

Werk

Titel: Archiv für civilistische Praxis

Ort: Heidelberg

Jahr: 1825

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1825_0008|log22

Kontakt/Contact

[Digizeitschriften e.V.](#)
SUB Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 1
37073 Göttingen

✉ info@digizeitschriften.de

A r c h i v
für die
civilistische Praxis.

XIII.

Von der Erwerbung des Eigenthums an den
Erzeugnissen.

Dem Herrn Professor D. Unterholzner in Breslau.

V o r e r i n n e r u n g.

Diese Abhandlung ist bald, nachdem meine Schrift über die Verjährung durch fortgesetzten Besitz in die Druckerey abgegangen war, niedergeschrieben und an den Herausgeber einer Zeitschrift zur Aufnahme eingeschickt worden. Dadurch sollte dasjenige, was ich in der angeführten Schrift §. 27. Anm. 6. bloß angedeutet hatte, vollständiger begründet werden. Daß der Abdruck unterblieben ist, hat nun freylich die Folge gehabt, daß ein unfreundlicher Beurtheiler (in den Heidelberger Jahrbüchern, Jahrg. 1817. No. 36. S. 552.) es als eine mir eigenthümliche Unart darstellt, daß ich meine Leser auf künftige Ausführungen vertröste. Da ich aber auf der andern Seite den Vortheil gehabt habe, an dem Aufsatze bessern und feilen zu können; so möchte der Vortheil den Nachtheil bey weitem überwiegen.

I.

Rechte des Eigenthümers an den Erzeugnissen.

§. 1. Daß die Erzeugnisse, so lange sie mit der Hauptsache zusammenhängen, dem Rechte derselben folgen, versteht

sich von selbst: denn sie sind als ein Theil derselben zu betrachten. Der wirkliche Eigenthümer der Hauptsache ist also zugleich wirklicher Eigenthümer der Erzeugnisse. Wie aber, wenn die Erzeugnisse sich von der Hauptsache trennen? Auch hier ist es natürlich, daß in der Regel in dem Rechte, was vor der Trennung bestanden hat, nichts geändert wird. Also ist der Eigenthümer der fruchtbringenden Sache auch nach der Absonderung Eigenthümer der Erzeugnisse. Insbesondere ist, was die Kinder seiner Sklavin anbetrifft, der Eigenthümer der Mutter auch Eigenthümer des Kindes: und zwar entscheidet das Eigenthum, so wie es zur Zeit der Geburt bestanden hat, ohne daß auf die Zeit der Schwangersung gesehen würde (l. 66. D. le rei vind. 6. 1; l. 12. C. de rei vind. 3. 32.) Eben so entscheidet bey den Jungen der Thiere das Eigenthum an dem Mutterthiere (l. 5. §. 2. D. de rei vind. 6. 1).²⁾ Die Regel, zufolge welcher derjenige, welcher zur Zeit der Fruchtabsonderung Eigenthümer der Hauptsache ist, auch Eigenthümer der Früchte wird, hat jedoch ihre Ausnahmen: und diese Ausnahmen werden sich aus den folgenden Untersuchungen ergeben.

[1] L. 61. §. 8. D. de furt. (47. 2.): „... etenium fructus, quamdiu solo cohaereant, fundi esse“ L. 44. D. de rei vind. (6. 1.): „Fructus pendentes pars fundi videntur.“

2) Sieher gehört auch eine Stelle von Florentinus (l. 6. D. de acq. rer. dom. 41. 4.), welche übrigens keinen Sinn gibt, wenn sie nicht mit dem Schlusse der vorhergehenden Stelle (aus Gajus) verbunden wird, weshalb ich auch beyde zusammen hersehe: „(L. 5. §. 7.) Item quae ex hostibus capiuntur, jure gentium statim capientium sunt. (l. 6.) Item quae ex animalibus dominio nostro eodem jure subjectis nata sunt.“ Die beyden Wörtchen „eodem jure“ (in der l. 6.) können in der ickigen Verbindung wohl nur auf das vorhergehende „jure gentium“ bezogen werden, oder sie solle etwa so viel als *jure belli* bedeuten. Wegen eines möglichen Sinnes brauchen wir also nicht eben in Verlegenheit zu seyn. Aber nun entsteht die

II.

Rechte des redlichen Besitzers (bonae fidei possessor) an den Erzeugnissen.

§. 2. So lange das Erzeugniß einen Theil der Sache ausmacht, aus welcher sie erzeugt ist, und also dem Rechte der Hauptsache folgt, erstreckt sich natürlich das Recht des redlichen Besitzers auch auf die Erzeugnisse. Darüber ist denn auch kein Zweifel. Desto bestrittener ist es, was für Rechte dem redlichen Besitzer an den abgesonderten Erzeugnissen beigelegt werden müssen. Einige behaupten, daß der redliche Besitzer ein wirkliches und unwiderrufliches Eigenthum erlangt: doch weichen diese in Ansehung der Einschränkungen, unter welchen sie ihm dieses Recht zugestehen, noch von einander ab ³⁾. Andere wollen dagegen dem redlichen Besitzer immer nur ein widerrufliches Eigenthum zugestehen, so lange dieses nicht durch *consumtio* oder *usucapio* in ein

Frage, ob die Stelle des Florentinus in ihrem ursprünglichen Zusammenhang dieselbe Beziehung gehabt hat. Daran läßt sich allerdings zweifeln: aber alle Vermuthungen sind bodenlos. So könnte z. B. die Stelle in ihrer ursprünglichen Verbindung auf ein *meum esse ex jure quiritium* sich bezogen haben. Es kann aber auch Florentinus einen Fall im Sinne gehabt haben, wo das Mutterthier, obgleich *res Mancipi*, nicht durch *mancipatio* (also nicht *jure civili*), sondern bloß durch Uebergabe (also *jure gentium*) in das Eigenthum gelangt war, und also nur ein *in bonis esse* Statt fand. Nur sollte ich denken, Florentinus würde alsdann gesagt haben: „*Item quae ex animalibus, quae in bonis nostris sunt, nata sunt.*“

3) Vorzugsweise muß man hier H. Donellus (comm. de jure civ. IV. 24. §. 3. IV. 25. §. 7. seqq.) genannt werden. Andere findet man angeführt bey Glück (Erl. der Pand. Th. 8. S. 278. Anm. 1. und S. 290. Anm. 33.): ich begnüge mich, herauszuheben: H. U. Hunnius (var. resolutt. jur. civ. II. 1. qu. 31.) und G. E. Madihn (diss. de bonae fidei possessore a restitutione fructuum perceptorum immuni).

unwiderrufliches Eigenthum verwandelt wird ⁴⁾. Von beyden Ansichten verschieden, obgleich der letzten sich anschließend, ist diejenige, welche von Savigny in seinem Recht des Besitzes (S. 233. Anm.) angedeutet hat. Dieser betrachtet nämlich das Recht, welches der redliche Besitzer zunächst an den Erzeugnissen erwirbt, ganz einfach als ein Recht des redlichen Besitzes, was denn freylich durch usucapio sich in

4) J. B. Jac. Cujacius (tract. ad Afric. ad l. 40. D. de acquir. rer. dom.); Jan. a. Costa (ad §. 35. I. de rer. divis.); Arn. Vinnius (sel. juris quaest. I. 26. comm. ad Inst. ad §. 35. de rer. div. pag. 267. edit. Amstel. 1665.); Joh. Voet (comm. ad Pand. XLI. 1. §. 30.); Ger. Noodt (comm. ad Pand. pag. 199.); Joh. Drtw. Westenberg (princ. jur. rom. sec. ord. Digest. §. 141.); L. F. Höpfner (Comm. §. 332.); Sam. v. Cocceji (jus. civ. contr. VI. qu. 10); E. Ch. Westphal (Ueber die Arten der Sachen, §. 943.); J. J. Malblanc (princ. jur. rom. sec. ord. Digest. §. 404.); Ch. G. Köchy (Comm. §. 591.); Ch. F. Glück (Erl. d. Pand. Th. 8. S. 276.); A. F. F. Thibaut (Syst. d. Pand. Rechts. §. 568.); F. C. Gesserding (vom Eigenthum, S. 186.); G. N. v. Wening (Lehrb. B. II. §. 59.) Auch Alex. Galvanus (de usufr. cap. 28. pag. 362.) und Theod. Mag. Zachariä (Inst. d. R. R. S. 284—291) gehören hieher, obgleich ihre Ansichten einiges Eigentümliche haben. Galvanus nimmt an, der redliche Besitzer habe allerdings ein Eigenthum: aber dem Eigenthümer der Hauptsache müsse doch auch ein Eigenthum an den Erzeugnissen beygelegt werden; ja es sey dieses sogar das Ueberwiegende, auf ähnliche Weise, wie das Eigenthum des Malers an einem Gemälde das dem Eigenthümer der tabula zustehende Eigenthum überwiegt. Zachariä glaubt, daß im älteren Recht ein unwiderrufliches Eigenthum an den Früchten dem redlichen Besitzer zugestanden worden sey: nach dem neueren Rechte sey es aber allerdings „keinem Zweifel unterworfen“ (?), daß die unwiderrufliche Erwerbung erst durch die consumptio eintritt. Die Neuerung wird bloß aus §. 35. I. de divis. rer. (2. 1.) bewiesen: äußere oder innere Gründe derselben werden nicht angegeben.

ein wirkliches Eigenthum verwandeln könne. Außerdem genieße allerdings noch sonst der redliche Besizer einer besondern Begünstigung: diese habe aber mit der Eigenthumsverwertung nichts zu schaffen, und beziehe sich bloß auf die obligatorischen Verhältnisse. Eigentlich müßte nämlich der Besizer, wenn er sich durch den Verkauf oder durch die Aufzehrung der Erzeugnisse bereichert habe, diesen Gewinn herausgeben, wozu man ihn durch die vindicatio der Hauptsache und durch eine auf den Werth der verzehrten Früchte gerichtete condictio hätte zwingen können: man begünstigte ihn aber, indem man ihm diesen Gewinn ließ. In dieser Hinsicht werde nun gesagt: *ejus sunt fructus, fructus consumptos suos facit*. Dieses habe man mißverstanden, und auf den Erwerb des Eigenthums an den Früchten gedeutet. Die von Savigny'sche Lehre hat auch bereits bey den neuesten Schriftstellern unsers Fachs mehr oder minder verschiedene Anhänger gefunden ⁵⁾.

§. 3. Würdigt man diese verschiedenen Ansichten nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen; so wird man geneigt seyn, der von Savigny'schen Ansicht vor derjenigen, welche dem redlichen Besizer ein widerrufliches Eigenthum an den Erzeugnissen beylegt, unbedingt den Vorzug zu geben.

Folgt man nämlich lediglich der Natur der Sache; so

5) Zu diesen gehören Hufeland (Lehrb. S. 731.) und Mackelden (Lehrb. S. 322^b). Auch F. Th. Gassenberg (diss. de publ. in rem act. Lps. 1821.) ist hier zu nennen: aber daß er (S. 49. Anm. 6.) zur Erklärung der l. 28. §. 1. D. de usuris (22. 1.) die l. 29. §. 1. D. qui et a quib. manum. (40. 9.) anführt, erinnert an die alte Lehre vom widerruflichen Eigenthum. Schweppe (röm. Privatrecht, S. 272.) schwankt ebenfalls zwischen der alten und neuen Ansicht. „Wer eine fremde Sache b. f. besitzt, wird Eigenthümer der dadurch hervorgebrachten Früchte . . . , obgleich das Recht im Grunde nur das an der Hauptsache ist.“ Das Nämliche scheint bey Mühlenbruch (doctr. pand. T. 2. S. 363.) der Fall zu seyn.

kann man dem redlichen Besitzer an den Erzeugnissen kein anderes Recht beylegen, als das nämliche, welches er an der fruchtbringenden Sache selbst hat: und das wäre denn kein anderes als das Recht eines redlichen Besitzers. Soll ihm ein wirkliches Eigenthum beigelegt werden; so muß dieses aus dem Grunde einer besonderen Begünstigung geschehen: wozu könnte es aber dem redlichen Besitzer helfen, wenn man ihm zwar ein Eigenthum einräumen, dieses Eigenthum aber nur als ein widerrufliches gelten lassen wollte? Anders ist es, wenn man ein vollständiges (unwiderrufliches) Eigenthum für den redlichen Besitzer in Anspruch nimmt. Allerdings setzt dieses ein besonderes den redlichen Besitzer begünstigendes Recht voraus: es ist dieses aber nicht ohne ein ganz ähnliches Beispiel. Es ist nämlich außer Zweifel, daß der redliche Besitzer eines Sklaven zwar nicht ohne alle Beschränkung, aber doch innerhalb gewisser Grenzen, eben so wie der Eigenthümer selbst zu erwerben berechtigt ist: und namentlich dem Nießbrauchsberechtigten völlig gleich steht (Gaj. II. §. 87. 91. 92.; §. 3. 4. 5. J. per quas pers. 2. 9.). So wie also der Eigenthümer des Sklaven Rechte aller Art, sogar Schuldforderungen (pr. J. per quas pers obl. ocq. 3. 28), und also namentlich Eigenthum erwirbt; so erwerben auch der Nießbrauchsberechtigte und der redliche Besitzer eines Sklaven Rechte aller Art, also auch Schuldforderungen (§. 1. J. ibid.), und Eigenthumsrechte: und man wird nicht etwa behaupten können, daß der redliche Besitzer an den Sachen, die ihm der Sklave eigenthümlich erworben haben würde, wenn er mit vollem Eigenthum Herr des Sklaven gewesen wäre, nun, da er bloß redlicher Besitzer ist, nicht ein wirkliches Eigenthum, sondern bloß das Recht eines redlichen Besitzers erlange. Betrachtet man nun die Erwerbung der Erzeugnisse vermittelt einer fruchtbringenden Sache gleich der Erwerbung rechtlicher Vortheile durch einen Sklaven (wie dieses allerdings natürlich zu seyn scheint, da die Sache ihrem Eigenthümer auf ähnliche Weise dient, wie

der Sklave dem Herrn); so wird man kein Bedenken tragen können, eine Erwerbung mit wirklichem Eigenthumsrecht zu Gunsten des redlichen Besitzers anzunehmen ⁶⁾. Beschränkungen dieses Erwerbungsrechts sind aber freylich nicht ausgeschlossen.

§. 4. Dieses mag genug seyn, um die Möglichkeit, und wohl auch die Wahrscheinlichkeit, einer dem redlichen Besitzer einer Sache in Ansehung der Erzeugnisse zukommenden Erwerbung mit Eigenthumsrecht begreiflich zu machen. Eine gründliche Auslegung der in unseren Rechtsbüchern vorkommenden Beweisstellen wird nun zeigen müssen, ob das Mögliche, und allenfalls Wahrscheinliche, auch auf Wirklichkeit und Wahrheit Anspruch machen könne. Ich mache den Anfang damit, daß ich die Stellen, welche mir am allermeisten geeignet schienen, die Lehre von einer Erwerbung des wirklichen Eigenthums an den Erzeugnissen außer Zweifel zu setzen, zusammenstelle. Es sind dieses folgende:

1. L. 48. D. de furt. 47. 2. (Ulpian): „(§. 5.) Ancilla si subripiatur praegnās vel apud furem concepit; partus furtivus est: sive apud furem edatur, sive apud bonae fidei possessorem sed in hoc posteriore casu furti actio cessat. Sed si concepit apud bonae fidei possessorem ibique pepererit; eveniet, ut partivus non sit, verum etiam usucapi possit. Idem et in pecudibus servandum est et in fetu eorum, quod in partu (§. 6.). Ex furtivis equis nati statim ad bonae fidei emptorem pertinebunt. merito: quia in fructu numerantur; at partus ancillae non numeratur in fructu.“

⁶⁾ In der That ist die Vergleichbarkeit des Erwerbs durch Sklaven mit dem Erwerb aus einer fruchtbringenden Sache in mehreren Stellen anerkannt. Namentlich in der l. 25. D. de usuris (f. §. 4. no. 5. und §. 10. no. 1.) und in der l. 40. D. de acq. rer. dom. (f. §. 6. no. 2.)

Sehr auffallend ist der Unterschied, welcher hier zwischen den Füllen der Pferde und dem fetus pecorum gemacht wird: ich werde auf diese Schwierigkeit, die ich befriedigend lösen zu können glaube, zurückkommen im §. 8. no. II. Aber was hier gleich zur Sprache gebracht werden muß, ist der offenbare Unterschied, welcher zwischen dem partus ancillae und den Füllen der Pferde gemacht wird. Bey dem letzten wird nämlich die Frage, ob sie als entwendete Sachen anzusehen sind, für den Fall, wo sich das Mutterpferd in den Händen eines redlichen Besitzers befindet, als ganz überflüssig behandelt. Und warum? Weil die Füllen *statim* (d. h. ohne *usucapio*) dem redlichen Besitzer gehören ⁷⁾. Das heißt also doch wohl: eigentümlich gehören? Sonst würde ja nach der Möglichkeit einer *usucapio* gefragt werden müssen. Daß aber das, was von den Füllen der Pferde gesagt ist, nicht als eine Besonderheit angesehen werden darf, sondern in einer allgemeineren bey den Erzeugnissen geltenden Regel begründet ist, sieht man daraus, daß als Grund angeführt wird: *„quia in fructu est; at partus ancillae non numeratur in fructu.“*

2. L. 4. §. 19. D. de usurp et usucap. 41. 3. (Pau:

7) Daß „*statim*“ hier nichts anderes heißen kann, als „ohne *usucapio*“ ist aus dem Zusammenhang klar genug. In der l. 48. pr. D. de acq. rer. dom. (s. den folgenden §.) heißt „*statim*“ so viel als „gleich durch die Absonderung, ohne daß es einer Besitzergreifung bedarf.“ Das wird denn aber freylich nicht durch das bloße *statim* ausgedrückt, sondern ausdrücklich bezeichnet. Hier ist an eine solche Bedeutung von *statim* schon deshalb nicht zu denken, weil der angeführte Grund (*quia in fructu numerantur*) darauf gar nicht passen würde. Die Hernte, welche den Nießbrauchsberechtigten zufällt, ist unstreitig *in fructu*: dennoch würde die Absonderung ohne Besitzergreifung nicht genügen.

(Ius): »Lana ovium furtivarum, siquidem apud furem detonsa est, usucapi non potest; si vero apud bonae fidei emtorem, contra. Quoniam in fructu est; nec usucapi debet, sed statim emtoris fit. Idem et in agnis dicendum, si consumti sint: quod verum est.«

Diese Stelle ist etwas seltsam ausgedrückt. Erst wird uns gesagt: wenn der Entwender die Schaafschur vornehme; so sey die Wolle als entwendet zu betrachten, und folglich der usucapio entzogen. Dann wird gesagt: wenn der redliche Erwerber geschoren habe; so sey es anders. Man muß also glauben, daß *contra* gehe auf die Möglichkeit der usucapio. Dieses ist aber eigentlich nicht der Fall: denn gleich darauf werden wir belehrt, daß es hier gar keiner usucapio bedarf, weil die Wolle ohne weiteres (»statim«) dem Käufer gehört: was wieder, so wie in der vorigen Stelle, nur vom wirklichen Eigenthum verstanden werden kann.

Der Grund »quoniam in fructu est« paßt nicht sonderlich, wenn er (wie in vielen Ausgaben geschieht) zum Vorhergehenden gezogen wird, obgleich es nicht ganz unmöglich ist, bey dieser Verbindung einen Sinn in die Stelle hineinzulegen. Ich bin geneigt, mit diesen Worten einen neuen Satz anzufangen, und (was auch die Göttinger Ausgabe thut) sie mit dem Folgenden, so wie es der Abdruck zeigt, zu verbinden. Auf ähnliche Weise sagt Ulpian (in der vorigen Stelle) von den Pferdefüllen; sie gehörten ohne usucapio dem Käufer, »quia in fructu numerantur.« Die Schlussworte der Stelle, welche von den Lämmern handeln, erregen Aufmerksamkeit, weil sie der *consumtio* erwähnen, während bey der Wolle nicht die geringste Andeutung sich findet, als ob es dort auf die *consumtio* ankäme ⁸⁾.

8) Diejenigen, welche überhaupt nur eine widerrechtliche Erwerbung

H. Donellus sagt: »si consumti sint« bedeute hier so viel als »maxime si consumti sint.« Diese Erklärung möchte aber schwerlich auf Beyfall Anspruch machen können. Die Schwierigkeit scheint sich zu lösen, wenn man bedenkt, daß auch Ulpian (in der zuerst angeführten Stelle) den fetus pecudum aus einem andern Gesichtspunkte betrachtet als die übrigen Erzeugnisse, und ihn mit dem Kinde der Sklavin zusammenstellt. Mit diesem verschiedenen Rechte des fetus pecudum hängt es nun auch zusammen, daß bey den Lämmern auf das consumere gesehen wird. Die eigentliche Bedeutung dieses Erwerbens durch consumtio wird erst in der Folge (vgl. S. 9.) klar gemacht werden können. Schon G. S. Madihn (f. S. 2. Anm. 1.) §. VIII. ist in der Erklärung der Worte »si consumti sint« der richtigen Ansicht nahe gekommen.

3. L. 28. D. de usuris. 22. 1. (Gajus): »In pecudum fructu etiam fetus est, sicut lac et pilus et lana: itaque agni et hoedi et vituli statim pleno jure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii. §. 1. Partus vero ancillae in fructu non est: itaque ad dominum proprietatis pertinet«

Daß hier der fetus pecudum mit der Milch und der Wolle ganz in dieselbe Reihe gestellt wird, würde uns an und für sich um so weniger auffallen können, als im §. 4. I. de usu et habit. (2. 5.) eine eben solche Zu-

der Früchte wollen gelten lassen, sind freylich genöthigt, die Worte »si consumti sint« dem Sinne nach auch auf die Wolle zu beziehen. (Vgl. Glück's Erl. d. Pand. S. 281. Galvanus (de usufr. cap. 28. pag. 370. 371.) versteht die Worte »sed statim emtoris fit« in Beziehung auf den emtor der lana: und es ist nicht zu läugnen, daß sie alsdann den folgenden Worten »si consumti sint« gewissermaßen entsprechen. Aber ist es nicht ungleich natürlicher, an den emtor ovium zu denken, von welchem eben vorher die Rede gewesen ist?

sammenstellung (allerdings in einer etwas anderen Beziehung) Statt findet. Das Anstößige liegt nur in der Vergleichung dieser Stelle mit den so eben (no. 1. 2.) angeführten Stellen von Paulus und Ulpian. Inzwischen brauchen wir darum noch keinen unauflösslichen Widerspruch anzunehmen: denn es wird in der Folge (vgl. §. 8. 2.) sich zeigen lassen, daß der fetus pecudum unter verschiedenen Beziehungen bald nach dem Recht der Erzeugnisse zu beurtheilen ist, bald aber gleich dem partus ancillae einem eigenthümlichen Rechte folgt. Sehen wir diese Schwierigkeit bey Seite; so finden wir daß der Unterschied zwischen dem partus ancillae und den übrigen Erzeugnissen nicht darin gesetzt wird, daß der redliche Besitzer sich jenen nur durch usucapio eignen kann, während ihm diese auch durch consumptio zufallen; sondern darin, daß diese »statim ipso jure« dem bonae fidei possessor zufallen, der also hierin gleiche Rechte mit dem Nießbrauchsberechtigten hat, bey welchem es außer Zweifel ist, daß es einer consumptio nicht bedarf, um ihm den Gewinn der Nutzungen zu sichern. Diejenigen, welche dem redlichen Besitzer bloß ein widerrufliches Eigenthum beylegen, haben zum Theil wohl gefühlt, daß diese Stelle ihrer Meinung nicht günstig ist: sie helfen sich aber mit der Bemerkung, daß ja auch ein Eigenthum, was statim und pleno jure begründet wird, ein widerrufliches seyn könne. Dabey beruft man sich auf l. 29. §. 1. D. qui et a quib. manum. (40. 9.) vgl. mit l. 60. D. de rei vindic. (6. 1); z. B. Voet (in comm. X. LI. 1. §. 30.). Aber es ist schon bemerkt worden (im §. 3.), wie unnatürlich diese ganze Annahme eines widerruflichen Eigenthums ist. Ganz besonders schlagend beweist nun aber diese Stelle gegen die von Savigny'sche Ansicht: und ich wüßte nur einen einzigen Ausweg, um sie einigermaßen aus dieser Verlegenheit zu retten: er

ist aber gewagt. Man kann nämlich die Worte „bonae fidei possessoris“ für ein unächtcs Einschicbsel erklären, und diese Behauptung durch Berufung auf §. 37. Inst. de rer. div. (2. 1.) wahrscheinlich zu machen suchen. Diese Stelle stimmt am Anfange und am Schlusse wörtlich mit unserer Stelle des Gajus überein. Der mittlere Theil lautet aber also: »Itaque agni et hoedi et vitali et equali et succuli statim naturali jure domini fructuarii sunt.« Hier fehlen also die Worte „bonae fidei possessoris.“ Wäre dieses die einzige Abweichung; so möchten die angeführten Worte allerdings etwas verdächtig werden. Da aber die Abweichung der Institutionen von der Pandektenstelle sich nicht auf diese Weglassung beschränkt, und die übrigen Verschiedenheiten sehr willkürlich sind; so ist es schwer, aus jener Weglassung einen sicheren Schluß zu machen. Uebrigens stimmt die Pandektenstelle in Ansehung dessen, was sie von dem Rechte des redlichen Besitzers auf die Wolle sagt, mit der unter No. 2. angeführten Stelle des Paulus überein, so daß eine Verdächtigung des Textes vollends unzulässig wird.

