt, um ihn arglistig in Schaden zu bringen, nicht ersatzpflichtig sei, ein Resultat, in welchem auch L. Goldschmidt Der Lucca-Pistoja-Aktienstreit Frankfurt 1859 S. 72 ihm folgt. In der That ist aber ein solcher Grundsatz, durch welchen dem Betrüger ein Freibrief gegen unvorsichtige Leute gegeben würde, unseren Quellen fremd; vergl. Mein Württemb. Privatrecht II § 112 Note 12 und nun auch Jhering Jahrbücher für Dogmatik IV S. 12.

5. Besondere Grundsätze über Prästation der culpa galten nach römischem Recht in einigen Punkten bei den negotiis stricti iuris; s. Meine Erörterungen Heft II Seite 55 Nr. 7, 8. Allein Diese sind bei uns unpraktisch, da bei uns alle Verhältnisse nach den Grundsätzen der negotia bonae fidei zu beurtheilen sind.

IV. Diese Grundsätze (Nr. I—III) beruhen aber nur auf ergänzenden oder sog. Dispositivnormen, d. h. sie treten nur ein, wenn die Partieen nicht etwas Anderes unter sich festsetzen; Diese können also für ihr konkretes Verhältnis das Gegentheil ganz gültig verabreden D. d. R. I. 50, 17 l. 23 in den Worten sed haec ita — dedit. Namentlich kann der Schuldner durch Vertrag sich verpflichten, für einen höheren Fleiß als den, zu welchem er an sich verbunden ist, einzustehen, z. B. in einem Falle, in welchem er an sich bloß für dolus (und culpa lata) zu haften hätte, auch für culpa levis zu haften, D. depos. 16, 3 l. 1 § 6; er kann sich sogar verpflichten, für den Zufall oder für gewisse Zufälle Ersatz leisten zu wollen (D. de pact. 2, 14 l. 7 § 15, mand. 17, 1 l. 39, loc. 19, 2 l. 13 § 5 C. commod. 4, 23 cst. 1), oder von der anderen Seite sich ausbedingen, daß er in einem Falle, in welchem er an sich für culpa levis in abstracto haften müßte, bloß für culpa lata oder daß er für gar keine Fahrlässigkeit zu haften habe. Nur eine Beschränkung tritt hier ein; es ist unzulässig, daß eine Partie der anderen im Voraus das Haften für einen dolus, den sie etwa begehen würde, erlasse, weil man dadurch Schlechtigkeiten Vorschub leisten würde; D. d. reg. iur. l. 23 in den Worten excepto eo — utimur, comm. 13, 6 l. 17 pr. de pact. l. 27 § 3, 4, depos. 16, 3 l. 1 § 7. Deßhalb gilt, wenn die eine Partie der anderen bei Eingehung des Vertrages jede künftige Rechenschaft im Allgemeinen erläßt oder auf jede Klage aus dem Geschäft verzichten zu wollen erklärt, ein solcher Verzicht nicht für einen dolus, welchen die andere Partie sich zu Schulden kommen läßt, sondern bloß für Fahrlässigkeiten; D. de adm. tut. 26, 7 l. 5 § 7, de condit. 35, 1 l. 72 § 3. Zwar glauben Manche wegen D. de pact. l. 27 § 3, wenn man im Voraus auf die Klage aus einem Geschäft verzichte, so könne man auch nicht wegen eines späteren dolus klagen. Allein dadurch würde die Stelle mit den anderen angeführten in direkten Widerspruch kommen; auch sagt sie Jenes nicht, vielmehr ist ihr Sinn wohl der: bedinge sich der Depositar vom Deponenten aus ne depositi agat: so beziehe sich das pactum zwar seinem Inhalte nach auch auf dolus (vi ipsa pactus videtur, ne de dolo agat), weil beim Depositum für dolus zu haften ist (Nr. II 1); aber es gelte doch (quod pactum proderit), d. h. durch das pactum ist zwar die Klage ex deposito ausgeschlossen, da ihr Fundament nicht der dolus des Depositars ist, also bei ihr

nicht ex dolo geklagt wird (Beilage II Nr. II); aber mit einer direkt auf den dolus des Depositars gestützten Klage kann wohl geklagt werden, dagegen schützt das pactum nicht; das pactum nützt also nur in so fern, als nun der Depositar nicht wegen culpa lata verantwortlich ist (die ja der Depositar auch prästiren müßte) und in so fern, als dann der Deponent, wenn er ex dolo klagt, einen dolus des Gegners beweisen muß, während sonst (Beilage II Nr. II) der Depositar für das Depositum einstehen muß, wenn nicht er seine Schuldlosigkeit, d. h. daß ihm weder dolus noch culpa lata zur Last falle, beweisen kann. Das über das pactum ne dolus praestetur Gesagte darf man aber a. nicht, wie Viele wollen, ausdehnen auf culpa lata oder gar auch auf culpa in concreto; denn ein Vertrag, welcher von der Ersatzpflicht für eine solche culpa im Voraus entbindet, ist durchaus gültig (da die Quellen hier stets nur von dolus sprechen; vgl. Nr. III 4 und Mein Württemb. Privatrecht II Seite 791); b. die Beschränkung gilt nicht in Beziehung auf einen dolus praeteritus, d. h. ein Vertrag, vermöge dessen man dem Gegner zusagt, ihn für einen dolus, den er gegen uns bereits verübt habe, nicht in Anspruch nehmen zu wollen, ist ganz gültig, mag man den verübten dolus speciell gekannt haben oder nicht, weil es durchaus zulässig sein muß, begangene Schlechtigkeiten zu verzeihen, D. de pact. l. 27 § 4 in den Worten sed post ꝛc.; nur muß ein solcher Verzicht bestimmt auch auf dolus erstreckt sein; denn die bloße allgemeine Zusage, den Gegner für die Vergangenheit nicht in Anspruch nehmen zu wollen, ist im Zweifel bloß auf Fahrlässigkeit zu beziehen; D. d. legat. I 30 l. 119, d. A. E. V. 19, 1 l. 6 § 9 l. 11 § 15.

Beilage II. Wenn Jemand behauptet, durch eine rechtswidrige Handlung (oder Unterlassung) eines Anderen Schaden erlitten zu haben und deßhalb Ersatz verlangt: so muß er das Fundament seines Ersatzanspruches beweisen. Allein hier ist wohl zu beachten, was das wirkliche Fundament seines Anspruches bildet, und deßhalb zu unterscheiden:

I. Behauptet er, durch einen positiven dolosen oder kulposen Eingriff in seine Rechtssphäre vom Gegner verletzt worden zu sein und verlangt lediglich deßhalb Erstattung und Ersatz, gründet er also seine Klage auf ein vom Gegner begangenes Delikt (im engern Sinn): so muß er die betreffende positive Handlung des Gegners nachweisen. Er muß also, wenn er seinen Anspruch auf dolus des Gegners gründet (wie z. B. bei der actio doli und in den in Beilage I Nr. III, 4 b angeführten Fällen), diesen dolus beweisen; D. de probat. 22, 3 l. 18 § 1 l. 6, Reichsabschied von 1594 § 69; wenn aber der Fall ein solcher ist, in welchem der Gegner nicht bloß für dolus, sondern auch für jede Fahrlässigkeit zu haften hat (Beilage I Nr. I a): so genügt der Nachweis, daß der Gegner durch eine positive Handlung beschädigt habe; denn eine solche Beschädigung könnte nur durch ganz besondere, dem Gegner zur Seite stehende, Entschuldigungsgründe gerechtfertigt werden (z. B. daß er nicht in einem zurechnungsfähigen Zustande gewesen sei, sich in Nothwehr befunden habe ꝛc.); allein solche besondere Entschuldigungsgründe nachzuweisen ist Sache Dessen, der sich darauf beruft; es würde daher in einem solchen Falle der Gegner von der Ersatzpflicht sich nur dadurch befreien können, daß er seine Schuldlosigkeit oder besondere ihm zur Seite gestandene Berechtigungsgründe nachweist.

II. Wenn man dagegen aus einer Obligation von einem Anderen eine Leistung anzusprechen hat, sei es die Besorgung eines Geschäftes wie beim Mandat, oder die Tradition einer Sache wie beim Kauf, oder die Zurückgabe einer Sache wie beim Kommodat, bei der Miethe, dem Depositum, und der Schuldner leistet nicht (z. B. er beruft sich darauf, die Sache sei ihm abhanden gekommen oder zu Grunde gegangen, die Besorgung des Geschäfts sei ihm unmöglich geworden ꝛc.) oder nicht in gehöriger Weise (z. B. er giebt die gemiethete Sache in einem schlechteren Zustande zurück als sie zur Zeit der Eingehung des Miethvertrages sich befand), und man will nun von Demselben wegen kulposer Nichtleistung oder nicht gehöriger Leistung Ersatz: so würde man sehr

2) wenn der eingetretene Schaden durch die Sorgfalt eines sorgfältigen Mannes nicht abwendbar war, sollte er auch durch die ängstliche Sorgfalt eines Pedanten abzuwenden gewesen sein, s. § 87 bei Anm. 7[3];

3) wenn der Schaden zwar durch die Sorgfalt eines sorgfältigen Hausvaters abzuwenden gewesen wäre, aber der Fall ein solcher ist, in welchem der Verpflichtete nur für einen geringern Grad von Sorgfalt zu haften hat und der eingetretene Schaden unter den gegebenen Umständen mit diesem geringern Grad von Sorgfalt nicht abzuwenden war[4].

Beim Zufall wird sehr häufig der Ausdruck periculum gebraucht. Im Allgemeinen bedeutet periculum, Gefahr, jeden Nachtheil, der uns durch irgend ein Ereignis droht oder zugefügt wird, also sowohl den zufälligen Schaden, das periculum casus, als auch jeden Nachtheil, den man durch dolus oder culpa eines Dritten erleidet, periculum culpae[5]; aber im engern und eigentlichen Sinn bedeutet periculum oder Gefahr denjenigen Schaden, der durch einen Zufall herbeigeführt wurde[6].

Vom Zufall gilt, da er eine Negation der Schuld ist, der Grundsatz, daß man für ihn nicht zu haften hat[7].

Eine Ausnahme aber macht der sog. casus mixtus, für den man allerdings privatrechtlich haften muß. Wenn nämlich durch ein widerrechtliches Thun oder Lassen (z. B. mora), dessen man sich schuldig machte, es möglich wurde, daß der Gegenstand, von dem es sich handelt, durch einen später eingetretenen Zufall beschädigt oder vernichtet wurde, von dem er ohne jenes vorangegangene Thun oder Lassen nicht betroffen worden wäre, so muß man für diesen Zufall haften[8]. Hieraus erklärt sich auch, warum der malae fidei possessor einer fremden Sache während des Processes und warum ein moroser Schuldner während seiner mora in der Regel für den Zufall zu haften hat[9].

---

[3] I. quibus modis re 3, 14 (15) § 4; D. commod 13, 6 l. 18. 19. 23.

[4] Subjektiver Zufall. I. l. c. § 3; de societ. 3, 25 § 9.

[5] D. pro socio 17, 2 l. 25; locati 19, 2 l. 40. 41.

[6] D. commodati 13, 6 l. 5 § 2 vgl. I. de emtione 3, 23 (24) § 3.

[7] Casus non praestantur. D. de R. I. 50, 17 l. 23 a. E.; Cod. de pignor. act. 4, 24 cst. 6, 8; I. quib. mod. 3, 14 § 4.

[8] D. de O. et A. 44, 7 l. 1 § 4; locati 19, 2 l. 11 § 2; de pignor. act. 13, 7 l. 30; de R. I. 50, 17 l. 36.

[9] Vgl. Arndts § 167 Note b und § 251 Note d.

Natürlich kann ein zur Sorgfalt Verpflichteter durch besondere Verabredung es übernehmen, auch für casus überhaupt oder wenigstens für gewisse casus haften zu wollen[10].

Die privatrechtlichen Folgen unerlaubter Handlungen.

§ 89.

Es ist hier die Erklärung der Eintheilung der Klagen in actiones poenales und rei persecutoriae voranzuschicken. Der regelmäßige Zweck einer Klage ist theils Erhaltung des bestehenden, theils Wiederherstellung des verletzten Rechtszustandes oder Ersatz. Solche Klagen nennen die Römer actiones rei persequendae causa comparatae oder rei persecutionem continentes[1]; wir nennen sie actiones rei

---

[10] Vgl. § 87 Beilage I Nr. IV. — Auf eine solche Übernahme gewisser Zufälle bezog sich nach römischem Recht das besondere Versprechen, für custodia haften zu wollen. Hierüber ist noch zu bemerken:

a) der Ausdruck custodia überhaupt bezieht sich auf sorgfältige Bewahrung und Beaufsichtigung einer Sache überhaupt; er bezeichnet eben die diligentia diligentis patris familias in Beaufsichtigung einer Sache, somit das Haften für culpa levis in abstracto. In diesem Sinne muß der Miether, der Kommodatar in Betreff der gemietheten und geliehenen Sache, der Verkäufer in Betreff der noch nicht abgelieferten Sache custodia prästiren; aber er haftet nicht für Zufälle, nicht für Das, was durch die gewöhnliche Sorgfalt eines diligens paterfamilias nicht abwendbar war. Wird z. B. die Sache gestohlen: so haftet er nicht dafür, wenn er nur beweisen kann, daß er sie wie ein diligens paterfamilas bewahrt gehabt habe (D. de C. E. 18, 1 l. 35 § 4; commodati 13, 6 l. 5 § 4. 5. l. 19; de peric. rei vend. 18, 6 l. 11; I. de locatione 3, 24 § 5. Vangerow § 105; Hasse l. c. S. 430 f.).

b) Wenn aber der zur diligentia und custodia überhaupt Verpflichtete noch besonders und ausdrücklich für custodia zu haften versprach (custodiam suscipere, auch recipere): so ging man mit Recht davon aus, ein solches ausdrückliches Versprechen müsse doch eine besondere Bedeutung haben; es wurde daher dahin ausgelegt, daß der Versprechende sich verpflichte, zu einem eigentlichen custodire, zum Bewahren der Sache (custodire = einen Wächter zur Sache setzen), so daß er für Alles haften muß, was durch eine solche Bewachung hätte abgewendet werden können, namentlich dafür, daß die Sache nicht gestohlen, nicht von Anderen beschädigt werde, und daß, wenn es sich von einem Thier (und Sklaven) handelt, es nicht davon läuft; für andere Zufälle aber, welche durch besondere Bewachung nicht abgewendet werden können, z. B. eine überwältigende Gewalt Dritter, haftet er natürlich nicht (I. de emtione 3, 23 § 3 in f.; D. loc. 19, 2 l. 55 pr.; Vangerow l. c.).

c) Das unter b) Gesagte ist auch bei uns anwendbar, aber natürlich nur, wenn bei uns der Verpflichtete ausdrücklich Bewachung der Sache versprochen hat. Die bloße allgemeine Zusage dagegen, er wolle gewiß die Sache sorgfältigst in Acht nehmen, sie pünktlich bewahren und dergl. könnte eine solche Bedeutung nicht haben: es würde bei ihr bloß das unter a) Gesagte gelten; denn solche ganz allgemeine Zusicherungen besagen bloß, daß man seine Pflicht überhaupt gehörig erfüllen werde.

[1] I. de act. 4, 6 § 16—18; D. pro socio 17, 2 l. 50.

persecutoriae oder sachverfolgende Klagen[2]. In diese Kategorie gehören alle dinglichen Klagen und die meisten Klagen aus einer Obligation[3]. Es giebt aber auch Klagen, die einen andern weitergehenden Zweck haben, nämlich auf eine an den Kläger zu zahlende gesetzliche (nicht vertragsmäßige) Strafe gehen: actiones poenales (Strafklagen s. Nr. II). — Was nun die rechtlichen Folgen der unerlaubten Handlungen betrifft, so ist

I. allgemeine Folge die Verbindlichkeit zur Erstattung des uns Entzogenen und zum Ersatz des angerichteten Schadens. Diese Obligation auf Erstattung und Ersatz macht der Verletzte mit einer persönlichen actio rei persecutoria gegen den Verpflichteten geltend. Diese sachverfolgenden Klagen aus unerlaubten Handlungen sind aber verschiedener Art:

1) Wenn die Handlung schon an sich rechtsverletzend, also ein Delikt im engern Sinne ist (vgl. § 86 Nr. I. 1. 3.), so kann der Verletzte mit einer Deliktsklage (einer actio rei persecutoria ex delicto), d. h. direkt auf Grund des gegen ihn verübten Delikts auf Erstattung und Ersatz klagen, z. B. gegen den Erpresser mit der actio quod metus; gegen Den, welcher durch positive Handlungen fremde Sachen beschädigte, mit der actio ex lege Aquilia[4].

2) Besteht aber die Handlung bloß in der Verletzung einer besonderen Obligation, in welcher der Verletzer zum Verletzten steht, ist sie also nicht schon an sich rechtsverletzend, sondern bloß deßhalb, weil eine Obligation voranging, welche eine besondere Verpflichtung auferlegt (§ 86 Nr. I 2[5]), so hat der Verletzte nicht eine actio ex delicto, weil bloß die bestehende Obligation es ist, durch welche die Handlung eine pflichtwidrige wurde. Der Verletzte muß also hier eine Ersatzklage aus der verletzten Obligation anstellen, eine Klage aus dem Vertrag u. dergl., die aber veranlaßt wurde durch eine gegen die Obligation begangene Pflichtwidrigkeit[6].

---

[2] Savigny nennt sie erhaltende Klagen.

[3] I. l. c.

[4] Vgl. § 87 Beilage II Nr. I.

[5] Z. B. der Kommodatar bewahrt die ihm geliehene Sache nachlässig auf und sie kommt dadurch zu Schaden; mein Mandatar führt den übernommenen Auftrag gar nicht oder schlecht aus.

[6] Z. B. wenn mein Mandatar A. das Geschäft, das er für mich zu besorgen übernahm, aus dolus oder culpa gar nicht oder schlecht besorgt, oder wenn B., dem ich eine Sache zum Gebrauch lieh, sie nicht gehörig bewahrt und sie dadurch Schaden leidet, so belange ich den A. und B. eben aus der Obligation, in der er mit mir steht, auf Ersatz, den

3) Manche verletzende Handlungen können beide Eigenschaften (Nr. 1. 2.) zugleich haben, d. h. ein Delikt im engern Sinn, also an sich rechtsverletzend sein und zugleich die Verletzung einer durch eine Obligation auferlegten Pflicht enthalten. Dann konkurriren zwei sachverfolgende Klagen, zwischen denen der Berechtigte (nach § 96 Nr. I B) die Wahl hat[7].

Die Wahl zwischen diesen Klagen und überhaupt der unter Nr. 1 und 2 ausgeführte Unterschied ist deßhalb wichtig, weil bei ihnen in einzelnen praktischen Punkten Verschiedenes gilt, namentlich

a. in der Beweislast; denn bei der Klage ex delicto muß der Kläger, welcher auf Grund des Delikts Erstattung und Ersatz verlangt, beweisen, daß der Gegner das Delikt begangen habe[8]; bei der Klage aus der verletzten Obligation aber hat er in dem Falle, wenn der Gegner seine Obligation nicht gehörig oder überhaupt nicht erfüllt, z. B. die gemiethete oder geliehene Sache nicht zurückgiebt oder verschlechtert zurückgiebt, bloß den Bestand einer solchen Obligation nachzuweisen[9];

b. im Übergang der Ersatzpflicht auf die Erben des Verletzers, ein Unterschied, der im römischen Recht sehr wichtig war, es aber bei uns nicht mehr in diesem Grade ist. Nach der Natur der Sache nämlich sollte die Verbindlichkeit zum Ersatz des durch eine unerlaubte Handlung verursachten Schadens auch auf die Erben des Verletzers übergehen, wie es bei seinen anderen Schulden der Fall ist. Dies erkannte auch das römische Recht bei Verletzung einer Obligation an; die Klage aus der Obligation, auf Ersatz[10] kann, wenn der Obligirte dolo oder culpa praestanda die Obligation verletzte, auch gegen die Erben des Verletzers angestellt werden[11]. Allein bei der Klage aus einem Delikt im engern Sinne auf Ersatz galt nach römischem Recht sonderbarer Weise ein anderer Grundsatz: sie war gegen die Erben des

A. mit der Klage aus dem Mandat (actio mandati directa), den B. mit der actio commodati directa, s. § 87 Beilage II Nr. II.

[7] Z. B. wenn A., der von mir meine Sache miethete, sie im Ärger zerstört, so kann ich ihn ex delicto belangen mit der actio ex lege Aquilia, weil er in mein Recht durch eine eigenmächtige positive Handlung eingriff, die an sich schon, also auch dann widerrechtlich ist, wenn ihm die Sache nicht vermiethet worden wäre; ich kann ihn aber auch mit der actio locati auf Ersatz belagen, weil er durch die Handlung seine Pflicht als Miether verletzte.

[8] Vgl. § 87 Beilage II Nr. I.

[9] Z. B. bei der Miethe, dem Kommodat: daß er dem Gegner die Sache in gutem Zustand in Folge des geschlossenen Vertrags übergeben habe und dann ist der Gegner zum Ersatz ꝛc. zu verurtheilen, außer er könnte seine Schuldlosigkeit beweisen. § 87 Beilage II Nr. II.

[10] Also in dem in Anm. 9 angeführten Beispiel die actio locati, commodati.

[11] S. Beilage I Lit. B Nr. II.

Verletzers, sollten sie auch noch so viel von ihm geerbt haben, nicht zulässig, außer so weit die Erbschaft durch das Delikt bereichert ist[12]. Allein dies ist mit Recht bei uns anders[13].

II. Manche unerlaubte Handlungen können auch noch eine Strafe (poena) zur Folge haben. Häufig nämlich genügt es nicht zur Erfüllung der Forderung der Gerechtigkeit, den Verletzer bloß zur Erstattung des Entzogenen und zum Ersatz des Schadens anzuhalten (Nr. I), sondern wird noch eine weitergehende Reaktion gegen seinen widerrechtlichen Willen und zur Genugthuung für das verletzte Gesetz erfordert, welche in der Zufügung eines über den bloßen Schadenersatz hinausgehenden Übels besteht. Ein solches Übel ist die Strafe; eine Handlung, welche eine solche Strafe zur Folge hat, ist ein Verbrechen oder Vergehen, delictum im weiteren Sinn (crimen im weiteren Sinn). Die Strafe wird im Interesse des verletzten Rechts überhaupt verhängt und deßhalb in der Regel an den Staat verbüßt, öffentliche Strafe. Das Verbrechen, auf dem eine solche öffentliche Strafe steht, ist ein öffentliches (delictum publicum, crimen im engeren Sinn). Das Gesetz kann aber auch in manchen Fällen es geeignet finden, dem Verletzten die Strafe als Privatrecht zuzuwenden, d. h. ihm das Recht einzuräumen, auf eine an ihn abzutragende Buße zu klagen, Privatstrafe (poena privata). Das Delikt ist dann ein delictum privatum, Privatdelikt.

Über die Privatstrafen gehört das Nähere in das Strafrecht. Hier ist nur Folgendes darüber zu bemerken:

1) Die Klage auf Privatstrafe ist eine persönliche Klage aus der durch das Delikt begründeten Obligation auf Zahlung der Strafe, eine actio personalis ex delicto[14]. Durch das Recht auf Privatstrafe wird aber natürlich das Recht auf Zurückgabe des Entzogenen und auf Ersatz nicht ausgeschlossen; man kann bei einem Privatdelikt mit der actio rei persecutoria ex delicto auf Ersatz klagen (vergl. oben Nr. I) und außerdem noch mit der actio poenalis ex delicto auf Zahlung der (auf dem Delikt stehenden) Privatstrafe[15].

---

[12] S. Beilage I Lit. B Nr. I 1.

[13] Denn nach kanonischem und deutschem Recht geht auch eine Deliktsklage auf Ersatz gegen die Erben des Verletzers wenigstens in so weit, als überhaupt der (reine) aktive Nachlaß reicht, s. Beilage I Lit. B Nr. I, 2 und Nr. III.

[14] I. de actionib. 4, 6 § 23—26.

[15] Vgl. § 96 Beilage I Lit. B Nr. 1 und 2.

Es giebt aber auch Klagen, die (schon an sich) auf Beides vereint gehen, die also in dieser Hinsicht mixtae sind, d. h. zugleich rei persecutoriae und poenales [16].

2) Die Strafe hat nur Sinn, wenn sie den Schuldigen selbst trifft; deßhalb geht die Verbindlichkeit, eine Privatstrafe zu zahlen, nicht auf die Erben des Schuldigen über, außer die Klage auf Strafe wäre noch gegen den Delinquenten selbst angestellt und dieser erst nach der litiscontestatio gestorben [17].

3) Die Privatstrafen des römischen Rechts wurden in Deutschland theils durch Reichsgesetze, theils durch Gewohnheitsrecht größtentheils unpraktisch und an ihre Stelle traten meist öffentliche Strafen [18].

4) Von den eigentlichen Privatstrafen muß man wohl unterscheiden eine Klasse von privatrechtlichen Nachtheilen wegen unerlaubter Handlungen, die zwar auch einen pönalen Charakter haben, aber doch einen wesentlich andern, als die eigentlichen Privatstrafen, nämlich den Zweck einer gerechten Ausgleichung eines gestörten materiellen Vermögensverhältnisses durch einen Nachtheil, der über den bloßen Ersatz hinausgeht. Am geeignetsten bezeichnet man sie durch uneigentliche Privatstrafen. Hier besteht das pönale Moment nicht in Zahlung einer Geldsumme, sondern in Verwirkung gewisser Rechte zu Gunsten des Verletzten [19]. Diese uneigentlichen Privatstrafen sind auch bei uns noch praktisch [20].

5) Savigny unterscheidet noch eine besondere Gattung der Strafklagen, die er einseitige Strafklagen nennt und diese Unterscheidung und Terminologie schreiben ihm die Meisten nach (so auch Arndts § 98 a. E.), aber sehr mit Unrecht, denn die Klagen, welche Savigny so bezeichnet, sind gar keine

[16] Z. B. die actio vi bonorum raptorum ging nach römischem Recht auf das Vierfache, aber so, daß ein simplum auf Zurückgabe des Geraubten oder Ersatz zu rechnen ist, das triplum aber als Strafe gilt. I. de actionib. 4, 6 § 18. 19. Arndts § 98 Note a.

[17] De de priv. del. 47, 1 l. 1; I. de perpet. act. 4, 12 § 1. Meine Erörterungen III S. 112 f. und nach ihnen auch Savigny Syst. VI S. 20 Note o und w. Vgl. unten Beilage I Lit. A.

[18] Darüber indeß und was nach dem jetzigen gemeinen deutschen Strafrecht über Privatdelikte gilt, kann das Nähere nur im Strafrecht ausgeführt werden. — Gerade die Privatstrafen, die durch actiones mixtae geltend gemacht werden könnten, sind bei uns außer Gebrauch, d. h. diese Klagen gelten zwar noch, aber bloß als rei persecutoriae, sie gehen bei uns nur noch auf Erstattung und Ersatz. Auch von den übrigen Privatstrafen haben sich im heutigen gemeinen Recht nur noch sehr wenige erhalten.

[19] Z. B. in Verlust des Besitzes an den Gegner, oder Verlust einer Forderung, eines Emphyteutrechts oder einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses, vgl. Arndts § 166 Note g; § 199 Nr. 6; § 277 § 520 Anm.

[20] Nur in einzelnen (im besondern Theil aufzuführenden) Fällen sind einige durch Gewohnheitsrecht beseitigt.

Strafklagen, sondern Klagen auf Erstattung und Ersatz, reine actiones rei persecutoriae ex delicto. Hierüber s. unten Beilage II.

6) Das römische Recht kannte eine Art Mittelding zwischen öffentlichen und Privatdelikten. Bei gewissen Ungebührnissen nämlich konnte Jeder aus dem Volke gleichsam im Namen der Gesammtheit die nöthige Rüge durch eine Klage geltend machen. Diese Klagen hießen populares oder publicae, weil durch sie ein öffentliches Interesse, ein ius populi gewahrt werde[21] und quilibet ex populo sie anstellen konnte. Es gab zwei Klassen solcher Klagen; die eine waren die actiones populares, sie gingen auf eine Geldstrafe, die wenigstens im späteren römischen Recht dem Kläger zufiel; die andere Klasse waren die interdicta popularia; diese gingen gegen unbefugte Eingriffe und Störungen beim Gebrauch einer res publica (z. B. einer Straße, eines Flusses), auf Unterlassung des Eingriffs, Wiederherstellung des Geänderten und Ersatz des etwa zugefügten Schadens[22].

Bei uns aber sind alle diese Klagen unpraktisch, so weit sie das öffentliche Interesse betreffen und auf Strafe gehen, indem bei uns gegen Handlungen, welche polizeiwidrig sind oder die öffentliche Ordnung verletzen, die Behörde von Amts wegen einzuschreiten hat, und so weit eine Strafe dabei eintritt, diese eine öffentliche ist. So weit jedoch durch eine solche Handlung ein Private in seinen Interessen verletzt und Schaden leiden würde, z. B. wenn Jemand im öffentlichen Flusse eine unbefugte Anlage macht, durch welche ein Nebenlieger im Gebrauch des Flusses beeinträchtigt wird, kann man sich auch bei uns jener Interdikte auf Beseitigung der Störung und auf Schadenersatz bedienen[23].

Beilage I. Haftung der Erben aus unerlaubten Handlungen des Erblassers.

A. Wenn Jemand ein Delikt begangen hat, auf welchem eine Privatstrafe steht: so versteht sich von selbst, daß nach seinem Tode die Klage auf die Privatstrafe nicht gegen seine Erben angestellt werden kann, weil es in der Natur jeder Strafe liegt, daß sie nur gegen den Schuldigen zulässig ist, und gegen die unschuldigen Erben eine Strafe keinen Sinn hätte; D. 47, 1 de priv. del. l. 1 pr.; 50, 17 de R. I. l. 111 § 1; 48, 19 de poen. l. 20 I. 4, 12 de perp.

---

[21] Im Gegensatz zu den privatae actiones, durch die man ein Privatinteresse verfolgte. D. de popularib. act. 47, 23 l. 1; de iure iur. 12, 2 l. 30 § 3.

[22] S. Arndts § 332 und besonders die dort (Anm. 2) angeführte Abhandlung von Bruns (Zeitschrift für Rechtsgeschichte III S. 341 f.).

[23] Vgl. Arndts § 332 a. E. und Anm. 2. — Nach den meisten Partikularrechten hat hierüber eine Verwaltungsstelle zu erkennen.

act. § 1. Nur wenn die Strafklage noch gegen den Schuldigen selbst angestellt wurde und es mit ihm zur Litiskontestation gekommen war, dann kann sie nach seinem Tode in ihrem vollen Betrage auch gegen seine Erben durchgeführt werden, I. l. c. verb. poenales autem ꝛc. D. de R. I l. 164, 139 pr. Meine Erörterungen III S. 112—115.

B. Haftung der Erben bei sachverfolgenden Klagen aus unerlaubten Handlungen des Erblassers, also für Schadenersatz und Zurückgabe des etwa Entzogenen. Es ist allgemeiner Grundsatz des gemeinen Rechts, daß die Schulden eines Verstorbenen mit seinem aktiven Vermögen auf seinen Erben übergehen, und zwar in ihrem vollen Betrage, sollten sie auch den Bestand des aktiven Nachlasses überschreiten, so daß der Erbe im letzteren Falle mit seinem übrigen Vermögen die Erbschaftsschulden zu decken hat, ausgenommen (eine Ausnahme aber, die erst durch Justinian eingeführt wurde) wenn er die Erbschaft cum beneficio inventarii antrat; denn im letzteren Falle haftet er für die Schulden bloß bis zum Bestande des aktiven Nachlasses (Arndts § 523). Diese Grundsätze sollten auch bei Verbindlichkeiten des Erblassers aus unerlaubten Handlungen desselben, so weit sie auf Erstattung und Ersatz gehen (rei persecutionem continent) gelten; vgl. auch Savigny Syst. V S. 50. Allein das römische Recht erkannte dies keineswegs durchaus an. Man muß hier unterscheiden:

I. Sachverfolgende Klagen aus einem Delikt im engeren Sinne, d. h. aus einer Handlung, die schon an sich (ganz abgesehen von einem anderweit zwischen den Betheiligten bestehenden Obligationennexus, s. Nr. II) einen Eingriff in fremdes Recht enthält (sog. actiones rei persecutoriae ex delicto).

1. Römisches Recht. Es ist in Beilage II bemerkt, daß man bei ungenauer Auffassung leicht dazu kommen kann, die Verpflichtung zum Ersatze wegen eines Delikts dann, wenn man durch dasselbe nicht einen Vermögensvortheil erlangt hatte, mit Strafe zu verwechseln, und daß eine solche Verwechselung sich wirklich im älteren römischen Rechte häufig findet. Eine wichtige Konsequenz hiervon erhielt sich auch im späteren römischen Rechte gerade bei den Deliktsklagen auf Erstattung und Ersatz: nach demselben können sachverfolgende Klagen, die unmittelbar auf ein Delikt gestützt sind, z. B. actio doli, actio quod metus causa, interdictum de vi, rei vindicatio gegen den fictus possessor, gegen die Erben des Deliquenten nicht angestellt werden, haften also die Erben wegen Delikten des Erblassers nicht für Erstattung und Ersatz, außer so weit durch das Delikt des Erblassers die Erbschaft noch bereichert war oder überhaupt aus dem Delikte an die Erben Vermögenswerth kam oder durch ihren dolus nicht kam (in quantum ad eos ex delicto pervenit dolove malo eorum factum est, quo minus pervenerit); bloß dann haften sie, wie für die Privatstrafe (Lit. A), so auch unbedingt für den ganzen Ersatz, wenn der Erblasser selbst belangt worden und es mit ihm zur Litiskontestation gekommen war; C. 4, 17 de delict. defunct. const. 1. D. 4, 3 de dolo l. 17 § 1 l. 26—28. 4, 2. quod met. caus. l. 16 § 2 l. 17—20; 43, 16 de vi l. 1 § 48; 6, 1 de R. V. l. 52, Arndts § 104 Anm. 2. Nur die condictio furtiva, welche gegen den fur auf Herausgabe der entwendeten Sache oder, so weit er sie nicht mehr hat, auf Ersatz ihres Werthes geht, macht hiervon eine Ausnahme. Zwar ist diese Klage an sich eine solche sachverfolgende Klage, welche zunächst durch das Delikt des Furtums erzeugt wird (D. 25, 2 rer. amotar. l. 21 § 5). Allein die römischen Juristen nahmen an, daß sie auch gegen die Erben des fur unbedingt in ihrem vollen Umfange angestellt werden könne; D. 13, 1 de condict. furt. l. 7 § 2 l. 9; 47, 1 de priv. del. l. 1 pr. a. E., I. 4, 1 de obl. quae ex del. § 9 a. E. — Über den Grund dieser Annahme wird sehr gestritten; s. z. B. Glück Pandektenkomm. XIII S. 230 f., W. Francke Beiträge z. Erläut. einzeln. Rechtsmat. I 1828 S. 28 f. Das Wahrscheinlichste ist, daß man die condictio furtiva nicht als eigentliche Deliktsklage auffaßte, sondern als Klage aus einem Haben und einer Bereicherung aus fremdem Vermögen ohne rechtlichen Grund (condictio sine causa im w. S.) und sie deßhalb nach dem Grundsatz Nr. II behandelte, s. bes. Savigny Syst. V S. 551—564 und S. 47 Note h. Es

war daher auch konsequent, wenn in D. 25, 2 rer. amotar. l. 6 § 4 auch die actio rerum amotarum, welche für gewisse Fälle (Arndts § 415) die condictio furtiva vertrat, unbeschränkt gegen die Erben gegeben wurde, während es eine Inkonsequenz war, wenn Diokletian (cst. 3 rer. amotar. 5, 21) diese Klage gegen die Erben bloß so weit gehen läßt, als sie durch das Delikt bereichert wurden.

2. Gemeines deutsches Recht. Das kanonische Recht geht bei den sachverfolgenden Klagen aus einem Delikt mit Recht davon aus, daß von ihnen Dasselbe gelten müsse, was von anderen Schulden des Erblassers überhaupt gilt, daß also die Verbindlichkeit des Erblassers aus einem Delikt auf Erstattung und Ersatz unbeschränkt auf die Erben übergehe, mag aus dem Delikt Etwas an die Erben gekommen sein oder nicht; X. 5, 17 de raptor. cap. 5; 5, 19 de usur. cap. 9. An der Anwendbarkeit dieser Bestimmung überhaupt zweifeln zwar Manche; allein sie läßt sich mit Grund nicht bezweifeln. Nur wurde sie durch eine Usualinterpretation beschränkt. Das kanonische Recht will die Erben für Ersatz wegen Delikten des Erblassers verbindlich machen, wie für andere Schulden desselben, so daß sie, wenn sie nicht cum beneficio inventarii antraten, unbeschränkt und über den Bestand des aktiven Nachlasses hinaus mit ihrem Vermögen haften sollen. Allein schon die italiänischen Juristen ließen sich durch Äquitätsgründe bestimmen, das kanonische Recht dahin aufzufassen, daß die Erben zwar auch dann, wenn sie durch das Delikt des Erblassers nicht bereichert wurden, für Ersatz haften müssen, aber jedenfalls nur so weit, als der aktive Nachlaß reicht (vergl. Francke Beiträge S. 46—49); und diese Auffassung wurde auch in Deutschland angenommen und durch Gewohnheitsrecht festgehalten. J. H. Boehmer Ius eccles. protest. V 17 § 136, Francke a. O. S. 49—54, Savigny Syst. V S. 51—54.

II. Sachverfolgende Klagen, welche nicht unmittelbar und lediglich auf ein Delikt im eigentlichen Sinne gestützt werden, sondern sich auf ein obligatorisches Verhältnis gründen, das durch ein rechtswidriges Thun oder Lassen verletzt wurde, also namentlich Klagen aus einem Vertrage oder vertragsähnlichen Verhältnisse auf Erstattung und Ersatz wegen (doloser oder kulposer) Verletzung der Obligation. Diese Klagen und Ansprüche gehen schon nach römischem Rechte ohne alle Beschränkung auch gegen die Erben des Verpflichteten. D. de R. I. l. 152 § 3 l. 157 § 2; 44, 7 de O. et A. l. 49. Es kann daher auch dann, wenn die That des Erblassers eine solche war, die schon an sich ein Delikt bildet, doch der Erbe unbeschränkt in Anspruch genommen werden, sobald durch die That zugleich eine Obligation, in welcher der Erblasser mit dem Verletzten stand, verletzt wurde, indem die reipersekutorische Klage aus dieser Obligation unbeschränkt auch gegen die Erben geht. Wenn daher z. B. der Depositar, der Kommodatar, der Miteigenthümer die hinterlegte oder geliehene oder die gemeinschaftliche Sache vorsätzlich zusammenschlägt, also durch eine Handlung beschädigt, die schon an sich ein Delikt ist: so geht die actio depositi, commodati, communi dividundo auf Ersatz unbeschränkt auch gegen die Erben des Beschädigers. Dies ist ganz klar gesagt namentlich in D. de O. et A. l. 12 l. 49; 16, 3 depos. l. 7 § 1; 10, 3 comm. div. l. 10 pr. Dennoch behaupteten manche ältere Civilisten, daß nach römischem Recht bei Verträgen der Fall des dolus des Erblassers eine Ausnahme mache, indem die Vertragsklage auf Ersatz wegen doloser Verletzung gegen die Erben nicht zulässig gewesen sei, außer so weit sie durch den dolus bereichert worden; es soll dies in I. 4, 12 de perp. act. § 1 verb. aliquando tamen gesagt sein. Allein es würde doch gar zu auffallend sein, wenn die Erben für bloße culpa des Erblassers ausgedehnter haften sollten, als für dolus desselben; auch würde, wenn Dieses in der angeführten Stelle gesagt wäre, sie in einem unlösbaren Widerspruche mit den anderen angeführten Quellenstellen stehen, welche das Gegentheil sagen. In der That aber sagen die Institutionen Jenes nicht. Sie sagen nämlich nach der richtigen Lesart (ältere Ausgaben haben ein veluti vor den Worten cum testator ꝛc., das aber in den meisten Manuskripten fehlt und als offenbar unecht herauszu-

werfen ist) bloß: bisweilen könne ausnahmsweise selbst eine Klage aus einem Kontrakte wegen dolus des Erblassers nicht gegen die Erben angestellt werden, wenn nicht aus diesem dolus Etwas auf sie gekommen sei. Allein die Stelle macht keinen solcher Ausnahmsfälle namhaft, und dies erklärt sich vollständig aus Dem, was Gajus in seinen Institutionen sagt. Die Stelle ist nämlich aus Gajus Institutionen IV § 113 genommen, und hier führt Gajus wirklich einige Fälle an, in welchen diese exceptionelle Beschränkung gegolten hatte (bei Erben eines sponsor und eines fideipromissor). Diese Fälle aber waren zu Justinians Zeit unpraktisch geworden und deßhalb führt Justinians Kommission sie im § 1 cit. nicht an, sondern beschränkte sich bloß auf die allgemeine Bemerkung, daß es solche Fälle gebe, und überläßt es dem Leser, sich selbst die Fälle aus den Pandekten oder dem Kodex zu suchen. Solche Fälle aber finden sich weder in den Pandekten noch im Kodex (denn der Fall, den Theophilus Paraphr. Inst. 4, 12 § 1 anführt, ist ganz offenbar ein unrichtig gewähltes Beispiel; vergl. D. 16, 2 depos. l. 7 § 1; auch die l. 8 § 1 D. 27, 7 de fideiuss. et nom. gehört nicht, wie Manche meinten, hierher; denn sie spricht bloß von der Zulässigkeit des iuram. in litem). So haben wir daher keinen einzigen praktischen Fall, auf welchen jene Bemerkung der Institutionen angewendet werden könnte. S. bes. Francke a. O. S. 11—27, dem jetzt wohl auch allgemein beigestimmt wird; vergl. z. B. Arndts § 104 Anm. 2, Savigny Syst. V S. 55, Note d. Vangerow Pand. I S. 216, 217.

III. Das praktische Resultat für das gemeine Recht ist daher: die Verbindlichkeit auf Erstattung und Ersatz wegen einer Rechtswidrigkeit geht stets auf die Erben des Schuldigen über (Nr. II), jedoch mit der Beschränkung, daß wenn sie direkt mit einer sachverfolgenden Klage aus einem eigentlichen Delikt geltend gemacht wird (Nr. I), dann die Erben nur so weit haften, als die Erbschaft reicht (Usualinterpret. des kanon. Rechts, s. Nr. I 2), außer der Proceß wäre schon zu Lebzeiten des Erblassers anhängig und mit ihm lis kontestirt worden (welchen Falles die Erben unbeschränkt haften Nr. I, 1).

Beilage II. Eine Klage auf Erstattung und Ersatz, die auf ein erlittenes Delikt sich gründet (sachverfolgende Klage aus einem Delikt, sog. actio rei persecutoria ex delicto) kann natürlich für den Verletzer häufig eine Verringerung seines Vermögens zur Folge haben. Dies ist stets der Fall, sobald er Nichts durch das Delikt erwarb (z. B. wenn Jemand durch dolus mich lediglich in einen Schaden brachte, ohne sich zu bereichern und ich nun gegen ihn die actio doli auf Ersatz anstelle), oder wenn durch die bloße Zurückgabe des durch das Delikt Gewonnenen dem Verletzten sein Schaden noch nicht ganz ersetzt ist. Durch diese Möglichkeit ließ sich Savigny Syst. V S. 40 ff. bestimmen, die bloßen Ersatzklagen, sobald sie sich auf ein Delikt gründen, noch zu den Strafklagen (zu den actiones poenales, nicht zu den actiones rei persecutoriae) zu zählen und ihnen die Benennung einseitige Strafklagen (im Gegensatz zu den wirklichen Strafklagen) zu geben, und ihm folgten hierin sofort viele Neuere, auch Arndts z. B. § 98. Allein Dieses muß zu einer Verwirrung der Begriffe führen. Abgesehen davon, daß auch viele Ersatzklagen aus einem Vertrag ganz denselben Charakter haben (z. B. wenn mein Mandatar, ohne irgend einen Vortheil davon zu haben, das aufgetragene Geschäft schlecht besorgt: so muß er mir, wenn ich ihn mit der actio mandati belange, Ersatz leisten, durch welchen sein Vermögen lediglich verringert wird): so ist ein bloßer Ersatz keine Strafe, sollte man auch durch den Ersatz einen Verlust am Vermögen erleiden; denn gerade Das ist das Eigenthümliche der Strafe, daß sie auf eine über die Ausgleichung der durch das Delikt gestörten Vermögensverhältnisse hinausgehende Genugthuung geht und die bloße Erstattung und den Ersatz des materiellen Vermögensschadens von ihrem Begriffe ausschließt. Zwar nennt man häufig im gemeinen Leben jeden Nachtheil, den Jemand in Folge seiner Handlung oder Unterlassung erleidet, eine Strafe, und so spricht man sogar oft bei ungültigen Rechtsgeschäften von einer Strafe der

Richtigkeit; allein hier wird eben der Ausdruck in einem unjuristischen, abusiven Sinne genommen. Übrigens wird ein positives Recht, wenn es noch in seiner Entwickelung begriffen ist, nicht immer scharf die wirkliche Strafe von dem Ersatz unterscheiden (eben wie man es oft auch im gemeinen Leben thut), und deßhalb findet sich auch im älteren römischen Recht die Vermengung der Ersatzpflicht mit der Strafe bei Delikten nicht selten (s. auch Ihering Geist des römischen Rechts I 2. Ausg. § 11 a S. 139); namentlich war diese Auffassung bei der aquilischen Klage herrschend, welche, wenn sie auch durch die bei ihr zulässige Berücksichtigung des Werths, den die Sache früher hatte (Arndts § 324 Note n, p) zufällig auf ein pönales Moment gehen konnte, doch ihrem Wesen nach eine Ersatzklage war, aber in der Regel nach den Grundsätzen der auf eine poena gehenden Klage behandelt wurde (Justinian setzte in I. de act. 4, 6 § 19, de l. Aquil. 4, 3 § 9 den Grund davon eben in jenes zufällige pönale Moment). Auch war es ein Überbleibsel jener Identificirung der Ersatzklagen ex delicto mit den Strafklagen, das noch im späteren römischen Recht sich der Grundsatz erhielt, daß Ersatzklagen aus einem Delikt nur in so weit gegen die Erben des Schuldigen angestellt werden können, als die Erbschaft durch das Delikt bereichert wurde und davon auf den Erben kam (ein Grundsatz, der aber bei uns in Folge der Bestimmungen des kanonischen Rechts nicht mehr gilt Beilage I), und auch die späteren römischen Juristen setzten noch oft die reipersekutorische Klage aus einem Delikt den übrigen reipersekutorischen Klagen entgegen, z. B. D. de O. et A. 44, 7 l. 35 pr., und nennen sie mitunter eine actio poenalis, z. B. D. ne vis fiat 43, 4 l. 1 § 8; vgl. auch A. Pernice Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Recht 1867 S. 116—131. Aber in anderen Stellen zählen sie in richtiger Weise auch die Ersatzklagen ex delicto zu den Klagen, welche auf rei persecutio, nicht auf poena gehen, und sagen von ihnen: non sunt poenales, sed rei persecutionem continent, ex delicto autem dantur, D. de alienat. iud. 4, 7 l. 4 § 6 l. 7. — Hiernach haben wir diejenigen Klagen aus einem Delikt, welche bloß auf Ersatz des angerichteten Schadens gehen, nicht zu den Strafklagen, sondern zu den sachverfolgenden zu zählen, sollte auch der Verurtheilte durch die Leistung des Ersatzes lediglich eine Verringerung seines Vermögens erleiden. Man darf daher die sonstigen Grundsätze, welche von den Strafen gelten (z. B. den Grundsatz, daß mehrere Deliquenten für die Strafe in der Art haften, daß jeder die ganze Strafe zahlen muß und durch die Zahlung des Einen die Anderen nicht befreit werden) nicht auf Ersatzklagen aus Delikten anwenden.

B. Zufällige Ereignisse* als Entstehungs- und Endigungsgrund von Rechten.

Der Einfluß des Todes des Berechtigten oder Verpflichteten.

§ 90.

Der Tod des Trägers eines Rechtsverhältnisses führt die Erlöschung der personenrechtlichen Verhältnisse desselben herbei

* Hier ist die Rede von Ereignissen, welche für die Betheiligten den Charakter des Zufälligen haben, im Gegensatz zu Handlungen (§ 70). — Die Thatsachen, welche unabhängig von Handlungen der Betheiligten den Erwerb oder Verlust eines Rechts begründen können, sind in der Regel nicht allgemeiner Natur, sondern beziehen sich nur auf

(§ 35 Nr. II). Dagegen ist es bei vermögensrechtlichen Verhältnissen Grundsatz, daß sie vom Tode des Berechtigten oder Verpflichteten unabhängig sind; die Vermögensrechte eines Verstorbenen werden erhalten und auf die Erben desselben übertragen, sog. aktive Translation der Rechte und Klagen; ebenso bleiben die Verbindlichkeiten des Verpflichteten, wenn er stirbt, bestehen und gehen auf seine Erben über (sog. passive Translation[1]). — Von dieser Translation giebt es nur wenige Ausnahmen, in welchen

I. Vermögensrechte durch den Tod des Berechtigten erlöschen, also sog. iura personalissima[2] sind. Dies sind

1) die sog. iura vindictam spirantia[3]. Diese Rechte erlöschen mit dem Tode der berechtigten Person; wenn sie jedoch das Recht noch einklagte und es darüber zu ihren Lebzeiten noch zur litiscontestatio mit dem Gegner kam und sie dann erst stirbt, so wird nun jedenfalls das Recht als ein vererbliches Vermögensrecht behandelt und ihre Erben können den Proceß für sich durchführen[4].

2) Personalservituten erlöschen mit dem Tode des Berechtigten[5]. Ebenso natürlich

3) diejenigen Rechte, welche Jemandem bloß für seine Lebzeiten eingeräumt wurden[6].

---

gewisse Rechtsverhältnisse und sind bei diesen meist sehr verschieden. Sie sind daher im besondern Theil bei den betreffenden Rechtsverhältnissen zu entwickeln. In den allgemeinen Theil gehören nur die in den folgenden Paragraphen hervorgehobenen Fälle.

[1] Die römischen Quellen drücken dies bei vermögensrechtlichen Ansprüchen aus durch: actiones heredibus competunt oder ad heredes transeunt (aktive Translation) und actiones in heredes competunt oder transeunt (passive Translation). Nur ist dabei zu beachten, daß hier actio nicht bloß das Klagrecht, sondern den ganzen Anspruch bedeutet, den der Beklagte hat, und mit einer Klage verfolgen kann (vgl. § 33 a. E.).

[2] Vgl. § 38 Nr. IV.

[3] Die einzelnen Fälle, die nach römischem Recht hierher gehörten, s. bei Arndts § 104 Anm. 1. Die meisten derselben sind bei uns unpraktisch. Die gemeinrechtlich praktischen Hauptfälle sind:

a) das Recht auf Privatstrafe wegen Injurien (s. Arndts § 339 Note t.);

b) das Recht, Schenkungen wegen Undanks des Beschenkten zurückzufordern (s. die Lehre von der Schenkung);

c) das Recht, ein Testament mit der querela inofficiosi testamenti umzustoßen (Arndts § 605);

d) das Recht, eine Schenkung oder die Bestellung einer dos als inofficios anzufechten (Arndts § 597);

e) das Recht auf Schmerzensgeld (Arndts § 324 Anm. 6).

[4] In einigen der (Anm. 3 Lit. b—d) angeführten Fälle trägt der Berechtigte das Recht schon dann auf seine Erben über, wenn er nur erklärt hatte, vom Recht Gebrauch machen zu wollen (vgl. Arndts § 597 Note 1 und § 605).

[5] Vgl. Arndts § 194 Note e.

[6] Z. B. eine Leibrente. Über Privilegien und iura singularia s. § 38 Nr. VII.

II. Es giebt einige Verbindlichkeiten, welche durch den Tod des Verpflichteten ganz oder wenigstens theilweise erlöschen[7].

III. Noch ist darauf aufmerksam zu machen, daß es Obligationen giebt, welche durchaus auf die Persönlichkeit oder Individualität der einen Partei oder beider berechnet sind; diese müssen daher erlöschen, wenn die betreffende Partei stirbt[8]. Dies bezieht sich aber natürlich nur auf die Fortdauer des Verhältnisses, nicht auch auf Schulden, die aus Veranlassung der Obligation schon kontrahirt worden waren.

Der Untergang des Gegenstandes des Rechtsverhältnisses.

§ 91.

Hier ist zu unterscheiden:

1) Ein dingliches Recht muß verloren gehen durch den Untergang des Gegenstandes, an welchem es stattfindet. Bei theilweisem Untergang oder Verschlechterung dieses Gegenstandes hat nun eben der Berechtigte ein Recht von geringerem Umfang und Werth. Für diese Folge ist es gleichgültig, ob der Untergang (oder die Verschlechterung) zufällig oder durch die Schuld einer Person eintrat. Eine andere Frage aber ist es, ob der Berechtigte für solchen Verlust von einem Dritten Ersatz verlangen kann. Dies ist stets der Fall, wenn der Dritte durch eine Schuld (dolus oder culpa), für die er einzustehen hat[1], den Untergang verschuldete. War aber der Schaden durch Zufall eingetreten, so kann man in der Regel von Niemand dafür Ersatz verlangen[2]. Man drückt das Letztere gewöhnlich so aus: casum sentit dominus[3].

2) Bei Obligationen kann durch Untergang des Gegenstan-

---

[7] Dies findet aber, abgesehen von den Fällen unter Nr. III nur statt in den bei Arndts § 104 Nr. 2 angeführten Fällen; darüber s. oben § 89 Nr. II 2 und I 3 a. E.

[8] S. z. B. Arndts § 294 Nr. 3, § 319 Nr. 2.

[1] Vgl. § 87. — Es giebt noch einige andere Fälle, z. B. den der Assekuranz.

[2] S. § 88.

[3] Nur muß man dabei unter dominus nicht bloß den Eigenthümer, sondern jeden dinglich Berechtigten verstehen. Denn Jeder, der irgend ein dingliches Recht an der Sache hat, leidet unter dem Zufall und kann in der Regel von Niemand Ersatz verlangen. Wenn z. B. meine Sache dem A. verpfändet ist und B. den Nießbrauch an ihr hat und sie geht durch Zufall unter: so verliere ich mein Eigenthum, A. sein Pfandrecht und B. seinen Nießbrauch und zwar ohne von Jemandem Ersatz verlangen zu können (abgesehen von Assekuranz).

des, welcher zu leisten ist, die Leistung unmöglich werden. Wird dadurch dem Schuldner seine Leistung objektiv unmöglich, so kann

a. natürlich von dieser Leistung nicht weiter die Rede sein, da man Unmögliches nicht leisten kann[4].

b. Aber seine Schuld bleibt doch bestehen, indem er nun eben den Werth der Leistung schuldet, also Schadenersatz zu geben hat, außer die Unmöglichkeit der Leistung wäre durch ein für ihn zufälliges Ereignis (§ 88) herbeigeführt worden. Im letzteren Fall, also wenn ein Zufall dem Schuldner die Leistung objektiv unmöglich machte, wird er von seiner Schuld frei, ohne irgend welche Ersatzpflicht, weil casus non praestantur.

Der Einfluß der Zeit auf Rechtsverhältnisse überhaupt, namentlich die Verjährung.

§ 92.

(Arndts § 87.)

Der Ablauf oder Eintritt einer Zeit kann in mannigfacher Weise auf Entstehung und Untergang von Rechten einwirken. Namentlich

A. machen sehr häufig die Parteien von Eintritt einer Zeit die Erwerbung oder die Erlöschung oder die Realisirbarkeit eines Rechts abhängig, z. B. die Paciscenten in einem Vertrag, der Erblasser in seinem letzten Willen (§ 79).

B. In manchen Fällen kann der Richter den Parteien einen Termin oder eine Frist setzen zur Vornahme gewisser Handlungen, bei deren Versäumung sie gewisse Nachtheile treffen.

C. Häufig machen die Gesetze ein rechtliches Verhältnis vom Eintritt einer Zeit abhängig (z. B. eine gewisse personenrechtliche Stellung von Erreichung eines gewissen Alters, s. § 48), oder setzen sie einem Rechte von Anfang an eine gewisse Dauer, mit deren Ablauf es erlöschen soll (z. B. dem Rechte gegen ein gerichtliches Urtheil zu appelliren). Auch setzen sie in manchen Fällen die Verwirkung eines Rechts fest, wenn Jemand gewisse Handlungen nicht rechtzeitig vornimmt (z. B. den Verlust einer Einrede, wenn man sie im Proceß nicht zu rechter Zeit vorschützt). Endlich

[4] Impossibilium nulla obligatio est. D. de R. I. 50, 17 l. 185. l. 31; de O. et A. 44, 7 l. 1 § 9.

D. setzt das Recht in vielen Fällen eine Verjährung fest[1].

I. Unter Verjährung (sog. praescriptio) fassen wir eine Reihe von Instituten zusammen, die das Gemeinsame haben, daß durch sie ein faktisch bestehender Zustand der Ausübung oder der Nichtausübung eines Rechts wegen seiner längeren Dauer, also wegen längere Zeit fortgesetzter Ausübung oder Nichtausübung des Rechts, (durch das positive Recht) rechtliche Sanktion bekommt. Es ist nämlich nicht selten der Fall, daß man den Inhalt eines Rechts faktisch ausübt, ohne daß uns das Recht wirklich zusteht, oder daß Jemand gegen uns ein Recht hat, es aber lange Zeit nicht ausübt und wir dadurch faktisch gleichsam im Zustande der Freiheit gegenüber seinem Rechte uns befinden. Vermöge (des Instituts) der Verjährung nun soll in manchen Fällen ein solcher faktischer Zustand, wenn er unter gewissen Requisiten längere Zeit bestanden hat, auch rechtlich anerkannt und geschützt, ihm also die Sanktion eines rechtlichen gegeben werden. Es kann daher durch die Verjährung

a. ein Recht begründet (erworben) werden bloß und allein deßhalb, weil man seinen Inhalt unter gewissen Umständen lange Zeit faktisch ausübte. Dies ist die sog. praescriptio adquisitiva, erwerbende oder begründende[2] Verjährung, oder eine Ersitzung, weil diese Verjährungsfälle durch längere Zeit dauernden Besitz vermittelt werden. Auf diese Weise können ersessen werden das Eigenthum und die iura in re aliena mit Ausnahme des Pfandrechts.

b. Ein Recht kann durch Verjährung lediglich verloren gehen (aufgehoben werden), z. B. eine Servitut erlöschen oder ein klagbarer Anspruch nicht mehr mit Erfolg geltend zu machen sein, weil der Berechtigte sein Recht eine Zeit lang nicht ausübte, sog. praescriptio exstinctiva (erlöschende, richtiger: aufhebende Verjährung[3]). Auf diese Weise können erlöschen: iura in re aliena und klagbare Ansprüche aus Obligationen.

---

[1] Die Litteratur über Verjährung s. bei Arndts l. c. Anm. 2. Das Vollständigste und relativ Beste darüber ist immer noch: Unterholzner Verjährungslehre (1828; und besonders die zweite Ausgabe, besorgt mit Zusätzen von Schirmer; diese Schrift ist aber nicht zu verwechseln mit der Schrift Unterholzners Über die Lehre von der Verjährung durch fortgesetzten Besitz 1815, welche nicht gelungen ist). Windscheid, Pand. § 105 f.

[2] Windscheid Pand. § 105 Anm. 1.

[3] Von Manchen auch Verjährung im engern Sinn (im Gegensatz zur Ersitzung) genannt.

Die zur Verjährung erforderliche Dauer des Zustandes ist in den Fällen a. und b. vom positiven Recht für die einzelnen Klassen der Verjährungsfälle genau bestimmt und deßhalb bezeichnet man in diesen Fällen die Verjährung durch praescriptio definita.

c. Endlich giebt es Fälle, in denen durch die Verjährung eine unwiderlegliche (unbedingte) Rechtsvermuthung dafür begründet wird, daß ein (faktisch) bestehender Zustand schon vor Menschengedenken rechtlich bestanden habe und deßhalb auch noch rechtlich bestehe. Dazu wird aber erfordert, daß der Zustand eine sog. unvordenkliche Zeit hindurch bestanden habe und deßhalb nennen wir in diesen Fällen die Verjährung eine unvordenkliche, sog. praescriptio immemorialis oder indefinita (s. Nr. IV).

II. Die Verjährung läßt sich aus dem strengen Rechtsbegriff nicht deduciren. Allein jedes ausgebildete positive Recht wird sie bis auf einen gewissen Grad anerkennen und so auch unser gemeines Recht. Denn für die rechtlichen Verhältnisse ist Sicherheit und Festigkeit von der größten Wichtigkeit. Was lange Zeit unangefochten bestanden hat, soll nicht leicht noch in Streit und Zweifel gezogen werden; auch ist für den Schutz eines wirklichen Rechts eine Sanktionirung desselben durch seinen langen Bestand von großer Wichtigkeit[4]. Ihre Wichtigkeit liegt

a. darin, daß man durch sie ein Recht erlangen kann, welches man bis daher nicht hatte; ferner daß man von einer Verbindlichkeit frei werden kann; ganz besonders aber auch

b. darin, daß sie sehr häufig dem wahren Berechtigten einen wichtigen Schutz giebt. Denn wenn dem wirklich Berechtigten sonstige Beweismittel für sein Recht, ferner wenn dem gewesenen Schuldner sonstige Beweismittel für geschehene Tilgung seiner Schuld abgehen: so ist sehr häufig die Verjährung (wenn ihre Requisite vorliegen) ein einfaches und sicheres Mittel, im ersteren Fall die Erwerbung des Rechts, im letzteren das Freigewordensein von der Schuld nachzuweisen[5].

III. Die Verjährung gilt aber nicht bei allen Rechtsverhältnissen.

---

[4] D. de aqua 39, 3 l. 2 pr.; de usurp. 41, 3 l. 1; pro suo 41, 10 l. 5; C. de praescr. trig. annor. 7, 39 cst. 7 pr.

[5] Siehe die Beilage. Unter diesem Gesichtspunkt beantwortet sich die Frage: wie lange muß man quittirte Rechnungen aufbewahren?

Wir fassen eben unter diesem Namen eine Reihe von Instituten zusammen, welche den unter Nr. I angegebenen gemeinsamen Charakter haben, sich aber nur auf gewisse Rechte und Rechtsverhältnisse beziehen und bei diesen unter ganz verschiedenen Grundsätzen stehen[6].