4. L. 13. D. quib. mod. usus fr. v. usus amitt. 7. 4. (Paulus): » . . . Julianus ait, fructuarii fructus tunc fieri, cum eos perceperit; bonae fidei autem possessoris, mox quam a solo separati sint.« Es ist außer Zweifel, daß der Nießbrauchsberechtigte wirkliches Eigenthum an den gezogenen Früchten erlangt. Da nun hier das Recht des redlichen Erwerbers geradezu mit dem des Nießbrauchsberechtigten zusammengestellt, und nur in Ansehung des Anfangspunktes unterschieden wird; so sind wir berechtigt anzunehmen, daß auch der redliche Erwerber ein wirkliches Eigenthum erlangt.
5. L. 25. §. 1. D. de usuris. 22. 1. (Julianus): »In alieno fundo, quem Titius bona fide mereatūs fue-

rat, frumentum sevi: an Titius bonae fidei emtor perceptos fructus suos faciat.“ Respondi: Quod ad fructus, qui ex fundo percipiuntur, intellegi debet, propius ~~ex~~ accedere, quae servi operis suis acquirunt: quoniam in percipiendis fructibus magis corporis jus, ex quo percipiuntur, quam seminis, ex quo oriuntur, aspicitur. et ideo nemo unquam dubitavit, quin si in meo fundo frumentum tuum severim, segetes, et quod ex messibus collectum fuerit, meum fieret. Porro *bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id juris habet, quod dominis peaediorum tributum est.* Praeterea, cum ad fructuarium pertineant fructus a quolibet sati, quanto magis hoc in bonae fidei possessoribus recipiendum est, *qui plus juris in percipiendis fructibus habent?* cum fructuarii quidem non fiant, antequam ab eo percipiantur; ad bonae fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint: sicut ejus, qui vectigalem fundum habet, fructus fiunt, simul atque solo separati sunt.“

Diese Stelle enthält vier Sätze, welche, wenn man sie ganz einfach betrachtet, die Behauptung bestätigen, daß der redliche Besizer an den von ihm bezogenen Früchten ein wirkliches Eigenthum erhält. 1. Die ausgesprochene Vergleichung des Fruchterwerbs und des Erwerbs durch Sklaven, welche, wie schon (im §. 3.) bemerkt worden ist, zu der Annahme führt: daß dem redlichen Besizer eines Grundstücks wirkliches Eigenthum an den Feldfrüchten zuzugestehen sey. 2. Der redliche Besizer wird in Ansehung seines Rechts auf die Früchte dem Eigenthümer gleichgestellt. Wäre dieses möglich, wenn er bloß ein redliches Besitzrecht erlangte? wenn also die ganze Ähnlichkeit nur darin bestünde, daß er zur Erwerbung eines besondern redlichen Besitzes an

den Früchten keiner besonderen Besitzergreifung bedarf, so wie der Eigenthümer, um ein wirkliches Eigenthum an den Erzeugnissen zu bekommen, nicht besonders Besitz zu ergreifen nöthig hat? 3. Der redliche Besitzer hat in Ansehung des Fruchterwerbs mehr Rechte, als selbst der Nießbrauchsberechtigte. Diese größere Begünstigung besteht allerdings nun darin, daß er ohne alle besondere Besitzergreifung die Erzeugnisse erwirbt. Wenn aber diese Erwerbung in der bloßen Erlangung eines redlichen Besitzes bestünde, wie könnte sein Recht an den Früchten so geradezu über das Recht des Nießbrauchsberechtigten gesetzt werden, der doch ohne allen Zweifel wirklicher Eigenthümer wird? 4. Der redliche Besitzer wird in Ansehung seines Rechts auf die Früchte am Schlusse der Stelle mit dem Besitzer eines fundus vectigalis verglichen, bey welchem doch nicht füglich etwas anderes als ein Eigenthumsrecht angenommen werden kann.

6. L. 78. D. de rei vind. (6. 1.) »(Labeo) Si ejus fundi, quem alienum possideres, fructum non coëgisti, nihil ejus fundi fructuum nomine te dare oportet. Paulus: Immoquaeritur, hujus fructus idcirco factus est, quod is eum suo nomine percepit...«

Labeo hatte den ganz richtigen Satz aufgestellt, daß der redliche Besitzer wegen der nicht bezogenen Früchte auf keinen Fall verantwortlich seyn könne. Damit man nun nicht glaube, er müsse alle bezogenen Früchte herausgeben, glaubt Paulus erinnern zu müssen, daß es hauptsächlich darauf ankomme, ob es nicht Früchte sind, welche gleich bey der Einbringung dem redlichen Besitzer eigenthümlich zufallen. Ueber andere Erklärungen dieser Stelle vgl. man Glück's Erl. d. Pand. Th. 8. S. 273. fgg. Th. 9. S. 333. Anm. 34. Pothier z. B. (Pand. Just. VI. I. no. 35.) nimmt an, Paulus tadle, daß Labeo den Ausdruck »coëgisti« statt »percepisti« gebraucht habe; und Galvanus (de usufr. cap. 28.

pag. 368.) weiß sogar von einer Lehrverschiedenheit der Sabimäner und Proculäjaner in dieser Hinsicht zu erzählen.

§. 5. Die über diese Stellen angestellten Betrachtungen haben ergeben, daß in denselben kein Grund vorhanden ist, der uns nöthigen könnte, dem von dem redlichen Besitzer mehrmals gebrauchten Ausdruck *fructus suos facere* eine andere als die gewöhnliche (namentlich in Beziehung auf den Fruchtserwerb des emphyteuta und des Nießbrauchsberechtigten vorkommende) Bedeutung unterzulegen, und ihn geradezu und ohne daß irgend ein andeutender Beysatz vorkäme, von einem bloßen Erwerb des redlichen Besitzes oder von einer widerrechtlichen Erwerbung des Eigenthums zu verstehen, allenfalls auch wohl *consumptos* stillschweigend hinzuzudenken. Wir würden uns sogar wundern müssen, wie man auf solche Abwege von der natürlichen Erklärungsweise hergerathen können, wenn nicht andere Stellen vorhanden wären, welche allerdings geeignet sind, die Ansicht schwankend zu machen. Besonders erscheint eine Stelle des Paulus als höchst bedenklich:

L. 48. pr. D. de acquir. rer. dom. 41. 1. »Bonae fidei emtor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit; non tantum eos, qui diligentia et opera ejus pervenerunt ?) sed omnes: quia, quod ad fructus attinet, loco domini paene est. Denique etiam priusquam percipiat, statim ubi a solo separati sunt, bonae fidei emtoris fiunt«¹⁰⁾.

?) So liest die Florenzerhandschrift. Ueber die Lesart »perven-
runt« (die in der Gebauer = Spangenbergischen Ausgabe mit der
Bezeichnung »vulg.« angeführt wird, vergl. man Glück's Erl.
d. Pand. Th. 8. S. 270. Note 89.

10) Eine Zeit lang glaubte ich die Stelle anders abtheilen zu dürfen,
was die Erklärung derselben erleichtert haben würde. Ich setzte
nach »omnes« einen Punkt, und las nun folgendermaßen:
»Quia quod ad fructus attinet loco domini pene est; de-

Zweyerley ist es, was hier Schwierigkeiten macht. Erstens, daß der redliche Käufer nur „interim“ die Erzeugnisse sich zu eigen machen soll; sodann, daß er nur bey nahe („pene“), also doch nicht völlig dem Eigenthümer in Ansehung der Erzeugnisse gleich gestellt wird. Beydes scheint ganz und gar mit der Ansicht übereinzustimmen, welche dem redlichen Besitzer auch an den Erzeugnissen kein besseres Recht als das eines redlichen Besitzes, oder allenfalls ein widerrufliches Eigenthum, beylegen will. Dürfen wir aber über dieser Stelle die vielen und dringenden Gründe übersehen, welche uns nöthigen, dem redlichen Besitzer ein wirkliches Eigenthum an den Erzeugnissen zuzuschreiben? In der That verschwindet die Schwierigkeit so ziemlich, wenn man bedenkt, daß nicht alle Erzeugnisse, sondern nur diejenigen, welche Anbau oder Zucht voraussetzen, und auch diese nicht ohne Einschränkung, sofort Eigenthum des redlichen Besitzers werden (vgl. S. 8.) Diese Beschränkungen machten es nöthig, die Untersuchung über das Recht des redlichen Besitzers an den Früchten allgemeiner zu fassen, und überhaupt zu untersuchen, inwieferne dieselben dem Vermögen des redlichen Besitzers anheimfallen; man möge nun dabey an ein Heimfallen nach Eigenthumsrecht, oder an ein bloßes Recht des redlichen Besitzes denken. Indem Paulus in der vor uns liegenden Stelle auf diese Untersuchung sich einläßt und die Bedingungen derselben angibt, läugnet er noch keineswegs die Möglichkeit einer vollständigen Eigenthumserwerbung. Mir scheint es vielmehr, daß er diese voraussetzt, und, von ihr ausgehend, die Grundsätze entwickeln will, nach welchen sich die bloß einstweilige Erwerbung der Erzeugnisse richtet. Eine solche einstweilige Erwerbung derselben (mit dem Recht eines redlichen Besitzers) meynt er also, müsse man auf jeden Fall („sine

nique etiam priusquam percipiat. . . . bonae fidei emtoris fiunt.“ Ich bin jetzt überzeugt, daß dieses unmöglich ist, und daß mit dem „denique“ durchaus ein neuer Satz anfangen muß.

dubio⁴⁾ annehmen; auch da, wo wirkliches Eigenthum nicht erworben wird: also nicht nur bey denjenigen Erzeugnissen, welche durch Anbau oder Zucht hervorgebracht werden (gesetzt auch, daß aus besondern Gründen, wie z. B. bey dem jungen Zuwachß der Heerde, die Erwerbung zu vollem Eigenthum in der Regel nicht eintreten könnte), sondern auch bey denjenigen, welche sich von selbst erzeugen. Als Grund führt er an, weil der redliche Besizer in Ansehung des Rechts auf die Früchte so viel wie möglich dem Eigenthümer gleichzustellen ist („quia loco domini pene est“). Oft geht dieses nämlich so weit, daß der redliche Besizer das volle Eigenthum erhält, und also gegen den Eigenthümer selbst ein Recht erlangt: wo aber auch dieses nicht der Fall ist, da muß ihm wenigstens gegen einen jeden, der nicht der Eigenthümer selbst ist, ein Recht beygelegt werden. Diese Gleichstellung mit dem Eigenthümer zeigt sich denn auch zufolge der Bemerkung, welche Paulus hinzufügt, darin, daß die Erzeugnisse schon durch die Absonderung in das Vermögen des redlichen Besizers übergehen, ohne daß es einer Besizergreifung bedürfte. In dem nicht abgedruckten Theile der Stelle geht Paulus zu der Bemerkung über, daß es nicht darauf ankomme, ob die fruchtbringende Sache selbst mit dem vollen Recht eines redlichen Besizers besessen werde: denn auch die Erzeugnisse einer Sache, welche der usucapio (mithin auch der publiciana in rem actio) entzogen ist, fallen dem redlichen Besizer zu. Dieser Satz (welcher, nach der Allgemeinheit des Ausdrucks zu schließen, sowohl in den Fällen gilt, wo der redliche Besizer das wirkliche Eigenthum erhält, als auch in denjenigen Fällen, wo er bloß redlicher Besizer der Erzeugnisse wird) wird zuletzt noch durch das Bepspiel der Erzeugnisse eines entwendeten Schafes erläutert, wo sogar der Umstand, daß die Erzeugnisse in der Entwendung gewissermaßen mitbegriffen gewesen sind, die Erwerbung keineswegs hindert. Umgekehrt wird denn aber auch bemerkt, daß in Ansehung der fruchtbringenden Sache

die Rechte eines redlichen Besitzers Statt finden können, während ein Recht auf die Erzeugnisse nicht Statt findet, weil zur Zeit, wo der abgesonderte Besitz derselben angefangen hat, die redliche Meynung (bona fides) fehlte ¹¹⁾.

§. 6. Wenn man nun aber auch diese Erklärung der

11) Die gewöhnliche Erklärung, welche diejenigen zu geben pflegen, denen diese Stelle dadurch anstößig ist, daß sie den Unterschied zwischen Früchten, die sich von selbst erzeugen (fructus naturales) und zwischen wirtschaftlichen Früchten (fructus industriales) aufzuheben scheint, ist diese: Sie verstehen unter den fructus, qui bonae fidei possessoris industria et opera pervenerunt, diejenigen, welche von ihm selbst angebaut und gezogen sind, im Gegensatz mit denjenigen, welche aus der von einem Dritten vorgenommenen Saat erwachsen sind. Danach l. 25. §. 1. D. de usuris (f. §. 4. no. 5.) allerdings nichts darauf ankömmt, ob der redliche Besitzer selbst das Feld bestellt hat; so hätte dann allerdings Paulus mit Recht sagen können: „Fructus . . . suos . . . facit non tantum eos qui diligentia et opera ejus pervenerunt, sed omnes.“ Diese Erklärung findet sich schon in der Glosse (aus Hugolinus), und wird von Accursius gebilligt. Auch H. Donellus hat sie angenommen (comm. de jure civ. IV. 25. §. 10.), und bey Pet. Perrenonius (animadvers. I. 5., im Otto'schen thes. T. I. p. 597. 598.) ist sie wie eine eigene Erfindung vorgegetragen. Ueber die Bedeutung, die alsdann das „interim“ haben soll, wenn man diese Erklärung annimmt, habe ich aber weder bey H. Donellus, noch bey P. Perrenonius etwas gefunden. Sonst wird dieses „interim“ gewöhnlich durch ein soweilen erklärt und auf widerrechtliches Eigenthum bezogen: nur H. U. Huntius (vgl. §. 2. Anm. 1.), G. S. Madihn (vgl. ebda.) §. VII. und Th. M. Zacharia (Inst. §. 286.) meinen, Paulus habe sagen wollen: Bonae fidei emtor non dubio fructus, quos interim (i. e. quamdiu bona fides perseverat) percepit, etiam ex aliena re, suos facit. Dieses soll aus den folgenden Worten: Denique etc., ganz klar hervorgehen. Ich zweifle aber sehr, ob es erlaubt ist, das „interim“ auf eine der Stellung, die das Wörtchen bey Paulus hat, ganz zuwiderlaufende Weise, mit dem „percipiendo“ zu verbinden.

l. 48. D. de acq. rer. dom. genügend finden sollte; so bieten immer noch diejenigen Stellen, welche das Recht des redlichen Besitzers in Ansehung der Früchte schlechterdings von einer *consumtio* abhängig zu machen scheinen, eine bedeutende Schwierigkeit dar. Bereits ist bey Erklärung der l. 4. §. 19. D. de usurp. et. usucap. (vgl. §. 4. no. 2.) darauf aufmerksam gemacht worden, wie bey den Lämmern auf das *consumere* Rücksicht genommen wird. Außerdem gehören aber noch folgende Stellen hiesher:

1. L. 4. §. 2. D. finium regund. 10. 1. (Paulus):
 „Post litem autem contestatam etiam fructus venient in hoc iudicio: nam et culpa et dolus exinde praestantur. sed ante iudicium percepti non omnimodo in hoc iudicium venient: aut enim bona fide percepit, et lucrari eum oportet, si consumsit; aut mala fide, et condici oportet.“
2. L. 40. D. de acq. rer. dom. 41. 1. (Africanus):
 „Quaesitum est, si is, cui liber homo bona fide serviret, decesserit, eique is heres extiterit, qui liberum eum esse sciat; an aliquid per eum acquirat? Non esse ait, ut hic bona fide possessor videatur, quando sciens liberum possidere coeperit: quia et si fundum suum quis legaverit, heres, qui eum legatum esse sciat, procul dubio fructus ex eo suos non faciet, et multo magis, si testator eum alienum bona fide emtum possedit. Et circa servorum igitur operam ac ministerium eandem rationem sequendam: ut, sive proprii, sive alieni, vel legati vel manumissi testamento fuerint, nihil per eos heredibus, qui modo eorum id non ignorarent, acquiratur. etenim simul haec fere cedere, ut quo casu fructus praediorum consumptos suos faciat bona fide possessor, eodem per servum ex opera et ex re ipsius ei acquiratur.“

3. §. 35. I. de rer. div. (24): »Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione, aliave qualibet justa causa aequae bona fide acceperit; naturali ratione placuit, fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura et cura. Et ideo, si postea dominus supervenerit, et fundum vindicet, de fructibus *ab eo consumtis* agi non potest. Ei vero, qui alienum fundum sciens possederit, non idem concessum est: itaque cum fundo etiam fructus, licet consumti sint, cogitur restituere.«
4. §. 2. I. de offic. judicis (4. 17.): »si . . . Et si hereditas petita sit; eadem circa fructus interveniunt, quae diximus intervenire in singularum rerum petitione. Illorum autem fructuum, quos culpa sua possessor non perceperit, sive illorum, quos percepit, in utraque actione ratio poenae habebitur, si praedo fuerit: si vero bonae fidei possessor fuerit; non habetur ratio *neque consumtorum* neque non perceptorum.«
5. L. 22. C. de rei vind. 3. 32. (Diocletianus und Maximianus): »Certum est, malae fidei possessores omnes fructus solere cum ipsa re praestare: bonae fidei vero *extantes*; post autem litis contestationem universos ¹²⁾.«

Alle diese Stellen, so bedenklich sie scheinen mögen, würden sich übrigens leicht erklären, wenn man als etwas

12) Ich hätte noch eine Stelle (die l. 41. §. 1. D. de re judic. A. 2.) hier anzuführen verleitet werden können, weil auch hier auf das consumere der Früchte Rücksicht genommen wird. Allein diese Stelle berücksichtigt bloß den Einfluß, den das Vorhandenseyn oder Nichtvorhandenseyn der von einer verschenkten Sache gezogenen Früchte auf die Anwendbarkeit des dem Schenker zustehenden sogenannten *beneficium competentiae* äußert.

sich von selbst Verstehendes voraussetzen dürfte, daß diese Stellen nur von denjenigen Erzeugnissen handeln, welche der redliche Besitzer nicht ohnehin schon, den anerkannten Grundsätzen gemäß, eigenthümlich erworben hat. Eine solche Voraussetzung scheint schon deswegen beynahe nothwendig, weil sonst auch die durch *usucapio* in das volle Eigenthum übergegangenen Erzeugnisse, wenn sie noch nicht aufgezehrt sind, herausgegeben werden müßten: denn die angeführten Stellen machen bey ihnen keine ausdrückliche Ausnahme. Es bedarf wohl keiner Auseinandersetzung, daß die anerkannten Wirkungen der *usucapio* einer solchen Ausnahme entschieden entgegen sind. Wenn wir aber eine stillschweigende Ausnahme bey den erseffenen Früchten annehmen, warum sollen wir es nicht auch bey denjenigen, welche ohne Erziehung sofort durch die Absonderung (*statim*) dem redlichen Besitzer zufallen. Die l. 78. D. rei vind. (s. §. 4. no. 6.) scheint diese Voraussetzung noch ganz besonders zu unterstützen. Betrachten wir nun aber die abgedruckten Stellen im Einzelnen; so kann die zuletzt aufgeführte Codexstelle (5.) keine Bedenklichkeiten erregen. Den Kaisern konnte es ja nicht darum zu thun seyn, daß bey den Früchten geltende Recht vollständig abzuhandeln: es genügte, wenn der zur Entscheidung vorliegende Fall, den wir freylich nicht genau kennen, so weit als nöthig war, rechtlich beurtheilt wurde. Es ist nur sehr wahrscheinlich, daß die streitige Frage lediglich darin bestand, ob man wegen der nicht mehr vorhandenen Früchte verantwortlich sey. Diese Frage wird denn auch vollständig entschieden. Der unredliche Besitzer hafte allerdings, denn er sey wegen der Früchte ohne Einschränkung verantwortlich: eben so, und aus gleichem Grunde, der redliche Besitzer nach angefangenem Rechtsstreite. Anders sey es bey dem redlichen Besitzer, so lange der Rechtsstreit noch nicht begonnen habe; denn dieser hafte nur wegen der vorhandenen Früchte. Daß er wegen dieser ohne alle Einschränkung verhaftet sey, ist nicht ge-

sagt ¹³⁾. Auch die zweite Institutionenstelle (4.) macht geringe Schwierigkeit. Es ist ja eigentlich von dem Erbschaftsbefitzer die Rede, und inwieferne diesem die Rechte eines redlichen Einzelbesizers in Ansehung der Früchte zukommen. Hier konnte von einer Erwerbung derselben durch die bloße Absonderung auf keinen Fall die Rede seyn, weil eine solche bey dem Erbschaftsbefizer gar nicht eintritt (vgl. §. 8. III.) Bedenklicher ist die erste Institutionenstelle (3.) Und doch, wenn man sich streng an das hält, was die Worte sagen, und sich hütet, Schlüsse aus dem Gegentheil zu ziehen, was kann uns hier besonders stören. Zuerst wird, mitten in der Lehre von der Erwerbung des Eigenthums, der Satz aufgestellt, der redliche Besizer erwerbe die Früchte statt Ersatzes für die Kosten, welche ihm die Bebauung und Zucht verursacht haben. Die natürliche Erklärung ist hier, daß wir annehmen, er erwerbe sie eigenthümlich, und zwar sogleich durch die perceptio. Nun wird, mittelst des Wörtleins »ideo«, eine Anwendung gemacht, die an sich sehr natürlich ist. Der redliche Besizer kann nämlich wegen der verzehrten Früchte nicht belangt werden. Wie sollte er auch, da er sein Eigenthum verzehrt hat? Ich gebe zu, daß der Vorwurf einer allzugroßen Rüsternheit dieser

13) Bey dieser Stelle ist noch zu bemerken, daß Hugo Donellus (comm. de jure civ. IV. 26. §. 12.) unter den extantes fructus die stantes verstanden wissen will: d. h. die pendentes. Eine solche Erklärung würde freylich alle Bedenklichkeit beseitigen. Aber es ist wohl nicht zu bezweifeln, daß fructus extantes die noch vorhandenen Früchte sind (vgl. Brissonius de verb. signif. voc. extare). Nirgends findet sich dagegen ein Beispiel, daß fructus extantes als gleichbedeutend mit fructus stantes (i. e. pendentes) gebraucht würden; wenn man nicht etwa l. 27. D. de usufr. (7. 1.) anführen will, wo denn aber erst zu erweisen wäre, daß es erlaubt sey, die Florenzer Lesart („et stantes“) in extantes zu verwandeln. (Vgl. Glück's Erl. d. Pand. Th. 8. S. 263. Anm. 69. S. 279.)

Folgerung begründet zu seyn scheint; glaube aber, daß der Satz, welchen sie enthält, überhaupt bloß da steht, um zu der hier eingeschobenen Bemerkung über die dem unredlichen Besitzer obliegende Verpflichtung, auch für die verzehrten Früchte Entschädigung zu gewähren, den Uebergang und Gegensaß zu bilden. Will man diese Erklärung demungeachtet etwas gezwungen finden; so frage ich, ob es natürlicher ist, wenn man durch ein argumentum a contrario aus der Erwähnung der *consumtio* folgert, daß der redliche Besitzer auf jeden Fall nichts weiter als dasjenige behält, was er verzehrt hat, und auf diese Weise den vorhergehenden Grundsatz, daß die Früchte den redlichen Besitzer für Mühe und Kosten entschädigen sollen, auf eine Weise beschränkt, daß er dadurch gewissermaßen ganz und gar aufgehoben wird. — Am bedenklichsten scheint die Stelle des *Africanus* (2.): aber gerade diese möchte sich ziemlich befriedigend erklären lassen, wenn man nur nicht überseht, daß in der ersten Hälfte der Stelle von der Erwerbung der Früchte überhaupt, und nur in dem letzten Theile derselben von der Erwerbung derselben durch *consumtio* insbesondere die Rede ist. Ich werde im §. 10. darauf zurückkommen müssen. Noch ist übrig, von der Stelle des *Paulus* (1.) zu sprechen. Auch hier darf nicht aus den Augen gelassen werden, daß nicht alle Erzeugnisse des Bodens dem redlichen Besitzer gleich mit der Absonderung zufallen. *Paulus* konnte also nicht unbedingt sagen: »aut enim bona fide percepit et lucrari eum oportet«: wohl aber konnte er es unbedenklich sagen, wenn er hinzufügte, »si consumsit,« weil der redliche Besitzer wegen der verzehrten Früchte auf keinen Fall weiter verantwortlich ist ¹⁴⁾.

14) *Th. M. Zacharia* (*Inst. C.* 287.) erklärt die Worte »si eos consumsit« für ein Einschleßel *Tribonian's*. Es hängt dieß mit seiner eigenthümlichen Ansicht über das in dieser Lehre Statt findende Verhältniß des *Justinianischen* Rechts zum ältern Rechte zusammen. Vgl. §. 2. *Ann.* 2.

§. 7. Mag nun aber von der bloß einstweiligen Erwerbung der Erzeugnisse durch den redlichen Besitzer, oder von der unwiderrieflichen Erwerbung derselben die Rede seyn, so ist es nöthig, daß man redlicher Besitzer (bonae fidei possessor) der Hauptsache sey; obgleich es nicht nöthig ist, daß man sich in der Lage befinde, die Sache durch Erfizung erwerben, oder durch die Publicische Klage verfolgen zu können: denn, wenn aus Gründen, die in der Beschaffenheit der Sache liegen, die Erfizung ausgeschlossen ist; so ist deswegen noch nicht das Recht der Fruchterwerbung für denjenigen verloren, welcher übrigens durch einen rechtsgültigen Erwerbungsgrund (justus titulus) und redliche Meinung (bona fides) auf die Rechte eines redlichen Besitzers Anspruch hat (l. 40. l. 48. D. de acq. rer. dom. 4. 1. C. §. 6. no. 2. §. 5. §. 10. no. 2. Vgl. H. Donelli comm. de jure civ. IV. 24. §. 7. seqq.) Außerdem ist erforderlich, daß ein abgesonderter Besitz an den Erzeugnissen erlangt werde. In von Savigny's Recht des Besitzes (S. 224.) wird behauptet, daß für denjenigen, der ein Ganzes besitzt; durch die Zerlegung desselben in seine Theile ein abgesonderter Besitz an den Stücken entsteht ¹⁵⁾. Nach diesem Grundsatz muß also auch an den Erzeugnissen ein abgesonderter Besitz entstehen, sobald sie von der fruchtbringenden Sache getrennt sind (vgl. von Savigny, a. a. O. S. 223.) Daß dieses für die einstweilige Erwerbung gilt, welche nichts weiter als einen redlichen Besitz gibt, liegt ganz in der Natur der Sache, und wird auch durch die l. 48. D. de acq. rer. dom. (f. §. 5.) und l. 13. §. 1. D. quib. mod. ususfr. (f. §. 4.

¹⁵⁾ In meiner Lehre von der Verjährung durch fortgesetzten Besitz §. 12. hatte ich zwischen gleichartig und ungleichartig zusammengesetzten Sachen unterschieden. Ich nehme diese Ansicht hiemit zurück, und glaube (mit von Savigny), daß die l. 23. §. 2. D. de usurp. l. 41. 3) ein für die Gebäude insbesondere geltendes Recht vorträgt.

no. 4.) noch ausdrücklich bestätigt. Da es ferner natürlich ist, daß der redliche Besizer in den Fällen, wo ihm ein unwiderrufliches Eigenthum an den Früchten zufließt, bloß eine Erweiterung seiner Rechte erlangen soll, indem Gewinn und Kosten in Vausch und Bogen gegen einander aufgehoben werden; so versteht es sich eigentlich schon von selbst, daß auch die Erwerbung der Früchte zu vollem Eigenthum gleich durch die Absonderung bewirkt wird. Es wird dieß aber durch eine ausdrückliche Stelle (l. 25. §. 1. D. de usuris. C. §. 4. no. 4.) außer Zweifel gesetzt. Einer besonderen Besitzergreifung bedarf es nicht; und in dieser Hinsicht wird in den angeführten Stellen gesagt, der redliche Besizer erwerbe die Erzeugnisse: »priusquam percipiat“ oder: »antequam ab eo percipiantur.“ Gewöhnlich wird freylich die Absonderung der Früchte zugleich eine fructuum perceptio seyn: es wird uns also nicht wundern dürfen, wie manche Stellen, die von dem Rechte des redlichen Besizers auf die Früchte handeln, von einem Erwerben durch perceptio sprechen, z. B. l. 45. D. de usuris (f. §. Num. 6.), und l. 25. §. 2. D. ibid. (f. §. 10. no. 1.) Daß auf keinen Fall alles dasjenige vollendet zu seyn braucht, was im gemeinen Sprachgebrauch zur vollständigen Beendigung der Aernthe erfordert wird, z. B. das Keltern der Trauben, versteht sich von selbst (l. 78. D. de rei vind. 6. 1.)

§. 8. Ich komme zu den Beschränkungen, unter welchen das römische Recht die Erzeugnisse einer Sache dem redlichen Besizer derselben zuspricht. I. Die erste Beschränkung tritt ein bey dem Kinde der Sklavin, was aus besondern Gründen nicht den Nutzungen beygezählt wird ¹⁶⁾. II. Die zweyte Beschränkung finden wir bey dem Heerden:

16) L. 28. §. 1. D. de usur. 22. 1. (Gajus): „... partus vero ancillae in fructu non est: itaque ad dominum proprietatis pertinet. absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse; cum omnes fructus rerum natura hominum gratia

vieh. Es ist nämlich natürlich, daß der junge Nachwuchs nicht sofort als Nutzung betrachtet werden kann, indem sonst die Heerde bald ihrem Untergang entgegen eilen würde. Daher muß denn auch der Nießbrauchsberechtigte aus der jungen Nachzucht den Abgang in der Art ersetzen, daß die Heerde fortdauernd in gleich gutem Stande erhalten wird: wofür er aber auch, wie sich von selbst versteht, das nach wirtschaftlichen Grundsätzen auszuscheidende alte Vieh erhält¹⁷⁾. Was bey dem Nießbrauch einer Heerde gilt, muß auch gelten, wenn der Fruchtterwerb des redlichen Besitzers in Frage kommt. Wir dürfen uns also nicht wundern, wenn in l. 4. §. 19. D. de usurp. (vgl. §. 4. no. 2.) angedeutet wird, daß die Lämmer nicht sogleich Eigenthum des redlichen Besitzers werden, sondern ihm erst durch die consumptio zufallen: denn wir können füglich annehmen, Paulus habe an eine Schaafheerde gedacht. Ferner erklärt sich aus l. 48. D. de furt. (vgl. ebend. n. 1.), wo das Recht des redlichen Besitzers an dem fetus pecudum mit dem Rechte zusammengesetzt wird, was er an dem Sklavenkinde hat, während von

comparaverit." (Vgl. §. 37. I. de rer. divis. 2. 1.) Es mochte anständig scheinen, daß der Mensch als Zuchtvieh gelten sollte. (l. 27. D. de hered. petit. 5. 3.) (Vgl. Glüß's Erl. d. Pand. Th. 9. S. 210—213.)

17) L. 68. §. 2. l. 69. D. de usufr. (7. 1.): "(l. 68. §. 2.) Plane si gregis vel armenti sit ususfructus legatus; debet [fructuarius] ex adgnatis gregem supplere: id est, in locum capitum defunctorum, (l. 69.) vel inutilium, alia summittere; ut, post substituta, fiant propria fructuarii, ne lucro ea res cedat domino. Et sicut substituta statim domini fiunt; ita priora quoque, ex natura fructus desinunt ejus esse: nam alioquin, quod nascitur, fructuarii est; et, cum substituit, desinit ejus esse." Vgl. §. 38. de rer. divis. (2. 1.) und l. 58. §. 4. D. ad SC. Trebell. (36. 1.) „Hereditatem post mortem suam exceptis redditibus restituere rogatus ancillarum partus non retinebit, nec fetus pecorum, qui summissi gregem retinent."

den Füllen der Pferde (die nur selten heerdenweise vorkommen) gesagt wird, sie gehörten sofort (statim) dem redlichen Besitzer des Mutterthiers. Wenn in der l. 28. D. de usuris (vgl. ebend. n. 3.) die Lämmer, Zicklein und Kälber den übrigen Erzeugnissen gleichgestellt, und dem Sklavenkinde entgegenesetzt werden; so ist dieses kein entschiedener Widerspruch: denn es kommen ja Schafe, Ziegen und Kühe nicht immer heerdenweise, sondern oft auch als Einzelvieh vor. Daß in diesem Falle die Lämmer, Zicklein und Kälber geradezu gleich anderen Früchten behandelt werden müssen, kann nicht zweifelhaft seyn. Ein Umstand verdient noch Berücksichtigung. Bey dem Nießbrauchsberechtigten wird der junge Zuwachs der Heerde zunächst dessen Eigenthum, wie wir aus l. 69. D. de usufr. (vgl. Anm. 2.) sehen: wird dann ein Theil desselben zum Ersatz des Abgangs verwendet; so wird dieser wieder Bestandtheil der Heerde und ändert dadurch den Herrn. Bey dem redlichen Besitzer müßte man aber, wenn die entwickelte Ansicht richtig wäre, annehmen, daß die Jungen an und für sich als Vermehrung der Heerde zu betrachten sind (augent gregem): und erst durch die consumtio die Natur von Früchten annehmen. Einen solchen Unterschied wirklich festzustellen bin ich nun aber auch gar sehr geneigt. Der Nießbrauchsberechtigte konnte nämlich in Folge der von ihm zu verlangenden Sicherheitsbestellung („se boni viri arbitrato fruiturum“) zur Ergänzung der Heerde aus dem Nachwuchs angehalten werden. Gegen den redlichen Besitzer bestand ein solcher persönlicher Anspruch nicht: es blieb also, wenn nicht das Recht des Eigenthümers unbilligerweise verkürzt werden sollte, nichts übrig, als daß man den jungen Nachwuchs an und für sich als Theil der Heerde behandelte. Eher möchte man geneigt seyn, anzunehmen, daß die in der l. 69. D. de usufr. vom Pomponius ausgesprochene Ansicht über das Eigenthumsrecht des Nießbrauchsberechtigten an dem jungen Zuwachs nicht von allen römischen Rechtsgelehrten anerkannt gewesen sey; und

dieses bestätigt sich auch aus l. 12. §. 5. D. de usufr. (7. 1.), wo uns Ulpian berichtet, daß Julian bey dem fetus summisus das Eigenthum anfangs als unentschieden annehme (so lange nämlich noch ungewiß ist, ob die Jungen zur Ergänzung bey der Heerde bleiben oder zur consumtio bestimmt werden sollen.) III. Eine dritte Beschränkung finden wir bey denjenigen Erzeugnissen, welche zu den Verlassenschaftsnutzungen gehören. (Vgl. G. E. W. Emminghaus ad S. de Cocceji jus. civ. controv. VI. 1. qu. 9. not. g.) Dieses liegt in der Natur der Sache: denn die Erzeugnisse wachsen der Verlassenschaft zu¹⁸⁾ und theilen daher billig das Schicksal der Verlassenschaft überhaupt. Es versteht sich aber von selbst, daß die Lage der Dinge sich ändert, sobald die Erbschaftssache nicht mehr als solche, sondern aus einem besonderen Rechtsgrunde besessen wird¹⁹⁾. IV. Eine vierte Beschränkung finden wir bey denjenigen Erzeugnissen, welche weniger als Naturerzeugniß, als vielmehr als Wirthschaftszeugniß angesehen werden müssen. Zwar ist es keineswegs unbestritten, ob das Recht des redlichen Besitzers auf die sogenannten fructus industriales beschränkt werden

18) L. 20. §. 3. D. de hered. petit. 5. 3. (Ulpianus): „Item non solum ea, quae mortis tempore fuerunt, sed si quae postea augmenta hereditati accesserunt, venire in hereditatis petitionem . . . Fructus autem omnes augent hereditatem, sive ante aditam, sive post aditam hereditatem accesserint. Sed et partus ancillarum sine dubio augent hereditatem.“ Das Kind der Sklavin und die übrigen Früchte haben also hier gleiches Recht. (Vgl. l. 40. §. 1. l. 56. ibid.)

19) L. 2. C. de petit. hered. (3. 31.): „. . . Fructibus enim augetur hereditas; cum ab eo possidetur, a quo peti potest. . . .“ Da der Käufer der Erbschaft in der Regel nicht mit der hereditatis petitio in Anspruch genommen werden kann (l. 13. §. 4. 8. D. de hered. petit. 5. 3.); so muß dieser auch nach dem gemeinen Rechte des redlichen Besitzers beurtheilt werden, und darauf geht l. 2. cit.

dürfe, und nicht auch die sogenannten fructus naturales begreife ²⁰⁾. Aber eine Stelle von Pomponius ist und bleibt entscheidend ²¹⁾. Diese Stelle spricht zunächst nicht von dem Rechte des redlichen Besitzers an den Früchten, sondern von dem Rechte, welches einem beschenkten Ehegatten an den Früchten zusteht. Dieser ist, weil es ihm an einem gültigen Erwerbungsgrunde mangelt, und ein Irrthum nicht einmal entschuldbar wäre, gar nicht eigentlich ein redlicher Besitzer. Dennoch ist er, wie diese Stelle zeigt, in Ansehung des Fruchtenerwerbs gleich einem redlichen Besitzer zu

²⁰⁾ Auch hier sind Donellus (comm. de jure civ. IV. 25. §. 7—10.) und Hunnius (var. resolutt. de jure civ. II. 1. qu. 32.) unter denjenigen auszunehmen, welche den Unterschied zwischen Naturerzeugnissen und Wirtschaftserzeugnissen vertheidigt haben. Es hat aber diese Meynung überdieß das Ansehen des griechischen Scholiasten Stephanus (ad Basil. XXIII. 3. l. 45.) für sich. Diejenigen, welche überhaupt nur ein einseitiges Eigenthum zulassen, können hier natürlich gar nicht in Betrachtung kommen. Sie machen zwar zum Theil auch einen Unterschied zwischen fructus naturales und industriales: aber nur in Beziehung auf die Wirksamkeit der consumtio. (Vgl. §. 9.) — Ueber diese Streitfrage findet man bey S. Cocceji jus. civ. controvers. VI. 1. qu. 8. und in den Anmerkungen von J. E. B. Emminghaus eine Menge von Anführungen ziemlich verwirrend zusammengehäuft.

²¹⁾ L. 45. D. de usuris (22. 1.): „Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit; illos tamen, quos suis operis adquisierit, veluti serendo. nam si pomum decerpserit, vel ex silva caedit; non fit ejus, sicuti nec cujuslibet bonae fidei possessoris: quia non ex facto ejus is fructus nascitur.“ U. Faber (conject. lib. IV. cap. 17.) schlägt vor, mit Weglassung des „nec“ zu lesen: „sicuti cujuslibet bonae fidei possessoris.“ Ueber die verschiedenen Versuche, diese Stelle zu beseitigen, s. Glück's Erl. d. Pand. Th. 8. S. 285—287. Glück selbst ist geneigt, eine Meinungsverschiedenheit bey den alten Rechtsgelehrten anzunehmen.

beurtheilen ²²⁾. Von diesem Grundsatz ausgehend, unterscheidet nun Pomponius die von selbst wachsenden und die durch Bewirthschaftung erzeugten Früchte, und spricht nun die letzten dem Ehegatten zu; weil überhaupt das Recht des redlichen Besitzers auf die durch Bewirthschaftung erzeugten Früchte beschränkt sey. Dieses scheint mir der einfache und natürliche Sinn dieser Stelle zu seyn. Diejenigen, welche nicht zugeben wollen, daß bey dem Rechte des redlichen Besitzers auf die Früchte zwischen den s. g. fructus naturales und den s. g. fructus industriales ein Unterschied sey, pflegen sich nun gewöhnlich dadurch zu helfen, daß sie den Ausdruck „sicuti nec cuiuslibet bonae fidei possessoris“ so nehmen, als solle dadurch gesagt seyn: „weil ja überhaupt nicht jeder redliche Besitzer die von selbst wachsenden Erzeugnisse sich zu eigen macht.“ Dieser Ausweg befriedigt aber nicht: denn wir erwarten billig eine nähere Andeutung des Grundsatzes, der da bestimme, in welchen Fällen der redliche Besitzer die Erzeugnisse ohne Unterscheidung der naturales und industriales zu erwerben befugt sey; damit man nicht nöthig habe, vermuthungsweise anzunehmen, daß dieß immer der Fall seyn solle, wenn ein wirklicher Rechtsgrund des Besitzes vorhanden ist, und nur in ähnlichen Fällen, wie bey dem Besitz des Ehegatten eine Ausnahme leide. (Vgl. Vinii comm. ad §. 35. I. de divis. rer. J. Voet comm. ad Pand. XLI. 1. §. 30.; Gesterding Lehre vom Eigenth. S. 183.) Da diese Andeutung fehlt, so werden die Worte „sicuti nec cu-

22) G. U. Punnus (var. resolutt. jur. civ. II. 1. qu. 31.) meint jedoch, es sey diese Stelle nicht auf Schenkungen unter Ehegatten überhaupt, sondern nur auf solche zu beziehen, welche aus irgend einem Grunde gültig sind. (Man könnte sich alsdann denken, daß eine fremde Sache der Gegenstand der Schenkung gewesen wäre, die nun von dem Eigenthümer in Anspruch genommen wird.)

iuslibet bonae fidei possessoris,“ die doch eigentlich einen Grund für das Vorhergehende enthalten sollen, kraftlos und unnütz. Die Vertheidiger dieser gezwungenen Erklärung haben auch ohne Zweifel selbst das Mißliche derselben gefühlt: aber sie glaubten sich dazu genöthigt durch den Widerspruch, in welchen die natürliche Erklärung mit der l. 48. D. de acq. rer. dom. zu gerathen scheint. Was im §. 3. über diese Stelle gesagt worden ist, möchte aber wohl jenen scheinbaren Widerspruch zu beseitigen geeignet seyn. Es ist nämlich klar, daß die l. 48. cit. bloß von dem einstweiligen Erwerb der Früchte handelt, der dem redlichen Besitzer freylich auch bey den *f. g. fructus naturales* nicht entgehen kann: die l. 45. D. de usuris betrifft aber den Erwerb zu wirklichem (unwiderruflichem) Eigenthum, wie sich schon daraus ergibt, daß von den Früchten einer geschenkten Sache die Rede ist, die auf jeden Fall dem beschenkten Gatten eigenthümlich verbleiben. — Was von Thieren kömmt, gehört ohne Unterschied zu den durch Bewirthschaftung erzeugten Früchten: denn ohne Fütterung und Pflege kann das Thier nicht bestehen, geschweige Früchte bringen. Bey den Bienen kann man zweifeln; weil diese nicht gefüttert werden und die Pflege nur erhaltend und nicht erzeugend ist. — Bey den Erzeugnissen des Bodens zeigt sich dagegen der Unterschied als sehr wichtig. Das Obst gehört zu den *fructus naturales*: denn es wächst ohne Bestellung von selbst; und die Pflege bezieht sich hauptsächlich nur auf die Bewahrung, z. B. durch Ablesen der Raupen und Sorge für Bewachnung. Insbesondere wird man dieses von den Oliven behaupten müssen (vgl. Virgil. Georg II. v. 420. seqq.) Dasselbe gilt von der Holznutzung. Zwar muß der Nutzungsberechtigte für Nachpflanzung sorgen: aber dieses Nachpflanzen geschieht hier bloß, um den Wald im Stand zu halten, und nicht der Nutzung willen. Anders ist es, wenn Getreide gebaut wird: denn hier geschieht der Anbau lediglich der Benutzung willen. Dasselbe gilt bey allen Arten von Feldbau.

Dagegen ist die Wiesennutzung dem *fructus naturalis* beyzuzählen: denn, wenn auch Wiesen gedüngt und bewässert werden; so kann man immer nicht sagen, daß dadurch die Wiesennutzung erst erzeugt worden sey, obgleich der Ertrag sehr erhöht seyn kann. Aus diesen Bemerkungen ergibt sich zugleich, daß es ungegründet ist, wenn man den Unterschied zwischen Erzeugnissen, welche von selbst entstehen, und zwischen solchen, welche durch Bewirthschaftung erzeugt werden, für unhaltbar und verwirrend erklärt: denn daß, bisweilen bey der Einführung jenes Unterschieds in's Leben Schwierigkeiten entstehen können, wie sie bei fast allen rechtlichen Unterscheidungen möglich sind, wird doch wohl nicht als Einwurf gelten sollen. Finden wir nicht auch bey der Frage, in wieferne der redliche Besitzer eines Sklaven durch denselben zu erwerben befugt sey, einen ähnlichen Unterschied zwischen Erwerbungen, welche *ex re bonae fidei possessoris* gemacht werden und zwischen anderen Erwerbungen? Auch darin ist Aehnlichkeit, daß die Erwerbungen *ex operis servi* den Erwerbungen *ex re bonae fidei possessoris* gleichgestellt sind; so wie die thierischen Erzeugnisse ohne Unterschied gleich den durch Bewirthschaftung erzeugten Früchten behandelt werden. Warum endlich wollen wir uns sträuben, eine Unterscheidung anzunehmen, die so natürlich zu seyn scheint? Bey den Früchten, die durch Bewirthschaftung erzeugt werden, wird der Gewinn größtentheils durch die Mühe und den Kostenaufwand aufgewogen: es ist also auf jeden Fall zu rechtfertigen, daß man den Ueberschuß des Gewinns »*pro cura et cultura*«²³⁾ dem redlichen Besitzer lasse, und das

23) Diese Worte finden sich im §. 35. I. de rer. divis. (f. §. 6. no. 3.), und sind von jeher zum Beweise eines für die durch Bewirthschaftung erzeugten Früchte geltenden besonderen Rechts benutzt worden. Dagegen fehlt es auch nicht an andern Erklärungsversuchen. Vgl. Glück's Erl. d. Pand. Th. 8. S. 283. Anm. 14. So z. B. hat man behauptet, die Worte »*pro cura*

durch alle Abrechnung überflüssig mache: so wie dem redlichen Besitzer des Sklaven das, was dieser erarbeitet hat, gelassen wird; weil er ja doch den Unterhalt des Sklaven hat besorgen müssen. Bey den Früchten, die sich von selbst erzeugen, ist dagegen kein Verhältniß, zwischen dem Gewinn und dem Kostenaufwand, den vielleicht die Erhaltung und Einbringung der Früchte verursacht hat: es wäre übergroße Begünstigung, wenn man den Gewinn sofort dem redlichen Besitzer zutheilen wollte. Man denke z. B. an einen Wald, wo der redliche Besitzer einige hundert Klafter Holz hat fällen lassen, welche noch vorhanden sind und von dem Eigenthümer mit dem Walde selbst in Anspruch genommen werden. Freylich ist hier eine Gegenrechnung wegen der Kosten unvermeidlich. Allein die Schwierigkeiten einer solchen Berechnung können doch kein genügender Grund seyn, dem redlichen Besitzer einen so unverhältnißmäßigen Gewinn in Händen zu lassen²⁴). Uebrigens bleibt es bey der Regel, daß der redliche Besitzer die durch Bewirthschaftung erzeugten Früchte erwirbt, auch in dem Falle, wo die Bestellung der Felder von einem Dritten besorgt worden ist (l. 25. pn. §. 1. de usur. f. §. 4. no. 5.)

§. 9. Die so eben entwickelten Beschränkungen des dem redlichen Besitzer in Ansehung der Fruchterwerbung zustehenden Rechts beziehen sich natürlich alle nur auf die Erwerbung mit völligem Eigenthum; denn die einstweilige Erwerbung, welche bloß die Rechte eines redlichen Besitzers gewährt, ist natürlich nirgends ausgeschlossen. Aber auch die

et cultura“ seyen auf die cura et cultura rei, und nicht auf die cura et cultura fructuum zu beziehen. Das Letzte ist freylich schon die Erklärung des Theophilus.

24) Auch Hr. Huber (digress. IV. 23.) hat versucht, den Einfluß des Unterschieds zwischen frey wachsenden und Wirthschaftsfrüchten auf die Erwerbung des Eigenthums an denselben aus der Natur der Sache zu entwickeln.

Archiv f. d. Civ. Proc. VIII. B. III. 5.

Erwerbung zu vollem Eigenthum kann theils durch *usucapio*, theils durch *consumtio* bewirkt werden. Daß die *usucapio* bey dem Kinde der Sklavin Anwendung findet, ist durch klare Stellen erweislich (z. B. l. 48. §. 5. D. de furt. C. §. 4. no. 1.; l. 4. §. 18.; l. 33. pr.; l. 44. §. 2. D. de usurp. 41. 2.): daß die *usucapio* auch bey den eigentlichen Früchten Anwendung findet, insoferne diese, weil es Erbschaftsfrüchte sind, oder weil sie von selbst ohne Bewirthschaftung sich erzeugen, nicht schon sogleich dem redlichen Besitzer zufallen, ist daher eben so wenig zu bezweifeln, indem es sowohl den allgemeinen Grundsätzen gemäß ist ²⁵⁾, als auch dem bey den Sklavenkindern geltenden Rechte entspricht. Insbesondere gilt dieses bey den Jungen einer Heerde, von denen daher auch in l. 48. §. 5. D. de furt. (s. §. 4. no. 1.) ausdrücklich gesagt wird: »Idem et in pecudibus servandum est et in fetu eorum quod in partu.« ²⁶⁾ Was die *consumtio* betrifft, so hat man sich zuvörderst über den Begriff derselben zu verständigen. Con-

25) Bey Janus e Costa finde ich dieses geläugnet. Er sagt (ad §. 35. I. de divis. rer.): »Et cave, ne perperam dicas cum quibusdam, hos fructus, quos interim bonae fidei possessor dicitur facere suos, ab eodem bonae fidei possessore posse usucapi. Si suos facit, ergo non potest usucapere; nemo enim, quod suum est, usucapit, l. 4. §. 19. D. de usucap. Nec obstat quod dominium ab eo discedere possit, domino rei superveniente, l. 12. §. 7. D. de capt. et postlim.« Da ich nicht glaube, daß die einstweilige Erwerbung ein wahres Eigenthum gibt, sondern blos eine bonae fidei possessio annehme; so treffen mich diese Gründe nicht.