IV. Im allgemeinen Theil sind bloß zwei Fälle der Verjährung zu entwickeln, weil sie allein allgemeiner Natur sind, nämlich

1) die Verjährung klagbarer Ansprüche oder die sog. Klagenverjährung[7];

2) die sog. praescriptio immemorialis, unvordenkliche Verjährung. Diese hat eine ganz besondere Natur (vgl. Nr. I Lit. c.), aber nach kanonischem und deutschem Recht eine allgemeinere Beziehung und bildet dadurch gleichsam eine Ergänzung des Instituts der Verjährung überhaupt. Sie geht nicht davon aus, daß durch sie ein Recht erst erworben oder eine wirklich bestehende Verbindlichkeit aufgehoben werde, sondern stützt sich auf die unbedingte Annahme, ein faktischer Zustand, welcher eine unvordenkliche Zeit hindurch unangefochten gedauert habe, müsse einen rechtlichen Ursprung gehabt haben

---

[6] Es ist daher nicht zu billigen, wenn Viele (gewöhnlich die Älteren) eine allgemeine Theorie aufstellen, welche gleichmäßig bei allen Verjährungsfällen gelten soll. Ebenso ist es verfehlt, wenn Viele (meist die Älteren) Manches, was gar nicht Verjährung ist, zur Verjährung zählen, indem sie die unter A. angeführten Fälle bezeichnen durch praescriptio conventionalis oder testamentaria ꝛc., ferner die unter B. angeführten durch praescriptio iudicialis und die unter C. und D. durch praescriptio legalis. Dies führt zu Vermischung von ganz Verschiedenartigem; denn Verjährungsfälle sind nur die Fälle, welche den unter Nr. I bezeichneten Charakter haben. Dagegen gehen Andere, besonders Savigny und Puchta (Vorl. I S. 165. 166) zu weit, wenn sie es mißbilligen, daß wir den Instituten unter D. den gemeinsamen Namen Verjährung oder praescriptio geben. Denn eine solche gemeinsame Bezeichnung ist sehr zweckmäßig und an sich unverfänglich. Allerdings hatten die Römer keinen gemeinsamen technischen Ausdruck, unter dem sie alle Verjährungsfälle begriffen; aber deßhalb mußten sie sich auch, wenn sie von ihnen überhaupt sprechen wollten, der lästigsten Umschreibungen bedienen. Vgl. Meine Erörterungen III S. 104f. und nun auch Windscheid Pand. § 105 Anm. 6. — Durch praescriptio aber bezeichneten die Römer nicht die Verjährung. Praescriptio hieß bei ihnen in der Regel (namentlich im spätern Sprachgebrauch) so viel wie exceptio, also Einrede im engern Sinne, z. B. exceptio doli, pacti und praescriptio doli, pacti sind ganz Dasselbe (C. 8, 36 Rubr.: de exceptionibus seu praescriptionibus); und so bedeutet daher praescriptio temporis Dasselbe wie exceptio temporis, nämlich die Einrede des Beklagten, durch die er sich auf einen Zeitablauf, eine Verjährung des Anspruchs des Gegners beruft. Es war dann diese Einrede je nach Verschiedenheit der nöthigen Verjährungszeit, eine praescriptio oder exceptio annua (annalis) oder eine praescriptio longi temporis, d. h. decem und viginti annorum oder eine praescriptio triginta oder quadraginta annorum ꝛc. (Meine Erörterungen II S. 49 ff.). Erst die Glossatoren und das kanonische Recht und so auch wir bezeichnen durch praescriptio und praescribere das Institut der Verjährung überhaupt, sowohl der Ersitzung (z. B. rem praescribere), als auch die erlöschende Verjährung und die Immemorialverjährung.

[7] Darüber s. § 104 f.

und sei deßhalb (zu schützen und) anzuerkennen. Es wird daher zu dieser Verjährung bloß erfordert

a. daß Derjenige, welcher sich darauf beruft, beweisen kann, der betreffende Zustand habe seit unvordenklicher Zeit bestanden (theils in seiner Person, theils in der seiner Vorgänger), d. h. seit einer Zeit, von welcher die jetzt Lebenden weder aus eigener Wahrnehmung, noch aus Dem, was sie von ihren nächsten Vorfahren hörten, sich des Gegentheils erinnern können;

b. daß das Recht ein solches ist, welches unvordenkliche Zeit lang ausgeübt werden konnte und von den Gesetzen als mögliches Privatrecht anerkannt ist[8].

Beilage. Die Bedeutung der Verjährung wird meist darein gesetzt, daß man durch sie ein Recht erwerbe, das uns bisher nicht zustand, oder von einer Verbindlichkeit frei werde, die uns bisher oblag. Allein sie hat noch eine andere praktische Hauptbedeutung, auf die nun auch Savigny Syst. VI S. 306 ff. aufmerksam macht, nämlich die, daß sie oft das einzige Mittel für uns ist, den Beweis eines Rechts, das uns, ganz abgesehen von der Verjährung, wirklich zustand, oder des Freiseins von einer Verbindlichkeit, von der wir schon auf andere Weise frei geworden waren, den wir aber beizubringen nicht im Stande sind, durch die Berufung auf eine abgelaufene Verjährung zu führen. Man nehme folgende Beispiele: Ich habe auf der Messe eine werthvolle Uhr von Jemandem, der wirklich Eigenthümer der Uhr war, gekauft, den Preis bezahlt und die Sache von ihm tradirt erhalten, bin daher Eigenthümer der Uhr geworden; nach vier Jahren deponire ich, im Begriffe eine längere Reise zu machen, die Uhr bei X.; dieser stirbt bald darauf und sein Erbe, der den X. für den Eigenthümer der Uhr hielt, verkauft sie an Z. Dieser will sie mir nicht herausgeben und ich belange ihn daher mit der rei vindicatio, da in diesem Falle gegen ihn die Publiciana actio nicht zulässig ist (denn Z. besitzt die Sache iusto titulo und bona fide und sie ist im vorliegenden Falle nicht res furtiva, vgl. I. de usuc. 2, 6 § 4). Natürlich muß ich nun, um mit der Klage durchzudringen, beweisen, daß ich Eigenthümer der Uhr bin. Nun kann ich zwar beweisen, daß ich sie vor mehr als 4 Jahren durch Kauf in meinen Besitz bekommen habe; allein dadurch erweise ich mein Eigenthum noch nicht; denn zu diesem Zweck müßte ich noch nachweisen, daß mein Verkäufer wirklich Eigenthümer der Sache gewesen ist, weil er, wenn er es nicht war, durch die Tradition das Eigenthum auf mich nicht übertragen konnte. Ist mir nun dieser Beweis nicht möglich, weil z. B. mein Auktor sich über den Weg, wie er die Sache erworben hatte, nicht ausweisen kann oder ich, was ja so häufig vorkommt, von einem Unbekannten gekauft hatte: so wird mir nun die Verjährung von besonderer Wichtigkeit: denn ich habe doch jedenfalls die Sache durch Kauf und Tradition, also iusto titulo, in meinen Besitz bekommen und drei Jahre im Besitz gehabt; kann ich diese facta erweisen: so folgt daraus, daß ich jedenfalls das Eigenthum der Sache, wenn auch mein Auktor nicht Eigenthümer gewesen sein

[8] Vgl. Arndts § 91. — Aus dem letzteren Grunde war in Deutschland früher diese Verjährung in vielen Fällen möglich, in denen sie jetzt in den meisten deutschen Staaten nicht mehr möglich ist. Namentlich konnten dadurch begründet werden: Patrimonialgerichtsbarkeit, das Recht auf Erhebung von Zöllen, Steuerfreiheit, Bannrechte und dergleichen Rechte; jetzt aber können die genannten Rechte nach den meisten Gesetzgebungen nicht mehr einem Privaten zustehen; sie sind also künftig auch der unvordenklichen Verjährung entzogen, so daß nun der Kreis der Letzteren ein sehr beschränkter geworden ist.

sollte, durch Usukapion erworben habe, und so ist daher für mich, obwohl ich schon durch Tradition in Wirklichkeit das Eigenthum erworben hatte, die Berufung auf Verjährung, als das einzige mir zu Gebote stehende Beweismittel meines Rechts, von der größten Bedeutung. — Ferner: mein Erblasser war vor langer Zeit dem X. 1000 M. schuldig geworden, hatte aber längst die Schuld bezahlt. Nun tritt aber X. gegen mich auf, behauptet, die Schuld sei noch nicht bezahlt und fordert von mir als Erben die Zahlung. In den Papieren meines Erblassers finde ich auch wirklich die Bemerkung, daß er die Schuld schuldig geworden, aber auch, daß er sie bezahlt habe; als ehrlicher Mann werde ich daher nicht in Abrede ziehen, daß die Schuld existirt habe, mich aber darauf berufen, daß sie durch Zahlung getilgt sei; allein diese Einrede der Zahlung muß ich beweisen. Kann ich den Beweis nicht führen und will ich es auch nicht auf die immerhin mißliche Eideszuschiebung an meinen Gegner ankommen lassen: so muß ich eben noch einmal zahlen. Hier kann nun aber leicht die Berufung auf eine abgelaufene Verjährung helfen; denn wenn ich nur nachweisen kann, daß mein Erblasser schon vor 30 Jahren die Schuld kontrahirt hatte: so bin ich jedenfalls von der Schuld, wenn sie auch nicht bezahlt worden sein sollte, durch erlöschende Verjährung frei geworden.

Die Bestimmung und Berechnung der Zeit.

I. Die Bestimmung der Zeit überhaupt.

§ 93.

(Arndts § 88.)

Bei dem mannigfachen Einfluß, den der Ablauf einer Zeit auf Rechtsverhältnisse hat, ist die Frage von Wichtigkeit, wie die Zeit bestimmt und berechnet wird [1]. Es kommt hier zunächst in Betracht die Bestimmung der Zeit überhaupt. Wir theilen die Zeit ein nach Jahren, Monaten, Wochen, Tagen u. s. w. Diese Eintheilung aber wird in doppeltem Sinn genommen

1) als unbewegliche oder sog. bürgerliche oder Kalender-Zeit, d. h. wie sie im Kalender bezeichnet ist. Hier wird also der Tag genommen von einer Mitternacht zur andern (Kalendertag), der Monat vom ersten bis zum letzten eines der zwölf Monate des Kalenders (Kalendermonat), das Jahr vom 1. Januar bis zum 31. December (Kalenderjahr) [2].

---

[1] Vgl. Savigny Syst. IV S. 318—479, besonders aber, namentlich auch in Manchem zur Berichtigung Dessen, was Savigny ausführt: Bachoven in der Gießener Zeitschrift für Civilrecht und Proceß XVIII S. 38 f., S. 334 f. — Eine meist richtige, hauptsächlich aber und vielfach wörtlich aus Bachoven genommene Ausführung giebt Heimbach in Weiske's Rechtslexikon XV 135 f.

[2] Vgl. Savigny l. c. S. 320 f. — Man nennt hier das Jahr, den Monat, Tag: annus, mensis, dies civilis. — Zum Verständnis der römischen Quellen ist zu beachten, daß die Römer nicht, wie wir, von Mitternacht und von Mittag an die Stunden numerirten, sondern 12 besondere Tag- und 12 besondere Nachtstunden zählten; die Tagesstunden von Sonnenaufgang, die Nachtstunden von Untergang der Sonne an (so daß die Stunden, je nach den verschiedenen Längen des Tages und der Nacht verschiedene Größe

2) Die bewegliche oder natürliche Zeit (sog. Zeitjahr, Zeitmonat ꝛc.), d. h. wenn ohne Rücksicht auf die Kalenderabschnitte von irgend einem Ereignisse an der Zeitraum eines Jahres, Monats, Tages zu berechnen ist[3]. Ein beweglicher Tag besteht aus einem Zeitraum von 24 Stunden; ein bewegliches Jahr aus einem Zeitraum von 365 Tagen[4]; eine bewegliche Woche aus 7 Tagen. Dagegen ist sehr bestritten, aus wie viel Tagen nach gemeinem Recht ein Zeitmonat bestehe, da die Monate in der Zahl ihrer Tage verschieden sind. Die Römer scheinen ihn verschieden berechnet zu haben, je in verschiedenen Verhältnissen. Meist aber drücken sie, wenn sie von Monatszeiten sprechen, die betreffende Zeit auch noch in Tagen aus[5].

Die bei uns herrschende Meinung aber ist, daß das römische Recht in der Regel (so weit es nicht für einzelne Fälle ein Anderes bestimmte) einen beweglichen Monat zu 30 Tagen genommen habe und so nimmt es auch die Praxis an. Nur ist es nicht richtig, wenn dies die Meisten auch bei uns in allen Fällen anwenden wollen; denn in Deutschland rechnet man im gewöhnlichen Verkehr die beweglichen Monate, wie das bewegliche Jahr, lediglich nach dem Datum (also nicht nach einer bestimmten Zahl von Tagen; nicht ex numero dierum, sondern ex nominatione calendarum, wie es auch die Römer in der späteren Zeit häufig thaten (vergl. Arndts l. c. Anm. 5 a. E.; s. auch schon D. de aq. quotid. 43, 20 l. 1 § 32), d. h. man rechnet von dem Kalendertag an, mit welchem der betreffende Zeitraum beginnt, bis zu dem Kalendertage gleicher Nummer des Monats, in welchem der Zeitraum ablaufen soll (z. B. wenn ich am 1. Februar meinem Gläubiger verspreche, in 3 Monaten ihn zu bezahlen, so geht der Termin bis zum 1. Mai ohne Rücksicht auf die verschiedene Größe der dazwischen liegenden Monate). Beginnt eine solche Frist an einem der letzten Tage des Monats und derjenige Monat, in welchem die Frist ablaufen würde, hat nicht so viele Tage, so gilt eben der letzte Tag dieses Monats als Endpunkt. Auf diese Weise nun müssen wir bei uns rechnen bei allen vertragsmäßigen, letztwilligen und richterlichen Fristen, wenn sie bloß nach Monaten bestimmt sind, weil anzunehmen ist, daß die Parteien und die Gerichte die von ihnen gesetzten Monatsfristen in dem Sinne nehmen, in welchem bei uns im gemeinen Leben eine Monatsfrist genommen wird. Wir müssen aber auf diese Weise auch die Monatsfristen berechnen, welche ein deutsches Gesetz festsetzt, weil wir im Zweifel anzunehmen haben, daß der Gesetzgeber seine Worte in der in seinem Lande herrschenden Auffassung nimmt. Auch empfiehlt sich diese Rechnung sehr durch ihre Einfachheit. Der Umstand aber, daß hier auch Monatsfristen, je nachdem sie von diesem oder jenem Monatstag an gerechnet werden, um einen oder einige Tage differiren können, ist im Privatrecht ohne Bedeutung. Natürlich muß man, wenn die Parteien Etwas auf einen halben Monat festsetzen, dies nach Tagen rechnen und hier ist es am natürlichsten, den halben Monat zu 15 Tagen zu nehmen (s. auch Deutsche Wechselordnung Art. 32).

---

hatten. Die Mitternachtstunde, welche den Kalendertag schließt, war bei ihnen die hora sexta noctis (Arndts l. c. Anm. 3).

[3] Z. B. wenn ich heute eine bewegliche Sache in den Besitz bekomme und es entsteht später die Frage, ob ich sie usukapirt habe, muß ich sie von heute an 3 Jahreszeiträume besessen haben.

[4] Im Schaltjahr aber mit Einschluß des Schalttages.

[5] S. die Stellen bei Arndts l. c. Anm. 5 und Mein Württemb. Privatrecht II § 121 Anm. 6.

Bei der Bestimmung der Zeit fragt es sich noch, in wie fern dabei der Schalttag in Betracht kommt[6]. Die Römer rechneten in der Regel den Schalttag nicht als besonderen Tag.

Sie bezeichneten bekanntlich die Kalendertage so, daß sie von drei festbestimmten Monatsterminen, Calendae (dem 1.), Nonae (5. und 7.), Idus (13. und 15.) des Monats rückwärts zählten und den zu bezeichnenden Tag numerirten und bezeichneten nach den zunächst auf ihn folgenden Calendae oder Nonae oder Idus und dabei den Tag, von dem an sie rechneten und den, welchen sie bezeichnen wollten, mitzählten (vergl. Arndts l. c. Anm. 2). Hiernach ist der 24. Februar der dies sextus ante Calendas Martias. Diesen dies sextus nun machten sie bei einem Schaltjahre zu einem Tage von 48 Stunden, zu einem bissextum oder dies bissextus. Sie schoben nämlich die 24 Stunden des Schalttages (dies intercalaris) vor dem dies sextus, also zwischen unserem 23. und 24. Februar ein und dieser Schalttag bildete dann mit dem 24. Februar den dies bissextus oder das bissextum (s. Arndts l. c. Anm. 4). Den Schalttag nannten sie dies sextus posterior, weil sie ja von hinten herein, vom März her, rechneten und den auf den Schalttag folgenden Tag, den eigentlichen dies sextus, den 24. Februar, nannten sie dies sextus prior. Dadurch erlangten sie das Zweckmäßige, daß man im Schaltjahr nominell keinen Tag mehr hatte als im gemeinen Jahr und daß der Februar auch im Schaltjahr nur 28 Tage hatte, freilich darunter einen von 48 Stunden, und daß man daher den Grundsatz, den Schalttag nicht als besonderen Tag zu beachten, ganz einfach durchführen konnte.

Eben deßhalb rechnet das römische Recht bei Fristen, bei Verjährungszeiten u. dergl. den Schalttag nicht als besonderen Tag, sondern als ein integrirendes Stück des dies sextus ante Calendas Martias[7]. Nur wenn durch Verabredung der Parteien eine Frist nach Tagen bestimmt wurde, zählten sie den Schalttag als besonderen Tag, weil dies dem wahrscheinlichen Willen der Parteien gemäß war[8].

Bei uns dagegen wird der Schalttag stets als besonderer Tag im Kalender bezeichnet und im socialen Leben behandelt. Dadurch bekommt bei uns im Schaltjahr der Februar 29 Tage statt 28.

Aber der Schalttag ist bei uns nicht der 29. Februar, sondern wie bei den Römern der 24. Februar. Denn auch wir schieben ihn zwischen den 23. und 24. Februar ein; da wir ihn aber besonders numeriren, so bekommt er die Nummer 24; dadurch wird der eigentliche 24. Februar in die Nummer 25 gerückt und so der 28. Februar in die Nummer 29. Damit stimmen auch durchaus unsere (unter öffentlicher Auktorität gefertigten) Kalender überein. (Vergl. Savigny l. c. S. 475 ff.)

---

[6] Darüber s. besonders Savigny Syst. IV S. 454 f.

[7] Z. B. eine Zeit, die im gemeinen Jahre am (mit dem Schlusse des) 24. Februar ablaufen würde, läuft im Schaltjahr nach römischer Rechnung mit dem Schlusse des bissextum, also unseres 25. Februars, ab; und wer im gemeinen Jahr am 24. Februar seinen Geburtstag hat, hatte ihn hiernach im Schaltjahr am prior dies des bissextum (d. h. 25. Februar, weil der 24. eingeschoben wurde), so daß er erst mit Ablauf des 25. Februar (des prior dies) seinen Geburtstag erlebt hatte (vgl. Arndts l. c. Anm. 4). Vgl. indeß unten Nr. 3.

[8] D. de div. temp. praescr. 44, 3 l. 2 in f. Savigny IV S. 464 f.

Was aber die Berechnungsweise des Schalttages bei uns betrifft, so

1) versteht es sich von selbst, daß (in der Regel), wenn von Monats- oder Jahresfristen die Rede ist, auch bei uns der Schalttag nicht besonders in Betracht kommt (abgesehen von den Fällen unter Nr. 3), weil wir ja Monate und Jahre nach dem Datum rechnen[9].

2) Dagegen kann es keinen Zweifel leiden, daß, wenn eine Frist nach Tagen oder Wochen bestimmt wird und der Schalttag in sie fällt, dieser bei uns stets als besonderer Tag gerechnet werden muß und zwar nicht bloß, wie nach römischem Recht, bei vertragsmäßigen Fristen, sondern auch, wenn Richter oder Gesetz die Frist festsetzten[10].

3) Noch entsteht die Frage, wie bei uns zu rechnen ist, wenn das Ende eines Jahres- oder Monatszeitraums in einem Schaltjahre auf den 24. Februar oder einen der folgenden Februartage fallen würde, oder wenn der Anfang eines solchen Zeitraums im Schaltjahr auf einen dieser Tage fällt und der Zeitraum in einem gemeinen Jahre sich endigt.

Auch hier behauptet die herrschende Ansicht (namentlich auch Savigny l.c.), daß wir (in solchen Fällen) zu rechnen haben wie die Römer, also der Schalttag gar nicht besonders, sondern mit dem folgenden Tage als ein Tag zu rechnen sei. Allein dies wäre sehr inkonsequent. Denn da bei uns der Schalttag einen Tag für sich mit besonderer Nummer bildet, so müssen wir ihn in solchen Fällen auch als besonderen Tag rechnen. Wer z. B. am 24. Februar eines gemeinen Jahrs geboren wurde, hat im Schaltjahr nicht (wie die herrschende Ansicht annimmt) erst am 25. Februar seinen Geburtstag, sondern am 24. Februar; und wer im Schaltjahr am 25. Februar geboren ist, hat im gemeinen Jahr nicht (wie die gewöhnliche Ansicht annimmt) am 24., sondern am 25. Februar seinen Geburtstag. Vergl. Mein Handbuch des Sächsischen Strafrechts S. 345 f.

II. Die Berechnung eines Zeitraums nach seinem Anfangs- und Endpunkt.

§ 94.

(Arndts § 89.)

Der Anfang eines Zeitraums bestimmt sich immer durch irgend ein Ereignis, z. B. der Anfang der Ersitzungszeit durch den Anfang des Besitzes, der einer richterlichen Frist durch die Zeit, in welcher

[9] Wenn ich z. B. am 4. Januar verspreche, Etwas in 4 Monaten zu thun, so geht die Frist eben bis zum 4. Mai, mag ein Schalttag dazwischen liegen oder nicht.

[10] Zwar wird dies gewöhnlich geleugnet. Allein man beachtet dabei nicht, daß der Grundsatz des römischen Rechts, den Schalttag nicht als besonderen Tag zu zählen, darauf

die Auflage der Partei eröffnet wird, der der Appellationsfrist durch die Zeit der Eröffnung des Urtheils, das Lebensalter durch die Geburt u. s. w. Dieses Ereignis fällt in einen bestimmten Moment, der zwischen Mitternacht und Mitternacht, also im Laufe eines Kalendertages liegt. Diesen Moment kann man den mathematischen oder natürlichen Anfangspunkt des Zeitraums nennen. Wenn man daher:

I. einen Zeitraum ganz genau rechnen will, so müßte man ihn von diesem mathematischen Anfangspunkte an rechnen und von da an fortrechnen bis zum mathematischen oder natürlichen Endpunkt, d. h. bis zum letzten Moment, an welchem der Zeitraum abgelaufen wäre, ein Moment, der auch wieder in den Lauf eines Kalendertages fällt. Diese Rechnungsart nennen die Römer a momento ad momentum rechnen; wir nennen sie computatio naturalis[1]. Allein so kann man in den wenigsten Fällen rechnen; denn selten bemerkt man sich die Minute oder auch nur die Stunde, in welcher eine Begebenheit eingetreten ist und von welcher an man daher zu rechnen hätte. Es führt daher

II. schon das praktische Bedürfnis auf eine andere Rechnung. Man muß von einem solchen Anfangspunkte an rechnen, den man sich eher merken kann, nur darf er nicht zu weit vom natürlichen Anfangsmomente entfernt sein. Deßhalb ist es am geeignetsten, als Anfangspunkt den ganzen Kalendertag zu behandeln, in welchem der mathematische Anfangspunkt liegt, also nach ganzen Kalendertagen zu rechnen: numerare ad dies. Dies ist die bürgerliche (civilistische) Rechnungsweise, computatio civilis, welche als Grundsatz schon im römischen Civilrechte anerkannt wird[2]. Allein hier sind noch verschiedene Rechnungen möglich.

1) Man kann die Rechnung anfangen vom Schlusse des Kalendertages, in welchem der mathematische Anfangspunkt liegt, so daß

---

beruht, daß die Römer ihn überhaupt nicht als besonderen Tag behandelten, also auf einer Prämisse, die bei uns gar nicht mehr vorliegt, da wir ihn als einen besonderen Tag behandeln und im Kalender bezeichnen. Vgl. Mein Sächsisches Strafrecht S. 345 f.

[1] Rechnung nach beweglicher Zeit; z. B. wenn N. am 1. Januar früh 9 Uhr geboren ist, so ist er nach dieser Rechnung ein Jahr alt (annicolus) am 1. Januar des folgenden Jahres früh 9 Uhr. Ferner, wenn dem N. am 1. Januar früh 9 Uhr aufgegeben wird, binnen 14 Tagen Etwas zu thun, so ist nach dieser Rechnungsart die Zeit abgelaufen am 15. Januar früh 9 Uhr.

[2] D. de V. S. 50, 16 l. 134 a. E. Bachoven l. c. S. 40 f.

also dieser Kalendertag gar nicht mitgerechnet, sondern der Zeitraum erst von der ihn schließenden Mitternacht an gerechnet, also erst der (auf ihn) folgende Kalendertag als Nr. 1 gezählt wird. Dadurch wird der Zeitraum um einen (bald größeren bald geringeren) Tagesbruch verlängert; denn er läuft nun erst ab mit dem Schluß desjenigen Kalendertages, in welchen der mathematische Endpunkt fällt; dieser bildet dann den letzten Tag, der ganz abgelaufen sein muß, wenn die Zeit vollendet sein soll[3]. Man kann diese Rechnungsart die verlängernde nennen oder auch die deutsche, weil man in Deutschland auf diese Weise gewöhnlich rechnet.

2) Man könnte aber auch (nach Kalendertagen) so rechnen, daß man die Rechnung mit dem Anfange des Kalendertages beginnt, in dem der mathematische Anfangspunkt liegt, also von der ihm vorangehenden Mitternacht an, so daß man schon diesen ganzen Kalendertag als Nr. 1 zählt, wodurch der Ablauf der Zeit um einen Tagesbruch verfrüht wird[4]. Diese Rechnungsweise kann man die verfrühende oder auch die römische nennen; denn gerade sie ist die römische computatio civilis. Durch dieselbe fällt also der Kalendertag, in welchem der mathematische Endpunkt liegt, gar nicht mehr in den Zeitraum; der Zeitraum ist vollständig abgelaufen mit der Mitternacht, welche diesem Kalendertag vorangeht; der dies novissimus oder postremus also, der letzte Tag, welcher ganz abgelaufen sein muß, wenn der Zeitraum erfüllt sein soll, ist nach dieser Rechnung derjenige Kalendertag, welcher dem Tag vorangeht, in welchen der mathematische Endpunkt fällt[5].

3) Im römischen Recht kommt in einigen Fällen noch eine eigen-

---

[3] Z. B. in den vorhin (Anm. 1) angeführten Fällen würde nach dieser Rechnung erst mit dem Schluß des 1. Januar, also in der Mitternacht zwischen 1. und 2. Januar N. ein Jahr alt geworden sein und die dem N. gesetzte Frist würde erst mit dem Schluß des 15. Januar ablaufen.

[4] Z. B. in den angeführten Fällen würde N. schon mit dem Ablauf des 31. December seines Geburtsjahres ein Jahr alt, es würde die 14tägige Frist mit dem Schluß des 14. Januar abgelaufen sein.

[5] In den angegebenen Beispielen der 31. December resp. 14. Januar. D. de O. et A. 44, 7 l. 6; de adult. 48, 5 l. 30 § 1; de cond. et demonst. 35, 1 l. 49. Vgl. Arndts l. c. Anm. 3. — Viele drücken diese Rechnungsweise auch so aus: dies ultimus coeptus pro completo habetur; allein dies ist unpassend, denn wenn man so sagt, versteht man unter dies ultimus nicht den Tag, den die römischen Quellen durch novissimus (oder postremus) bezeichnen, sondern den Tag, der auf diesen folgt, d. h. denjenigen, in welchen der mathematische Endpunkt fällt und mit dessen Anfang schon nach dieser Rechnungsart der Termin abgelaufen ist.

thümliche Rechnung vor. Dasselbe nimmt in gewissen Fällen einen Zeitraum für abgelaufen an, sobald der Kalendertag, welcher nach der Rechnung Nr. 2 den dies novissimus bildet, nur erreicht ist, so daß der Ablauf des Zeitraums nicht nur um einen Tagesbruch, sondern noch dazu um einen ganzen weitern Tag verfrüht wird [6].

Welche dieser Rechnungsweisen ist nun von uns bei Rechtsverhältnissen anzuwenden? Einige behaupten, man müsse in der Regel nach Nr. I, also a momento ad momentum rechnen. Dies ist aber entschieden falsch; denn das römische Recht spricht als Grundsatz aus, daß Zeiträume nach ganzen Kalendertagen gerechnet werden sollen

---

[6] Es gilt hier von diesem Kalendertag der Satz: dies ultimus coeptus pro completo habetur, z. B. im älteren römischen Rechte hingen gewisse Vortheile davon ab, daß man ein einjähriges Kind (anniculus) gehabt hatte. In solchen Fällen nun galt ein Kind für 1 Jahr alt schon dann, wenn es nur den 365. Lebenstag erreicht hatte; es galt also das am 1. Januar früh 9 Uhr geborene Kind als anniculus mit dem Anfang des folgenden 31. December, während es nach der Rechnung Nr. 2 diesen 31. December durchgelebt haben müßte (D. de V. S. 50, 16 l. 132, 134). Ferner: ein Testament kann nur ein pubes, ein 14-Jähriger errichten; 14 Jahre alt ist nun z. B. Derjenige, welcher am 1. Januar 1870 Mittags 12 Uhr geboren ist, nach Nr. 2 mit dem Ablauf des 31. December 1883. Er könnte also hiernach erst mit dem Anfang des 1. Januar 1884 testiren. Allein (nach D. qui test. fac. 28, 1 l. 5 pr.) soll er schon am ganzen Tag vorher testiren können, schon pridie calendas Ian. post horam sextam noctis, d. h. am 31. December nach der Mitternacht zwischen dem 30. und 31., so daß er schon am Anfang des 31. December zu diesem Zweck als 14jährig gilt. Diese Rechnungsweise, die von unseren älteren Civilisten computatio civilissima genannt wird, wollen zwar Manche (z. B. auch Savigny Syst. IV S. 368 f.) ganz wegdisputiren; allein die angeführten Stellen rechnen ganz klar auf diese Weise (Bachoven l. c. S. 45 f., 71 f., 353 f.). Andere dagegen, namentlich Reinfelder (Der annus civilis, 1829) und Vangerow (§ 196), wollen sie daraus erklären, daß das römische Recht einen Tag bloß als einen Moment aufgefaßt und deßhalb bei Erreichung eines Tages ihn schon für abgelaufen angenommen habe, was aber ebenso unrichtig ist. Sie erklärt sich wohl lediglich dadurch, daß die römischen Juristen, durch eine Interpretation der betreffenden Gesetzesstellen auf sie kamen. Gewisse rechtliche Folgen nämlich machten die römischen Gesetze davon abhängig, daß ein gewisses Alter erreicht worden sei. Dieses Erreichen nun legten die römischen Juristen wörtlich so aus, es sei schon vorhanden, wenn man nur den Tag, welcher nach der Rechnung Nr. 2 der letzte ist, erreicht habe, weil man mit dem Anfange dieses letzten Tages schon an der Grenze des Endpunktes stehe, also nicht mehr minor dieser Zeit sei. Ganz auf diese Weise argumentirt Ulpian in l. 1 de manumissionib. 40, 1. — Viele behaupten auch, die Römer hätten die Usukapionszeit so gerechnet und wirklich scheint l. 15 pr. D. de div. temp. praescr. 44, 3 so zu rechnen. Allein in dem Titel, der ex professo von der Usukapion handelt, wird offenbar die Usukapionszeit nach der römischen Regel, also nach Nr. 2 gerechnet. D. de usuc. 41, 3 l. 6, 7. Bachoven l. c. S. 66 f. Zwar leugnen dies Viele und glauben, auch diese Stellen rechnen die Usukapionszeit nach Nr. 3. Allein diese beachten nicht gehörig, daß der Ausdruck hora sexta noctis, d. h. in der Nachtstunde von 11—12 nicht heißt: erst nach dieser Stunde (post horam sextam), daß also horà sextà noctis pridie calendas Ianuarias offenbar heißt: die letzte Stunde des 31. December, nicht aber die erste Stunde. Die Stunde von 11—12 des 31. December ist die Mitternachtsstunde zwischen dem 31. December und 1. Januar, nicht zwischen dem 30. und 31. December. Bachoven S. 64 f. Savigny l. c. S. 368 f.

(Nr. II im Anfang). Nur in Einem Falle rechnet das römische Recht a momento ad momentum. —

Es berechnet auf diese Weise das Ende (den Ablauf der Zeit) der Minderjährigkeit, aber nur in Beziehung auf das beneficium restitutionis, z. B. N. ist am 1. Januar 1850 Abends 6 Uhr geboren; hier ist er eigentlich nach der Rechnungsweise unter Nr. II 2 schon volljährig mit dem Anfang des 1. Januar 1875; allein in Beziehung auf Restitution gilt er noch als minderjährig bis Abends 6 Uhr des 1. Januar 1875, d. h. er kann noch wegen aller Benachtheiligungen, die in die Zeit bis Abends 6 Uhr fallen, Restitution verlangen. D. de minor. 4, 4 l. 3 § 3. — Außerdem nahm noch unsere Praxis stets an, daß nach der Bestimmung Justinians in Nov. 23 cap. 1 die zehntägige Appellationsfrist vom Moment der Urtheilspublikation an naturaliter zu rechnen sei. In allen anderen Fällen aber bleibt es bei der Regel, daß man stets nach ganzen Kalendertagen zu rechnen habe (Nr. II). Die Meisten geben dies zu, aber streiten darüber, ob nach Nr. II 1 oder nach II 2 oder II 3 zu rechnen ist. Viele Neuere behaupten, wenn es sich von einem Rechtserwerb handle, z. B. einer Ersitzung, so sei nach Nr. 2 zu rechnen (so z. B. Vangerow Pandekten I § 196; Arndts l. c. bei und in Anm. 5). Diese Distinktion macht auch Savigny; nur will er beim Rechtserwerb nach Nr. 2, bei Rechtsverlust nach Nr. 1 rechnen. Allein die Rechnung unter Nr. 1 kennt das römische Recht gar nicht (s. besonders Bachoven S. 46 f., 141 f.). Was aber überhaupt die Distinktion zwischen Rechtserwerb und Rechtsverlust betrifft, so macht das römische Recht nirgends von ihr die Art der Zeitrechnung abhängig (Mein Württemb. Privatrecht II S. 830). Auch wäre es in den meisten Fällen nicht durchführbar, weil meist durch dasselbe Ereignis, durch welches die eine Partei erwirbt, eine andere verliert; man aber doch einen Zeitraum bei demselben Rechtsverhältnis nicht (wie Huschke will) für die verschiedenen Parteien verschieden rechnen kann.

Man wird unterscheiden müssen:

1) Gesetzliche Zeiträume. Hier muß man so rechnen, wie die Quelle, welche die Zeit festsetzt, es bei dem betreffenden Verhältnis thut. Wir müssen daher

a. in den besonderen Fällen, in welchen das römische Recht die unter Nr. II 3 angeführte Rechnung anwendete, sie auch anwenden. Von diesen Fällen ist aber bei uns gemeinrechtlich nur noch praktisch der Fall des Eintritts der Testirfähigkeit.

b. Wo sonst das römische Recht einen noch praktischen gesetzlichen Zeitraum festsetzt, muß er im Zweifel nach Nr. II 2 gerechnet werden, weil dies die gewöhnliche römische Rechnungsweise ist.

c. Wenn aber eine deutschrechtliche Quelle eine Zeit festsetzt, so haben wir sie im Zweifel nach Nr. II 1 zu rechnen, weil dies die in Deutschland übliche Rechnungsweise ist und im Zweifel angenommen werden muß, daß die deutschen Gesetzgeber von unserer gewohnten Rechnungsweise ausgegangen seien.

2) Zeiträume, welche bei uns die Parteien festsetzen oder die Richter. Bei diesen haben wir auf die eben unter c. bemerkte Weise zu rechnen, weil dies die in Deutschland übliche Rechnungsweise ist.

III. Berechnung des Laufes eines Zeitraums.

§ 95.

(Arndts § 90.)

Den Lauf eines Zeitraums kann man auf verschiedene Weise rechnen, entweder

a. ununterbrochen fort bis an sein Ende, so daß alle Tage in ihn eingerechnet werden, die in den Zeitraum fallen, tempus continuum (fortlaufende oder stete Zeit), oder

b. so, daß in den Zeitraum die Tage nicht eingerechnet werden, in denen Der, welcher Etwas thun sollte, an diesem Thun durch vorübergehende Hindernisse (z. B. Abwesenheit, Krankheit, Gerichtsferien, Irrthum) verhindert war, man also für jeden solchen Verhinderungstag noch einen weiteren Tag dem Zeitraum zusetzt, tempus utile (sog. nützliche Zeit, computatio utilis).

Regel ist, daß continuo (Lit. a) gerechnet wird[1]. Das tempus utile kommt nur ausnahmsweise zur Anwendung in den Fällen, für welche es im Gesetz ausdrücklich bestimmt ist. Diese Fälle sind nach gemeinem Recht nur[2] die Verjährungszeit derjenigen prätorischen und ädilitischen Klagen, die in einem Jahre oder noch in kürzerer Zeit verjähren[3].

Über das tempus utile ist noch zu bemerken:

1) Bei demselben werden alle Tage in den Zeitraum nicht eingerechnet, an denen man

a. durch vorübergehende Ereignisse, z. B. Abwesenheit, Krankheit, Gerichtsferien faktisch gehindert wird, die betreffende Handlung vorzunehmen, also in den angeführten Fällen die Klage anzustellen[4], ferner

b. die Tage, an denen man durch entschuldbaren faktischen Irrthum an der Verfolgung seines Rechts gehindert war[5].

---

[1] Arndts l. c. Note a. — Es ist dies nothwendig wegen der Festigkeit und Sicherheit der Verhältnisse.

[2] Denn die Fristen der agnitio bonorum possessionis sind bei uns unpraktisch.

[3] Arndts l. c. Note b. und unten § 104. Z. B. auch bei uns werden die 6 Monate, in denen die redhibitoria actio und wird das Jahr, in welchem die aestimatoria actio verjährt (vgl. Arndts § 304) und die interdicta retinendae und recuperandae possessionis verjähren, utiliter berechnet. Savigny Syst. IV S. 423 f. 444 f. In allen anderen Fällen ist bei der Verjährung und sonst continuo zu rechnen.

[4] Vgl. Arndts l. c. Note d—f.

[5] Zwar behaupten Manche, diese Tage werden nicht abgerechnet (z. B. Savigny

2) Diese Verhinderungstage werden in den Zeitraum nicht eingerechnet, mögen sie in den Anfang oder in den Lauf der Frist fallen[6]. Tempus utile ist daher, wie die alten Praktiker es ausdrücken, ein tempus utile ratione initii et cursus.

3) Manche sprechen auch noch von einem tempus utile ratione initii, continuum ratione cursus. Dies ist aber eine unpassende Bezeichnung gewisser Fristen, die erst von der Zeit an laufen, in der man erfährt, daß man Etwas zu thun hat, aber sobald man es erfahren hat, dann von da an (vom Tage der Wissenschaft an) continuo berechnet werden. Es sind also tempora continua, nur daß sie erst a tempore scientiae laufen. Dies ist der Fall bei allen richterlichen Auflagen; ferner beim tempus deliberandi und beneficium inventarii (Cod. de iure delib. 6, 30 cst. 19, cst. 22 § 2; I. de excus. tut. 1, 25 § 16).

4) Manche sprechen auch von einem tempus continuum ratione initii, utile ratione cursus. Dies soll der Fall sein bei der Verjährung der actio redhibitoria. Allein dies ist nichts Anderes, als das wahre tempus utile. Es läuft nämlich auch das tempus utile immer von einem bestimmten Zeitpunkt an, so weit und so fern der Betreffende keine Verhinderungstage nachweisen kann, z. B. die Verjährung der actio redhibitoria läuft vom Tage des Abschlusses des Kaufvertrages an; aber alle Verhinderungstage, welche der Betreffende nachweisen kann, mögen es die ersten sein oder spätere, werden abgerechnet. Dies allein sagen D. de aedil. ed. 21, 1 l. 19 § 6, l. 55. Ganz unpassend aber ist es, dies auf die angegebene Art zu bezeichnen. Vgl. Arndts in der Gießener Zeitschr. XIV S. 26 f. Würde man es dahin verstehen wollen, daß es Fälle des tempus utile gebe, in welchen nur die Verhinderungstage abgerechnet werden, welche in den Lauf des Zeitraums fallen, nicht auch die, welche in seinem Anfang liegen, — so ist es ganz falsch. Denn eine solche mehr als sonderbare Sache kennt unser Recht nicht. Vgl. Arndts l. c. S. 26 f.

Fünftes Kapitel. Konkurrenz und Kollision der Privatrechte.

§ 96.

(Arndts § 92[1].)

Bei den Rechten und Verbindlichkeiten ist noch die Frage wichtig über ihr Verhältnis, wenn sie konkurriren, d. h. in irgend einer Weise zusammentreffen, namentlich

Syst. III S. 410 f. IV S. 433 f.; Arndts l. c. bei Note g.). Allein in D. quis ordo 38, 15 l. 2 pr. wird erklärt, daß man beim tempus utile bloß die Tage rechnen dürfe, an welchen der Betreffende scierit et potuerit, und zwar nicht, wie Savigny sagt, weil es sich hier von einer bonorum possessio handle, sondern weil dies im Begriff des tempus utile liege. Vgl. auch D. d. aedil. ed. 21, 1 l. 55; quod vi 43, 24 l. 15 § 4 und 5. Wenn ich daher z. B. heute ein Pferd, das geheime Mängel hat, kaufe und entdecke diese Mängel erst 20 Tage nachher, so werden mir diese 20 Tage in die Verjährungszeiten einer actio redhibitoria nicht mit eingerechnet.

[6] D. quis ordo 38, 15 l. 2 pr.

[1] Über die bei Arndts in der ersten Hälfte des § 92 erörterte Ausübung der Rechte überhaupt s. oben § 33 Nr. 3 und § 29.

I. wenn in derselben Person mehrere Rechte oder Verbindlichkeiten (oder Rechte und Verbindlichkeiten) sich vereinigen, was Viele eine objektive Konkurrenz nennen. Hier ist es natürlicher Grundsatz, daß ein solches Zusammentreffen auf den Bestand und die Natur der betreffenden Rechte und Verbindlichkeiten ohne Einfluß ist. Die Person muß eben alle ihre Verbindlichkeiten erfüllen, kann aber auch alle ihre Rechte geltend machen, sollten sie auch aus einer und derselben juristischen Thatsache entstanden sein [2]. Von diesem Grundsatz giebt es aber einige Ausnahmen allgemeinerer Natur, nämlich

A. die confusio oder confusio iurium. Es werden auf diese Weise die Fälle bezeichnet, in welchen Rechte und Verbindlichkeiten nach der Natur der Sache lediglich durch ihr Zusammentreffen in Einer Person erlöschen müssen. Diese confusio (welche wohl zu unterscheiden ist von der confusio rerum [3]) ergiebt sich als Erlöschungsgrund von Rechten daraus, daß

1) Niemand zu sich selbst in einem Rechtsverhältnis stehen, also auch nicht gegen sich selbst Rechte oder Verbindlichkeiten haben kann [4]. Hieraus folgt nämlich:

a. Wenn eine Forderung und die ihr entsprechende Schuld in einer Person sich vereinigen, so müssen durch diese confusio beide sofort erlöschen, z. B. wenn der Schuldner den Gläubiger oder dieser jenen beerbt, so erlischt die ganze Schuld [5]. Erlischt auf diese Weise ein Hauptrecht, so erlöschen natürlich auch die dazu gehörigen Nebenrechte [6]. Wenn aber auf diese Weise bloß ein Nebenrecht erlischt, so bleibt das Hauptrecht bestehen, z. B. wenn der Gläubiger den Bürgen beerbt oder der Bürge den Gläubiger, so erlischt die Bürgschaftsforderung, aber die Forderung gegen den Hauptschuldner bleibt bestehen [7].

b. Wenn zwei Rechte, von denen das eine durch das andere beschränkt wird, in Einer Person sich vereinigen, so muß sofort das beschränkende Recht erlöschen, z. B. wenn mir eine Servitut an einem

---

[2] S. Beilage I Lit. B. Nr. 1. 2.

[3] Von der letzteren, einem Grund des Eigenthumserwerbs s. im Sachenrecht.

[4] Vgl. § 1 nach Anm. 7 und § 21.

[5] Geschieht die Beerbung bloß zu einer Quote, so erlöschen Recht und Schuld bloß zu dieser Quote. D. de her. vend. 18, 4 l. 18 pr.; de solut. 46, 3 l. 75. Arndts § 273 Note a. b.

[6] D. de fideiussor. 46, 1 l. 38 § 1; de solut. 46, 3 l. 34 § 8.

[7] D. de fideiuss. 46, 1 l. 71 pr. a. E.

fremden Grundstück zusteht und später erwerbe ich das Eigenthum des Grundstücks, so muß meine Servitut erlöschen, weil ich nicht mich selbst in meinem Eigenthum beschränken kann; ich habe nun eben das Grundstück in unbeschränktem Eigenthum[8]. Wenn durch eine solche confusio ein Nießbrauch an einer fremden Sache erlischt, so nennen die Römer die confusio eine consolidatio[9] und wir gebrauchen diesen Ausdruck auch für den Fall, wenn ein anderes ius in re aliena auf diese Weise erlischt.

2) Wenn mit einer Forderung ein Nebenrecht gegen einen Dritten verbunden ist, durch welches die Forderung gesichert werden soll, und die Schuld aus der Hauptforderung und die Schuld aus dem Nebenrecht in einer Person sich vereinigen, so wird dadurch das Nebenrecht in der Regel alles Interesse für den Gläubiger verlieren und dann erlischt es durch jene Vereinigung[10]; es (das Nebenrecht) bleibt aber bestehen wenn und so weit es trotz der Vereinigung dennoch für den Berechtigten noch ein Interesse hat[11].

In diesen Fällen der confusio (Nr. 1, 2) wird aber das durch die confusio erloschene Recht dann wieder hergestellt, wenn die Thatsache, durch welche die confusio eintrat, ihrer Natur nach nur eine vorübergehende Wirksamkeit hat und diese deßhalb später erlischt oder wenn sie anfechtbar war und später mit Erfolg angefochten wurde[12].

B. Die sog. Klagenkonkurrenz (sog. concursus actionum[13]). Die Fälle objektiver Konkurrenz, welche man gewöhnlich unter Konkurrenz der Klagen begreift, sind nichts Anderes, als Fälle der Konkurrenz der Rechte[14]. Um aber diesen Konkurrenzfall der Rechte nicht mit anderen Fällen objektiver Konkurrenz zu vermischen

---

8 Arndts § 194 Note c.

9 Arndts l. c. Note d.

10 Arndts § 357 Nr. 1. D. de fidei. 46, 1 l. 5 (erste Hälfte); Cod. eod. tit. 8, 41 cst. 24.

11 Z. B. die Bürgschaftsschuld erlischt durch confusio, wenn der Hauptschuldner den Bürgen beerbt, außer der Bürge hätte sich wirksamer verpflichtet gehabt als der Hauptschuldner, z. B. auf eine Einrede verzichtet, die dem Hauptschuldner zukommt. D. de solut. 46, 3 l. 38 § 5, l. 95 § 3. Vgl. Mein Württemb. Privatrecht II S. 577. 632.

12 D. de fundo dotali 23, 5 l. 7 § 1; de servit. 8, 1 l. 18; de usufr. 7, 1 l. 57 pr.; de acquir. her. 29, 2 l. 87 § 1; de inoff. test. 5, 2 l. 21 § 2; Cod. e. t. 3, 28 cst. 22.

13 Vgl. Savigny V. D. 231. Mein Württemb. Privatr. II S. 455—475, Arndts § 105.

14 Oder klagbarer Ansprüche. Deßhalb ist die Stellung, welche Arndts in § 105 dieser Lehre giebt, ganz ungeeignet.

und zu verwirren, muß er genauer bestimmt werden, als es gewöhnlich geschieht[15]. Es kommt nämlich häufig vor, daß Jemandem mehrere (klagbare) Ansprüche zustehen, welche ganz oder theilweise auf denselben (juristischen) Endzweck, auf Realisirung eines im Wesentlichen gleichen juristischen Erfolgs (oder auf Aufhebung der Folgen einer und derselben Rechtsstörung) gerichtet sind, sich daher zu einander verhalten wie verschiedene Mittel, welche das Gesetz zu Erreichung desselben Endzwecks giebt. Solche Fälle allein gehören hierher. In diesen Fällen nun entscheidet der Grundsatz: bis de eadem re non est actio oder: non bis in idem, d. h. man hat in der Regel die Wahl, von welchem Mittel man Gebrauch machen will und kann von jedem der verschiedenen Mittel Gebrauch machen, bis der Endzweck vollständig erreicht ist. So weit er aber erreicht ist, fallen die anderen Klagen weg; man kann Dasselbe nicht mehrere Male erfüllt verlangen[16].

II. Zusammentreffen von Rechten verschiedener Personen, sog. subjektive Konkurrenz. Von einem solchen Zusammentreffen kann natürlich nur die Rede sein, wenn die Rechte dieser Personen gegen dieselbe dritte Person gehen oder wenn sie sich auf denselben konkreten Gegenstand beziehen. Auch hier bewirkt ein solches Zusammentreffen in der Regel an den Rechten keine Änderung. Jeder Berechtigte übt eben sein Recht vollständig aus. Allein eine solche Konkurrenz kann leicht übergehen in eine Kollision der Berechtigten, nämlich wenn das Recht des Einen sich nicht vollständig realisiren läßt, ohne die anderen Berechtigten (in ihren Rechten) zu beeinträchtigen; wenn also die konkurrirenden Rechte neben einander zu gleicher Zeit sich nicht vollständig durchführen lassen. Bei einer solchen Kollision kommt es zunächst darauf an, ob eines der kollidirenden Rechte stärker ist, als die anderen; denn das stärkere Recht geht natürlich dem schwächeren vor. Welches Recht das stärkere ist, wird bei einzelnen Rechten mitunter durch besondere gesetzliche Bestimmung entschieden oder ergiebt es sich schon aus der Natur der betreffenden Rechte[17].

---

[15] Es ist dies sehr wichtig, weil bei diesem Falle ganz besondere Grundsätze gelten.

[16] D. de R. I. 50, 17 l. 57; de V. O. 45, 1 l. 18; de re iud. 42, 1 l. 51 § 1. — Über die Konsequenzen, die hieraus sich ergeben und über die Wichtigkeit in solchen Fällen gerade die Klage zu wählen, mit welcher man am sichersten durchdringen kann, s. Beilage I Lit. D.

[17] Z. B. wenn ein dingliches Recht mit einem persönlichen kollidirt, s. § 36 Nr. III und unten Beilage II Nr. 1; ferner, wenn ein Recht, durch welches seiner Natur

Zu beachten ist aber, daß zwischen kollidirten Rechten das Alter des Rechts in der Regel keinen Vorzug giebt. Namentlich gilt dies als Regel bei kollidirenden persönlichen Rechten. Dagegen gilt die entgegengesetzte Regel bei kollidirenden iura in re, welche verschiedenen Personen an der fremden Sache zustehen. Hier entscheidet, so fern nicht das Gesetz für gewisse Fälle eine besondere Ausnahme macht[18], das Alter, d. h. wer sein Recht früher erwarb, geht Dem vor, welcher sein Recht erst später erwarb[19].

Wenn aber von den kollidirenden Rechten keines stärker, als das andere ist, also die kollidirenden Ansprüche an sich gleich stark oder gleich schwach sind

1) so geht Derjenige vor, welcher bereits in der Lage ist, die er vermöge seines Rechts anspricht; denn wenn gleiche Kräfte einander gegenüber stehen, so muß eben das Verhältnis in der Lage bleiben, in welcher es gerade ist[20]. Daraus folgt namentlich der natürliche Grundsatz, daß in pari causa potior est possessor[21].

2) Wenn aber Keiner der Gleichberechtigten in dieser Lage ist, so müssen sie eben den Gegenstand mit einander theilen, z. B. im Konkurs des Schuldners[22].

3) Läßt aber das Verhältnis keine Theilung zu[23], so bleibt Nichts übrig, als durch das Loos entscheiden zu lassen[24].

---

nach ein anderes Recht beschränkt wird, mit dem letzteren kollidirt, z. B. ein ius in re mit dem Eigenthum. Ein solches beschränkendes Recht geht dann natürlich, wenn es gehörig erworben wurde, dem andern Recht vor, z. B.: habe ich an einer fremden Sache eine Servitut oder ein Pfandrecht gültig erworben, so muß auch jeder späterer Eigenthümer der Sache sich die Ausübung der Servitut, des Pfandrechts gefallen lassen (Beilage II Nr. 1.). — Von selbst versteht sich, daß wenn der dinglich Berechtigte selbst auch der persönlich Verpflichtete ist, er das persönliche Recht gegen sich gelten lassen muß, z. B. wenn der Eigenthümer sein Haus auf 3 Jahre vermiethete, so kann gegen ihn der Miethsmann sein persönliches Recht aus der Miethe geltend machen; aber sein Miethsmann kann es nicht geltend machen gegen Den, der später das Eigenthum an dem Haus in Folge eines Kaufs vom Vermiether erworben hat.

18 Vgl. z. B. Arndts § 385.

19 D. qui potiores 20, 4 l. 2 pr., l. 8.

20 S. die bei Arndts § 92 Note e citirten Stellen. Aus dieser Lage könnte er ja vom Konkurrenten nur durch eine stärkere Kraft gebracht werden, nicht durch eine schwächere oder gleiche.

21 D. de R. I. 50, 17 l. 126 § 2; l. 128 pr.; de public. act. 6, 2 l. 9 § 4.

22 Cod. de bonis auct. iudic. possid. 7, 72 cst. 6 a. E. und die Stellen bei Arndts Note f.

23 Z. B. um ein Stipendium, das nach der Verfügung des Stifters nur in einer ungetheilten Portion vergeben werden soll, bewerben sich zwei ganz gleich Berechtigte.

24 D. fam. hercisc. 10, 2 l. 5; de iudiciis 5, 1 l. 14 und Cod. comm. de legatis 6, 43 cst. 3 pr. — Über manche unrichtige Ansichten Anderer s. Beilage II.

Beilage I. Sog. Klagenkonkurrenz.

A. Die Fälle, welche man durch Zusammentreffen von Klagen oder durch Klagenkonkurrenz im Gegensatz zum Zusammentreffen von anderen Rechten in einem Berechtigten bezeichnen kann und bezeichnete (nur daß Viele auch Fälle, welche gar nicht in diese Kategorie gehören, sondern eine ganz andere Natur haben, hineinmischen), sind: Wenn einer Person mehrere Rechte zustehen, welche ganz oder theilweise auf denselben juristischen Gegenstand, auf dasselbe praktische Objekt gerichtet sind und sich daher im praktischen Resultate wie verschiedene Klagmittel, die zur Erreichung desselben juristischen Zwecks und zur Verfolgung desselben Anspruchs dienen, zu einander verhalten. Vergl. Savigny Syst. V § 231 Nr. IV, Mein Württemb. Privatrecht. II S. 458—460, Windscheid Pand. § 121 Note 10. — Die Wirkung einer solchen Klagenkonkurrenz wird in vielen Fällen darin bestehen, daß, wenn durch die Geltendmachung der einen Klage der gemeinsame Zweck der verschiedenen Klagen erreicht ist, dadurch von selbst für die anderen klagbaren Ansprüche eine wesentliche Voraussetzung wegfällt, somit sie dadurch von selbst erlöschen und aus diesem Grunde nicht mehr geltend gemacht werden können; z. B. gegen den Dieb habe ich die condictio furtiva, die rei vindicatio und die Publiciana actio auf Zurückgabe meiner Sache; habe ich die Sache durch die Entwendungsklage bekommen: so fallen die beiden anderen Klagen weg, weil ich nun wieder Besitzer der Sache bin. Aber auch wenn Dieses sich nicht so verhält, also ungeachtet der durch die eine Klage erlangten Befriedigung die anderen klagbaren Ansprüche an sich nicht von selbst aufgehoben werden: so sprechen doch in der Regel überwiegende Gründe der aequitas dafür, nur ein Recht auf vollständige Erreichung des gemeinsamen Zweckes anzukennen, so daß, wenn dieser durch die eine Klage oder durch freiwillige Leistung des Verpflichteten vollständig erreicht ist, die anderen klagbaren Ansprüche durch eine Einrede angefochten und ausgeschlossen werden können; D. de R. I. 50, 17 l. 57, de re iud. 42. 1 l. 51 § 1, de O. et A. 44, 7 l. 34 § 1 (über diese Stelle s. Savigny § 236 Note f). Der Berechtigte hat also bei der sog. Klagenkonkurrenz an sich die Wahl zwischen den verschiedenen Klagen, weßhalb man gewöhnlich die Konkurrenz in diesen Fällen eine elektive Konkurrenz nennt, was aber nicht geeignet ist; denn es stehen ihm die verschiedenen Klagen nicht bloß so zu, daß er nur eine Wahl zwischen ihnen hätte, d. h. durch die Wahl der einen die andere ausgeschlossen würde, sondern er kann sie auch mit einander (D. quod legator. 43, 3 l. 1 § 4) oder eine noch nach der anderen anstellen, bis der Zweck vollständig erreicht ist; es geht daher durch die Anstellung der Klage das Recht auf die konkurrirenden Klagen noch keineswegs verloren (im ältern römischen Rechte machte hier nur die processualische Konsumtion in manchen Fällen eine Ausnahme, die aber im justinianischen Recht weggefallen war, s. § 110), sondern erst durch die vollständige Erreichung des gemeinsamen Zweckes; auch ist es hierbei gleichgültig, ob die verschiedenen Klagen gegen dieselbe Person oder gegen verschiedene Personen gehen und ob sie durch dieselbe Thatsache oder durch verschiedene begründet wurden, wie die unten anzuführenden Stellen beweisen. Wenn daher

I. die konkurrirenden Klagen auf den gleichen Betrag gehen, also in dieser Hinsicht identisch sind: so werden, wenn durch die eine Klage oder durch freiwillige Leistung der Zweck vollständig erreicht ist, die übrigen ausgeschlossen, z. B. wenn der Kommodatar, Mandatar ꝛc. die anvertraute Sache unterschlägt: so hat man gegen ihn auf Zurückgabe und Ersatz die condictio furtiva, aber auch die Klage aus dem Vertrage, die actio commodati, mandati; wurde man auf dem einen Wege vollständig befriedigt: so kann man die anderen Klagen nicht mehr anstellen, D. de O. et A. l. 34 § 1, 2; weitere Beispiele s. in D. de condict. sin. caus. 12, 7 l. 1 § 2, p. soc. 17, 2 l. 38 § 1 l. 41, de A. E. V. 19, 1 l. 28, loc. 19, 2 l. 35 § 1, d. furt. 47, 2 l. 53 § 3. — Hierher gehört auch der Fall der solidarischen Obligationen im engern Sinne (Arndts § 214 bei Note c—e), z. B. wenn Mehrere durch eine gemeinsame That Jemanden beschädigten: so hat Jeder von ihnen eine besondere Obligation auf Ersatz

des ganzen Schaden kontrahirt; der Beschädigte hat also gegen Jeden einen besonderen an sich selbständigen klagbaren Anspruch auf Ersatz; wenn er aber von dem Einen vollständigen Ersatz bekam: so sind die Klagen gegen die Anderen ausgeschlossen, D. de dol. 4, 3 l. 17 pr. quod met. c. 4, 2 l. 14 § 15, C. de condict. furt. 4, 8 cst. 1 verb.: condictionis vero etc.

II. Geht die eine Klage auf Mehr als die anderen (in welchem Falle man sie durch größere Klage bezeichnen kann): so findet eigentlich in Beziehung auf dieses Mehr eine wahre Klagenkonkurrenz in dem oben angeführten Sinne nicht statt; denn es gehen dann die Klagen, welche auf das Wenigere gehen (die geringeren Klagen) nur theilweise auf dasselbe praktische Objekt, auf welche die größere geht (mit Recht nennt daher Savigny V § 233 diesen Fall eine bloß partielle Klagenkonkurrenz). Man kann also jedenfalls das Mehr fordern, so weit man es noch nicht erhalten hat. Hat man daher die größere Klage zuerst angestellt und zahlt der verurtheilte Beklagte das Ganze: so fallen die geringeren Klagen weg; hat man die geringere Klage zuerst angestellt und ihren Betrag erhalten: so kann man immer noch die größere anstellen, aber natürlich nur auf den Überschuß; man muß sich das erhaltene Weniger von ihrem Betrage abziehen lassen, D. de O. et A. l. 41 § 1 (wo aber, wie dies jetzt allgemein zugegeben ist, vor das vorletzte Wort eine Negation zu setzen, also zu lesen ist: nil consequatur oder id non consequatur, Savigny V S. 224). Beispiele s. in D. p. soc. 17, 2 l. 42, 43 pr. de A. E. V. 19, 1 l. 28 a. E. de dot. prael. 33, 4 l. 1 § 12.

Zu diesen Fällen bloß theilweiser Konkurrenz gehört auch die Konkurrenz einer Strafklage oder einer sachverfolgenden Klage mit einer gemischten (die auf Strafe und auf Sachverfolgung geht), wenn sie aus einer und derselben Rechtsverletzung entspringen. Denn hier gehen die Klagen theilweise auf ganz verschiedene juristische Objekte, und so weit dies der Fall ist, ist das besondere Objekt der einen Klage in Betreff der Konkurrenzfrage ganz unabhängig vom gemeinsamen Objekte. Die actio mixta kann noch angestellt werden, wenn man auch schon durch die actio poenalis die Strafe bekommen hat, aber nur mit Abrechnung des Betrags der bereits erhaltenen Strafe (unten Nr. IV), auch kann sie noch angestellt werden, wenn man durch die reipersecutoria Ersatz bekam, aber natürlich dann nur noch auf die Strafe; z. B. gegen den Räuber hatte man nach römischem Recht eine Klage auf das Vierfache des Werthes der geraubten Sache, wovon ein Simplum auf Ersatz gerechnet wurde, das Triplum Strafe war; zugleich findet gegen ihn die condictio furtiva auf Zurückgabe des Geraubten und Ersatz, auch die Publiciana actio und die rei vindicatio auf Zurückgabe statt (D. vi bon. rapt. 47, 8 l. 2 § 26 I. e. t. 4, 2 pr.); hatte man durch eine der drei letzteren Klagen die Sache zurückbekommen: so konnte man immer noch die actio vi bon. rapt. gegen ihn anstellen, aber nur nach Abzug des Werthes der empfangenen Sache.

III. Kommt es über die eine Klage zum Urtheil und a. siegt der Kläger, so daß er Exekution verlangen könnte: so kann er doch auch noch von den anderen konkurrirenden Klagen Gebrauch machen, so fern er dabei ein Interesse hat, z. B. diese auf ein Mehr oder gegen einen anderen Gegner gehen. Wenn er daher z. B. gegen Mehrere aus einer solidarischen Obligation im engern Sinne ein Recht auf Schadenersatz hat und er klagt gegen den Einen auf Ersatz und Dieser wird verurtheilt: so kann er immer noch gegen die Anderen klagen und es unterlassen, jenes Urtheil zur Exekution zu bringen, sei es aus Schonung des Verurtheilten oder weil er ihn für zahlungsunfähig hält; denn sein Recht geht selbst nicht durch Verurtheilung des einen Verpflichteten verloren, sondern erst durch vollständige Befriedigung, er kann daher so lange Gebrauch davon machen, bis er seinen Ersatz ganz erhalten hat; hat er ihn theilweise von dem Einen erhalten: so kann er den Rest gegen die Übrigen einklagen; D. quod met. c. l. 14 § 15 l. 15, de his qui effud. 9, 3 l. 1 § 10 l. 2—4, quod fals. tut. 27, 6 l. 7 § 2 l. 8. — b. Wird er mit der einen Klage rechtskräftig abgewiesen: so ist er nach den Grundsätzen von der Klagenkonkurrenz an sich nicht

gehindert, von den konkurrirenden Klagen noch Gebrauch zu machen, weil sie an sich noch zu Recht bestehen; nur können hier die Folgen der Rechtskraft des Urtheils (Arndts § 116) hindernd eintreten, wenn nämlich die konkurrirenden Klagen sich auf ein Moment stützen, über welches das Urtheil rechtskräftig entschieden hat und sie gegen dieselbe Partie angestellt werden; so weit aber die Grundsätze von der Rechtskraft nicht entgegenstehen, kann er sich ihrer noch bedienen; z. B. wenn Jemand durch Drohungen von mir eine Sache erpreßt und ich stelle gegen ihn die actio metus auf Zurückgabe und Ersatz an, werde aber rechtskräftig abgewiesen, weil ich die Erpressung nicht beweisen konnte: so steht mir, wenn ich auf denselben Grund nachher die actio doli gegen ihn anstelle, die exceptio rei iudicatae entgegen; wenn ich aber gegen Den, welcher mich mit Gewalt aus dem Besitz meiner Sache setzte und den ich auf Herausgabe derselben mit dem interdictum de vi oder mit der rei vindicatio oder mit der Publiciana actio belangen kann, die eine dieser Klagen anstellte und abgewiesen werde, weil ich ihr Fundament nicht erweisen konnte: so kann ich immer noch die anderen anstellen; die exceptio rei iudicatae steht mir nicht entgegen, weil diese letzteren Klagen sich auf ganz verschiedene Fundamente stützen.

IV. Nach diesen Grundsätzen ist auch zu entscheiden, wenn Jemand aus einer und derselben Rechtsverletzung ein Recht auf verschiedene Privatstrafen hat, die er durch verschiedene actiones poenales oder durch eine actio poenalis und eine actio mixta geltend machen könnte. Es kommt nämlich im römischen Rechte öfters vor, daß eine und dieselbe Rechtsverletzung unter verschiedene Privatpönalsanktionen fiel, so daß je nach der Verschiedenheit der Rechtsquelle oder je nach der Auffassung des Delikts der Verletzte gegen den Thäter wegen derselben Verletzung verschiedene Klagen auf Privatstrafe hat; z. B. der Raub fiel nach römischem Recht unter das Furtum; es fand daher gegen den Räuber die actio furti nec manifesti auf den doppelten Betrag des Interesses als Privatstrafe statt; er bildete aber auch ein besonderes Delikt, auf welchem die Strafe des dreifachen Werths des Geraubten stand, welche mit der actio vi bonor. rapt. gefordert werden konnte (Nr. II a. E.). Wie solche Fälle konkurrirender Privatstrafen zu behandeln seien, darüber war unter den römischen Juristen Streit. Namentlich glaubten Manche, daß es sich in ihnen von einer einzigen Obligation auf Privatstrafe handele und daher der Grundsatz processualischer Konsumtion (§ 110) eintrete, somit schon durch die Anstellung der einen Klage, wenn es über sie zur litiscontestatio kam, die anderen unbedingt ausgeschlossen werden, D. de O. et A. 44, 7 l. 34 pr. (quidam aiunt altera electa alteram consumi), l. 53 eod. Allein die Meisten verwarfen diese Ansicht (D. eod. l. 32 l. 60, de R. I. l. 130) und wendeten mit Recht den Konkurrenzgrundsatz an, so daß also der Verletzte von allen Klagen Gebrauch machen konnte, aber wenn die Strafen auf den gleichen Betrag gingen und er ihn mit der einen Klage erhalten hatte, die anderen Klagen wegfielen, wenn sie aber auf verschiedene Beiträge gingen und er mit der einen Klage die geringere Strafe erhalten hatte, er die andere Klage auf die höhere Strafe immerhin noch anstellen konnte, jedoch sich den empfangenen geringeren Betrag abrechnen lassen mußte; D. de furt. 47, 2 l. 88, vi bon. rapt. 47, 8 l. 1, de O. et A. l. 32, 34 pr. Dieses Resultat ist aber auch unter unseren Juristen sehr bestritten (die Litteratur s. bei Vangerow Pand. III § 572 im Anfang). Namentlich nimmt Savigny Syst. V S. 237 ff. an, Justinian habe dadurch, daß er die l. 32 de O. et A. in die Digesten aufnahm, sich für die Ansicht der römischen Juristen entschieden, nach welcher in solchen Fällen von allen Strafklagen kumulativ Gebrauch gemacht werden könne, so daß, wenn man den Betrag der einen Strafe bekommen habe, man auch mit den anderen Klagen die Strafen, auf welche diese gehen, noch vollständig fordern könne. Allein daß ein römischer Jurist eine solche Ansicht, nach welcher der Thäter wegen eines Delikts mehrmals bestraft worden wäre, aufgestellt hätte, dies ist nirgends gesagt, auch sagt er nicht die l. 32 cit. Die Stellen, auf welche sich Savigny beruft, sprechen bloß theils von der processualischen Konsumtion, die von ihnen negirt wird (s. oben), theils von Fällen,

die gar nicht hierher gehören, nämlich von den unten B, 2 angeführten, theils sagen sie, wie namentlich die l. 32 cit., bloß, daß man in solchen Fällen von allen Klagen Gebrauch machen könne, sprechen sich aber darüber nicht näher aus, mit welchem Erfolge dies möglich sei, und hier muß man dann diesen Erfolg aus den anderen Stellen bestimmen, welche sich genauer darüber äußern, und diese wenden ganz entschieden die Konkurrenzgrundsätze in der oben angegebenen Weise an, z. B. l. 34 l. 1 l. 88 cit.; s. auch Vangerow Pand. III § 572. Übrigens ist die ganze Frage für uns unpraktisch; denn bei uns können solche Konkurrenzfälle gar nicht mehr eintreten, weil nach gemeinem Recht die meisten römischen Privatstrafen weggefallen sind und es namentlich kein Delikt giebt, bei welchem mehrere noch praktische Privatstrafen eingreifen könnten.

V. Die aquilischen Klagen wegen Sachbeschädigung können häufig mit anderen Klagen konkurriren, z. B. wenn mein Kommodatar oder Miether oder Mandatar die anvertraute Sache zusammenschlägt: so kann ich von ihm mit der actio ex lege Aquilia Ersatz verlangen, ich habe aber auch gegen ihn zu diesem Zwecke die actio commodati, locati, mandati; haut Jemand fremde Bäume ab: so hat der Beschädigte gegen ihn die aquilische Klage, aber nach römischem Recht auch eine actio arborum furtim caesarum auf den doppelten Betrag der Beschädigung. In den römischen Quellen werden gerade solche Fälle der Konkurrenz der aquilischen Klage mit anderen Klagen sehr häufig angeführt; allein die Natur der aquilischen Klage wird dabei verschieden aufgefaßt. Ihrem Wesen nach ist sie eine sachverfolgende Klage, indem sie auf Ersatz des Interesses geht; sie hat aber auch einen pönalen Charakter, der aber von Zufälligkeiten abhing, indem sie möglicher Weise auf mehr als auf Ersatz des erlittenen Schadens, also auf eine Strafe gehen kann, weil der Beschädigte bei seiner Ersatzforderung den höchsten Werth zu Grunde legen kann, den die Sache irgend einmal in dem letzten Jahre, beziehungsweise in den letzten 30 Tagen vor der Beschädigung hatte (Arndts § 324 Note o, p), dieser Werth aber ein weit höherer sein kann, als der Werth der Sache zur Zeit der Beschädigung. Sie war also an sich eine sog. actio reipersecutoria, konnte aber, falls die Sache früher einen höheren Werth hatte, auch in eine actio mixta (reipersecutoria und poenalis) übergehen. Aber die römischen Juristen schwankten in der Auffassung ihrer Natur (vgl. § 89 Beilage II) und behandelten sie in verschiedenen Beziehungen verschieden. Sie behandeln sie namentlich a. bei der Frage über die Haftung Mehrerer, die mit einander die Beschädigung zufügten, als reine Pönalklage, wendeten hier also das unten B, 3 Gesagte an, D. de l. Aq. 9, 2 l. 11 § 2 a. E. b. Bei der Frage über die Statthaftigkeit der Klage gegen die Erben des Beschädigten behandelten sie sie in so fern als actio reipersecutoria, als sie sie (wie überhaupt die sachverfolgenden Deliktsklagen) gegen die Erben in so weit zuließen, in wie weit etwa durch die That die Erbschaft bereichert wurde, l. 23 § 8 a. E. eod. c. Bei ihrer Konkurrenz mit einer sachverfolgenden Klage, die durch dieselbe Handlung begründet wurde, behandeln sie sie keineswegs als reine Pönalklage, wenden daher die Grundsätze der Klagenkonkurrenz auf sie an, also den Grundsatz unter A II, so weit sie auf ein Mehr, als die konkurrirende Klage geht, wenn also ein höherer Werth der Sache rückwärts nachweisbar war, D. comm. 13, 6 l. 7 § 1, de priv. del. 47, 1 l. 2 § 3, de O. et A. l. 34 § 1, wo aber in den letzten Worten das non unecht und zu lesen sein wird: locum habet (Savigny Syst. V S. 229 ff.); in der Regel aber wende sie den Grundsatz unter A I an, weil in der Regel ein solcher höherer Werth nicht wird nachgewiesen werden können; D. ad l. Aqu. l. 18, commod. l. 18 § 1, pro soc. 17, 2 l. 47 § 1 l. 48—50, loc. 19, 2 l. 43. d. Bei ihrer Konkurrenz mit einer reinen Pönalklage aber, die aus derselben Beschädigung stattfand, wird sie in einer Stelle als Pönalklage behandelt, also hier der Grundsatz Nr. IV angewendet, D. de O. et A. l. 34 pr. Denn nach dieser Stelle soll, wenn ein fremder Sklave durch Schläge mißhandelt wird, also der Herr die actio iniuriarum auf Privatstrafe und die actio ex l. Aquilia auf Ersatz des Interesses anstellen kann, es lediglich auf den Betrag beider Klagen ankommen und der Grundsatz unter A I, II entscheiden,

während doch die aquilische Klage ihrem wesentlichen Charakter nach nicht pönal, sondern sachverfolgend ist und daher, so weit sie letzteres ist, der unten B 2 angeführte Grundsatz entscheiden sollte; in dieser letzteren Weise wird auch die Frage in D. de ini. 47, 10 l. 15 § 46 entschieden. — Nach unserem gemeinen Rechte aber fällt diese Zwitternatur der aquilischen Klage ganz weg, da sie bei uns nur auf den Ersatz des Interesses geht, ohne Berücksichtigung eines früheren Werthes der Sache, und lediglich als sachverfolgend behandelt wird. Sie geht daher bei uns, wie jede sachverfolgende Klage ex delicto, auch gegen die Erben des Beschädigers, so weit die Erbschaft reicht; konkurrirt sie mit einer andern sachverfolgenden Klage aus demselben Rechtsverhältnisse, so entscheiden die Grundsätze unter A; würde aber aus derselben Handlung auch ein Recht auf Privatstrafe begründet sein: so würde dann der Grundsatz unter B, 1 zur Anwendung kommen.

B. In allen Fällen konkurrirender Rechte einer Person, welche nicht die S. 492 bezeichnete Natur haben, gehört die Konkurrenz nicht zu derjenigen Konkurrenz von Rechten, welche die eigentliche Klagenkonkurrenz bildet; es finden also in ihnen nicht die unter A ausgeführten Grundsätze statt; vielmehr können die verschiedenen Rechte ganz selbständig geltend gemacht werden, also auch (wenn sie nicht schon ihrer Natur nach bloß alternative Rechte sind, wie z. B. im Falle einer lex commissoria D. de l. comm. 18, 3 l. 4 § 2 l. 7) noch dann, wenn man wegen des einen befriedigt ist. Früher sprach man in vielen der hieher gehörigen Fälle auch von einer Klagenkonkurrenz, nannte sie aber eine kumulative. Allein dies mußte zu Verwirrungen führen, da diese Fälle gar nicht zur Klagenkonkurrenz gehören, sondern von ihr in Natur und Folgen ganz wesentlich verschieden sind. Namentlich wurden früher häufig, selbst zum Theil noch von Thibaut, Mühlenbruch, Kierulff, folgende Fälle mit Unrecht zur Klagenkonkurrenz gezogen:

1) Wenn man wegen einer Verletzung eines Rechts gegen den Verletzer eine Klage auf Privatstrafe und eine sachverfolgende Klage (auf Erstattung und Ersatz) hat. Hier handelt es sich gar nicht von einer eigentlichen Klagenkonkurrenz; denn es konkurriren hier Ansprüche, welche auf ganz verschiedene Zwecke gehen (der eine auf Strafe, der andere auf Ersatz), deren juristischer Gegenstand also ein ganz verschiedener ist; sie können daher neben und mit einander ausgeübt werden, so daß, wenn man wegen des einen befriedigt ist, dies keinen Einfluß auf die Verfolgung des anderen Rechts hat, vielmehr auch dieses noch in seinem vollen Umfange geltend gemacht werden kann, z. B. D. de cond. furt. 13, 1 l. 7 § 1, de furt. 47, 2 l. 54 § 3, de O. et A. 44, 7 l. 34 § 2 verb.: poena quidem etc. Cod. de furt. 6, 2 cst. 12, 19; s. auch Lit. A II a. E.

2) Es kann der Fall sein, daß eine rechtsverletzende Handlung zwar äußerlich als eine Handlung erscheint, aber diese eine Handlung nicht bloß die Verletzung eines Rechts, sondern eine Verletzung mehrerer verschiedener Rechte enthält, also durch eine und dieselbe Handlung verschiedene Delikte begangen werden. Hier treten die Folgen der Verletzung des einen Rechts (die Folgen des einen Delikts) und die Folgen der Verletzung des anderen Rechts (die Folgen des anderen, ebenfalls in der Handlung enthaltenen Delikts) ganz unabhängig von einander ein, können also kumulativ geltend gemacht werden. Es kann daher a. Ersatz für die eine Rechtsverletzung und außerdem noch Ersatz für die anderen verlangt werden, D. de serv. corr. 11, 3 l. 11 § 2 a. E. l. 12; es kann ferner b. wenn man die Strafe wegen des einen verletzenden Rechts erhalten hat, doch auch noch gegen den Thäter die volle Strafe wegen der anderen in der Handlung enthaltenen Rechtsverletzung eingeklagt werden, D. de privat. del. 47, 1 l. 2 pr. § 4, 5, 6 (Fälle dieser Art werden bei uns nicht mehr vorkommen, weil die betreffenden römischen Privatstrafen, mit Ausnahme der iniuriarum actio, bei uns unpraktisch sind); c. es kann, wenn durch die eine Rechtsverletzung eine actio mixta begründet wurde, die actio poenalis oder reipersecutoria oder mixta, die aus der anderen entspringt, neben der ersteren in ihrem vollen Betrage angestellt werden, D. de serv. corr. l. 11 § 2, de adulter. 48, 5 l. 6 pr. (auch solche actiones mixtae sind in Bezug auf ihre Privatstrafe bei uns unpraktisch).

3) Wenn mehrere Personen mit einander ein Delikt begingen, auf welchem eine Privatstrafe steht: so hat jeder Theilnehmer am Delikt eine besondere selbständige Verbindlichkeit auf die Privatstrafe kontrahirt, der Verletzte somit gegen Jeden ein besonderes selbständiges Recht auf die Strafe. Diese Rechte sind von einander an sich ganz unabhängig; denn wenn ihr Objekt auch äußerlich das gleiche ist: so ist es doch deßhalb juristisch wesentlich verschieden, weil es nicht in der Bestrafung einer und derselben That, der That desselben Subjekts besteht, sondern in der Bestrafung mehrerer Thaten und Delikte, der Thätigkeit eines jeden Theilnehmers, durch welche die gemeinsame That begründet wurde; D. de ini. 47, 10 l. 34. Jeder muß daher die ganze Strafe, die auf dem Vergehen steht, leiden; es wird Keiner dadurch frei, daß der Eine seine Strafe bezahlt; der Verletzte kann die Strafen kumulativ von Jedem verlangen; D. de furt. 47, 2 l. 21 § 9, si is qui test. 47, 4 l. 1 § 19, C. de condict. furt. 4, 8 cst. 1 init.

C. Gewöhnlich rechnet man zur Klagenkonkurrenz auch noch die Fälle der passiven Korrealobligationen, so namentlich auch Savigny Syst. V S. 259. Einige Neuere dagegen behaupten, daß sie nicht hieher gehören, z. B. Puchta Vorlesungen I § 87, v. Keller Pand. § 83 a. E., weil aus der Korrealobligation nicht mehrere Klagen, sondern nur Eine entsteht. Letzteres ist zwar an sich richtig, auch handelt es sich dabei bloß von einer Obligation, in welcher die Korrealschuldner zum Gläubiger stehen. Allein der Gläubiger kann gegen jeden dieser Schuldner die Klage aus der Obligation auf Erfüllung ihres Inhalts besonders anstellen und so hat er in der äußeren Erscheinung mehrere Klagen: auch gelten über den Gebrauch dieser Klagen nach justinianischem und unserem gemeinen Recht (im älteren römischen Recht war Dieses wegen der processualischen Konsumtion zum Theile wesentlich anders, s. Meine Erörterungen III S. 17 ff.) dieselben Grundsätze, welche unter A. ausgeführt wurden. Der Gläubiger hat die freie Wahl, welchen der Gesammtschuldner er auf Zahlung belangen will; er kann nach Belieben Jeden auf einen Theil oder den Einen auf das Ganze belangen; so weit die Obligation nicht getilgt wurde oder sonst erlischt, kann er auch noch gegen die Anderen klagen, z. B. wenn er den Einen auf das Ganze belangte, dieser verurtheilt wurde, aber es sich zeigt, daß er insolvent ist; wurde er aber von dem einen Schuldner ganz befriedigt, also der Zweck der Obligation vollständig erreicht: so kann er nicht mehr gegen die Anderen klagen, und zwar hier nicht aus bloßen Äquitätsgründen, sondern weil durch jene Zahlung die ganze Obligation getilgt ist, also auch die Anderen frei geworden sind; Meine Erörterungen III S. 37, 56 ff.

D. Nach dem Ausgeführten kann man sehr häufig durch verschiedene Klagen ein Recht verfolgen. In solchen Fällen ist es, wenngleich nach der einen Klage auch die andere häufig noch zulässig ist, doch sehr wichtig, die Wahl der zunächst anzustellenden Klage mit Umsicht zu treffen, um nicht in unnöthige Weiterungen zu kommen und um den Weg einzuschlagen, der am sichersten und befriedigendsten zum Ziele führt, namentlich auch in Beziehung auf die so wichtige Beweislast. Es kann uns z. B. zur Erreichung desselben Endzwecks eine persönliche und eine dingliche Klage zustehen, namentlich eine possessorische und eine petitorische; hier wird es in der Regel sicherer sein, von der ersteren Gebrauch zu machen. Wenn uns z. B. Jemand mit Gewalt aus dem Besitze unserer Sache setzt: so haben wir gegen ihn das interdictum unde vi oder das remedium spolii (possessorische Klagen), aber auch die actio Publiciana und die rei vindicatio auf Restitution der Sache; kann man in diesem Falle die gewaltsame Entsetzung beweisen: so ist es am gerathensten, von den angeführten possessorischen Rechtsmitteln Gebrauch zu machen, weil man dann gar nicht ein Recht an der Sache oder auch nur eine rechtmäßige Erwerbung derselben nachzuweisen hat; D. de R. V. 6, 1 l. 24. Ferner: fängt unser Nachbar an, einen Balkon an seinem Hause, der in den Luftraum über unserem Grundstück hereinragt, zu bauen: so haben wir gegen ihn das interdictum uti possidetis, nach Umständen auch das interdictum quod vi aut clam, aber auch die negatoria actio; allein mit den beiden ersteren Rechts-

bloß von der Frage, welche von zwei Personen in gewissen Fällen überhaupt die berechtigte sei.

4) Man muß nämlich von der Kollision mehrerer Rechte wohl unterscheiden den Fall der Kollision eines bloßen unbegründeten Anspruchs mit einem Rechte — denn hier ist nur Ein Recht vorhanden und geht natürlich der Berechtigte dem bloßen Prätendenten vor; ferner den Fall, wenn bloß Ein Recht begründet ist und dieses nur Einem zukommen kann, aber Mehrere Anspruch an das Recht erheben und Jeder behauptet, er allein sei der wahre Berechtigte, somit bloß mehrere Prätendenten zu Einem Rechte auftreten. Treten solche Prätendenten gegen einen Dritten auf, der z. B. den Gegenstand des Rechts besitzt: so kommt es ganz darauf an, welcher Prätendent beweisen kann, daß er der wirkliche Berechtigte sei. Dieser siegt dann, aber nicht, weil er bei einer Kollision mehrerer Rechte der Stärkere ist, sondern weil er allein der Berechtigte ist; kann aber Keiner diesen Beweis führen: so bekommt — Keiner Etwas, weil Keiner die Existenz seines Rechts nachgewiesen hat; z. B. wenn ich „meinem Freunde Sempronius" mein Pferd vermache, es melden sich aber zwei dieses Namens, die gleich befreundet mit mir waren, und Keiner kann beweisen, daß ich gerade ihn gemeint habe: so können sie nicht fordern, daß zwischen ihnen das Vermächtnis getheilt werde oder das Loos entscheide, sondern Keiner bekommt Etwas D. de her. inst. 28, 5 l. 42, 43, de reb. dub. 34, 5 l. 10 pr. l. 27.

5) Wenn mehrere wirklich Berechtigte kollidiren, die Gesetze aber ihr Verhältnis zu einander nicht ausdrücklich entscheiden: so läßt sich hier bisweilen der Satz: si vinco vincentem te, vinco etiam te ipsum anwenden und dadurch entscheiden, welcher dem Anderen vorgehen soll. Wenn nämlich das Verhältnis zweier Rechte zu einander gesetzlich so bestimmt ist, daß das eine dem anderen untergeordnet, von ihm abhängig sein soll, und das Verhältnis eines dieser Rechte zu einem dritten ebenfalls gesetzlich bestimmt ist: so wird sich daraus auch das Verhältnis dieses dritten Rechts zu den anderen ergeben. Denn wenn es sich vom Verhältnis eines Rechts (X) zu einem anderen Rechte (Y) handelt, welches im Gesetze nicht ausdrücklich bestimmt ist, das Gesetz erklärt aber das eine dieser Rechte (X) für stärker, als ein gewisses drittes Recht (das Recht Z), dieses dritte Recht (Z) aber für stärker als das andere Recht (als Y): so folgt daraus, daß nach dem Sinne des Gesetzes jenes eine Recht (X) auch stärker sein soll, als das andere mit ihm kollidirende (als Y), s. auch D. de div. temp. praescr. 44, 3 l. 14 § 3.

Manche wenden aber diese Regel in Fällen an, in denen ihre Anwendung ganz unzulässig ist und auf falsche Resultate führen würde, eine Anwendung gegen welche schon die l. 16 D. 20, 4 qui pot. warnt (eine Stelle aber, über deren Auslegung viel Streit ist, vergl. Arndts § 387 Anm. und die dort Angeführten, ferner W. Francke Kommentar über die Pandekten Tit. de hered. petit. S. 415—423, Windscheid Pandekten § 247 Note 1). Wenn nämlich das Verhältnis der kollidirenden Rechte vom Gesetz wirklich bestimmt ist, somit jedes seine bestimmte besondere Geltung und Stellung hat: so darf man jenen Satz nicht anwenden, um das durch Gesetz oder durch rechtskräftiges Urtheil bestimmte Verhältnis zu ändern; denn dadurch würde man wider den Sinn des Gesetzes angehen. Namentlich leidet dies Anwendung auf den Fall, wenn das Verhältnis zweier Rechte zu einander so festgestellt ist, daß das eine (B) als das bessere dem anderen (C) vorgehen soll, und in einem konkreten Fall durch richterliches Urtheil das nachstehende, schlechtere Recht (C) über ein drittes Recht (A) gesetzt wird, welches über jenem besseren (B) steht; dadurch kann das gesetzlich bestimmte Verhältnis jener zwei Rechte (B, C) zu einander nicht geändert werden, z. B. es macht Jemand Konkurs, sein aktives Vermögen beträgt bloß 3000 M.; seine 3 Gläubiger werden in erster Instanz so locirt: zuerst A. mit einer Forderung von 800 M., nach ihm B. mit einer Forderung von 2000 M., zuletzt C. mit einer Forderung von 1600 M. (hiernach würden A. und B. ganz befriedigt werden, C. aber bloß den Rest bekommen, also mit 1400 M. durchfallen); C. appellirt aber gegen die Lokation des A. (nicht auch gegen die

des B., welche somit rechtskräftig wird), behauptet, A. gehöre unter ihn, und siegt. Hierdurch kommt C. über den A. hinauf, aber dadurch nicht auch über den B., obwohl A. dem B. vorgeht; denn Das, was im Streit zwischen A. und C. entschieden wurde, kann keinen Einfluß haben auf das gesetzlich bestimmte und von C. nicht angegriffene Verhältnis des C. zu B., sondern es wirkt, wie jedes Urtheil, bloß auf das Verhältnis der Partieen, die mit einander gestritten hatten, zu einander. Es bekommt daher C. von dem unterliegenden Gegner, gegen den er appellirte (also bloß von A.) Das, was er erhalten hätte, wenn dieser Gegner nach ihm locirt worden wäre; die dazwischen liegende Forderung aber bleibt an ihrer Stelle, d. h. C. geht ihr bloß mit Dem vor, was er von A. zu bekommen hat. Hiernach bekommt schließlich primo loco C. 800 M., secundo loco B. 2000 M., tertio loco C. an dem Rest seiner Forderung 200 M.; mit den weiteren 600 M. fällt er durch, da das Vermögen des Schuldners nicht mehr reicht, und aus demselben Grunde fällt A., welcher seine erste Stelle dem C. ganz überlassen mußte und deßhalb ultimo loco mit seinen 800 M. kommt, ganz durch; s. auch Francke a. O. bes. S. 419.

Sechstes Kapitel. Sicherung der Rechte.

§ 97.

(Arndts § 93.)

Hierher gehört Alles, wodurch man sich in seinen Rechtsverhältnissen gegen eine künftige Gefährdung oder Beeinträchtigung derselben schützen will. Eine solche Sicherung kann daher bestehen in Sicherstellung eines gegenwärtigen Rechts, z. B. wenn ich mir von meinem Schuldner eine Schuldurkunde ausstellen lasse, um meine Ansprüche gegen ihn seiner Zeit beweisen zu können; oder auch in einer Sicherung gegen ungerechte Ansprüche, die möglicherweise gegen uns erhoben werden könnten, z. B. wenn ich mir für eine bezahlte Schuld eine Quittung ausstellen lasse. Die Mittel und Wege solcher Sicherung sind vielfach und sehr verschieden und greifen in die verschiedensten Lehren ein. Es giebt ganze Rechtsinstitute, die lediglich diesen Zweck haben, z. B. das Pfandrecht, die Bürgschaft. Das Meiste darüber gehört daher in den besondern Theil zu den Rechtsverhältnissen, bei denen solche Sicherungsmittel eingreifen.

Im Allgemeinen läßt sich darüber bloß Das sagen, was Arndts § 93 ausführt (vergl. auch oben § 82), dem nur noch Folgendes beizufügen ist. Eine bloße Verbalkaution besteht in nichts Anderem, als dem Versprechen eines Verpflichteten, daß er seine Verbindlichkeit anerkenne und gehörig erfüllen werde. Ein solches Versprechen giebt eine besondere Sicherung eines bestehenden Rechts natürlich nur dann, wenn durch das Versprechen irgend ein Mangel am Recht beseitigt oder einer Ungewißheit oder Unsicherheit bei dem Rechtsverhältnis vorgebeugt werden soll, z. B. wenn ich besorge, mein Schuldner möchte später meine

Forderung anfechten oder mir sonst Weiterungen wegen derselben machen und ich bewege ihn deßhalb, sie gegen mich (durch ein ausdrückliches Zahlungsversprechen) noch besonders mündlich oder schriftlich anzuerkennen; oder wenn ich eine Verjährung des Rechts besorge und den Schuldner deßhalb bestimme, eine Anerkennung seiner Schuld gegen mich auszusprechen, wodurch dann die Verjährung unterbrochen wird, oder wenn das Versprechen in einer Weise geleistet wird, durch die der Versprechende besonders dringende Motive zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit erhält, wenn er also das Versprechen eidlich bestärkt (cautio iuratoria) oder mit seinem Ehrenwort bekräftigt (vergl. Arndts §. 240). In den meisten Fällen aber hat eine bloße Verbalkaution, die der Schuldner giebt, keine besondere sichernde Kraft. Dagegen gewährt schon an sich eine besondere Sicherheit die satisdatio im engern Sinn, sog. Realkaution. welche geleistet wird durch Stellung eines Bürgen (satisdatio im engern Sinn) oder Bestellung eines Pfandrechts.

Siebentes Kapitel. Verfolgung und Vertheidigung der Rechte.

Die Klage.

Natur und Gattungen der Klage.

§ 98.

(Arndts §§ 95—97.)

Die Klagen sind lediglich Mittel, ein uns zustehendes Recht angriffsweise durch das Gericht geltend zu machen[1]. Das Klagrecht

---

[1] Über die Geltendmachung der Rechte überhaupt s. oben § 28. — Über die eigentliche (eigenmächtige) Selbsthilfe und über die Fälle, in welchen sie erlaubt ist (wovon Arndts in § 94 bei Note c. und i. ungenügend spricht), gehört das Genauere in die Vorlesungen über Strafrecht. Das römische Recht setzte für einzelne Fälle unerlaubter Selbsthilfe folgende theils uneigentliche theils eigentliche Privatstrafen fest:

1) Wenn ein Gläubiger seinem Schuldner, der nicht zahlt, eigenmächtig Sachen wegnimmt (seien es die geschuldeten oder andere), um sich bezahlt zu machen, oder ihn durch Gewalt zur Zahlung zwingt, so verwirkt er nach einem decretum divi Marci sofort seine Forderung; er muß das Entzogene wieder zurückgeben und der Schuldner wird von seiner Schuld ipso iure frei (Arndts l. c. Note d—g).

2) Wenn der wirkliche oder vermeintliche Eigenthümer einer Sache, die ein Dritter besitzt, sich durch Eigenmacht in den Besitz der Sache setzt (also den Besitzer aus dem Besitz entsetzt), so muß er nicht nur den Besitz sofort restituiren, sondern er verliert auch zur Strafe an den Entsetzten sofort sein Eigenthum an der Sache oder muß, wenn er nicht ihr Eigenthümer war, ihm den Werth der Sache als Privatstrafe zahlen. Dies wurde erst durch spätere Imperatoren eingeführt.

Diese Privatstrafen galten auch in Deutschland nach dem ehemaligen gemeinen Recht — schon durch die Reception des römischen Rechts; auch wurden sie ausdrücklich bestätigt durch das kanonische Recht und durch deutsche Reichsgesetze (Arndts l. c. Note h). Allein in unserer Zeit sind sie durch die neuen Strafgesetze durchaus beseitigt, wie im Strafrecht zu zeigen ist. —

Kommt es bei erlittenen Verletzungen oder bei bestrittenem Recht zur Anrufung richterlicher Hilfe, so ist der Gang des dadurch entstehenden Processes im Allgemeinen der bei Arndts § 95 beschriebene. Die Grundsätze über dieses processualische Verfahren

ist daher nicht ein besonderes Recht für sich, sondern nur ein Theil des Inhalts, ein Bestandtheil desjenigen Rechts, zu dessen Schutz die Klage (s. § 33) dient. Ein Klagrecht läßt sich daher gar nicht denken ohne ein Recht, das durch die Klage geltend gemacht werden soll, und welches die Grundlage bildet, von der die Klage ein Ausfluß ist[2]. Da hiernach die Klage oder das Klagrecht lediglich ein Bestandtheil und Ausfluß desjenigen Rechts ist, zu dessen Schutz die Klage dienen soll, so muß ihre rechtliche Natur sich ganz bestimmen nach der Natur dieses Rechts, welches ihr zu Grunde liegt. Hieraus folgt, daß, wie die Privatrechte überhaupt in 3 Gattungen zerfallen (S. 172), es auch nur 3 Gattungen der Klagen, die auf eine condemnatio des Gegners gehen, geben kann, nämlich 1) personenrechtliche Klagen (§ 35); 2) dingliche Klagen, actiones in rem, durch welche man ein dingliches oder Sachenrecht geltend macht, und 3) persönliche Klagen, actiones in personam oder personales, durch welche man eine Obligation geltend macht[3].

---

werden im Civilproceß entwickelt. Aber Vieles, was damit in Beziehung steht, gehört dem materiellen Recht an und ist im Folgenden auszuführen.

Die Litteratur über Klagen ꝛc. s. bei Arndts § 96 Anm. 1. Vom praktischen Standpunkte ist die Lehre behandelt in Meinem Handbuche des Württemb. Privatrechts II S. 411—572. Besonders zu beachten ist Windscheid Die actio des römischen Civilrechts ꝛc. (1856); nur ist es ein unrichtiger Gedanke, wenn Windscheid glaubt, das römische Recht habe mit actio einen ganz anderen Sinn verbunden, als welchen bei uns Klage und Klagrecht haben. In dieser Hinsicht ist richtig, was Muther (Zur Lehre der römischen actio. Erlangen 1857 S. 18—47) gegen Windscheid ausführt. Über das reine römische Recht (Rechtsgeschichte) ist ausgezeichnet die Schrift von Friedr. Ludw. v. Keller Der römische Civilproceß und die Aktionen, Leipzig 1852. 3. Ausgabe 1863. Nicht gelungen ist Prinz Das allgemeine Aktionenrecht. Breslau 1870. Nicht befriedigend ist E. J. Bekker Die Aktionen des römischen Privatrechts. Berlin 1871, 1873.

[2] Arndts § 96 Note b. und Anm. 3. — Zwar glaubt Windscheid (die actio des römischen Rechts 1856 und Pandekten § 44), das römische Recht gehe davon aus, es könne auch ein selbständiges Klagrecht geben ohne ein Recht, welches durch die Klage geltend gemacht werden soll. Allerdings führte das prätorische Edikt in manchen Fällen eine actio ein, in welchen bis dahin ein Recht nicht anerkannt war. Allein es gab die actio offenbar bloß deßhalb, weil die Prätoren auf diesem Wege ein Recht zur Anerkennung bringen wollten, das durch die Klage sollte geltend werden können, sie also das Recht als bestehend behandelten und somit auch in solchen Fällen die Klage bloß als ein Ausfluß des von ihnen anerkannten Rechts gegeben wurde. Vgl. Arndts l. c. Anm. 4. 5.

[3] Über die beiden letzteren Gattungen und über die sog. actiones personales in rem scriptae und über die mixtae actiones in dieser Hinsicht und überhaupt über den Inhalt des § 97 bei Arndts siehe oben § 36 (wonach auch der Inhalt von § 97 und Anm. 4 und 6 bei Arndts theilweise zu berichtigen ist).

Die verschiedenen wichtigen Eigenschaften der Klagen.

§ 99.

(Arndts §§ 98. 99.)

Gewöhnlich führt man noch viele andere Gattungen von Klagen auf; damit verhält es sich aber wie mit den angeblichen vielen Gattungen der Privatrechte[1]. Hier sind nur noch folgende Eigenschaften zu erklären:

I. Eine Klage kann sein eine Haupt- oder Nebenklage. Hauptklage ist die Klage auf diejenige Leistung, welche den Zweck und das Wesen des betreffenden Rechtsverhältnisses bildet; Nebenklage ist eine solche, welche zwar auch aus dem Rechtsverhältnis gegeben wird, aber auf Leistungen geht, die nicht im Zweck und Wesen des Verhältnisses liegen. Darauf bezieht sich namentlich auch die Verschiedenheit (bei gewissen persönlichen Klagen) zwischen actio directa und contraria[2].

II. Die Klagen, welche auf condemnatio eines Gegners gehen (§ 35 Nr. III), sind in der Regel actiones simplices. In der Regel nämlich ist es bloß der Kläger, welcher einen Anspruch verfolgt;

---

[1] S. oben § 38. Es werden dabei Gattungen der Klagen verwechselt mit Eigenschaften, welche den angeführten 3 Gattungen der Klagen zukommen. So kann z. B. eine persönliche Klage stricti iuris oder bonae fidei sein; sie kann sein rei persecutoria oder poenalis und man spricht dann schlechtweg von einer actio stricti iuris, actio poenalis u. s. w. Dies bezeichnet aber nur, daß eine Klage zu einer jener drei Gattungen gehört, unter Anderem diese oder jene Eigenschaft habe. Manche dieser möglichen (verschiedenen) Eigenschaften mußten schon früher entwickelt werden, namentlich: absolut wirkende Klagen im Gegensatz zu den bloß relativ oder beschränkt wirkenden (§ 35. 36); ferner Klagen, welche auf condemnatio gehen, was die Regel ist, im Gegensatz zu den praeiudicia (§ 35 Nr. III); ferner actiones famosae (§ 45 Nr. II), actiones populares (§ 89 bei Anm. 21), actiones rei persecutoriae, poenales und mixtae in diesem Gegensatz (§ 89 bei Anm. 1, wonach Arndts § 98 zu berichtigen ist). — Andere dieser verschiedenen Eigenschaften der Klagen sind nicht hier, sondern in anderem Zusammenhang zu entwickeln, nämlich: petitorische und possessorische Klagen (bei der Lehre vom Besitz), actiones perpetuae und temporales (§ 104), actiones arbitrariae (§ 111).

[2] S. die Lehre von den Verträgen, z. B. wenn ich Jemandem meine Sache unentgeltlich zum Gebrauch leihe, so ist er verbunden, sie mir seiner Zeit in gutem Zustande wieder zurückzugeben. Wenn er aber nothwendigen Aufwand auf die Sache machte, so muß ich ihm diesen in der Regel ersetzen. Auf das Erstere, die Zurückgabe der Sache, geht die Hauptklage aus dem commodatum, die actio commodati directa, auf das Letztere, den Ersatz jener Auslagen, die Nebenklage aus demselben, die actio commodati contraria. Dagegen erzeugen die entgeltlichen Geschäfte für jede Partei eine actio directa, die Klage aus dem Geschäft ist hier utrimque directa, so beim Kauf, bei der Miethe, weil hier die Leistung jedes Theils durch Zweck und Wesen des Geschäfts begründet ist.

er will Verurtheilung des Beklagten in ein Thun oder Lassen. Der Beklagte aber, der den Anspruch des Klägers bestreitet, will nur sich gegen diesen Anspruch schützen, er verlangt Abweisung des Klägers. Es kann daher in der Regel bei einem Processe von einer Verurtheilung nur bei dem Beklagten die Rede sein, nicht auch bei dem Kläger, d. h. der Beklagte ist, wenn er Unrecht hat, in das dem Kläger Gebührende zu verurtheilen; der Kläger aber, wenn er Unrecht hat, kann bloß abgewiesen, aber nicht in Etwas verurtheilt werden, außer in die Proceßkosten[3]. Solche Klagen nun, bei denen bloß bei dem Beklagten von Verurtheilung die Rede sein kann, was die Regel ist, heißen actiones simplices (iudicia simplicia, einseitige, einfache Klagen). Es giebt aber einige Klagen, bei denen es in der Natur des Verhältnisses, auf das sie sich beziehen, liegt, daß eigentlich beide Parteien im Wesentlichen gleiche Stellung haben und das Gleiche wollen und somit schon an sich jede Partei (die eine oder die andere), also auch der Kläger, in eine Leistung verurtheilt werden kann und deßhalb jede in gleicher Weise materiell als Beklagter und Kläger gilt[4]. In diesen Fällen heißt die Klage actio duplex (iudicium duplex) oder mixta (in diesem Sinne).

III. Sog. actiones adiectitiae qualitatis. Es giebt Fälle, in denen eine Schuld, die Jemand kontrahirt hat, sich indirekt auf einen Dritten in der Art erstreckt, daß dieser wegen eines besonderen Verhältnisses, in welchem der Schuldner zu ihm steht, für die Schuld ganz oder theilweise auch haftet, so daß ihn der Gläubiger mit der Klage, die er aus der Obligation des Schuldners gegen den Schuldner hat, belangen kann. In solchen Fällen wird der Klage, wenn der Gläubiger sie gegen den Dritten anstellt, ein technischer Beisatz gegeben, um dadurch den Grund anzudeuten, aus welchem der Dritte ebenfalls für die Schuld haftet, z. B. der Beisatz: de in rem verso, quod iussu, de peculio, institutoria, tributoria u. dergl.

---

[3] Dies ist selbst dann der Fall, wenn der Kläger wegen Forderungen, die der Beklagte an ihn hat, abzuweisen ist; z. B. wenn A. den B. auf Rückzahlung eines Darlehns von 1000 M. belangt, B. die Schuld zugiebt, aber excipirt und beweist, A. sei ihm aus einem Kauf noch 1500 M. schuldig, er könne also kompensiren, so ist A. mit seiner Klage abzuweisen, weil er Nichts mehr von B. zu fordern hat; aber er ist nicht in die Zahlung des Überschusses von 500 M. zu verurtheilen; diese muß B. als Kläger von ihm mit der actio venditi fordern.

[4] Vgl. Arndts § 99. Es ist dies der Fall bei den Theilungsklagen und bei den interdicta retinendae possessionis.

Diese Ausdrücke bezeichnen aber nicht eine besondere Klage, sondern sind nur Beisätze zu dem Namen der Klage, die aus der Obligation des eigentlichen Schuldners entsprang[5].

IV. Bei einigen Klagen gilt das Besondere, daß man von ihnen bloß im Nothfalle Gebrauch machen kann, also sich ihrer dann nicht bedienen darf, wenn man sich schon durch ein anderes Rechtsmittel eben so gut helfen kann. Solche Klagen heißen subsidiäre Klagen[6].

V. Nach Gegenstand und (so zu sagen) Umfang einer Klage kann man unterscheiden

1) bei den persönlichen Klagen: actiones generales, d. h. welche auf einen umfassenderen Umfang von Leistungen gehen, wie z. B. die actio pro socio, actio tutelae. Die meisten persönlichen Klagen aber gehen nur auf eine einzelne bestimmte Leistung, sind specialia iudicia[7].

2) Eine dingliche Klage kann sein eine in rem actio de universitate, d. h. auf Herausgabe eines Vermögens als eines juristischen Ganzen gehen. Diese Natur hat bloß die Erbschaftsklage (hereditatis petitio); die übrigen dinglichen Klagen sind actiones in rem speciales, d. h. sie betreffen bloß dingliche Rechte an einzelnen bestimmten Sachen.

Verschiedene Eigenschaften der Klagen, welche eine unmittelbar praktische Bedeutung nicht mehr haben.

§ 100.

(Arndts § 100.)

Außer den angeführten möglichen Eigenschaften der Klagen giebt es noch einige, die bei uns unpraktisch sind, aber bei den Römern zum

[5] Z. B. wenn mein Haussohn von A. Sachen auf Kredit kaufte und sie zu meinem Besten verwendete: so hat A. gegen ihn die actio venditi auf Zahlung des Kaufpreises; ich hafte aber auch für die Schuld, so weit die Sachen zu meinem Besten verwendet wurden, und bis auf diesen Betrag kann A. auch gegen mich aus dem Kauf meines Sohnes die actio venditi anstellen mit dem Beisatz de in rem verso. Er hat gegen mich die actio de in rem verso. — Wir nennen solche Klagen actiones adiectitiae qualitatis, eine ungeeignete Bezeichnung, die veranlaßt wurde durch D. de excercitoria actione 14, 1 l. 5 § 1, wo von solchen Fällen gesagt wird: non transfertur, sed adiicitur actio, d. h. die Schuld werde nicht vom Schuldner weg auf den Dritten übertragen, sondern der Gläubiger bekomme neben seinem Schuldner noch einen zweiten. — Andere Fälle, die bei uns nicht mehr praktisch sind, s. oben § 83, Beilage I Nr. III.

[6] Dahin gehörte nach römischem Recht besonders die actio doli.

[7] D. pro socio 17, 2 l. 38 pr.

Theil sehr wichtig waren und die man genau kennen muß, um das römische Recht zu verstehen und das Praktische vom Unpraktischen gehörig unterscheiden zu können. Es sind dies folgende:

I. Nach der Quelle, durch welche ein Recht als klagbar anerkannt und für dasselbe eine Klage eingeführt wurde, unterscheidet das römische Recht

1) Actiones civiles und honorariae, je nachdem die Klage durch das Civilrecht im formellen Sinn oder durch die edicta magistratuum eingeführt wurden[1].

2) Actiones directae und utiles. Eine Klage, welche von einer Rechtsquelle für gewisse Verhältnisse eingeführt wurde, nannten die Römer bei solchen Verhältnissen directa actio aus der betreffenden Rechtsquelle. Sehr häufig aber wurde die von einer Rechtsquelle eingeführte Klage auch auf andere ähnliche Verhältnisse, von denen jene Quelle nicht spricht, analog angewendet, und dann bezeichnete man dies dadurch, daß man bei solchen anderen Verhältnissen der Klage den Beisatz utilis gab[2]. Bei einer solchen actio utilis versteht es sich von selbst, daß bei ihr dieselben Rechtsgrundsätze eintreten, wie bei derjenigen directa actio, nach deren Analogie sie eingeführt wurde. In processualischer Beziehung aber war zwischen ihr und der directa actio zur Zeit des römischen Formularprocesses (Nr. II) ein Unterschied (in Fassung der Formel), welcher aber mit dem Untergang des Formularprocesses verschwand[3].

3) Condictio ex lege. Wenn eine Rechtsquelle ein Verhältnis, das bisher nicht klagbar war, für klagbar erklärt, aber der Klage keinen Namen giebt, so bezeichnen wir die Klage häufig bloß nach der Rechtsquelle, durch die sie eingeführt wurde[4].

---

[1] Vgl. § 8 Nr. III.

[2] Z. B. die lex Aquilia führte eine Klage wegen gewisser Sachbeschädigungen ein. Bei diesen Beschädigungen hat also der Beschädigte die actio ex lege Aquilia directa. Die lex überging aber manche Arten von Beschädigungen; auf diese wendete die spätere römische Praxis die Bestimmungen der lex Aquilia analog an (vgl. § 25 Nr. 1), ließ also auch in ihnen die actio ex lege Aquilia zu. Um aber zu bezeichnen, daß die lex von diesen Fällen nicht spreche, sondern die lex nur analog auf sie angewendet werde, wurde bei ihnen die Klage durch actio ex lege Aquilia utilis bezeichnet. Vgl. Arndts § 100 Nr. 2. Meine Erörterungen II S. 38. Es ist daher hier »utilis actio« nicht zu übersetzen durch „nützliche Klage" (wie Viele thun), sondern durch: nachgebildete, erweiterte oder ausgedehnte Klage.

[3] Hierauf bezieht sich die l. 47 § 1 de negot. gest. 3, 5, welche aber offenbar von Justinians Kommission interpolirt ist.

[4] Z. B. nach römischem Recht sind pacta in der Regel nicht klagbar; nach deutschem

II. Actiones ordinariae und extraordinariae und Verschiedenheit der Klagen nach den Klagformeln[5]. Hier muß man unterscheiden

A. die Zeit der Geltung des römischen Formularprocesses (von der zweiten Hälfte des 6. Jahrhunderts ab urbe condita an bis in Kaiser Diokletians Zeiten). In dieser Zeit schieden sich die Klagen in actiones ordinariae und extraordinariae.

1) Actiones ordinariae hießen diejenigen Klagen, bei welchen der in jener Zeit die Regel bildende Proceß statt hatte. Dieses (regelmäßig zur Anwendung kommende) Proceßverfahren hieß iudicium ordinarium. Die Normen darüber bildeten den ordo iudiciorum privatorum. Wir bezeichnen es durch Formularproceß. Es zeichnete sich besonders durch zwei Eigenthümlichkeiten aus; durch die Trennung des (ganzen) Verfahrens in ein Verfahren vor dem Magistrat (Verfahren in iure) und in ein Verfahren vor dem iudex (in iudicio) und durch den Gebrauch der formulae. Den ersten Hauptabschnitt bei diesem Proceß bildete nämlich eine mündliche gemeinsame Verhandlung beider Parteien vor der richterlichen Obrigkeit, dem magistratus, also in Rom vor den Prätoren und in gewissen Fällen vor den Ädilen; in den späteren Kaiserzeiten vor kaiserlichen Beamten verschiedener Art; dies war das Verfahren in iure. Der Kläger brachte hier seine Klage vor; der Beklagte erklärte sich auf die Klage und brachte seine Einwendungen vor und so wurden im Wesentlichen die streitigen Punkte festgestellt und dann ernannte der magistratus, wenn er die Klage an sich für zulässig hielt, für die weitere Verhandlung und für die Entscheidung eine Privatperson, einen iudex

---

Gewohnheitsrecht aber erzeugen sie eine Klage und deßhalb nennen Viele bei uns die Klage aus einem pactum: condictio ex moribus oder ex consuetudine; richtiger würde man sie geradezu eine actio ex pacto nennen. Ferner: Justinian erklärt in der cst. 35 de donationibus das pactum donationis (gegen die römische Regel) für klagbar und deßhalb nennen Viele (bei uns) die Klage aus einem Schenkungsvertrage eine condictio ex lege 35 Codicis de donationibus; eigentlich ist aber die Klage nichts Anderes, als eine actio ex pacto donationis. In solchen Fällen sollte man aber jedenfalls die Klagen nicht durch „condictio" bezeichnen; denn condictio bedeutet im römischen Recht eine actio stricti iuris (vgl. unten Nr. III); in den angeführten Beispielen aber ist die Klage nicht stricti iuris. Die Veranlassung zu jenem falschen Sprachgebrauch gab D. de condict. ex lege 13, 2 l. un.; diese Stelle bezieht sich aber bloß auf Rechtsverhältnisse, welche stricti iuris waren und auf die Klagformel zur Zeit des Formularprocesses, hat also bloß eine historische Beziehung. Meine Erörterungen II S. 102. Vgl. Vangerow Pandekten I § 139. 7. Ausg. S. 202.

[5] Vgl. Arndts § 100 Nr. 3

und gab für diesen eine formula, d. h. eine kurze Instruktion, nach welcher er die Sache entscheiden sollte[6]. Der Endpunkt dieses Verfahrens in iure war die litiscontestatio, d. h. die Feststellung der Streitpunkte (durch die gegenseitigen Erklärungen der Parteien), auf welche hin der Magistrat den iudex ernannte und für denselben die formula gab. Die Parteien waren nun in Folge der litiscontestatio (L. C.) ähnlich wie durch einen Vertrag obligirt, die Sache lediglich auf diesen Proceß ankommen zu lassen und sich dem Ausspruch des iudex zu unterwerfen; es war lis contestata oder lis coepta oder pendens; die Sache war nun res in iudicium deducta, d. h. an den iudex gebracht, oder das iudicium war constitutum, acceptum und es beginnt nun das Verfahren vor dem iudex, das iudicium. Dieser läßt die Sache weiter verhandeln, die nöthigen Beweise führen und spricht dann nach der erhaltenen formula sein Urtheil aus, wodurch die Sache res iudicata wird. Die Exekution des Urtheils war dann wieder Sache des magistratus (imperium)[7]. Sämmtliche Klagen, die in diesem regelmäßigen Proceß verhandelt wurden, hießen ordinariae actiones; die meisten hatten ihre festen hergebrachten formulae und hießen deßhalb vulgares actiones oder iudicia prodita. In diesen Formeln wurde der iudex entweder lediglich auf das bestehende Recht verwiesen, nach welchem derselbe über den Anspruch des Klägers entscheiden soll, formulae in ius conceptae, so namentlich in der Regel bei den actiones civiles, weil bei ihnen Das, was nach ius civile Rechtens sei, meist sicher und fest war; oder waren die formulae in factum conceptae, wenn dem iudex die Thatsachen genau angegeben wurden, von deren Konstatirung sein Ausspruch abhängig zu machen sei, was namentlich in der Regel bei den in factum actiones der Fall war. Letztere waren meist Klagen mit einer formula in factum concepta, welche durch die Edikte der magistratus zur Ergänzung der Lücken des Civilrechts eingeführt waren und bei denen deßhalb dem iudex genau das factum bezeichnet wurde, das die Voraussetzung seiner Entscheidung bilden sollte. Es gab aber auch einige durch das ius civile eingeführte in factum actiones, namentlich die praescriptis verbis actiones bei den sog.

---

[6] Meine Erörterungen II S. 35.
[7] Meine Erörterungen l. c. S. 1—5.

ordentlichen Proceß, aber in einem ganz andern Sinn, als das klassische römische Recht. Der neuere außerordentliche oder summarische Proceß unterscheidet sich in der Regel vom ordentlichen nur durch ein rascheres und abgekürzteres Verfahren. Der Ausdruck litiscontestatio bezeichnete nun nicht eine Verhandlung beider Parteien vor Gericht, sondern bloß die vom Beklagten in seiner Antwort auf die Klage zu gebende Erklärung desselben über die Thatsachen, auf welche der Kläger seinen Anspruch stützt. So wurde also litiscontestatio gleichbedeutend genommen mit der Einlassung des Beklagten auf die faktischen Grundlagen der Klage und deßhalb unterscheiden wir eine litiscontestatio negativa, verneinende Einlassung und litiscontestatio affirmativa, bejahende Einlassung, je nachdem der Beklagte jene facta leugnet oder zugiebt[21]. Aus dem Angeführten ergiebt sich namentlich, daß der Unterschied zwischen actiones ordinariae und extraordinariae (Lit. A) bei uns gar keine praktische Bedeutung hat, wie er ja auch im spätern römischen Recht durch die Aufhebung des Formularprocesses schon seine Bedeutung verloren hatte (Lit. B); daß ferner der Unterschied zwischen formulae in ius und in factum conceptae, überhaupt Alles, was sich auf die verschiedenen Formeln im klassischen römischen Recht bezog, bei uns ebenfalls unpraktisch ist und es auch schon im spätern römischen Recht nach Untergang des Formularprocesses war. Aber die Benennung gewisser Klagen, die durch jene formulae veranlaßt waren, behielt man im späteren römischen Recht und auch bei uns bei. Allein sie dienen nun bloß dazu, gewisse Klagen, die keinen andern Namen haben, technisch zu bezeichnen. So bezeichnen wir daher immer noch durch actio praescriptis verbis die Klage aus Innominatkontrakten; ferner durch actio in factum solche Klagen, die zur Ergänzung des bestehenden Rechts eingeführt wurden und keinen besondern Namen haben[22].

---

[21] Meine Erörterungen III S. 74—84. — Übrigens bezeichnet auch diese litiscontestatio denselben processualischen Abschnitt, wie die justinianische; denn der Beklagte muß in der Regel schon in seiner ersten Antwort auf die Klage über alle Thatsachen, auf welche der Kläger seine Klage stützte, sich genau erklären und alle seine Einreden vorbringen; so daß daher diese litiscontestatio der Abschnitt ist, an welchem durch die erste Erklärung des Beklagten, auf die Klage die Streitpunkte sich herausstellen. Deßhalb bezeichnen wir die litiscontestatio auch durch Streitbefestigung oder Kriegsbefestigung. Meine Erörterungen II S. 74—84. Arndts § 113 Anm. 2.

[12] Übrigens ist es bei einem Proceß nicht nöthig, daß der Kläger die Klage mit ihrem Kunstnamen bezeichnet, wenn nur aus seinen Anführungen zu ersehen ist, welche Klage er anstellen wollte.

III. Interdicta.

III. Interdicta. Früher herrschte die Ansicht, die Interdikte seien zur Zeit des Formularprocesses (also namentlich in den Zeiten, in welchen die in den Digesten excerpirten Juristen lebten) extraordinariae actiones gewesen, der magistratus habe sie also selbst verhandelt und entschieden, ohne einen iudex zu bestellen; auch sei bei ihnen sowohl zur Zeit des Formularprocesses als nach dem späteren und neuesten römischen Recht das Verfahren ein summarisches gewesen und bei manchen Interdikten sei für den Kläger sogar schon dann entschieden worden, wenn er die seinem Anspruch zu Grunde liegenden Thatsachen nicht vollständig beweisen, sondern nur bescheinigen, d. h. durch einen halben Beweis wahrscheinlich machen konnte. Allein Beides ist unrichtig. Die Sache verhält sich vielmehr auf folgende Weise:

1) Zeit des Formularprocesses. Für gewisse Fälle von Störungen (namentlich Besitzstörungen) oder Bedrohung mit Störungen und von Entreißung oder Vorenthaltung eines Gegenstandes versprach der praetor in seinem Edikte, er werde, wenn die verletzte oder bedrohte Partie an ihn sich wende, sofort einen Befehl an den Gegner erlassen, in welchem demselben die Störung untersagt, beziehungsweise aufgegeben werden werde, den vorenthaltenen oder entzogenen Gegenstand zu restituiren oder zu exhibiren. Dieser Befehl hieß interdictum (deßhalb je nach der Verschiedenheit der Fälle interdictum prohibitorium, restitutorium, exhibitorium) und in den Fällen, in welchen er auf Restitution oder Exhibition ging, auch decretum. I. 4, 15 de interdictis pr. § 1 Gaius Inst. IV § 140, 141. — Kam nun eine Störung dieser Art vor: so konnte der Betheiligte den praetor um Erlassung eines solchen Befehls angehen, den dann der praetor sofort vorläufig erließ. Erst durch diesen Befehl wurde dann eine obligatio des Gegners auf Unterlassung, Exhibition oder Restitution begründet, nicht schon durch die Störung oder Vorenthaltung; z. B. durch die Besitzstörung wurde nicht eine Klage gegen den Störer begründet, sondern erst durch den nach der Störung ausgewirkten Befehl, so daß erst von diesem Befehle an (welcher eben gerade den Zweck hatte, eine obligatio des Störers ꝛc. zu begründen) das Recht auf Ablassung von der Störung und Ersatz des Schadens, der von dem ausgewirkten Befehle an durch die Störung zugefügt wurde, begründet wurde.

Fügte sich der Gegner dem Befehl: so kam es gar nicht zum Processe, weil nun Alles wieder in Ordnung war. Wenn er sich aber nicht fügte oder das ihm vorgeworfene Faktum leugnete: so konnte nun der Betheiligte gegen ihn auf den Grund jenes Befehles eine förmliche Klage auf Restitution, Exhibition, Ersatz wegen der Störung von der Zeit des Befehls an ꝛc. anstellen, wobei er aber natürlich beweisen mußte, daß der Beklagte sich der behaupteten Ungebührnis, der Übertretung des Befehls, schuldig gemacht habe. Diese Klage nannte man dann ebenfalls, wie jenen Befehl, interdictum (prohibitorium, restitutorium, exhibitorium) oder interdicti actio. Sie wurde aber ganz im Wege des ordentlichen Verfahrens, des iudicium ordinarium, verhandelt; es wurde also in iure lis kontestirt und vom Prätor eine formula in factum concepta gegeben und ein iudex zur weiteren Verhandlung und Entscheidung bestellt; sie war eine actio ordinaria. Allerdings hatte bei ihr das Verfahren vor dem iudex einige Eigenthümlichkeiten, weßhalb die interdicta häufig den übrigen actiones entgegengesetzt wurden. Keineswegs aber bestanden diese Eigenthümlichkeiten darin, daß das Verfahren ein summarisches war. Nur der vorläufige Befehl des praetor konnte bewirken, die Sache rasch und in Kürze abzumachen; wurde ihm aber nicht Folge geleistet: so war bei der interdicti actio das Verfahren vor dem iudex, wie wir aus Gaius sehen, in manchen Beziehungen noch umständlicher, als bei anderen actiones ordinariae. Dies beweist sich auch dadurch, daß der praetor in manchen Fällen, in denen es auf besondere Eile ankam, statt des Interdikts eine andere Klage gab oder nach Umständen selbst extra ordinem entschied, z. B. D, 43, 32 de migrand. l. 1 § 1, 2; 43, 4 ne vis fiat. l. 3 pr. § 1.

Über Alles Dieses s. Gaius IV § 139—141, § 162—170, v. Savigny Recht des Besitzes 6. Ausgabe S. 445 ff., Bethmann-Hollweg Gerichtsverfassung und Proceß des sinkenden römischen Reichs 1834 § 37, und nun besonders K. A. Schmidt Das Interdiktenverfahren der Römer. Leipzig 1853.

2. Später änderte sich jenes Verfahren bei den Interdikten wesentlich, besonders als der alte iudiciorum ordo abkam und an seine Stelle durchweg das iudicium extraordinarium trat. Der vorläufige richterliche Befehl, das eigentliche Interdikt, fiel weg; man behandelte ihn als überflüssig, indem man davon ausging, daß sobald die im prätorischen Edikte näher bestimmten Fälle einer Störung, Vorenthaltung oder Entziehung, für welche früher der vorläufige Befehl auf Unterlassung, Restitution u. s. w. zugesagt wurde, vorhanden seien, sofort eben damit die Verpflichtung zur Unterlassung, Restitution oder Exhibition begründet sei, ohne daß es zur Entstehung dieser Obligation erst noch eines besonderen Befehles bedürfte; der Berechtigte könne daher sofort, sobald die betreffende Störung vorkomme, die interdicti actio anstellen. Freilich waren nun diese interdicti actiones oder interdicta nach Untergang des Formularprocesses nicht mehr ordinariae actiones, sondern actiones extraordinariae; allein Dieses waren ja vom Ende des dritten Jahrhunderts n. Chr. an alle Klagen. Die Besonderheiten aber, die bei den Interdikten nach früherem Recht, wenn es zum iudicium kam, galten und über die wir erst aus Gaius Genaueres wissen, fielen nun ganz weg; die Interdikte waren nun gewöhnliche Klagen, die durch nichts Besonderes ausgezeichnet waren. Aber man behielt für sie immer noch den alten Namen interdicta bei, obwohl er eigentlich nicht mehr paßte. Hieraus erklärt sich die Rubrik von D. 43, 1 (de interdictis sive extraordinariis actionibus, quae pro his competunt) und Das, was Justinian in I. 4, 15 de interdict. § 8 bemerkt. Vergl. auch C. 8, 1 h. t. cst. 3 und 4.