26) In der l. 4. §. 5. D. de usurp. (41. 3.) sagt Paulus: »Fructus et partus ancillarum et fetus pecorum, si defuncti non fuerunt, usucapi possunt.« Die fetus pecorum defuncti könnten diejenigen seyn, welche von der Heerde als überschüssig ausgesondert werden und dadurch auf der Stelle in das Eigenthum des Besitzers übergegangen sind, so daß es keiner *usucapio* weiter bedarf. (Was Paulus von den *fructus* sagt, wäre

sumtio im eigentlichsten Sinne des Wortes ist das Aufzehen einer Sache. Wenn dieser Sinn der einzige wäre; so würde unter dem von dem fructus consumpti gebrauchten Ausdrucke: *fructus suos facere* (vgl. l. 40. D. de acq. rer. dom. im §. 6. no. 2.; und l. 4. §. 19. D. de usurp. im §. 4. no. 2.) nicht ein eigentliches Erwerben der Früchte (zum Eigenthum), sondern bloß das zu Gunsten des redlichen Besizers eintretende Freywerden von der dem unredlichen Besizer obliegenden Verbindlichkeit zum Ersatze verstanden werden können. Der Begriff des consumere umfaßt aber zugleich das Veräußern (Beggeben), wie schon daraus erhellt, daß der so häufig vorkommende Ausdruck: *consumere pecuniam*, schlechterdings keine andere Bedeutung haben kann. Verstehet man nun das in Folge der consumtio eintretende fructus suos facere in der Ausdehnung, daß es auch den Fall der Veräußerung begreift; so muß man nothwendig annehmen, daß der redliche Besizer durch die Veräußerung und im Augenblicke derselben das Eigenthum der Früchte erlangt; daß also der bisherige Eigenthümer die veräußerten Erzeugnisse von dem Erwerber derselben nicht ferner in Anspruch nehmen kann, während er eben so wenig von dem Veräußernden die Herausgabe desjenigen, was dieser dafür erhalten hat, zu verlangen berechtigt ist. Auf diese Weise wird es möglich, den Ausdruck: *fructus consumptos suos facere*, von einem wirklichen Zueigenmachen zu verstehen, wie es der sonstigen Bedeutung des *suum facere* am angemessensten ist. Diese Erklärung ist auch nar-

übrigens auf die von selbst wachsenden Früchte zu beschränken, weil es bey den übrigen ebenfalls einer usucapio nicht bedarf.) Uebrigens kann man den §. 5 mit dem vorhergehenden §. 4. („*servus pro herede possidere non potest*“) verbinden, und eine Ausnahme von der über die usucapio pro herede dort aufgestellten Beschränkung darin finden. Diese letzte Erklärung ist in meiner Schrift über die Verj. d. fortges. Besitz (§. 25. Anm. f.) vorgetragen.

mentlich für die l. 4. §. 19. D. de usurp. beynahe unabweislich. Dort ist nämlich zuerst von der Erwerbung des Eigenthums ohne usucapio die Rede: und nun wird angeknüpft: »Idem et in agnis dicendum si consumti sint.« Das heißt doch wohl: auch bey den Lämmern soll durch consumtio Eigenthum erworben werden? Eigenthum an Gegenständen, welche aufgehört haben zu seyn, ist aber sinnlos (vgl. Galvanus de usufr. cap. 28. p. 363.): es muß also an veräußerte und nicht an aufgezehrte Früchte gedacht werden²⁷⁾. Wann soll nun aber diese Erwerbung des Eigenthums durch Veräußerung eintreten? Bey dem Kinde der Sklavin ist nie davon die Rede. Auch paßt dieser nicht unter den Ausdruck: *fructus consumptos suos facere*; weil das Kind der Sklavin nicht zu den fructus gerechnet wird. Anders ist es mit dem jungen Vieh, was der Heerde zuwächst (l. 4. §. 19. cit.), und natürlich auch mit dem alten Ausschuß. Auch die Früchte, welche ohne menschliches Zuthun sich erzeugen, und daher nicht sogleich in das Eigenthum des redlichen Besitzers übergehen, werden durch die Veräußerung dem Eigenthümer der Hauptsache entzogen. Dieses müssen wir unter anderm schon daraus schließen, daß in der l. 4. §. 2. D. fin. regund. (f. §. 6. no. 1.) ganz allgemein der Satz aufgestellt wird, es müsse

27) Es verdient hier gewiß noch angeführt zu werden, daß auch bey Darlehen oder Zahlungen, welche von einem Veräußerungsunfähigen oder mit fremdem Gelde geleistet worden sind, das Eigenthum, welches am Anfange nicht auf den Empfänger übergehen konnte, wenigstens in der Folge dadurch übergeht, daß er das Geld ausgibt, oder sonst verbraucht. Damit hängt zusammen, daß durch die consumtio des Geldes eine *condictio* begründet wird (s. B. *condictio certi ex mutuo*), welche doch in der Regel nur bey übertragenem Eigenthum statthaft ist. Vgl. l. 12. §. 1. l. 13. l. 14. l. 18. l. 19. §. 1. D. de reb. cred. (12. 1.) Glück's Erl. d. Pand. Th. 8. S. 93. Th. 12. S. 38. fgg.

der redliche Besitzer die bezogenen Früchte gewinnen „si consumsit“: Während also der Eigenthümer einer Sklavin berechtigt ist, die von dem redlichen Besitzer derselben veräußerten Kinder auch noch gegen den dritten Erwerber in Folge des ihm zustehenden Eigenthumsrechts zu verfolgen; dürfen wir annehmen, daß der Eigenthümer eines Waldes das geschlagene und veräußerte Holz nicht weiter mehr in Anspruch nehmen kann. Eben so wenig kann er aber auch den redlichen Besitzer auf Herausgabe des Geldes belangen, was dieser etwa bey der Veräußerung bekommen hat. Wäre nicht die Möglichkeit einer *condictio sine causa* vorhanden; so bedürfte dieses gar nicht einmal einer Bemerkung: denn die Unzulässigkeit einer Eigenthumsklage versteht sich von selbst; indem es den römischen Rechtsgrundsätzen völlig zuwider ist, daß Eigenthum einer Sache auf den Werth derselben zu übertragen. In Beziehung auf Verlassenschaften gelten bekanntlich andere Grundsätze; seitdem durch den bekannten Senatsbeschluß, unter Hadrian (l. 19. §. 6 de hered. petit. 5. 3.) die Regel aufgestellt worden ist, daß der redliche Besitzer eben so wenig als der unredliche einen Gewinn aus dem Verlassenschaftsbesitze behalten dürfe²⁸⁾. Wie also überhaupt der redliche Besitzer einer Erbschaft dasjenige herausgeben muß, was er bey der Veräußerung erbschaftlicher Gegenstände dafür erhalten hat (l. 20. §. 17—21. l. 21. 22. D. de hered. petit. 5. 3.), insoferne es noch vorhanden ist (l. 23. *ibid.*); so ist es ganz in der Ordnung, daß er auch dasjenige nicht als Gewinn behalten kann, was ihm bey der Veräußerung der Früchte als Gewinn zugeflossen ist. Wenn er nicht bereichert ist; so braucht er freylich nicht zu haften²⁹⁾. Was von dem Erbschaftsbesitzer gesagt worden ist,

28) L. 28. D. de hered. petit. (5. 3.): „Post Senatusconsultum enim omne lucrum auferendum esse tam bonae fidei possessori, quam praedoni dicendum est.“

29) L. 1. §. 1. C. de petit. hered. (3. 31.): „... ante litem

346 Unterholzner, von der Erwerbung

muß auch von dem Besitzer eines peculium gelten, und überhaupt von allen, die ein Vermögen im Ganzen besitzen: denn der vorhin erwähnte Senatsbeschluß findet auch hier seine Anwendung (l. 20. §. 10. D. de hered. petit. 5. 3.)³⁰⁾.

§. 10. Nicht ohne Schwierigkeit ist die Beantwortung der Frage: zu welcher Zeit man redlicher Besitzer seyn müsse, um die Früchte zu erwerben. Wir finden darüber folgende Stellen:

contestatem . . . fructus bonae fidei possessores reddere cogendi non sunt, nisi ex his locupletiores extiterint. . .“
Vgl. l. 30 l. 40. §. 1. D. de hered. petit. (5. 3.) Die Institutionenstelle (§. 2. I. de officio judicis C. §. 6. no. 4.) drückt sich etwas unbestimmt aus, indem sie den redlichen Erbschaftsbesitzer überhaupt von der Herausgabe der fructus consumti frey spricht: es kam aber dort hauptsächlich darauf an, das Uebereinstimmende der hereditatis petitio und der petitio singularum rerum hervorzubeben. Vgl. Glück's Erl. d. Pand. Th. 7. C. 567. 568.

30) Die Gewinnung der Früchte durch consumtio wird nicht von allen Schriftstellern unseres Fachs in dem Umfange anerkannt, wie sie hier von mir angenommen worden ist. Jac. Cujacius z. B. (ad African. VII. ad l. 40. de acq. rer. dom.) will es nur bey den sogenannten fructus industriales gelten lassen (bey denen es aber nach meiner Ansicht der consumtio gar nicht bedarf, um dem redlichen Besitzer den Gewinn der Früchte zu sichern): bey den sogenannten fructus naturales läugnet er es. Es hat ihm bey dieser Meinung nicht an Nachfolgern gefehlt (vgl. Glück's Erl. d. Pand. Th. 8. C. 290. Anm. 33.) Marcilius (ad §. 35. I. de divis. res. in van de Water's Ausgabe der Institutionen, Leyden 1719. 4. C. 174.) nimmt an, daß der redliche Besitzer die fructus (consumti) nur in dem Falle gewinnt, wenn er die fruchtbringende Sache gekauft, oder sonst auf vergeltliche Weise erworben hat: eine Meinung, welche andere, wenigstens in Ansehung der s. g. fructus naturales, mit ihm theilen (vgl. Glück a. a. D. C. 290. Anm. 34.) Eine sehr gewöhnliche, und namentlich von H. U. Puntius (var. resolutt. de jure civ. II. 1. qu. 33.) vertheidigte, Mei-

1. L. 25. §. 2. D. de usuris. 22. 1. (Julianus): »Bonae fidei emtor sevīt, et antequam fructus perciperet, cognovit fundum alienum esse: an perceptione fructus suos faciat, quaeritur. Respondi: Bonae fidei emtor, quod ad percipiendos fructos intellegi debet, quamdiu evictus fundus non fuerit: nam et servus alienus, quem bona fide emero, tamdiu mihi ex re mea vel ex operis suis acquiret, quamdiu a me evictus non fuerit.«
2. L. 46. §. 1. D. de acq. rer. dom. 41. 1. (Paulus): »In contrarium quaeritur: si eo tempore, quo mihi res traditur, putem vendentis esse, deinde cognovero alienam esse: quia perseverat per longum tempus capio (ursprünglich: usucapio); an fructus meos faciam? Pomponius: verendum, ne non sit bonae fidei possessor, quamvis capiat [ursprünglich: usucapiat], hoc enim ad jus. i. e. capionem (ursprünglich: usucapionem), illud ad factum pertinere, ut si quis bona aut mala fide possideat. Nec contrarium est, quod longum tempus [ursprünglich: usucapio] currit: nam e contrario is, qui non potest capere [ursprünglich: usucapere] propter rei vitium, fructus suos facit.« (In den bemerkten Stellen ist, wie ich glaube, der ursprüngliche Text durch die Sammler der Pandekten geändert worden.)

Diese dem Anschein nach widersprechenden Stellen ³¹⁾ mag

nung ist auch, daß der redliche Besitzer, wenn er den Werth besitzt, den Werth herausgeben müsse (vgl. Glück a. a. D. S. 290. Anm. 35.) Der Widerlegung wegen kann ich mich auf P. Donellus (comm. de jure civ. V. § 3. 4.), C. von Cocceji (jus civ. controvers. VI. 1. qu. 9.) und Glück (a. a. D. s. S. 290—292) beziehen.

31) Es ist sehr viel darüber geschrieben. Theils hat man Vereinigung gesucht, theils eine Meinungsverschiedenheit angenommen. Vgl. Glück's Erl. d. Pand. Th. 8. S. 271. Anm. 90. Co

man allenfalls so vereinigen, daß die Stelle des Julianus von der unmittelbar durch die Absonderung eintretenden Erwerbung verstanden wird; die Stelle des Paulus dagegen von der bloß einstweiligen (namentlich bey den von selbst sich erzeugenden Früchten eintretenden) Erwerbung, welche weiterhin durch die consumtio vollständig werden kann. Diese Unterscheidung hat mancherley für sich. Zuerst ist nicht zu übersehen, daß in der Stelle des Julianus die Frage so gestellt ist: „An [b. s. possessor] *perceptione* fructus suos faciat;“ und daß ganz ausdrücklich von Früchten die Rede ist, welche durch Bewirthschaftung erzeugt werden („Bonae fidei emtor *sevit*“), welche demnach so fort dem redlichen Besitzer eigenthümlich zufallen. Die Stelle des Paulus dagegen spricht wenigstens im principium entschieden von der bloß einstweiligen Erwerbung (vgl. §. 8.): es ist zu vermuthen, daß auch im §. 1. dieser Gesichtspunkt nicht aus den Augen verloren ist. Selbst die Natur der Sache scheint eine solche Unterscheidung zu begünstigen. Die eigenthümliche Erwerbung der Früchte ist eine Folge der dem redlichen Besitzer der Hauptsache als solchem erteilten Begünstigung, und tritt

3. B. glaubt Pothier (Pand. Just. XXII. 1. no. VI.), die erste Stelle gebe auf einen Fall, wo der Eigenthümer erst nach vollendeter usucapio der Hauptsache geklagt hat; die zweite dagegen auf einen Fall, wo die usucapio noch nicht vollendet war. Die gewöhnliche Erklärung ist, Julian rede nicht sowohl von dem, was wirklich ist, als vielmehr von dem Scheinbaren. Obgleich der Besitzer aufgehört habe, in redlicher Meinung zu seyn; so müsse man ihn doch einstweilen noch für einen Besitzer in gutem Glauben gelten lassen, so daß er die Früchte erwerbe, als wären es seine eigenen: nach eingetretener Entwährung sey er aber nichtsdestoweniger von dem Augenblicke der eingetretenen Unredlichkeit an wegen der Früchte (auch wegen der nicht mehr vorhandenen) verantwortlich. Wenn Julian weiter nichts sagen wollte; so konnte er sich freylich die ganze Untersuchung ersparen; denn das nämliche muß gelten, wenn der Besitzer gleich von Anfang an kein redlicher Besitzer gewesen ist.

also mit Recht ein, wenn ein redlicher Besitz der Hauptsache vorhanden ist: dieser aber wird bekanntlich nach der Zeit der Erwerbung beurtheilt. Die einstweilige Erwerbung, welche der Natur der Sache nach eintritt, wenn durch die Absonderung der Frucht ein neuer Besitz entsteht, wird dagegen, den allgemeinen Grundsätzen gemäß, zu beurtheilen seyn. Diese verlangen, daß der Besitz in redlicher Meinung angefangen habe, wenn er als ein redlicher Besitz angesehen werden soll: wir werden also auch zur einstweiligen Erwerbung der Erzeugnisse, da diese auf der Begründung eines redlichen Besitzes beruht, verlangen müssen, daß zur Zeit der Absonderung redliche Meinung da gewesen sey ³²⁾. Bey der Zueigenmachung der Früchte durch die consumtio werden wir

32) Was auch zur Unterstützung der aufgestellten Unterscheidung gesagt werden könne; so möchte ich doch nicht mit Bestimmtheit das Obwalten einer Meinungsverschiedenheit bey den römischen Bearbeitern des Rechts über die jetzt zur Untersuchung vorliegende Frage abläugnen. *Fulianus* gründet sich nämlich bey seiner Behauptung, daß die Rechte des redlichen Besitzers in Ansehung der Früchte von der redlichen Erwerbung der Hauptsache abhängen, auf die Vergleichung des für die Erwerbung durch einen in redlichem Besitze befindlichen Sklaven geltenden Rechts, und nimmt an, daß man durch einen solchen Sklaven erwerben könne, obgleich man zur Zeit der Erwerbung schon weiß, daß der Sklave einem Andern gehöre. *Ulpian* behauptet dagegen ganz unumwunden, daß man durch einen solchen Sklaven nur so lange erwerbe, als man in redlicher Meinung ist (l. 23. §. 1. D. de acq. rer. dom. 41. 1.) In so weit ist also entschieden ein Widerspruch vorhanden: aber freylich ist es möglich, daß *Ulpian*, während er in Ansehung des angeführten Grundes von *Fulianus* abwich, über den Rechtsfall selbst, der in l. 25. §. 2. D. de usuris untersucht wird, vollkommen einverstanden war. Ein anderer Umstand, der eine Meinungsverschiedenheit der alten Schriftsteller wohl erwarten ließe, ist der, daß auch über das Recht des redlichen Besitzers an dem Sklaventinde, namentlich in Beziehung auf die Wirkung der *usucapio*, verschiedene Ansichten Statt gefunden zu haben scheinen.

sogar verlangen müssen, daß die redliche Meinung auch noch zur Zeit der consumtio vorhanden gewesen sey. Dafür spricht zum Theil schon der Umstand, daß auch eine *condictio ex mutuo* aus einem Darlehen, was der zur Uebertragung des Eigenthums erforderlichen Bedingungen ermangelt, nur dann entsteht, wenn die consumtio des Geldes redlicherweise erfolgt ist, während wenn sie unredlicherweise erfolgt ist, gegen den, der das Geld verbraucht hat, *ad exhibendum* geklagt werden muß (vgl. Glück's Erl. d. Pand. Th. 12. S. 38. fgg.) Der Grund ist, weil nur die *bonae fidei* consumtio eine der anfänglichen Uebertragung des Eigenthums gleiche Wirkung hervorbringt (vgl. Theophil. paraphr. ad §. 2. I. quib. alien. lic.) Ferner spricht dafür die schon früher (§. 9. no. 2.) angeführte l. 40. De de acq. rer. dom. (41. 1.) Gegen das Ende dieser Stelle geht nämlich Africanus, wie es scheint, ganz in Ulpian's Ansicht ein, zufolge welcher die Sklaven dem redlichen Besitzer nur so lange erwerben, als die redliche Meinung desselben dauert. Er sagt: »*nihil per eos hereditibus, qui modo eorum id non ignorarent, acquiratur.*« Zur Erläuterung beruft er sich auf das bey der consumtio der Früchte geltende Recht (»*etenim simul haec fere cedere, ut, quo casu fructus praediorum consumptos suos faciat bona fide possessor, eodem per servum ex opera et ex re ipsius acquiratur*«), und gibt dadurch zu erkennen, daß auch hier die Zeit der consumtio entscheide³³⁾. Wenn übrigens die für das Erforderniß der redlichen Meinung bey der Fruchterwerbung geltenden Grundsätze nicht

33) In derselben Stelle des Africanus (in der ersten Hälfte derselben) ist die Erwerbung der Früchte überhaupt (also nicht bloß die Erwerbung durch consumtio) mit der Erwerbung durch den Sklaven verglichen: diese Vergleichung führt aber bloß zu dem auf jeden Fall unzweifelhaften Resultat, daß der Besitz der fruchtbringenden Sache in redlicher Meinung angefangen haben muß, wenn man die Früchte derselben erwerben will. Erst die

ganz mit denjenigen zusammenstimmen, welche bey der usucapio gelten; so ist auch darin eine Abweichung, daß ein Umstand, welcher ein dingliches Ersitzungshinderniß herbeiführt, darum noch nicht das sonst geltende Recht der Frucht-erwerbung ausschließt. So z. B. wird durch die Entwendung einer schwangeren Sklavin die Eigenschaft einer entwendeten Sache auch dem Kinde mitgetheilt, und also die usucapio ausgeschlossen (l. 48. §. 5. D. de furt. 47. 2.; l. 26. D. de statu hom. 1. 5.): dieses schließt hier zugleich jede andere Erwerbung aus, weil an dem Kinde einer Sklavin dem redlichen Besitzer weder unmittelbar, noch auch durch consumtio ein Eigenthum erworben wird. Was bey dem Kinde der Sklavin gilt, das muß auch bey dem jungen Vieh gelten (l. 10. §. 2. D. de usurp. 41. 3. vgl. Verj. d. fortgef. Bes. S. 133.): in so ferne nämlich von der Erwerbung durch usucapio die Rede ist. Wenn sich's dagegen um die unmittelbare Erwerbung des Eigenthums an dem Kalbe einer zur Zeit der Trächtigkeit entwendeten Kuh handelt, oder um die Erwerbung des Eigenthums durch consumtio an dem Aufschuß einer aus entwendeten Stücken bestehenden Heerde; so kommt es gar nicht in Betrachtung, daß ein Hinderniß obwaltet, welches die usucapio ausschließen würde, wenn eine Erwerbung durch usucapio erforderlich wäre³⁴). Gleiche Grundsätze sind bey Früchten anderer Art in Anwendung zu bringen: es seyen dieses nun thierische Früchte (Milch, Wolle), oder Erzeugnisse des Bodens.

fortgesetzte Vergleichung (die sich aber jetzt auf die Erwerbung der Früchte durch consumtio beschränkt) ergibt, daß der Besitzer eines Sklaven zu der Zeit, wo er durch ihn erwirbt, in redlicher Meinung seyn muß.

34) L. 48. §. 2. D. de acq. rer. dom. 41. 1. (Paulus): „Et ovium fetus in fructu sunt; et ideo ad bonae fidei possessorem pertinent, etiamsi praegnates venierint vel subreptae sint. Et sane quin lac suum faciat, quamvis plenius uberibus venierint, dubitari non potest: idemque in lana juris est.“

III.

Erwerbung der Erzeugnisse durch den
emphyteuta.

§. 11. Von dem emphyteuta wird uns gesagt, daß er eben so wie derjenige, der eine Sache als Eigentümer in redlichem Besitze hat, das Eigenthum der Erzeugnisse schon durch die Absonderung erwirbt, ohne daß eine eigentliche perceptio nöthig ist³⁵⁾. Dieses ist auch natürlich. Da man nämlich nicht umhin kann, dem emphyteuta einen wirklichen Besitz (d. h. nicht eine bloße quasi possessio) an der emphyteusis zuzuschreiben (vgl. von Savigny's Recht d. Bes. S. 89.); so folgt, daß durch die Absonderung der Früchte der emphyteuta den wirklichen Besitz an den Früchten als solchen erwirbt: diese Besitzwerbung muß aber in Folge des dem emphyteuta gebührenden Anspruchs auf die Früchte ein Eigenthum seyn. Selbst diejenigen, welche geneigt sind, anzunehmen, daß der redliche Besitzer einer Sache die abgetrennten Früchte bloß mit demselben Rechte besitze, mit welchem er die Hauptsache besitzt, würden mit diesem Grundsatz nicht ausreichen, um das Recht des emphyteuta an den Früchten zu erklären: denn ein jus emphyteuticum an den Früchten ist natürlich undenkbar. Uebrigens fällt die Beschränkung der Fruchterwerbung auf die durch Bewirthschaftung erzeugten Früchte bey dem emphyteuta, wie sich von selbst versteht, weg; weil diesem die Früchte nicht in Folge einer besondern, zur Vermeidung der Abrechnung angenommenen, Begünstigung, sondern nach vollem strengen Rechte anfallen.

35) L. 25. §. 1. D. de usuris (f. §. 4. no. 5.) „... sicut ejus qui vectigalem fundum habet, fructus fiunt; simul atque a solo separati sunt.“ Emphyteusis und ager vectigalis sind im Justinianischen Rechte gleichgestellt. Vgl. von Savigny's Recht d. Bes. S. 87.

IV.

Erwerbung der Erzeugnisse durch den Nießbrauchsberechtigten.

§. 12. Es liegt in der Natur des Nießbrauchsrechts, daß dem Berechtigten die Erzeugnisse zufallen. Weil aber dieser die im Nießbrauche befindliche Sache nicht besitzt, indem er bloß als quasi possessor usus fructus angesehen werden kann (vgl. von Savigny's Recht des Bes. S. 144. 145.); so erwirbt er auch nicht sofort durch die Absonderung den Besitz der Früchte, vielmehr bedarf es einer besonderen Besitzergreifung (vgl. ebend. S. 232.) Dieses muß auch auf die Erwerbung des Eigenthums Einfluß haben. Und so finden wir denn auch, daß der Nießbrauchsberechtigte das Eigenthum der Früchte durch die bloße Absonderung nicht erwirbt, wenn er nicht etwas dabey gethan hat, was als Besitzergreifung gelten kann. Er erwirbt also das Eigenthum, wenn er (zu einer Zeit, da sein Nießbrauchsrecht noch fortgedauerte; §. 36. I. de rer. divis. 2. 1.; l. 8. D. de annuis legatis. 33. 1.) das Schneiden des Getreides, das Mähen des Grases, das Abnehmen der Trauben, das Abschlagen der Oliven u. s. w. besorgt hat; keineswegs aber, wenn z. B. die Oliven von selbst abgefallen sind ³⁶⁾. Wenn ein Dritter

36) L. 25. §. 1. D. de usuris (f. §. 4. no. 5) L. 13. D. quib. mod. ususfr. v. usus. amitt. 7. 4.: „Si fructuarius messem fecit et decessit; stipulum, quae in messe jacet, heredis ejus esse Labeo ait: spicam, quae terra teneatur, domini fundi esse: fructumque percipi, spica aut foeno caeso, aut uva adempta, aut excussa olea; quamvis nondum tritum frumentum, aut oleum factum, vel vindemia coacta sit. Sed ut verum est, quod de olea excussa scripsit, ita aliter observandum de ea olea, quae per se deciderit. Julianus ait: fructuarii fructus tunc fieri, cum eos perceperit; bonae fidei autem possessoris, mox quam a solo separati sint.“ §. 36. I. de rer. divis. (2. 1.): „Is vero, ad quem usufructus fundi pertinet, non aliter fructuum do-

im Namen des Nießbrauchsberechtigten die Abnahme oder Einbringung der Früchte besorgt hat; so ist es natürlich eben so viel, als wenn er es selbst gethan hätte: hat aber dieser Dritte in der Absicht der Veruntreuung sich der Früchte bemächtigt; so wird dem Nutzungsberechtigten das Eigenthum daran nicht erworben (l. 12. §. ult. D. de usufr. 7. 1. Vgl. Glück's Erl. d. Pand. Th. 9. S. 333. Anm. 35.); obgleich natürlich der Dritte das Eigenthum auch nicht erlangt, welches vielmehr dem Eigenthümer der Hauptsache bleiben muß. Was von den Früchten überhaupt gesagt ist, gilt natürlich auch von dem jungen Vieh. Einige wollen zwar eine Ausnahme begründen³⁷⁾: sie wissen aber nur l. 28. pr. D. de usuris (s. §. 4. no. 3.) anzuführen. Worin soll nun aber das Beweisende liegen? Etwa in dem »statim pleno jure?« Es ist schon gezeigt worden, daß dieses im Gegensatz mit der usucapio zu verstehen ist: auf keinen Fall würde es beweisen können, was es nach dieser Meinung beweisen soll. Denn da zuerst gesagt ist: »In pecudum fructu etiam fetus est, sicut lac et pilus et lana,« und darauf folgerungsweise angeknüpft wird: »itaque agni et hoedi et vituli statim pleno jure sunt . . . fructuarii;« so kann hier unmöglich etwas ausgesprochen seyn, was dem bey der Wolle u. s. w. geltenden Rechte entgegengesetzt wäre. Oder soll der Beweis darin liegen, daß in der angeführten Stelle der

minus efficitur, quam si ipse eos perceperit. Et ideo, licet maturis fructibus nondum tamen perceptis decesserit, ad heredes ejus non pertinent, sed domino proprietatis acquiruntur. Eadem fere et de colono dicuntur.« Vgl. Glück's Erl. d. Pand. Th. 9. S. 330. fgg.

37) Ich finde diese Ansicht bey Winnius (comm. ad §. 37. I. de rer. divis) und Galvanus (de usufr. pag. 360.) Aus der neuesten Zeit will ich als Vertheidiger dieser Meinung nur anführen: Glück (Erl. d. Pand. Th. 9. S. 335.); Gesserding (Lehre vom Eigenthum. S. 190.); von Wenig (Lehrbuch. Th. 1. §. 82.) und Mühlbruch (doctr. Pand. T. 2. §. 362.)

bonae fidei possessor und der fructuarius neben einander genannt werden? Ich zweifle sehr, ob dieses viel beweisen kann. Muß denn gerade Gajus bey dieser Stelle an den feinen Unterschied gedacht haben, der zwischen dem bonorum possessor und dem fructuarius Statt findet? Dieses ist um so weniger wahrscheinlich, als es ihm hier darauf ankam, den Unterschied zwischen dem fetus pecudum und dem partus ancillae auseinanderzusetzen. Allerdings werden in der Regel separatio und perceptio hier zusammenfallen: denn wer das Mutterthier in seinem Gewahrsam hat, der wird auch die Jungen, so wie sie fallen, in seinen Gewahrsam bekommen, und also den Besitz derselben erlangen. Das macht es aber nur um so begreiflicher, wie Gajus den Unterschied zwischen dem bonae fidei possessor und dem fructuarius ganz unberücksichtigt lassen konnte: aber es wäre Unrecht, deswegen an eine völlige Aufhebung jenes Unterschieds zu denken. Am auffallendsten wird dieser hervortreten, wenn das Thier in die Hände eines Dritten geräth und in dieser Zeit Junge zur Welt bringt. Diese werden nimmernmehr als Eigenthum des Nutzungsberechtigten angesehen werden können, ehe sie in seinen Besitz gekommen sind. (Vgl. l. 12. §. ult. D. de usufr. 7. 1.)