Aber auch im späteren römischen Recht wurde ein besonderes summarisches Verfahren für die Interdikte überhaupt nicht eingeführt. Denn daß die Denunciationen, eine besondere Form der Einleitung des Processes in den Kaiserzeiten (Meine Erörterungen ꝛc. II S. 4, 10), die aber mit manchen Weiterungen verbunden war, bei den Interdikten ausgeschlossen wurden, hatten sie mit noch manchen anderen Klagen gemein; auch galten diese Denunciationen zu Justinians Zeit überhaupt nicht mehr; und daß die Appellation bei dem interdictum quorum bonorum und dem interdictum de vi ausgeschlossen war, fiel im justinianischen Recht weg (nur hat bei dem letztern Interdikt die Appellation keinen suspensiven Effekt), noch viel weniger wurde bei den Interdikten bloß auf halben Beweis erkannt. Nur weisen einzelne Stellen den Richter an, das interdictum de vi möglichst rasch zu behandeln, was aber, wie Savigny richtig bemerkt, von der Vorschrift eines summarischen Processes sehr verschieden ist, siehe besonders v. Savigny Vermischte Schriften Bd. II S. 242 ff., S. 256—274, S. 289 ff., Bethmann-Hollweg a. a. O., Schmidt a. a. O. S. 322, 333—349, 272 ff. — Auch wir behielten den Namen Interdikte für die Klagen bei, die im römischen Recht interdicta hießen; nur kam es bei uns durch Gewohnheitsrecht auf, daß die meisten dieser Interdikte, namentlich die possessorischen, in der Form des deutschen summarischen Processes verhandelt werden, und daß zwei Interdikte, das interdictum quorum bonorum und das Salvianum als bloße provisorische Rechtsmittel behandelt werden, bei denen der Richter nach Wahrscheinlichkeiten eine bloß provisorische Entscheidung zu treffen hat. S. Arndts § 535, 379.

IV. Actiones stricti iuris und bonae fidei[23]. Die Verschiedenheit zwischen actiones stricti iuris und bonae fidei war

[23] Meine Erörterungen II S. 43—125. Arndts § 100 Nr. 4 (was hier von Arndts über actiones arbitrariae gesagt ist, gehört in einen anderen Zusammenhang, s. unten § 111 Nr. I, II.).

im ältern römischen Recht und namentlich zu den Zeiten, in welchen die in den Digesten excerpirten Juristen lebten, sehr von Wichtigkeit und auch zu Justinians Zeit hatte sie noch in manchen Punkten praktische Bedeutung. Hier aber (in den Pandekten) ist nur Folgendes über sie zu bemerken:

1) Es giebt Obligationen, die man streng einseitige nennen kann, d. h. bei denen bloß eine Partei zu leisten hat, ohne aus dem Rechtsverhältnis auch von ihrer Seite Ansprüche gegen die andere Partei geltend machen zu können. Im ältesten römischen Recht waren sie durchaus die Regel[24]. Bei solchen Obligationen war die rechtliche Beurtheilung eine streng wörtliche, buchstabenmäßige, äußerliche, ohne dabei Das zu berücksichtigen, was die allgemeinen Grundsätze der aequitas mit sich brachten; es wurde bloß berücksichtigt, was wörtlich oder formell im abgeschlossenen Rechtsgeschäfte lag und deßhalb war auch bei solchen Klagen im Formularproceß der iudex buchstäblich an die vom magistratus erhaltene formula gebunden, namentlich durfte er Exceptionen des Beklagten nur dann berücksichtigen, wenn der Beklagte sie schon in iure vorgebracht und der praetor in der formula ihre Berücksichtigung vorgeschrieben hatte. Die Klagen hießen hier condictiones, auch actiones stricti iuris oder stricta iudicia[25].

2) Die bonae fidei actiones sind Klagen, welche ex bona fide beurtheilt wurden, d. h. mit Berücksichtigung der gegenseitigen Ansprüche der Parteien, der besonderen Umstände des Falls und Dessen, was dem Sinn der Parteien gemäß ist und was Treu und Glauben im Verkehr mit sich bringt. Es sind dies Klagen aus Geschäften, die auf gegenseitige Leistungen gehen, z. B. Kauf, Miethe, Societät,

---

[24] Hieher gehören namentlich Forderungen aus einem Darlehn (die condictio ex mutuo), Forderungen aus einer Stipulation, welche eine actio ex stipulato auf Erfüllung des einseitigen Versprechens erzeugte; ferner die Forderung auf Auszahlung eines Legats, welche mit einer actio personalis ex testamento geltend gemacht wird und die bei Arndts § 340—345 angeführten Klagen.

[25] Arndts § 340 Anm. 1. Meine Erörterungen II S. 84 f. und über das Princip s. ebendas. S. 79 f., womit auch übereinstimmt Vangerow Pand. I § 139 S. 203 f. — Nach ihrem Gegenstand unterschied das römische Recht condictiones certi, wenn der Gegenstand eine nach allen Beziehungen genau bestimmte Sache oder eine bestimmte Summe von Quantitäten war und dabei hob es noch besonders hervor die condictio certi im engern Sinne (oder condictio si certum petetur), d. h. wenn die Klage auf eine bestimmte Geldsumme ging; im Gegensatz zum letzten Falle hieß dann die actio stricti iuris, welche auf andere Sachen ging: condictio triticiaria. Über diese und über die Verschiedenheit der formulae bei der condictio s. Erörterungen l. c. S. II 64 f.

Innominatkontrakte, ferner Theilungsklagen, sodann Klagen aus Geschäften, bei denen zwar zunächst nur eine Partei zu leisten hat, sie aber möglicher Weise auch einen Anspruch gegen ihren Gläubiger aus dem Geschäfte bekommen kann, z. B. wegen Aufwandes, den sie auf die schuldige Sache gemacht hatte, also die Klagen aus dem commodatum, depositum, Mandat, Faustpfand und aus der Vormundschaft[26].

3) Für die Auslegung der Quellen ist noch Folgendes von Wichtigkeit. Das römische Recht sagt: nemo rem suam condicere potest, praeterquam furi, d. h. mit einer condictio, also mit einer actio stricti iuris können wir nicht eine Sache fordern, deren Eigenthümer wir sind, außer vom Entwender[27]. Dies erklärt sich dadurch: wenn wir von Jemandem vermöge einer Obligation eine Sache, die uns gehört, herauszufordern haben, z. B. mit der actio commodati, depositi u. dergl., so konnte die Klage nicht stricti iuris sein, weil hier der Beklagte Gegenansprüche haben und machen kann, z. B. wegen nothwendigen Aufwandes, den er auf unsere Sache gemacht hatte, das Verhältnis also nicht ein streng einseitiges ist[28].

4) Aus der Verschiedenheit des Princips, nach welchem die stricti iuris und bonae fidei actiones beurtheilt werden, ergeben sich im Einzelnen eine Reihe von wichtigen Unterschieden in den Rechtsgrundsätzen zwischen diesen Klagen und Geschäften[29]. Die Unterscheidung aber bezog sich nicht auf alle Rechtsgeschäfte und Klagen, sondern bloß auf gewisse Obligationen und die persönlichen Klagen aus denselben, nämlich bloß auf solche persönliche Klagen und Ansprüche, die zur Zeit des Formularprocesses mit einer auf das ius civile gegründeten actio ordinaria und einer formula in ius concepta geltend

---

[26] I. de actionib. 4, 6 § 28. Über das Princip s. Meine Erörterungen II S. 81 f.

[27] D. usufruct. quemadm. 7, 9 l. 12 in f.; I. de action. 4, 6 § 14. Meine Erörterungen l. c. S. 90 f.

[28] Nur eine Ausnahme gab es hiervon. Der Eigenthümer einer Sache kann, wenn sie ihm entwendet wird, sie vom fur mit einer actio stricti iuris, einer condictio furtiva, fordern, weil der fur keine Gegenansprüche machen darf, z. B. keinen Ersatz wegen Aufwands verlangen kann. Wenn daher die römischen Quellen in anderen Fällen, als beim furtum sagen, man könne den Gegenstand mit einer condictio (d. h. einer actio stricti iuris) fordern, so liegt darin, daß man nicht Eigenthümer der Sache ist, sondern vom Beklagten verlangt, daß er eine uns nicht gehörige Sache uns leiste und dadurch sein Eigenthum auf uns übertrage. Die condictio geht stets — abgesehen von der furtiva — auf rem dare. Meine Erörterungen II S. 90 ff.

[29] S. Meine Erörterungen II S. 46—61.

gemacht wurden (oben Nr. II A. 1). Alle übrigen persönlichen Klagen und Ansprüche (mit einer prätorischen formula in factum concepta), ferner alle dinglichen Klagen und alle extraordinariae actiones (Nr. II A 2) fielen gar nicht unter diese Eintheilung; sie wurden aber doch materiell größtentheils nach den Grundsätzen der bonae fidei actiones behandelt und deßhalb fassen wir diese übrigen Klagen mit den actiones bonae fidei zusammen unter dem Namen freie Klagen, im Gegensatz zu den strengen Klagen, den stricti iuris actiones[30].

5) Bei den stricti iuris actiones wurde aber im Laufe der Zeit das strictum ius gemildert und in Manchem modificirt[31] und als der Formularproceß untergegangen war und nun alle Klagen extraordinariae actiones geworden waren (oben N. II B), hätten eigentlich alle Besonderheiten der actiones stricti iuris fallen sollen. Allein man hielt den Unterschied doch noch fest, so weit er sich nicht auf das Processualische bezog, und so behandelte auch Justinian noch den Unterschied als praktisch und bestimmte sogar noch von einer Klage, die stricti iuris war, daß sie hinfort in einem gewissen Falle als bonae fidei actio behandelt werden sollte[32].

6) In Deutschland stritt man noch bis in den Anfang des vorigen Jahrhunderts sehr darüber, ob der Unterschied auch bei uns noch praktisch sei. Sehr Viele bejahten es und lange Zeit auch viele Gerichte und selbst noch in der neueren Zeit einige Theoretiker[33]. Andere verneinten es, aber aus offenbar unhaltbaren Gründen. Die Frage ist allerdings zu verneinen; aber bloß deßhalb, weil wenigstens seit mehr als 100 Jahren das entschiedene Gewohnheitsrecht den ganzen Unterschied verwirft[34]. Hiernach geht das praktische Resultat für uns dahin: die Besonderheiten, welche nach römischem Recht bei den actiones und negotia stricti iuris gegolten haben im Gegensatz zu den actiones und negotia bonae fidei, sind bei uns unpraktisch[35]. Es gilt bei uns bei allen Rechtsgeschäften und bei allen Klagen in solchen

---

30 Meine Erörterungen II S. 88 f. S. 106 f.

31 Meine Erörterungen II S. 108 f.

32 I. de action. 4, 6 § 28—30.

33 Z. B. Vangerow in den ersten 5 Ausgaben seiner Pandekten.

34 Meine Erörterungen II S. 112 f., denen nun auch v. Vangerow in der 6. und 7. Ausgabe, § 139 a. E. beitrat, vgl. Arndts Anm. zu § 100.

35 So weit sie nicht schon an sich in der Natur einer streng einseitigen Leistungspflicht liegen.

Punkten Das, was im heutigen römischen Recht bei den actiones und negotia bonae fidei gilt[36].

Begründung der Klage.

§ 101.

Eine Klage kann man natürlich nur dann mit Erfolg anstellen, wenn sie gehörig begründet ist. Dazu wird[1] Folgendes erfordert:

I. Es muß der Anspruch, den der Kläger geltend macht, überhaupt ein rechtlich möglicher und verfolgbarer sein; also

1) Das Recht, welches der Kläger in Anspruch nimmt, muß wirklich nach den Gesetzen ein zulässiges klagbares Recht und der Kläger eines solchen Rechts überhaupt fähig, es muß also die Klage an sich rechtlich statthaft sein[2].

Es müssen die Thatsachen, aus welchen Kläger sein Recht herleiten will, der Grund seiner Klage, das fundamentum agendi, solche sein, durch die das in Anspruch genommene Recht nach den Gesetzen erworben werden kann[3]; sie müssen solche sein, aus welchen, wenn sie vorgefallen sind (Nr. II), nach den Gesetzen das in Anspruch genommene Recht sich als Konsequenz ergeben würde; die Klage muß schlüssig sein[4]. — Wenn aber das Recht oder die Verbindlichkeit, welche den Gegenstand der Klage bilden, nicht in der Person des Klägers, beziehungsweise des Beklagten, sondern in einer dritten Person entstanden war, so wird natürlich zur Schlüssigkeit der Klage auch noch erfordert ein Anführen, aus welchem sich ergeben würde, daß das Recht oder die Verbindlichkeit sich wirklich auf die gegenwärtigen Parteien bezieht, sog. legitimatio ad causam[5].

2) Der Anspruch muß ein verfolgbarer sein, d. h. seiner Geltendmachung darf nicht ein rechtliches Hindernis entgegenstehen[6].

---

[36] Hierüber und über die praktischen Konsequenzen daraus s. Meine Erörterungen II S. 122 f. — Wir haben für gewisse Fälle ein anderes strenges Recht, z. B. bei Wechseln ꝛc.

[1] Vgl. oben § 68 im Anf.

[2] Vgl. § 68 Nr. 1. a.

[3] Einer der vom Recht anerkannten Erwerbsgründe.

[4] Vgl. § 68 Nr. 1. b.

[5] Z. B. wenn ich den N. auf Zurückzahlung eins Darlehns verklage und zur Begründung meiner Klage anführe, daß ich dem O. das Darlehn gegeben habe, so ist die Klage nicht schlüssig; wenn ich aber noch anführe, daß N. den O. beerbt habe, so ist sie ganz schlüssig, weil daraus folgen würde, daß auf O. durch Beerbung des N. die Schuld übergegangen, er also der rechte Beklagte sei.

[6] Z. B. ein dies. Dies gehört zwar nicht zur Begründung des Anspruchs an sich, aber zur Zulässigkeit der Klage.

II. Wenn die unter I angeführten rechtlichen Erfordernisse vorhanden sind, die Klage also nach der rechtlichen Seite begründet und zulässig erscheint, so muß natürlich noch hinzukommen, daß die Klage auch nach ihrer thatsächlichen oder historischen Seite begründet ist, d. h. daß die Thatsachen, aus welchen der Kläger sein Recht herleitet und aus denen nach den Gesetzen sein Recht sich ergeben würde (der faktische Klaggrund vergl. I. 2), wirklich vorgefallen seien und in seiner Person sich verwirklicht haben[7].

III. Sind die Erfordernisse unter Nr. I und II vorhanden, so ist an sich der Anspruch des Klägers begründet. Aber um zu einer Klage mit Sicherheit schreiten zu können, ist noch nöthig, daß der Gegner das Recht des Klägers nicht anerkannte und seiner Verpflichtung nicht genügte. Denn, würde man eine Klage anstellen gegen einen Verpflichteten, welcher das Recht des Klägers gar nicht in Zweifel zog und sich sofort bereit erklärte, seine Verbindlichkeit zu erfüllen, so müßte man mit der Klage abgewiesen und in die Kosten verurtheilt werden.

Fragt es sich nun, ob nach den Ausführungen des Klägers die Klage wirklich begründet sei, so sind

A. die Fragen, ob die angestellte Klage nach den Gesetzen an sich rechtlich möglich oder in rechtlicher Hinsicht begründet sei, ob sie also nach den Gesetzen an sich statthaft (I 1) und schlüssig (I 2) sei, reine Rechtsfragen. Über diese hat daher der Richter lediglich nach seiner Rechtskenntnis zu entscheiden.

B. Anders dagegen verhält es sich mit der Frage, ob die Thatsachen, aus denen der Kläger sein Recht herleitet, wirklich vorgefallen sind (II); ob also die Klage in faktischer Hinsicht begründet sei. Dies kann der Richter als solcher nicht wissen. Er kann daher eine Klage nur dann als begründet anerkennen, wenn nachgewiesen wird, daß die zu ihrer Begründung nothwendigen Thatsachen (vergl. Nr. II) wirklich auch sich verwirklicht haben, außer sie würden vom Gegner zugestanden oder notorisch sein[8], oder es wäre zwischen den

---

[7] Z. B. Wenn ich gegen N. auf Vollziehung eines Kaufs klage, so muß, wenn meine Klage begründet sein soll, wirklich ein Kauf zwischen uns über die betreffende Sache geschlossen worden sein; wenn ich gegen ihn eine actio ex mutuo auf Zurückzahlung eines Darlehns anstelle, so ist mein Anspruch nur begründet, wenn ich ihm wirklich ein Darlehn gegeben habe.

[8] Vgl. Arndts § 114 Note b. und d.

Parteien schon früher darüber rechtskräftig entschieden worden. Denn in diesen drei letzten Fällen bedarf es keines besonderen Beweises der Thatsachen.

Hier entsteht nun aber die Frage über die Beweislast oder Beweispflicht (das onus probandi, d. h. welcher Partei liegt es ob, die nöthigen Beweise zu führen?), ferner die Frage über das Beweisthema (d. h. was hat die beweispflichtige Partei zu beweisen?). Dies ist (für das Rechtsverhältnis) eine der wichtigsten Fragen; denn, wenn die beweispflichtige Partei nicht die Mittel hat, den ihr obliegenden Beweis zu führen, so muß gegen sie entschieden werden; und so kann man beim besten Rechte den Proceß verlieren, wenn man beweispflichtig ist und die nöthigen Beweismittel nicht hat[9]. Über die Beweislast gilt im Wesentlichen Folgendes:

1) Der Kläger hat diejenigen Thatsachen zu beweisen, die er nach Nr. I 2 zur Begründung seines Rechts anzuführen hat (welche also zur Erwerbung und Verfolgbarkeit des von ihm geforderten Rechtes erforderlich waren), somit seinen Klaggrund bilden (vergl. unten Nr. 3). Kann er diesen Beweis nicht führen, so ist er abzuweisen, sollte auch der Beklagte zu seinen Gunsten gar Nichts vorbringen können[10]. In gleicher Weise muß der Beklagte die Thatsachen beweisen, die zur Begründung seiner Einreden erfordert werden (§ 102).

2) Für die beweispflichtige Partei ist in manchen Fällen der Beweis erleichtert durch eine Rechtsvermuthung (praesumtio iuris). In manchen Fällen nämlich folgert das Gesetz die Wahrheit einer zu erweisenden Thatsache aus einer dritten Thatsache in der Art, daß, wenn die beweispflichtige Partei diese dritte Thatsache beweist, oder der Gegner sie zugesteht, dann die zu beweisende Thatsache als wahr anzunehmen ist, falls nicht der Gegner ihre Unwahrheit nachweisen kann[11].

3) Der Kläger hat (nach Nr. 1) die Thatsachen, welche zur Be-

---

[9] Über die Beweismittel (Arndts § 115) gehört das Nähere in den Proceß.

[10] D. de probat. 22, 3 l. 21 a. E.; l. 23. 24; Cod. e. t. 4, 19 cst. 6. 23; C. de R. V. 3, 32 cst. 28; C. de edend. 2, 1 cst. 4 a. E. — [Über die Wirkung des Versäumnisurtheiles s. Civilproceßordnung v. 30. Januar 1877 § 296.]

[11] Näheres hierüber und über die Verschiedenheit zwischen den praesumtiones iuris im engern Sinn, den widerlegbaren Rechtsvermuthungen und den sog. praesumtiones iuris et de iure, den unwiderlegbaren und über den Unterschied der praesumtiones von den fictiones s. in Beilage I. Vgl. auch Hugo Burkard Die civilistischen Präsumtionen (1866) S. 193 f.

gründung seiner Klage erfordert werden, in der Klage genau anzuführen und sie, so weit der Beklagte sie verneint, zu beweisen. Es giebt aber gewisse Thatsachen, die zwar an sich zur Begründung des betreffenden Rechts erfordert werden, deren Beweis aber das Gesetz von der beweispflichtigen Partei nicht verlangt, sondern deren Dasein es als vorhanden voraussetzt oder annimmt, außer es könnte der Gegner das Gegentheil beweisen. Solche Thatsachen sind daher gar nicht als Theil des Klaggrundes zu behandeln; der Kläger hat sie nicht besonders anzuführen und zu beweisen, weil das Gesetz sie im Zweifel als vorhanden voraussetzt. Wenn daher der Beklagte das Gegentheil behauptet, also das Recht des Klägers aus dem Grunde leugnet, weil es an einer solchen Thatsache fehle: so gilt dies dann nicht als ein Leugnen des Klaggrundes, nicht als eine litiscontestatio negativa, sondern es ist eine besondere Einrede gegen die Klage, die der Beklagte anzuführen und zu beweisen hat[12].

Beilage I. Vermuthung, praesumtio, überhaupt ist der Schluß aus einer erwiesenen oder zugestandenen Thatsache auf die Wahrheit einer zu erweisenden. Sie ist eine bloße faktische (sog. praesumtio facti s. hominis, häufig auch einfache oder richterliche genannt), wenn und so weit man nach der Erfahrung und nach allgemeinen logischen Gründen aus dem Dasein einer erwiesenen Thatsache auf die andere zu beweisende schließen kann. Meist wird es hier der Fall sein, daß der Zusammenhang dieser Thatsachen bloß ein solcher ist, vermöge dessen die zu erweisende Thatsache nur als eine mehr oder minder wahrscheinliche erscheint, und dann giebt natürlich die praesumtio facti noch keinen vollen Beweis. Mit Unrecht aber beschränken Viele

[12] Z. B. das Gesetz nimmt im Zweifel bis zum Beweis des Gegentheils an, daß man in bona fide sei; wenn ich daher eine Sache vom Besitzer vindicire und um mein Eigenthum zu begründen, anführe, daß ich die Sache vor längerer Zeit iusto titulo erworben und sie die ordentliche Verjährungszeit hindurch im Besitz gehabt habe, so muß ich diese Thatsache als Fundament meiner Eigenthumsklage beweisen. Kann ich sie beweisen, so habe ich das mir Obliegende bewiesen. Zwar wird zur Ersitzung auch noch erfordert, daß ich in bona fide war, allein dies habe ich nicht anzuführen und nicht zu beweisen, da das Gesetz die bona fides bis zum Beweise des Gegentheils als vorhanden annimmt. Es ist daher Sache des Beklagten, wenn er die Verurtheilung abwenden will, einredeweise sich darauf zu berufen, daß ich in mala fide gewesen sei, und diese Einrede zu beweisen. — Ferner: das Gesetz nimmt (bis zum Beweise des Gegentheils) an, daß, wenn nachgewiesen wird, ein Recht sei entstanden, es auch jetzt noch existire. Wenn ich daher gegen Jemand auf Bezahlung einer Forderung klage, so habe ich bloß die Thatsachen anzuführen, aus welchen sich ergiebt, daß ich die Forderung gegen ihn erworben habe; leugnet er diese Thatsachen, so habe ich sie zu beweisen; ich habe aber nicht auch noch zu beweisen, daß er mir den Gegenstand der Forderung noch schuldig sei; denn dies nimmt das Gesetz bis zum Beweis des Gegentheils stets an. Wenn daher der Beklagte sich darauf beruft, meine Forderung sei erloschen, z. B. er habe sie längst bezahlt, so ist dies eine Einrede, welche er zu beweisen hat.

Näheres über alles Dieses s. in Beilage II.

Viele zählen diese gesetzlichen Annahmen oder Voraussetzungen zu den Präsumtionen oder Rechtsvermuthungen; allein sie sind von diesen ganz wesentlich verschieden, s. Beilage II Nr. I und nun auch Burkard l. c. S. 125 f.

den Begriff der praesumtio facti auf solche Fälle, also auf Schlüsse, die aus einer Thatsache auf die Wahrheit einer zu beweisenden nicht mit voller Sicherheit gezogen werden können; so auch Arndts § 114 a. E. Allein es kann doch auch der Fall sein, daß eine erwiesene Thatsache zu einem stringenten Schlusse auf die Wahrheit der zu beweisenden führt, also aus ihr schon nach allgemeinen logischen Regeln die Wahrheit der zu beweisenden Thatsache anzunehmen ist, worüber natürlich dem Richter das Urtheil zusteht; s. z. B. D. de adq. her. 29, 2 l. 88 vergl. mit l. 20 pr.

Es giebt aber auch Fälle, in welchen vermöge einer Vorschrift des positiven Rechts die Wahrheit einer zu beweisenden Thatsache auf den Grund einer anderweit bewiesenen oder zugestandenen Thatsache anzunehmen ist, also jene Thatsache durch das Gesetz vermuthet wird, rechtliche oder gesetzliche Vermuthung, Rechtsvermuthung, sog. praesumtio iuris. Bei diesen rechtlichen Vermuthungen ist Folgendes zu beachten:

I. Sie befreien nicht von der Beweislast, sondern erleichtern sie nur. Denn die Rechtsvermuthung ist ein Schluß, den das Gesetz aus einer dritten Thatsache, wenn diese erwiesen werden kann, auf die zu beweisende Thatsache zieht; wer daher die Thatsache, welche das Fundament seiner Klage oder Einrede bildet, zu beweisen hat, wird, wenn für diese Thatsache eine Rechtsvermuthung spricht, nicht von der Beweispflicht frei, nur kann er ihren Beweis durch den Nachweis jener dritten Thatsache führen. Es ist daher auch bei der Rechtsvermuthung stets eine Thatsache zu beweisen, aber nicht die Thatsache, welche das Fundament des Anspruchs bildet, sondern die Thatsache, welche das Fundament der Präsumtion bildet. Wenn z. B. der Kläger seinen Anspruch darauf stützt, daß der Sohn des X., welcher zugestandener oder erwiesener Maßen mit seinem Vater in einer gemeinsamen Gefahr umkam, in dieser Gefahr erst nach seinem Vater gestorben sei: so muß er diese Thatsache als Fundament seiner Klage beweisen; aber diesen Beweis kann er schon dadurch führen, daß er nachweist, der Sohn des X. sei pubes gewesen, indem das Gesetz präsumirt, daß in einer solchen Gefahr der mündige Sohn erst nach dem Vater gestorben sei; D. de reb. dub. 34, 5 l. 9 § 4, de pact. dot. 23, 4 l. 26 pr.

II. Überhaupt ändert die Thatsache, welche Fundament eines Anspruchs ist, diese ihre Natur nicht dadurch, daß sie vom Gesetze in Folge einer anderweiten Thatsache präsumirt wird. Der Kläger hat sie also als Theil seines Klaggrundes an- und auszuführen, und zieht sie der Beklagte in Abrede: so ist dies nicht eine Einrede, sondern eine sog. litiscontestatio negativa. Der Kläger hat sie dann zu beweisen; aber diesen Beweis führt er eben durch den Nachweis jener anderweiten Thatsache, weil aus der Existenz der Letzteren das Gesetz den Schluß auf die Existenz der Thatsache, die das Fundament des Anspruchs bildet, zieht.

III. Gegen eine Rechtsvermuthung steht

1) in der Regel dem Gegner der Gegenbeweis offen (praesumtio cedit veritati); ihr Inhalt ist nur als wahr anzunehmen, so fern nicht der Gegner das Gegentheil, d. h. daß die präsumirte Thatsache sich doch nicht auf die vom Gesetze vermuthete Weise in Wirklichkeit verhalte, nachweisen kann; l. 9 § 4 cit. Die Rechtsvermuthungen, die einen solchen Gegenbeweis zulassen, sind praesumtiones iuris im engeren Sinne oder praesumtiones iuris schlechtweg; Manche nennen sie einfache Rechtsvermuthungen, besser bezeichnet man sie durch widerlegbare; Mein Württemb. Privatr. II (1851) S. 449.

2) Es giebt einige Rechtsvermuthungen, welche die besondere Natur haben, daß gar kein Gegenbeweis gegen sie zulässig, somit ihr Inhalt unbedingt als wahr anzunehmen ist, sollte auch das Gegentheil nachweisbar sein; sog. praesumtiones iuris et de iure, besser unwiderlegbare. Solcher Fälle giebt es aber nur wenige, vgl. z. B. X. de sponsal. 4, 1 cap. 39 (ein unpraktischer Fall, daß nämlich, wenn der Bräutigam mit der Braut konkumbirt, unbedingt anzunehmen sei, er habe sie heirathen wollen und eben damit die Ehe

geschlossen) in 6to de appell. 2, 15 cap. 6. In unseren Partikularrechten kommen solche Rechtsvermuthungen weit häufiger vor.

Diese unwiderlegbaren Rechtsvermuthungen darf man aber nicht, wie es von Manchen geschieht, mit den Fiktionen verwechseln; denn diese sind etwas ganz Anderes. Bei der unwiderlegbaren Rechtsvermuthung geht das Gesetz davon aus, daß die Sache sich wirklich so verhalte, schließt aber den Gegenbeweis aus, bald weil es das Gegentheil nicht für möglich hält, bald aus anderen namentlich rechtspolizeilichen Gründen. Gesetzliche Fiktion aber ist, wenn das Gesetz einen Umstand als wirklich annimmt, von dem gewiß ist, daß er in der That gar nicht existirt, z. B. ficti possessores sind solche, von denen gewiß ist, daß sie nicht besitzen, die aber das Gesetz so behandelt, als ob sie besäßen; die Einführung der Publiciana actio wurde durch die Fiktion einer Usukapion vermittelt, von dem, qui nondum usucepit, fingitur usucepisse I. de act. 4, 6 § 4 Gaius Inst. IV, 36; der Eintritt einer Bedingung ist in den Fällen der Beilage zu § 77 ein fingirter ꝛc. Besonders häufig waren solche Fiktionen im älteren römischen Recht, um dadurch die Ausdehnung einer gesetzlichen Bestimmung auf Fälle zu vermitteln, auf welche das Gesetz an sich nicht anwendbar war, weil in ihnen ein Moment fehlte, welches das Gesetz erforderte; man half dann durch eine Fiktion des Moments, um das Gesetz auch auf solche Fälle anwenden zu können; Gaius Inst. IV § 34—38. Keller Röm. Civilproc. § 31. Es bildeten in solchen Fällen die Fiktionen ein zweckmäßiges Mittel, um in der Ausbildung des Rechts mit möglichster Bestimmtheit und Stetigkeit zu verfahren, indem durch sie ein neuer Rechtssatz (die Erstreckung der gesetzlichen Bestimmung auf Fälle, welche die vom Gesetze vorausgesetzten Requisite nicht vollständig an sich trugen) unmittelbar an eine alte bestehende Rechtsnorm angeknüpft und dadurch der Zusammenhang des Neuen mit dem Alten festgehalten wurde; s. besonders Savigny Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung S. 32 ff. Über die Fiktionen ist auch noch zu vergleichen Gust. Demelius Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen Bedeutung, Weimar 1858 und Derselbe in den Jahrbüchern für Dogmatik des Rechts IV S. 144 ff.

Beilage II. Meist (auch von Arndts § 14 a. E., und früher von Mir in Meinem Württemb. Privatrecht II S. 450) werden zu den Rechtsvermuthungen eine Reihe sehr wichtiger Fälle gerechnet, welche von ihnen wesentlich verschieden sind. Man bezeichnet diese Fälle wohl am geeignetsten durch gesetzliche Annahmen oder Voraussetzungen gewisser Thatsachen. Es giebt nämlich gewisse Thatsachen, welche an und für sich zur Entstehung eines Rechts oder zu seiner derzeitigen Verfolgbarkeit wesentlich sind, die aber das positive Recht, theils vom Regelmäßigen, durchaus Gewöhnlichen ausgehend, theils um die Rechtsverfolgung überhaupt zu ermöglichen, im Zweifel als vorhanden annimmt, so daß sie also, so weit sie für einen Anspruch wesentlich sind, von Demjenigen, der den Anspruch erhebt, nicht anzuführen und zu beweisen sind. Diese gesetzlichen Annahmen

I. unterscheiden sich also in dem in Beilage I Nr. I, II Gesagten wesentlich von der praesumtio iuris; denn 1) sie befreien völlig von der Beweislast der betreffenden Thatsache; Derjenige, dessen Anspruch durch sie bedingt ist, hat sie nicht als Grundlage seines Anspruchs besonders beizubringen und auszuführen; sie bilden also bei einer erhobenen Klage formell gar nicht Theile des processualischen Klagfundaments, eben weil der Kläger sich nicht auf sie als solche zu berufen und sie nicht zu beweisen hat; ebenso bilden sie bei einer vorgeschützten Einrede formell nicht einen Theil des Fundaments der Einrede; der Beklagte, wenn sie auch materiell zur Grundlage seiner Einrede gehören, hat sie nicht anzuführen und zu erweisen; 2) leugnet daher der Gegner das Dasein einer solchen gesetzlichen Annahme oder Voraussetzung: so ist dies nicht als ein Leugnen eines Theils des Klaggrundes, nicht als eine sog. litiscontestatio negativa, sondern als eine selbständige Behauptung zu behandeln, in Beziehung auf welche die Beweislast ihm obliegt. Eine solche Annahme ist also nicht eine

unbedingte und unwiderlegbare, vielmehr ist der Nachweis ihres Gegentheils zulässig, und dies war wohl die Veranlassung, daß man sie gewöhnlich noch unter die Rechtsvermuthungen stellte. Allein sie sind eben darin wesentlich von denselben verschieden, daß der Gegner ihr Gegentheil als selbständige Behauptung, also wenn sie gegen eine Klage vorgebracht werden, als Einrede (es sind nach den Umständen Einreden des nicht entstandenen oder des wieder erloschenen Rechts, von manchen Neueren minder genau durch rechtsverhindernde und rechtsvernichtende Einreden bezeichnet), wenn sie gegen eine Einrede vorgebracht werden, als Replik beibringen und beweisen muß und dabei der anderen Partie der direkte Gegenbeweis zusteht. In diesem Resultate herrscht unter den Schriftstellern meist Übereinstimmung, weit mehr, als es den Anschein hat (nur daß von einzelnen Fällen bestritten ist, ob sie hierher gehören), in der formellen Auffassung aber und in Bezeichnung und Begründung der Sache gehen die Ansichten sehr auseinander.

II. Solche gesetzliche Annahmen oder Voraussetzungen allgemeiner Natur sind:

1) Die Redlichkeit wird stets angenommen; so weit daher guter Glaube (bona fides) Grundlage und Bedingung eines Rechtserwerbs ist, wie bei der Ersitzung, hat Derjenige, welcher das Recht geltend macht, ihn nicht besonders anzuführen und zu beweisen; vielmehr ist, wenn der Gegner durch Verneinung des guten Glaubens oder durch Behauptung der mala fides oder des dolus das in Anspruch genommene Recht leugnet, dies eine Einrede (beziehungsweise Replik), welche er zu beweisen hat; vgl. auch C. de evict. 8, 45 cst. 30, de R. V. 3, 32 cst. 17; 6to de R. I. 5, 12 cap. 47. — Zwar wird dies von Einzelnen bestritten; es war aber schon von der Glosse an die herrschende Ansicht und ist es auch in unserer Zeit sowohl in der Theorie, als in der Praxis.

2) Die Unmangelhaftigkeit und regelmäßige Beschaffenheit der erwiesenen oder zugestandenen juristischen Thatsachen, von welchen die Rechtserwerbung unmittelbar abhängt, die Abwesenheit besonderer Mängel, Anomalieen und Hindernisse der Rechtserwerbung wird stets vom Gesetz vorausgesetzt, vgl. A. D. Weber Verbindlichkeit zur Beweisführung. 3. Ausgabe besorgt von Heffter S. 218 f., v. Bethmann-Hollweg Versuche über einzelne Theile des Civilprocesses 1827 S. 349—360, v. Savigny Syst. V S. 154 f., Unger Östreich. Privatrecht II § 123 S. 454 f. — Nimmt Jemand ein konkretes Recht in Anspruch: so muß er die Existenz dieses Rechtes beweisen, also nachweisen, daß die besonderen zur Erwerbung dieses Rechtes wesentlichen Thatsachen für ihn eingetreten seien (D. de probat. 22, 3 l. 23 C. de probat. 4, 19 cst. 12), somit auch, wenn eine bestimmte Form zu ihrer Gültigkeit erfordert wird, daß diese Form beobachtet worden sei; kann er aber Dieses beweisen oder wird es ihm vom Gegner zugestanden: so kann es doch der Fall sein, daß diese Thatsachen, welche äußerlich in einer untadelhaften Weise sich verwirklichten, aus dem Grunde nichtig, somit juristisch wirkungslos waren und zur Erwerbung des Rechts nicht führen konnten, weil besondere Hindernisse oder Mängel vorlagen, die eine anomale Störung des regelmäßigen Verhältnisses bilden. Gegen solche Mängel nun streitet die gesetzliche Annahme; die Partie daher, welche die Rechtserwerbung behauptet, hat nicht auch die Abwesenheit solcher Mängel oder das Dasein ihres Gegensatzes an- und auszuführen und zu beweisen, sondern es ist Obliegenheit der Partie, von welcher aus einem solchen Grunde das Recht bestritten wird, das Dasein solcher Mängel zu beweisen; z. B. wenn ich gegen den A. auf Erfüllung eines Kaufes oder eines Schenkungsvertrages klage: so habe ich bloß zu beweisen, was, abgesehen von besonderen anomalen Störungen, zur Entstehung meines Rechtes an sich nöthig ist, also daß der Kauf, die Schenkung über den näher zu bezeichnenden Gegenstand wirklich zwischen uns geschlossen, und wenn die Schenkung 500 Dukaten übersteigt, daß sie gerichtlich insinuirt worden sei; kann ich Dieses beweisen oder wird es vom Beklagten zugestanden, Dieser beruft sich aber darauf, es sei der Vertrag bloß zum Scheine oder aus Scherz geschlossen worden, oder er habe sich in einem wesentlichen Irrthum befunden, wegen dessen der Vertrag nichtig sei, oder er sei zur Zeit des Ab-

schlusses willensunfähig oder sonst verpflichtungsunfähig, z. B. minderjährig gewesen: so ist Dieses eine gegen die Entstehung des Rechts gerichtete Einrede, welche er beweisen muß; C. de probat. cst. 18, 9 D. de probat. l. 5 § 1 l. 19 § 2. Ferner: Wenn ich mein Recht auf einen mit einem Minderjährigen geschlossenen Kauf stütze: so muß ich nicht bloß den geschehenen Abschluß des Kaufes beweisen, sondern auch noch, daß der Vormund des Minderjährigen seine Zustimmung gegeben und das nöthige decretum magistratus ertheilt worden sei, arg. D. de Publ. act 6, 2 l. 13 § 2; wendet aber der Gegner ein, das Dekret sei vom Vormund durch unwahre Berichte erschlichen worden oder bei der Veräußerung seien sonst Unregelmäßigkeiten vorgefallen, die Veräußerung sei deßhalb nichtig: so muß er diese Einrede des nicht entstandenen Rechts beweisen; D. de reb. eor. 27, 9 l. 1 § 2 i. b. W. si postea potuerit probari, obreptum esse, l. 5 § 15, C. de praed. minor. 5, 71 cst. 5, si quis ign. 5, 73 cst. 2. Ferner: Wer aus einem Testamente ein Recht (Erbschaft, Vermächtnis) in Anspruch nimmt, muß ein vom Erblasser herrührendes, in der gehörigen äußeren Form errichtetes Testament nachweisen; behauptet aber der Gegner, das Testament sei nichtig, weil der Erblasser nicht die Fähigkeit gehabt habe, ein Testament zu errichten oder weil ein Notherbe darin übergangen worden sei: so ist dieses Vorbringen eine von ihm zu beweisende Einrede, weil das Gesetz im Übrigen die Unmangelhaftigkeit eines äußerlich untadelhaften Testaments voraussetzt; C. de codicill. 6, 36 cst. 5, de prob. 4, 19 cst. 11. Ferner: Wenn eine Partie sich auf Verjährung stützt, ihr Gegner aber einwendet, die Verjährung habe nicht eintreten können, weil während ihres Laufes eine Unterbrechung oder Sistirung derselben eingetreten sei oder weil der Gegenstand der betreffenden Verjährung entzogen (z. B. res furtiva) sei: so muß der Letztere solche Irregularitäten beweisen.

3) Dasjenige, was mit einem Rechte oder Rechtsverhältnisse seiner Natur nach im Zweifel und in der Regel verbunden ist, wird bei dem Rechte oder Rechtsverhältnisse als vorhanden vorausgesetzt. — Hat z. B. die Partie nachgewiesen, daß sie ein Recht erworben habe: so ist anzunehmen, daß ihr das Recht in der in seiner regelmäßigen Natur liegenden Unbeschränktheit und Vollständigkeit zukomme; beruft sich daher der Gegner darauf, daß jenes Recht ein bloß beschränktes, unvollkommenes sei: so muß er Dieses als Einrede beweisen, D. de prob. 22, 3 l. 9, 17. Hat ferner die Partie die Thatsachen erwiesen, aus denen sich ergiebt, daß das Rechtsgeschäft, aus dem ihr Recht folgt, geschlossen worden sei, der Gegner behauptet aber, die sog. Naturalia des Geschäfts seien geändert oder modificirt worden, z. B. das Geschäft sei bloß unter einer Bedingung eingegangen: so muß er Dieses beweisen. Wenn daher z. B. der Kläger aus einem Schenkungsvertrage auf Erfüllung klagt, der Beklagte aber ihn durch die Behauptung abweisen will, der Vertrag sei bloß unter einer Suspensivbedingung oder unter einer Befristung geschlossen worden: so kommt es zunächst darauf an, ob der Kläger beweisen kann, daß der Schenkungsvertrag so, wie er es behauptet, zwischen ihm und dem Beklagten geschlossen worden sei; kann er Dieses beweisen, z. B. bringt er eine Schrift bei, in welcher der Beklagte bekennt, ihm aus einer Schenkung 100 M. zu schulden, oder zwei Zeugen, welche bezeugen, daß in ihrer Gegenwart der Beklagte dem Kläger ein Geschenk von 100 M. zugesagt und der Kläger die Zusage angenommen habe (ohne daß sie in ihrer Aussage einer Bedingung oder Befristung erwähnen): so ist anzunehmen, daß das Versprechen unbedingt und unbefristet gegeben worden sei, und liegt daher die Beweislast für das Gegentheil auf dem Beklagten. — Anders aber gestaltet sich die Frage, wenn der Kläger keine solche Beweismittel hat und daher den Beweis des abgeschlossenen Geschäfts lediglich durch das Geständnis des Beklagten führen will, dieser aber nur ein suspensiv bedingtes oder ein befristetes Geschäft eingegangen zu haben gestand. Hier fragt es sich a. ob die in einem solchen beschränkten (sog. qualificirten) Geständnisse behaupteten Thatsachen sich trennen lassen, d. h. ob man sagen kann, der Abschluß des Geschäfts an sich sei vom Beklagten zugegeben worden, der Kläger habe denselben also nicht weiter

zu beweisen, die vom Beklagten behauptete besondere Beschränkung aber habe Dieser, wenn er mit derselben gehört werden solle, nachzuweisen, oder b. ob in solchen Fällen die vom Beklagten behauptete Thatsache (Eingehung eines suspensiv bedingten oder eines befristeten Geschäfts) untrennbar sei, der Kläger also den ihm obliegenden Beweis nicht durch das qualificirte Geständnis des Beklagten führen könne, sondern um mit seiner Klage durchzudringen, auf andere Weise den Abschluß des Vertrags so, wie er ihn behauptete, nachweisen müsse. Diese in den Proceß gehörige Frage über Trennbarkeit eines solchen qualificirten Geständnisses ist sehr bestritten und auch die Praxis der verschiedenen Gerichte beantwortet sie, wie die vielen Urtheile, welche in Seufferts Archiv über diesen Gegenstand enthalten sind, zeigen, sehr verschieden. Namentlich wird die Trennbarkeit, also das unter a. Gesagte, vertheidigt von Bethmann-Hollweg Versuche ꝛc. S. 354, G. A. Schmidt die gemischten Einreden 1839 S. 54—67, Kierulff Civilrecht S. 299 in der Note, Puchta Pandekten Lehrbuch und Vorlesungen § 97, (Wunderlich) Rechtssprüche der Fakultät zu Rostock 1846 S. 4 f., Savigny Syst. V S. 155, Einert in der Sächsischen Zeitschrift für Rechtspflege ꝛc. N. F. IX S. 193 f., Siebenhaar in derselben Zeitschrift X S. 1 f., J. E. Kuntze in derselben Zeitschrift XI S. 208 f., Schenck in den Blättern für Rechtspflege in Thüringen IX S. 194 f. (vergl. auch daselbst S. 212 f. und X S. 223 f.). — Dagegen wird die Nichttrennbarkeit, also das unter b. Gesagte, namentlich vertheidigt von A. D. Weber Verbindlichkeit zur Beweisführung, 2. Ausgabe v. Heffter VI § 42, 43 S. 295 f., Buchka und Budde Entscheidung des OAG zu Rostock II S. 15 f., R. Schneider in der angeführten Sächsischen Zeitschrift für Rechtspflege IX S. 1 f., S. 399 f., X S. 299 f., S. 397 f., die angeführten Blätter für Rechtspflege in Thüringen V S. 3 f. (Erkenntnis der Fakultät zu Greifswald), Wetzell Civilproceß § 19 bei Note 12 und 13, O. Schoenemann in der Gießener Zeitschrift für Civilrecht und Proceß N. F. XIX S. 243 f., Pöschmann in den Annalen des Sächsischen OAG, V S. 249 f., Unger Östreich. Privatrecht § 129 Anm., Arndts in der Münchener kritischen Vierteljahrsschrift V S. 13 f., Windscheid Pandekten § 86 Note 4 § 96 Note 2. Nur unterscheiden einige von den eben Angeführten in der Art, daß sie, wie z. B. Unger a. O. und § 83 Note 3, Wetzell a. O. und Schneider a. a. O. die Untrennbarkeit nur bei der Suspensivbedingung, die Trennbarkeit dagegen bei der Befristung behaupten.

4) Die Fortdauer eines Rechts, sein noch gegenwärtiges Dasein wird vorausgesetzt. — Denn diese Fortdauer, die gegenwärtige Existenz eines früher entstandenen Rechts und Rechtsverhältnisses, ist etwas Ideelles, äußerlich nicht Wahrnehmbares und wie Savigny (Besitz § 55 S. 389 der 7. Ausgabe) richtig sagt, absolut unerweislich; sie muß als natürliche Folge der Entstehung des Rechts stets in dem oben entwickelten Sinne vorausgesetzt werden; s. auch Bethmann-Hollweg a. O. S. 346, 347. Wer daher ein Recht in Anspruch nimmt, hat nur zu beweisen, daß er das Recht irgend einmal erworben habe, nicht aber auch daß es noch existire und ihm gegenwärtig zukomme: vielmehr ist es Sache des Gegners, welcher die gegenwärtige Existenz des Rechts in Abrede ziehen zu können vermeint, Dieses als Einrede (beziehungsweise Replik) vorzubringen und die Behauptung, daß das Recht erloschen oder verloren worden sei, zu beweisen. Dies ist allgemein zugegeben. Deßhalb legen unsere Quellen Dem, der ein Recht in Anspruch nimmt, nur den Nachweis der Thatsachen auf, aus welchen die Erwerbung des Rechts folgt, nicht auch den Beweis, daß sein Recht ein noch existirendes sei; C. de prob. 4, 19 cst. 12 D. eod. l. 23. Wenn ich daher z. B. meine Sache vom dritten Besitzer mit der Eigenthumsklage herausfordere: so habe ich nur zu beweisen, daß ich irgend einmal, wenn auch vor noch so langer Zeit, das Eigenthum der Sache erworben habe, cst. 12 cit.; denn dann ist vorauszusetzen, daß ich auch jetzt noch Eigenthümer sei; leugnet der Beklagte, daß ich jetzt noch Eigenthümer sei: so muß er dieses Leugnen beweisen, also nachweisen, daß eine Thatsache vorgefallen sei,

durch welche ich mein Eigenthum an der Sache verloren habe, C. l. c. cst. 16 a. E. C. de R. V. 3, 32 cst. 9. Ferner: wer aus einem obligatorischen Rechtsverhältnisse klagt, hat nur zu beweisen, daß es zwischen ihm und dem Beklagten begründet wurde (Nr. 2, also auch, falls es nicht in ihrer Person entstand, daß sie in Dasselbe eingetreten seien); seine noch gegenwärtige Existenz wird vorausgesetzt; beweist Jenes der Kläger oder gesteht es der Beklagte zu, der Letztere behauptet aber, daß die durch das Rechtsverhältnis entstandene Obligation später durch Zahlung getilgt worden sei oder daß ein Zufall ihm die Leistung unmöglich gemacht und ihn daher von seiner Verbindlichkeit befreit habe: so sind dies Einreden (des erloschenen Rechts), welche er zu beweisen hat; C. de probat. cst. 1, de solut. 8, 43 cst. 25, D. de prob. l. 12 in den Worten nam si creditum ꝛc. l. 22 und § 87 Beilage II Nr. II.

5) Aus dem Grundsatze unter Nr. 4 beantwortet sich auch die bestrittene Frage, wen die Beweislast treffe, wenn die rechtlichen Folgen der Nichterfüllung einer Obligation geltend gemacht werden, z. B. wenn auf Zahlung einer durch Nichterfüllung des Zugesagten verwirkten Konventionalstrafe geklagt oder die Privation eines Emphyteutrechts wegen Nichtzahlung des Kanons oder Nichtentrichtung der auf dem Gute haftenden Abgaben (Arndts § 199) oder ein pactum commissorium wegen versäumter Erfüllung oder sonst die Folgen einer mora geltend gemacht werden. In allen diesen Fällen hat die Partie, welche die genannten Folgen zu ihren Gunsten geltend macht, nicht auszuführen und zu beweisen, daß die Erfüllung nicht oder nicht gehörig geschehen sei; vielmehr ist es Sache derjenigen Partie, welche diese Folgen von sich abwenden will, nachzuweisen, daß von ihr in gehöriger Weise erfüllt oder sie durch andere besondere Gründe von ihrer Verbindlichkeit befreit worden sei. Wer daher z. B. wegen Verzugs seines Schuldners gegen denselben auf Ersatz seines Interesses klagt, hat in Beziehung auf den Verzug bloß die geschehene Mahnung oder eines der anderen einen Verzug an sich begründenden Momente (also, wenn man den Grundsatz: dies interpellat pro homine anerkennt, den Ablauf der bestimmten Zeit) zu beweisen, nicht aber auch, daß der Schuldner nicht zur rechten Zeit erfüllt habe; auch hat er nicht die Abwesenheit solcher Momente, durch welche die Verzögerung der Erfüllung entschuldigt würde, nachzuweisen; vielmehr ist es Sache des Schuldners, um die Folgen des Verzugs von sich abzuwenden, den Beweis zu führen, daß er zur rechten Zeit erfüllt habe, oder daß ihm ein die verzögerte Erfüllung entschuldigendes Moment zur Seite stehe; vergl. auch D. de usur. 22, 1 l. 32 pr. § 1, de prob. 22, 3 l. 19 § 1.

Die Vertheidigung.

§ 102.

(Arndts § 101.)

Ein Beklagter kann möglicher Weise auf sehr verschiedene Art sich gegen die Klage vertheidigen. Diese Möglichkeiten sind folgende:

I. Er kann in Abrede ziehen, daß die Klage rechtlich begründet sei, also

1) behaupten, der Klage fehle es an den in § 101 Nr. I 1 angeführten rechtlichen Erfordernissen, sie sei also unstatthaft, oder

2) behaupten, daß die Thatsachen, auf welche der Kläger sein Recht stütze, solche seien, aus denen nach den Gesetzen das in Anspruch

genommene Recht gar nicht entspringen könne, daß also, auch wenn diese Thatsachen wahr wären, aus der Klage, wie sie angebracht sei, das klägerische Recht sich gar nicht ergebe, die Klage also nicht schlüssig sei (§ 101 Nr. I 2).

Über solche Behauptungen des Beklagten hat der Richter nach seiner Rechtskenntnis zu entscheiden (vergl. § 101 Lit. A); findet er, daß die Klage unstatthaft ist (Nr. 1), so hat er sie schlechterdings abzuweisen; findet er, daß sie nicht schlüssig ist (Nr. 2), so muß er sie „angebrachter Maßen" abweisen; im letzteren Falle steht dann dem Kläger frei, eine neue schlüssig gefaßte Klage einzureichen.

II. Ist die Klage von der rechtlichen Seite an sich in Ordnung, ist sie also statthaft und schlüssig, so kann der Beklagte

A. zunächst sich verneinend einlassen (sog. L. C. negativa, Leugnen des Klaggrundes, § 100 Nr. II C), d. h. er leugnet ganz oder theilweise, daß die Thatsachen, auf welche Kläger seine Klage zu stützen hatte, wirklich vorgefallen seien [1].

B. Der Beklagte kann aber auch Einreden vorbringen. Sollten nämlich auch die Thatsachen, so weit sie zur Klagbegründung an sich erfordert werden und vom Kläger zu beweisen sind, wirklich vorgefallen sein, der Kläger also sie beweisen können oder der Beklagte sie nicht leugnen, so ist es doch möglich, daß sich der Beklagte durch Einreden im weiteren Sinn schützen kann, d. h. durch Berufung auf solche Thatsachen, aus denen hervorgehen würde, daß die an sich begründete Klage dennoch gegen ihn ganz oder theilweise unzulässig ist. Die Einreden im weiteren Sinn zerfallen in folgende Klassen:

1) Einreden des nicht existirenden Rechts des Klägers, rechtsverneinende Einreden [2]. Wenn der Beklagte die Existenz des Rechts des Klägers leugnet, indem er die Thatsachen (oder eine derselben) in Abrede zieht, die zur Begründung des klägerischen Rechts erfordert werden, also dadurch behauptet, das Recht des Klägers existire nicht,

---

[1] Z. B. ich verklage den N. auf Zurückzahlung eines Darlehns, das ich ihm gegeben habe; er leugnet, ein Darlehn von mir bekommen zu haben; oder ich belange den N. auf Herausgabe meiner Sache mit der rei vindicatio, indem ich anführe, die Sache gehöre mir, da ich sie von O. geschenkt und tradirt bekommen hatte, und dieser damals Eigenthümer der Sache gewesen sei; der Beklagte leugnet aber die beiden letzteren Thatsachen. In solchen Fällen muß eben der Kläger diese geleugneten Thatsachen beweisen, weil sie zur Begründung seiner Klage gehören, s. § 101 Lit. B. Kann er sie nicht beweisen, so verliert er eben den Proceß.

[2] Von Vielen minder passend „processualische" Einreden genannt. — Vergl. Mein Württemb. Privatrecht II § 69.

so ist dies in der Regel nicht eine Einrede, sondern eben ein Leugnen des Klagegrunds (sog. litiscontestatio negativa); der Kläger muß nun eben die geleugnete Thatsache beweisen (Lit. A). Es giebt aber Fälle, in denen die Behauptung (des Beklagten), das eingeklagte Recht existire nicht[3], eine wahre Einrede ist und daher vom Beklagten angeführt und bewiesen werden muß, nämlich wenn dem Kläger eine der in § 101 Lit. B Nr. 3 angeführten gesetzlichen Voraussetzungen oder Annahmen in Beziehung auf die betreffende Thatsache zur Seite steht und der Beklagte deren Vorhandensein leugnet, also das Gegentheil behauptet[4]. Diese Fälle sind:

a. Einreden des nicht entstandenen Rechts[5]. Es giebt nämlich gewisse Unregelmäßigkeiten, durch welche die Entstehung eines Rechts verhindert wird, gegen welche aber die gesetzliche Annahme streitet, d. h. deren Nichtdasein das Gesetz bis zum Beweis des Gegentheils annimmt, somit vom Kläger weder anzuführen noch zu beweisen ist[6]. Wenn nun der Beklagte die Thatsachen, welche vom Kläger zur Begründung seiner Klage anzuführen sind, zwar nicht leugnet (oder sie vom Kläger erwiesen werden können), aber behauptet, es seien Unregelmäßigkeiten jener Art vorhanden gewesen und es habe deßhalb das Recht des Klägers gar nicht entstehen können: so ist dies eine Einrede des Beklagten, die er anzuführen und zu beweisen hat; kann er sie nicht beweisen, so ist gegen ihn zu entscheiden[7].

b. Einreden des wieder erloschenen Rechts[8]. Wenn nämlich der Erwerb des eingeklagten Rechts vom Kläger bewiesen werden kann oder vom Beklagten zugestanden wird, der Beklagte sich aber darauf beruft, Kläger habe später (durch eine später eingetretene Thatsache) sein Recht wieder verloren, dasselbe sei erloschen, es existire also nicht mehr[9], so ist dies ebenfalls eine Einrede, welche der Beklagte anzuführen und zu beweisen hat; denn wenn die Entstehung eines Rechts

[3] Das Leugnen einer zur Existenz des klägerischen Rechts wesentlichen Thatsache oder das Behaupten des Gegentheils.

[4] Vergl. § 101 Beilage II Nr. I.

[5] Von Manchen unpassend bezeichnet als „rechtsverhindernde" Einreden.

[6] Vgl. § 101 Lit. B Nr. 3 und Beilage II Nr. II 1—3.

[7] Vgl. § 101 Lit. B Nr. 3 und Beilage II Nr. I und Nr. II 1—3.

[8] Von Manchen unpassend als „rechtsvernichtende" Einrede bezeichnet. Durch die Einrede wird nicht das Recht vernichtet.

[9] Z. B. die Forderung, welche Kläger anspreche, sei bezahlt worden, oder der vindicirende Kläger sei zwar Eigenthümer der Sache gewesen, habe aber später sein Eigenthum wieder verloren.

erwiesen oder zugestanden ist: so wird die Fortdauer desselben bis zum Beweis des Gegentheils vom Gesetz angenommen; es ist daher nicht Sache des Klägers, diese Fortdauer zu behaupten und zu beweisen, sondern Sache des Beklagten, sich auf die Erlöschung zu berufen und den Erlöschungsgrund nachzuweisen[10].

2) Die römischen exceptiones oder praescriptiones[11] oder die Einreden im engern Sinn[12]. Wenn der Kläger beweisen kann, daß er das eingeklagte Recht erworben habe oder der Beklagte es zugesteht, auch der Beklagte die noch gegenwärtige Existenz des Rechts nicht in Abrede zieht, also keine rechtsverneinenden Einreden (Nr. 1) vorbringt, so ist es doch möglich, daß er sich auf ein besonderes ihm zustehendes Recht berufen kann, wodurch er die an sich begründete Klage dennoch auszuschließen in der Lage ist. Dies sind die römischen exceptiones, die Einreden im engern Sinn, also solche Einwendungen des Beklagten, durch welche er die gegenwärtige Existenz des klägerischen Rechts nicht verneint, aber auf Grund eines besondern ihm zukommenden Rechts die Klage dennoch von sich abwenden kann. Diese exceptiones zerfallen in folgende Kategorieen:

a. Exceptionen, durch welche die Klage nur für eine Zeit abgewendet wird, weil sie zur Zeit oder unter den dermaligen Umständen nicht erhoben werden kann, exceptiones dilatoriae sive temporales, aufschiebende, verzögerliche Einreden[13]. Solche exceptiones dilatoriae muß der Beklagte anführen und beweisen. Beweist er sie oder gesteht sie der Kläger zu, so wird dadurch die Verurtheilung des Beklagten bloß vorläufig abgewendet, die Klage nur zur Zeit abgewiesen, der Kläger kann dann später, wenn der Mangel gehoben ist, von Neuem klagen[14].

---

[10] Vgl. § 101 Lit. B Nr. 3 und ebendas. Beilage II Nr. II 4 und 5.

[11] Vgl. Arndts § 101 Anm. 3. Vgl. Meine Erörterungen II S. 48 f. III S. 15 f. 55 f.

[12] Von Manchen auch „materielle" Einreden genannt. — Je nachdem sie vom ius civile im formellen Sinn (§ 8 Nr. III) oder durch Edikte der magistratus eingeführt wurden, hießen sie civiles oder honorariae.

[13] Z. B. wenn der Beklagte die gegen ihn eingeklagte Schuld zugiebt, aber einwendet, es sei ihm eine Zahlungsfrist eingeräumt worden und diese noch nicht abgelaufen; oder wenn er mit einer actio commodati oder mit einer rei vindicatio auf Herausgabe einer Sache belangt wird und seine Schuld aus dem Kommodat, oder im zweiten Falle das Eigenthum des Klägers nicht in Abrede zieht, aber sich darauf beruft, er habe auf die herauszugebende Sache nothwendigen Aufwand gemacht und könne sie daher so lange retiniren, bis ihm dieser Aufwand ersetzt sei (exceptio retentionis).

[14] D. de except. 44, 1 l. 3; I. de except. 4, 13 § 10. — Anders war dies Letztere zur Zeit des Formularprocesses wegen der processualischen Konsumtion.

b. Exceptionen, durch welche der Anspruch des Klägers und somit auch die Klage für immer abgewendet wird. Sie heißen peremtoriae, zerstörliche Einreden, weil durch sie der Anspruch des Klägers zerstört wird, oder auch perpetuae, weil durch sie der Anspruch für immer abgewiesen wird. Es sind dies Einreden, durch die der Beklagte die Existenz des klägerischen Rechts nicht in Abrede stellt, sich aber darauf beruft, er habe die besondere Befugnis, das Recht des Klägers anzufechten und dadurch umzustoßen; sie finden statt in allen den Fällen, in welchen ein Recht anfechtbar ist (§ 84 Nr. II und § 69 Beilage I Nr. 2), und bilden eines der processualischen Mittel, diese Anfechtbarkeit geltend zu machen und das Recht des Klägers ope exceptionis umzustoßen[15].

3) Über die Exceptionen ist noch zu bemerken:

a. Die Quellen sagen: reus in exceptione actor est. Wenn der Beklagte Exceptionen vorschützt, so muß er die Thatsachen, auf welche sie sich stützen (also sein Anfechtungsrecht), wenn der Kläger sie leugnet, beweisen, so weit sie nicht solche Thatsachen sind, welche das Gesetz (nach § 101 Beilage II Nr. II) als vorhanden annimmt; denn sie bilden das Fundament seiner Exception, welches er so gut beweisen muß, wie der Kläger das Fundament seiner Klage[16].

b. Durch eine (bewiesene oder zugestandene) peremtoria exceptio wird der Anspruch selbst, welchen der Kläger an den Beklagten hat, zerstört und für immer vernichtet[17]. Es kann daher nun der Kläger seinen (zerstörten) Anspruch in keiner Weise mehr gegen den Beklagten und dessen Rechtsnachfolger geltend machen. Doch giebt es von dieser Regel eine Ausnahme; es läßt sich nämlich denken, daß eine exceptio peremtoria eine beschränkte rechtliche Wirkung hat, daß durch sie nicht der klägerische Anspruch selbst, sondern nur das Klage-

[15] Wenn z. B. N. aus einem Kauf gegen mich auf Bezahlung des Kaufpreises klagt und ich den Vertrag und die Größe der Schuld nicht in Abrede ziehe, aber behaupte, er habe mich durch Betrug oder gefährliche Drohungen zum Vertrag bewogen, also die exceptio doli oder exceptio vis vorschütze und deßhalb Freisprechung von meiner Schuld verlange, weil ich den an sich gültigen Vertrag umstoßen kann, oder wenn ich von N. auf Zurückzahlung eines Darlehns von 1000 M. belangt werde und meine Schuld nicht leugne, aber mich darauf berufe, es habe vor Kurzem der Erblasser des N. in seinem Testamente ihm auferlegt, mir ein Legat von 1000 M. zu zahlen, er sei mir also auch 1000 M. schuldig geworden, ich könne somit kompensiren und dadurch sein Recht aus dem Darlehn aufheben (exceptio compensationis. I. de except. 4, 13 § 1—9. Vgl. unten Beilage I Nr. 1. 4).

[16] Vgl. Beilage I Nr. 6.

[17] Vgl. Beilage I Nr. 1. 5.

recht, also das Moment der Klagbarkeit dieses Anspruchs (umgestoßen und) aufgehoben werde, so daß das Recht des Klägers an sich fortbestehen bleibt, aber bloß als ein unklagbares[18] (und er deßhalb nur mit seiner Klage abgewiesen wird). Allein im praktischen gemeinen Recht giebt es nur einen einzigen Fall einer solchen beschränkten Wirkung der exceptio peremtoria, die exceptio SC. Macedoniani[19]. Denn alle übrigen exceptiones peremtoriae haben die vorhin angeführte stärkere Wirkung; sie zerstören den klägerischen Anspruch selbst, nicht bloß seine Klagbarkeit[20].

c. Die Römer bezeichneten die Einreden des nicht existirenden Rechts (Nr. 1) bloß durch allgemeine (nicht technische) Ausdrücke: defensio, negatio u. dergl., niemals aber durch exceptio oder praescriptio[21].

d. Viele Exceptionen haben eine technische Bezeichnung, bald nach der Quelle, durch welche die Anfechtbarkeit des Rechts eingeführt wurde (z. B. exceptio SC. Velleiani); bald nach der Thatsache, auf die sie sich stützt (z. B. exceptio doli, vis et metus, exceptio temporis). In einem weiteren Sinne aber nannten die Römer jede exceptio eine exceptio doli, wenn sie sich auch nicht auf einen eigentlichen dolus stützte, indem sie davon ausgingen, es sei jedenfalls vom Kläger unrecht (und böswillig), wenn er auf einem

---

[18] Vgl. § 103.

[19] S. Beilage I Nr. 2.

[20] S. Beilage I Nr. 3. 4.

[21] Sie sprachen z. B. nie von einer exceptio solutionis oder von einer exceptio casus in den in § 101 Beilage II Nr. 4 a. E. angeführten Fällen. Allein viele Civilisten bezeichnen nicht bloß die eigentlichen römischen exceptiones (oder praescriptiones) peremtoriae (Nr. 2 b), sondern auch die Einreden des nicht existirenden Rechts (Nr. 1) durch »exceptio peremtoria«, zerstörliche Exceptionen und ebenso alle Processualisten, weil zwischen beiden in processualischer Hinsicht und in der Zeit des Vorschützens und der Beweislast kein Unterschied ist; wohl auch, weil zu der Zeit, in welcher man lateinisch zu schreiben pflegte, man das Wort Einrede im weiteren Sinn nicht anders übersetzen zu können glaubte, als durch exceptio. Allein in den materiellen Rechtsgrundsätzen ist zwischen ihnen eine große Verschiedenheit; denn in den Fällen von Nr. 1 handelt es sich von Richtigkeit des Rechts des Klägers; in den Fällen von Nr. 2 b dagegen von bloßer Anfechtbarkeit desselben. Es gelten daher hier in materieller Hinsicht ganz die in § 84 Nr. I—III angeführten Verschiedenheiten, s. auch § 69 Beilage I. Savigny Syst. V S. 226 ff. Arndts § 101 Note b—d und Anm. 1. 2. — Manche Neuere behaupten sogar, daß es schon im neuesten römischen Recht keine eigentlichen exceptiones mehr gegeben habe und auch bei uns keine gebe. Allein dies ist ganz falsch. Nur die formelle Behandlung der exceptiones im Formularproceß fiel im späteren römischen Recht weg; aber materiell blieben und sind auch bei uns die exceptiones ganz praktisch, als Mittel, die Anfechtbarkeit eines Anspruchs geltend zu machen. Vgl. auch Arndts l. c. Anm. 1.

Anspruch beharren würde, gegen welchen eine begründete exceptio vorgeschützt wird. Wir nennen deßhalb die Einrede aus einem wirklichen dolus: exceptio doli specialis und die anderen Exceptionen (auch die dilatorischen), wenn sie keinen besondern technischen Namen haben: exceptio doli generalis[22].

Beilage I. Die exceptiones peremtoriae, zerstörliche Exceptionen im eigentlichen Sinne

1. sind Einreden der Anfechtbarkeit des Anspruchs des Klägers, d. h. der Beklagte beruft sich durch sie auf ein ihm zukommendes besonderes Recht, vermöge dessen er den wenn auch an sich begründeten Anspruch des Klägers ganz oder theilweise anfechten (§ 69 Beilage I Nr. 2) und dadurch umstoßen und beseitigen kann. Da nun ein anfechtbares Recht, wenn der zur Anfechtung Berechtigte von seiner Befugnis wirklich Gebrauch macht, dadurch in der Regel (s. nachher Nr. 2) aufgehoben und vernichtet wird: so haben die peremtorischen Exceptionen in der Regel die Wirkung, daß, wenn sie zu gehöriger Zeit im Processe vorgeschützt werden und der Beklagte ihr Fundament nachweisen kann, dadurch der Anspruch des Klägers, den er gegen den Beklagten hat, somit die Schuld des Beklagten zerstört und beseitigt, also die Schuld des Beklagten zu einer Nichtschuld wird; I. d. except. 4, 13 § 9. Auch versteht es sich von selbst, daß ein Schuldner, welcher den Anspruch des Gläubigers durch eine exceptio peremtoria vernichten kann, im praktischen Erfolge in derselben Lage ist, wie ein Schuldner, der Nichts schuldet (D. d. reg. iur. l. 112 l. 66) und daher, wenn er aus Unbekanntschaft mit der ihm zustehenden Einrede, also in der irrigen Voraussetzung wirksam verpflichtet zu sein, die anfechtbare Schuld zahlt, das Gezahlte mit einer condictio indebiti zurückfordern kann; D. d. condict. indebiti 12, 6 l. 26 § 3, 7.

2. Nur eine peremtorische Exception giebt es im praktischen gemeinen Recht, welche eine andere und zwar weit beschränktere Natur hat, die exceptio SC. Macedoniani. Durch diese Einrede wird nicht das Recht selbst, das der Kläger gegen den Beklagten hat, vernichtet und beseitigt, sondern bloß eine Eigenschaft dieses Rechts, die Klagbarkeit desselben. Es ist nämlich untersagt, einem Hauskinde ohne Zulassen des Hausvaters ein Geldarlehn zu geben; geschieht es doch: so ist zwar das Darlehn an sich gültig und das Hauskind wird Schuldner ex mutuo, aber das SC. Macedonianum giebt hier dem Schuldner, um den Gläubiger wegen der Übertretung des polizeilichen Verbots zu strafen, das besondere Recht, durch eine exceptio SC. Macedoniani sich gegen die Klage des Gläubigers, aber bloß gegen diese (D. d. SC. Maced. 14, 6 l. 1 pr.) zu schützen. Durch diese Einrede wird daher nicht das Recht selbst, das dem Gläubiger aus dem Darlehn zukommt, perimirt, sondern bloß das Moment seiner Klagbarkeit, d. h. das Hauskind bleibt Schuldner, aber seine Schuld ist nun eine bloße obligatio naturalis; der Gläubiger kann seine Forderung nicht mehr durch eine Klage geltend machen, wohl aber auf andere Weise, wenn er etwa in eine Lage kommt, in welcher die Forderung sich anders, als durch die Darlehnsklage geltend machen läßt, z. B. durch Kompensation (wenn das Hauskind gegen ihn eine Geldforderung hat oder erwirbt: so kann er gegen diese compensando seine Darlehnsforderung geltend machen); auch kann der Schuldner, wenn er später als Hausvater, ohne zu

[22] Meine Erörterungen II S. 50. — Das Nähere über die formelle Behandlung der Exceptionen zur Zeit des römischen Formularprocesses gehört in die Rechtsgeschichte. S. Meine Erörterungen l. c. S. 49 ff. Vgl. Arndts § 101 Anm. 1 und § 102 Anm. 2. — Über mögliche Repliken gegen Einreden und Dupliken gegen die Repliken ꝛc. s. unten Beilage II. Vgl. Arndts § 101 a. E. und Inst. de replication. 4, 14 t. t.

wissen oder daran zu denken, daß er nicht belangt werden kann, das Darlehn zahlt, das Gezahlte nicht mit einer condictio indebiti zurückfordern, weil er ja den Betrag wirklich, wenn auch nur naturaliter, schuldete; D. l. c. l. 9 § 2, 4 l. 10, d. compens. 16, 2 l. 6, de condict. ind. 12, 6 l. 40. Diese Einrede ist daher zwar eine peremtorische Einrede, aber bloß gegen die Klagbarkeit des Rechts, nicht gegen das Recht selbst.

3. Dieser Fall ist aber der einzige Fall im praktischen römischen Recht, in welchem eine peremtorische Exception diese beschränkte, schwächere Wirkung hat; denn alle sonstige peremtorische Exceptionen gehen in ihrer Wirkung weiter, indem durch sie der eingeklagte Anspruch selbst vernichtet und zerstört wird. Von Vielen wird Dieses geleugnet, namentlich auch von Savigny Syst. V S. 269—380 und Obligationenrecht I S. 115—120. Er behauptet Syst. V S. 369: per exceptionem aufheben heißt gerade: nicht das Recht selbst vernichten, sondern nur die Klage entkräften, also dem Rechte denjenigen Schutz entziehen, den ihm bis dahin die Klage gewährt hat. Zwar beschränkt er diesen jedenfalls viel zu allgemeinen Satz gleich nachher selbst, behauptet aber doch wenigstens, daß durch diejenigen Exceptionen, welche lediglich auf das römische ius civile (im Gegensatz zum ius gentium) sich gründeten, nicht das eingeklagte Recht selbst, das dem Kläger gegen den Beklagten zusteht, sondern bloß das Moment seiner Klagbarkeit zerstört werde, also bei denselben stets eine obligatio naturalis des Beklagten fortbestehen bleibe. — Allein abgesehen davon, daß Savigny selbst von der exceptio SC. Velleiani (also einer aus dem römischen ius civile entsprungenen Exception) zugiebt, daß bei ihr das Gegentheil gegolten habe, und daß ebenso bei der exceptio rei iudicatae, welche ebenfalls dem ius civile angehörte, das Gegentheil galt (Meine Erörterungen III S. 135 ff.) und in gleicher Weise auch bei der exceptio legis Cinciae (Fragmenta Vaticana § 266): so gehen ganz unzweifelhaft die römischen Quellen durchaus davon aus, daß die regelmäßige Wirkung der exceptio peremtoria die sei, den Anspruch des Klägers ganz zu zerstören, eine völlige Nichtschuld zu begründen, D. de cond. ind. 12, 6 l. 26 § 3, 7, de iureiur. 12, 2 l. 40, de compens. 16, 2 l. 14, de lib. leg. 34, 3 l. 13, de reg. iur. 50, 17 l. 66, und die Institutionen führen daher bei Aufzählung der peremtorischen Einreden bloß solche an, die diese den Anspruch des Klägers zerstörende Wirkung haben; I. de except. 4, 13 § 1—9. Überhaupt wird, wenn eine exceptio die beschränkte Wirkung hat, bloß das Moment der Klagbarkeit des Anspruchs aufzuheben, Dieses als etwas ganz Besonderes, Anomales in den Quellen herausgehoben, und ebendaher wird die beschränkte Wirkung der exceptio SC. Macedoniani als eine besondere Ausnahme lediglich aus dem strafpolizeilichen Zwecke des Senatuskonsults erklärt, weil diese Einrede ob poenam creditoris oder in odium eius cui debetur gegeben werde, und nicht, wie es bei anderen exceptiones peremtoriae der Fall sei, im Interesse des Schuldners, nicht eius causa, cum quo agitur; D. d. condict. ind. 12, 6 l. 40 pr. d. SC. Maced. 14, 6 l. 9 § 4. Dabei wird es noch als ein besonderer Zweifelsgrund gegen die schwächere Wirkung der exceptio SC. Maced. herausgehoben, daß ja diese Einrede eine exceptio peremtoria sei, also eigentlich die Forderung selbst vernichtet werden müßte (l. 9 § 4 cit. in d. W. atquin perpetua exceptione tuti sunt) und dieser Zweifel nur durch die polizeiliche Natur der Einrede beseitigt; ebenso wird in D. d. iureiur. 12, 2 l. 40 aus dem Umstande, daß die Einrede, von der dort die Rede war, eine peremtoria ist, als etwas sich ganz von selbst Verstehendes gefolgert, daß dadurch die Forderung des Gläubigers zerstört werde. — Hiernach kann es keinen Zweifel leiden, daß es eine bloße Ausnahme ist, wenn einer exceptio peremtoria nur die schwächere Wirkung, bloß die Klagbarkeit des Rechts zu zerstören, zukommt; vergl. Mein Württemb. Privatrecht II S. 499—502. Nach dem praktischen römischen Recht gehören hierher bloß die Fälle der exceptio SC. Macedoniani.

4. Auch bei den dinglichen Klagen haben die ihnen entgegenstehenden

exceptiones peremtoriae die angeführte regelmäßige Wirkung. Zwar wird auch Dieses von Vielen geleugnet und behauptet, daß hier bloß die Klage des Berechtigten zerstört werde; so namentlich auch von Savigny Syst. V, S. 368 f. Allein Savigny und Diejenigen, welche seine Ansicht theilen, behaupten doch nicht, daß das dingliche Recht selbst durch eine exceptio peremtoria ein unklagbares Recht werde, eben so wenig behaupten sie, daß der Anspruch, den der dinglich Berechtigte gegen den Beklagten habe, bei einer begründeten und durchgeführten exceptio peremtoria bestehen bleibe und nur ein unklagbarer wird; das Eine von Beiden müßte aber der Fall sein, wenn hier die exceptio peremtoria bloß die schwächere Wirkung (Nr. 2) haben sollte. Es kann daher schon nach Dem, was die Vertheidiger jener Ansicht selbst zugeben, hier unmöglich von einer bloßen Vernichtung des Klagrechts (des bloßen Moments der Klagbarkeit) die Rede sein. Vielmehr wird auch hier durch die Exception stets der Anspruch, den der Kläger gegen den Beklagten hat, zerstört (nicht die bloße Klagbarkeit desselben), aber in der Regel nicht auch sein dingliches Recht selbst.]

Man muß nämlich bei den dinglichen Klagen folgende Momente genau unterscheiden (was die Vertheidiger der angeführten Ansicht hier nicht gehörig thun):

a. Jede dingliche Klage hat neben der Verfolgung des dinglichen Rechts auch eine obligatorische Seite. Im konkreten Falle nämlich geht die dingliche Klage eben gegen Denjenigen, der uns in unserem dinglichen Rechte wirklich stört, uns in der Ausübung desselben hindert, sich gegen unsere Sache Rechte anmaßt oder unsere Sache uns vorenthält. Durch diese Störung wird er dem dinglich Berechtigten obligirt, von ihr abzulassen, den alten Zustand wieder herzustellen, die betreffende Sache herauszugeben u. s. w. Auf diese Weise erhält die dingliche Klage im konkreten Falle stets eine relative Natur; man verfolgt durch sie, gestützt auf das dingliche Recht, nicht bloß die Anerkennung dieses dinglichen Rechts, sondern auch in Folge derselben eine dem Rechte entsprechende Leistung von dem konkreten Beklagten, und deßhalb bezeichnen auch die römischen Quellen das Verhältnis Dessen, der mit einer dinglichen Klage belangt werden kann, durch obligatio (Meine Erörterungen Heft III S. 5 Note 8, S. 8 Note 10). Diese obligatio nun, d. h. der gesammte Anspruch, den der dinglich Berechtigte gegen den Störer und dessen Rechtsnachfolger hat, wird durch die exceptio peremtoria angefochten und zerstört (nicht bloß die Klagbarkeit desselben, so daß er als ein unklagbarer noch fortbestände), während im Übrigen allerdings der dinglich Berechtigte sein dingliches Recht behält und es noch gegen Dritte nach Umständen geltend machen kann, D. de exc. rei vend. 21, 3 t. t. de doli exc. 44, 4 l. 4 § 32, d. superf. 43, 18 l. 1 § 4. Diese Bedeutung haben namentlich peremtorische Exceptionen (nicht zu verwechseln mit den Einreden des nicht existirenden Rechts § 101 Beilage II Nr. II), welche gegen eine Eigenthumsklage vorgeschützt werden können; z. B. wenn eine Eigenthumsklage durch Berufung auf erlöschende Verjährung, also durch die peremtorische exceptio temporis abgewiesen wird: so hat auch hier die Einrede ihre volle Wirkung als zerstörende; aber sie zerstört nicht das dingliche Recht des Klägers, sein Eigenthum, sondern nur den Anspruch, den der Eigenthümer gegen den unberechtigten Besitzer auf Herausgabe der Sache, Ersatz wegen der Früchte ꝛc. hatte und die diesem Rechte entsprechende Schuld des Beklagten; der Eigenthümer kann in einem solchen Falle sein Recht gegen den Beklagten und dessen Rechtsnachfolger nicht mehr verfolgen, wohl aber kann er, wenn später die Sache in die Hände eines Dritten kommt, welcher nicht Rechtsnachfolger jenes Besitzers ist, gegen diesen sein Eigenthumsrecht geltend machen; C. de praescr. 30 ann. 7, 39 cst. 8 § 1.

b. Bei den Klagen aus einem ius in re (aliena) wird durch die ihnen entgegenstehende peremtorische Exception bald α. das dingliche Recht selbst aufgehoben und zerstört, sobald die Einrede gegen das dingliche Recht selbst gerichtet ist, z. B. wenn gegen eine actio confessoria wegen einer Realservitut der verklagte Eigenthümer excipirt, die Servitut sei bloß auf eine gewisse Zeit bestellt

oder die Bestellung durch Betrug erschlichen worden, D. de serv. 8, 1 l. 4; bald wird β. bloß der Anspruch des Klägers gegen den Beklagten, die Verbindlichkeit des Letzteren zerstört, wenn nämlich die Einrede bloß gegen diesen Anspruch gerichtet ist, z. B. D. qui pot. 20, 4 l. 12 pr. C. de praescr. 30 ann. 7, 39 cst. 8 § 1 in den Worten non obstante ꝛc.

5. Natürlich kann es der Fall sein, daß eine zerstörliche Exception Jemandem bloß in Beziehung auf einen Theil seiner Schuld zukommt. In einem solchen Falle wird durch die Einrede bloß ein Theil der Schuld vernichtet, z. B. wenn ich, auf Bezahlung von 1800 M. verklagt, wegen einer Forderung von 1200 M., welche mir gegen den Kläger zusteht, die exceptio compensationis vorschütze und durchsetze: so wird das Recht des Klägers und meine Schuld bloß bis zu 1200 M., aber in diesem Betrage völlig (wie es in der Natur der exceptio peremtoria liegt) aufgehoben.

6. Die Exceptionen beruhen auf einem besonderen Recht des Beklagten (vgl. auch Arndts § 101 Anm. 2 a. E.), das er durch das Vorschützen der Exception geltend macht. Er hat daher die Thatsachen, welche zur Begründung dieses Rechts erforderlich sind, so weit nicht die rechtliche Voraussetzung (§ 101 Beilage II Nr. II) für sie streitet, zu beweisen (diese Thatsachen bilden das processualische Exceptionsfundament). Darauf bezieht sich die Regel: reus in exceptione actor est; denn sie will besagen, der Beklagte habe in gleicher Weise die faktischen Grundlagen seiner Exceptionen anzuführen und zu beweisen, wie der Kläger die faktischen Grundlagen seiner Klage. Es gelten daher auch für die Exceptionen dieselben Voraussetzungen, wie für die Klage; § 101 Beilage II Nr. II, D. de except. 44, 1 l. 1 vgl. mit de probat. 22, 3 l. 19 pr. l. 9.

Beilage II. Dem Kläger können möglicherweise gegen die Einreden des Beklagten dieselben Vertheidigungsmittel zu Gebote stehen, wie sie dem Beklagten gegen die Klage zukommen können. Er kann namentlich

A. wenn der Beklagte eine peremtorische Exception (peremtorische Einrede im engern Sinn Beilage I) vorschützt, sich

I. verneinend auf dieselbe einlassen, d. h. die Thatsachen, welche das Exceptionsfundament bilden (Beilage I Nr. 6) ganz oder theilweise in Abrede ziehen. Es ist dann Sache des Beklagten, diese Thatsache zu beweisen. Für den Fall aber, daß sie vom Kläger zugestanden werden oder erweisbar sein sollten, kann der Kläger gegen die Exception

II. Repliken vorbringen und sie dadurch beseitigen. — Im weiteren Sinne sind Repliken Gegeneinreden, die der Kläger gegen die Einreden des Beklagten vorbringt, also die Berufung auf solche Thatsachen, durch welche die Einrede des Beklagten, wenn sie auch an sich begründet sein sollte, beseitigt wird. Sie haben in ihrer Richtung gegen die Einreden des Beklagten dieselbe Natur, welche die Einreden des Beklagten in ihrer Richtung gegen die Klage haben. Man muß daher, wie bei den Einreden, so auch bei den Repliken, zwei Kategorieen unterscheiden:

1) Repliken des nicht existirenden Einrederechts, rechtsverneinende Repliken. Der Beklagte hat, wenn der Kläger das Exceptionsrecht desselben verneint, nach dem Angeführten die Thatsachen, auf welche sich dasselbe gründet, zu beweisen, aber nur in so weit, als nicht die rechtliche Annahme oder Voraussetzung (§ 101 Beilage II Nr. II) für sie streitet. Leugnet aber der Kläger die Existenz des Exceptionsrechts des Beklagten unter Berufung auf solche Momente, gegen welche die rechtliche Voraussetzung streitet: so ist die Behauptung eines solchen Moments eine Replik des Klägers, welche er anführen und beweisen muß. Diese rechtsverneinenden Repliken sind (wie die rechtsverneinenden Einreden) doppelter Art:

a. Repliken des nicht entstandenen Exceptionsrechts, d. h. das Vorbringen solcher Thatsachen gegen die Einrede des Beklagten, durch welche sich das Einrederecht desselben als von Anfang an nicht bestanden darstellt, gegen die aber die rechtliche Annahme oder Voraussetzung streitet, z. B. ich belange den

A. aus einem Darlehn auf Zahlung; er excipirt, daß er auch eine Forderung an mich von gleicher Größe habe, indem mein Erblasser ihm eine gleich große Summe in einem Kodicille vermacht habe (exceptio compensationis); ich replicire, daß das Vermächtnis wegen eines wesentlichen Irrthums, in welchem mein Erblasser sich befunden, oder weil er zur Errichtung des Kodicills nicht mehr willensfähig gewesen, ungültig sei; oder er schützt die exceptio temporis vor, indem seit Entstehung der Schuld die Verjährungszeit abgelaufen sei, er sie somit als verjährt anfechten könne; ich replicire, daß die Verjährung noch nicht habe eintreten können, weil in ihrem Laufe eine Unterbrechung derselben eingetreten sei (vgl. § 101 Beilage II Nr. II 2).

b. Repliken des erloschenen Einrederechts, d. h. wenn der Kläger gegen die Exception des Beklagten sich darauf beruft, das Recht, auf welches die Einrede sich gründe, sei, wenn es auch bestanden haben sollte, wieder erloschen, stehe also dem Beklagten gegenwärtig nicht mehr zu; z. B. er führt gegen die Kompensationseinrede an, daß er die Kompensationsschuld längst bezahlt habe (vgl. § 101 Beilage II Nr. II 4).

Diese sind Repliken im weiteren Sinne, welche auszuführen und zu beweisen Sache des Klägers ist.

2) Repliken im engeren und eigentlichen Sinne. Sollte auch die Exception des Beklagten an sich begründet und auch die noch gegenwärtige Existenz seines Einrederechts nicht in Abrede zu ziehen sein: so ist es doch möglich, daß der Kläger sich auf Thatsachen berufen kann, vermöge deren er das besondere Recht hat, das an sich begründete Einrederecht a. zur Zeit abzuweisen, oder b. es anzufechten und dadurch umzustoßen. Dies sind die Repliken im engeren und eigentlichen Sinne, replica, replicatio im technischen Sinne des römischen Rechts. Sie sind Schutzmittel derselben Natur gegen die Exceptionen, wie es die Exceptionen gegen die Klage sind; es gilt deßhalb von ihnen und ihrer Wirkung auf die Exception ganz Dasselbe, was von den Exceptionen und ihrer Wirkung auf die Klage gilt, D. de exc. 44, 1 l. 22 § 1 l. 2 § 1, 2. Inst. de replicat. 4, 14 pr. Z. B. ich belange den X. auf Zahlung eines Darlehns; er excipirt, daß ich ihm die Schuld nachgelassen habe; ich replicire, daß er mich zu dem Nachlaßvertrage durch Betrug verleitet habe, ich daher den Vertrag anfechten könne (replicatio doli), oder daß ich in der Meinung, durch eine Auflage meines Erblassers dazu verpflichtet gewesen zu sein, ihm die Schuld nachgelassen habe, diese Auflage aber ungültig gewesen sei (replicatio indebiti); kann ich diese Thatsachen erweisen: so wird dadurch das Exceptionsrecht des Beklagten umgestoßen und vernichtet und somit das Hindernis meiner Klage weggeräumt. Weitere Beispiele s. in D. de dol. exc. 44, 4 l. 4 § 14, usufructuar. 7, 9 l. 7 pr. de R. V. 6, 1 l. 72.

B. Wenn der Beklagte solche peremtorische Einreden, welche nicht in die Kategorie der eigentlichen Exceptionen gehören, also Einreden des nicht entstandenen oder des erloschenen Rechts des Klägers (§ 101 Beilage II Nr. II), gegen die Klage vorschützt: so kann möglicherweise der Kläger sich ebenfalls auch gegen solche Einreden auf die angegebene Art durch Verneinung der Thatsachen, auf welche der Beklagte die Einrede zu stützen hat, oder durch Repliken im weiteren Sinne schützen; z. B. was Letzteres betrifft, ich vindicire vom X. meine Sache; er bestreitet nicht, daß ich Eigenthümer der Sache war, behauptet aber, daß ich es nicht mehr sei, indem er die Sache iusto titulo in Besitz bekommen und die Ersitzungszeit hindurch besessen, also inzwischen usukapirt habe; gegen diese Einrede im weiteren Sinne (§ 101 Beilage II Nr. II 4) replicire ich, wenn er auch die Sache rechtmäßig in Besitz bekommen und die Ersitzungszeit besessen habe: so könne er doch nicht Eigenthümer geworden sein, da er in mala fide gewesen sei; diese Replik habe ich zu beweisen; § 101 Beilage II Nr. II 1.

Möglicherweise kann gegen die Replik des Klägers der Beklagte sich auf Thatsachen berufen, wodurch die Replik des Klägers beseitigt wird (Duplik), ferner kann der Kläger die Duplik durch eine Triplik elidiren (z. B. im oben

A. II, 2 angeführten Falle duplicirt der Beklagte gegen meine replica doli, daß ich später auf das Rechtsmittel aus dem dolus gegen ihn Verzicht geleistet habe, ich triplicire gegen diese Duplik des Verzichts, daß ich zu demselben durch Drohungen gezwungen worden sei); und so lassen sich solche Vorbringen noch in weiterer Progression (Quadrupliken gegen die Dupliken u. s. w.) denken; I. l. c. § 1, 2, D. de except. 44, 1 l. 2 § 1—3.

Aufhebung der Klagen und Einreden.

§ 103.

(Arndts §§ 103—105.)

Bei der Frage über den Verlust einer Klage muß man genauer, als es meist geschieht, unterscheiden den Verlust eines Klagrechts als Folge des Verlustes des Rechts, zu dessen Schutz die Klage dient, und den Verlust des Klagrechts für sich allein, also beim Fortbestehen dieses Rechts.

1) Eine Klage oder ein Klagrecht ist nicht etwas für sich Bestehendes, nicht ein Recht für sich, sondern bloß das Mittel, ein Recht, das uns zusteht, vor Gericht angriffsweise geltend zu machen, also ein Bestandtheil (Attribut) eines anderweit bestehenden Rechts[1]. Verliert man daher dasjenige Recht, zu dessen Schutz die Klage eingeführt ist, so muß man natürlich auch das damit verbundene Klagrecht verlieren. Habe ich z. B. das Eigenthum einer Sache verloren, so kann ich natürlich die Sache nicht mehr vindiciren; hat mein Schuldner mir das schuldige Darlehn zurückbezahlt, so habe ich keine Darlehnsforderung mehr, also auch nicht mehr eine actio ex mutuo. Ebenso verliert man die Befugnis zu einer Exception, wenn das Recht, worauf die Einrede sich stützt, untergegangen ist. Habe ich z. B. das Recht, den Vertrag, welchen ich mit N. schloß, wegen Betrugs desselben anzufechten, ich verzichte aber auf mein Anfechtungsrecht, so verliere ich auch meine Anfechtungsklage und meine exceptio doli.

2) Wenn in den Gesetzen ein Recht als Recht anerkannt ist, so ist es im Zweifel auch klagbar, weil nur ein klagbares Recht ein vollkommenes Recht ist und man im Zweifel davon auszugehen hat, daß, wenn das Gesetz uns ein Recht giebt, es uns ein vollkommenes Recht geben wollte; aber diese Regel kann Ausnahmen erleiden, da die

[1] Vgl. § 98 und § 33.

Eigenschaft eines Rechts, klagbar zu sein, zwar eine regelmäßige, aber keine nothwendige ist. Denn ein Recht kann als Recht bestehen, wenn man es auch nicht agendo, d. h. nicht angriffsweise durch eine Klage, sondern nur auf andere Weise geltend machen darf, z. B. durch eine exceptio compensationis, retentionis etc. Nur ist ein solches Recht ein sehr unvollkommenes, weil es ganz von Zufälligkeiten abhängt, ob man in die Lage kommt, es durch eine exceptio geltend machen zu können. Es giebt aber solche unklagbare Rechte auch in unserem praktischen Recht, jedoch nur wenige[2].

3) Aus Nr. 2 ergiebt sich, daß es juristisch wohl möglich ist, daß ein klagbares Recht durch ein späteres Ereignis aufhören kann, klagbar zu sein, aber immer noch als Recht bestehen bleibt, d. h. der Berechtigte bloß die Befugnis verliert, es agendo geltend zu machen, somit das Recht ein unklagbares wird. Das ältere römische Recht kannte mehrere Fälle dieser Art, aber in unserem praktischen gemeinen Recht giebt es nur einen[3].

---

[2] Vgl. D. comm. div. 10, 3 l. 14, l. 29.

[3] S. § 102 Beilage I Nr. 2. — Zwar werden von Arndts (§ 104—106) und von den Meisten noch eine Reihe von Fällen unter die Rubrik „Endigung der Klagen" gestellt; allein in diesen Fällen handelt es sich gar nicht von einer bloßen Zerstörung des Klagrechts, sondern von einem Verlust des ganzen Anspruchs, auf den sich die Klage stützt. Denn wenn die Römer in solchen Fällen von actio finita tempore, actio extincta est, actio heredibus non competit sprechen, so heißt dies nicht: der Anspruch bleibe bestehen, nur werde er durch das betreffende Ereignis unklagbar; sondern es heißt: der ganze Anspruch des Berechtigten gegen den Verpflichteten werde anfechtbar, also durch die Anfechtung, wenn davon Gebrauch gemacht wird, zerstört. — Zu jener falschen Stellung (unter „Endigung der Klagen") verleitete, daß man den Sinn nicht gehörig beachtete, in welchem die Römer so oft das Wort actio nehmen, nämlich nicht bloß für das klagbare Moment an einem Recht, sondern für den gesammten Anspruch, den man vermöge eines Rechts gegen Jemand hat und durch eine Klage geltend machen kann. In diesem Sinn nehmen die Römer namentlich auch den Ausdruck »actio«, wenn sie von der Verjährung der actio sprechen. — Deßhalb mußten die Fälle, welche Arndts in § 104 berührt, schon oben in § 90 und die des § 105 (bei Arndts) schon in § 96 entwickelt werden, und so sind daher an dieser Stelle nur noch die Fälle der sog. Klagenverjährung und die Verjährung der Einreden zu entwickeln (welche aber eigentlich zu § 92 Nr. IV gehören). Die Fälle aber welche Arndts in § 105 erörtert, mußten auch an einer anderen Stelle, nämlich in § 96 entwickelt werden, weil auch in ihnen es sich nicht von einer Konkurrenz bloßer Klagmittel, sondern von einer Konkurrenz von Rechten handelt (vgl. Mein Württemb. Privatr. II S. 476 und nun auch Windscheid Pand. § 43).

Sogenannte Klagenverjährung und Verjährung der Einreden.

§ 104.

Einleitung.

Die sog. Klagenverjährung[1] hat einen ganz allgemeinen Charakter; denn sie bezieht sich auf klagbare Ansprüche jeder Art. Nur ist die (bei uns gewöhnliche) Bezeichnung dieses Instituts durch „Klagenverjährung (sog. praescriptio actionum) eine ganz unangemessene. Denn durch diese Verjährung geht nicht bloß die Klagbarkeit eines Anspruchs, nicht bloß das Klagrecht verloren (so daß der Anspruch bestehen bliebe, aber nur als unklagbar), sondern durch sie verjährt der Anspruch selbst, den der Berechtigte an den Gegner hat, die actio in diesem römischen Sinne (s. § 103 a. E., vergl. § 108). Der Verpflichtete erlangt nämlich durch diese Verjährung eine exceptio peremtoria, mit welcher er den Anspruch selbst, den der Kläger gegen ihn hat, anfechten und zerstören kann und dadurch von seiner Verbindlichkeit frei wird, so daß der Anspruch gegen ihn und seine Rechtsnachfolger in keiner Weise mehr geltend gemacht werden kann, auch nicht excipiendo. Richtiger ist es daher, das Institut zu bezeichnen durch Schuldverjährung oder noch besser: Verjährung klagbarer Ansprüche oder Anspruchsverjährung[2]. Sie ist nämlich der Verlust eines klagbaren Anspruchs gegen den Verpflichteten und seine Rechtsnachfolger, weil man ihn eine gewisse Zeit lang nicht geltend gemacht hat[3].

Im älteren römischen Recht waren klagbare Ansprüche in der Regel einer erlöschenden Verjährung nicht unterworfen; sie waren actiones perpetuae, d. h. unverjährbar. Erst das prätorische Edikt machte hiervon Ausnahmen für Rechte auf Privatstrafen, die es einführte, für die actiones poenales praetoriae, indem es für diese meist eine Verjährung und zwar von einem Jahr festsetzte, actiones annales. Eine gleiche Verjährungszeit bestimmte es auch für manche Interdikte und ebenso setzten auch die Ädilen für die von ihnen

---

[1] Vgl. Savigny Syst. V S. 265—437 und Mein Württemb. Privatr. II S. 805—821. — Über Verjährung überhaupt vgl. oben § 92.

[2] So Windscheid Pand. § 106.

[3] Vgl. über die praktische Bedeutung der Verjährung oben § 92 Beilage.

eingeführten Rechtsmittel wegen der Mängel einer verkauften Sache eine kurze Verjährungsfrist fest. Auch kam noch bei einigen anderen Rechten eine erlöschende Verjährung auf[4]. Solche (verjährende) Ansprüche hießen deßhalb actiones[5] temporales[6]. Allein Regel blieb es bis in das 5. Jahrhundert n. Chr., daß klagbare Ansprüche unverjährbar seien[7]. Diese Regel wurde aber (mit Recht) völlig umgestoßen durch Theodosius II. Dieser setzte (424 n. Chr.) fest, klagbare Ansprüche jeder Art sollen in 30 Jahren verjähren, mit Ausnahme der Ansprüche der impuberes; nur soll bei den Ansprüchen, die schon nach dem früheren Recht temporales waren, es bei ihrer bisherigen kürzeren Verjährungszeit bleiben[8]. Dieses Gesetz aber gab zu einigen Zweifeln Anlaß; deßhalb wiederholte Anastasius (im Jahr 491) noch entschiedener, daß jedes klagbare Recht, öffentliches oder Privatrecht, ohne Ausnahme der verlöschenden Verjährung und zwar von 30 Jahren unterworfen sein soll, so weit nicht schon das ältere Recht eine kürzere Verjährungszeit gesetzt habe; sollte es aber je ein (klagbares) Recht geben, von dem man (hiernach) noch bezweifeln könne, ob es unter das theodosianische Gesetz falle, so soll es wenigstens in 40 Jahren verjähren; nur so lange ein Anspruch einem impubes zusteht, soll die Verjährung sistirt sein[9]. Hiernach geht das praktische gemeine Recht dahin: klagbare Ansprüche jeder Art sind der erlöschenden Verjährung unterworfen und zwar in der Regel einer 30jährigen. Gewisse Ansprüche aber verjähren in kürzerer Zeit, nämlich die alten actiones temporales. Bei einigen Ansprüchen dagegen werden zu ihrer Verjährung 40 Jahre erfordert. Die Ansprüche daher, von denen die Digesten sagen, sie seien perpetuae, sind nach dem späteren römischen Recht (Codex) einer 30- oder 40jährigen Verjährung unterworfen[10].

---

[4] Namentlich bei solchen, die man nicht begünstigen wollte, z. B. für die querela inofficiosi testamenti eine 5jährige Verjährung; für Ansprüche des Fiskus aus seinen besonderen Fiskalrechten eine 20jährige, vgl. Arndts § 108 Anm. 2.

[5] Dabei ist stets zu beachten, daß in allen diesen Fällen actio nicht bloß das klagbare Moment eines Anspruchs, sondern den klagbaren Anspruch selbst bezeichnet.

[6] Später wurde auch durch den praetor dem Besitzer einer Sache eine exceptio longi temporis gegen die Klage des Eigenthümers oder sonst dinglich Berechtigten ertheilt, wenn er die Sache iusto titulo und bona fide in seinen Besitz bekam und sie 10 resp. (inter absentes) 20 Jahre besessen hatte.

[7] Deßhalb sagen die in den Digesten excerpirten (klassischen) Juristen von den meisten Ansprüchen, sie seien actiones perpetuae; denn zu ihrer Zeit bildete dies die Regel.

[8] Cod. de praescr. trig. vel quadr. annor. 7, 39, cst. 3.

[9] Cod. l. c. cst. 4; de annali exc. 7, 40 cst. 1 § 1.

[10] I. de perpet. act. 4, 12 pr.

Erfordernisse der Verjährung der Ansprüche.

§ 105.

(Arndts §§ 107—109.)

Diese Erfordernisse gehen dahin:

I. Anfang und Lauf der Verjährung. Die Verjährung eines Anspruchs kann

1) nur beginnen von dem Tage an, an welchem der Anspruch fällig ist (dies venit). Gewöhnlich und auch von unseren Quellen[1] wird dies so ausgedrückt: die Verjährung beginne mit dem Tage, an welchem actio nata ist. Dies heißt aber nicht, wie Manche es auffassen, erst mit dem Tage, an welchem wir eine Rechtsverletzung erlitten haben, oder der Verpflichtete eine Nichtanerkennung unseres Rechts ausgesprochen habe, sondern überhaupt mit dem Tage, an welchem wir einen Anspruch erworben haben, dessen Erfüllung wir (außergerichtlich oder gerichtlich) verlangen können und bei dessen Nichterfüllung wir Klage erheben könnten[2]. Es genügt also zum Beginn des Laufs der Verjährung das Bestehen eines fälligen Anspruchs an sich, selbst wenn von einer erlittenen Rechtsverletzung noch nicht die Rede sein kann. Denn sehr häufig hat man einen Anspruch, dessen Erfüllung man zwar sofort verlangen kann, den man aber noch gar nicht geltend machen will (der also mit unserem Willen noch unerfüllt ist). Würde ein solcher Anspruch, so lange dies der Fall ist, der Verjährung entzogen sein, so könnte er ja noch nach 60 und mehr Jahren von Erbeserben des Berechtigten geltend gemacht werden. Dadurch würde aber der ganze Zweck der Verjährung (welche gegen Ansprüche aus längst vergangener Zeit schützen soll) völlig vereitelt. Verspricht mir daher z. B. Jemand durch Vertrag eine Summe Geldes, so läuft die Verjährung meiner Forderung auf Bezahlung der Summe (ist also in diesem Sinne actio nata), sobald der Vertrag geschlossen ist, denn von da an kann ich von ihm Zahlung verlangen (statim debetur). Hinterlege ich bei Jemandem eine Sache, so habe ich sofort (und jederzeit) das Recht, von ihm die Zurückgabe der Sache zu verlangen[3]; mein Anspruch hierauf beginnt also sofort mit der Hinterlegung zu

---

[1] Vgl. Arndts § 107 Anm. 1.
[2] Vgl. die bei Arndts § 107 Anm. 1 und Anm. 2 i. Anf. citirten Stellen.
[3] D. depos. 16, 3 l. 1 § 22.

verjähren. Gebe ich Jemandem ein Darlehn ohne Bestimmung einer Rückzahlungszeit, so beginnt sofort die Verjährung meines Anspruchs auf Rückzahlung, weil ich hier stets (und sofort) diese Rückzahlung verlangen kann[4]. Zwar kann in solchen Fällen bei schuldigen Geldleistungen, wenn sie eingeklagt würden, dem Schuldner noch eine billige Zahlungsfrist vom Richter gegeben werden; allein durch diese Möglichkeit wird das Recht, den Anspruch sofort gegen den Schuldner geltend zu machen, also die Fälligkeit des Anspruchs, nicht suspendirt, da ja diese Frist voraussetzt, daß der Anspruch (mit Recht) geltend gemacht worden sei und sich bloß auf die Exekution bezieht, nicht aber auf das Recht, vom Verpflichteten Zahlung zu verlangen[5]. — Aus den gleichen Gründen beginnt, wenn eine Forderung auf Kündigung von Seiten des Gläubigers gestellt ist, ihre Verjährung sofort mit ihrer Entstehung, weil die Fälligkeit der Forderung nicht von der Kündigung abhängig, sondern sie sofort fällig ist, da der Gläubiger in einem solchen Falle jederzeit nach Belieben Zahlung verlangen kann[6]. Aus demselben Grunde beginnt auch dann, wenn verabredet wurde, daß eine gewisse Zeit nach Kündigung zu zahlen ist, die Verjährung nicht erst, wie die Meisten meinen, dann zu laufen, wenn gekündigt worden und von der Kündigung an jene Zeit abgelaufen ist, so daß sie erst in 100 Jahren eintreten würde, falls erst nach 70 Jahren die Kündigung erfolgte, also der Zweck der Verjährung vereitelt würde. Vielmehr ist auch hier der Gläubiger sofort berechtigt, vom Schuldner Erfüllung zu fordern, nur daß er ihm jene Zeit als Zahlungsfrist einräumen muß[7].

---

[4] S. Arndts § 107 Anm. 2 (erste Hälfte). Mein Württemb. Privatr. II S. 807 f. und besonders Vangerow Pand. § 147 (dem nur in seinen Gründen nicht durchaus beizustimmen ist). Vgl. auch Windscheid Pand. § 107 (besonders Anm. 5, in welcher aber Das, was ich l. c. sage, in einem Punkte mißverstanden ist).

[5] Mein Württemb. Privatr. II S. 807, D. de compensat. 16, 2 l. 16 § 1.

[6] Mein Württemb. Privatr. II § S. 118 Anm. 15. Vangerow l. c. und im Resultat Windscheid § 107 bei Anm. 9. (Nur ist es nicht richtig, wenn Windscheid sagt, in einem solchen Fall sei der Anspruch noch gar nicht entstanden, aber es hänge von einem Wort von uns ab, ihn entstehen zu machen. Wäre dies der Fall, so könnte er doch wohl vor seiner Entstehung nicht verjähren.)

[7] Wie im Falle der l. 16 cit. de compensat. Wenn ich daher Jemandem 1000 M. leihe, rückzahlbar 14 Tage nach Kündigung, so heißt dies: fordern kann ich von ihm, wann ich will, aber ich muß ihm dabei jedenfalls 14 Tage Frist zur Zahlung lassen; es beginnt daher hier die Verjährung meiner Rückforderung sofort; nur müßte ich ihm, wenn ich (vor Ablauf der Verjährung) kündige, eine Frist von 14 Tagen zur Zahlung geben. Diese 14 Tage heißen nur so viel: wenn gefordert wird, so muß ich ihm eine Zahlungsfrist lassen. Vgl. Mein Württemb. Privatr. a. a. O., dem nun auch Windscheid l. c. Anm. 9 beitritt.

2) Von einem Lauf der Verjährung kann natürlich nicht die Rede sein (ist also noch nicht actio nata), wenn der betreffende Anspruch noch gar nicht erworben, oder wenn er zwar erworben ist, aber noch nicht Erfüllung verlangt werden darf, seiner Geltendmachung also ein rechtliches Hindernis (impedimentum iuris) entgegensteht, er noch nicht fällig ist. Aus diesen Gründen kann der Lauf der Verjährung erst beginnen bei einer bedingten Forderung vom Tage des Eintritts der Bedingung an, weil man, so lange die Bedingung schwebt, die Forderung noch gar nicht erworben hat. Ferner bei einer betagten Forderung: erst mit Eintritt des dies[8]. Ferner, wenn ein Schuldner seinem Gläubiger ein Faustpfand gab, so kann die Verjährung seines Anspruchs auf Rückgabe des Faustpfandes, seiner actio pignoratitia, erst beginnen, wenn die Pfandschuld erloschen, z. B. die Forderung bezahlt ist; denn früher hat der Schuldner gar nicht ein Recht, das Faustpfand zurückzufordern. — Ferner der Anspruch einer Ehefrau auf Herausgabe ihrer dos beginnt erst zu verjähren, wenn der Mann verarmt oder die Ehe getrennt wird, weil sie früher die dos zurückzufordern gar nicht das Recht hat[9]. Denn das positive Recht würde mit sich selbst in Widerspruch kommen, wenn es einen Anspruch wegen Nichtausübung zu verjähren beginnen lassen würde, während es in dieser Zeit gar nicht gestattet, ihn geltend zu machen. Man drückt dies gewöhnlich durch die Regel aus: agere non valenti non currit praescriptio, eine Regel, die freilich sehr ungenau gefaßt ist[10].

3) Sind für eine Schuld Zinsen versprochen, so ist zu beachten, daß ein Zins erst gefordert werden kann nach Ablauf des einzelnen Zinstermins. Es beginnt daher erst mit dem Tage, an welchem der Schuldner mit einer Zinszahlung in Rückstand kommt, also der Zinstermin fruchtlos verstrich, die Verjährung des schuldigen Zinses und zugleich (nach einer guten Bestimmung Justinians) auch die der Haupt-

---

[8] Z. B. wenn ich ein Darlehn auf 4 Jahre gebe: erst nach Ablauf der 4 Jahre. Ebendeßhalb beginnt, wenn ich meine Sache auf eine gewisse Zeit vermiethet oder verpachtet habe, die Verjährung meines Anspruchs auf Zurückgabe der Sache erst nach Ablauf jener Zeit. Cod. h. t. 7, 39 cst. 7 § 4.

[9] C. de iur. dot. 5, 12 cst. 30; h. t. 7, 39 cst. 7 § 4.

[10] Man mußte die rechtliche Möglichkeit haben, einen Anspruch gegen einen Verpflichteten zu erheben und Erfüllung zu verlangen. Aber auf das Recht zu klagen (d. h. Weigerung des Gegners, den Anspruch anzuerkennen, vgl. oben § 101 Nr. III), kommt es nicht an.

schuld[11]. War aber für die Hauptschuld selbst eine Zahlungszeit festgesetzt und der Schuldner kommt mit den Zinsen in Rückstand, ehe jene Zeit abgelaufen ist: so beginnt natürlich bloß die Verjährung der betreffenden Zinsrückstände, die der Hauptschuld aber erst, wenn jene Zahlungsfrist abgelaufen ist. Ist aber die Hauptschuld verjährt, so können keine Zinsrückstände mehr gefordert werden, sollte auch für diese die Verjährungszeit noch nicht abgelaufen sein[12].

4) Wenn und so lange der Berechtigte schon hat, was ihm vermöge seines Anspruchs zukommt, kann vom Laufe der Verjährung seines Anspruchs nicht die Rede sein. Deßhalb kann, wenn ein Anspruch auf bloße Unterlassung geht, die Verjährung desselben nicht beginnen, so lange der Verpflichtete unterläßt (sie beginnt erst, wenn der Verpflichtete seiner Verbindlichkeit zuwider handelt). Aus demselben Grunde kann bei dinglichen Rechten die Verjährung eines Anspruchs an Andere nicht laufen, so lange Niemand uns in der uns zukommenden Herrschaft über die Sache stört (z. B. der Eigenthümer die Sache ungestört besitzt); so lange also Jeder seiner Verbindlichkeit, uns nicht zu stören, nachkommt[13].

5) Kommt ein Anspruch solchen Personen zu, welche (wegen persönlicher Eigenschaften oder wegen ihrer Stellung) nicht befähigt sind, ihr Vermögen zu verwalten und ihre Ansprüche selbständig geltend zu machen, wie z. B. einer juristischen Person, einem Geisteskranken ꝛc., so hat Dieses auf den Lauf der Verjährung ihrer Ansprüche in der Regel keinen Einfluß, da ja dieselben durch ihre gesetzlichen Vertreter geltend gemacht werden können. Doch giebt es hiervon folgende Ausnahmen:

a. Es läuft keine Verjährung der Ansprüche, die einem impubes zustehen. Hier ist die Verjährung sistirt (vergl. § 106), so lange der Berechtigte impubes ist[14].

b. Ist der Berechtigte pubes, aber noch minor, so läuft gegen ihn zwar jede 30- oder mehrjährige Verjährung; bei Ansprüchen aber,

---

[11] Cod. h. t. 7, 39 cst. 8 § 4.

[12] Vgl. Arndts § 107 Note d. — Zu beachten ist, daß viele neuere Partikularrechte festsetzen, daß, wenn für eine Forderung ein Grundstück verpfändet ist, die Verjährung der Forderung nicht zu laufen beginnt, so lange das Pfandrecht im Hypothekenbuch nicht gelöscht ist.

[13] Wir haben in so lange Das, was unserem Rechte entspricht. Ein Gegner ist in so lange gar nicht vorhanden.

[14] S. § 104 vor Anm. 8. — Cod. h. t. 7, 39 cst. 7 § 1. — Nov. 22 cp. 24 in fin.

die in kürzerer Zeit verjähren, läuft gegen ihn (nach gemeinem Recht) eine Verjährung nicht, so lange er minor ist; so lange ist daher gegen ihn die Verjährung sistirt[15].

c. Bei Rechten, welche zu dem in der Verwaltung des Hausvaters stehenden peculium adventicium des Hauskindes gehören, ist die Verjährung sistirt, so lange die väterliche Gewalt dauert[16].

6) Durch bloß faktische Hindernisse, welche der Geltendmachung des Anspruchs entgegenstehen, wird der Anfang und Lauf der Verjährung nicht gehindert[17]. Die Härte, welche darin zu liegen scheint, wird dadurch gemildert, daß die Verjährung in der Regel in einem längeren Zeitraum besteht, in welchem der Berechtigte meist faktisch Gelegenheit haben wird, sein Recht geltend zu machen. Auch wird in solchen Fällen mitunter gegen eine abgelaufene Verjährung Restitution ertheilt, aber niemals, wenn man durch 30- oder mehrjährige Verjährung sein Recht verlor, sondern nur bei kürzeren Verjährungsfristen. Nur wenige Fälle giebt es, in welchen der Lauf der Verjährung durch ein faktisches Hindernis sistirt wird, nämlich in den wenigen Fällen, in welchen die Verjährungszeit ein tempus utile ist (s. § 95); ferner im Kriege, wenn und so lange das Land vom Feinde besetzt und deßhalb die Rechtsverfolgung faktisch unmöglich ist[18].

II. Die Verjährungszeit. Von dem Tage an, an welchem (nach Nr. I) der Lauf der Verjährung beginnt, muß eine bestimmte Zeit ablaufen, innerhalb welcher die Verjährung nicht unterbrochen wurde (§ 106). Diese Zeit beträgt in der Regel 30 Jahre (§ 104). Ausnahmen von dieser Regel sind:

1) in kürzerer Zeit tritt die Verjährung ein bei den Klagen, welche schon nach dem älteren römischen Recht temporales waren (§ 104). Diese behalten auch im neuesten römischen Recht und bei uns ihre kürzere Verjährungszeit bei. Viele neuere Partikularrechte [und neuere deutsche Reichsgesetze] setzen noch für viele andere Ansprüche mit Recht kürzere Verjährungszeiten fest.

---

[15] Arndts § 110 Note b und Vangerow I § 148 (7. Ausg. S. 229 ff.).

[16] C. de annal. except. 7, 40 cst. 1 § 2.

[17] Wenn ich z. B. gar nicht weiß, daß mir ein Anspruch zusteht oder wer den Gegenstand meines Rechtes in Händen hat, oder ich durch Abwesenheit, Krankheit u. s. w. an der Geltendmachung meines Anspruches gehindert werde, und darüber die Verjährungszeit abläuft: so wird dadurch der Eintritt der Verjährung nicht gehindert. Vgl. auch Cod. h. t. 7, 39 cst. 3 med.; D. quemadm. serv. am. 8, 6 l. 20 § 1.

[18] Arndts § 110 Note d.

2) Erst in 40 Jahren tritt die Verjährung ein

a. bei jedem klagbaren Anspruch, wenn seine Verjährung durch Anstellung der Klage unterbrochen wurde, der Proceß aber liegen blieb (s. § 106).

b. In gewissen Fällen bei der Pfandklage[19].

c. Christliche Kirchen und milde Stiftungen haben das Privilegium, daß, wenn ein Anspruch, der in 10, 20 oder 30 Jahren verjährt, ihnen zukommt, er erst in 40 Jahren verjährt. Ist aber der Anspruch an sich einer kürzeren Verjährung unterworfen, so geht er auch ihnen in dieser kürzeren Zeit verloren[20].

II. Bona fides in gewissen Fällen. Bei der erlöschenden Verjährung verhält sich der Verpflichtete völlig unthätig. Deßhalb sollte es bei ihr auf bona und mala fides desselben gar nicht ankommen. Wirklich war dies auch nach römischem Recht der Fall und auch das ältere kanonische Recht (decretum Gratiani) erkannte dies an. Zur Verjährung eines Anspruchs fordern diese Rechte nicht eine bona fides des Verpflichteten, d. h. daß ihm während der Verjährungszeit seine Verpflichtung (das Recht des Gegners) unbekannt war. Dies änderte jedoch das spätere kanonische Recht, die Dekretalen Gregor des IX., aber keineswegs, wie Manche glauben, allgemein, sondern bloß für den Fall, wenn Jemand eine fremde (ihm nicht gehörige) Sache inne hat, welche er herauszugeben verpflichtet ist. Hier verjährt der Anspruch des Berechtigten auf Herausgabe der Sache dann nicht, wenn er nachweisen kann, daß der Inhaber in mala fide (oder, wie die Dekretalen sagen, in conscientia rei alienae) war, also während der Verjährungszeit wußte oder erfuhr, daß die Sache ihm nicht gehöre[21].

---

[19] Arndts § 390.

[20] Arndts § 108 Anm. 1 Lit. b. — Manche wollen das gleiche Privilegium den Stadtgemeinden geben; aber die Quellen wissen Nichts davon. Vgl. Savigny Syst. V S. 359. — Auch dem Fiskus geben die Quellen ein solches Privilegium nicht. Allein die Praxis nahm wohl stets an, daß, so fern es sich nicht von besonderen fiskalischen Rechten handelt (vgl. Arndts § 108 Anm. 2 Lit. a), das Privilegium dem Fiskus und dem Regenten für seine Ansprüche zukomme.

[21] S. die bei Arndts § 109 in d. Anm. angeführten Dekretalen und die daselbst nach Lit. d angeführten Schriftsteller.

Unterbrechung der Verjährung.

§ 106.

(Arndts § 110.)

Die (in § 105 angeführte) Verjährungszeit muß ohne Unterbrechung ablaufen. Wenn während des Laufes der Verjährung eine Unterbrechung eintritt, so wird dadurch bald ihr Ablauf verhindert, bald wenigstens hinausgeschoben. Man muß nämlich unterscheiden

I. die eigentliche Unterbrechung. Diese ist vorhanden, wenn das Unterbrechungsmoment die Wirkung hat, daß wenn es vor Ablauf der Verjährung eintrat, nun derjenige Theil, welcher bis dahin an der Verjährungszeit abgelaufen war, gar nicht mehr gilt; daß daher, wenn der Unterbrechungsgrund vorüber ist, die Verjährungszeit ganz von vorn wieder angefangen werden muß. Eine solche Unterbrechung tritt ein

1) wenn der Verpflichtete seine Verbindlichkeit ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen (z. B. durch Zinszahlung) gegen den Berechtigten anerkennt[1]. Nach dem Ausspruch einer solchen Anerkennung kann natürlich die Verjährung wieder laufen; aber sie muß dann, wenn sie eintreten soll, von da ab die ganze Verjährungszeit ablaufen; der vor der Unterbrechung an der Verjährungszeit abgelaufene Theil darf nicht eingerechnet werden.

2) Durch Anstellung der Klage gegen den Verpflichteten. Der Berechtigte kann, wenn actio nata ist, jederzeit den Verpflichteten zur Erfüllung mahnen. Durch eine solche Mahnung aber wird die Verjährung nicht unterbrochen, außer der Verpflichtete würde in Folge der Mahnung eine Anerkennung seiner Verbindlichkeit gegen den Berechtigten aussprechen (Nr. 1). Aber es muß doch der Berechtigte ein vom Willen des Verpflichteten unabhängiges Mittel haben, der Verjährung vorzubeugen. Dieses besteht in der Erhebung der Klage gegen den Verpflichteten vor Ablauf der Verjährungszeit. Dieses bildete sich aber im römischen Recht erst allmählich. Im älteren Recht wurde nämlich bei den actiones temporales (§ 104), wenn die Klage angestellt wurde und es zur litiscontestatio kam, der Anspruch unverjährbar[2]. Aber der Anspruch konnte dennoch durch die sog. Pro-

[1] Arndts l. c. Note l. m.

[2] Processualische Konsumtion. Dies drückten die klassischen Juristen ganz richtig aus

ceßverjährung des klassischen römischen Rechts verloren gehen[3]. Diese fiel aber mit dem Untergang des Formularprocesses und so blieb es durchaus bei dem Grundsatz, daß die zur litiscontestatio gebrachten Ansprüche perpetuirt, d. h. unverjährbar wurden[4]. Allein als Theodosius II. die allgemeine Anspruchsverjährung einführte (§ 104), änderte er dies und an dieser Änderung[5] traf Justinian wieder Änderungen und so gilt hierüber nach dem neuesten römischen Recht und bei uns Folgendes. Wenn der Berechtigte vor Ablauf der Verjährungszeit klagt und die Klage dem Beklagten noch vor diesem Ablauf zur Beantwortung mitgetheilt wird, so wird durch diese Ladung des Beklagten[6] die Verjährung unterbrochen und zwar mit der Wirkung, daß wenn dann später der Proceß liegen bleibt, nun von der letzten gerichtlichen Handlung der Parteien oder des Gerichts an die Verjährung zwar wieder zu laufen beginnt, aber nun von da an 40 Jahre zur Verjährung nöthig sind und zwar selbst bei denjenigen Ansprüchen (actiones temporales), für die an sich eine kurze Verjährungszeit gesetzt ist[7]. — Kommt es aber bei nicht verjährtem Recht zum richterlichen Urtheil und wird der Beklagte verurtheilt, so bekommt nun der Kläger ein Recht auf Exekution. Auch dieses Recht (actio iudicati) kann nun verjähren, aber erst von dem Tage an, an welchem das Urtheil rechtskräftig wurde und verjährt von da an (wenn nicht eine Frist gegeben wurde) in 30 Jahren.

Bei der Unterbrechung der Verjährung der Klagen ist noch zu beachten:

a. Wenn die Ladung dem Beklagten nicht behändigt werden kann, z. B. wegen Abwesenheit, so konnte der Kläger durch Protestation[8] die Verjährung unterbrechen und es traten dann die gleichen Wirkungen ein, wie bei der Anstellung und Mittheilung der Klage selbst.

---

durch: post litem contestatam perpetuatur obligatio. D. de iureiur. 12, 2 l. 9 § 3 vgl. de R. I. 50, 17 l. 139.

[3] Vgl. unten § 110. Meine Erörterungen III S. 34 Anm. 38.

[4] Meine Erörterungen III S. 89 f. S. 33—36.

[5] Der 30jährigen Verjährung nach der litiscontestatio.

[6] Resp. Insinuation des Dekrets. Vgl. § 100 Nr. II B. C.

[7] Cod. h. t. 7, 39 cst. 9; de annal. except. 7, 40 cst. 1 § 1. Meine Erörterungen III S. 89—96. Savigny Syst. V S. 316 f. — Viele bezeichnen diese Wirkung der Klaganstellung durch Perpetuation der Klage oder des Anspruchs; allein dies ist unrichtig; denn hier wird bloß eine Verlängerung der Verjährungszeit begründet. Andere bezeichnen sie durch Verjährung der Litispendenz.

[8] Arndts § 110 bei Note k.

b. Wenn der Gläubiger für seine Forderung ein Pfandrecht hat und der Schuldner das Pfand besitzt, so daß also der Gläubiger ihn mit der Klage aus der Forderung und mit der Pfandklage belangen kann, so wird durch die Anstellung der einen Klage auch die Verjährung der andern unterbrochen[9]. So lange aber der Pfandgläubiger das vom Schuldner bestellte Pfand etwa selbst besitzt, läuft die Verjährung der Forderung gegen ihn gar nicht[10].

3) In den Fällen, in welchen zur Verjährung bona fides des Verpflichteten nöthig ist (§ 105 Nr. III), wird sie natürlich unterbrochen, sobald er die Überzeugung bekommt, daß die herauszugebende Sache ihm nicht gehöre, sog. mala fides superveniens.

II. Die bloße Sistirung der Verjährung (praescriptio dormiens, quiescens, ruhende Verjährung) ist darin wesentlich verschieden von der Unterbrechung, daß, wenn ein bloßer Sistirungsgrund eintritt, die Verjährung bloß stille steht, ruht, so lange der Sistirungsgrund besteht, sie aber, sobald er vorüber ist, da wieder fortläuft, wo sie vor Eintritt des Sistirungsgrundes stehen geblieben war, also die vor diesem Eintritt an der Verjährung abgelaufene Zeit in die Verjährungszeit eingerechnet wird. Solche Sistirungsgründe sind, wenn während des Laufs der Verjährung

1) ein rechtliches Hindernis für die Rechtsverfolgung eintritt, also ein Umstand, der dem Berechtigten auf eine gewisse Zeit die Befugnis entzieht, mit einer Anforderung gegen den Verpflichteten aufzutreten[11].