§. 13. Die Ausnahmen, welche wir bey dem Rechte des redlichen Besitzers in Ansehung der Erzeugnisse kennen gelernt haben, gelten zum Theil auch in Beziehung auf den Nießbrauchsberechtigten. I. Das Kind der Sklavin fällt auch dem Nießbrauchsberechtigten nicht zu (l. 68. pr. de usufr. 7. 1.; l. 28. D. de usuris. 22. 1.; §. 37. I. de rer. divis. 2. 1.) Natürlich erlangt er nicht einmal ein Recht des redlichen Besitzes. II. Die Beschränkung in Ansehung des jungen Viehs tritt auch bey dem Nießbrauch einer Heerde ein; indem die Nothwendigkeit, den Abgang aus dem jungen Vieh zu ersetzen, gerade bey dem Nießbrauch ganz entschieden Statt findet. Das Nöthige ist hierüber bereits im §. 8. gesagt worden. III. Die Beschränkung in Ansehung der

erbschaftlichen Früchte fällt natürlich weg: denn, wer den Nießbrauch einer Erbschaft hat, der hat dadurch auch einen unbezweifelbaren Anspruch auf den Ertrag. IV. Auch der Unterschied zwischen Früchten, die sich von selbst erzeugen, und solchen, welche durch Bewirthschaftung erzeugt werden, fällt in Beziehung auf den Nießbrauchsberechtigten weg, dessen Recht sich natürlich auf alle Früchte erstreckt. Daher finden wir, daß der Ertrag der Heuärnte, der Weinlese und Olivenärnte sofort Eigenthum des Nießbrauchsberechtigten wird (l. 13. D. quib. mod. ususfr. v. usus amitt. 7. 4.) Sogar gebührt ihm die Nutzung der Waldungen, der Steingruben und Bergwerke; insoferne nur nicht etwa mehr aus dem Walde oder dem Boden genommen wird, als in derselben Zeit wieder erzeugt werden kann³⁸). Wenn die Erzeugnisse unreif geerntet worden sind; so gehören sie nichtsdeshalb weniger dem Nießbrauchsberechtigten (l. 48. §. 1. D. de usufr. 7. 1.) Bey den durch Bewirthschaftung erzeugten Früchten kommt nichts darauf an, wer die Bestellung besorgt haben möge³⁹). — Zweifelhaft kann es seyn, ob und inwieferne derjenige, welcher von einem Nichteigenthümer sein Nießbrauchsrecht herleitet, ein Erwerbungsrecht in Ansehung der Früchte hat. Mehr Rechte ihm beyzulegen, als der redliche Besitzer einer Sache hat, scheint völlig unzulässig: aber da ihm die publiciana in rem actio nicht verweigert wird (l. 11. §. 1. de publ. in rem. act. 6. 2.); so möchte es wohl statthafte seyn, ihm die Erzeugnisse unter dens

38) Vgl. l. 9. §. 2, l. 10. l. 11. D. de usufr. (7. 1.); besonders l. 7. §. 13. D. soluto matrim. (24. 3.): „... quia nec in fructu est marmor, nisi tale sit, ut lapis ibi renascatur...“ Ob es natürlich sey, den Grundsatz auch bey den Steinbrüchen und Bergwerken durchzuführen zu wollen, lasse ich dahingestellt.

39) L. 25. §. 1. D. de usuris (22. 1.) „... cum ad fructuarium pertineant fructus a quolibet sati...“ Vgl. l. 27. pr. D. de usufr. (7. 1.)

selben Beschränkungen zuzufichern, unter welchen sie dem redlichen Besitzer einer Sache gebühren. Dagegen versteht es sich von selbst, daß der *usuarius*, insoferne ihm ausnahmsweise etwas von den Früchten zufällt, nach den beim Nießbrauchsberechtigten geltenden Grundsätzen beurtheilt werden muß.

§. 14. Ob das Recht des Nießbrauchsberechtigten in Ansehung der Fruchterwerbung dem *jus civile* oder dem *jus gentium* zugeschrieben werden muß, erscheint nach einer Stelle des *Tryphonius* als unentschieden ⁴⁰⁾. Ich erkläre dieses also. Das Nießbrauchsrecht selbst war eine eigenthümlich römische Rechtsanrichtung, und insoferne mochte allerdings das Recht des Nießbrauchsberechtigten in Ansehung der Früchte dem *jus civile* zugeschrieben werden. Von der andern Seite betrachtet war es aber wieder den ganz allgemeinen Rechtsansichten (dem *jus gentium*) gemäß, daß derjenige, welcher ein Recht auf die Nutzungen hat, mit dem Besitze derselben zugleich das Eigenthum erlange.

V.

Erwerbung der Erzeugnisse ohne ein dingliches Recht auf die Nutzung.

§. 15. Der Hauptfall, wo jemand die Befugniß hat, die Früchte einer Sache sich zuzueignen, ohne daß ihm ein dingliches Recht an denselben zukäme, tritt bey der Verpachtung ein: er kann aber auch beim *commodatum* vorkommen, oder wenn ich schenkungsweise die Einsammlung der Früchte erlaube (l. 6. D. de donat. 3956.). Es lassen sich

40) L. 62. pr. D. de usufr. (7. 1.): „Usufructuarium venari in saltibus vel montibus possessionis (d. h. der Beszung), probe dicitur, nec aprum, aut cervum, quem ceperit, proprium domini capit; sed fructus aut jure civili aut gentium suos facit.“

noch überdieß allerley Geschäfte erdenken, bey welchen eine Ueberlassung die Fruchtnutzung gegen einen Vortheil anderer Art Statt findet. Die Grundsätze werden dieselben seyn müssen. Da der Pächter die Sache nicht besitzt; so kann man auch nicht annehmen, daß er durch die Absonderung der Erzeugnisse von der Hauptsache gleich auf der Stelle und ohne eine besondere Besitzergreifung Besitzer der Früchte werde. Er steht also darin dem Nießbrauchsberechtigten gleich; und so ist es natürlich, daß er auch, so wie dieser, das Eigenthum an den Früchten erst durch eine von ihm selbst vorgenommene Besitzergreifung erlangt. Dieses wird denn auch bestätigt durch die ausgesprochene Gleichstellung des Pächters mit dem Nießbrauchsberechtigten ⁴¹⁾, und dadurch, daß bey einer Entwendung der Früchte vom Halme weg die *condictio furti*, weil diese bekanntlich ein dingliches Recht voraussetzt, nur dem verpachtenden Eigenthümer, nicht aber dem Pächter zugesprochen wird ⁴²⁾, während die *furti actio*, welche nicht gerade ein durch ein dingliches Recht begründetes *id quod interest* voraussetzt, auch dem Pächter eingeräumt ist (l. 82. §. 1. D. de furt. 47. 2.) Bloß die l. 26. §. 1. D. de furt. (47. 2.) macht Schwierigkeiten. Dort heißt

⁴¹⁾ §. 36. I. de rer. divis. (f. §. 12. Anm. 1.) Wenn es am Schlusse dieser Stelle heißt: „Eadem *ferè* et de colono dicuntur;“ so ist dieses „*ferè*“ leicht erklärlich. Vorher ist nämlich zweyerley gesagt worden: 1. „Is vero ad quem usus fructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficitur, quam si ipse eos perceperit.“ Dieses gilt auch von dem Pächter. 2. „Et ideo licet maturis fructibus, nondum tamen perceptis, decesserit, ad heredes ejus non pertinent, sed domino proprietatis acquiruntur.“ Dieses gilt natürlich vom Pächter nicht eben so: das Ende der Pachtung muß entscheiden.

⁴²⁾ L. 60. §. 5. D. locati (19. 2.): „Messem, inspiciente colono, cum alienum esse non ignoraveris, sustulisti. Condicere tibi frumentum dominum posse, Labeo ait; et, ut id faciat, colonum ex conducto cum domino acturum.“

es: »Item constat colonum, qui nummis colat, cum eo, qui fructus stantes subripuerit, acturum furti: quia, ut primum decerptus esset, ejus esse coepisset.“ Sollte es aber nicht erlaubt seyn, für »ejus esse coepisset“ zu lesen »ejus interesse coepisset?“ Wenn »inter“ mit einem durchstrichenen *i* geschrieben war; so ist das Ausfallen leicht zu erklären. *Vinnius* (ad §. 36. I. de rer. divis. 2. 1. verb. *Eadem fere et de colono dicuntur*) ändert nicht, erklärt aber die Worte: »ejus esse coepisset“ eben so, als wenn es hieße: »ejus interesse coepisset“: was ich für gewagter halte. — Es versteht sich von selbst, daß die Fruchterwerbung des Pächters nicht weiter sich erstreckt, als insoweit das Pachtverhältniß einen Anspruch auf die Nutzung mit sich bringt. Dieser trifft mit dem Rechte des Nießbrauchsberechtigten im Allgemeinen zusammen. Uebrigens ist nicht minder gewiß, daß die Fruchterwerbung des Pächters sehr gut nach den Grundsätzen der Uebergabe erklärt werden kann (vgl. v. *Savigny's* Recht d. Bes. S. 232.)⁴³). Daraus ergibt sich denn leicht, daß der Pächter die Früchte nicht eigenthümlich erwerben kann, wenn nicht sein Verpächter in solchen Verhältnissen sich befindet, daß er für sich selbst die Früchte erwerben konnte. Wer z. B. von einem redlichen Besitzer gepachtet hat, der erwirbt die Früchte nicht ohne Einschränkung: bey den von selbst wachsenden Früchten sichert ihm erst die *consumtio* oder *usucapio* den Erwerb vollständig.

VI.

Schl u ß b e m e r k u n g.

§. 16. Bisher ist der im vorjustinianischen Rechte vorkommende Unterschied des quiritischen Eigenthums und des in

⁴³) Eine Andeutung für diese Ansicht liegt in der l. 61. §. 8. D de furt. (47. 2.); wo die Aeußerung vorkommt: »colonum qui voluntate domini eos percipere videatur, suos fruc-

bonis esse ganz unberücksichtigt geblieben. Es würde dem Zwecke dieser Zeitschrift entgegen seyn, wenn ich mich auf diesen Punkt tiefer einlassen wollte. Daher habe ich auch eine Einleitung über das Verhältniß der beyden Arten des Eigenthums in Beziehung auf Erwerbung und Geltendmachung bey Seite gelegt; und, indem ich die Bekanntmachung dieser Untersuchungen bis auf eine andere Gelegenheit verspare, lasse ich es vorläufig an der bloßen Bemerkung genügen, daß nach meiner jetzigen Ueberzeugung quiritisches Eigenthum nicht bloß durch solche Erwerbungsarten, welche dem eigenthümlich römischen Rechte (*jus civile*) angehören, sondern auch durch allgemein (*jure gentium*) anerkannte Erwerbungsarten begründet wurde ⁴⁴⁾.

Dieser Voraussetzung gemäß trage ich kein Bedenken, zu behaupten, daß derjenige, welcher eine fruchtbringende Sache bloß in bonis hatte, dennoch an den Erzeugnissen, sobald diese von der Hauptsache abgesondert waren, quiritisches Eigenthum erlangte. Gleicherweise nehme ich an, daß der redliche Besitzer an den ihm eigenthümlich zufallenden Früchten ein quiritisches Eigenthum und nicht bloß ein in bonis esse erlangt ⁴⁵⁾. Bey dem Pächter könnte man durch die strenge Verfolgung des Grundsatzes, daß der Pächter die

tus facere.“ Damit vgl. man l. 6. D. de donat. 39. 5. („quasi traditio enim facta esse videtur, eum eximitur domini voluntate“) und l. 16. pr. de praeser. verb. (19. 5.)

44) Was in meiner Schrift über die Verjährung durch fortges. Bes. S. 41. Num. e. steht, ist also meiner gegenwärtigen Ueberzeugung nicht ganz entsprechend. Uebrigens findet sich die ange-deutete Ansicht auch bey Gans (Scholien zum Gaius) S. 234. zu Grunde gelegt.

45) Galvanus, welcher anderer Meinung ist (de usufr. cap. 28. pag. 372.), findet selbst eine Schwierigkeit in dem Ausdruck „pleno jure“ der l. 28. D. de usuris (f. S. 4. no. 3.); und um sie zu lösen, nimmt er an, daß bey Abfassung der Pandekten geändert worden ist.

Früchte gewissermaßen in Folge einer Uebergabe erwirbt, zu einer Unterscheidung zwischen Erzeugnissen, welche res mancipi sind, und solchen, welche es nicht sind, geleitet werden (vgl. von Savigny's Recht d. Bes. S. 232.) Nun wissen wir freylich aus Gajus (II. 15.), daß ein Theil der alten Rechtsgelehrten die Jungen der Zug- und Lastthiere »statim ut nata sunt« als res mancipi gelten ließ: es ist aber noch sehr die Frage, ob diese Meinung die geltende war: und wenn auch; so ist es doch denkbar, daß selbst die strenge Meinung eine Ausnahme gelten ließ, wenn Zug- oder Lastvieh verpachtet war. Nimmt man nämlich an, daß solche Verpachtungen schon zu einer Zeit Statt fanden, wo der Unterschied zwischen quiritischen Eigenthum und in bonis esse, welcher ja bekanntlich kein ursprünglicher ist (Gaj. II. 40.), noch gar nicht bestand; so hätte der Pächter gar kein Eigenthum an dem jungen Vieh gehabt, so lange nicht die Erfigungszeit vollendet war: das möchte denn aber doch wenig Wahrscheinlichkeit haben ⁴⁶). — Da ich nun sogar bey dem Pächter zweifle, ob die Jungen der Thiere, welche res mancipi waren, eines besonderen Rechtes genossen; so muß ich es noch vielmehr bey dem Nießbrauchsberechtigten, da diesem die Früchte in Folge eines dinglichen Rechts zufallen, und er also nicht so angesehen zu werden braucht, als ob er in Folge einer Uebergabe erwürbe. Bey dem Fruchtterwerb des emphyteuta muß ohnehin das Nämliche gelten, was bey dem Erwerb des redlichen Besitzers gilt.

46) Allenfalls ließe sich auch behaupten, man habe die Jungen des Zug- und Lastviehs zwar »statim ut nata sunt,« aber deshalben noch nicht sogleich in der Geburt selbst als res mancipi behandelt.

XIV.

Servituten können durch bloßen Vertrag bestellt werden.

Von Dr. A. E. S. Michelsen aus dem Schleswigischen.

Unter die von Commentar zu Commentar, von Compendium zu Compendium tralatitischen, und nur selten angefochtenen Lehrsätze hat bisher auch dieser gehört, daß der Vertrag an sich nicht hinreiche zur Bestellung der Servituten, wenigstens der affirmativen, vielmehr die Uebertragung des Besitzes noch hinzukommen müsse, bevor die Erwerbung derselben vollendet sey. Jetzt hat Schmidlein ¹⁾ in einer Inaugural-Abhandlung den entgegengesetzten Grundsatz weitläufig vertheidigt, wobey er uns v. Savigny's, seines hochverehrten Lehrers, Theorie vorgetragen zu haben bekennt. Diese ihren Gegenstand umständlich und genau aus den Quellen entwickelnde Probefchrift ist aber nicht ohne Widerspruch geblieben, sondern hat dem Herrn Professor Zimmer zu einer eigenen Gegenschrift Anlaß gegeben, welche im vorigen Bande dieser Blätter ²⁾ mitgetheilt worden ist. Doch aller auf die Widerlegung verwendeten Mühe ungeachtet, kann man nach meiner Ueberzeugung die Schmidleinsche, oder eigentlich Savigny'sche Lehre weder ganz noch theilweise für widerlegt ansehen.

1) Ed. Jos. Schmidlein de servit. per pact. constituendis. Gotting. 1823.

2) S. S. N. XVII. „Können Servituten durch Vertrag bestellt werden?“

Diese meine Ueberzeugung will ich in den folgenden Bemerkungen dem die Wahrheit mehr als Plato liebenden Leser zur Beurtheilung vorlegen.

Tief eingewurzelt ist noch bey Vielen das in seiner Entstehung mit den früher über *titulus* und *modus acquirendi* herrschenden unrichtigen Ansichten zusammenhängende Vorurtheil, daß der Satz ³⁾ »*traditionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*« für die Erwerbung dinglicher Rechte im Allgemeinen gelte. Um dieß auch gesetzlich zu begründen, namentlich in Ansehung der Servituten, hat man sich vor Allem berufen auf den Ausspruch des Juristen Paulus: ⁴⁾

»*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitatem nostram faciat: sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum.*«

Schmidtlein glaubt, daß in diesem Ausspruche keinesweges ein gültiger Beweis jener Meinung enthalten sey, und Zimmermann stimmt, was das Resultat anbelangt, hierin mit ihm überein. Ich muß ebenfalls bekennen, jenen Beweis hierin nicht finden zu können. Denn mir scheint der Jurist in diesem mit der Natur der Obligationen sich beschäftigenden und daher in den Anfang des Titels »*de obligationibus et actionibus*« gestellten Fragmente durch die Behauptung, daß der Inhalt einer *obligatio* nicht Eigenthum oder Servitut sey, sondern eine bestimmte Verpflichtung eines Andern zu irgend einem Geben, Thun oder Leisten, wesentlich nichts mehr und nichts anders zu sagen, als was in unsern Rechtsquellen ⁵⁾ wiederholt bey Erklärung des Gegensatzes zwischen dinglichem und persönlichem Rechte gesagt ist. Um aber auch ein positives und unbestreitbar für seine entgegenstehende Ansicht redendes

3) L. 20. C. de pact.

4) L. 3. pr. D. de obl. et act.

5) Vgl. Gaj. IV. §. 1. sqq. §. 1. 2. I. de act.

Argument anzugeben, beruft sich Schmidlein auf das Pfandrecht, als auf ein dingliches Recht, welches, den klarsten und zugleich bekanntesten Zeugnissen zufolge, durch bloßen Vertrag, ohne vorangegangene Tradition, erzeugt werde. Dies Argument sucht Zimmern durch eine Behauptung zu entkräften, welche gewiß der aufgeklärte Praktiker nicht weniger, als der Theoretiker für ein seltsames Paradoxon halten wird. Er erwiedert nämlich, auf Du, Roi ⁶⁾ sich beziehend (»Noch einige Bemerkungen über actio in rem und actio in personam, jus in re und obligatio«), das Pfandrecht sey gar kein eigenes dingliches Recht.

Das Pfandrecht soll kein eigenthümliches Recht seyn. Was ist es denn? — Eigenthum, Servitut, Superficien, Emphyteusis ist es nicht: aber ein durch eine eigene Realklage geschütztes Recht ist es freylich. Doch diese Klage ist eben der Stein des Anstoßes. Durch sie macht man nicht einzelne bestimmte im Eigenthume ursprünglich enthaltene, nunmehr an Dritte übertragene s. g. Nutzungsbrechte geltend, sondern fordert dem Besitzer die Sache selbst ab, wie der Eigenthümer. Ganz natürlich, die Klage muß Herausgabe der Substanz bewirken, weil diese nöthigenfalls veräußert werden soll. Das scheint Alles sehr einfach zu seyn: dennoch findet man große Schwierigkeiten. Der Pfandgläubiger soll nämlich die Sache statt des Eigenthümers vindiciren. Wo ist der Beweis dieser gesetzlichen Fiction, wo ist überhaupt ein Grund zu ihr vorhanden? — Die classische Stelle ⁷⁾ über den Ursprung der actio hypothecaria sagt davon nichts. Sie lautet so:

Item Serviana et quasi Serviana (quae etiam hypothecaria vocatur), ex ipsius praetoris jurisdictione substantiam capiunt. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris jure pro mercedibus

6) Archiv. B. 6. S. 2 und 3. N. 14 und 18.

7) §. 7. I. de act.

fundi ei tenentur. Quasi Serviana autem est, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur.

Hier erfahren wir bloß, daß der Prätor für ein einzelnes häufig vorkommendes und praktisch erhebliches Verhältniß, in welchem den faktischen Umständen nach die althergebrachten Institute des Realcredits, fiducia und pignus, nicht füglich Anwendung litten, eine neue absolut wirksame Pfandklage eingeführt habe: actio Serviana. Diese haben Bedürfnis und Auslegung nachher zu einer allgemeinen gemacht: actio quasi Serviana, hypothecaria. Man könnte einwenden, in dieser Stelle sey nur die Entstehung der actio hypothecaria angegeben; nicht aber ihre innere Natur entwickelt, mithin bleibe noch immer die Möglichkeit, daß sie eigentlich nichts andres sey, als eine besondere Anwendung der Klage aus dem Eigenthume. Allein Papinian, — um ein ausdrückliches gewichtiges Gegenzeugniß anzuführen, — sagt bestimmt, daß die Pfandklage als solche mit dem Eigenthume in gar keiner notwendigen Verbindung stehe:

L. 44. §. 5. D. de usurp.

Non mutat usucapio superveniens pro emtore, vel pro herede, quo minus pignoris persecutio salva sit: ut enim usufructus usucapi non potest, ita persecutio pignoris, quae nulla societate dominii conjungitur, sed sola conventionione constituitur, usucapione rei non perimitur.

Eben so bestimmt leugnet er den wesentlichen Zusammenhang zwischen der Pfand- und Eigenthumsklage in

L. 1. §. 2. D. de pignor.

— — — pignoris etenim causam nec usucapione perimi placuit: quoniam *quaestio pignoris ab intentione dominii separatur*: — —

Persecutio pignoris nulla societate dominii conjungitur: dessen ungeachtet wollen die Gegner, daß sie eine *Vindicatio*

tion aus dem Eigenthume des Verpfänders seyn soll.

Zwar kann der Inhalt des Pfandrechtes kein von dem des Eigenthums materiell verschiedener seyn, indem dieses, die zur Einheit verbundene Gesamtheit aller dinglichen Rechte, die vollständigste und totale juristische Unterordnung der Sache unter den Willen des berechtigten Subjektes darstellt. Jenes ist aber, wie die Servitut, ein mit selbstständiger Natur begabtes und in dieser dem Eigenthume entgegengesetztes Verhältniß der Person zur Sache, was nicht nur die bekannten technischen Bezeichnungen: »vinculum, obligatio, nexus rei« andeuten, sondern auch mehrfache sehr allgemeine Erklärungen in den Quellen entschieden aussagen, z. B.

L. 19. pr. D. de damn. infect. 8).

— — — sive domini sint, sive aliquod in ea re jus habeant: qualis est creditor et fructuarius et superficialarius.

Aus diesem vom Eigenthume gesonderten Wesen und demselben gegenüberstehenden Verhältnisse des Pfandrechtes folgt, daß sein Bestehen, wie das der Servitut, von den Schicksalen des Eigenthums der Sache, auf welcher es haftet, unabhängig seyn muß.

L. 18. §. 2. D. de pignorat. act. 9).

Si fundus pignoratus venierit, manere causam pignoris, quia cum sua causa fundus transeat, — —

Daher kann die Pfandklage noch fortleben, wenn der Verpfänder die res obligata veräußert hat, folglich seine Eigenthumsklage nicht mehr lebt ¹⁰⁾; daher zerstört die nach der Verpfändung eintretende usucapio, wie die oben angeführten

8) Vgl. L. 30. D. de noxal. act.

9) L. 35. §. 1. D. de donat. L. 8. §. 15. D. quib. mod. pign. L. 14. 15. C. de pign. L. 19. D. quib. mod. usus fruct.

10) L. 1. C. de prec. L. 13. C. de distract. pign.

Aussprüche Papinian's zeigen, daß Pfandrecht des neuern Rechts nicht, was bey dem alten Institute der fiducia anders war, weil hier das Eigenthum selber auf den Gläubiger übertragen wurde ¹¹⁾.

Eine Rechtfertigung jener Theorie vom Pfandrechte scheint darin liegen zu sollen, daß, wie behauptet wird, der Gläubiger, obgleich er nicht Eigenthümer ist, dennoch die Sache selbst veräußert, und dabei so gewiß nur als Stellvertreter des Eigenthümers handelt, daß bekanntlich nur dieser, nicht jener für Eviction haftet. Allein dies Raisonnement, so vortragen, ist einerseits unrichtig; andererseits kann es auf keinen Fall jene Theorie rechtfertigen. Denn was zuvörderst das Haften für Eviction betrifft, so ist hierbey zu erinnern, daß dasselbe in gar keiner innern Verbindung zum Eigenthume steht, sondern, wie überhaupt, so auch hier rein in obligatorischen Verhältnissen begründet ist. Nicht der Eigenthümer ist es, welcher für Eviction haftet, sondern der Verpfänder in Folge des abgeschlossenen Contractes. Uebrigens ist freylich der veräußernde Pfandgläubiger gewissermaßen Stellvertreter des Eigenthümers, jedoch nicht eigentlicher procurator, weder in der Wirklichkeit, noch zufolge einer Fiction des Gesetzes ¹²⁾. Er macht sein jus alienandi durch eine absolut wirksame Klage geltend ¹³⁾, welche daher dieselbe gegen den Verpfänder ist ¹⁴⁾, wie gegen jeden Dritten. Sein Veräußerungsrecht, welches, anders als bey der alten fiducia, wobey Eigenthum den Crea-

11) Gaj. II. §. 59. 60. III. §. 201.

12) Gaj. II. §. 64. -- curator rem furiosi alienare potest --; item procurator --; item creditor pignus rel. -- §. 1. I. quib. alien. lic.

13) L. 17. D. de pign. „Pignoris persecutio in rem parit actionem creditori,“ L. 14. C. de pign.

14) L. 16. §. 3. D. de pign. L. 1. C. de prec. Du Roi behauptet, wenn die hypothekarische Klage gegen den Verpfänder ange stellt werde, so werde aus dem eigenen Rechte des Beklagten ge klagt! Vgl. a. a. D. S. 403.

ditor sicherstellte, auf den Verkauf unter bestimmten Formen und Bedingungen eingeschränkt ist, hat einen dinglichen Charakter, indem er nach der ihm durch gültige Verpfändung im voraus (*olim* (Gaj.), *ab initio contractus* (Inst. a. a. D.)), zugestandenen Befugniß, um als Nichteigenthümer die Pfandsache rechtsbeständig veräußern zu können, den jedesmaligen Eigenthümer gewissermaßen repräsentiren muß. In diesem Sinne repräsentirt er ihn, ohne und gegen dessen Willen, und zwar nicht bloß den Verpfänder und seinen Erben, sondern vielmehr jeden nachherigen Eigenthümer, also auch denjenigen, welcher die Sache durch *usucapio* erworben hat, folglich auf keine Weise in einem Successionsverhältnisse zum Verpfänder sich befindet ¹⁵⁾.