2) Wenn eines derjenigen faktischen Hindernisse der Rechtsverfolgung eintritt, bei welchen (nach § 105 Nr. I 6) die Verjährung nicht läuft, so lange es besteht.

3) Wenn eine Person, gegen welche eine Verjährung nicht läuft (§ 105 I 5) in das Recht eintritt, z. B. durch Beerbung des Berechtigten[12].

---

[9] Cod. de ann. exc. 7, 40 cst. 3.

[10] Cod. h. t. 7, 39 cst. 7 § 5.

[11] Vgl. z. B. Arndts § 523 bei Note b und § 223 bei Note c.

[12] Z. B. wenn mir N. seit dem 1. Januar 1850 1000 Mk. schuldig ist aus einem Darlehn und ich am 1. Januar 1875 von einem 6jährigen Sohn beerbt werde, so steht die Verjährung still, so lange mein Erbe impubes ist; sobald er pubes wird, läuft sie wieder da fort, wo sie im Jahr 1875 stehen geblieben war, so daß jene 25 Jahre eingerechnet werden, die Verjährung also nun nach 5 Jahren vollendet wird.

Beweis der Verjährung.

§ 107.

Die Grundsätze hierüber ergeben sich aus den allgemeinen Grundsätzen über Beweislast und gesetzliche Voraussetzungen (s. § 101). Der Verpflichtete, welcher sich auf Verjährung beruft, hat dieselbe nachzuweisen. Denn die Präsumtion spricht für die Fortdauer des Rechts des Gläubigers[1]. Zu diesem Zwecke hat er aber bloß zu beweisen, daß von der Zeit an, in welcher die Verpflichtung begründet wurde, die gesetzliche Verjährungszeit verstrichen sei. Denn wenn der Beklagte sich darauf beruft, daß eine Unterbrechung oder Sistirung eingetreten sei, oder daß der Verpflichtete (in den § 105 Nr. III angeführten Fällen) in mala fide gewesen sei, oder daß die Verjährung mit Entstehung der Schuld nicht habe beginnen können, weil damals noch nicht actio nata gewesen, z. B. die Forderung eine betagte gewesen und vom Eintritt des dies die Verjährungszeit noch nicht abgelaufen sei, so sind dies Einwendungen, deren Gegentheil von den Gesetzen vorausgesetzt wird, die daher der Berechtigte zu beweisen hat, wenn er die Einrede der Verjährung elidiren will[2].

Wirkung der Anspruchsverjährung.

§ 108.

(Arndts § 111.)

Wenn die Verjährung eines Anspruchs abgelaufen ist, so versteht sich von selbst, daß der bisherige Berechtigte seinen Anspruch gegen den Verpflichteten nicht mehr agendo geltend machen kann. Viele aber[1] glauben, darauf beschränke sich die ganze Wirkung dieser Verjährung; sie bestehe bloß darin, daß der Anspruch unklagbar (eine bloße obligatio naturalis) werde, also fortbestehe und nur nicht mehr durch eine Klage geltend gemacht werden könne; er könne aber immer noch, selbst nach 100 und mehr Jahren, auf jede andere mögliche Weise, z. B. durch eine exceptio compensationis geltend gemacht werden. Nach dieser Ansicht, deren Vertheidiger aber dabei über Einzelnes noch sehr

---

[1] Vgl. § 101 Beilage II Nr. II 4.
[2] Vgl. § 101 Beilage II Nr. II 1—3.
[1] So Savigny V S. 366 f. § 248 f. und die bei Arndts § 277 Anm. 1 Lit. a. Angeführten.

unter sich streiten[2], wäre die Verjährung ein überaus kümmerliches Institut, das seinem Zwecke (vergl. § 92 Beilage) gar nicht entsprechen würde. Sie ist aber entschieden unrichtig. Man muß nämlich unterscheiden:

I. Rechte aus einer Obligation. Ist eine Forderung verjährt, so erlischt sie nicht sofort ipso iure, sondern die Verjährung hat nur die Wirkung, daß nun (wie beinahe allgemein zugegeben wird), der Verpflichtete gegen die Forderung sich schützen kann durch eine exceptio peremtoria, die exceptio temporis, die Einrede der Verjährung. Der regelmäßige Charakter der peremtorischen Exceptionen aber ist, daß, wenn der Verpflichtete von ihnen Gebrauch macht, die Forderung dadurch völlig zerstört wird (§ 102 Beilage I Nr. 1. 3). Da nun die Quellen hiervon bei der exceptio temporis keine Ausnahme machen und sogar ausdrücklich erklären, durch die Einrede der Verjährung werde der Anspruch des Berechtigten ein ius extinctum und werde die obligatio eine finita[3], so muß es auch hier bei der Regel bleiben, also muß durch die exceptio temporis der ganze Anspruch selbst vernichtet werden[4]. Hiernach wird

1) die Forderung durch die Verjährung anfechtbar[5]. Wenn daher der Schuldner von dieser Anfechtbarkeit excipiendo Gebrauch macht, so wird nun seine Schuld mit allen Anhängen aufgehoben und vernichtet und zwar so, daß er selbst Rückstände, z. B. rückständige Zinsen, auch wenn für diese die Verjährung noch nicht abgelaufen sein sollte, nicht mehr zu zahlen hat[6].

2) Der Gläubiger kann nun die Forderung in keiner Weise mehr geltend machen, auch nicht excipiendo oder replicando; er kann also namentlich die verjährte Forderung nicht mehr zur Kompensation benutzen gegen eine Schuld, die er erst nach abgelaufener Verjährung seiner Forderung kontrahirte[7].

3) Da ein Bürge sich auch mit den Einreden schützen kann, welche der Hauptschuldner gegen die Forderung hat, so hat auch er,

---

[2] Vgl. Arndts § 277 Anm. 1 Lit. α. β.
[3] Cod. h. t. 7, 39 cst. 4; D. de O. et A. 44, 7 l. 6.
[4] S. die bei Arndts § 277 Anm. 1 Lit. b. Angeführten. Mein Württemb. Privatrecht II § 119 und nun auch Windscheid Pandekten § 112.
[5] Im Sinne von § 69 Beilage I Nr. 2 und des in § 84 Nr. II Ausgeführten.
[6] C. de usur. 4, 32 cst. 26 pr. und oben § 38 Nr. VI.
[7] D. de compens. 16, 2 l. 14.

wenn die Hauptschuld verjährt ist, die exceptio temporis, welche dem Hauptschuldner zusteht, gegen die Forderung aus der Bürgschaft[8].

4) Das Gleiche müßte eigentlich auch beim Pfandrecht gelten. Denn, wenn für eine Forderung ein Pfandrecht bestellt ist, sie aber durch Einreden angefochten werden kann, so kann auch der Besitzer des Pfandes, wenn er auf Herausgabe des Pfandes verklagt wird, sich dieser Einrede bedienen und dadurch den Anspruch des Gläubigers auf Herausgabe perimiren, sollte auch die Verjährungszeit für die Pfandklage noch nicht abgelaufen sein. Indeß nehmen doch die Meisten, selbst von Denen, die im Übrigen die richtige Ansicht über die Wirkungen der Anspruchsverjährung haben, das Gegentheil, also auch hier eine Ausnahme an[9].

5) Bei einer anfechtbaren Forderung kann der Schuldner auf sein Anfechtungsrecht verzichten[10]. Dies gilt natürlich auch bei einer Forderung, welche durch Verjährung anfechtbar geworden ist. Ein Verzicht auf das Anfechtungsrecht aber liegt auch darin, wenn der Schuldner die verjährte Schuld zahlt, während er weiß, daß sie verjährt ist. Die Zahlung ist daher nun unwiderruflich gültig; zahlt er dagegen ohne zu wissen, daß die Verjährung abgelaufen ist, so kann er das Gezahlte mit der condictio indebiti zurückfordern[11].

II. Bei Ansprüchen aus einem dinglichen Recht ist zu unterscheiden:

1) Manche dingliche Rechte sind schon an sich einer besonderen erlöschenden Verjährung unterworfen, z. B. Servituten. In einem solchen Fall geht das dingliche Recht selbst und eben damit auch die dasselbe schützende Klage und jeder Anspruch, welcher auf dasselbe

---

8 D. de except. 44, 1 l. 19.

9 Dies wegen des Umstandes, daß nach Cod. h. t. 7, 39 cst. 7 wenn der Schuldner oder sein Erbe das Pfand besitzt, die Pfandklage erst in 40 Jahren verjähren soll, während die Schuld selbst in der Regel schon in 30 Jahren verjährt. Man nimmt deßhalb, auch meist die Praxis, an, daß in diesem Falle der Pfandanspruch unabhängig sei von der Verjährung der Schuld, für die das Pfandrecht bestellt ist, daß also, wenn die Schuld verjährt, aber die besondere Verjährungszeit der Pfandklage noch nicht abgelaufen ist, diese immer noch angestellt werden könne, also der Pfandgläubiger noch seine verjährte Forderung indirekt durch Realisirung des Pfandrechts geltend machen könne. Dieses würde freilich eine große Anomalie sein und es ist mehr als zweifelhaft, ob es im Sinn der cst. 7 cit. liegt. Allein die herrschende Ansicht nimmt es durchaus an.

10 Vgl. § 84 Nr. II.

11 Vgl. Arndts § 341 Note h. — Zu beachten ist aber, daß auch im letzteren Falle manche Partikularrechte die Rückforderung versagen.

gegründet werden kann, durch die Verjährung verloren (vergl. § 103 Nr. 1).

2) Ein Anspruch aus einem dinglichen Recht kann auch dadurch verloren gehen, daß ein Dritter den Gegenstand desselben ersitzt. Wenn z. B. Jemand meine Sache besitzt und sie usukapirt, so verliere ich dadurch mein Eigenthum und dadurch geht natürlich auch mein Anspruch auf Herausgabe der Sache, meine rei vindicatio verloren.

3) Tritt keiner dieser Fälle ein, so gilt auch bei Ansprüchen aus dinglichen Rechten die in Vorstehendem ausgeführte Verjährung; nur ist dabei zu beachten, daß durch diese Verjährung bloß der Anspruch untergeht, den der Berechtigte vermöge der Verletzung seines dinglichen Rechts an den bestimmten Gegner hatte, der ihn in der Ausübung seines Rechts störte, z. B. ihm seine Sache vorenthielt; aber sein dingliches Recht selbst geht dadurch nicht unter [12].

Übrigens kommt gerade bei dem Eigenthum diese erlöschende Anspruchsverjährung selten zur Anwendung; denn wenn der Besitzer einer fremden Sache in mala fide ist, so verjährt der Anspruch gegen ihn nach dem kanonischen Recht gar nicht (vergl. § 105 Nr. III). Ist er aber in bona fide, so erwirbt er in der Regel durch Ersitzung das Eigenthum der Sache, und zwar durch 30jährigen Besitz, und wenn er die Sache iusto titulo besaß, schon früher, so daß das Eigenthum des bisherigen Eigenthümers ganz erlischt. Indessen giebt es doch Fälle, in denen auch hier eine bloße erlöschende Verjährung des Anspruchs eintreten kann, z. B. wenn Jemand meine Sache, die mir nach deutschrechtlichem Begriffe gestohlen oder geraubt wurde, bona fide besitzt: so kann er diese gar nicht ersitzen (vergl. Arndts § 164); ich bleibe also, auch wenn er sie noch so lange besitzt, ihr Eigenthümer; aber mein Anspruch gegen ihn auf Herausgabe der Sache verjährt nach 30 Jahren.

---

[12] Es gilt hier ganz das in § 102 Beilage I unter Nr. 4 Ausgeführte. Z. B. wenn Jemand meine Sache besitzt und ich belange ihn nicht während der Verjährungszeit auf Herausgabe der Sache: so erlischt dadurch nicht mein Eigenthum; es wird bloß mein Anspruch, den ich gegen ihn oder seine Rechtsnachfolger auf Herausgabe der Sache habe, durch die eingetretene Verjährung anfechtbar, so daß diese, wenn ich gegen sie auf Herausgabe klage, meinen Anspruch durch die exceptio temporis peremiren könnten; aber Eigenthümer der Sache bleibe ich, und wenn daher später die Sache in die Hände eines Dritten kommt, welcher nicht Rechtsnachfolger jenes Besitzes ist: so kann ich von diesem Dritten sie vindiciren, da mein Eigenthum nicht erloschen und gegen ihn meine rei vindicatio nicht verjährt ist.

Die Verjährung der Einreden.

§ 109.

Die Einreden dienen dazu, uns gegen unberechtigte Ansprüche eines Klägers zu schützen; wir können daher nicht die Zeit bestimmen oder wählen, in welcher wir von ihnen Gebrauch machen wollen, sondern müssen eben abwarten, bis ein Kläger uns angreift. Deßhalb gehen Einreden in der Regel durch Verjährung nicht verloren[1]. Anders ist es dagegen, wenn die Einrede eine solche ist, welche sich lediglich auf ein Recht stützt, das man hätte klagend geltend machen können. Ist dieses Recht (dieser Anspruch) verjährt, so kann auch die darauf gestützte Einrede nicht mehr geltend gemacht werden, da man einen verjährten klagbaren Anspruch in keiner Weise mehr geltend machen kann, also auch nicht excipiendo. In solchen Fällen bildet der verjährte Anspruch das einzige Fundament der Einrede; auf einen verjährten Anspruch aber kann man nicht ein Recht stützen, und so kann die Einrede durch Berufung auf die Verjährung ihres Fundaments, durch eine replica temporis befestigt werden[2].

Einfluß der Einleitung eines Processes auf das materielle Recht.

§ 110.

(Arndts § 113.)

Einem Berechtigten sollte, sobald sein Anspruch fällig ist und von ihm geltend gemacht wird, das ihm Gebührende vom Verpflichteten

[1] Dies allein sagt D. de doli exc. 44, 4 l. 5 § 6 (s. Arndts § 111 Anm.), d. h. sie sagt bloß: Rechte, die man nur excipiendo geltend machen kann, sind einer erlöschenden Verjährung nicht unterworfen, z. B. die exceptio retentionis oder doli des Besitzers einer fremden Sache gegen die gegen ihn angestellte rei vindicatio wegen nothwendigen Aufwandes, den er auf die Sache gemacht hatte; denn der Besitzer hat keine Klage, mit welcher er diesen Aufwand ersetzt verlangen könnte, kann daher sein Recht darauf nur dadurch geltend machen, daß er, wenn er belangt wird, sich darauf beruft, er brauche die Sache nicht eher herauszugeben, als bis der Aufwand ersetzt sei; ebenso die exceptio excussionis des Bürgen und die exceptio divisionis der Mitbürgen.

[2] Es ist daher falsch, wenn Manche die Regel aufstellen: quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua. Z. B. ich habe von N. ein Pferd auf Kredit gekauft, finde aber kurz darauf, daß es Fehler hatte, wegen welcher ich mit der actio redhibitoria Aufhebung des Kaufs verlangen kann; dieser Anspruch auf Aufhebung des Kaufs aber verjährt in 6 Monaten (Arndts § 304 Note k.). Allein ich versäume, die Klage anzustellen und nach einem Jahr belangt mich N. mit der actio venditi auf Zahlung des Kaufpreises; hier kann ich nun nicht mehr excipiendo mich auf die Fehlerhaftigkeit der Sache berufen und Aufhebung des Vertrags und Freisprechung von der Klage verlangen; denn diesen Anspruch habe ich verjähren lassen und einen verjährten Anspruch kann man in keiner Weise mehr geltend machen.

sofort geleistet werden. Allein nur zu oft geschieht dies nicht und ist er zu klagen genöthigt. Der dann entstehende Proceß aber kann sich lange hinausziehen und jede längere Dauer des Processes kann dem Berechtigten mannigfach nachtheilig sein; er entbehrt während des Processes Das, was ihm gebührt, kann es nicht genießen, keinen Vortheil daraus ziehen; die schuldige Sache, welche der Beklagte in Händen hat, kann während des Processes durch den Beklagten Schaden leiden u. s. w. Gegen solche Nachtheile nun muß der Berechtigte (für den Fall, daß er siegt) möglichst geschützt, also die Dauer des Processes für ihn unschädlich gemacht werden. Aus diesem Grunde muß durch die Einleitung des Processes das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien gewisse Modifikationen erleiden. Ein Theil dieser Modifikationen tritt nach römischem Recht schon mit dem Tage der Mittheilung der Klage an den Beklagten ein, also mit der Ladung oder dem sog. ersten Dekret (§ 100 II B und C), ein Theil aber erst mit der litiscontestatio[1]. Die einzelnen Modifikationen sind folgende:

I. Wirkungen, welche schon mit der Insinuation der Klage an den Beklagten, mit der Ladung (oder dem sog. ersten Dekret) eintreten:

1) Wenn der Kläger obsiegt, so kann er in der Regel Alles ansprechen, was er gehabt hätte, wenn ihm der Beklagte gleich nach der Ladung das Schuldige geleistet haben würde. Er kann also, wenn sein Recht auf Herausgabe einer Sache geht, mit dieser auch noch die Früchte ansprechen, welche der Beklagte von der Ladung ab aus ihr zog; ferner Ersatz wegen Beschädigung durch dolus oder culpa während des Processes; überhaupt kann er die Sache cum omni causa verlangen[2].

2) Eine Verjährung, in welcher der Beklagte begriffen ist, wird, wenn vor ihrer Vollendung geklagt wird, durch die Ladung

---

[1] Manche aber, wie Savigny und Arndts, wollen bei uns alle diese Wirkungen an den Tag der Ladung knüpfen, weil dies das Zweckmäßigste sei. Allein wir sind doch nicht befugt, Das, was unser positives Recht von der Zeit der litiscontestatio abhängig macht, von einem früheren Proceßabschnitt abhängig zu machen, bloß weil es uns zweckmäßig erscheint. Hiernach muß Das, was das römische Recht erst von der litiscontestatio abhängig macht, auch bei uns mit unserer Litiskontestation eintreten, also mit der Einlassung des Beklagten auf die Klage, weil diese bei uns mit demselben Zeitpunkt korrespondirt (§ 100 Nr. II C.).

[2] Arndts l. c. Anm. 4 Lit. b. c. (vgl. ebendaselbst § 167, 533). Meine Erörterungen III S. 105 f.

unterbrochen[3], und zwar so, daß, wenn der Proceß liegen bleibt, von der letzten gerichtlichen Handlung an die Verjährung nun erst in 40 Jahren eintritt. Dies gilt nicht bloß bei der Verjährung klagbarer Ansprüche (§ 106), sondern in allen Fällen der Verjährung, namentlich auch bei der Ersitzung des Eigenthums[4].

3) Wenn der Kläger eine Sache als ihm gehörig mit einer dinglichen Klage fordert, so darf von der Ladung an der Beklagte diese nun im Streit befangene Sache, res litigiosa, nicht ohne Zustimmung des Klägers veräußern[5].

4) Wenn der Beklagte ein Kapital von fungibeln Sachen, namentlich Geld schuldet und im Proceß unterliegt, so ist er verbunden, für die Zeit von der Ladung an Zinsen aus der schuldigen Summe zu zahlen, sog. Proceßzinsen[6].

II. Einige Wirkungen treten erst mit der litiscontestatio ein, also bei uns mit der Einlassung des Beklagten auf die Klage[7]. Diese Wirkungen sind außer der sog. processualischen Konsumtion des älteren römischen Rechts (s. § 111) und außer den schon oben (§ 90 Nr. I 1 und § 89 Nr. II 2) erwähnten Fällen:

1) Begründung einer ficta possessio Dessen, qui liti se obtulit[8].

2) Der Kläger darf seinen Anspruch, wenn es darüber zur litiscontestatio gekommen ist (actio litigiosa), nicht mehr an Andere abtreten, wenn nicht der Beklagte zustimmt. Tritt er ihn doch ab, so braucht sich der Beklagte, wenn nun der Cessionar gegen ihn klagt, auf dessen Klage gar nicht einzulassen und hat bloß den ursprünglichen Kläger als seinen Gegner anzuerkennen[9].

3) Nach dem [älteren] gemeinen deutschen Recht muß ein Beklagter mit seiner litiscontestatio auch alle Einreden, die ihm etwa

---

[3] Arndts l. c. Anm. 4 Lit. e.
[4] Über diese bestrittene Frage vgl. die Lehre vom Eigenthum.
[5] Hierüber s. unten die Beilage.
[6] S. die Lehre von den Zinsen.
[7] Vgl. § 100 Nr. II C.
[8] Arndts l. c. Lit. g. S. des Näheren die Lehre von der rei vindicatio.
[9] Cod. de litigios. 8, 37 cst. 2, cst. 4 init. Diese Bestimmung ist freilich unpassend, aber gemeinrechtlich ist ihre Geltung nicht in Abrede zu ziehen. Natürlich aber kann ein Kläger, welcher im Proceß siegte und dadurch das Recht erhält, auf Exekution des Urtheils zu klagen, diesen Anspruch an Andere abtreten, weil dieser noch gar nicht litigios ist.

gegen die Klage zustehen, vorbringen. Unterläßt er es, so verwirkt er die Einreden, die er nicht vorbrachte.

Beilage. Veräußerung des Streitgegenstandes durch den Beklagten oder den mit einer Klage Bedrohten.

A. Veräußerungsverbot der res litigiosa. Wenn ein Proceß begonnen hat, ist es in gewissen Fällen dem beklagten Besitzer des Streitgegenstandes untersagt, diesen während des Processes zu veräußern; der Streitgegenstand ist in diesen Fällen res litigiosa im technischen Sinn. Dieses Verbot bestand (mit Ausnahme der Theilungsklagen, s. Nr. V; häufig führt man noch l. 3 D. de litig. 44, 6 als Ausnahme an, s. aber dagegen W. Francke Kommentar über die Pandekten Tit. de hereditatis petit. I 1864 S. 32, 33) nicht schon im vorjustinianischen Recht (was häufig übersehen wurde), sondern wurde erst durch Justinian in C. de litig. 8, 37 cst. 4 eingeführt; s. Bachoven Ausgewählte Lehren des Civilrechts 1848 S. 55 f., Francke a. O. S. 31 f. S. 37—49; vgl. auch D. de R. V. 6, 1 l. 18. Da aber die cst. 4 cit. manche Zweifel veranlaßte: so erließ Justinian neun Jahre später eine authentische Interpretation derselben in Nov. 112 praef. und cap. 1, hauptsächlich um die Fälle näher zu bestimmen, auf welche sich das Verbot bezieht, ut in posterum extra controversiam sit, quas res litigiosas vocari conveniat. Allein ungeachtet dieser authentischen Interpretation ist doch beinahe Alles, was sich auf jenes Verbot bezieht, bestritten, wobei aber Viele die Grundsätze über die dem Kläger verbotene Veräußerung seines im Streite befangenen Rechts, wovon allein z. B. Gaius Inst. IV § 47, D. l. c. l. 1, 2, quae res pign. 20, 3 l. 1 § 2, C. l. c. cst. 1—3 sprechen (v. Vangerow Pandekten I § 160 S. 256 f. und besonders Francke a. O. S. 33—48, der Letztere auch S. 43 f. über D. ad SC. Vellei. 16, 1 l. 27 § 1, de litig. l. 1 pr.) verwechseln mit der dem Beklagten untersagten Veräußerung der von ihm besessenen res litigiosa (Fälle, welche auch Arndts § 113 Anm. 4 Lit. h nicht gehörig trennt), und den Zweck der Nov. 112 und eben damit ihre Bedeutung nicht gehörig beachten (ein auffallendes Beispiel in diesen Beziehungen ist die Ausführung von A. Brinkmann Darstellung der rechtlichen Grundsätze über die Litigiosität. 1849 S. 55—60, auch die von Heimbach im Rechtslexikon III S. 733—735). Die Grundsätze über die dem Beklagten untersagte Veräußerung des Streitgegenstandes gehen dahin:

I. Das Verbot bezieht sich nicht auf alle Fälle, in denen der Besitzer einer Sache belangt wird, wie Manche meinen, auch nicht auf alle Fälle dinglicher Klagen mit Ausnahme der Pfandklage, wie Andere glauben, sondern bloß auf den Fall, wenn der Kläger eine bewegliche oder unbewegliche Sache als ihm gehörig von dem Besitzer mit einer dinglichen Klage fordert; bloß in diesen Fällen gilt die Sache als res litigiosa (sancimus, ut litigiosa dicatur res mobilis vel immobilis, de cuius dominio quaestio movetur) Nov. 112 cap. 1. Das Verbot galt also bloß bei der rei vindicatio, der Publiciana in rem actio, bei der hereditatis petitio (denn auch bei dieser de dominio quaestio movetur), und, wie wenigstens die Praxis stets annahm, bei der rei vindicatio utilis, welche wegen eines Emphyteutrechts oder Superficiarrechts angestellt wird. — Aber auch in diesen Fällen ist von dem Verbot ausgenommen, also die Veräußerung zulässig, wenn sie a. zum Zwecke der Ausstattung zur Heirath, oder b. in Folge einer Theilung, oder c. eines Vergleichs oder d. aus Nothwendigkeit in den Fällen von § 69 Beilage II a. E. Nr. 1, 3 geschah, C. h. t. 8, 37 cst. 4, Nov. 112 cap. 1. Manche meinen, zu diesen Ausnahmen gehöre auch, wenn der Kläger den Proceß aus Chikane erhoben habe. Allein davon, daß in einem solchen Falle der Beklagte veräußern dürfe, sagen die Quellen kein Wort. Wohl aber kann der Beklagte in einem solchen Falle, wenn der Kläger durch das Endurtheil abgewiesen wird, mit einer actio in factum vom Kläger Ersatz für den Schaden (auch für das lucrum cessans) verlangen, den er z. B.

dadurch erlitt, daß ihm während des Processes die Veräußerungsmöglichkeit entzogen war; D. de dol. 4, 3 l. 33. — Von selbst versteht es sich, daß der Beklagte die res litigiosa einem Dritten vermachen kann (denn dies ist keine Veräußerung, § 69 Beilage II); in einem solchen Falle hat der Erbe den Proceß auf Gefahr des Vermächtnisnehmers, der aber auch an dem Streite theilnehmen kann, zu führen; C. h. t. cst. 4 a. E. Nov. 112 cap. 1.

II. Die Litigiosität der Sache, also die Unzulässigkeit der Veräußerung in den unter Nr. 1 angeführten Fällen tritt nicht erst mit der litiscontestatio ein, wie Viele meinen, sondern schon mit der Ladung, also sobald dem Beklagten die Klage zur Einlassung mitgetheilt ist. Dieses bestimmte Justinian schon in cst. 4 cit.; denn zu Justinians Zeit bedeuteten die Ausdrucke lis pendens und res in iudicium deducta (cst. 4 pr. § 1 cit.) den Zeitpunkt der Ladung (Meine Erörterungen III S. 70), und in Nov. 112 cap. 1 bezeichnet er noch ausdrücklich diesen Zeitpunkt als den maßgebenden.

III. Wenn der Beklagte gegen das Verbot die Sache während des Processes veräußert: so soll nach der herrschenden Ansicht die Veräußerung schon an sich null und nichtig sein und daher der Veräußerer selbst das Recht haben, die Sache zurückzufordern, so z. B. auch Vangerow Pandekten § 299 Nr. 1 § 160 Nr. V, 5 und nach römischem Recht auch Zimmermann im Arch. f. civ. Prax. Bd. 25 S. 440, S. 36, S. 54 f. Jedenfalls würde dieses eine ungeeignete Bestimmung sein; sie ist aber auch nicht in den Quellen enthalten. Vielmehr geben diese bloß dem Kläger das Recht, die an sich gültige Veräußerung anzufechten; denn die cst. 4 ct. spricht bloß von rem redhibere und rei alienationem irritam facere; Mein Württemb. Privatrecht II § 71 Note 33, nun auch Windscheid Pandekten § 125 Note 7 a. E. Es führt daher der Kläger den begonnenen Proceß gegen den Veräußerer fort, kann aber verlangen, daß die Sache von dem Erwerber wieder herausgegeben (cst. 4 cit.), und bis zur Entscheidung des Processes im Nothfalle sequestrirt werde, und wenn er gegen den Veräußerer siegt, die vom Erwerber zurückerstattete Sache im Wege der Exekution ansprechen. Streit ist hier noch darüber, ob, wenn der Proceß, noch ehe die Sache vom Erwerber herausgegeben wurde, gegen den Beklagten (den Veräußerer) entschieden wurde, nun auch der Erwerber der Sache dieses Urtheil gegen sich gelten lassen müsse. Diese Frage wird von Vielen bejaht, besonders auf Grund der cst. 2 C. h. t. Allein diese Stelle spricht von einem ganz anderen Falle, von dem, wenn der Kläger während des Processes sein Recht veräußert. Vielmehr wird, wenn der beklagte Besitzer veräußert, jene Frage an sich zu verneinen sein, d. h. der obsiegende Kläger kann eine Exekution des gegen den Beklagten gefällten Urtheils gegen Den, der vor dem Urtheil die Sache erwarb und am Processe nicht theilnahm, nicht verlangen (vgl. Savigny Syst. VI S. 470 und besonders Eigenbrodt in dem Marburger Arch. f. prakt. Rechtsw. VII S. 201 f.). Aber er kann ja, wenn er nur zu beweisen im Stande ist, daß die Veräußerung nach der Ladung geschah, die Veräußerung anfechten und mit einer gegen den Erwerber anzustellenden Revokationsklage verlangen, daß Dieser die Sache herausgebe, und so erreicht er auf diesem Wege seinen Zweck, ohne erst gegen den Erwerber einen Proceß über ein Recht an der Sache führen und gegen ihn den Beweis dieses Rechts (des Eigenthums) beibringen zu müssen. S. auch noch unten Lit. b Nr. I, b.

IV. Die Strafen, welche C. h. t. cst. 4 für den Veräußerer und den mit der Litigiosität der Sache bekannten Erwerber festsetzte, sind bei uns außer Anwendung. Noch weiter geht aber Zimmermann im Arch. f. civ. Prax. Bd. 36 S. 55—66, indem er behauptet, daß durch eine gültige allgemeine deutsche Praxis das römische Verbot der Veräußerung einer res litigiosa überhaupt aufgehoben worden und bei uns eine solche Veräußerung ganz zulässig sei und sie nur die Folge habe, daß der Erwerber das gegen den beklagten Veräußerer ergangene Urtheil gegen sich gelten lassen müsse (vgl. auch unten B I, b). Allein hieran ist nur so viel richtig, daß die Praxis mancher Gerichte theils willkürlich über das römische Recht und selbst über das kanonische Recht, von welchem

das römische hierin ausdrücklich bestätigt wurde (X. d. const. 1, 2 cap. 10, ut lite pend. 2, 16 cap. 3) sich hinwegsetzte, theils es unrichtig auffaßte; unerweislich ist aber, daß hieraus sich ein Gewohnheitsrecht bildete. Vielmehr bezeugen auch viele Praktiker älterer und neuerer Zeit durchaus die Anwendbarkeit der römischen Bestimmungen; s. z. B. die Nachweisungen bei v. Langenn und Kori Erörterungen II S. 182 f. und bei Brinkmann a. a. O. S. 153 f. und die von Zimmermann selbst a. a. O. Bd. 35 S. 449 Note 38 Angeführten.

V. Manche wollten das Veräußerungsverbot auch bei Processen über persönliche Klagen, welche gegen den Besitzer oder Inhaber einer Sache angestellt werden, anwenden. Allein mit Recht erklärte sich doch die vorherrschende Ansicht stets dagegen; s. nun auch Francke a. O. S. 55. Nur der mit einer Theilungsklage belangte Miteigenthümer (d. h. mit der actio communi dividundo oder familiae herciscundae, nicht auch bei der actio finium regundor. D. fin. reg. 10, 1 l. 9, Francke a. O. S. 54) darf während des Processes seinen Antheil nicht ohne Zustimmung seiner Miteigenthümer veräußern; C. comm. div. 3, 3 cst. 1 D. fam. herc. 10, 2 l. 13. Daß aber im Übrigen das Verbot sich nur auf gewisse dingliche Klagen bezieht, ergiebt sich aus Nr. I. Wenn ich daher den A., der mir seine Sache verkauft hatte, mit der actio emti auf Übergabe der Sache belange und er verkauft die Sache während des Processes an einen Dritten und übergiebt sie diesem: so kann ich diese Veräußerung nicht anfechten und habe auch sonst keine Klage gegen den Dritten, da ich nicht Eigenthümer der Sache bin; sondern ich kann bloß von A. Ersatz meines Interesses verlangen, weil er die schuldige Sache durch seine Schuld mir nicht leisten kann; ebenso ist es, wenn ich ein Vorkaufsrecht in Bezug auf die Sache des A. habe, er sie später an einen Dritten verkaufen will und ich ihn deßhalb dahin belange, daß er mir beim Verkauf den Vorzug einräume, er aber dennoch die Sache dem Dritten verkauft und übergiebt. Zwar will in solchen Fällen Zimmermann im Arch. f. civ. Prax. Bd. 36 S. 61—66 dem Kläger eine Klage gegen den dritten Erwerber auf Herausgabe der Sache einräumen, eine actio revocatoria oder eine in integrum restitutio. Allein eine solche Klage würde, selbst wenn der Dritte mein persönliches Recht kannte, den anerkanntesten Grundsätzen widerstreiten (der Dritte beging ja kein Delikt, da der Beklagte als Eigenthümer befugt war, seine Sache zu veräußern, vgl. auch C. de rer. perm. 4, 64 cst. 4, de her. vend. 4, 39 cst. 6). In der That wissen auch von einer actio revocatoria gegen den Dritten unsere Rechtsquellen und ebenso unsere Praxis Nichts, und für eine in integrum restitutio liegt in solchen Fällen keine von den Gesetzen anerkannte causa restitutionis vor; denn daß von einer restitutio ex capite absentiae, welche hier Zimmermann anwenden will, nicht die Rede sein kann, eben so wenig von einer analogen Anwendung der actio Pauliana (diese Klage kann nach Umständen direkt hier anwendbar sein, aber natürlich nur wenn alle Erfordernisse derselben im konkreten Falle vorliegen), bedarf wohl keines Beweises. — Allerdings aber können durch eine solche Veräußerung die Interessen des Klägers, dem der Beklagte obligirt ist, empfindlich gefährdet werden und deßhalb muß er das Recht haben, Vorkehrungen dagegen zu treffen, aber er muß Dieses thun, ehe ein Dritter ein Recht an der Sache durch die Veräußerung erworben hat. Er kann daher, wenn er sein Interesse bescheinigen kann, vom Richter verlangen, daß dem Beklagten bis zu Austrag der Sache die Veräußerung untersagt werde; veräußert dann doch der Beklagte gegen das richterliche Verbot: so ist die Veräußerung ungültig; arg. D. de usurp. 41, 3 l. 12.

B. Von dem Verbot der Veräußerung einer res litigiosa muß man folgende wandte Institute wohl unterscheiden, welche von Manchen mit demselben theils mengt, theils verwechselt werden:

I. Das Haften Dessen, der dolo desiit possidere, für die litis timatio, d. h. für Das, was dem Kläger der Proceß werth ist (Werth des itgegenstandes und überhaupt das gesammte Interesse des Klägers). Dieses ht sich auch auf Veräußerungen und zwar

a. auf Handlungen vor dem Proceß. Der Besitzer einer fremden Sache oder Erbschaft, welcher ohne noch auf Herausgabe der Sache belangt zu sein, dolo desiit possidere, kann wegen seines dolus so belangt werden, als ob er die Sache noch besäße, und wird, wenn der Kläger sein Recht an dem Gegenstande nachweisen kann, als fictus possessor in die Bezahlung der litis aestimatio verurtheilt. Darüber s. die Lehre von der rei vindicatio.

b. auf Handlungen während des Processes. Der Besitzer einer Sache (oder Erbschaft), welcher auf Restitution oder Exhibition derselben verklagt ist, macht sich (schon nach dem römischen Recht der klassischen Zeit) für den Werth des Proceßgegenstandes verantwortlich, wenn er ihn während des Processes nach der Insinuation der Klage veräußert; beweist der Kläger sein Recht auf den Gegenstand: so haftet der Veräußerer auch hier als fictus possessor für die durch das iuramentum in litem des Klägers zu bestimmende litis aestimatio (s. die Lehre von der rei vindicatio). — Zwar glaubt Zimmermann im Arch. f. civ. Prax. Bd. 35 S. 444, bei Eigenthumsklagen sei diese Haftung des Besitzers weggefallen in Folge der oben Lit. A angeführten Bestimmungen Justinians; er macht deßhalb den Lehrbüchern einen großen Vorwurf, daß sie jene Haftung noch als geltendes Recht bei der rei vindicatio anführen! Allein nicht bloß unsere Lehrbücher, sondern auch unsere Praktiker behandeln sie, und zwar ganz mit Recht, als noch ganz gültig, weil gewiß Justinian nicht daran dachte, sie durch seine Bestimmungen über res litigiosae aufzuheben, zumal da das Recht auf die litis aestimatio dann dem Kläger von besonderer Wichtigkeit ist, wenn die veräußerte Sache verschleudert worden oder sonst nicht zu bekommen ist; s. nun auch Eigenbrodt a. O. S. 208 f.; Francke a. O. S. 52, 53. Es hat vielmehr in den oben unter A, I angeführten Fällen der Kläger die Wahl, entweder von dem unter A, III angeführten Anfechtungsrecht Gebrauch zu machen oder die litis aestimatio von dem Beklagten als fictus possessor zu verlangen.

II. Das Verbot der alienatio iudicii mutandi causa. Dieses bezieht sich nicht auf Veräußerungen während des Processes, sondern bloß auf solche, die vor dem Processe vorgenommen werden; D. de alienat. iud. mut. c. 4, 7 l. 8 § 1 (Dieses ist z. B. übersehen worden von Pagenstecher Die römische Lehre vom Eigenthum 1857 S. 92, der das Institut völlig mißverstand). Es ist nämlich dem Besitzer einer Sache, welcher wegen derselben von Jemandem in Anspruch genommen zu werden besorgt, untersagt, die Sache in der Absicht an einen Dritten zu veräußern, um dadurch den wirklich oder angeblich Berechtigten bei einem künftigen Processe wegen ihr in eine lästigere oder nachtheiligere Lage zu bringen; D. l. c. l. 1 pr. l. 4 § 2, 4 l. 8 § 2. Namentlich gehört hierher, wenn der Besitzer die Sache in jener Absicht an Jemanden veräußert, a. der an einem entfernteren Orte wohnt (D. l. c. l. 1 § 1 l. 2 l. 3 pr.), oder b. gegen welchen eine Klage wegen der Sache gar nicht oder nicht in dem Umfange angestellt werden kann, in welchem sie gegen den Veräußerer zulässig war; D. l. c. l. 3 § 2, 3, 4 l. 4 pr. — Die dennoch vorgenommene Veräußerung ist aber auch hier keineswegs nichtig, vielmehr nicht nur gültig, sondern auch unanfechtbar; der durch die Veräußerung in seinem Interesse Verletzte kann aber mit einer actio in factum (einer actio rei persecutoria ex delicto, die aber schon in einem Jahre verjährt, D. l. c. l. 4 § 6 l. 5—7) auf Ersatz des ihm dadurch zugegangenen Schadens und entgangenen Gewinns, also seines gesammten Interesses klagen; D. l. c. l. 1 pr. l. 3 § 2, 4, 5 l. 4 § 5, 6 l. 8 § 2, 5. — Wohl zu beachten ist aber, daß die Ersatzklage nicht stattfindet 1) wenn die Veräußerung nicht in der Absicht geschah, den Gegner in eine beschwerlichere Lage zu bringen, z. B. wenn man veräußerte, weil man mit dem drohenden Processe eben Nichts zu thun haben will u. dergl., D. l. c. l. 4 § 1, 3 l. 8 § 5 l. 9, 10 pr.; 2) wenn der Kläger in den vorhin unter b. angeführten Fällen nicht beweisen kann, daß ihm wirklich das betreffende Recht in Beziehung auf die Sache gegen den Veräußerer zugestanden habe, D. l. c. l. 4 § 5 (gewöhnlich wird in dieser Beziehung behauptet, der Kläger habe bloß die dolose Veräußerung, nicht aber sein Recht zu beweisen und der § 5 cit. spreche

bloß von einer Einrede des beklagten Veräußerers, rem non fuisse petitoris, z. B. Glück Pandektenkomm. VI S. 63 und die dort Angeführten und Sintenis Civilr. II 124 Note 20 a. E.; allein unmöglich kann man hier dem Beklagten den Beweis des Nichtrechts auferlegen; vielmehr muß der Kläger in solchen Fällen sein Recht beweisen; denn er muß doch nachweisen, daß durch die Veräußerung sein Interesse verletzt sei, in den Fällen von b. aber ist es nur dann verletzt, wenn ihm wirklich das betreffende Recht zustand); 3) wenn der Veräußerer bereit ist, die ursprüngliche Klage gegen sich als fingirten Besitzer (auf ihren ganzen Betrag in Geld) richten zu lassen, D. l. c. l. 3 § 5. Vgl. auch Savigny Syst. VII S. 103—105. — Zwar ist die angeführte Ersatzklage in vielen Fällen unnöthig geworden und weggefallen, durch die eingeführte Haftung Dessen, der dolo desiit possidere (Nr. I, a). Allein wenn Manche z. B. Hommel Rhaps. quaest. V obs. 683 glauben, daß sie dadurch ganz unpraktisch geworden sei: so ist dies falsch, wie schon die römischen Quellen selbst bemerken, D. l. c. l. 4 § 1; theils kann man die Ersatzklage noch anstellen, wenn man auch die Sache vom dritten Erwerber wirklich bekommen hat, theils findet sie ja auch in Fällen statt, in denen von einem Rechtsmittel gegen einen fictus possessor wegen doloser Besitzentäußerung gar nicht die Rede sein kann, wie im Fall der l. 24 § 1 D. 10, 3 comm. div. oder wenn der bonae fidei possessor einer fremden Sache bloß iudicii mutandi causa veräußert; Mein Württemb. Privatr. II S. 544.

Das richterliche Urtheil, sein Gegenstand und seine Wirkungen.

§ 111.

(Arndts § 116.)

Es muß hier, um die praktischen Resultate genau feststellen zu können, in Einigem auf das frühere römische Recht eingegangen werden.

I. Der Gegenstand des richterlichen Urtheils nach vorjustinianischem Recht und die actiones arbitrariae[1]. Wenn Jemand eine Klage anstellen will, so muß er eben auf Das klagen, was er (in dem betreffenden Rechtsverhältnis) nach dem bestehenden Recht vom Beklagten anzusprechen hat. Leistet der Beklagte während des Processes diesen Gegenstand freiwillig, so ist er natürlich von der Klage zu entbinden[2]. Ergiebt sich, daß der Kläger Unrecht hat, so ist er durch das richterliche Urtheil abzuweisen. Wenn sich aber ergiebt, daß der Anspruch des Klägers begründet ist und nicht durch Einreden beseitigt wurde, so ist der Beklagte zu verurtheilen und zwar sollte er der Natur der Sache nach eben gerade in Das verurtheilt werden, was der Kläger wirklich von ihm anzusprechen hat, also in den Gegenstand der Klage, so weit sie begründet ist. Hierin aber wich

[1] Meine Erörterungen II S. 14—28.
[2] Beilage II Nr. 1.

das ältere römische Recht (vor Justinian) ganz von der Natur der Sache ab; man muß daher unterscheiden:

1) Zur Zeit des klassischen römischen Rechts und noch etwas länger (bis Diokletian) galt der eigenthümliche Grundsatz, ein Beklagter könne in der Regel nur in Geld verurtheilt werden. Bestand daher Das, was er zu leisten hatte, nicht schon an sich in Geld, sondern in Anderem, so konnte er nicht in diese Leistung, sondern nur in die litis aestimatio, d. h. in den Geldwerth der Leistung verurtheilt werden, welchen dann der iudex festzustellen hatte. Durch die Zahlung dieses Geldwerthes wurde dann der Beklagte frei und Das, was der Kläger eigentlich zu fordern hatte, galt nun gleichsam als an den Beklagten verkauft[3]. Hieraus erklärt sich noch eine Reihe von Andeutungen, welche Justinians Kommission in den Digesten-Excerpten stehen gelassen hatte[4]. — Jener unnatürliche Grundsatz der Verurtheilung in Geld galt in der Regel bei allen Klagen, auch bei den extraordinariae (§ 100 Nr. II A 2). Nur sehr wenige Fälle, in welchen der magistratus Verfügungen erließ oder extra ordinem cognoscebat, machten eine Ausnahme[5]. In solchen Fällen wurde der Beklagte in die Erfüllung der wirklich ihm obliegenden Verbindlichkeit verurtheilt und zu ihr mit Zwang angehalten[6].

2) Natürlich liegt einem Kläger häufig sehr viel daran, die wirklich schuldige Leistung selbst zu bekommen, nicht bloß ihren Geldwerth; nach jenem Grundsatz aber ging dies nicht an, wenn nicht der Beklagte sie freiwillig leistete. Indessen suchte doch das prätorische Edikt auf einem indirekten Weg den Beklagten dazu zu bestimmen; aber nur bei gewissen Klagen, bei den actiones arbitrariae[7].

Beilage I.

I. Der Gegenstand des richterlichen Urtheils nach vorjustinianischem Recht.

1) Über den auffallenden Grundsatz, welcher zur Zeit des Formularprocesses, also auch zur Zeit der in den Digesten excerpirten klassischen Juristen galt, daß, wenn der Kläger obsiegt, somit der Beklagte zu verurtheilen ist, die Verurtheilung stets nur auf Geld, also wenn die an sich schuldige Leistung nicht schon an sich auf Geldzahlung ging, nur auf ihren Geldwerth (litis aestimatio) gehen durfte, s. oben bei Anm. 3.

---

[3] Gai. Inst. IV. § 48—52. § 163.

[4] Z. B. D. de re iud. 42, 1 l. 4 § 3; l. 13 § 1; l. 59 § 1; comodati 13, 6 l. 5 § 1. Meine Erörterungen II S. 14—16, III S. 25 ff.

[5] Z. B. Exhibition eines Testaments, Vindikation eines Sklaven.

[6] Z. B. D. ne vis fiat 43, 4 l. 3 pr.; ut in poss. legator. 36, 4 l. 5 § 27.

[7] Hierüber s. die Beilage I.

2) Die actiones arbitrariae, vgl. Meine Erörterungen II S. 17—21 und besonders Savigny Syst. V S. 119—136, 145, VI S. 318—320. — Der unter Nr. 1 angeführte Grundsatz konnte für den Berechtigten bei Ansprüchen, auf welche sich die actiones arbitrariae bezogen, besonders empfindlich werden und seinen Interessen zuwiderlaufen; allein auch für diese blieb es bei dem Grundsatze, daß die Verurtheilung nur auf Geld gehen könne. Es wurde aber doch bei ihnen ein Weg eingeschlagen, der wenigstens dem Beklagten ein dringendes Motiv geben sollte, freiwillig das wirklich Schuldige zu leisten, dadurch sich zu liberiren und es nicht zur Verurtheilung auf dessen Werth kommen zu lassen. Die Klagen, bei denen diese Behandlung stattfand und nach der sie arbitrariae actiones genannt wurden, waren alle dinglichen Klagen (rei vindicatio, Publiciana actio, confessoria actio ꝛc.) und von den persönlichen Klagen die Klagen auf Exhibition einer Sache (Arndts § 346) und diejenigen Klagen, die auf ein restituere, d. h. auf Zurückgeben einer Sache oder auf sonstige Wiederherstellung eines gestörten Zustandes gehen, wie z. B. die actio depositi, quod metus causa, doli, interdictum de vi, quod vi aut clam ꝛc. jedoch mit Ausnahme der stricti iuris actiones auf restituere, wie die condictio furtiva ꝛc.; s. bei Arndts die Stellen der Note m. des § 100 und besonders Savigny Syst. V S. 130 f. — Zwar blieb es auch bei diesen Ansprüchen durchaus bei dem Grundsatze, daß, wenn es zur Verurtheilung kommt, diese nur auf den Geldwerth des Anspruchs gehen durfte; das prätorische Edikt suchte aber bei ihnen den Beklagten auf einem indirekten Wege zu bestimmen, es nicht zur Verurtheilung kommen zu lassen, sondern freiwillig den wirklich schuldigen Gegenstand zu leisten, indem es folgendes Besondere einführte: a. der iudex (welcher bei diesen Klagen, wie überhaupt bei allen Klagen, die nicht stricti iuris waren, auch arbiter hieß) wurde zwar in der vom Magistrat koncipirten Formel angewiesen, er solle den Beklagten, wenn er ihn schuldig finde, in den Geldwerth der Leistung verurtheilen, aber nur nisi restituatur oder exhibeatur (s. z. B. Gaius Inst. IV, § 47); Dieses hieß so viel: er solle, wenn er nach Verhandlung der Sache den Anspruch des Klägers begründet finde, nicht sofort zur Verurtheilung des Beklagten schreiten, sondern vorerst aussprechen, daß das vom Kläger in Anspruch genommene Recht wirklich begründet sei und er daher den Beklagten auffordere, innerhalb einer Frist diesem Anspruche Genüge zu leisten, z. B. die vom Kläger in Anspruch genommene Sache gutwillig herauszugeben und dadurch die Verurtheilung abzuwenden. Befolgte der Beklagte diesen Ausspruch des iudex (arbitratus oder iussus iudicis, bei dinglichen Klagen pronuntiatio, s. besonders Zachariae v. Lingenthal in der Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsw. Bd. XIV S. 97—108)[8], leistete er also das wirklich Schuldige: so wurde er, da nun der Kläger vollkommen befriedigt war, absolvirt. Allein er wurde nicht gezwungen, den arbitratus zu befolgen; es stand in seiner Willkür, ihm nachzukommen oder nicht. Wenn er aber (und darin lag für ihn ein bedeutendes Motiv, ihm Folge zu leisten), ihm nicht gehorchte (contumacia) und es nun zur wirklichen Kondemnation in den Geldwerth der Leistung kommen ließ: so a. traf ihn der Nachtheil, daß nun der Kläger selbst diesen Werth, überhaupt sein ganzes Interesse, das die schuldige Leistung für ihn hat, lediglich durch seinen Eid festsetzen konnte (iusiurandum in litem), und nun der Richter den Beklagten in die beschworene Summe (nur daß er sie, wenn sie ihm zu übermäßig

[8] Von diesem arbitratus des iudex haben die arbitrariae actiones ihren Namen; er bildete das Wesen bei diesen Klagen und zwar bei allen; I. de act. 4, 6 § 1. Anderer Ansicht ist Windscheid Pandekten § 46 Note 4 a. E. Allein auch bei der actio de eo, quod certo loco (Arndts § 221 Anm. 4) erging ein vorläufiger arbitratus; nur wich diese arbitraria actio in anderen Punkten von den anderen arbitrariae actiones wesentlich ab (auch Das, was Savigny Syst. V S. 132 über diese Klage sagt, ist nicht ganz genau); s. Meine Erörterungen II S. 60 Note 30. Die arbitrariae actiones gehörten zu den freien Klagen überhaupt, einige z. B. die actio depositi, zu den b. f. actiones. Vgl. auch Savigny a. O. S. 120 f.

schien, moderiren konnte) zu verurtheilen hatte, und das Gleiche galt, wenn der Beklagte dolos sich die Beschaffung der wirklich schuldigen Leistung unmöglich gemacht hatte; s. Arndts § 115 Anm. 2. — b. Noch bedeutendere Nachtheile traten bei einigen arbitrariae actiones für den Beklagten, wenn er den arbitratus nicht befolgte und es zur Verurtheilung kommen ließ, ein; bei der actio doli traf ihn Infamie (neben Dem, daß der Kläger sein Interesse durch das iusiurandum in litem bestimmen durfte), und bei der actio quod metus causa wurde er in den vierfachen Betrag des Interesses des Klägers verurtheilt, welches aber hier der iudex selbst taxirte, so daß in diesem Falle der Eid nicht statt hatte; D. quod metus 4, 2 l. 14 § 1, 3, 4, 7, 14. — c. Nach einer sehr verbreiteten, besonders auf l. 68 de R. V. 6, 1 (aus Ulpian) gestützten Ansicht soll schon in der späteren Zeit des klassischen römischen Rechts, also noch während des Bestehens des Formularprocesses, bei den arbitrariae actiones auf Restitution oder Exhibition einer Sache eine wichtige Änderung eingetreten sein; es soll dem Kläger das Recht eingeräumt worden sein, Realexekutionen des arbitratus iudicis zu verlangen, so daß dann dem Beklagten die Sache mit Gewalt weggenommen und dem Kläger eingehändigt worden sei. Allein dieser Ansicht stehen alle Quellenstellen, welche sonst von dem Institute handeln (auch Stellen aus Ulpian selbst, wie D. de reb. eor. 27, 9, l. 3 § 2, de hom. lib. exhib. 43, 29 l. 3 § 13 verb. Si tamen reus ꝛc.) so entschieden entgegen, daß man nur annehmen kann, die l. 68 cit. sei von den Kompilatoren der Digesten in Rücksicht auf das spätere geltende Recht interpolirt worden; Savigny Syst. V S. 123 f. und besonders Francke Kommentar über den Tit. de hered. petit. I S. 49, 50, vgl. auch Meine Erörterungen II S. 19 Note 10.

II. Gegenstand des richterlichen Urtheils nach justinianischem und unserem heutigen Recht. — Nach dem Untergange des Formularprocesses (s. § 100 Nr. II B) kam der unnatürliche Grundsatz, daß jede Verurtheilung nur auf Geld zu gehen habe, allmählich ganz ab; Justinian findet ihn unbegreiflich und spricht mehrfach aus, der Richter habe den Beklagten in die wirklich schuldige Leistung zu verurtheilen; C. de fideic. libertat. 7, 4 cst. 17, de sentent. 7, 45 cst. 14, I. de off. iud. 4, 17 § 2, de actt. 4, 6 § 32. Es gilt daher nach dem neuesten römischen und auch nach dem heutigen Rechte der Grundsatz, daß jede Verurtheilung auf die Leistung geht, auf welche der Kläger seine Klage zu richten hatte und die er wirklich anzusprechen hat, und daß, wenn das Urtheil rechtskräftig geworden ist, auf diese wirklich schuldige Leistung die Exekution statt hat. Nur ist es zweifelhaft, ob nicht Justinian inkonsequenterweise, bei den arbitrariae actiones noch das alte Recht in der Art beibehalten wollte, daß der Richter, der über die Sache zu verhandeln und zu erkennen hatte, wenn er den Beklagten schuldig fand, vor der condemnatio einen vorläufigen arbitratus auf restituere ꝛc. zu erlassen hatte, und bei diesem dann Das galt, was früher bei dem arbitratus iudicis gegolten hatte. Wenigstens scheint dafür der § 31 I. de actt. 4, 6 zu sprechen. Allein daß dieser Paragraph praktisches Recht geben wollte, ist sehr zweifelhaft; er würde gerade mit der (interpolirten) l. 68 de R. V. in entschiedenem Widerspruche stehen, indem die l. 68 in dem Falle, wenn der Beklagte die zu restituirende Sache wirklich hat, gewaltsame Realexekution vorschreibt, und eine Verurtheilung auf den Geldwerth nach dem iusiurandum in litem des Klägers nur zuläßt, wenn der Beklagte sich durch eine dolose Handlung die Restitution unmöglich gemacht hatte. Es liegt deßhalb und nach der ganzen Fassung des § 31 cit. sehr nahe, anzunehmen, daß, wie Savigny Syst. V S. 145 als möglich setzt, der § 31 de actt. gedankenlos aus einem alten Juristen abgeschrieben worden ist. Jedenfalls aber besteht für das bei uns geltende Recht über das praktische Resultat kein Zweifel. In Deutschland wurde niemals bei den arbitrariae actiones vor der Verurtheilung ein vorläufiger arbitratus des Richters erlassen. Der Beklagte ist bei uns, wenn sich der Richter überzeugt, daß der Anspruch des Klägers begründet ist, stets sofort in die an sich schuldige Leistung zu verurtheilen; es fallen daher bei uns auch die besonderen Nachtheile, welche bei manchen arbitrariae actiones die Nicht-

befolgung des arbitratus hatte, namentlich die Verurtheilung in das Vierfache bei der actio metus weg. Nur wurde bei uns mit Recht das Recht des Klägers zum iusiurandum in litem (über dasselbe und über das sog. iusiurandum Zenonianum, vgl. auch Arndts § 115 Nr. 3) beibehalten bei den arbitrariae actiones, die auf Restitution oder Exhibition einer Sache gehen, wenn der Beklagte die Restitution durch dolus sich unmöglich gemacht hatte und er daher das Interesse ersetzen muß; auch mußte dieses Recht auf diejenigen Klagen auf restituere erstreckt werden, die nach römischem Recht stricti iuris waren, z. B. auf die condictio furtiva, indebiti ꝛc., da die Besonderheiten der actiones stricti iuris im Gegensatze zu den actiones b. f. bei uns gefallen sind. Dabei ist noch zu bemerken: a. Manche gehen davon aus, daß auch in dem Falle, wenn der zur Restitution der Sache verurtheilte Beklagte restituiren kann, aber die Restitution verweigert, der Kläger es vorziehen könne, unter Verzichtleistung auf die Restitution, sein durch sein iusiurandum in litem zu bestimmendes Interesse in Geld ersetzt zu verlangen. Allein dies ist mehr als zweifelhaft; denn so weit Realexekution möglich ist, hat diese einzutreten, wie auch schon aus der interpolirten l. 68 de R. V. hervorgeht. — b. Gewöhnlich wird behauptet, der Kläger habe das Recht zum iusiurandum in litem nicht bloß dann, wenn der Beklagte durch dolus sich die Restitution unmöglich machte, sondern sogar auch dann, wenn es durch seine culpa lata geschah. Dies wird sich aber mit Recht in Zweifel ziehen lassen. Die Quellen verlangen ganz entschieden zur Zulässigkeit des iusiurandum in litem dolus des Beklagten und schließen es bei bloßer culpa desselben aus; D. de in lit. iur. 12, 3, l. 2 § 1, l. 4 § 4, l. 5 § 3. Nur in einer Stelle, in C. e. t. 5, 53 cst., 2 wird nach der gewöhnlichen Lesart für einen gewissen Fall auch bei lata culpa der Eid für zulässig erklärt. Allein bloß auf Grund dieser Stelle, wenn man auch nicht mit Haloander die Worte in derselben: neque lata culpa für unecht halten will, auch in allen anderen Fällen bei bloßer lata culpa den Eid für zulässig anzunehmen, ist doch mehr als bedenklich; vgl. auch § 87 Beilage I Nr. III, 4.

III. Natur und Wirkungen des richterlichen Urtheils.

A. Um die Bedeutung und die Wirkungen des richterlichen Urtheils genauer bestimmen zu können, ist vorerst eines eigenthümlichen Instituts zu erwähnen, das zur Zeit des römischen Formularprocesses, namentlich also auch in den Zeiten, in denen die in den Digesten excerpirten klassischen Juristen lebten, galt, das wir aber erst aus den echten Institutionen von Gajus, also erst in unserem Jahrhundert näher kennen lernten. Wir bezeichnen es durch processualische Konsumtion (vgl. auch Beilage II). Es bezog sich auf den Grundsatz: bis de eadem re ne sit actio (s. § 96 bei Anm. 16), welchem aber eine eigenthümliche, über seine natürlichen Grenzen gehende Bedeutung und Ausdehnung dahin gegeben wurde: jeder eingeklagte Anspruch werde durch die litiscontestatio ausschließlich von dem eingeleiteten Processe abhängig gemacht, da man Dasselbe nicht mehrmals durch eine Klage fordern könne; der Kläger könne daher, wenn es zur litiscontestatio gekommen sei, seinen Anspruch nur in diesem Processe und nur gegen diesen Beklagten durchführen, aber nie mehr einen auf dieselbe Intention gehenden Anspruch in einem anderen Processe oder gegen andere mitverpflichtete Personen geltend machen; die litiscontestatio habe daher eine negative, den klägerischen Anspruch konsumirende, Wirkung, welche bei gewissen Klagen, bei legitima iudicia (d. h. in Rom zwischen Bürgern vor einem iudex, Gaius Inst. IV § 103—105) über eine personalis actio in ius concepta sofort ipso iure eintrat (sog. direkte Konsumtion), bei anderen Klagen indirekt im Wege einer exceptio (exceptio rei in iudicium deductae); der ursprüngliche Anspruch des Klägers werde gleichsam aufgehoben, konsumirt und im ersteren Falle durch eine Novation (vgl. Arndts § 271 Anm. 3) in einen neuen ausschließlichen Anspruch auf den Geldwerth der Leistung verwandelt; der Beklagte kontrahire durch die litiscontestatio für den Fall, daß der klägerische Anspruch wirklich begründet erfunden würde, eine obligatio gegen den Kläger auf condemnatio in Geld; Gaius Inst. III § 180, 181 IV § 106,

107; Arndts § 113 Anm. 3 und die dort und in Anm. 1 angeführte Litteratur, und Meine Erörterungen III S. 3 f. Kam es in dem Processe später zum Urtheil: so wurde jene konsumirende Wirkung auch an das Urtheil geknüpft, d. h. das Urtheil hatte neben seinem positiven Inhalte (der Verurtheilung des Beklagten oder der Abweisung des Klägers) noch, wie die exceptio rei iudicatae, eine negative Funktion, nach welcher der ursprüngliche Anspruch des Klägers durch das Urtheil, wie es auch lauten mochte, jedenfalls auf die angegebene Weise als konsumirt galt; Meine Erörterungen III S. 6—13 und besonders Keller Litiskontestation und Urtheil ꝛc. § 8—12, § 30 f. Bei einer dinglichen Klage aber wurde natürlich nicht das dingliche Recht des Klägers konsumirt, sondern bloß der Anspruch, den der Kläger vermöge seines dinglichen Rechtes gegen den konkreten Beklagten auf Herausgabe der Sache ꝛc. hatte; Meine Erörterungen III S. 5 Note 8, auch Keller a. O. § 33, S. 248. — Die Wirkungen dieses Instituts, von dem Justinians Kommission in den Digesten noch einzelne Spuren aus Unachtsamkeit stehen ließ (Meine Erörterungen III S. 21 Note 27, S. 37 Note 47), die uns aber erst durch Gajus recht verständlich wurden, waren sehr weitgreifende und mußten in manchen Fällen zu großen Härten führen. Denn um nur einige dieser Wirkungen anzuführen: 1. wenn für dieselbe Obligation mehrere Personen hafteten, z. B. mehrere correi, und der Gläubiger gegen den einen klagte und es zur litiscontestatio kam: so konnte er sich nur noch an diesen Beklagten halten und die anderen Mitverpflichteten wurden, da die Obligation, an der sie theilnahmen, durch die litiscontestatio mit dem einen konsumirt war, von ihrer Verbindlichkeit frei, so daß z. B. wenn der beklagte correus zur Zahlung verurtheilt wurde und nicht zahlen konnte, der Kläger seine Forderung gegen die anderen correi nicht mehr geltend machen konnte; es wurde daher auch bei einer Bürgschaft, wenn der Gläubiger gegen den Hauptschuldner klagte und es zur litiscontestatio kam, der Bürge frei und umgekehrt; D. de fideii. 46, 1 l. 5 a. E. de duob. reis 45, 2 l. 2 verb. petitione; quod met. caus. 4, 2 l. 14 § 13, Meine Erörterungen III S. 17—21. — 2. Die bloß verzögerlichen Einreden (exceptiones dilatoriae) bekamen, wenn es zur litiscontestatio kam, durch den Grundsatz der Konsumtion im Resultat die Wirkung der peremtorischen Exception, z. B. wenn der Kläger eine Forderung, die erst im December fällig wurde, schon im Juni einklagte, und der Beklagte in dem Verfahren vor dem Prätor (in iure) sich darauf beruft, die Forderung sei noch nicht fällig, der Kläger aber die Klage doch nicht vorläufig zurücknahm, sondern es zur Ernennung des iudex und zur litiscontestatio kommen ließ, und nun der iudex ihn, weil er zu früh geklagt hatte, mit der Klage abwies: so war der positive Inhalt des Urtheils bloß der, daß der Kläger zu früh geklagt habe und deßhalb abgewiesen werde; nach diesem könnte er nach Ablauf des Decembers wieder klagen; allein wegen der negativen Funktion der litiscontestatio und des Urtheils konnte er seinen Anspruch gar nicht mehr verfolgen, weil derselbe durch die litiscontestatio konsumirt war; I. de exceptt. 4, 13 § 10 verb. nec post tempus ꝛc. Gaius Inst. IV, 123, Meine Erörterungen III, S. 11, 12. — 3. Ebenso war es wenn der Kläger in der Sache selbst zu viel forderte und abgewiesen wurde, weil nicht seine ganze Forderung sich als begründet zeigte; er konnte nun das Wenigere, das er wirklich zu fordern hatte, nicht mit einer neuen verbesserten Klage verlangen, da sein Anspruch überhaupt, den er im früheren Processe erhoben hatte, also auch so weit er das in dem eingeklagten Mehr enthaltene Wenigere betrifft, durch die litiscontestatio konsumirt war; I. de actt. § 33 Gaius inst. IV. § 53, Beilage II Nr. 4, c, Meine Erörterungen III S. 12—16. — Es würde jedoch gar zu weit und zu ganz unnatürlichen Härten geführt haben, wenn man dem Grundsatze der Konsumtion nach allen Beziehungen volle Konsequenz gegeben hätte. Deßhalb wurde er wenigstens in einigen Beziehungen in der Anwendung gemildert, Milderungen, die in der Beilage II näher ausgeführt sind; vgl. auch Meine Erörterungen III S. 22—35.

Als aber der Formularproceß und der Gebrauch der formulae und der

Grundsatz, daß die richterliche Kondemnation stets auf Geld zu gehen habe, untergegangen waren, mußte das Institut einer Konsumtion des in iudicium deducirten Anspruchs durch litiscontestatio und Urtheil allmählich fallen. Von der Konsumtion, welche ipso iure eintrat (s. oben S. 566), verstand sich dies von selbst; denn es waren alle iudicia nun extraordinaria und von der Bestellung eines iudex und von dem Gebrauche einer formula in ius concepta konnte nicht mehr die Rede sein. Wie lange aber sich die indirekte konsumirende Wirkung durch exceptio rei in iudicium deductae und rei iudicatae erhielt, läßt sich nach den uns zu Gebote stehenden Quellen nicht genau bestimmen. Daß aber auch diese allmählich abstarb (vgl. Windscheid Actio S. 66), wird sich nicht bezweifeln lassen. Denn wenn auch in einzelnen Fällen noch längere Zeit, zum Theil selbst noch einige Zeit unter Justinian, Das, was an sich eine Folge der processualischen Konsumtion war, zur Anwendung gebracht wurde (z. B. bei dilatorischen Einreden und Pluspetitionen überhaupt, bei dem Verhältnis der correi und namentlich des Hauptschuldners und Bürgen ꝛc.): so fragt es sich sehr, ob diese Anwendung in dem Bewußtsein eines allgemeinen Grundsatzes, durch den sie bedingt wurde, geschah, oder nicht vielmehr eben als besondere von der Praxis noch festgehaltene Norm für jene Fälle ohne alle Beziehung auf einen dafür maßgebenden Grundsatz des früheren Rechts. Aber auch in diesen Fällen wurde die Konsumtion allmählich durch kaiserliche Verordnungen beseitigt, namentlich durch Zeno und durch Justinian selbst (I. de actt. 4, 6 § 33, de exceptt. 4, 13 § 10, C. de fideii. 8, 41 est. 28), und in den Rechtsbüchern Justinians wird einer exceptio rei in iudicium deductae gar nicht mehr erwähnt, überhaupt die processualische Konsumtion ganz übergangen (abgesehen von einigen Stellen, in welchen von Justinians Kommission die Spuren des Instituts nicht genau beseitigt waren, während sie andere Stellen im Sinne einer nicht mehr bestehenden processualischen Konsumtion interpolirte, Beispiele s. bei Savigny Obligationenrecht I S. 183), so daß aus Justinians Rechtsbüchern gar nicht zu erkennen ist, daß ein solches Institut je bestand. Das Resultat ist daher, daß die processualische Konsumtion mit allen ihren Konsequenzen im neuesten römischen Recht beseitigt war und natürlich auch in unserem heutigen Rechte keine Geltung hat. Meine Erörterungen III S. 37—61, Savigny Syst. V S. 254—256, VI S. 25, S. 277—284, S. 307—309, Windscheid Pandekten § 124 Note 1 § 129, P. Krüger Processualische Konsumtion ꝛc. 1864 S. 204—233, Vangerow Pandekten I § 173 der 6. und 7. Ausg. (7. Ausg. S. 277, 278, 287, 288; in den früheren Ausgaben war er anderer Ansicht). Indessen giebt es doch noch bei uns einige Civilisten und Processualisten, welche auch für das neueste römische Recht und sogar für unser heutiges Recht wenigstens bis auf einen gewissen Grad die Geltung jenes Instituts behaupten, über das wir erst in unserem Jahrhundert durch Gajus aufgeklärt wurden. Auch Arndts § 113 Anm. 3 a. E. behauptet, daß doch manche Folgesätze der alten Regel im justinianischen Recht noch aufgenommen seien, was man nicht überall als Versehen zu betrachten berechtigt sei. Allein Fälle dieser Art lassen sich nicht nachweisen; denn das Beispiel, das er anführt (§ 271 Anm. 2), könnte jedenfalls nicht als Folgesatz der alten Regel aufgefaßt werden. Daß aber der Beklagte von der sog. Einrede der Litispendenz Gebrauch machen könne, dies hat gar keine Beziehung auf die Proceßkonsumtion; denn diese Einrede besagt bloß so viel, daß eine der Parteien nicht zu gleicher Zeit den Anspruch in zwei verschiedenen Processen anhängig machen könne.

B. Hiernach geht das geltende Recht über Bedeutung und Wirkungen des Urtheils dahin:

1) Der Einleitung des Processes und dem Urtheile kommt eine konsumirende Wirkung nicht zu; die litiscontestatio und die ihr vorangegangene Ladung des Beklagten haben bloß die in § 110 angeführten wenigen Wirkungen, die nicht konsumirender, sondern eigentlich mehr konservativer Natur sind; aber weder die litiscontestatio noch das Urtheil haben eine negative konsumirende Bedeutung, und eben so wenig erzeugen sie eine Novation am Rechte

des Klägers. Zwar wollten Manche, welche mit Recht die Ansicht vertheidigen, daß die Proceßkonsumtion mit allen ihren Wirkungen im neuesten römischen Recht nicht mehr bestanden habe, doch wenigstens dem richterlichen Urtheile noch eine wahre novirende Wirkung in manchen Hinsichten zuschreiben, z. B. Vangerow Pandekten I § 160 (7. Ausg. S. 248), Savigny Syst. V S. 325. Allein auch nicht einmal Dieses läßt sich vertheidigen; s. meine Erörterungen III S. 47 f., auf welche Ausführung hin auch Savigny Syst. VI S. 26 Note f seine frühere Behauptung zurücknahm.

2) Es fällt daher nach justinianischem Rechte und bei uns Alles weg, was im klassischen römischen Rechte sich auf die negative Funktion der litiscontestatio und des Urtheils bezog. Wird der Kläger wegen einer vorgeschützten verzögerlichen Einrede zur Zeit, oder mit einer ungeschickt abgefaßten Klage angebrachter Maßen abgewiesen, so kann er, sobald das Hindernis weggefallen ist oder der Fehler berichtigt wird, die alte Klage wieder erheben; sie ist weder durch die litiscontestatio noch durch das Urtheil des früheren Processes konsumirt worden; hat er einen correus belangt, und wird dieser verurtheilt, kann aber wegen Insolvenz den Kläger nicht befriedigen: so kann der Kläger seinen Anspruch immer noch gegen die anderen correi geltend machen. Ebendeßhalb kann auch, wenn der verklagte und verurtheilte Hauptschuldner nicht zahlen kann, immer noch gegen den Bürgen geklagt werden. Würde der Kläger, weil er zu viel gefordert hatte, abgewiesen, so könnte er immer noch das Wenigere, das ihm wirklich zukommt, in einem neuen Processe fordern (bei uns wird es zu einer solchen Abweisung nicht leicht kommen; denn es wird in solchen Fällen bei einer Pluspetition eben auf das Wenigere, das der Kläger zu fordern hat, erkannt, und er bloß in Beziehung auf das Mehr abgewiesen); bei mehreren Klagen, die zur Verfolgung desselben Zweckes dienen, gilt nun durchaus das in § 96 Beilage I Ausgeführte.

3) Das richterliche Urtheil hat nun bloß eine positive Funktion und nur in so weit eine negative, als überhaupt in jedem Positiven, wenn es ausschließlich gesetzt wird, eine Negation alles Anderen liegt; es hat (und das ist seine positive Funktion) bloß zu erklären, wie sich das Rechtsverhältnis, welches durch die Klage zum Proceß gebracht wurde, zwischen den Parteien wirklich nach dem bestehenden Recht verhalte, und ihm lediglich in der Weise, wie es nach dem geltenden Recht besteht, Anerkennung und Wirksamkeit zu geben; es hat also dem Kläger Das zuzusprechen, was er in der Klage ansprach, so weit es begründet ist, und den Beklagten in die wirklich schuldige Leistung zu verurtheilen; ergiebt sich aber, daß der Anspruch des Klägers nicht begründet ist, so ist dies im Urtheil auszusprechen und der Kläger abzuweisen. Dieser positive Inhalt des Urtheils ist nun, wenn das Urtheil rechtskräftig geworden ist (wann dies der Fall ist, darüber gehört das Nähere in den Civilproceß), ausschließlich maßgebend für das zum Proceß gebrachte Verhältnis unter den Parteien und ihren Rechtsnachfolgern; das ursprüngliche Rechtsverhältnis kann nun gerade so, aber auch nur in so weit, wie es durch das Urtheil festgestellt ist, unter ihnen geltend gemacht werden. Es muß aber unbedingt als richtig gelten, weil sonst das Streiten kein Ende nehmen würde; res iudicata pro veritate accipitur, d. h. das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien ist nun unbedingt in der Weise als bestehend anzunehmen und zu behandeln, wie das Urtheil es erkannt; D. de reg. iur. l. 207, mand. 17, 1 l. 29 § 5, ad SC. Treb. 36, 1 l. 65 § 2, de re iud. 44, 2 l. 24. Würde daher auch der Richter das bestehende Recht falsch angewendet und ein materiell ungerechtes Urtheil gesprochen haben: so gilt es doch, wenn es rechtskräftig geworden ist, als formelle Wahrheit unter den Parteien und deren Rechtsnachfolgern, ius facit inter partes. Wenn z. B. ein Beklagter, welcher wirklich das Geforderte schuldig war, aus Irrthum des Gerichts freigesprochen wird: so ist er doch als frei von aller Verbindlichkeit gegen den Kläger und dessen Rechtsnachfolger zu behandeln; dies ist aber nicht, wie es von Manchen geschieht, so aufzufassen, als ob er nun durch das Urtheil von einer wirklichen Verbindlichkeit frei geworden, seine Verbindlichkeit erloschen wäre, sondern es ist nun eben als formelle Wahrheit anzunehmen, es habe sich ergeben,

daß er wirklich nicht Schuldner gewesen sei. Sprach ferner das rechtskräftige Urtheil dem Kläger aus Irrthum Etwas zu, was ihm nicht gebührt: so gilt er nun dem Beklagten und dessen Rechtsnachfolgern gegenüber in so weit doch als der wahre Berechtigte, Arndts § 116, § 271 Anm. 1, Meine Erörterungen III S. 135 f. In allen diesen Fällen aber wird durch das Urtheil, welches bloß den wirklichen Sachverhalt aussprechen will, nicht neues Recht geschaffen, sondern es ist nun eben anzunehmen, daß das Verhältnis wirklich so bestanden habe, wie das Urtheil es rechtskräftig aussprach.

Diese positive Funktion des Urtheils ist aber natürlich exklusiv, d. h. nur dieser Inhalt gilt unter den Parteien und ihren Rechtsnachfolgern. Jede Partei ist daher befugt gegen die andere jede Erneuerung des Streites über die rechtskräftig entschiedene Frage und Sache durch Berufung auf das Urtheil mittels einer exceptio oder replica rei iudicatae abzuweisen und gegen sie den positiven Inhalt des Urtheils geltend zu machen; Arndts § 116 Anm. 2, 4, Mein Handb. d. Württemb. Privatr. II S. 551—572, Savigny Syst. VI S. 257—482, Windscheid Pandekten § 129—132. Außerdem ist natürlich der Beklagte, wenn er verurtheilt wurde, obligirt, dem Inhalte des Urtheils nachzukommen; der Kläger hat zu diesem Zwecke das der gewöhnlichen 30 jährigen Verjährung unterworfene Recht, den Inhalt des Urtheils durch einen formlosen Antrag auf Exekution (sog. imploratio officii iudicis) und wenn diesem Antrage Einwendungen entgegengesetzt werden, durch ein besonderes Rechtsmittel, eine persönliche actio iudicati, geltend zu machen; vgl. auch Meine Erörterungen S. 49, 50. Das Nähre über die Exekution gehört in den Civilproceß.

Beilage II. Die Wirkungen der sog. processualischen Konsumtion, welche im klassischen römischen Recht Folge der litiscontestatio war, wurden durch die Erwägung gemildert, daß doch die Verpflichtung des Beklagten und demgemäß die intentio der Klage eben auf den Gegenstand geht, welchen der Kläger an sich nach dem Rechtsverhältnisse, aus welchem geklagt wird, zu fordern hat (vgl. Meine Erörterungen II S. 23 Note 4 S. 35) und daß der hiernach sich bestimmende Anspruch des Klägers es ist, welcher materiell durch den Proceß zu seiner Realisirung kommen soll. Daraus erklären sich folgende Beschränkungen der Wirkung der Konsumtion (vgl. darüber Meine Erörterungen III S. 23 f.):

1. Wenn gleich, falls es zum Urtheil kam, die condemnatio des unterliegenden Beklagten auf den Geldwerth seiner schuldigen Leistung ging, so stand es doch dem Beklagten frei, während des Processes noch vor Ausspruch des Urtheils Das zu leisten, worauf der ursprünglich in den Proceß gebrachte Anspruch ging, so daß er durch diese Zahlung von seiner Verbindlichkeit liberirt wurde, also nun absolvirt werden mußte. Zwar wurde Dieses von einem Theile der römischen Juristen, den Prokulejanern, bei gewissen Klagen (wohl bei Kondiktionen) verneint; sie wendeten hier den Grundsatz der Konsumtion in zu weit getriebener Konsequenz dahin an, daß eine Zahlung der ursprünglichen Verbindlichkeit, wenn sie erst nach der litiscontestatio geschehe, den Beklagten nicht mehr befreien könne. Allein die Sabinianer verwarfen dies mit Recht, Gaius Inst. IV § 114, und ihre Ansicht wurde im späteren römischen Recht die herrschende, I. de perp. act. 4, 12 § 2; s. auch D. ad SC. Treb. 36, 1 l. 63 § 1.

2. Aus dem gleichen Grunde, aus welchem der Beklagte durch Zahlung des ursprünglichen Klaggegenstands sich liberiren konnte, war auch der Kläger berechtigt, seinen im Processe liegenden Anspruch gegen eine Forderung, die der Beklagte an ihn hat, zur Kompensation zu bringen, D. de compens. 16, 2 l. 8; auch konnte nach der litiscontestatio jener Anspruch des Klägers durch Bürgschaft wirksam gesichert werden, D. de pecul. 15, 1 l. 50 § 2, de fidei. 46, 1 l. 8 § 2

hrend durch eine freiwillige (eigentliche) Novation die Accessionen der
ligation, wenn sie nicht ausdrücklich auch für die neue bestätigt wur-

den, erlöschen, D. de novat. 46, 2 l. 18, 29, 15, de pign. act. 13, 7 l. 11 § 1, blieben (abgesehen von einer vor dem Proceß bestellten Bürgschaft, vgl. Keller Litiskontestation § 52, Savigny Syst. VI S. 159) bei der durch litiscontestatio bewirkten Konsumtion die Accessionen des zum Proceß gebrachten ursprünglichen Anspruchs, wie Konventionalstrafen, Zinsen, Pfand- und Vorzugsrechte, bestehen; l. 29 cit. D. de V. O. 45, 1 l. 90; wenn daher z. B. mit der ursprünglichen Schuld eine Zinsverbindlichkeit, sei es aus Vertrag oder aus anderen Gründen, z. B. Verzug, verbunden war, so liefen die Zinsen auch nach der litiscontestatio fort, lite contestata usurae currunt D. de usur. 22. 1 l. 35, Meine Erörterungen III S. 23, 24; ebenso blieben die für die Schuld vor dem Proceß erworbenen Pfandrechte gültig und konnten daher auch nach der Kondemnation für die Judikatsobligation geltend gemacht werden, D. de pign. 20, 1 l. 13 § 4 C. e. t. 8, 14 cst. 8.

4. Kam es zum Urtheil: so verblieb es, wie auch das Urtheil lauten mochte, bei der durch die litiscontestatio eingetretenen Konsumtion des ursprünglichen Anspruchs (diese negative Wirkung wurde nun nominell an das Urtheil geknüpft, Meine Erörterungen III S. 49). Allein dabei konnten doch in gewissen Fällen die angeführten Milderungen zum Theile bestehen bleiben. Es ist nämlich zu unterscheiden: a. Wurde der Beklagte verurtheilt: so trat nun vermöge des positiven Inhalts des Urtheils an die Stelle des ursprünglichen Anspruchs die Obligation auf Zahlung der Kondemnationsumme (Gaius III 180, Meine Erörterungen III S. 4, 6); durch Leistung des ursprünglichen Klagobjekts konnte sich daher nun der Schuldner nicht mehr liberiren, wohl aber konnte der Kläger die Pfandrechte, durch welche der Anspruch gesichert war und die während des Processes bestellten Bürgschaften geltend machen Nr. 3 a. E. b. Wurde der Beklagte freigesprochen, und zwar aus materiellen Gründen, also der Kläger abgewiesen, weil sein Anspruch nicht begründet erfunden wurde: so blieb es nicht nur bei der durch die litiscontestatio eingetretenen Konsumtion, sondern es fielen nun auch für die Folgezeit vermöge des positiven Inhalts des Urtheils die angeführten Beschränkungen weg, d. h. es ist nun, da der Inhalt des Urtheils als formelle Wahrheit gilt, anzunehmen, daß der Beklagte, mag er auch mit Unrecht freigesprochen worden sein, wirklich Nichts schuldig gewesen sei. Es kann daher namentlich eine solche aberkannte Forderung, sollte sie auch mit Unrecht aberkannt worden sein, nicht zur Kompensation benutzt werden; wird die Forderung später aus Irrthum, z. B. vom Erben des Freigesprochenen, der vom Urtheil Nichts wußte, bezahlt: so kann, da sie eine Nichtschuld ist, das Bezahlte zurückgefordert werden, Pfandrechte, die für sie bestanden und die während des Processes geleisteten Bürgschaften fallen zusammen, da keine Forderung existirt, für die haften könnten; D. quib. mod. pign. 20, 6 l. 13: si a iudice, quamvis per iniuriam, absolutus sit debitor, pignus liberatur, Meine Erörterungen III S. 140—154, Windscheid Pandekten § 129 Note 7 und die dort Angeführten. — c. Zur Zeit der Geltung der processualischen Konsumtion war es aber auch möglich, daß der Beklagte aus formellen Gründen absolvirt wurde, also das Urtheil keinen Ausspruch darüber, ob der Anspruch überhaupt begründet sei oder nicht, enthielt. Dieses konnte der Fall sein, wenn der Kläger durch fehlerhafte Fassung der intentio in der Klagformel zu viel einklagte und wegen dieser Pluspetition abgewiesen wurde, ebenso wenn er auf eine dilatorische Einrede hin, die er nicht berücksichtigt hatte, abwiesen werden mußte (causa cadere im engern technischen Sinn). In solchen Fällen konnte das Urtheil bloß die schon durch die litiscontestatio begründete negative Wirkung haben; es verblieb nun eben bei der eingetretenen Konsumtion des klägerischen Anspruchs und dieser konnte nicht mehr durch eine neue Klage geltend gemacht werden; I. de act. 4, 6 § 33 Gaius Inst. IV § 53, 60, 68, Fragm. Vat. § 53, Keller Litiskontestation § 56, Meine Erörterungen III S. 12 ff. Die Konsumtion trat aber auch hier nur mit den angeführten Beschränkungen ein, so weit sie sich auf den Fall anwenden ließen; wenn daher der Anspruch durch Pfandrecht gesichert war: so konnte ihn der abgewiesene Gläubiger in diesen

Fällen immer noch mit der Pfandklage geltend machen oder, wenn er das Pfand besaß, es wirksam verkaufen, und wenn der absolvirte Beklagte die ursprüngliche Schuld doch zahlte, so konnte er das Bezahlte nicht zurückfordern, da das Urtheil nicht ausgesprochen hatte, daß er Nichts schuldig sei; D. de pign. 20, 1 l. 27 in b. W. Fingamus ꝛc., Meine Erörterungen a. O. S. 32 ff. — Das Gleiche galt auch, wenn es wegen der erst aus Gaius Inst. IV § 104, 105 uns bekannt gewordenen Proceßverjährung des klassischen römischen Rechts (Keller Litiskontestation S. 131 ff.) gar nicht zu einem Urtheil kam, sondern der Proceß eben durch den Zeitablauf erlosch (iudicium exspirat, lis moritur, tempore amittitur) und daher der iudex nicht mehr ein Urtheil sprechen konnte. Es blieb dann eben bei der durch die litiscontestatio begründeten Konsumtion des klägerischen Anspruchs, jedoch mit den oben angeführten Beschränkungen. Dies ergibt sich namentlich auch aus den Spuren des (später untergegangenen) Instituts, welche sich in einzelnen Excerpten in den Digesten finden, z. B. D. ad l. Aq. 9, 2 l. 30 § 1, rat. rem 46, 8 l. 8 § 1, eine Stelle, welche sich ohne Zweifel auch auf diese Proceßverjährung bezieht; Francke Abhandlungen S. 76 ff., Keller a. O. S. 159, Savigny Syst. V. S. 376 Note d.

Beinahe alle Civilisten, welche über die processualische Konsumtion geschrieben haben, erklären die unter Nr. 1—3 und Nr. 4, c angeführten Beschränkungen derselben durch die Annahme, daß durch die litiscontestatio nur das klagbare Moment des Anspruchs konsumirt, der naturale Bestandtheil desselben aber, die obligatio naturalis, überhaupt gar nicht in den Proceß deducirt worden, also durchaus bestehen geblieben sei, und daraus ziehen die Meisten selbst für das heutige Recht die Konsequenz, daß die Schuld des Beklagten, wenn er mit Unrecht freigesprochen worden sei, immer noch als naturalis obligatio bestehen bleibe. Allein eine solche Spaltung des eingeklagten Anspruchs in seinen materiellen Gehalt, der gar nicht in litem deducirt werde, und in sein klagbares Moment, das als ein selbständiges und von dem materiellen Gehalt des Anspruchs getrenntes allein in litem transferirt und konsumirt werde, läßt sich, abgesehen davon, daß sie schon an sich unnatürlich sein würde (vgl. auch Meine Erörterungen III S. 150 Note 15), nicht mit Dem vereinigen, was Gajus III § 180, 181 vgl. mit § 168—170, 176, IV § 106, 107, 131, durch den allein wir das Institut der processualischen Konsumtion näher kennen gelernt haben, über ihre Natur und Wirksamkeit sagt und was wir aus anderen Spuren, die sich in Justinians Digesten noch finden, z. B. D. de duob. reis 45, 2 l. 2 zu entnehmen haben. Wenn aber einige römischen Juristen jene Beschränkungen damit zu erklären suchten, daß in so weit die naturalis obligatio nicht als in litem deducirt gelte, z. B. D. rat. rem. l. 8 § 1 de condict. ind. 12, 6 l. 60 pr., so wird man dies nur als eine theoretische Vermittlung jener Beschränkungen auffassen und ihnen nicht eine weitergehende Bedeutung geben können, zumal sie sie an anderen Stellen auf eine andere Weise begründen, z. B. D. de pign. l. 13 § 4, de pign act. 13, 7 l. 11 pr., Meine Erörterungen III S. 28—34, S. 5 Note 8. Zwar haben manche Spätere das von mir dort Ausgeführte zu widerlegen gesucht, z. B. Bekker Processualische Konsumtion S. 291 ff., auf den auch Schwanert Die Nat.-Obligat. S. 437 verweist, F. R. Pfeiffer im Arch. f. civ. Prax. 37 S. 104 ff. Allein auch bei wiederholter, unbefangener Prüfung kann ich mich dadurch nicht widerlegt finden, was aber hier näher auszuführen nicht der Ort ist; vgl. nun auch Windscheid Actio S. 53 ff., Pandekten § 129 Note 7, Vangerow Pandekten § 160 Anm. i. A., § 173 Anm. 1. — Über andere Milderungen des Grundsatzes der processualischen Konsumtion durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Ertheilung von utiles actiones ꝛc. s. Meine Erörterungen III S. 34, Keller Litiskontestation § 6164 ff.

Achtes Kapitel. Wiederherstellung verlorener Rechte durch restitutio in integrum.

Wesen der in integrum restitutio.

§ 112.

(Arndts § 117.)

Litteratur s. bei Arndts § 117 Anm. 1; besonders herauszuheben ist, außer dem in Anm. 1 angeführten Buche von Burchardi, die Entwickelung der Lehre von Savigny Syst. VII S. 90—209. (NB. Wenn ich in den folgenden Erörterungen Savigny oder Burchardi ohne Bezeichnung des Werkes bloß nach Seiten citire: so bezieht sich das Citat bei dem Ersteren auf den VII. Band seines Systems, bei Burchardi auf seine Lehre von der Wiedereinsetzung.)

Um das Wesen des Instituts, welches vom römischen Recht durch in integrum restitutio, bei uns durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bezeichnet wird, richtig aufzufassen, ist von Rechtsmitteln auszugehen, die mit der in integrum restitutio Ähnlichkeit haben und von unseren früheren Civilisten noch zu ihr gezählt wurden, aber wesentlich von ihr verschieden sind. — Wenn man durch eine gültige juristische Thatsache ein Recht verloren hat, so kann es in manchen Fällen von der Gerechtigkeit geboten sein, daß uns zur Wiedererlangung des Verlorenen verholfen werde. Zu diesem Zwecke

I. giebt unser Recht für manche Fälle ordentliche Rechtsmittel, mit welchen derjenige, welcher das Recht verloren hat, die Thatsache, durch die es ihm verloren ging, als eine mangelhafte anfechten und dadurch indirekt das Verlorene wiedererlangen kann. Manche solcher Rechtsmittel wurden schon vom römischen ius civile gegeben, z. B. die Klage und Einrede, womit wegen Betrugs ein negotium b. f. (bei uns jedes Rechtsgeschäft) angefochten werden kann (Arndts § 237 Note g), die condictio indebiti, mit welcher eine aus Irrthum gezahlte Nichtschuld zurückgefordert werden kann, und die anderen bei Arndts § 342—348 angeführten Kondiktionen; andere führte das prätorische Edikt ein, z. B. die actio quod metus causa und die actio und exceptio doli (Arndts § 333, 334), die actio Pauliana (Arndts § 228), die actio redhibitoria (Arndts § 304). Durch diese Rechtsmittel aber kann man nur mittelbar, auf einem Umwege durch Mitwirkung des Gegners zu dem, dem verlorenen Rechte gleichen, Rechte wieder kommen; z. B. wenn Jemand mich durch Betrug verleitet, ihm meine Sache zu verkaufen, zu tradiren und ihm den Kaufpreis zu kreditiren: so geht dadurch mein Eigenthum auf ihn über, ich kann aber wegen des Betrugs den mit ihm geschlossenen Vertrag mit der actio venditi anfechten und von ihm Zurückgabe der Sache verlangen; giebt er mir nun in Folge des ihn zur Zurückgabe verurtheilenden Erkenntnisses die Sache zurück: so werde ich durch diese retraditio wieder Eigenthümer der Sache und so komme ich auf diesem Umwege durch die Handlung meines Gegners wieder zu meinem verlorenen Rechte, also wieder in einen gleichen Zustand, wie es mein früherer war. In so fern werden auch diese Rechtsmittel, durch welche man indirekt in Folge einer Thätigkeit des verurtheilten Gegners wieder zu dem verlorenen Rechte kommen kann, von Vielen restitutorische genannt, und wird mitunter auch in den Quellen auf sie die Bezeichnung in integrum restitutio uneigentlich angewendet; vgl. Arndts Anm. 2. Diese Rechtsmittel werden von unseren älteren Civilisten und selbst noch von Burchardi in seiner angeführten Schrift (1831) und von Thibaut Pandekten 8. Aufl. 1834 § 684 f. zur in integrum restitutio gezählt. Darin lag aber eine völlige Verkennung des Wesens der in integrum restitutio (Nr. II) und eine verwirrende Vermischung heterogener Institute. Der Erste, welcher die wesentliche Verschiedenheit der in integrum restitutio von jenen Rechtsmitteln nachwies,

war Schröter in der Gießener Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. VI (1833) S. 91—169; s. besonders auch Savigny S. 99—106.

II. Das Recht kann nicht alle individuelle Gestaltungen bei den einzelnen Rechtsverhältnissen berücksichtigen; es muß der nothwendigen Sicherheit, Festigkeit und objektiven Beurtheilbarkeit der Rechtsverhältnisse wegen sehr oft Durchschnitte machen, Mannigfaltiges unter einen Maßstab setzen, sollte er auch in seiner Anwendung auf einzelne Fälle, die durch ihn getroffen werden, wegen ihrer individuellen Beschaffenheit zu Härten und zu Widersprüchen mit den Anforderungen einer ausgleichenden Gerechtigkeit führen oder sich als unangemessen zeigen (§ 19). Es kann daher nicht wegen jeder Iniquität und Härte, auf welche etwa die Anwendung der Grundsätze des bestehenden Rechts in einzelnen Fällen führen würde, die juristische Thatsache, deren Folgen solche Härten sein können, für eine mangelhafte erklärt und ein ordentliches Rechtsmittel zum Schutz gegen solche Unbilligkeiten gegeben werden. Die römischen Prätoren suchten aber auf anderem Wege gegen solche Durchschnitte den Anforderungen ausgleichender Gerechtigkeit (der aequitas) zu entsprechen. Sie erklärten in ihren Edikten, sie werden in Fällen, in welchen das bestehende Recht eine genügende Hilfe nicht gewähre, doch, falls sie es aus besonderen Gründen gerecht finden würden, eine außerordentliche Rechtshilfe gewähren und zwar in der Art, daß sie die juristische Thatsache, durch welche die Verletzung eintrat, als gar nicht vorgefallen behandeln und dadurch dem Verletzten sein verlorenes Recht und den Zustand, in welchem derselbe vor jener Thatsache sich befand, unmittelbar durch ihren Richterspruch wiederherstellen, also das Verhältnis so behandeln, als ob der Verletzte das betreffende Recht gar nicht verloren gehabt habe. Anfänglich, und so lange die ordentlichen Rechtsmittel (Nr. I) noch nicht gehörig ausgebildet waren, machten die Prätoren wohl einen ausgedehnteren Gebrauch von dieser ganz von ihrem Ermessen abhängigen außerordentlichen Hilfe (sie behielten deßhalb auch die Entscheidung darüber stets sich selbst vor, ohne Bestellung eines iudex). Allmählich aber wurde durch die Edikte selbst und durch den Einfluß der Doktrin und zum Theile auch durch Verordnungen der Kaiser das Institut weiter ausgebildet und an festere Normen gebunden, ohne aber den Charakter einer außerordentlichen Rechtshilfe zu verlieren; s. besonders Savigny S. 107—118. Dieses nun ist die in integrum restitutio. Sie ist eine unmittelbar durch richterlichen Spruch im Wege außerordentlicher Rechtshilfe erfolgende Aufhebung eines durch eine an sich gültige juristische Thatsache begründeten Rechtszustandes und Wiederherstellung des rechtlichen Zustandes, wie er vor Eintritt jener Thatsache bestand. Ihr Wesen, durch das sie sich namentlich von den unter Nr. I angeführten restitutorischen Rechtsmitteln unterscheidet (das aber von Puchta in der bei Arndts Anm. 3 abgedruckten Stelle nicht richtig bestimmt wird), liegt darin: 1) sie giebt eine Hilfe gegen einen nach dem bestehenden Rechte gültig erlittenen Verlust, der durch ein ordentliches Rechtsmittel nicht gehörig gehoben werden kann, ist also ein anomales Rechtsmittel, das nur in den Fällen gewährt werden darf, in welchen von den Gesetzen es ausdrücklich für zulässig erklärt wird; 2) die Rechtshilfe besteht bei ihr darin, daß die juristische Thatsache, durch welche ein Rechtsverlust eintrat, durch richterlichen Spruch als nicht vorgefallen behandelt und unmittelbar durch diesen Spruch dem Verletzten das verlorene Recht, wie er es vor jener Thatsache hatte, wiederhergestellt wird; z. B. wenn wir gegen eine Ersitzung, durch welche ein Dritter unsere Sache erwarb, propter absentiam restituirt werden (§ 114 Nr. VI): so heißt dies nicht, wie in den Fällen von Nr. I, so viel, daß der Dritte uns durch Tradition wieder zum Eigenthümer der Sache machen soll, sondern es wird uns hier unmittelbar durch den richterlichen Spruch unser verlorenes Eigenthum wieder hergestellt, so daß wir nun die Sache geradezu vindiciren können. — Noch andere Besonderheiten, welche der in integrum restitutio zukamen, haben bei uns keine praktische Bedeutung, namentlich: a. daß die Verhandlung und Entscheidung über die Restitution im klassischen römischen Rechte stets in einem iudicium extraordinarium statt hatte; dies war schon im justinianischen Rechte

keine Besonderheit mehr, da die iudicia sämmtlich extraordinaria geworden waren; s. § 100 —; b. daß nach römischem Rechte nur ein höherer Magistrat das Recht hatte, Restitution zu ertheilen; bei uns hat es jeder ordentliche Richter; s. § 115 Lit. B.

Arndts wirft noch in der Anm. 4 die Frage auf, ob die in integrum restitutio ein Gnadenakt sei. Wirklich wurde von Burchardi S. 7, 38, 40—50 behauptet, die in integrum restitutio sei eine Gnadensache; selbst wenn alle Bedingungen vorhanden seien, welche von den Quellen an die Ertheilung der Restitution geknüpft werden: so habe doch darum Niemand ein Recht im juristischen Sinne des Worts, Restitution zu verlangen. Allein diese Ansicht beruht auf einer entschieden unrichtigen Auffassung unserer Quellen, auf einer Verwechselung des hier mehr oder minder eingreifenden gerechten richterlichen Ermessens mit einer lediglich vom Willen des Richters abhängigen Gnade. Allerdings war dieses Ermessen des Prätors bei der Ertheilung der Restitution in den ersten Zeiten nach ihrer Einführung ein sehr freies, und im Anfange mochten die Prätoren das Meiste lediglich von demselben abhängig gemacht haben; sie konnten sich dabei auf die große Macht stützen, welche in den Zeiten der Republik den höheren Magistratus und namentlich den Prätoren zukam, gegen deren Mißbrauch aber die Kontrole des Volks und das Recht der Intercession, das den gleichgestellten und höheren Magistraten und den Tribunen zukam, Schutz gewährte. Als aber allmählich und besonders in den Kaiserzeiten die Ertheilung der Restitution an festere Normen gebunden, und dadurch der Kreis des Ermessens des Richters mehr und mehr beschränkt wurde, konnte es keinen Zweifel leiden, daß, wenn die Bedingungen, unter welchen das bestehende Recht Restitution zusagt, im einzelnen Falle vorhanden sind, der Verletzte ein Recht hat, Restitution zu verlangen, das er auch gegen den abweisenden Richterspruch durch Appellation geltend machen kann; s. besonders Schröter a. O. S. 169—174, Savigny S. 116—118. — Übrigens unterliegt das Institut der Restitution, wie es in unseren Quellen ausgebildet wurde und nach denselben bei uns besteht, in manchen Beziehungen sehr wichtigen legislativen Bedenken (vgl. Savigny S. 113, 114), und deßhalb wurde es von manchen neueren Landesrechten, z. B. dem sächsischen, im Privatrechte (anders im Proceß) ganz beseitigt und durch anderweite Bestimmungen zu ersetzen gesucht.

Erfordernisse der Restitution überhaupt.

§ 113.

(Arndts § 118.)

Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist nur zu ertheilen, wenn folgende Erfordernisse im konkreten Falle vorhanden sind:

I. Ein durch eine juristische Thatsache erlittener Nachtheil (laesio), mag der Nachtheil in einem positiven Schaden oder in einem entgangenen Gewinne bestehen; Arndts l. c. Note a, b. Bei einem bloßen entgangenen Gewinn ist nur dann die Wiedereinsetzung ausgeschlossen, wenn durch dieselbe der Gegner an seinem Vermögen, so weit es nicht erst durch die verletzende Thatsache vermehrt worden war, Schaden leiden würde; deßhalb findet gegen Versäumung der Anstellung einer Strafklage oder des Erwerbs durch Ersitzung eine Restitution nicht statt; s. die Stellen bei Arndts l. c. Anm. 1 und Savigny S. 121—124. Auch kann Restitution, wenigstens nach der herrschenden Ansicht, nur wegen eines Nachtheils verlangt werden, der ein nicht ganz unbedeutender ist (dafür namentlich Vangerow Pandekten § 176 und die dort Angeführten, dagegen Burchardi Wiedereinsetzung ꝛc. § 8, Windscheid Pandekten § 115 Note 6), worüber der Richter unter Berücksichtigung der besonderen Vermögensverhältnisse der verletzten Partei nach seinem Ermessen zu entscheiden haben

würde; jedenfalls aber darf keine Restitution ertheilt werden, wenn der Nachtheil, den der Verletzte erlitten hat, ganz unverhältnißmäßig geringer ist, als der Nachtheil, den sein Gegner durch die Restitution erleiden würde; D. h. t. 4, 1 l. 4.

II. Der Nachtheil muß in Folge einer an sich gültigen juristischen Thatsache, gegen welche das bestehende Recht eine ordentliche Rechtshülfe in genügender Weise nicht giebt, eingetreten sein. Es fällt daher das Recht auf Restitution weg, wenn der Verletzte schon durch ordentliche Rechtsmittel, sei es durch Klagen oder Einreden, vollständig sich helfen kann, wenn er mero iure (d. h. nach dem bestehenden, anerkannten Rechte) et communi auxilio munitus ist; s. Arndts l. c. Note a; denn die Restitution ist bloß ein subsidiäres Rechtsmittel. Die erlittene Verletzung muß hiernach erfolgt sein, durch eine juristische Thatsache, welche entweder an sich unmangelhaft ist, also durch ein ordentliches Rechtsmittel nicht angegriffen werden kann, oder welche zwar mangelhaft ist und durch ein ordentliches Rechtsmittel angreifbar sein würde, das aber nicht den umfassenden oder sicheren Schutz und Vortheil gewährt, wie die unmittelbare Restitution (z. B. in Beziehung auf leichter zu führende Beweise u. dergl.). Eine Ausnahme von dieser Subsidiarität macht nur die Restitution wegen erlittenen Zwangs; s. § 114 Nr. III und eine zweite Ausnahme galt nach römischem Recht noch bei dem Verhältnisse der actio doli zur Wiedereinsetzung, d. h. man durfte von der actio doli, weil sie zur Infamie des Verurtheilten führen kann, nicht Gebrauch machen, wenn der Fall ein Restitutionsfall war, z. B. ein durch dolus des Gegners verletzter Minderjähriger durfte nicht die actio doli anstellen, sondern mußte von dem Rechte der Wiedereinsetzung wegen Minderjährigkeit Gebrauch machen; D. h. t. 4, 1 l. 7 § 1, de dolo 4, 3 l. 1 § 6. Dies fällt bei uns weg, da die actio doli bei uns nicht mehr infamirend ist; so weit man sich daher mit ihr ebenso leicht und vollständig helfen kann (was selten der Fall sein wird), ist bei uns Restitution unzulässig (über Restitution wegen dolus s. § 114 Nr. IV). — Von selbst versteht es sich hiernach, daß, wenn die Thatsache, durch welche man einen Nachtheil erleiden könnte, nach dem bestehenden Rechte nichtig ist, eine Restitution nicht stattfinden kann, da eine nichtige Thatsache ohne alle rechtliche Wirkung ist, also durch sie ein Rechtverlust nicht herbeigeführt werden konnte; C. in quib. caus. i. int. rest. 2, 41 cst. 4, de praed. minor. 5, 71 cst. 11, D. de min. l. 16 pr. § 3. Ebenso versteht sich von selbst, daß, wenn nicht in Folge der betreffenden juristischen Thatsache, sondern durch einen späteren Zufall der Nachtheil eingetreten ist, eine Restitution nicht statt hat; D. de min. 4, 4, l. 11 § 4. 5.

III. Es muß eine iusta causa, d. h. einer der Gründe vorliegen und vom Verletzten nachweisbar sein, aus welchen nach den Gesetzen das Recht, die außerordentliche Rechtshilfe der Restitution anzusprechen, gegeben wird. Diese Gründe s. in § 114.

IV. Der Fall, in welchem es sich um Restitution handelt, darf nicht zu den Fällen gehören, bei denen aus besonderen Gründen jede Restitution ausgeschlossen ist; denn es giebt eine Reihe von Fällen, in welchen nicht restituirt werden darf, sollten auch im Übrigen die vorstehenden Erfordernisse vorhanden sein. Darüber s. § 116.

Die Restitutionsgründe.

§ 114.

(Arndts §§ 119—121.)

Die Gründe, aus denen Restitution angesprochen werden kann, sind folgende:

I. Minderjährigkeit; (Arndts § 119.) — Jeder Minderjährige hat das exorbitante Vorrecht, in der Regel gegen jedes nachtheilige Geschäft und jede

nachtheilige Versäumnis in seinen Angelegenheiten, die in die Zeit seiner Minderjährigkeit fallen, sich in den vorigen Stand wieder einsetzen zu lassen, ein Recht, das er noch vier Jahre lang nach erreichter Volljährigkeit oder, wenn er früher für volljährig erklärt wurde, nach erlangter venia aetatis (Arndts § 36) für Alles geltend machen kann, was in seiner Minderjährigkeit vorfiel; s. Arndts § 119. Dieses Vorrecht wurde zuerst für minderjährige puberes eingeführt, und bei diesen war es nach der freien Stellung, die sie in der Regel nach römischem Recht hatten, gerechtfertigt. Denn nach römischem Recht waren die puberes im Wesentlichen selbständig und verpflichtungsfähig und konnten ihr Vermögen, wenn sie sich nicht einen Kurator erbeten hatten, selbst verwalten; sie konnten daher leicht aus Unerfahrenheit, Unbedachtsamkeit oder Leichtsinn durch Rechtsgeschäfte, die sie eingingen, oder durch Unterlassungen in Schaden kommen, und deßhalb wurde, um sie gegen solchen Schaden zu wahren, vom prätorischen Edikte für sie das Rechtsmittel der Restitution eingeführt; D. de min. 4, 4 l. 1 pr. § 2, vgl oben § 48 Nr. III AA I. Später aber ging das römische Recht weit über diesen richtigen Gedanken hinaus; denn es giebt auch dem bevormundeten impubes, der also in dem Vormunde einen besonderen Schutz hatte, gegen nachtheilige Handlungen oder Unterlassungen das Recht zur Restitution, wenn der Tutor zum Nachtheile des Bevormundeten Etwas unterließ oder für ihn nachtheilige Geschäfte schloß, oder der Bevormundete solche Geschäfte unter Mitwirkung des Vormunds einging, und giebt dies Recht selbst dann, wenn das Geschäft durch ein decretum magistratus bestätigt wurde, und das Gleiche galt auch bei dem mündigen Minderjährigen, wenn er einen Kurator erhalten hatte; C. si tutor 2, 25 cst. 2—5, de praed. min. 5, 71 cst. 11, D. de min. 4, 4 l. 29 pr. l. 47 pr. Die Restitution bildete daher in vielen Fällen gar nicht mehr eine Hilfe wegen des fragile et infirmum huiusmodi aetatum consilium, et multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum (l. 1 pr. de min.), da sie nun auch einen Schutz bei Handlungen und Unterlassungen des Vormundes und selbst der Obrigkeit gewährte, vgl. auch unten Nr. 4. Aber auch bei uns hielt man an dieser Restitution fest, obwohl bei uns jeder Minderjährige einen Vormund haben muß und außerdem die Obrigkeit diesen Vormund noch ganz besonders kontrolirt. Es hätte daher diese für den Verkehr besonders gefährliche Restitution bei uns durch die Gesetzgebung längst beseitigt werden sollen, wie es vom sächsischen Gesetzbuche geschah; s. auch Savigny S. 149.

Dieses Recht zur Restitution macht es mißlich, mit Minderjährigen und ihrem Vormunde sich in wichtigere Geschäfte einzulassen; deßhalb räumen die römischen Quellen hier dem Richter ein besonders freies Ermessen in der Ertheilung der Restitution ein; namentlich soll er, wenn durch die Restitution der Kredit des Minderjährigen in bedenklicher Weise verletzt würde, nicht leicht restituiren, und wenn durch die Restitution der Gegner sehr bedeutenden Schaden leiden würde oder sehr verzweigte Geschäfte umgestoßen werden müßten, nur dann restituiren, wenn es für den Minderjährigen ganz besonders dringend oder sein Schaden ein besonders großer ist; D. de min. l. 24 § 1, 2, l. 49, l. 9, C. si ad vendit. 2, 29 cst. 1

Dabei ist noch Folgendes zu beachten:

1. Abgesehen von den Fällen, in welchen jede Restitution ausgeschlossen ist (vgl. § 116), giebt es noch einige besondere Fälle, in welchen die Restitution wegen Minderjährigkeit nicht statt hat, sollten auch die übrigen Voraussetzungen einer Restitution vorliegen. Über diese Fälle s. Arndts l. c. nach Note f., über Anm. 3 a. E. s. oben § 96 Beilage II Nr. 2, 3; vgl. auch Windscheid Pand. § 117 Note 6.

2. Wegen Verlust eines Rechts durch Verjährung kann es bei Minderjährigen niemals zu einer Restitution kommen; denn gegen unmündige Minderjährige (impuberes) läuft gar keine Verjährung und gegen mündige Minderjährige (puberes minores) laufen nach dem neuesten römischen Recht die Verjährungen, welche in kürzerer Zeit als 30 Jahren eintreten, ebenfalls nicht,

s. § 105 und Arndts § 162 Note d.; es bedarf also in diesen Fällen keiner Restitution. Dagegen geht die 30- und 40jährige Verjährung allerdings gegen mündige Minderjährige; allein gegen eine solche Verjährung darf nie restituirt werden vergl. § 116.

3. Natürlich kann der Minderjährige, wenn er durch eine von den Vormündern für ihn vorgenommene Handlung oder durch Versäumnisse derselben verletzt wurde, gegen die Vormünder, falls sie sich einer von ihnen zu prästirenden culpa schuldig machten, Ersatz verlangen. Allein in diesem Falle ist das Recht, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand anzusprechen, nicht ausgeschlossen, sondern dem Minderjährigen die Wahl zwischen beiden Mitteln eingeräumt. C. si tutor. 2, 25 cst. 3, 5. D. de min. l. 45 § 1, Savigny S. 144, 145.

4. Bei uns ist der Kreis der restitutio minorum weit beschränkter als er es nach römischem Recht war, was sehr häufig, namentlich auch von Arndts (vgl. bei Note f) nicht gehörig beachtet wird. Nach römischem Recht nämlich hatten mündige Minderjährige eine sehr freie Stellung; sie konnten an sich ganz selbständig ihr Vermögen verwalten, gültig verpflichtende Geschäfte jeder Art eingehen, und selbst wenn sie einen Kurator hatten, waren sie nur in gewissen Beziehungen beschränkt, s. oben § 48 Nr. III, AA Nr. I; es war für sie, so weit sie sich selbständig verpflichten konnten, die Restitution der einzige Schutz gegen Folgen ihres Mangels an Erfahrung, Umsicht und Besonnenheit. Deßhalb sprechen die römischen Quellen meist von Fällen, in welchen ein Minderjähriger selbständig verpflichtende Rechtsgeschäfte gültig einging, und heben dabei jenen Mangel als Restitutionsgrund besonders heraus.

Dieses ist aber nach deutschem Recht wesentlich anders. Denn bei uns ist jeder Minderjährige unfähig, sich selbständig durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten, und jedes Geschäft, durch welches er eine Verpflichtung übernehmen würde, ist nichtig, wenn er es ohne Zustimmung seines Vormundes einging (§ 113); bei einem nichtigen Geschäft aber kann von einer Restitution nicht die Rede sein (vgl. oben Nr. II). Es findet daher bei uns die Restitution wegen Minderjährigkeit nur dann statt, wenn der Vormund des Minderjährigen für ihn in nachtheiliger Weise, sei es auch mit Genehmigung der obervormundschaftlichen Behörde (vgl. Arndts § 457) handelte, oder wenn der Minderjährige durch ein Geschäft verletzt wurde, das er selbst gültig, also mit Genehmigung seines Vormundes und, wo nöthig, der obervormundschaftlichen Behörde geschlossen hat, oder wenn durch Versäumnisse in seinen Angelegenheiten für ihn ein Nachtheil eintrat.

II. Ausdehnung der restitutio minorum. (Arndts § 119 Abs. 2). Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wie sie Minderjährigen zukommt, kommt nicht auch anderen Personen zu, die eines Vertreters bedürfen, z. B. nicht einem Geisteskranken, für den der Vormund Etwas unterließ oder nachtheilig kontrahirte, nicht einem wegen Verschwendung unter Kuratel Gesetzten wegen nachtheiliger Versäumnisse oder Handlungen seines Vormundes oder wenn er mit Zustimmung des Vormundes nachtheilige Geschäfte einging; denn nirgends räumen unsere Quellen diesen Personen das beneficium restitutionis ein, das den Minderjährigen zukommt; es kann aber auch nicht analog auf sie erstreckt werden, da jenes beneficium ganz singulärer Natur ist. Nur wenn es unterlassen worden wäre, einem volljährigen Geisteskranken einen Vormund zu bestellen: so würde er gegen nachtheilige Folgen von Versäumnissen, namentlich auch gegen Verluste durch Verjährung (abgesehen von der 30- oder mehrjährigen, gegen welche nie restituirt wird) restituirt werden können, indem er in einem solchen Falle einem absens (Nr. VI) gleichgestellt wird; D. de R. I. 50, 17 l. 124 § 1. — Dagegen haben unsere Quellen in nicht zu rechtfertigender Weise gewissen Korporationen, namentlich das römische Recht den Stadtgemeinden, denen hierin auch unsere Dorfgemeinden gleichzustellen sind, und das kanonische Recht den christlichen Kirchen und Klöstern (nicht auch, wie Arndts a. O. sagt, den milden Stiftungen) das beneficium restitutionis eingeräumt, wie es den Minderjährigen zukommt; s. die Stellen der Noten n und o bei Arndts § 119.

Diese können daher vermöge ihrer Qualität als Gemeinden, Kirchen, Klöster gegen Handlungen oder Unterlassungen ihrer Vorsteher ganz nach den unter Nr. I ausgeführten Grundsätzen Restitution ansprechen. — Natürlich ist aber auf sie nicht anwendbar, was oben Nr. 2 über Verjährung gesagt ist. Diese läuft gegen sie; nur können sie Restitution dagegen ansprechen, wenn die Verjährung nicht eine 30- oder mehrjährige ist. Anderer Ansicht ist in Betreff der Kirchen Savigny Syst. III S. 426; er sagt, den Kirchen kommen überhaupt die Rechte der Minderjährigen zu, und stützt sich auf X. de int. rest. 1, 41 cap. 1, 3; allein diese sprechen bloß von dem den Kirchen zukommenden Recht auf Restitution.

Eine principlose und willkürliche Praxis vieler Gerichte aber will das Recht der genannten Korporationen auf Restitution auf alle die Personen ausdehnen, deren Angelegenheiten durch gesetzliche Vertreter oder durch Vorsteher verwaltet werden, also namentlich auf Geisteskranke und Verschwender, welche unter Kuratel stehen, und auf andere juristische Personen als die oben genannten, namentlich sogar auf den Fiskus, den sie hier einem Minderjährigen gleichstellt; vgl. die Anführungen aus Seyfferts Archiv bei Windscheid Pandekten § 117 Note 9. Eine solche Ausdehnung eines ganz singulären und für den Verkehr überhaupt sehr gefährlichen Instituts aber ist in keiner Weise zu rechtfertigen; s. auch Savigny VII S. 160, 161.

III. Erpressung (vis et metus) (Arndts § 121). Wird Jemand zur Eingehung eines Rechtsgeschäfts von einem Anderen durch gefährliche, darauf gerichtete Drohungen bestimmt: so stehen dem Gezwungenen die bei Arndts § 333 angeführten ordentlichen Rechtsmittel zu; es ist ihm aber auch das Recht auf in integrum restitutio eingeräumt, welche (wie schon die ordentlichen Rechtsmittel wegen Zwangs) auch gegen dritte beim Zwange Unbetheiligte wegen Dessen, was sie vom abgezwungenen Gegenstande haben oder so weit vortheilhafte Folgen der Erpressung auf sie kommen, geht und ihm in manchen Fällen noch einen gründlicheren Schutz gewährt (z. B. wenn es sich von Wiederherstellung eines dinglichen Rechtes oder von einer erzwungenen Antretung oder Ausschlagung einer Erbschaft handelt), indem ihm dadurch der in Folge des Zwanges aufgegebene oder geänderte Rechtszustand direkt so wiederhergestellt wird, wie er vorher bestand; D. quod met. caus. 4, 2 l. 9 § 3, 4 l. 21 § 5, 6 C. de his quae vi 2, 20 cst. 3, 5, 7, Savigny VII S. 193—195, Schliemann Die Lehre vom Zwang 1861 S. 56.

IV. Betrug (Arndts § 121). Gegen den Betrüger kommen dem Betrogenen ordentliche Rechtsmittel zu, s. Arndts § 234, 334. Das prätorische Edikt führt aber auch unter den Restitutionsgründen den Betrug an; D. h. t. 4, 1 l. 1. Allein dies kann man nicht so auslegen, als ob in allen Fällen der Betrug ein Restitutionsgrund sei; die ordentlichen Rechtsmittel sind in der Regel durchaus genügend, dem Betrogenen gegen den Betrüger zu helfen. Es sind nur einzelne Fälle des Betrugs, für welche Restitution für zulässig erklärt wird, und auf die also das Rechtsmittel zu beschränken ist. Diese Fälle beziehen sich auf den Proceß (z. B. D. de re iud. 42, 1 l. 33, de in int. rest. 4, 1 l. 7 § 1, de interrog. 11, 1 l. 18); nur folgender Fall (der Fall in I. de act. 4, 6 § 6, den Manche noch hierher zählen, ist wohl bei uns unpraktisch, s. Windscheid Pandekten § 116 Note 2) betrifft zum Theil auch das Privatrecht: wenn Jemand durch dolus eines Andern verhindert wurde, das Gericht anzugehen oder sich bei Gericht zu stellen, und dadurch einer Partei ein Nachtheil zugeht, z. B. ihr ein Anspruch inzwischen verjährt oder eine Sache, die sie dem Gegner abfordern wollte, von diesem ersessen wird oder es zu ihrem Nachtheil nicht zur litiscontestatio kommt: so hat sie gegen den Verhindernden eine Klage auf Ersatz; wenn aber dieser zahlungsunfähig ist, also einen Ersatz nicht leisten kann: so kann sie Restitution gegen die Versäumnis und ihre Folgen ansprechen, D. de eo, per quem fact. 2, 10 l. 3 pr. § 1.

Sehr ungenau und viel zu weit ist, was Arndts im § 121 über die Restitution wegen Betrugs sagt. Überhaupt aber sind die Ansichten über den Kreis

dieser Restitution sehr verschieden und von Vielen wird er in nicht zu rechtfertigender Weise erweitert, namentlich 1) wird von Vielen behauptet, durch Konstitutionen der späteren Kaiser sei eine Restitution wegen Betrugs bei allen bonae fidei contractus eingeführt worden (was bei uns, wenn es richtig wäre, bei allen Verträgen gelten würde), z. B. Vangerow Pandekten § 178 Anm. 1 Nr. 4, § 185 Anm 1 Nr. III, 5, Sintenis Civilrecht § 36 bei Note 90. Allein die Stellen, welche hiefür angeführt werden, namentlich die cst. 5 und 10 de rescind. vend. 4, 44, sprechen ohne Zweifel nur von dem ordentlichen Rechtsmittel der Kontraktsklage, mit welcher bei bonae fidei negotiis der Vertrag angefochten werden kann (bei stricti iuris negotiis war die actio doli nöthig), und die Restitution und die Zurückgabe des durch Betrug Erlangten nur uneigentlich durch in integrum restituere bezeichnet wird; siehe oben S. 573 Nr. I a. E. und besonders Ruhstrat in der Gießen. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. IV S. 260—281. — 2) Noch viel weiter gehen Andere; sie wollen dem Betrogenen, der eine Sache wegzugeben verleitet wurde, sogar eine gegen den dritten unschuldigen Besitzer der Sache gehende Restitution geben; z. B. wenn Jemand uns durch Betrug verleitete, ihm unsere Sache auf Kredit zu verkaufen und zu tradiren: so ist das Geschäft an sich ganz gültig, das Eigenthum der Sache geht also durch die Tradition auf den Betrüger über, und wenn daher dieser die Sache weiter an einen Dritten, der am Betruge nicht theilnahm, veräußert: so wird dieser Dritte nun Eigenthümer der Sache: ihm aber können wir die Sache nicht abfordern; denn vindiciren können wir sie nicht, da wir nicht mehr Eigenthümer sind, und aus dem Betruge ist der dritte jetzige Eigenthümer der Sache uns nicht obligirt, da er am Betruge nicht theilgenommen hat; C. de resc. vend. 4, 44 cst. 10 (die gegen den Betrüger zulässige in integrum restitutio, von welcher die cst. 10 spricht, ist nicht die eigentliche in integrum restitutio, sondern das ordentliche restitutorische Rechtsmittel der actio venditi; Savigny S. 106, Ruhstrat in der Gießen. Zeitschr f. Civilr. rc. N. F. IV S. 279). Wir können uns in einem solchen Falle bloß an den Betrüger halten und diesen mit der actio venditi auf Schadenersatz belangen. Hier behaupten nun Manche, selbst Savigny S. 200 f., 209, wenn der Betrüger zahlungsunfähig sei, also uns nicht Ersatz leisten könne: so stehe uns das Recht zu, gegen jenen Dritten Restitution wegen Betrugs zu verlangen und dadurch die Sache von ihm herausbekommen. Diese Ansicht ist aber entschieden unrichtig. — Es giebt keine Quellenstelle, welche sagt, der Betrogene könne in einem solchen Falle sich an den unschuldigen Dritten halten, auch Savigny wußte eine solche Stelle nicht nachzuweisen; er beruft sich lediglich auf Stellen, welche von den Folgen des Zwangs sprechen. Allein es ist durchaus unzulässig, Das, was vom Zwange gilt, auch auf den wesentlich anderen Fall des Betrugs anzuwenden. Die Restitution und selbst die ordentlichen Rechtsmittel wegen Zwangs gehen allerdings bis auf einen gewissen Grad auch gegen Dritte, die am Zwange sich nicht betheiligt haben, s. oben Nr. III. Ganz anders aber verhält es sich mit den Rechtsmitteln aus dem Betruge; sie gehen bloß gegen den Betrüger seiner Unredlichkeit wegen (s. auch Savigny selbst Syst. III S. 117). Auch wird Savigny's Ansicht noch entschieden widerlegt durch die cst. 10 cit. Diese sagt ausdrücklich, daß in einem Falle, wie der oben angegebene, dem Verkäufer die rei vindicatio gegen den Dritten nicht zustehe, sondern der Betrogene sich bloß an den Betrüger halten könne, und ebenso spricht auch gegen Savigny ganz entschieden die l. 38 de dolo 4, 3, eine Stelle, über deren Sinn Savigny VII S. 205 sehr zweifelhaft ist, die sich aber einfach daraus erklärt, daß überhaupt wegen Betrugs, abgesehen von den oben S. 579 angeführten Fällen, eine in integrum restitutio nicht, also natürlich auch nicht gegen Dritte zulässig ist [1].

---

[1] Die Stelle sagt von einem Falle, in welchem ein Gläubiger zu einer Acceptilation durch Betrug des Schuldners verleitet wurde, der Gläubiger könne mit der actio doli vom Schuldner Entschädigung verlangen, wenn er aber minderjährig sei, so könne er wegen

3) Es kann vorkommen, daß man durch einen Betrüger verleitet wird, mit einem Dritten einen Vertrag einzugehen, ohne daß Dieser vom Betruge weiß. Hier hat man gegen den am Betrug nicht betheiligten Kontrahenten natürlich kein Rechtsmittel aus dem Betruge, kann also den Vertrag nicht wegen Betrugs anfechten, sondern sich bloß an den Betrüger mit der actio doli auf Schadenersatz halten. Zwar wollen auch hier Manche, besonders Ältere, z. B. Glück Pandektenkomm. IV S. 135, 136 und die von ihm Note 58 Angeführten und selbst auch Savigny S. 200, 208, dem Betrogenen eine in integrum restitutio gegen den unschuldigen Kontrahenten geben, wenn der Betrüger insolvent sei. Allein aus dem oben S. 580 Nr. 2 Ausgeführten ergiebt sich die Unrichtigkeit dieser Ansicht und mit Recht nennt sie Vangerow Pand. III § 605 Anm. 1 Nr. 6 eine völlig grundlose; s. Mein Württemb. Privatr. § 105 Note 9.