Weil der Pfandgläubiger die Sache statt des Eigenthümers vindicire, glaubt Zimmer n, habe er auch die possessoriſchen Interdicte, ohne daß der Verpfänder den Besitz verliere, den er vielmehr durch seinen Stellvertreter ausübe, obgleich, weil er dem Pfandgläubiger die Interdicte selbst überlassen müsse, der Besitz nur in Hinsicht auf *Usucapion* nütze. Die Untersuchung des durch die *actio hypothecaria* des prätorischen Edictes begründeten selbstständig dinglichen Charakters des Pfandrechtes ist von der Frage über die beim *pignus* ausgebildeten Besitzrechte des Pfandgläubigers gänzlich zu sondern. Selbst das *interdictum Salvianum*, dessen bey Zimmer n keine Erwähnung geschieht, vielleicht deßhalb, weil es sich nicht gut als Abbild der *Vindication* behandeln ließ, obgleich es doch wohl in seiner historischen und praktischen Bedeutsamkeit zu der *actio Serviana* sich ungefähr so verhält, wie das *interdictum quorum honorum* zu der *possessoria hereditatis petitio*, hängt mit letzterer nicht zusammen. Daß aber der Schuldner gar keinen Besitz hat, sondern nur hinsichtlich der *Usucapion* so behandelt wird, als ob er ihn hätte, was aus der Natur und Bestimmung des Pfandvertrages zu erklären

¹⁵⁾ Vgl. die oben angeführten Stellen.

ist, zeigen unwiderleglich die von Savigny angeführten und vortrefflich erläuterten Beweisstellen ¹⁶⁾.

Nur nach der von ihm angenommenen Theorie, meynt Zimmer n ¹⁷⁾ weiter, „war es auch zu erklären, daß gegen die Analogie des Eigenthums und der Servituten nur noch daß von einem bonae fidei possessor, nicht überhaupt daß an einer res aliena bestellte Pfandrecht Wirksamkeit hatte, wenn auch der Erwerber in bona fide war, und daß die Klage nicht die Publiciana, sondern die Serviana ist.“ Aber auch auf andre Art ist es oft und leicht erklärt. Nach dem Edicte des Prätors war es nämlich nothwendige Bedingung zur Erzeugung des Pfandrechtes, daß die Sache zur Zeit der Verpfändung im Vermögen des Schuldners sich befand ¹⁸⁾. Daß eine Sache zu meinem Vermögen gehöre ¹⁹⁾, kann ich aber nach neuerm römischen Rechte nur sagen, wenn ich durch eine unmittelbar auf dieselbe sich beziehende Klage sie zu schützen berechtigt bin, also zuerst dann, wenn mir rücksichtlich ihrer die Publiciana in rem actio zusteht. Aus diesem Grunde hat nur noch daß von einem bonae fidei possessor, nicht überhaupt daß an einer res aliena bestellte Pfandrecht Wirksamkeit. Wird es aber von einem bonae fidei possessor bestellt, so entsteht ein vollgültiges Pfandrecht, mithin auch die Klage, welche dieses verfolgt, und die Publiciana wird also ganz überflüssig. Da ich aber Anderer Rechte ²⁰⁾ nicht kränken darf und überhaupt nicht mehr geben kann, als ich

16) Recht des Besitzes s. 24.

17) S. 315.

18) „Rem in bonis debitoris esse“ — „rem ad debitorem pertinere eo tempore, quo convenit de pignore.“ vgl. L. 3. pr. L. 15. §. 1. D. de pign. L. 23. D. de probat. L. 6. C. s. aliena res pign.

19) L. 52. D. de adq. rer. dom. L. 49. 143. 181. de V. S. L. 15. de R. I.

20) Vgl. L. 16. 17. D. de Public. in rem act. L. 24. D. de exc. rei judic.

selber habe ²¹⁾: so kann mein Gläubiger auch hier sein Pfandrecht nur in dem Umfange geltend machen, welchen mein Recht an der Sache hat, oder, mit andern Worten, seine Serviana muß sich in den meiner Publiciana vorgezeichneten Schranken halten. So spricht sich auch Paulus in L. 18. D. de pign. ²²⁾ aus:

„Si ab eo, qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per Servianam praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam.“

Es gibt aber auch einen innern, aus der Natur der Publiciana selbst abgeleiteten Grund, weshalb diese Klage nicht so, wie bey dem Eigenthume und bey der Servitut, bey dem Pfandrechte Statt haben konnte. Diese nicht „ad instar possessionis“, sondern „ad instar proprietatis“ ²³⁾ vom Prätor geschaffene Klage ist auf eine Fiction der vollendeten Usucapion und des dadurch erworbenen Eigenthums gegründet, weshalb zu ihrer Erzeugung nicht die bona fides allein genügt, vielmehr auch eine justa causa erforderlich ist. Der Pfandgläubiger kann aber nicht animo domini besitzen, da er im Gegentheil nothwendig fremdes Eigenthum anerkennt. In dieser Beziehung sagt Ulpian in L. 13. D. de Publiciana in rem actione ²⁴⁾:

„Interdum quibusdam nec ex justis possessionibus competit Publicianum iudicium: namque pignoratitiae et precariae possessiones justae sunt, sed ex his non solet competere tale iudicium: illa scilicet

21) L. 54. de X. I.

22) Vgl. L. 29. D. de pignor. act. L. 14. D. qui pot. L. 21. §. 1. D. de pign.

23) L. 7. §. 6. D. de Public. in rem. act.

24) L. 13. D. de usurp. „Pignori rem acceptam usa non capimus: quia pro alieno possidemus.“

ratione, quia neque creditor, neque is, qui precario rogavit, eo animo nanciscitur possessionem, ut credat se dominum esse.⁴

Wir haben gesehen, daß nach Zimmer n der Gläubiger als Stellvertreter des verpfändenden Eigenthümers sein Recht ausübe. Wie er aber so weit hat gehen können, zu behaupten, daß bey verpfändeter Forderung nichts Abweichendes gelte, und den Pfandgläubiger lediglich als Cessionar zu behandeln, ist mir in der That unbegreiflich. Er behauptet dieses sogar im entschiedenen Widerspruche gegen seinen Gewährsmann²⁵⁾, welcher am Schlusse seiner Deduction, freylich nicht recht in Uebereinstimmung mit dem Vorhergehenden, sich dahin erklärt, daß der Pfandgläubiger zwar eine Klage aus dem Eigenthume eines Dritten habe, allein nicht etwa die rei vindicatio dieses Dritten — als Cessionar oder Mandatar —, sondern eine selbstständige, nur ihm allein und nicht dem Dritten, aus dessen Eigenthum geklagt werde, zustehende Klage. Die allermeisten älteren Ausleger des römischen Rechtes, so wie mit und nach ihnen noch heutigen Tags viele Praktiker haben den Fehltritt begangen, daß pignus nominis dem eigentlichen dinglichen Pfandrechte im Allgemeinen und Besondern gar zu sehr gleichzustellen. Zimmer n hat jetzt einen entgegengesetzten Abweg eingeschlagen, indem er das pignus nominis gleichsam als Normale für das Pfandrecht überhaupt aufstellt, obschon es in unsern Tagen, wenigstens theoretisch, wohl allgemein anerkannt ist, daß in selbigem das Pfandrecht fast ganz von seinem eigentlichen Wesen abweicht. Die Römer haben immer die obligatio in ihrem wahren Begriffe als eine bestimmt begrenzte, theilweise Beschränkung der persönlichen Freyheit rein und sicher aufgefaßt. Daher kann es bey dem pignus nominis kein jus possidendi und keine actio hypothecaria geben. Dieß Institut ist vielmehr ganz nach der Cession der Klagen zu beurtheilen. Die Klage des Gläubigers

²⁵⁾ Du. No i a. a. D. C. 405. a. C.

ist also hier die dem Schuldner zuständige Personalklage, und zwar nach neuern Rechte, in welchem das *mandatum actionis* durch eine allgemeine Fictio als vollzogen angenommen wird, wenn es auch nicht vollzogen wurde, eine *utilis in personam actio*. So bleibt bey dem *pignus nominis* nur dasjenige vom Pfandrechte bestehen, was aus dem Zwecke desselben, Sicherheit für die Erfüllung einer *obligatio* zu geben, nothwendig fließt, wovon die wesentlichste Folge ist, daß die Cession eine auf besondere Weise bedingte wird. Diese richtige Ansicht ist in den neuesten Abhandlungen dieses Gegenstandes von Huschke und Gaupp gründlich auseinandergesetzt ²⁶⁾.

Bev Zimmern ist das Pfandrecht das Recht des Gläubigers, in Bezug auf ein gewisses Object die Klage anzustellen, zu welcher unmittelbar nur der Schuldner berechtigt ist. — Der Schuldner ist als Eigenthümer zur *rei vindicatio* berechtigt. Stellt denn diese auch der Gläubiger an? In L. 16. §. 5. D. de pign. wird hierauf geantwortet:

„Creditor hypothecam sibi per sententiam ad iudicatum quemadmodum habiturus sit, quaeritur: nam dominium ejus vindicare non potest. Sed hypothecaria agere potest: — —“

Gewiß hat Zimmern nicht daran gedacht, daß nach seiner Theorie das Pfandrecht im Verhältnisse des Gläubigers zu dem Schuldner den Charakter eines persönlichen Rechtes haben muß. Dasselbe soll nämlich die Ausübung eines fremden dinglichen Rechtes seyn. Zu dieser Ausübung muß man ein eigenes Recht haben nach der Regel ²⁷⁾: „de suo, non de alieno jure, quemque agere oportet.“ Dieß Recht soll die Verpfändung als ein *mandatum agendi et alienandi* geben. Ist aber hieraus nicht allein eine persönliche Klage denkbar?

26) Huschke de nom. pign. Goetting. 1820. Gaupp de nom. pign. Berol.

27) L. 5. pr. D. si ususfr. L. 123. de R. I.

Die bisherigen Bemerkungen sind, wie ich glaube, hinreichend, um den vorliegenden Versuch, uns mit einer neuen Pfandrechtslehre zu versehen, als einen mißlungenen darzustellen. Ich wende mich daher jetzt zu dem eigentlichen Gegenstande gegenwärtigen Aufsatzes.

Die von Savigny entlehnte, bey Schmidlein weitläufig ausgeführte Entwicklung der vertragmäßigen Bestellung der Servituten ist im Wesentlichen folgende:

Die allgemeine Bestellungsform für alle Servituten war nach älterem Rechte die in jure cessio. Nur bey den servitutibus praediorum rusticorum, welche res mancipi waren, war auch die mancipatio anwendbar, so daß man also bey diesen unter jenen beyden Formen die Wahl hatte²⁸⁾. Regelmäßig mußte demnach die Servitut, um eine nach strengem Civilrechte gültige zu seyn, in jure cedirt werden, so wie man, um strenges, quiritarisches Eigenthum zu übertragen, die res mancipi regelmäßig mancipirte²⁹⁾. Gesezt aber, ich hatte diese Formen nicht beobachtet: was war die Folge? — Hatte ich eine res mancipi, anstatt sie feyerlich zu mancipiren, nur einfach tradirt: so war von mir zwar kein dominium ex jure Quiritium übertragen, aber doch bonitarisches Eigenthum nebst der Publiciana in rem actio. Ein Gleiches fand sich bey den Servituten. Hatte ich nämlich einem Andern, anstatt ihm die servitus an meiner Sache feyerlich in jure zu cediren, bloß die Ausübung derselben gestattet: so schützte sie zwar nicht das strenge Civilrecht, aber der Prätor durch die Publiciana, wie aus vielen Pandektenstellen erhellt, z. B.:

L. 11. §. 1. D. de Public³⁰⁾.

28) Gaj. II. §. 29—33. Ulp. XIX. §. 11. Fragm. Vatic. §. 45. 47.

29) Gaj. II. §. 25.

30) Vgl. L. 1. §. 2. D. de serv. praed. rust. L. 1. pr. D. quib. mod. ususfr. L. 16. D. si. serv. vind.

„Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur. Itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis, vel per patientiam, forte si per domum, quis suam passus est aquaeductum transduci: item rusticorum, nam et hic traditionem, et patientiam tuendam constat.“

Daß die Publiciana aber auch für den Fall der Gestattung von einem Nießteigenthümer galt, folgt aus dem bekannten Wesen und Zweck dieser Klage. — Wir finden demnach eine zwiefache Erwerbungsart der Servituten, eine civile und eine prätorische. Waren diese in den Provinzen anwendbar? — An Provincial-Grundstücken war weder mancipatio noch in jure cessio statthaft, folglich auch nicht die in jure cessio der Servituten; denn wie man an diesen kein quiritarisches Eigenthum haben konnte, so auch keine servitus jure constituta. Aber es fand ein dem bonitarischen Eigenthümer ähnliches, dem jus gentium entsprechendes Rechtsverhältniß Statt³¹⁾. Wie hat man dieß bey den Servituten zu Stande gebracht? — Durch die Anwendung des Instituts der traditio mit der Publiciana ist es nicht geschehen, weil diese Klage überhaupt auf den Provincialboden nicht direkt angewandt werden konnte, da sie ursprünglich auf einer Fiction der vollendeten Usucapion und des durch dieselbe gewonnenen strengen Eigenthums beruht³²⁾. Das Volk oder der Kaiser waren quiritarische Eigenthümer der Provincialgrundstücke, und der einzelne Inhaber konnte es nicht werden³³⁾. Unnatürlich wäre es daher gewesen, denselben so zu behandeln, als ob er es wäre,

31) Vgl. v. Savigny Recht des Besitzes. S. 83.

32) Gaj. IV. §. 36. Zwar zeigen die Ueberschriften der L. 8. und 13., so wie die L. 12. §. 2. D. de Public. im Allgemeinen diese Anwendung, aber gewiß hatte sie nicht so vorzugsweise Statt, und die Formel war hier wohl ohne jene Beziehung auf das quiritarische Recht.

33) Gaj. II. §. 5. 7. 21.

wie es doch in der Publiciana geschieht. Ueberdies wäre solche allgemeine und unmittelbare Anwendung dieses Instituts unpassend gewesen, weil es für Rom und Italien ein gleichsam nur subsidäres war und die civilrechtlich gültige Servitut voraussetzte. Viel passender dagegen, aus diesem Gesichtspunkte betrachtet, und consequent mußte die Anwendung der Haupterwerbungsart, der *in jure cessio*, erscheinen. Allein in ihrer feyerlichen Form ist sie dem alten, strengen Civilrechte eigenthümlich, und in dieser konnte man sie also nicht gebrauchen. Aber sie hat eine dem *jus gentium* angehörige Grundlage, nämlich Vertrag. Diese benützte man, wie uns jetzt Gajus (II. §. 31.) bezeugt:

»Sed haec scilicet in Italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia mancipationem et in jure cessionem recipiunt. Alioquin in provincialibus praediis sive quis usumfructum, sive jus eundi, — — — ceteraque similia jura constituere velit, *pactionibus et stipulationibus id efficere potest*; quia ne ipsa quidem praedia mancipationem, aut in jure cessionem recipiunt.«

Gajus spricht, was den ganzen Zusammenhang betrifft, von den Erwerbungsarten der körperlichen und unkörperlichen Sachen. Nachdem er (§. §. 18—27.) von *res corporales* gehandelt hat, geht er über zu den *incorporales* und zwar zuerst zu den Servituten. Die Darstellung der Erwerbungsarten dieser fängt (§. 28.) mit der ausdrücklichen Ausschließung der *traditio* an, worauf die *mancipatio* und *in jure cessio* (§. §. 29. und 30.) abgehandelt werden. Diese beyden Erwerbungsarten werden in unserm §. auf Grundstücke in Italien beschränkt, und sodann wird gesagt, daß man, wenn man an Provincialgrundstücken *jura* constituiren wolle, es thun könne *pactionibus et stipulationibus*.

Dies Resultat ließ sich aber auch schon aus mehreren Stellen herausbringen, und zwar vorzüglich aus

L. 3. pr. D. de usufr. (Gajus.)

»*Omniū praediorum jure legati potest constitui ususfructus, ut heres jubeatur dare alicui usumfructum. Dare autem intelligitur, si induxerit, in fundum legatarium, eumve patiatur uti frui. Et sine testamento autem si quis velit usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest.*«

Gajus gibt hier an, wie man an allen Grundstücken, also sowohl an den italischen als an den provincialen, einen Nießbrauch bestellen könne. Zuerst nennt er die Bestellung durch Legat. Doch dieß bedurfte einer genauern Auseinandersetzung. Denn das legatum per vindicationem war bey Provincialgrundstücken nicht möglich, da es voraussetzte, daß die legitime Sache im quiritarischen Eigenthume des Testators sich befand³⁴⁾. Daher gibt er auch nicht dieses, sondern das legatum per damnationem an durch die Worte: »ut heres jubeatur dare alicui usumfructum³⁵⁾.« Aber aus diesem Legate entsprang die strenge obligatio des Erben, die res mancipi zu mancipiren oder in jure zu cediren³⁶⁾. Dieß passte nur auf die Grundstücke in Italien und mit italischem Rechte. Aus diesem Grunde erklärt sich Gajus hier näher dahin, daß man die Verpflichtung des Erben durch seine Tradition und Gestattung der Ausübung des Nießbrauches als erfüllt ansehen müsse³⁷⁾. Darauf führt er als nichttestamentarische Bestellungsart nicht die traditio an, obgleich er ihrer so eben bey dem Legate gedachte, vielmehr *pactiones et stipulationes*.

Dasselbe bestätigt, wenigstens zum Theil, Ulpian in L. 1. pr. D. quib. mod. ususfr., indem er beispielsweise, im Gegensatze des ususfructus jure constitutus, den tradirten durch das »item« einem an einem fundus vedigalis oder einer superficies, deren Inhaber keine dominus ex jure Qui-

34) Gaj. II. §. 196. Ulp. XXIV. §. 7.

35) Gaj. II. §. 201. Ulp. XXIV. §. 4.

36) Gaj. II. §. 204. 213.

37) Vgl. Savigny a. a. D. S. 447.

ritium waren, nicht civilrechtlich begründeten zur Seite setzt³⁸⁾; so wie auch durch L. 25. §. 7. D. de usufr. ³⁹⁾, wo er den durch Tradition errichteten usufructus als eine eigene Art neben den durch Stipulation constituirten als eine andre gestellt sah. Ein Zeugniß dafür ist ebenfalls das in L. 3. C. de serv. ⁴⁰⁾ uns erhaltene Rescript von Alexander Sever. Somit haben wir das ältere Recht kennen gelernt, und es fragt sich nun, wie sich die Sache bey Justinian gestaltet habe. — Der Unterschied des quiritarischen und bonitarischen Eigenthums war aufgehoben; die dem strengen Civilrechte eigenthümlichen Formen der mancipatio und in jure cessio waren verschwunden. Es blieben also nur noch für den Verkehr unter Lebenden Tradition und Vertrag als Erwerbungs-

38) „Non solum usumfructum amitti capitis minutione constat, sed et actionem de usufructu: et parvi refert, utrum jure sit constitutus usufructus, an vero tuitione praetoris. Proinde traditus quoque usufructus, item in fundo vectigali, vel superficie, non jure constitutus, capitis minutione amittitur.“

39) „Quod autem diximus, ex re fructuarii, vel ex operis posse adquirere, utrum tunc locum habeat, quotiens jure legati usufructus sit constitutus, an et si per traditionem, vel stipulationem, vel alium quemcunque modum, videntum. Et vera est Pegasi sententia, quam et Julianus libro sexto decimo secutus est, omni fructuario adquiri.“

40) „Et in provinciali praedio constitui servitus aquaeductus, vel aliae servitutes possunt: si ea praecesserint, quae servitutes constituunt; tueri enim placita inter contrahentes debent. Quare non ignorabis, si priores possessores aquam duci per praedia jure prohibere non potuerint, cum eodem onere perferendae servitutis transire ad emtores eadem praedia posse.“ — Zimmermann trägt (S. 326.) die Tradition hinein, obgleich ihrer im Texte mit keiner Sylbe gedacht ist, vielmehr die ea, quae servitutes constituunt, durch den Nachsatz lediglich durch Vereinbarungen unter den Parteyen erklärt werden.

arten der Servituten übrig, und die erstere hatte durch das Wegfallen der in jure cessio insofern, als sie dann eintrat, wenn diese verabsäumt war, ihre Wirksamkeit verloren. Welche von beiden erhob Justinian aber jetzt zur Regel? — Das Rechtssystem hatte sich allmählig dem jus gentium angenähert, das Reich bestand durchgängig aus ehemaligem Provinzialboden, was war daher natürlicher, als die in den Provinzen gebräuchliche Erwerbung durch Vertrag zu der allgemein geltenden zu machen? Die civilistische Konsequenz, die Einfachheit dieser Erwerbungsart riethen dazu; und Justinian hat es wirklich gethan. Das zeigt nicht bloß die Aufnahme der eben angeführten Fragmente in die Pandekten, so wie der Umstand, daß in zahlreichen von der Servitutenerrichtung handelnden Stellen ⁴¹⁾ die Compileroren von dem „in jure cedere“ nur „in jure“ weggelassen, daß „cedere“ aber beybehalten haben, was nichts bedeutet, als ein vertragmäßiges Ueberlassen, sondern auch vorzüglich §. 4. I. de serv. und §. 1. I. de usufr. an sich schon, und ganz entscheidend, wenn man sie mit Gajus in seinen Institutionen a. a. O. und in L. 3. pr. cit. vergleicht. In der ersten Stelle heißt es *):

»Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet. Potest etiam testamento quis heredem suum damnare rel.«

in der andern :

»Ususfructus a proprietate separationem recipit: idque pluribus modis accedit. Ut ecce, si quis usumfructum alicui legaverit: — — — Sine testamento vero si quis velit usumfructum alii constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet.«

Beide sind offenbar Gajus nachgebildet. Aber was er in

41) Schmidlein S. 72.

*) Vgl. Theophil. zu dieser Stelle.

Beziehung auf Provincialgrundstücke als rechtsgebräuchlich (*id efficere potest*⁴²⁾) vorgetragen hat, finden wir bey Justinian ohne diese Beziehung als allgemeine gesetzliche Regel (*id efficere debet*⁴²⁾) ausgesprochen. Viele Ausleger, von der Nothwendigkeit der Tradition ausgehend, haben angenommen, dieselbe sey hier hinzuzudenken. Doch solcher Annahme widerstreitet⁴²⁾ nicht allein der ganze Zusammenhang dieser Stellen mit dem alten Rechte und ihre Vergleichung mit den oben erklärten Pandektenfragmenten, sondern auch ihre Fassung und ihr Inhalt selber. Denn die erste gibt allgemein an, wie man, wenn man seinem Nachbarn eine Prädialservitut bestellen wolle, dieß zu Stande bringen müsse; die zweyte führt die Arten auf, wie der *Ususfructus* als selbstständiges Recht vom Eigenthum abgesondert werden könne *). Beyde sagen ausdrücklich, daß Verträge dazu erforderlich seyen, und nichts von Tradition. Wollte man dennoch diese auszeichnen, so müßte man annehmen, daß gerade das Wesentlichste vergessen sey. Denn behauptet man, daß Tradition erforderlich sey, so ist sie kein Nebenstück, das hinzugedacht werden kann, sondern die eigentliche Bestellung selbst, zu welcher die Verträge nur die Veranlassungen sind.

Das Resultat für das Justinianische Recht ist hiernach, daß die allgemeine und regelmäßige Erwerbungsart der Servituten der alleinige Vertrag ist, und die Tradition nur deshalb in vielen Fragmenten gefordert wird, weil dadurch, nach Analogie des Eigenthums, die *actio confessoria Publiciana* angewandt werden kann.

Diese, wie mir scheint, einfache und ungezwungene, dem Bildungsgange des römischen Rechtes im Ganzen entsprechende und durch die Quellen des alten und neuen Rechtes im Einzel-

42) Vgl. auch Simmern S. 327.

*) Was aber hier vom *Ususfructus* gesagt wird, ist auf die Servituten im Allgemeinen anwendbar. Vgl. L. 3. § 3. D. de usufr. L. 5. D. de serv.

nen begründete Entwicklung der Bestellung der Servituten mittelst bloßen Vertrages nennt Zimmermann ein „poetisches Hellsdunkel“, und erlaubt sich dawider nur einige Fragen und Bemerkungen. Mir sind jetzt wohl einige Antworten und Gegenbemerkungen erlaubt.

Zuerst wird gefragt, warum nicht wenigstens bey den *juribus praediorum rusticorum*, die durch *Mancipation* entstehen konnten, die Nothwendigkeit einer *nuda traditio* übrig geblieben sey? Ich antworte: die Nothwendigkeit der *Mancipation* fand bey den *juribus praed. rust.* nicht Statt, daher blieb bey ihnen auch die Nothwendigkeit der *nuda traditio* nicht übrig. Die dem strengen Civilrechte eigenthümliche Bestellungsform für alle Servituten war die *in jure cessio*; jene allein konnten ebenfalls *mancipirt* werden, weil sie *res mancipi* waren. Die Provincialgrundstücke waren aber nicht *res mancipi*. Grund- und zwecklos wäre es daher gewesen, bey ihnen die naturale Grundlage jener zweiten Form neben der der ersten fortbestehen zu lassen, was überdies an sich ganz unnütz wurde, sobald man den Grundsatz angenommen hatte, daß Servituten durch Vertrag erworben werden konnten.

Dann wird bemerkt⁴³⁾, eine *Tradition* sey, wie in der *mancipatio*, so auch in der *in jure cessio* enthalten. Zimmermann hat, wie die Ausführung dieser Bemerkung zeigt, durchaus übersehen, daß die Frage, ob diese feyerlichen Geschäfte des alten Civilrechtes in ihrer Ausübung eine wirkliche *Tradition* enthalten, eine ganz andre ist, als die, ob ihnen als Symbolen an und für sich betrachtet die *Tradition* zur Grundlage diene⁴⁴⁾. Die erste Frage ist eine rein faktische, muß daher aus den Umständen des einzelnen Falles beurtheilt werden: wenn z. B. ein entferntes Grundstück *mancipirt* wurde, so enthielt dieser Act keine wirkliche *Tradition*; wenn zu der

43) S. 319.

44) Vgl. Gaj IV. §. 131. II. §. 204.

in jure cessio das Objekt selbst im Gerichte gegenwärtig war, so konnte auch die reelle Uebergabe erfolgen, was nicht anging, sobald nur ein dasselbe repräsentirendes Stück da war ⁴⁵⁾. Die zweyte Frage dagegen trifft das Wesen der Rechtssymbole selbst; und ihre Verschiedenheit in dieser Rücksicht wird sich aus der folgenden kurzen Vergleichung und Gegeneinanderhaltung beyder ergeben.

Die mancipatio wird von Gajus ⁴⁶⁾ wiederholt für eine „*imaginaria venditio*“ erklärt, und ihr ganzer Ritus zeigt uns den figürlichen Kauf. Derjenige, dem mancipirt wird, nimmt in der auszusprechenden Formel nicht bloß das Jus Quiritium an der mancipirten Sache in Anspruch, sondern sagt auch aus, daß sie ihm feyerlich verkauft sey ⁴⁷⁾. Der Kaufcontract ist aber nach römischem Rechte zunächst und recht eigentlich auf ein *tradere* gerichtet ⁴⁸⁾. Schon hieraus läßt sich abnehmen, daß in der ihren Gegenstand als gekauft voranzusetzenden Mancipation eine wesentliche Beziehung auf die Tradition liegen müsse; und das ist in der That so sehr der Fall, daß Cicero ⁴⁹⁾ sie eine *traditio nexu* nennt, daß uns von Gajus ⁵⁰⁾ gesagt wird: »mancipatio dicitur, quia *manu res capitur*“, daß es vom Mancipanten immer heißt: *rem mancipio dat*; vom Empfänger: *rem mancipio accipit*. Die Mancipation, gleichsam eine römische Uebergabe

45) Vgl. Gaj. IV. §. §. 16. 17.

46) I. §. §. 113. 119.

47) „Hunc ego hominem ex Jure Quiritium meum esse ajo, isque mihi emptus est hoc aere aeneaque libra.“

48) L. 3. L. 11. §. 2. D. de act. emt. L. 25. §. 1. L. 28. D. de contrah. emt. L. 4. pr. D. de usur. L. 16. D. de condict. caus. dat.

49) Topic. C. 5.

50) l. §. 121. vgl. Isidor. Orig. V. c. 25. Im Epit. Gaj. I. 6. §. 3. heißt sie manus traditio, oder, nach U l e a n d e r s Emendation, manu traditio.

durch strengcivilrechtliche Vereinbarung („*traditio alteri nexu*“), setzt voraus, daß der Uebergebende den Besitz habe; daher konnten bewegliche Sachen nur mancipirt werden, wenn sie gegenwärtig waren, und nicht mehrere zugleich, als die der *mancipio accipiens* wirklich apprehendirte, während die Mancipation der Immobilien auch in der Entfernung und von mehreren auf einmal vorgenommen werden konnte⁵¹⁾, weil bey ihnen, anders als bey den Mobilien⁵²⁾, der Besitz zur Zeit der classischen Juristen erst dadurch aufgehört hat, daß die faktische Unmöglichkeit, ihn zu reproduciren, zum Bewußtseyn des vorigen Besitzers gekommen ist und er sich hierbey ruhig verhält⁵³⁾. Die Mancipation als Erwerbungsart war auch nur bey wirklich tradirbaren Sachen anwendbar; denn daß die alten *jura praediorum rusticorum*, die einzigen *res incorporales*, bey welchen sie Statt hatte⁵⁴⁾, ursprünglich als körperliche Sachen betrachtet wurden, läßt sich aus mehreren in unsern Quellen übrig gebliebenen Andeutungen schließen⁵⁵⁾. Endlich finden wir bekanntlich in den Pandekten in vielen Fragmenten der Alten, welche ohne Zweifel von *mancipatio* und *mancipare* redeten, stets *traditio* und *tradere*.

Der in *jure cessio* dagegen liegt kein auf das Faktum der Tradition berechnetes Rechtsgeschäft, sondern der Eigenthumsproceß zum Grunde. Sie ist eine imaginäre *vindication*; welches Rechtsmittel aber im eigentlichen Sinne nicht

51) Gai. a. a. D. Ulp. XIX. §. 6.

52) L. 3. §. 13. L. 15. L. 25. D. de poss.

53) L. 46. L. 3. §. 7. 8. L. 6. §. 1. L. 7. eod. Vgl. Savigny a. a. D. §. 31.

54) Gai. II. §. 7. verb. §. §. 19. 28.

55) L. 86. D. de V. S. „*Quid aliud sunt jura praediorum, quam praedia qualiter se habentia?*“ L. 12. D. quemadm. serv. L. 14. D. de serv. „*Servitutes praediorum rusticorum, etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt — —*“ L. 17. D. de except.

auf Herausgabe und Uebergabe der Sache gerichtet ist, vielmehr unmittelbar auf Anerkennung des an derselben zustehenden Rechtes, so daß die Pflicht der restitutio, die mit der traditio nicht verwechselt werden darf⁵⁶⁾; erst als eine Folge jener vom Beklagten erzwungenen Anerkennung anzusehen ist⁵⁷⁾. Das zeigt sich auch in der Form der in jure cessio. Derjenige, welchem in jure cedirt wird, nimmt an der Sache lediglich das Jus Quiritium in Anspruch⁵⁸⁾; und der Cedent willigt ausdrücklich oder stillschweigend ein. So stellen sich die Partheyen als streitend und sich vertragend dar, und die additio des Prätor's enthält gleichsam eine öffentliche Bestätigung ihres Vergleichs. Demnach ist der dem jus gentium angehörige Inhalt der in jure cessio nichts anderes, als der Vertrag. Diesem Wesen der in jure cessio zufolge konnte sie bey Sachen angewandt werden, die weder mancipirt noch tradirt werden konnten, nämlich bey allen unförperlichen res nec mancipi⁵⁹⁾; außer den Obligationen, in Ansehung welcher es überhaupt nach römischem Rechte keine wahre Singularsuccession gibt⁶⁰⁾; und Gajus konnte sagen, daß das, was man in Italien regelmäßig durch in jure cessio bewirkte, in den Provinzen durch Verträge hervorzubringen wäre, und daß die Servituten, welche als res incorporales der Tradition nicht fähig wären, in jure cedirt werden könnten⁶¹⁾. Daher lesen wir auch bey Justinian in unzähligen Aussprüchen der

56) Vgl. L. 16. D. de peric. et comm. rei vend. L. 8. §. 10. D. mand. — Cuiac. Observ. XI. 19. XIII. 35.

57) L. 9. D. de R. V.

58) Gaj. II. §. 24.

59) Gaj. II. §. §. 28 u. f. Ulp. XIX. §. §. 11. sqq.

60) Gaj. II. §. 38. 39.

61) §. §. 28. 29. „Incorporales res traditionem non recipere manifestum est. Sed jura praediorum — in jure — cedi possunt.“ Uebrigens war der eigentliche Ritus der vindication, welcher ein Vorzeigen und Anfassen forderte, natürlich bey un-

Mandeckenjuristen, welche gewiß von in jure cessio und in jure cedere handelten, nicht etwa traditio und tradere, sondern cessio und cedere.⁶²⁾

Ferner wird von Zimmermann⁶³⁾ bemerkt, beim Eigenthume seyen die Requisite der actio Publiciana geringer, als die der civilrechtlichen vindication, und gefragt: wie sollte nun bey Servituten umgekehrt die erste Klage durch Tradition bedingt seyn, die letztere bloß durch Vertrag? Hierauf antwortete ich dieses: Justinian fand, nachdem er die regelmäßige Erwerbungsart sämmtlicher Servituten nach strengem Civilrechte, die in jure cessio abgeschafft hatte⁶⁴⁾, noch den Erwerb durch Tradition vor, welche ausnahmsweise dann nöthig war, wenn man die actio confessoria Publiciana erwerben wollte, und den in den Provinzen von alter Zeit her allgemein üblichen Erwerb durch Vertrag. Er ließ die Praxis ungeändert, indem er, weil das Recht am Provincialboden zu seiner Zeit das herrschende war, und der Vertrag jetzt, nachdem die Provincialen unbeschränktes Grundeigenthum erlangt hatten, eine vollgültige Servitut begründete, die Erwerbung der Servituten durch Vertrag zur Regel erhob, und das in einem allgemeinen Bedürfnis begründete Institut der bonae fidei possessio unverändert bestehen ließ, nachdem die an den Usucapionsbesitz geknüpfte Publiciana ihre aus dem Anschließen des prätorischen Edictes an das strenge Civilrecht geflossene Beziehung auf das jus Quiritium verloren hatte⁶⁵⁾. Zimmermann wünscht dagegen unter diesen Umständen von Jus

körperlichen Sachen nicht anwendbar. Es wird hier vor dem Prätor zum Schein die actio confessoria angesetzt, und der Cedent widerspricht ihr nicht.

62) Schmidlein. S. 72.

63) S. 320. a. E.

64) Tit. Cod. de nud. j. Q. toll. Tit. Cod. de usucap. transform.

65) Bgl. Gaj. IV. §. 36. mit §. 4. I. de act.

stünden eine Aenderung, nämlich die Gestattung der *actio confessoria Publiciana* auch ohne erlangten Besitz, weil es doch beym Eigenthum schon Fälle gebe, in welchen die *Publiciana* ohne vorhergehenden Besitz gestattet werde. Allein, läßt man auch solche Ausnahmefälle zu, in denen die einzelne Sache nicht besonders tradirt zu werden braucht: so haben diese doch keinesweges die Natur der Klage alterirt, setzen vielmehr selbige nothwendig voraus und fordern individuelle Erklärungen aus ihrer eigenthümlichen Beschaffenheit.

Nachdem Zimmern⁶⁶⁾ darauf gezeigt hat, daß der in unsern Quellen vorkommende Gegensatz von *dominium* und *possessio juris* oder *jure* und *tuitio* *praetoris* bestehender *Servitut* derselbe sey, wie der von *quiritarischem* und *bonitarischem* Eigenthume, behauptet er, daß auf dieselbe Weise, wie in der neuern Zeit nur das *in bonis esse*, welches durch *Tradition* erzeugt wurde, übrig blieb, indem dies die Wirksamkeit des *civilen* Eigenthums erhalten hatte, so sey auch das *prätorische* Institut der *servitus tradita* allein im Rechte übrig geblieben. Gegengründe enthält meine obige Darstellung; daher ich sie hier nicht wiederholen will. Doch im besondern Widerspruche mit dieser Darstellung äußert Zimmern⁶⁷⁾, daß die die Begründungsart der *Servituten* an *Provincialgrundstücken* darlegende *Institutionenstelle* von *Gajus* nur von Bestellung der *jura praediorum* als *Obligatio* nen zu verstehen sey. Allein wenn auch die eigentlichen *jura praediorum*, wie sie das *jus civile* anerkannte, nicht außerhalb des *italischen* Bodens vorkommen konnten, so zeigt doch der Ort, wo jene Stelle sich findet, und die Art, wie *Gajus* sich ausdrückt (*in provincialibus praediis sive quis usufructum, sive jus eundi — — —, ceteraque similia jura constituere velit — —*), ganz klar, daß man an *Provincialgrundstücken*, an welchen auch kein *civiles dominium*, aber

66) S. 321. a. E.

67) S. 325.

ein, höchst wahrscheinlich durch die formula petitoria *) geschütztes, Eigenthum Statt hatte, dieselben Rechte haben konnte; so wie ebenfalls der Ausspruch von Gajus in L. 3. pr. D. de usufr. und das angeführte Rescript von Alexander Sever. Ueberhaupt sehe ich in der Annahme eines als Obligationsrecht existirenden jus praedii nichts, als eine offenbare contradictio in adjecto.

Dann soll sich bey der Reservation ⁶⁸⁾ der Servituten am entschiedensten die Nothwendigkeit einer Tradition zu ihrer Erwerbung aussprechen, weil bey dem Acte der Tradition des dienenden Objectes selbst die Reservation Statt haben müsse, widrigenfalls man, nach L. 35. D. de serv. u. a., ungeachtet der dem vorangegangenen Vertrage beygefügtten reservirenden Clausel, auf eine Personalklage beschränkt sey. — Habe ich bey der Abschließung eines Kaufcontractes über mein Grundstück mir an diesem eine Servitut vorbehalten, so kann ich sie, dem ersten und allgemeinsten Grundsatz ⁶⁹⁾ des Servitutenrechtes: „nemini sua res servire potest“ zufolge, dadurch noch nicht erworben haben. Denn der Act der Tradition ist erst derjenige, wodurch das verkaufte Grundstück eine res aliena wird. Hierbey muß ich daher nach dem Rechte der Römer, welche das, was seinem Begriffe und Wesen nach zusammenhängt, auch äußerlich in einer und derselben Rechts-handlung zu verbinden strebten, den Vorbehalt aussprechen. Uebergebe ich dem Käufer mein Grundstück frey und unbelastet, so hat er selbiges auch ganz und optima lege erworben. Ziehe ich dagegen bey der Uebergabe etwas ab, so geht dieß auch nicht auf den Empfänger über. Immer aber ist es in diesem Falle die den Umfang der Wirksamkeit der Tradition bestimmende Verabredung, wodurch die Servitut begründet wird, nicht die Tradition selber; und vollständig läßt sich hierauf

*) Bgl. Gaj. IV. §. 91. sq.

68) S. 333.

69) L. 5. pr. D. si ususfr. L. 26. D. de serv. praed. urb.

durch bloßen Vertrag bestellt werden. 387

anwenden, was Gajus II. §. 33. sagt, wo er den bey der Mancipation geschehenen Abzug des Ususfructus, welcher an sich nicht mancipirt werden konnte, erklärt:

» — non enim ipse ususfructus mancipatur, sed cum in mancipanda proprietate deducatur, eo fit, ut apud alium ususfructus, apud alium proprietas sit ⁷⁰⁾.«

Endlich finden wir bey **Zimmern** ⁷¹⁾ auch eine eigene neue Theorie, welche zwar die alte Lehre, die zur Begründung sämtlicher Servituten Tradition fordert, als richtig voraussetzt, aber doch wesentlich modificirt. Er meint nämlich, daß eine für den Fall, daß man die Ausübung der Servitut stören werde, dem Vertrage hinzugefügte Pönalstipulation schon als die Tradition selbst zu betrachten sey; und beruft sich dafür auf

L. 20. D. de serv. (Javolenus.)

»Quoties via aut aliquod jus fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo, *per te non fieri quo minus eo jure uti possit*: quia nulla ejusmodi juris vacua traditio esset. Ego puto, usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse. Ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.«

und auf

L. 3. §. 2. D. de act. emt. (Pomponius.)

»Si iter, actum, viam, aquaeductum per tuum fundum emero, vacuae possessionis traditio nulla est: itaque cavere debeo, per te non fieri quo minus utar.«

Die Fragmente reden von dem **Verkaufe** ⁷²⁾ einer Wegegerechtigkeit und anderer Prädialservituten. Die Verpflichtungen des Verkäufers sollten angegeben werden. Diese bestehen im

70) Vgl. diese Stelle ganz und Fragn. Vatic. §. §. 47. 50. 51.

71) S. 329. u. f.

72) Vgl. die ganze L. 3. cit.

Allgemeinen darin, daß er die *vacua possessio* der verkauften Sache tradire, und dem Käufer gewähre: *licere sibi habere* 73), nicht aber, daß er die Sache *mancipire* oder in *jure cedire* 74). Die *traditio vacuae possessionis* war bey der verkauften Servitut als einer unkörperlichen Sache im eigentlichen Sinne nicht möglich. Daher sagt *Labeo*, der Verkäufer habe bloß die promissorische *Cautio* 75) zu stellen, daß er die Ausübung nicht hindern wolle; *Javolenus* aber, zu einer Zeit lebend, in welcher die Theorie der *quasi possessio* ihre volle Ausbildung erreicht hatte, setzt hinzu, man müsse die gestattete Ausübung jener Rechte als *traditio possessionis* annehmen, und deshalb seyen auch *quasi possessoris* *Jurisdicte* gegeben. — Wie läßt sich hieraus die Vertretung der Tradition durch die Stipulation herausbringen? — Solche anzunehmen, verstößt auch gegen alle wahren Begriffe vom römischen Besitzrechte. Würde *Zimmermann* wohl die ebenfalls dem Verkaufe einer körperlichen Sache hinzuzufügende Stipulation wie ein Surrogat der Tradition behandeln? — Und betrachten wir seine Ansicht in ihrer practischen Anwendung, so führt sie nicht minder, als die unsrige, dahin, daß durch alleinigen Vertrag die Servituten begründet werden. Denn die Stipulation ist bey uns verschwunden: folglich bliebe für die Servitutenerwerbung der Vertrag allein übrig, und zwar ein einfacher, da alle jene bey den Römern gebräuchlichen *Pöbelsstipulationen* im Allgemeinen weggefallen sind.

73) „*Neratius ait, et ex emto actionem esse, ut habere licere emtori caveatur, sed et ut tradatur ei possessio.*“
L. §. 7. sqq. D. de act. emt.

74) Wie derjenige, der sich durch Stipulation zu einem *dare* verpflichtet hatte. Vgl. die in Not. 48) angeführten Stellen. Mit Rücksicht hierauf ist die L. 136. §. 1. D. de verb. oblig. zu interpretiren. S. meine obige Erklärung der L. 3. pr. D. de usufr.

75) Vgl. L. 38. D. de verb. oblig.

Somit ist, hoffe ich, auch das Letzte der gegen die von Schmidtlein ausgeführte Lehre Savigny's vorgetragene Argumente beseitigt. Es bleibt uns also das Resultat: daß der bloße Vertrag allein und an sich zur Begründung und Erwerbung der Servituten hinreicht, und nur ausnahmsweise die Tradition gefordert wird, sobald die actio confessoria Publiciana notwendig ist, das heißt, wenn die Servitut von einem Nichteigenthümer oder nicht erweislichen Eigenthümer gegeben ist.

XV.

Ueber nicht acceptirte Renunciationen.

Von Herrn Professor Dr. Frits zu Freiburg.

§. 1.

Unsere Pandektencompendien tragen in dem allgemeinen Theile die Lehre von der Renunciation häufig ¹⁾ auf eine Weise vor, die recht geeignet ist, dem Leser die Meinung beizubringen: sie sey ihrem Begriffe nach eine einseitige Erklärung des Berechtigten; sie bedürfe mit anderen Worten keiner Acceptation Desjenigen, dem sie zum Vortheil gereicht, um den Renunciirenden zu binden, um ihn seines Rechtes verlustig zu machen. Diese Meinung des Lesers wird auch nicht wenig bestärkt durch die Art, wie in dem besonderen Theile in der Lehre von den dinglichen Rechten von dem Verluste dieser durch Res

1) Anders wird freylich die Sache dargestellt in Etbaut's System des P. R. §. 143; aber eine Vergleichung des §. 634. im A. möchte es zweifelhaft machen, in welcher Ausdehnung jene Stelle zu verstehen sey.

nunciation geredet zu werden pflegt; und er ist geneigt, es für eine Singularität zu halten, wenn er in der Lehre von den Forderungen liest, daß Forderungen erst alsdann durch Erlasung verloren gehen, wenn diese durch Acceptation zu einem remissorischen Vertrag erhoben worden ist. Wirklich scheint dieses auch die gewöhnliche Meinung der Rechtslehrer zu seyn.

Gewiß wird es aber Jedermann inconsequent finden, daß ein Recht durch einseitige Erklärung des Berechtigten, ohne Acceptation von Seiten Desjenigen, dessen Rechtsphäre durch seine Existenz beschränkt ist, verloren gehen soll, während die Begründung eines Rechts, die doch nicht wichtiger ist als das Aufgeben, in der Regel nicht durch einseitige Erklärung dessen, der dadurch verliert, möglich ist, sondern die Concurrenz Desjenigen erfordert, der es erwerben soll.

In diesem Aufsatze will ich die Frage zu beantworten suchen: ob das römische Recht sich diese Inconsequenz wirklich zu Schulden kommen läßt?

S. 2.

Daß zu einem wirksamen Verzicht auf ein nur *deferirtes*, noch nicht *acquirirtes*, Recht keine Acceptation erfordert werde, leidet keinen Zweifel 2). Eben so wenig läßt es sich bezweifeln, daß unter den erworbenen Rechten das Eigenthum durch einseitige Erklärung des Eigenthümers wirksam aufgegeben werden kann 3). Aber in dem letzten Falle ist das Gesagte bekanntlich auch nur alsdann wahr, wenn die Erklärung darauf geht, daß die Sache zunächst *Herrnlos* werden solle; geht sie dagegen darauf, daß das Eigenthum auf eine bestimmte andere Person übergehen solle, so ist, wenn nicht alle Bedingungen der Eigenthumsübertragung durch Tradition vorhanden sind, wozu bekanntlich auch eine Concurrenz des

2) S. die Lehre von dem Verzicht auf *deferirtes* Erbschaften und Vermächtnisse.

3) S. die Lehre von der Dereliction des Eigenthums.

Erwerbenden gehört, nicht bloß der Theil der Erklärung, wonach ein Anderer das Eigenthum erwerben soll, sondern auch der, wonach der Handelnde es verlieren will, nichtig, kurz, die ganze Willenserklärung hat durchaus keine Wirkung, auch nicht die, daß die Sache Herrlos wird ⁴⁾. Sollte nicht der dieser Distinction zu Grunde liegende Gesichtspunkt allgemein im römischen Rechte herrschen? Sollte es nicht allgemeiner Grundsatz des römischen Rechts seyn, daß eine einseitige Renunciation auf bereits erworbene Rechte nur alsdann wirksam ist, wenn das Aufgegebene zunächst Niemanden zufallen soll, daß dagegen sobald die in dem fraglichen Rechte liegenden Vortheile auf einen Anderen übergehen sollen, sobald ein Anderer durch die Renunciation gewinnen soll, dieser die Renunciation acceptiren muß, wenn sie irgend Wirkung haben soll? Daß dieses allerdings der Fall sey, will ich durch Erörterung der einzelnen Klassen der hierher gehörigen Fälle nachzuweisen suchen. Dabey darf aber nicht übersehen werden, daß, wenn Rechte mit Verbindlichkeiten enge verbunden sind, das Aufgeben derselben keine reine Renunciation ist, und daher nicht hierher gehört.

S. 3.

I. Daß Forderungen nur durch einen Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner gültig erlassen werden können, ist als völlig ausgemacht anzusehen ⁵⁾. Diese Regel leidet auch keine Ausnahme bey der auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Societät und Miethe, denn diese Verträge begründen rein zweyseitige Obligationen, wobey Aufkündigung kein wahrer Verzicht ist; und eben so wenig bey dem Mandat und dem Mutuum, denn hier liegt die Möglichkeit der einseitigen Aufkündigung (welche übrigens nicht immer als Verzicht erscheint)

4) S. die Lehre von der Erwerbung des Eigenthums durch Tradition.

5) Fr. 91. D. de solutionib. et liberationib. (46. 3.) Höpfner im Commentar §. 731. N. 1.

in der Absicht der Contrahenten. Dagegen möchte diese Regel insofern Ausnahmen erleiden, als das Aufgeben einer Forderung zu einem der drey Fälle gehört, in welchen eine bloße Pollcitation durch die Gesetze für verbindlich erklärt wird; also 6) erstens, wenn durch das Erlassen einer Forderung eine Dos bestellt werden soll, zweytens, wenn sie einer milden Stiftung durch ein Gelübde erlassen wird, und endlich drittens, wenn sie einer Stadt erlassen wird, dabey auf Geld oder auf Verlust eines *opus* geht, und es nicht an der zu einer gültigen Pollcitation erforderlichen *causa* fehlt.

§. 4.

II. Was die dinglichen Rechte, und zwar die jura in re *aliena* betrifft (denn von dem Eigenthum war bereits die Rede), so möchte

- 1) in den von Erlassung eines Pfandrechts-redenden Stellen deutlich gesagt seyn, daß diese nur vertragsweise geschehen könne. Denn einmal reden alle Stellen, in welchen von ausdrücklicher Erlassung die Rede ist, von einem Vertrag 7); sodann wird in allen, in den Gesetzen angegebenen Fällen, einer stillschweigenden Erlassung zu dieser im Handeln des Verpfänders erfordert 8); und endlich wird sogar noch ausdrücklich die

6) Vgl. Thibaut Syst. §. 981, von Wening-Fagenheim Lehrb. B. III. §. 92. B. IV. §.

7) fr. 9. §. 3. v. *conventione* D. de pigner. act. (13, 7.) fr. 8. §. 1. v. *pacisii* §. 2. v. *pactum* et v. *paciscendo* §. 3. v. *convenerit* §. 4. v. *paciscatur* §. 5. vacib. *pacisci, concedere et pactione* D. quib. mod. pign. vel. hyp. solv. (20, 6). c. 2. in f. C. de remiss. pign. (8, 26) „Nam obligatio pignoris consensu et contrahitur et dissolvitur.“

8) a) fr. 2. §. 1. fr. 3. D. de pact. (2, 14). c. 7. C. de remiss. pign. (8, 26); b) fr. 9. §. 3. D. de pignor. act. (13, 7). fr. 50. §. 1. D. de jure dot. (23, 3); c) fr. 9. §. 1. fr. 12

Frage aufgeworfen: ob die Acceptation auch durch den Procurator des Schuldners wirksam geschehen könne?)? eine Frage, die offenbar überflüssig seyn würde, wenn die Acceptation gar nicht erforderlich wäre.

2) Unter den Servituten sind

- a) die persönlichen mit Verbindlichkeiten enge verbunden, so daß das Aufgeben derselben keine wahre Renunciation ist, und folglich nicht hierher gehört ¹⁰⁾.
- b) Von den dinglichen wird uns nirgends gesagt: ob eine Acceptation zur Gültigkeit der Entsagung auf dieselben erforderlich sey oder nicht ¹¹⁾? aber die Analogie des Pfandrechts und der Forderungen möchte wohl zu der Annahme nöthigen, daß sie allerdings erforderlich sey. Hiergegen möchte auch kein argumentum a contrario aus der Pandektenstelle ¹²⁾ entnommen werden können, welche, ohne der Eigenthümer des dienenden Gutes Erwähnung zu thun, heraushebt, daß wenn das herrschende Gut mehreren gehöre, nur eine Entsagung sämtlicher Mit-eigenthümer wirksam sey; denn diese Stelle gehört offenbar zu den vielen Pandektenstellen, in welchen nur eine, vielleicht durch einen speciellen Fall veranlaßte, Frage über einen einzelnen Punkt beant-

pr. D. quib. mod. pign. (20, 6); d) fr. 4. §. 1. 2. fr. 8. §. 6. 7. 11—13. D. eod. tit. (20, 6). c. 2. 6. 8. C. de remiss. pign. (8, 26).

9) fr. 7. §. 2. fr. 8. §. 2. D. quib. mod. pign. (20, 6).

10) Uebrigens kann der Usufructuar den Ususfruct einseitig aufgeben, und sich dadurch von seinen Verbindlichkeiten in Ansehung der Zukunft befreien. — fr. 64. D. de usufr. (7, 4) — nicht aber in Ansehung der Vergangenheit — fr. 65. pr. eod. tit. —

11) Vgl. fr. 34. pr. D. de S. P. R. (8, 3.) fr. 17. D. comm. praed. (8, 4.) fr. 8. pr. D. quomodm. servit. amittuntur (8, 6).