V. Irrthum und Unwissenheit (Arndts § 121). Auf diese ist, wenn sie Grund eines Thuns oder Lassens sind, in der Regel und zwar aus sehr richtigen Gründen keine Rücksicht zu nehmen, s. § 72 Lit. A. Es giebt hiervon nur wenige Ausnahmen, in welchen bei entschuldbarem Irrthum durch ordentliche Rechtsmittel dem Irrenden geholfen wird, s. § 72 A Nr. 2. Außerdem aber behielten sich die Prätoren in ihren Edikten auch noch in einigen anderen Fällen

---

Minderjährigkeit gegen den Schuldner restitutio in integrum, also Wiederherstellung der Schuld ansprechen. Dieses ist eine konsequente Anwendung des Grundsatzes, daß die actio doli unzulässig ist, wenn man durch eine Wiedereinsetzung sich helfen konnte; deßhalb darf hier der Minderjährige nicht von der actio doli, sondern nur von der Restitution wegen Minderjährigkeit Gebrauch machen (er hat also sein Recht auf Restitution nicht auf den dolus des Gegners zu stützen, weil dolus kein Recht zur in integrum restitutio giebt, sondern bloß auf die durch das Geschäft erlittene Läsion und auf seine Minderjährigkeit; s. auch c. h. t. 2, 22 cst. 5 pr.); der volljährige Gläubiger aber hat die actio doli, eben weil der Betrug ihm nicht ein Recht zu einer in integrum restitutio giebt. Für die richtige Ansicht im Resultate sind u. A. Sintenis Civilrecht I § 36 Note 86, Vangerow Pandekten § 185 Nr. III letzter Abschnitt (abgesehen von seiner oben unter Nr. 1 angeführten unrichtigen Ansicht). — Man könnte noch versucht sein einzuwenden, daß die Rechtsmittel aus dem Betruge nicht bloß gegen den Betrüger, sondern auch gegen seine Singularnachfolger gehen, und in dem oben unter Nr. 2 im Anfang angeführten Falle der Dritte Singularnachfolger des Betrügers im Eigenthume der betreffenden Sache geworden sei. Allein keine Quellenstelle giebt die Rechtsmittel aus dem Betruge gegen Denjenigen, der dem Betrüger im Eigenthume der erschwindelten Sache succedirte, und das Gegentheil sagt die cst. 10 cit. ausdrücklich. Nur in folgenden zwei Fällen findet eine exceptio doli gegen einen Singularnachfolger des Betrügers statt: a. Der Betrüger erwirbt aus dem durch seinen Betrug veranlaßten Rechtsgeschäfte eine gültige Forderung gegen seinen Kontrahenten auf Erfüllung des Geschäfts; nur ist die Forderung anfechtbar; tritt er nun diese Forderung an einen Dritten ab, und dieser klagt sie gegen den Kontrahenten ein: so kann der Kontrahent auch gegen diesen Cessionar mit der exceptio doli die Anfechtbarkeit geltend machen, Arndts § 256 Note h. Dies erklärt sich aber einfach daraus, daß die Forderung des Cedenten eine mangelhafte war und er nur eine mangelhafte Forderung abtreten konnte. — b. Wenn, wie in dem Beispiele, von welchem oben Nr. 2 ausgegangen wurde, der Betrüger das Eigenthum der erschwindelten Sache auf einen Dritten überträgt, gegen welchen nach dem Ausgeführten der Betrogene kein Rechtsmittel hat, und später die Sache zufällig wieder in die Hände des Betrogenen kommt: so kann der Dritte, eben weil er Eigenthümer geworden ist, sie von dem Betrogenen vindiciren, da das Eigenthum als ein unmangelhaftes auf ihn übergegangen war, und ihm eine Einrede aus der Obligation des Betrügers, da er am Betrug nicht theilnahm, nicht entgegenstehen kann; D. de doli exc. 44, 4 l. 2 § 1, l. 4 § 27, 31. Hiervon giebt es aber eine Ausnahme; der Betrogene kann dann den Vindicanten mit der exceptio doli abweisen, wenn dieser die Sache vom Betrüger durch ein unentgeltliches Rechtsgeschäft, z. B. durch Schenkung oder Vermächtnis bekommen hatte. D. l. c. l. 4 § 29, § 31 verb. Proinde ꝛc.; s. auch Francke im Arch. f. civ. Prax. XVI S. 428, 429.

des Irrthums vor, eine außerordentliche Rechtshilfe durch Restitution zu gewähren: D. h. t. 4, 1 l. 2. Beinahe alle diese Fälle aber gehören dem Civilproceß an, bei dem überhaupt freier mit der Restitution wegen Irrthums verfahren wird (Arndts l. c. Note g, auch der bei Arndts § 461 Note d und Anm. 1 angeführte Fall bezog sich bloß auf die antiquirte processualische Konsumtion, Savigny S. 198 bei Note e), sind also nicht hier, sondern im Proceß zu entwickeln; dem materiellen Rechte gehören bloß an, der Fall bei Arndts § 520 Note e und ein Fall, der sich auf (Arndts) § 524 bezieht, nämlich, wenn Erbschaftsgläubiger zu ihrem Nachtheile von dem Rechte auf Gütertrennung aus entschuldbarem Irrthume Gebrauch gemacht hatten, D. de separat. 42, 6 l. 1 § 17 (ein bei uns unpraktischer Fall, bei dem aber noch ein anderes Hindernis eingriff, ist der in D. de Sc. Silan. 29, 5 l. 3 § 31). Lediglich auf diese besonderen Fälle beschränkt sich die restitutio propter errorem, und es ist, wie hier auch die herrschende Ansicht annimmt, ganz unzulässig, das Rechtsmittel auch noch auf andere Fälle des Irrthums auszudehnen; s. auch Francke Beiträge ꝛc. S. 84—94, Savigny S. 196 f., Bangerow Pand. § 186, Windscheid § 118 Note 7. Hiernach ist Das, was Arndts § 121 bei Note d—g sagt, näher zu bestimmen; vgl. auch unten Nr. VII.

VI. Abwesenheit (Arndts § 120). — Die Restitution wegen absentia mit der ex generali clausula (Nr. VII) wird von den römischen Quellen vorzugsweise durch restitutio maiorum bezeichnet, weil sie den Hauptfall der Restitution bilden, welche bei Volljährigen vorkommen können, da die anderen Restitutionen (Nr. III—V) sehr beschränkter Natur sind. Sie bezieht sich auf Abwesenheit vom Wohnort (sog. absentia extraordinaria), aber nur auf Versäumnisse, durch welche man, ohne sich dabei einer Nachlässigkeit schuldig gemacht zu haben (D. ex quib. caus. maiores ꝛc. 4, 6 l. 16), einen Vermögensnachtheil erlitten hat (nicht, wenn man durch Abwesenheit verhindert wurde, Jemandem ein Recht zu entziehen, D. l. c. l. 18—20 l. 22 § 1). — Wenn nämlich Jemand durch eigene Abwesenheit von seinem Wohnorte oder durch Abwesenheit seines Gegners von dessen Wohnorte verhindert wurde, ein Recht zur gehörigen Zeit zu wahren und zu verfolgen und dadurch Nachtheile erlitt, z. B. während seiner Abwesenheit seine Sache von einem Dritten ersessen wurde: so kann er sich propter absentiam gegen diesen Verlust restituiren lassen, D. ex quib. caus. mai. 4, 6 l. 1 § 1, Arndts l. c. Anm. 1, 2. Den Abwesenden stehen gleich Geisteskranke, denen kein Vertreter bestellt ist (l. 124 § 1 de R. I.), ferner solche, welche im Gefängnis, sei es auch an ihrem Wohnorte, sind, D. ex quib. caus. l. 9, 10 l. 23 pr. Dabei ist noch Folgendes zu bemerken:

1. In dem edictum de absentia wurden eine Reihe einzelner zur Restitution berechtigender Abwesenheitsfälle aufgeführt (dabei der wichtigste Fall, der wohl hauptsächlich zur Einführung dieser Restitution Veranlassung gab, die Abwesenheit in Staatsangelegenheiten); noch andere, von dem edictum de absentia übergangene, Fälle wurden durch Anwendung der clausula generalis ergänzt; s. Arndts l. c. Anm. 1, 2, Savigny S. 169—185. Dabei heben die Quellen mitunter heraus, ob der Verletzte ex necessitate oder ex voluntate, ob er de causa probabili abwesend gewesen sei oder die Abwesenheit sonst sich rechtfertigen lasse; D. l. c. l. 28 pr. l. 26 § 9, l. 2 § 1, l. 3. — Die älteren Civilisten gingen hierbei meist davon aus, daß je nach der Verschiedenheit des Grundes der Abwesenheit der Richter zu ermessen habe, ob die Abwesenheit Dessen, der durch sein Versäumnis Schaden erlitt, eine Berücksichtigung verdiene, und unterschieden in dieser Beziehung nothwendige, freiwillige, löbliche, tadelnswerthe, indifferente Abwesenheit; s. z. B. Glück Pandektenkomm. VI S. 30—34, Thibaut Pand. § 694. Dagegen kommt Savigny S. 174—176 auf das Resultat, daß die Rücksichten auf die Ursachen der Abwesenheit völlig aufzugeben seien. Dies ist aber jedenfalls zu weit gegangen, wie auch von den Späteren angenommen wird. Die Letzteren verlangen meist ein positives Erfordernis des Grundes der Abwesenheit, wenn sie zur Restitution geeignet sein

soll, so z. B. Puchta Pand. § 104, sie müsse: löblich und sonst wohl begründet, Windscheid Pand. § 119 Nr. I, sie müsse: durch Nothwendigkeit oder einen sonstigen Grund gerechtfertigt gewesen sein. Allein dies geht wohl nach der anderen Seite zu weit. Eines besonderen rechtfertigenden Grundes der Abwesenheit wird es (abgesehen von dem nachher unter Nr. 2, a anzuführende Falle) nicht bedürfen, sondern die Restitution nur dann zu versagen sein, wenn der Grund der Abwesenheit ein entschieden zu mißbilligender ist, wie z. B. in dem in l. 14 eod. erwähnten Falle verb. nam transfugis ꝛc.

2. Sehr bestritten ist die Frage, ob der Abwesende, welcher einen Rechtsverlust erlitt, auch dann Restitution ansprechen könne, wenn er einen Vertreter, welcher seine Rechte hätte wahrnehmen können, zurückgelassen hatte, ferner auch dann, wenn er keinen Vertreter hatte. Für beide Fälle wird in l. 26 § 9 ex q. c. mai. 4, 6 die Frage bejaht (adiuvare eum debere, sive habuit procuratorem, sive non), aber nur, wenn die Abwesenheit eine nothwendige, nicht wenn sie eine freiwillige war (et generaliter quotiescunque quis ex necessitate, non ex voluntate abfuit, dici oportet, ei subveniendum). Allein nach anderen Stellen läßt sich für beide Fälle doch nicht das Gleiche anwenden. Es ist daher zu unterscheiden: a. Über die Frage, ob der Abwesende, wenn er einen Stellvertreter hatte, durch den seine Rechte hätten gewahrt werden können, aber nicht gehörig wahrgenommen wurden, Restitution verlangen könne, scheinen die Quellen einander zu widersprechen: denn die l. 39 eod. sagt selbst von einem in Staatsangelegenheiten Abwesenden, er werde si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, nicht restituirt, während andere Stellen, D. l. c. l. 15 pr. l. 26 § 9 eod., de in int. rest. 4, 1 l. 8 (wenn der Vertreter zu appelliren versäumte) bei nothwendiger Abwesenheit Restitution ertheilen. Wie mit diesen letzteren Stellen die l. 39 cit. zu vereinigen sei, darüber gehen die Ansichten sehr auseinander; eine Übersicht geben Burchardi S. 167 f. und Fritz in der Gießener Zeitschr. für Civilrecht N. F. XVII S. 68 f. Allein keine dieser Ansichten löst die Frage befriedigend. Dies gilt auch von der Ansicht Vangerows, welche von Arndts l. c. Anm. 3 a. E. näher angeführt und mit Recht verworfen wird. Vangerow hat die l. 15 pr. cit. übersehen und den Schlußsatz der l. 26 § 9 cit. ganz übergangen und auch den übrigen Inhalt des § 9 nicht richtig aufgefaßt. Denn wenn er diesen Paragraph bloß auf eine singulare Begünstigung eines legatus einer Stadt beschränkt: so beachtet er nicht, daß ein solcher Legat bloß als Beispiel angeführt (ut puta) und gesagt wird, derselbe habe ein Recht auf Restitution, obwohl er nicht in Staatsangelegenheiten abwesend sei (darin liegt denn doch, daß jedenfalls auch der Letztere es hat; vgl. auch C. ex quib. caus. mai. 2, 54 cst. 2) und daß im § 9 auch noch andere Beispiele angeführt sind, in welchen das Gleiche gelte (verb. idem puto ꝛc.). Der Widerspruch zwischen der l. 39 cit. und den anderen angeführten Stellen läßt sich nur heben, wenn man mit Windscheid Pandekten § 119 Note 8 die l. 39 bloß auf Restitution gegen rechtskräftige Urtheile bezieht, was nach ihren Worten wohl zulässig ist und womit dann auch die l. 8 cit. übereinstimmt. Windscheid kommt daher auf das Resultat, daß wenn der Abwesende einen Vertreter hatte, ihm doch der Anspruch auf Restitution zukommt, außer im Falle eines gegen ihn erlassenen rechtskräftigen Urtheils. Allein auch dieses Resultat wird doch wohl noch zu beschränken sein. Denn die l. 26 § 9 cit. läßt ganz entschieden die Wiedereinsetzung nur bei der Abwesenheit ex necessitate zu, und auch die anderen Stellen (l. 15 pr. l. 8 cit.) sprechen nur von einer solchen Abwesenheit, so daß man wird annehmen müssen, daß bei einer freiwilligen Abwesenheit, wenn der Abwesende einen Vertreter hatte und dieser im Stande gewesen wäre, das betreffende Recht des Abwesenden wahrzunehmen, keine Restitution stattfindet, sondern der Abwesende sich an seinen Vertreter zu halten hat. — b. Wenn der Abwesende keinen Vertreter seiner Angelegenheit bestellt hatte, so kommt es ganz auf die Umstände an, unter denen er Dieses unterließ.

des Irrthums vor, eine außerordentliche Rechtshilfe durch Restitution zu gewähren: D. h. t. 4, 1 l. 2. Beinahe alle diese Fälle aber gehören dem Civilproceß an, bei dem überhaupt freier mit der Restitution wegen Irrthums verfahren wird (Arndts l. c. Note g, auch der bei Arndts § 461 Note d und Anm. 1 angeführte Fall bezog sich bloß auf die antiquirte processualische Konsumtion, Savigny S. 198 bei Note e), sind also nicht hier, sondern im Proceß zu entwickeln; dem materiellen Rechte gehören bloß an, der Fall bei Arndts § 520 Note e und ein Fall, der sich auf (Arndts) § 524 bezieht, nämlich, wenn Erbschaftsgläubiger zu ihrem Nachtheile von dem Rechte auf Gütertrennung aus entschuldbarem Irrthume Gebrauch gemacht hatten, D. de separat. 42, 6 l. 1 § 17 (ein bei uns unpraktischer Fall, bei dem aber noch ein anderes Hindernis eingriff, ist der in D. de Sc. Sillan. 29, 5 l. 3 § 31). Lediglich auf diese besonderen Fälle beschränkt sich die restitutio propter errorem, und es ist, wie hier auch die herrschende Ansicht annimmt, ganz unzulässig, das Rechtsmittel auch noch auf andere Fälle des Irrthums auszudehnen; s. auch Francke Beiträge ꝛc. S. 84—94, Savigny S. 196 f., Vangerow Pand. § 186, Windscheid § 118 Note 7. Hiernach ist Das, was Arndts § 121 bei Note d—g sagt, näher zu bestimmen; vgl. auch unten Nr. VII.

VI. Abwesenheit (Arndts § 120). — Die Restitution wegen absentia mit der ex generali clausula (Nr. VII) wird von den römischen Quellen vorzugsweise durch restitutio maiorum bezeichnet, weil sie den Hauptfall der Restitution bilden, welche bei Volljährigen vorkommen können, da die anderen Restitutionen (Nr. III—V) sehr beschränkter Natur sind. Sie bezieht sich auf Abwesenheit vom Wohnort (sog. absentia extraordinaria), aber nur auf Versäumnisse, durch welche man, ohne sich dabei einer Nachlässigkeit schuldig gemacht zu haben (D. ex quib. caus. maiores ꝛc. 4, 6 l. 16), einen Vermögensnachtheil erlitten hat (nicht, wenn man durch Abwesenheit verhindert wurde, Jemandem ein Recht zu entziehen, D. l. c. l. 18—20 l. 22 § 1). — Wenn nämlich Jemand durch eigene Abwesenheit von seinem Wohnorte oder durch Abwesenheit seines Gegners von dessen Wohnorte verhindert wurde, ein Recht zur gehörigen Zeit zu wahren und zu verfolgen und dadurch Nachtheile erlitt, z. B. während seiner Abwesenheit seine Sache von einem Dritten ersessen wurde: so kann er sich propter absentiam gegen diesen Verlust restituiren lassen, D. ex quib. caus. mai. 4, 6 l. 1 § 1, Arndts l. c. Anm. 1, 2. Den Abwesenden stehen gleich Geisteskranke, denen kein Vertreter bestellt ist (l. 124 § 1 de R. I.), ferner solche, welche im Gefängnis, sei es auch an ihrem Wohnorte, sind, D. ex quib. caus. l. 9, 10 l. 23 pr. Dabei ist noch Folgendes zu bemerken:

1. In dem edictum de absentia wurden eine Reihe einzelner zur Restitution berechtigender Abwesenheitsfälle aufgeführt (dabei der wichtigste Fall, der wohl hauptsächlich zur Einführung dieser Restitution Veranlassung gab, die Abwesenheit in Staatsangelegenheiten); noch andere, von dem edictum de absentia übergangene, Fälle wurden durch Anwendung der clausula generalis ergänzt; s. Arndts l. c. Anm. 1, 2, Savigny S. 169—185. Dabei heben die Quellen mitunter heraus, ob der Verletzte ex necessitate oder ex voluntate, ob er de causa probabili abwesend gewesen sei oder die Abwesenheit sonst sich rechtfertigen lasse; D. l. c. l. 28 pr. l. 26 § 9, l. 2 § [illegible] — Die älteren Civilisten gingen hierbei meist davon aus, daß je nach [illegible] schiedenheit des Grundes der Abwesenheit der Richter zu ermessen [illegible] Abwesenheit Dessen, der durch sein Versäumnis Schaden erlitt, [illegible] tigung verdiene, und unterschieden in dieser Beziehung nothw[illegible] löbliche, tadelnswerthe, indifferente Abwesenheit; s. z. B. [illegible] VI S. 30—34, Thibaut Pand. § 694. Dagegen kom[illegible] 176 auf das Resultat, daß die Rücksichten auf die Ur[illegible] aufzugeben seien. Dies ist aber jedenfalls zu weit [illegible] Späteren angenommen wird. Die Letzteren verl[illegible] fordernis des Grundes der Abwesenheit, wen[illegible]

soll, so z. B. Puchta Pand. § 104, sie müsse: löblich und sonst wohl begründet, Windscheid Pand. § 119 Nr. I, sie müsse: durch Nothwendigkeit oder einen sonstigen Grund gerechtfertigt gewesen sein. Allein dies geht wohl nach der anderen Seite zu weit. Eines besonderen rechtfertigenden Grundes der Abwesenheit wird es (abgesehen von dem nachher unter Nr. 2, a anzuführende Falle) nicht bedürfen, sondern die Restitution nur dann zu versagen sein, wenn der Grund der Abwesenheit ein entschieden zu mißbilligender ist, wie z. B. in dem in l. 14 eod. erwähnten Falle verb. nam transfugis ꝛc.

2. Sehr bestritten ist die Frage, ob der Abwesende, welcher einen Rechtsverlust erlitt, auch dann Restitution ansprechen könne, wenn er einen Vertreter, welcher seine Rechte hätte wahrnehmen können, zurückgelassen hatte, ferner auch dann, wenn er keinen Vertreter hatte. Für beide Fälle wird in l. 26 § 9 ex q. c. mai. 4, 6 die Frage bejaht (adiuvare eum debere, sive habuit procuratorem, sive non), aber nur, wenn die Abwesenheit eine nothwendige, nicht wenn sie eine freiwillige war (et generaliter quotiescunque quis ex necessitate, non ex voluntate abfuit, dici oportet, ei subveniendum). Allein nach anderen Stellen läßt sich für beide Fälle doch nicht das Gleiche anwenden. Es ist daher zu unterscheiden: a. Über die Frage, ob der Abwesende, wenn er einen Stellvertreter hatte, durch den seine Rechte hätten gewahrt werden können, aber nicht gehörig wahrgenommen wurden, Restitution verlangen könne, scheinen die Quellen einander zu widersprechen: denn die l. 39 eod. sagt selbst von einem in Staatsangelegenheiten Abwesenden, er werde si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, nicht restituirt, während andere Stellen, D. l. c. l. 15 pr. l. 26 § 9 eod., de in int. rest. 4, 1 l. 8 (wenn der Vertreter zu appelliren versäumte) bei nothwendiger Abwesenheit Restitution ertheilen. Wie mit diesen letzteren Stellen die l. 39 cit. zu vereinigen sei, darüber gehen die Ansichten sehr auseinander; eine Übersicht geben Burchardi S. 167 f. und Fritz in der Gießener Zeitschr. für Civilrecht N. F. XVII S. 68 f. Allein keine dieser Ansichten löst die Frage befriedigend. Dies gilt auch von der Ansicht Vangerows, welche von Arndts l. c. Anm. 3 a. E. näher angeführt und mit Recht verworfen wird. Vangerow hat die l. 15 pr. cit. übersehen und den Schlußsatz der l. 26 § 9 cit. ganz übergangen und auch den übrigen Inhalt des § 9 nicht richtig aufgefaßt. Denn wenn er diesen Paragraph bloß auf eine singuläre Begünstigung eines legatus einer Stadt beschränkt: so beachtet er nicht, daß ein solcher Legat bloß als Beispiel angeführt (ut puta) und gesagt wird, derselbe habe ein Recht auf Restitution, obwohl er nicht in Staatsangelegenheiten abwesend sei (darin liegt denn doch, daß jedenfalls auch der Letztere es hat; vgl. auch C. ex quib. caus. mai. 2, 54 cst. 2) und daß im § 9 noch andere Beispiele angeführt sind, in welchen das Gleiche gelte, verb. idem puto ꝛc.). Der Widerspruch zwischen der l. 39 cit. und den anderen angeführten Stellen läßt sich nur heben, wenn man mit Windscheid Pandekten § 119 Note 8 die l. 39 bloß [illegible] stitution gegen rechtskräftige Urtheile begeht, was nach ihren Worten w[illegible] ist und womit dann auch die l. 5 cit. übereinstimmt [illegible] dsch[illegible] aber auf das Resultat, daß nur der Abwesende eine[illegible] hat[illegible] der Anspruch auf Restitution gehemmt, außer im Fa[illegible] rechtskräftigen Urtheile. Wie auch dieses Re- [illegible] eschränk[illegible] § 9 cit. läßt ganz [illegible] necessitate [illegible] nur von einer sol- [illegible] freiwilligen [illegible] im Stande [illegible] nehmen, keine Re- [illegible] Vertreter zu halten [illegible] Angelegenheit bestellt [illegible] Dieses unterlassen [illegible] alt der minutio ge, z. B. blieb, aber aber wurde ger gegen die ohne alle

Trifft ihn in dieser Hinsicht nicht eine unentschuldbare Nachlässigkeit, was häufig der Fall sein kann und worüber der Richter ganz nach seinem Ermessen zu entscheiden hat: so ist ihm Restitution zu ertheilen, im entgegengesetzten Falle zu verweigern, Arndts l. c. Note d, vgl. Windscheid § 119 Note 9.

3. Handelt es sich um einen Verlust, den man durch Abwesenheit des Gegners erlitt (s. die Fälle in Arndts l. c. Anm. 1 lit. b.), der Abwesende hatte aber einen Stellvertreter, gegen den man das Recht wahren und geltend machen konnte, und man versäumt, gegen diesen es zu wahren: so wird man nicht restituirt, Arndts Note c. Dabei entsteht bei Verjährungen noch die Frage, ob die Restitution auch dann zu verweigern sei, wenn man von der von Arndts in § 110 bei Note k angeführten Protestation, durch die man den Lauf der Verjährung hindern kann (C. de annal. exc. 7, 40 cst. 2), keinen Gebrauch gemacht hat. Dies ist zweifelhaft. Bejaht man die Frage unbedingt, weil durch die Protestation dem Berechtigten ein Mittel gegeben sei, sich gehörig gegen die Verjährung zu sichern: so würde dadurch die restitutio propter absentiam gegen Abwesende beinahe ganz unpraktisch gemacht, da gerade der Schutz gegen Verjährung den Hauptfall dieser Restitution bildet. Es ist aber sehr zweifelhaft, ob Justinian diesen Sinn mit seiner cst. 2 cit. verbunden hat. Deßhalb wird auch von der herrschenden Ansicht die Frage verneint, und das Recht zu jener Protestation bloß als eine Kautel betrachtet, von welcher Gebrauch zu machen ganz in der Wahl des dazu Berechtigten stehe; s. Glück Komment. VI S. 37 f. und die vielen daselbst in Note 41 Angeführten, Savigny S. 181. Indessen kann es doch in manchen Fällen sein, daß die Unterlassung der Protestation in einer unverantwortlichen Nachlässigkeit des dazu berechtigten ihren Grund hatte, und in solchen Fällen müßte ihm, wenn er sein Recht verjähren ließ, vom Richter nach l. 16 ex quib. caus. mai. 4, 6 die Restitution gegen die Verjährung abgeschlagen werden; dies scheint auch die Ansicht von Burchardi Wiedereinsetzung 2c. S. 81, 82 zu sein.

VII. Clausula generalis. Außer den angeführten im Edikte bezeichneten Restitutionsgründen enthält es noch die Erklärung, daß der praetor auch wenn noch ein anderer gerechter Grund vorliege nach seinem Ermessen Restitution ertheilen werde: si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituam. D. l. c. l. 1 § 1 a. E. l. 26 § 9. Die Quellen bezeichnen dies durch restitutio ex clausula generali, l. 26 § 1 l. 33 eod. Über den Sinn dieser Klausel aber sind die Ansichten sehr verschieden. Manche meinten, sie beziehe sich bloß auf solche Abwesenheitsfälle, die im edictum de absentia nicht speciell genannt waren. Dies ist aber viel zu eng; denn die Klausel wird von den Quellen auch auf Fälle bezogen, in denen es sich gar nicht von Abwesenheit handelt (s. unten). Andere dagegen und nicht selten auch die Praxis mancher Gerichte nahmen sie in einem ganz allgemeinen Sinne, was zu unverantwortlichem Mißbrauche führen mußte; sie meinten, der Richter könne nach ihr stets, wo es ihm irgend billig erscheine, ganz nach seinem freien Ermessen restituiren. Allein dabei wird nicht erwogen, daß iusta causa nicht gleichbedeutend ist mit bloßer vom individuellen Ermessen abhängiger Billigkeit und Humanität, und daß man nicht aus bloßen Billigkeitsrücksichten gegen die eine Partei der andern ihr wohlerworbenes Recht wieder entziehen darf; auch folgt schon aus den genauen Bestimmungen der Quellen über die zulässigen Restitutionsgründe, daß sie durch die Generalklausel nicht dem Richter die freie Gewalt, auch noch in anderen Fällen überhaupt nach seinem Ermessen Restitution zu ertheilen, einräumen wollten. Man muß daher, wenn man nicht in principlose Willkür verfallen will, sich an die Natur und Analogie der einzelnen Fälle halten, auf welche in den Quellen die Klausel angewendet wird. Es sind Dieses solche Abwesenheitsfälle, welche im Edikte nicht genannt waren (Arndts § 120 Anm. 2), ferner wenn man durch äußere Hindernisse, z. B. durch Naturereignisse verhindert war, eine Servitut auszuüben und dadurch die Servitut oder das Recht zu einem possessorischen Rechtsmittel durch non usus verloren hat (D. de

itin. 43, 19 l. 1 § 9, de S. P. R. 8, 3 l. 34 § 1 l. 35, quemadm. serv. am. 8, 6 l. 14), ferner Fälle, welche zwar zum Theile schon im Edikte ausdrücklich genannt waren, aber durch die Interpretation weiter ausgeführt wurden und jedenfalls mit zur näheren Bestimmung der Klausel dienen, nämlich wenn durch ein Hindernis in der Person des Gegners oder in der Person des Richters ein Recht verloren ging, z. B. der Richter die Mittheilung der bei ihm angebrachten Klage an den Beklagten so verspätet, daß inzwischen die Verjährung der Klage abgelaufen ist (D. ex quib. caus. mai. 4, 6 l. 23 § 4 l. 24, 25, 26 pr. § 4—7). Nach diesen Fällen und ihrer Analogie läßt sich der Sinn der Generalklausel bloß dahin auffassen: man kann nach derselben Restitution ansprechen, wenn man durch äußere faktische Hindernisse (also auch durch Handlungen eines Dritten) ohne eigene Schuld abgehalten war, ein Recht geltend zu machen und gehörig zu wahren und dadurch einen Verlust erlitt, durch den ein Dritter sich bereicherte (zuerst gut ausgeführt von W. Francke Beiträge ꝛc. 1828 S. 68 f.). Man hat also namentlich kein Recht auf Restitution, wenn man durch eigene positive Handlungen, namentlich durch Eingehung eines Rechtsgeschäftes oder auch durch Unterlassung der Erfüllung einer Verbindlichkeit Nachtheile erlitten hat; s. besonders Francke a. O. S. 77—84, Burchardi Wiedereinsetzung S. 191 f., Savigny S. 166, 167, Vangerow Pandekten § 188 Anm. 1 Nr. III, Windscheid Pandekten § 119 Note 3. Es ist dies jetzt wohl auch die herrschende Ansicht (manche frühere Schriftsteller unseres Jahrhunderts vertheidigten noch die maßlose Ausdehnung der Klausel, z. B. Thibaut Pandekten 8. Ausgabe 1834 § 695). Namentlich findet auch nicht eine Restitution ex clausula generali dann statt, wenn man nicht wegen äußerer Hindernisse, sondern bloß aus Irrthum oder aus Unwissenheit Etwas unterließ (abgesehen von den beinahe lediglich auf den Proceß beschränkten oben S. 581 f. angeführten Fällen). Zwar sind hier auch manche von Denen, welche sonst die Klausel in richtiger Weise beschränken, anderer Ansicht, namentlich auch Vangerow a. O. Nr. III, 1 i. d. M., allein Vangerow und auch Andere beziehen sich dabei bloß auf Fälle, welche schon oben Nr. V angeführt wurden, und auf D. quod vi aut clam 43, 24 l. 15 § 5, eine Stelle, die sich auf ein tempus utile (Arndts § 90) bezieht, also Nichts beweisen kann; auch widerspricht sich Vangerow eigentlich selbst, indem er a. a. O. unter Nr. III S. 326 a. E. die restitutio ex clausua generali nur bei Versäumnissen, die durch äußere faktische Hindernisse veranlaßt wurden, für zuläßig erklärt. Die Fälle der Restitution wegen Irrthums haben sehr mit Recht nur einen bestimmt begrenzten Kreis; oben Nr. V und die dort Angeführten. Namentlich ist Restitution wegen Irrthums nie zu ertheilen, wenn man ein Recht aus Irrthum durch Verjährung verloren gehen ließ, z. B. weil man es nicht kannte oder weil man nicht wußte, wer den Gegenstand desselben besitzt u. dergl. Durch eine Restitution in solchen Fällen würde der ganze Zweck der Verjährung vereitelt; C. de praescr. longi temp. 7, 33 cst. 12 a. E., s. besonders Emminghaus zu Cocceii Ius civ. controvers. Tom. I. Lib. IV, t. 6 qu. 4 p. 385 und Savigny Syst. III S. 407—409, 418—420, VII S. 196; hierüber sind auch die Älteren, welche der Generalklausel einen viel zu weiten Sinn gaben, doch meist der richtigen Ansicht, z. B. Glück Komment. VI S. 51 und die vielen von ihm Angeführten, vgl. auch § 116 Nr. 1. — Über die Frage, ob und wie weit man gegen Versäumnisse der Prokuratoren bei Führung unserer Processe und gegen rechtskräftige Urtheile Restitution ansprechen kann, gehört das Nähere in den Civilproceß.

VIII. Minima capitis deminutio. Im römischen Recht galt der eigenthümliche Grundsatz, daß wenn Jemand eine minima capitis deminutio erlitt, z. B. sich arrogiren ließ, die Klagbarkeit seiner Schulden (wenige, z. B. Deliktschulden ausgenommen) erlosch, die Schuld also zwar bestehen blieb, aber als unklagbar (naturalis). Gegen diesen Verlust des Klagrechts aber wurde eine Restitution eingeführt und zwar in der Art, daß die Gläubiger gegen die Folgen der capitis deminutio auf ihr Verlangen stets unbedingt, ohne alle

wird ihm eben durch die Ertheilung der Restitution die Frist in so weit erneuert, als sie durch das Hindernis versäumt worden ist; ferner wenn Jemand gegen einen Vertrag, den er noch nicht erfüllt hat, Restitution verlangt: so wird durch das richterliche Dekret ausgesprochen, daß der Vertrag als nicht geschlossen zu behandeln sei. Es kann aber auch bei bereits erfülltem Vertrage, wenn die Restitution bloß gegen den Kontrahenten gegeben wird, z. B. wenn der Vormund eines Minderjährigen für denselben zu seinem Nachtheile eine Sache kaufte und der Vertrag beiderseits erfüllt wurde, durch die Ertheilung der Restitution mit der Auflage an beide Partieen, das gegenseitig Geleistete wieder zurückzugeben, die ganze Sache (cognitione praetoria) erledigt werden. D. de min. l. 7 § 8, 11 l. 36, l. 24 § 4; Schröter a. O. S. 108, Savigny S. 231, 232. — 2) In vielen Fällen aber geht der Zweck des Verletzten dahin, durch die Wiedereinsetzung die Geltendmachung und Verfolgung eines zu restituirenden Rechts zu ermöglichen; in solchen Fällen kommt es auf Doppeltes an, nämlich ob überhaupt im vorliegenden Falle eine iusta causa restitutionis vorhanden und daher Restitution zu ertheilen sei, und ob dem Verletzten, falls er Restitution seines angeblichen Rechts erhält, wirklich dieses Recht zugestanden hatte; denn die Voraussetzung jeder Restitution ist eine erlittene Läsion; eine solche ist aber nicht vorhanden, wenn dem angeblich Verletzten das Recht, welches er restituirt haben will, gar nicht zukam. Es ist daher in solchen Fällen über jene zwei Fragen zu verhandeln und zu entscheiden, und sind in so fern zwei iudicia zu unterscheiden, das eine über die Frage, ob, vorausgesetzt daß jenes Recht dem Verletzten wirklich früher zustand, sein Anspruch auf Wiedereinsetzung im vorliegenden Falle an sich begründet und die Wiedereinsetzung ihm zu ertheilen sei (sog. iudicium rescindens, der Restitutionsproceß Nr. 1), das andere über die Frage, ob das Recht, welches dem Nachsuchenden wiederhergestellt werden soll, ihm wirklich auch vor der verletzenden Thatsache zukam (iudicium rescissorium oder restitutorium, der Proceß über die Geltendmachung des bedingt restituirten Rechts); z. B. wenn Jemand die Sache eines Abwesenden ersessen hat und der Abwesende sich sein verlorenes Eigenthum restituiren lassen und es dann gegen den Besitzer der Sache verfolgen will: so kommt es darauf an a. ob, vorausgesetzt daß er früher wirklich Eigenthümer war, sein Recht auf Wiedereinsetzung begründet ist, ob er also eine iusta causa restituendi nachweisen kann, und dann b. ob er wirklich früher Eigenthümer der Sache war und sie daher nach erlangter Restitution vindiciren kann; denn das Letztere kann er nur, wenn er im Stande ist nachzuweisen, daß ihm wirklich das Eigenthum zustand. Diese Fragen können in zwei getrennten Processen verhandelt und entschieden werden, d. h. der Impetrant kann zunächst den Richter um Restitution angehen, wobei dann lediglich die Restitutionsfrage, unter Aussetzung der Frage über die Läsion, d. h. ob das verlorene Recht wirklich dem Impetranten zustand, verhandelt und entschieden, also ihm, wenn er den Restitutionsgrund beweisen kann, das verlorene Recht bedingt wieder hergestellt wird, und dann kann er in einem zweiten Processe in Folge dieser erlangten Restitution die Klage aus dem wiederhergestellten Rechte gegen den Gegner anstellen, wobei er aber natürlich nur durchdringt, wenn er nachweisen kann, daß das betreffende Recht ihm früher wirklich zustand. Es können aber auch beide Fragen verbunden und in einem Processe verhandelt und entschieden werden. Es kann z. B. in dem oben angeführten Falle der Abwesenheit der Verletzte nach seiner Zurückkunft den Besitzer der Sache mit der rei vindicatio belangen und dabei um Restitution ex capite absentiae gegen die Usukapion bitten, und dann kann der Richter beide Fragen verhandeln lassen, und wenn der Abwesende die iusta causa restitutionis und sein früheres Eigenthum nachgewiesen hat, ihm sein Eigenthum restituiren und demgemäß den Besitzer in die Herausgabe der Sache verurtheilen; Arndts § 123 Note b—d, Burchardi S. 461—475, Savigny S. 232—237, S. 189, 190. — Zur Zeit des römischen Formularprocesses war der erstere Weg, die Trennung in zwei verschiedene Processe, aus dem Grunde der gewöhnliche, weil der magistratus, bei welchem Restitution nachzusuchen war, in der

Regel nur über die erstere Frage durch cognitio extraordinaria entschied und dem Verletzten sein verlorenes Recht bedingt wiederherstellte, aber es ihm überlassen mußte, im iudicium ordinarium (bei welchem also ein iudex zur Verhandlung und Entscheidung bestellt wurde) das Recht zu verfolgen (praetor rescissa alienatione, usucapione ꝛc. actionem dat), da das iudicium extraordinarium zur Entscheidung solcher Fragen die Ausnahme bildete (vgl. § 100 Nr. II A). Indessen kam es doch auch öfter vor, daß der praetor beide Fragen vor sich verhandeln ließ und selbst entschied (so hatten z. B. gewisse Personen das Privilegium, daß, wenn sie verletzt wurden, das verbundene Verfahren für sie eintrat, D. ex quib. caus. mai. l. 2 pr., Burchardi Wiedereinsetzung S. 467 f., Savigny S. 235), und also cognitione praetoria Alles abgemacht wurde. Dieser Grund der Trennung in zwei verschiedene Verfahren fiel aber schon im römischen Rechte mit dem Untergange des Formularprocesses weg. — Bei uns kann jeder ordentliche Richter über die Restitution erkennen und daher sowohl über diese als auch über das restituirte Recht des Verletzten, somit über beide Fragen entscheiden. Es werden daher bei uns in der Regel beide Fragen in einem Processe verhandelt und erledigt; doch kann es in einzelnen Fällen nach Umständen zweckmäßiger oder geboten sein, sie in zwei getrennten Processen zur Entscheidung zu bringen, z. B. wenn die zu restituirende Forderung erst in späterer Zeit fällig wird, s. auch Burchardi S. 492—497. — Es ist oben bemerkt worden, daß die Restitution durch eine Einrede oder durch eine Replik nachgesucht werden kann, z. B. wenn die Sache eines Abwesenden, welche ein Dritter usukapirt hat, nach der Zurückkunft des Ersteren wieder zufällig in seine Hände kommt und der Dritte sie von ihm vindicirt: so kann er excipiendo das Recht auf Restitution geltend machen; D. ex quib. caus. mai. l. 28 § 5. Nur ist dabei wohl zu beachten, daß das Recht auf Wiedereinsetzung überhaupt, in welcher Form es geltend gemacht werden mag, in kurzer Zeit verjährt; man kann es somit, wenn es verjährt ist, auch nicht mehr durch eine Einrede oder Replik geltend machen, D. de iureiur. 12, 2 l. 9 § 4, Burchardi Wiedereinsetzung S. 496—498. Wenn daher der Abwesende, welcher wieder in Besitz der Sache kam, erst nach Ablauf der Verjährungszeit des Restitutionsrechts von dem Eigenthümer auf Herausgabe belangt wird: so kann er nicht mehr Restitution nachsuchen und ebenso wenn er die Sache aus dem Besitz wieder verlor und erst nach Ablauf der Restitutionsfrist dem nunmehrigen Besitzer die Sache abfordern will. Er muß deßhalb sich wohl vorsehen und wenn er auch im Besitz der Sache ist oder sie wieder aus dem Besitze verloren hat, vor Ablauf der Verjährungszeit um Restitution nachsuchen. Zwar scheint die l. 31 ex quib. caus. 4, 6 das Gegentheil für den Fall, wenn der Verletzte in den Besitz der Sache gekommen ist, zu sagen, und so behauptet auch auf den Grund dieser Stelle Arndts § 122 bei Note k für diesen Fall das Gegentheil. Allein der Sinn dieser l. 31 ist so zweifelhaft und sie würde nach dieser Auslegung einen so auffallenden Grundsatz aufstellen, daß man auf sie ein praktisches Resultat nicht wird gründen dürfen (eine andere Auslegung der l. 31, welche aber sehr bedenklich ist, versuchte Savigny S. 244).

C. Wirkungen der ertheilten Restitution. Darüber s. Arndts § 124. Durch die Wiedereinsetzung wird der rechtliche Zustand ganz in der Weise wiederhergestellt, wie er vor der verletzenden Thatsache war; aber natürlich wird niemals mehr restituirt, als durch jene Thatsache wirklich verloren ging, was namentlich bei versäumten Fristen von Bedeutung sein kann. D. de min. l. 4, 4 l. 50, ex quib. caus. 4, 6, l. 26 § 7, 8 l. 28 § 3. Der Zustand, wie er vor der verletzenden Thatsache bestand, wird aber nicht bloß für den Verletzten, sondern auch, so weit möglich, für seinen Gegner wiederhergestellt; wenn z. B. ein Minderjähriger durch einen nachtheiligen Verkauf verletzt wird und Restitution erhält: so hat der Käufer ihm die Sache mit den Früchten der Zwischenzeit, der Minderjährige aber dem Käufer das Kaufgeld mit Zinsen zurückzugeben; D. de min. l. 24 § 4, l. 27 § 1, C. de reputat. 2, 48 cst. un. pr. § 2, si adv. trans-

act. 2, 32 cst. 1, 2, de rest. mil. 2, 51 cst. 6, Arndts bei Note d; verschiedene Anwendungen des Grundsatzes s. bei Savigny S. 266 ff., Burchardi S. 555 f. — Die ertheilte Restitution wirkt natürlich in der Regel nur für und gegen die Parteien, welche am Restitutionsprocesse theilnahmen, nicht auch auf Dritte, weder zu deren Nutzen noch zu ihrem Nachtheile (D. de min. l. 48 pr., de adq. her. 29, 2 l. 61, C. si in commun. 2, 26 cst. und Burchardi S. 566—569), ausgenommen so weit ihr Vortheil oder Nachtheil eine von der Wiederherstellung des früheren Zustandes nicht wohl trennbare Konsequenz derselben ist; D. quemadv. serv. 8, 6 l. 10 pr. (wegen Untheilbarkeit der Servituten), de min. 4, 4 l. 27 § 2.

D. Die Verjährung des Rechts auf Restitution (Arndts § 122). Das Gesuch um Restitution ist einer kurzen Verjährungszeit unterworfen, innerhalb deren es vor Gericht nachgesucht werden muß. Die Verjährungszeit war nach dem prätorischen Edikte ein annus utilis (vgl. Arndts § 90). Da jedoch durch ein solches tempus utile die Geltendmachung der Restitution sich gar zu sehr hinausziehen konnte, auch die Berechnung einer solchen Zeit zu Zweifeln und zu vielem Streit führt, so verwandelte schon Kaiser Konstantin bei der Restitution wegen Minderjährigkeit das tempus utile in ein tempus continuum (Arndts l. c. Anm. 1 i. b. M.); mit Recht aber ging Justinian noch weiter, indem er allgemein bestimmte, daß die Restitution nie mehr in einem annus utilis, sondern stets in 4 Jahren, welche continuo zu rechnen seien (vgl. Arndts § 90), verjähren sollen; C. de temporib. i. int. rest. 2, 53 cst. 7 (s. Arndts l. c. Anm. 1). Natürlich aber gilt diese Verjährungszeit bloß für das Gesuch um Restitution (für den Restitutionsproceß, oben Lit. B. Nr. 1); sie bezieht sich aber nicht auf die Klagen und Ansprüche, welche man infolge der rechtskräftig erlangten Restitution geltend machen kann (oben Lit. B. Nr. 2), denn diese stehen nach ihrer erfolgten Restitution eben unter den Grundsätzen der Anspruchsverjährungen überhaupt, deren Zeiten sich nach der Verschiedenheit der Ansprüche verschieden bestimmen, Savigny S. 255. Dabei entstehen aber noch folgende Fragen:

1. Von welchem Tage an sind die vier Jahre der Verjährung der Restitution zu berechnen? Nach der Natur der Sache kann dies erst von der Zeit an geschehen, in welcher der Restitutionsgrund zu bestehen aufgehört hat, z. B. bei Restitution wegen Abwesenheit erst von der Zurückkunft des Abwesenden an, wegen Minderjährigkeit erst, wenn der Verletzte nicht mehr minderjährig ist, wegen äußerer Hindernisse erst von dem Tage an, an welchem das Hindernis weggefallen ist. Damit stimmt auch die cst. 7 cit. überein. Sie bestimmt, daß der Lauf der Verjährung beginnen soll ex die, ex quo annus utilis currebat, und wendet dies auf die Fälle der Minderjährigkeit und Abwesenheit ganz in dem eben bemerkten Sinne an. Hiernach beginnt der Lauf der Verjährung (s. darüber besonders Savigny S. 245—248) mit folgenden Zeitpunkten: a. Verjährung des Rechtes auf Restitution wegen Minderjährigkeit beginnt mit dem Tage, an welchem der Berechtigte sein 25. Lebensjahr zurückgelegt hat; er kann von diesem Tage an 4 Jahre lang für alle Verletzungen, die in seine Minderjährigkeit fallen, Restitution verlangen, C. l. c. cst. 7 pr. (über die besondere Berechnung des Alters in dieser Beziehung s. oben § 94). Von selbst versteht es sich, daß er auch während seiner Minderjährigkeit um Restitution nachsuchen kann, C. de i. int. rest. min. 2, 22 cst. 5 § 1). Tritt er vor dem 25. Jahre in den Stand der Volljährigen durch Jahrgebung, so ist die Zeit von dem Tage der erlangten venia aetatis an zu rechnen; nur soll in diesem Falle jedenfalls sein Recht zur Restitution bis zur Erreichung der natürlichen Volljährigkeit, also bis zu seinem vollendeten 25. Jahre dauern, sollten es auch bis dahin mehr als 4 Jahre von der Erlangung der venia aetatis an sein, C. l. c. cst. 5 pr. Dieses Letztere fällt natürlich in dem Gebiete des deutschen Reiches [vgl. oben S. 214] weg, indem hier die Volljährigkeit schon mit dem zurückgelegten 21. Jahre eintritt, also das 25. Lebenjahr keine Bedeutung mehr

hat; würde hier ein 20jähriger für volljährig erklärt: so würde von da an in vier Jahren die Verjährung ablaufen. — b. Bei den Gemeinden, Kirchen und Klöstern kann von einem Aufhören oder Wegfallen des Restitutionsgrundes nicht die Rede sein, weil dieser in ihrer Qualität als Gemeinden, Kirchen und Klöster liegt. Es muß daher bei ihnen die Verjährung beginnen von dem Tage der erlittenen Verletzung an; s. auch Clem. de restit. 1, 11 cl. un. — c. Die Verjährung der Restitution wegen Abwesenheit läuft von dem Tage der Zurückkunft des Abwesenden an und die der Restitution ex clausula generali wegen äußerer Hindernisse vom Wegfall des Hindernisses an. C. de tempor. rc. 2, 53 cst. 7 § 1. — d. Das Gleiche muß man bei anderen vorübergehenden abnormen Zuständen, durch welche das Recht auf Restitution begründet wird, annehmen. Es läuft daher die Verjährung beim Zwang, sobald der Gezwungene in freien Zustand tritt, beim Betrug, sobald der Betrogene vom Betrug Kenntnis hat, beim Irrthum, sobald der Irrende über den Irrthum aufgeklärt ist. Anderer Ansicht sind bei Irrthum und Betrug Manche, namentlich auch Vangerow Pandekten § 180 S. 309; es soll nach ihnen hier schon von dem Tage des Eintritts der Läsion an die Verjährung beginnen. Dagegen spricht aber der allgemeine Grundsatz, daß während der Fortdauer des Restitutionsgrundes die Verjährung nicht beginnen kann; vgl. auch Savigny S. 246, 247, 250, 257; die Frage wird aber für Verhältnisse des materiellen Rechts nicht leicht praktisch werden, da die Restitution wegen Irrthums und wegen Betrugs nur auf ein paar Fälle beschränkt ist, s. oben § 114 Nr. IV. V. — Abgesehen von den letzteren Fällen unter d. hängt der Anfang der Verjährung nicht davon ab, daß der Verletzte Kenntnis von der erlittenen Verletzung hat; z. B. den Minderjährigen läuft die Verjährung ihres Rechts auf Restitution vom Tage der erreichten Volljährigkeit an, den Gemeinden vom Tage der erlittenen Läsion an, mögen sie Kenntnis von der erlittenen Läsion haben oder nicht; sie verlieren also das Recht auf Restitution mit Ablauf der Verjährungszeit, wenn sie auch während derselben nicht erfahren haben, daß sie verletzt worden sind. Über diese Frage aber sind die Ansichten verschieden. Früher ging die herrschende Ansicht dahin: der Lauf der Verjährung beginne erst von dem Tage an, an welchem der zur Restitution Berechtigte wirklich von der erlittenen Läsion Kenntnis erhalten habe, die Verjährungszeit sei nicht durchweg eine tempus continuum, sondern sie sei ratione initii ein tempus utile und erst ratione cursus ein continuum, d. h. die Verjährung beginne erst zu laufen, wenn man Kenntnis der Verletzung erlangt habe und dadurch in die faktische Möglichkeit gesetzt ist, das Recht auf Restitution geltend zu machen, von dem Tage an aber, an welchem man diese Kenntnis bekommen habe, laufe die Verjährung continuo fort; s. z. B. Glück Komment. V. S. 443 und die dort Angeführten. Allein dadurch würde theilweise beibehalten, was Justinian durch sein quadriennium continuum beseitigen wollte. Der alte annus utilis lief ganz von den unter a—d angegebenen Zeitpunkten an; nur waren dabei, weil die Zeit ein tempus utile war, alle Tage abzurechnen, an welchen der Kläger sein Recht geltend zu machen aus vorübergehenden faktischen Gründen verhindert war; das Letztere aber war gerade Das, was Justinian aufheben wollte, und mit dieser Aufhebung würde das Erfordernis der Kenntnis der Läsion, durch welches der Lauf der Verjährungszeit oft in lange Ferne hinausgerückt werden könnte, in entschiedenem Widerspruche stehen. Auch das kanonische Recht, auf das sich Manche berufen, traf hierin nicht eine Änderung, weder überhaupt noch für die Kirchen; s. bes. Clem. de restit. 1, 11 cl. un. (diese sagt, die Kirche habe von ihrem Restitutionsrechte Gebrauch zu machen, intra quadriennium continuum a tempore laesionis). Die richtige Ansicht ist in unserer Zeit wohl die herrschende geworden: s. z. B. Burchardi S. 517—524, Unterholzner Verjährungslehre II S. 13, 14, Savigny 245—251, Puchta Pandekten § 105 Note e, Vangerow Pandekten § 180 Nr. 2, Windscheid Pandekten § 120 Note 11 — 12, und über das kanonische Recht besonders Vermehren im Arch. für civilst. Prax. XXXIX S. 220—232, Savigny S. 249. Nur in einer an-

deren Beziehung räumt das kanonische Recht (in 6to de restit. 1, 21 cap. 1) der Kirche eine besondere Vergünstigung ein; sie soll nach versäumter Restitutionsfrist zum beneficium restitutionis noch zugelassen werden, wenn ihre Versäumnis durch fraus oder praevaricatio ihres Gegners veranlaßt wurde, aut alia rationabilis causa subsit, quae superiorem movere debeat ad idem beneficium concedendum. Ob aber diese Koncession noch bei uns anwendbar ist (vgl. d. angef. Clem.), wird zweifelhaft sein (Burchardi S. 524 erklärt sie für unanwendbar aus einem unrichtigen Grunde); jedenfalls aber läßt es sich nicht rechtfertigen, diese in ihrer Unbestimmtheit sehr weitgehende, den Kirchen gemachte Koncession, wie z. B. Bangerow § 180 Nr. 2 a. E. es thut, zu verallgemeinern und auf alle Restitutionen anzuwenden. Allerdings ist gegen eine abgelaufene Verjährung, also auch gegen die Verjährung des Rechts auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand eine Restitution zulässig (Savigny S. 258); aber dazu wird natürlich erfordert, daß der Verletzte einen anerkannten Restitutionsgrund, der ihn an der Wahrung der Frist gehindert hatte, nachweisen kann, was jedoch selten vorkommen wird. Namentlich aber gehört zu diesen Restitutionsgründen nicht der Betrug des Gegners. Zwar ist in Betreff des Betrugs bei der Verjährung des Rechts auf Restitution Savigny S. 262 anderer Ansicht. Allein der Betrug ist nur ein auf wenige, nicht hierher gehörige Fälle beschränkter Restitutionsgrund (oben § 114 Nr. IV); er ist so wenig ein allgemeiner Restitutionsgrund gegen Verlust eines Rechtes durch Verjährung, als es der Irrthum ist. Daraus aber, daß bei dem Betrug die actio doli gegen den Betrüger zulässig ist, kann man nicht, wie es Savigny thut, den Schluß ziehen, daß auch die Restitution zulässig sein und (nach römischem Recht) der infamirenden actio doli vorgezogen werden müsse. Geht daher das oben angeführte Kap. 1 für die Kirchen bei der Verjährung der Restitution weiter: so würde es sich bloß als Privilegium für die Kirchen auffassen lassen.

Wenn der zur Restitution Berechtigte stirbt: so geht sein Recht auf Restitution, wenn es noch nicht verjährt ist, auf seine Erben so über, daß sie innerhalb der Zeit, die ihm zukam, von dem Rechte der Restitution Gebrauch machen können, also wenn die Verjährung für den Erblasser noch gar nicht zu laufen begonnen hatte, innerhalb 4 Jahren, wenn sie beim Erblasser schon zu laufen begonnen hatte, innerhalb der Zeit, die ihm an der Frist noch übrig war; diese Zeit läuft dem Erben von dem Tage des Erwerbes der Erbschaft an, wenn er aber noch minderjährig ist, erst von seiner Volljährigkeit an; D. de min. l. 19, C. de temp. 2, 53 cst. 5 § 1, 2. — Über die Verjährung, wenn der das Recht auf Restitution excipiendo geltend gemacht wird, s. oben Lit. B a. E. Über die Unterbrechung des Laufes der Verjährung, welche namentlich durch Anbringung des Restitutionsgesuchs bei Gericht und Mittheilung desselben an den Beklagten eintritt, s. Savigny S. 251—254; die römische Bestimmung, daß der Proceß über die Restitution noch innerhalb der Verjährungszeit zu Ende geführt werden müsse (Arndts § 122 a. E., Savigny S. 253), kam in Deutschland niemals zur Anwendung.

2. Gilt die von Justinian an die Stelle des früheren annus utilis gesetzte Verjährungszeit des quadriennium continuum bei allen Restitutionsfällen? Manche verneinen Dieses und behaupten, sie beziehe sich bloß auf Restitution wegen Minderjährigkeit und wegen Abwesenheit, weil die cst. 7 § 1 de temp. bloß von diesen Fällen spreche. Allein die Eingangsworte der cst. 7 lassen keinen Zweifel darüber, daß Justinian die von ihm getroffene Änderung ganz allgemein für die Restitutionen überhaupt festsetzen wollte, also die Frage zu bejahen ist. Dies ist auch die herrschende Ansicht; vgl. Glück Kommentar V S. 436 f., Unterholzner Verjährungslehre § 151 Note 525, Burchardi S. 509 f., Savigny S. 256, Bangerow § 180 Nr. 1 (der aber mit Unrecht die Frage für nicht unzweifelhaft hält).

Beschränkungen der Restitution.

§ 116.

(Arndts § 125.)

Es giebt eine Reihe von Fällen, in welchen, wenn auch die allgemeinen Bedingungen der Restitution (oben § 113), also namentlich eine Läsion und einer der § 114 angeführten Restitutionsgründe vorliegen würden, doch jede Restitution ausgeschlossen ist. Diese Fälle sind:

1) Gegen eine abgelaufene 30- oder noch mehrjährige Verjährung darf nie restituirt werden. Zwar ist Dieses bestritten; die meisten älteren Civilisten wollten auch gegen eine solche Verjährung Restitution zulassen, und auch einige Neuere, wie z. B. Burchardi S. 135 f. sind der gleichen Ansicht. Allein aus C. de praescript. XXX ann. 7, 39 cst. 3 ergiebt sich unzweifelhaft, daß bei der 30jährigen Verjährung (und natürlich auch bei einer mehr als 30jährigen) eine Restitution nicht stattfinden soll, was auch legislativ durchaus gerechtfertigt und in unserer Zeit die herrschende Ansicht ist, s. darüber besonders Unterholzner Verjährungslehre § 136, Savigny Syst. III S. 421—423, Puchta Pandekten § 107 Note g, Vangerow Pandekten 7. Ausg. § 178 Anm. 2 Nr. 12 (in den früheren Ausgaben hat er die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt), Windscheid § 115 Note 12. Wohl aber findet gegen die kürzeren als 30jährigen Verjährungen Restitution statt, wenn einer der § 114 angeführten Restitutionsgründe nachgewiesen werden kann. Von diesen aber ist hier nur anwendbar der Restitutionsgrund der Abwesenheit und äußerer Hindernisse (clausula generalis) und die Restitution der Gemeinden, Kirchen und Klöster; denn Restitution wegen Minderjährigkeit fällt hier weg, da gegen Minderjährige die Verjährungen, welche in kürzerer Zeit, als in 30 Jahren, eintreten, gar nicht laufen (oben § 114 Nr. I 2).

2) Restitution wird Demjenigen nicht ertheilt, welcher bei dem betreffenden Rechtsverhältnisse sich eines dolus schuldig gemacht hatte, D. ex quib. caus. mai. l. 26 § 6. Auch wird überhaupt gegen privatrechtliche Nachtheile eines begangenen Delikts, sollte es auch ein kulposes sein, der Thäter nicht restituirt (Arndts l. c. Note a). Gegen einen Minderjährigen daher, welcher fremde Sachen durch culpa beschädigt, findet die actio ex lege Aquilia ohne Restitution statt. Zwar wird dies von Manchen bei kulposen Delikten verneint, s. aber D. de min. 4, 4 l. 9 § 2 verb. vel damnum iniuria dedit, auch C. si adv. del. 2, 35 cst. 1 (diese Stelle setzt nach der richtigen Lesart, s. die Ausgabe von Herrmann, das zurechenbare Delikt im engeren Sinne, bei welchem keine Restitution eintritt, der bloßen Verletzung einer Vertragsverbindlichkeit entgegen); dafür, daß der Ausschluß der Restitution sich auch auf die kulposen Delikte bezieht, spricht sich auch Savigny Syst. III S. 431 aus, aber in Bd. VII S. 139 äußert er sich darüber zweifelnd. Manche mischen auch noch die Frage über die strafrechtlichen Folgen eines Verbrechens ein; diese gehört aber nicht hierher.

3) Descendenten können gegen ihre Ascendenten, wenn sie bei einem Rechtsverhältnisse zu denselben verletzt sind, Restitution nicht ansprechen (C. qui et adv. quos 2, 42 cst. 2), außer die Frage würde, wie z. B. bei einer nachtheiligen Arrogation, das Descendentenverhältnis selbst betreffen; D. de min. l. 3 § 6, C. si adv. rem iud. 2, 27 cst. 2 (eine zweite Ausnahme machte die Nov. 155; sie ist aber nicht glossirt). Wohl zu beachten ist aber, daß sich diese Versagung der Restitution bloß auf Rechtsverhältnisse zwischen Descendenten und Ascendenten, nicht auf Rechtsverhältnisse zu Dritten bezieht, sollten sie auch durch die Ascendenten vermittelt worden sein. Dieses will Arndts l. c. Nr. 2 nach Puchta Pandekten § 107 bei Note d ausdrücken durch: die Restitution findet nicht statt gegen Geschäfte mit den Eltern, als solchen, was freilich sehr ungenau ist und leicht mißverstanden werden kann. Wenn daher z. B. der Vater als Verwalter der Adventitien seiner Kinder oder als Vormund derselben für sie

nachtheilige Geschäfte mit Dritten eingeht, oder ihnen als Vormund zu einem ihnen nachtheiligen Geschäft die Zustimmung giebt: so ist die Restitution nicht ausgeschlossen, da sie in solchen Fällen nicht gegen den Ascendenten, sondern gegen jenen Dritten geht. Daß die cst. 2 cit. nicht auf solche Fälle sich bezieht, ergiebt sich zweifellos aus ihrem ganzen Inhalte und aus dem von ihr angeführten Grunde, daß gegen Ascendenten die Restitution in Rücksicht auf die ihnen schuldige Ehrfurcht und da von ihnen ein Mißbrauch ihrer Stellung nicht leicht zu erwarten sei, ausgeschlossen werde. Bestätigungen des Grundsatzes, daß die Restitution in den genannten Fällen gegen Dritte geht, enthalten C. de bonis, quae lib. 6, 61 cst. 8 § 1; si adv. don. 2, 30 cst. 2. Manche glauben, diese Stellen machen eine Ausnahme von dem Grundsatze, daß gegen Ascendenten die Restitution ausgeschlossen sei; allein sie sprechen nicht von dieser, sondern bloß von der Restitution der Descendenten gegen Dritte.

4) Außerdem findet noch in den von Arndts l. c. unter Nr. 3, 5 und 6 angeführten Fällen eine Restitution nicht statt: über den Fall unter Nr. 5 gehört das Nähere in das Eherecht.