12) fr. 34. pr. D. de S. P. R. (8, 3).

394 Frits, über nicht acceptirte Renunciationen.

wortet werden, alles Andere dagegen, wenn es auch mit dieser Frage in noch so naher Berührung stehe, unerörtert bleiben soll. Daß dieß der Fall ist, geht deutlich daraus hervor, daß in derselben Stelle in Beziehung auf die Bestellung einer dinglichen Servitut auch nur von den Eigenthümern des Guts, dem sie aufgelegt werden soll, gesagt wird, ihre allseitige Einwilligung sey erforderlich, während doch nach anderen deutlichen Stellen ¹³⁾ von den Eigenthümern des Guts, für welches sie bestellt werden soll, das selbe gilt.

- 3) Das Recht des Superficiars, das des Emphyteuta und das des Vasallen gehören, als mit Verbindlichkeiten enge verbundene Rechte, nicht hierher.

S. 5.

III. Was die Familienverhältnisse betrifft, so muß man die Ehe, die väterliche Gewalt und die Vormundschaft im Ganzen unterscheiden von den einzelnen dadurch begründeten Rechten.

- 1) Ehe und väterliche Gewalt begründen gegenseitige Rechte, das Aufheben derselben ist also keine wahre Renunciation. Die Vormundschaft zu führen ist Pflicht des Vormunds, von einer Renunciation von seiner Seite kann daher nicht die Rede seyn. Der Bevormundete kann, eben weil er dieß ist, auf sein Recht verzichten. Die Obrigkeit endlich kann den Vormund nur entlassen, wenn es die Gesetze gestatten, und alsdann muß sie es; außerdem ist die Entlassung von Seiten der Obrigkeit kein Privatrechtsgeschäft, und gehört aus diesen beiden Gründen nicht hierher.

¹³⁾ fr. 5. 18. D. C. P. R. et U. (8, 4.) fr. 140. § 2. D. de V. O. (45, 1).

- 2) Die einzelnen durch Ehe, väterliche Gewalt und Vormundschaft begründeten Rechte lassen größtentheils keinen Verzicht zu, und diejenigen, welche ihn zulassen, sind Vermögensrechte, und stehen als solche unter den bereits angegebenen Grundsätzen über Forderungen und dingliche Rechte ¹⁴⁾.

IV. Die sogenannten *jura status* gehören zum Eheik, weil sie gegenseitig sind, nicht hierher, zum großen Theil lassen sie keinen Verzicht zu ¹⁵⁾, und das einzige, welches ihn zuläßt, das deferirte Erbrecht (wenn dieses zu dieser Klasse von Rechten zu zählen ist), ist als bloß deferirtes Recht schon oben mit erwähnt.

XVI.

Einige Bemerkungen über den Rechtsnachtheil der Nichtbeantwortung der Klage.

Von Herrn Dr. Stürzer, Oberappellationsgerichtsrathe
zu München.

Es ist unstreitig eine der wichtigsten Aufgaben der Prozeßgesetzgebung, dem Ungehorsame des Beklagten mit der ersten Antwort — einen angemessenen Rechtsnachtheil zu bestimmen.

Nach meiner Ueberzeugung, welche durch die, trefflich entwickelten, Gegengründe des geheimen Hofrathes Herrn Dr.

¹⁴⁾ Vgl. für die Ehe die Lehre von den Eheverträgen.

¹⁵⁾ Burchardt Grundzüge des Rechtssystems der Römer nach ihren Begriffen von öff. u. Privatrecht entwickelt. S. 29. fgg.

Mittermaier ¹⁾ nicht erschüttert worden ist, kann dieser Rechtsnachtheil kein anderer seyn, als daß a. das thatsächliche Vorbringen der Klage als eingestanden angenommen, und daß b. der Beklagte mit seinen Einreden ausgeschlossen werde.

Unter allen Verbesserungen, welche auf dem Gebiete der Prozeßgesetzgebung vorgeschlagen werden können, scheint mir diese eine der nothwendigsten zu seyn. Ohne sie wird die Gerechtigkeitspflege ewig an einem wesentlichen Gebrechen leiden, welches jedem Streben nach Vollkommenheit mit unbeflegbarer Kraft entgegentritt.

1. Nichts ist natürlicher, als daß derjenige, welcher auf die ihm von dem Richter mitgetheilte Klage binnen der anberaumten Frist nicht antwortet, demjenigen gleich geachtet werde, welcher nichts zu antworten hat. Wenn es allgemeine Rechtsregel ist, daß von demjenigen, welcher reden kann und reden muß, und dennoch schweigt, anzunehmen sey, daß er auf die Rede verzichte, daß er nichts zu reden habe, daß er das von dem Gegner Vorgebrachte als richtig und keiner Kontestation unterliegend anerkenne, so ist nicht einzusehen, warum nicht dasselbe hinsichtlich des Beklagten gelten soll, welcher, in Gemäßheit gesetzlicher Bestimmung, von dem Richter zum Reden aufgefordert ist, und welchem Zeit genug gelassen wird, um über den Inhalt der Klage und über die auf dieselbe zu gebende Antwort nachzudenken, und mit Besonnenheit zu sagen, was er zu sagen hat. Hat je die Parömie in Anwendung zu treten: Schweigst du still, so ist's dein Will! ²⁾ so muß dieses da der Fall seyn, wo bestimmte richterliche Aufforderung zum Reden gegeben ist, wo also auf keine Weise gesagt werden kann, Schweigen und Reden seyen Dinge, die in ein's Jeden Willführ liegen.

1) Der gemeine deutsch-bürgerliche Proceß u. Zweyter Beytrag. S. 93 bis 115.

2) Eisenhart's Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern. Vierte Abtheilung, VII.

2. Durch das richterliche Klagemittheilungsdekret wird dem Beklagten zweyerley zur Auflage gemacht: a. er soll sich erklären, ob und in wie ferne er das thatächliche Verhältniß, so, wie es in der Klage angeführt ist, einräume, oder in Abrede stelle, und b. er soll die Einreden vorbringen, welche er vorbringen zu können glaubt, mit andern Worten: Die Bestandtheile der Klagebeantwortung sind a. Einlassung auf die Klage, und b. Einreden.

Nicht kann es in Zweifel gezogen werden, daß der nicht antwortende Beklagte in Beziehung auf beyde Auflagen ungehorsam ist. Mit unlängbarer Konsequenz geht daraus hervor, daß der Ungehorsam auch nicht bloß in einer, sondern in beyden Beziehungen bestraft werden muß; und nicht läßt es sich rechtfertigen, eine Ladung, welche ihrer Natur nach ganz präjudiziell und peremptorisch ist, dennoch nur zur Hälfte präjudiziell und peremptorisch seyn zu lassen. In der That würde der richterliche Auftrag, in seinem zweiten Theile, die Einreden betreffend, ein Auftrag seyn, welcher nach Willkür des Aufgeforderten befolgt werden kann, oder nicht, ohne daß aus der Nichtbefolgung ein Nachtheil in der Sache selbst hervorgeht. Daß auf diese Weise die Auctorität, von welcher der Auftrag ausging, lächerlich gemacht, daß mit der Rechtspflege ein unwürdiges Spiel getrieben werde, wer vermag es in Abrede zu stellen? Wem mit dem, was er befehlt, zum Erstenmale nicht Ernst ist, der schweige lieber ganz!

Nach des Herrn Staatsrathes von G ö n n e r Entwurf eines Gesetzbuches über das gerichtliche Verfahren Buch 1. Kap. 5. §. 15. nr. 6. wird derjenige, welcher eine Handlung im Prozesse ganz unterläßt, mit derselben präkludirt, und nach nr. 3. eben dort erstreckt sich der Ungehorsam auf Alles, was in der bestimmten Zeit zur Rechtsvertheidigung vorgebracht werden sollte und konnte, und nicht vorgebracht wurde, insbesondere auf alle Vertheidigungsmittel, welche die Parthey nicht wirklich vorgebracht hat.

Dagegen wird nach Buch 2. Kap. 1. §. 7. n. 1., wenn

der Beklagte innerhalb des angeetzten Termins nicht antwortet, daß der Klage zum Grunde liegende Faktum für eingestanden angenommen, zugleich aber dem Beklagten zur Vorbringung seiner Einreden ein weiterer peremptorischer Termin von dreißig Tagen angeetzt. Hier hat also der Ungehorsam des Beklagten die Folge nicht, daß angenommen wird, er habe auf alle nicht benützte Vertheidigungsmittel verzichtet. Der Beklagte wird nur zur Hälfte als ungehorsam behandelt! Mit einer halben Antwort ist man zufrieden für das, was er etwa noch vorzubringen hat, wird ihm eine neue Frist bewilliget!

4. Zu den trefflichsten Bestimmungen des gemeinen deutschen Prozesses rechnet man die sogenannte *Eventualmaxime*, nach welcher der Beklagte alle Einreden, welche ihm gegen die Klage zustehen, zugleich und auf einmal vorbringen muß³⁾. Wer hienach auf den Streit sich einläßt, aber keine, oder bey dem Vorrathe von mehreren Einreden, nur eine oder die andere Einrede vorbringt, der wird mit allen nicht vorgebrachten Einreden präkludirt. Wer dagegen, ungehorsam gegen des Richters Weisung, gar nicht antwortet, folglich weder auf die Klage sich einläßt, noch eine Einrede vorbringt, der soll noch eine Frist zur Anbringung der Einreden erhalten! Derjenige, welcher nur zum Theil ungehorsam ist, soll schlimmer daran seyn, als derjenige, welcher den richterlichen Auftrag, seinem ganzen Inhalte nach, unbefolgt läßt!

5. Erwäge man überdieß die außerordentlichen Verzögerungen, welchen durch eine, an sich widernatürliche, Trennung der Kontumazialfolgen Thür und Thor geöffnet, und die unzähligen Chikanen, zu welchen dem Beklagten die Mittel dargeboten würden! Ueberzeugt von der Wahrheit des faktischen Klagevorbringens, und nicht kühn, oder anmaßend ge-

3) *Cod. judic. Bav. cap. 6. §. 2.* — Mittermaier a. a. O. Erster Beitrag. §. 13. — Von Gönner's Entwurf. Buch 2. Kap. 1. §. 11. n. 1. — Sünzger Reichsabschied §. 34. 37.

nug, um dasselbe abzuläugnen, sucht der Beklagte so viele Fristen nach, als nur immer möglich ist. Die letzte Frist läßt er ungehorsam verstreichen. Was ist nun die Folge dieses Ungehorsams? womit wird die beharrliche Nichtachtung des richterlichen Auftrages bestraft? Damit, daß als wahr angenommen wird, was in Abrede zu stellen dem Beklagten ohnehin nie in den Sinn gekommen wäre. Nach einer Hartnäckigkeit von mehreren Monaten hat er noch ganz dieselbe Begünstigung, alle seine Vertheidigungsmittel vorzubringen, wie sie dem gehorsamen Beklagten von dem Gesetze gewährt ist!

Ist es den Forderungen der Gerechtigkeit und den Grundsätzen einer vernünftigen Prozeßlegislation angemessen, daß jede Frist peremptorisch sey, und daß jeder Ungehorsam den Verlust der innerhalb jener Frist vorzunehmenden Partey-Handlung mit sich führe, so vermag ich es mit diesem wohlthätigen Grundsatz nicht in Vereinigung zu bringen, daß des Richters Aufgabe a) zur Abgabe einer bestimmten Antwort auf die der Klage zum Grunde liegenden Thatsachen, und b) zur Vorbringung von Einreden, zwar in der ersten, nicht aber auch in der zweiten Beziehung peremptorischer Natur seyn, daß vielmehr zu diesem Zwecke noch eine weitere Frist gesetzt werden soll, mit welcher es nun erst dem Richter Ernst ist!

6. Dazu kommt noch, daß häufig die Annahme der Präklusion der Einreden von der Annahme des Zugeständnisses des faktischen Vorbringens der Klage sich gar nicht trennen läßt. Es ist dieses bey allen Einreden der Fall, welche eine verneinende Kriegsbefestigung wesentlich voraussetzen, und sich gar nicht vorbringen lassen, wenn das Klagefactum für eingestanden angenommen wird. Wie kann z. B. der *condictione ex mutuo* Belangte, in der Voraussetzung, daß er das thatsächliche Klagevorbringen eingestanden hat, noch *exceptionem non numeratae pecuniae*, wie kann der mit der Kaufklage Belangte *exceptionem non adimpleti contractus* entgegensetzen? Selbst die *exceptio doli mali, quanti minoris, plus petitionis* etc. sind mit dem Eingeständnisse des ganzen

Klagefaktums nicht vereinbarlich, da es z. B. unter der Voraussetzung der Wahrheit des Klagevorbringens, daß A dem B einen Brillantring verkauft habe, daß das verkaufte Pferd ein ganz gesundes Pferd sey, daß die Forderung noch so viel betrage, als in der Klage berechnet worden u. unmöglich wahr seyn kann; daß der Ring nur mit böhmischen Steinen besetzt, daß das Pferd mit einem Hauptmangel behaftet, daß der Betrag der Forderung um so und so viele tausend Gulden geringer sey. Problematisch ist es sogar, ob mit der Annahme der affirmativen Litiskontestation nicht auch die eigentlichen, selbstständiges faktisches Vorbringen enthaltenden Einreden in dem Falle für präkludirt zu erachten seyen, wenn die Unrichtigkeit jenes faktischen Vorbringens schon *anticipando* in der Klage behauptet wurde. Das fingirte Zugeständniß des ganzen faktischen Klagevorbringens enthält nämlich allerdings auch das Zugeständniß der in der Klage vorkommenden Behauptung, es sey das gemachte Anlehen nicht zurückbezahlt, es sey daselbe nicht durch Kompensation getilgt worden. Nimmt man nun aber dieses an, so gibt man es eben dadurch in die Willkür des Klägers, die fingirte affirmative Kriegsbefestigung zugleich mit der Wirkung zu belegen, daß sie auch den Ausschluß aller, auch nur entfernter Weise denkbaren, Einreden enthalte. Unterscheidet man dagegen das eigentliche Klagevorbringen, welches nämlich zur Begründung der Klage gehört, von dem anticipirten Abläugnen der etwa vorgebracht werdenden Einreden, so wird dadurch der Richter, im eintretenden Falle des Ungehorsames des Beklagten, in die Nothwendigkeit versetzt, immer erst sorgfältig zu prüfen, welcher Satz der Klage zur ersten, welcher zur zweyten Klasse sich eigne; und komplizirt muß auf diese Weise die Bestimmung des Gesetzes über die Folgen des Ungehorsames des Beklagten mit der ersten Antwort werden, während dem Gesetzgeber der einfachste und sicherste Anhaltspunkt zur vernunftgemäßen Festsetzung jener Folgen in dem Grundsatz gewährt ist, daß derjenige, welcher richterlich aufgefordert ist, sich zu verteidigen,

und dennoch sich nicht vertheidiget, als auf seine Vertheidigung ganz ⁴⁾, und im vollen Sinne des Wortes, verzichtend angenommen werden muß.

7. Folgende Einwürfe sind es, auf welche ich noch zu antworten habe ⁵⁾:

- a. zu hart sey eine Gesetzgebung, welche schon auf den ersten Ungehorsam den Verlust der ganzen Sache setze;
- b. unrichtig sey die Vorstellung, welche man sich von der Natur des Ungehorsames im bürgerlichen Prozesse mache; nicht Widerseßlichkeit gegen die Obrigkeit, oder Verachtung des richterlichen Ansehens liege ihm zum Grunde; die Säumnis sey nichts, als eine Unterlassung, für welche der Säumige seinem Gegner verantwortlich werde;
- c. die Legislation müsse zu verhüten suchen, daß materielles Unrecht in formelles Recht übergehe; dieses würde der Fall seyn, wenn bloß wegen eines Versäumnisses des Beklagten dem, vielleicht völlig unberechtigten, Kläger das Recht zuerkannt werden müßte;
- d. eine so strenge Strafe verlege den ersten Grundsatz aller Strafen, daß sie nämlich im Verhältnisse zur Uebertretung stehen müssen, da dieselbe Unterlassung in einem Rechtsstreite, wo der Gegenstand 100 Thaler betrage, mit dem Verluste von 100 Thalern, in einem anderen, die Summe von 100,000 Thalern betreffenden Prozesse, dagegen mit dem Verluste von 100,000 Thalern bestraft werde;

4) Präsident von Seuffert über den bayerischen Gesetzesentwurf, einige Verbesserungen der Gerichtsordnung betreffend, in den Verhandlungen der zweyten Kammer der bayerischen Ständeversammlung v. J. 1819. Band 13. S. 77.

5) Man sehe v. Gönner's Entwurf 2c. Band 2. Abthl. 1. S. 334. — Derselben Commentar über das bayerische Gesetz v. 22. Juli 1819. S. 99. — Mittermaier a. a. D. S. 109.

- e. Legislative Klugheit rathe um so weniger zu strengen Strafen, als das Versäumniß in der Regel nicht den Parteyen, sondern den, vom Staate bestellten, Advokaten zur Last falle; wie denn auch
- f. vorauszusehen sey, daß die mildere Praxis so viel durch Restitutionen nachhelfen werde, daß die ganze Vorschrift in leere Formalität ausarten, und von schlauen Anwälden selbst als Mittel zur Prozeßverzögerung benützt werde;
- g. auf jeden Fall lasse sich die Strafe des Verlustes der Einreden höchstens nur da rechtfertigen, wo die fingirte Abläugnung den Kläger zum Beweise verpflichte ⁶⁾; verbinde man dagegen mit dem fingirten Geständnisse auch noch den Verlust der Einreden, so trete doppelte Strafe ein, und selbst inkonsequent sey es, dieses fingirte Geständniß härter zu bestrafen, als das wirkliche ausdrückliche, indem bey dem Letzteren der Beklagte immer noch seine Einreden hätte vorbringen können ⁷⁾;
- h. verworren, undeutlich, absichtlich verdreht seyen häufig die Behauptungen in den Klageschriften, so, daß es oft unmöglich sey, zu behaupten, der Beklagte habe jede einzelne Thatsache eingestehen wollen;
- i. endlich seyen selbst diejenigen, welche in Gegenden leben, in denen diese Strafe seit Jahrzehnten gesetzlich besteshe, so wie diejenigen, welche früher selbst diese Strafe empfahlen, nunmehr zur Ueberzeugung gekommen, daß die Strafe zu nachtheilig sey, als daß sie zur Einführung empfohlen zu werden verdiente.

Ad a. Eine ungerechte Härte kann gewiß einer Bestimmung nicht vorgeworfen werden, die durch so viele Gründe

6) Wie nach den deutschen Reichsgesetzen, jüngster Reichsabschied. §. 36. 37., dann nach dem bayerischen Prozeßgesetze v. 22. Juli 1819. §. 6.

7) Man vergl. Gensler in diesem Archive. B. 1. S. 1. S. 48. **

von Wichtigkeit geboten wird, daß eine Gesetzgebung, welcher es um Begründung einer soliden Rechtspflege zu thun ist, dies selbe gar nicht entbehren kann. Wer weiß, was er thun muß, und es zu thun unterläßt, der mag sich nur selbst anklagen, wenn er die, im hohen Grade natürliche, Folge seines Ungehorsames leidet. Nicht bedaure ich den, der ein Unglück leidet, welches abzuwenden ganz in seiner Macht stand. Aber auch an sich kann man den Vorwurf der Härte einem Rechtsnachtheile nicht machen, welcher mit den Forderungen der Gerechtigkeit und mit den richtigen Grundsätzen von der Natur der Fristen und des Ungehorsames im vollkommensten Einklange steht. Wem ist es denn je eingefallen, den Gesetzgeber einer unverhältnißmäßigen Härte zu beschuldigen, weil er verordnet hat, daß mit der Streiteinlassung alle Einreden unter dem Rechtsnachtheile des Ausschlusses zugleich und auf einmal anzubringen seyen? oder weil er denjenigen, welcher innerhalb der festgesetzten Frist den ihm aufgetragenen Beweis nicht antritt, mit der Präklusion des Beweises, und hierdurch mit dem Verluste der Sache bestraft? oder weil er das Nichteinwenden der Appellation innerhalb der Berufungsnothfrist als Verzicht auf die Appellation erklärt? Warum findet man es denn gerade so widernatürlich hart, daß angenommen werden soll, der Beklagte, welcher, zu seiner Vertheidigung gerichtlich aufgefordert, sich nicht vertheidiget, verzichte auf seine Vertheidigung?

Ad b. Weder von einer öffentlich strafwürdigen Handlung, noch von eigentlicher Strafe ist die Rede, sondern von dem Rechtsnachtheile, welchen der Säumige aus seinem Saumsale zu erleiden hat. Aber gerade auf dem Gebiete des Privatrechtes, da, wo das Verhandlungsprinzip gilt, wo der Staatsbürger über sein Rechtsverhältniß nach freyer Willkür walten und schalten kann, muß der Verzicht der Parteyen, der stillschweigende eben so, wie der ausdrückliche, seine uneingeschränkte Herrschaft üben. Habe man nur nicht immer ausschließlich den ungehorsamen Beklagten, sondern auch den

Kläger im Auge, welcher aus des Gegners Stillschweigen Rechte erwirbt, die, nach des qualifizirten Stillschweigens natürlichster und vernünftigster Auslegung, nur darin bestehen können, daß angenommen wird, derjenige, welcher auf die Klage nichts erinnert, habe auf dieselbe nichts zu erinnern! Von demjenigen, welcher nicht zur rechten Zeit mit der Replik, Duplik, mit der Beweisantretung, mit der Berufung einkömmt, wird, sehr vernünftig, angenommen, er verzichte auf die Replik, Duplik, auf den Beweis, auf die Berufung. Nicht ist einzusehen, aus welchem Grunde nicht dieselbe Ausnahme des Verzichtes hinsichtlich des Beklagten eintreten soll, welcher mit seiner Rechtsvertheidigung auf die Klage nicht oder nicht zur rechten Zeit einkömmt.

Ad c. Müffen zwar die legislativen Prozeßvorschriften dahin gerichtet seyn, dem materiellen Rechte, so viel es thunlich ist, den Sieg zu verschaffen, so darf doch dadurch das Wesen des Prozeßes selbst nicht zerstöret werden. Nach dem Verhandlungsprinzipie kann nur das dem Richter als Wahrheit gelten, was die Parteyen, kraft ihrer Herrschaft über die dem Rechte zum Grunde liegenden Thatsachen, zur Wahrheit machen. Nimmt man das Gegentheil an, so stellt man den bürgerlichen Prozeß dem Untersuchungsprozeße gleich, und man vernichtet alle gesetzlichen Bestimmungen über Nothfristen, über andere präjudizirliche Fristen u. s. w.

Ad d. Vom Verhältnisse der Strafe zum Vergehen kann überall da die Rede nicht seyn, wo weder Vergehen, noch Strafe besteht. Bey Festsetzung der Folgen des Ungehorsames im Prozeße kann es, in so weit überhaupt vom ordentlichen Verfahren sich handelt, auf die Größe des Streitgegenstandes nicht ankommen. Was bey dem Streite über 100 Thaler Recht ist, das muß, unter gleichen Voraussetzungen, auch in dem Prozeße über 100,000 Thaler Recht seyn. Nach allen Legislationen hat die Desertion des Beweises, der Appellation u. s. w. das Unterliegen des Säumigen bey einem, Millionen

betreffenden Gegenstände eben so zur Folge, wie in der unbedeutendsten Sache.

Ad e. So lange die Beziehung von Advokaten bey Rechtsstreitigkeiten nöthwendig, oder zulässig ist, so lange wird dasjenige, was der gehörig bevollmächtigte Advokat Namens der Partey verhandelt, nach den Grundsätzen des Bevollmächtigungsvertrages, als von der Partey selbst verhandelt, und das Versäumniß des Advokaten als Versäumniß der Partey selbst angesehen werden müssen. Eine andere, höchst wichtige prozeßrechtliche Frage ist es allerdings, ob nicht in dem Falle, wenn von einem öffentlichen Rechtsanwalde, ohne alle Schuld des Gewaltgebers, eine Frist versäumt worden, die schuldlose Partey, ohne daß eine Ausklagung des Anwaldes erforderlich ist, auf ihr Verlangen in den vorigen Stand wieder eingesetzt, und dagegen wider den säumigen Advokaten eine strenge Strafe, im Wiederholungsfalle selbst Entfernung von der Advokatur, verhängt werden soll? Diese Frage kömmt aber nicht bloß bey der Frist zur Klagebeantwortung, sondern bey allen präjudizialen Fristen und Terminen zur Sprache.

Ad f. Eine Praxis gegen das Gesetz ist allerdings etwas höchst Verderbliches. Aber Richter, welche ihrer beschworenen Richterpflichten eingedenk sind, werden einer solchen Praxis nie den Eingang gewähren. Jeden Falles kann die Möglichkeit des Mißbrauches kein Grund dafür seyn, die, an sich wohlbegründete, gesetzliche Bestimmung nicht zu erlassen. Erwäge man übrigens nur, daß der Rechtsnachtheil des Verlustes der Einreden nichts Neues ist, daß schon nach den älteren und neueren Reichsgesetzen ⁸⁾ dem Nichtvorbringen der Einreden die Strafe des Ausschlusses angedrohet war; daß das bairische Prozeßgesetz vom 22. July 1819. §. 6., in Beziehung auf Einreden, denselben Rechtsnachtheil festsetzt, und daß

8) Man vergl. C. & Goldschmidt über Litiscontestation und Einreden. S. 49. 60.

mehrere neuere und neue Prozeßgesetze und Gesezenthwürfe *) dem huldigen, was dem Principe der Veräußerlichkeit der Privatrechte durch Verzicht, und der nothwendigen Annahme des Verzichtes desjenigen, welcher amtlich zum Reden aufgefordert ist, und dennoch nicht redet, allein angemessen ist.

Ad g. Warum mit dem Rechtsnachtheile des fingirten Eingeständnisses nicht zugleich der Rechtsnachtheil des Verlustes der Einreden sollte statt finden können, vermag ich nicht einzusehen. Die doppelte Strafe anbelangend, so kommt Alles darauf an, was denn die Klagebeantwortung zu enthalten habe. Würde dem Beklagten keine andere Auflage gemacht seyn, als auf das faktische Klageanbringen zu antworten, dann könnte freylich auch eine andere Contumazialfolge, als das fingirte Zugeständniß, nicht statt haben. Allein will man nicht, mit gänzlicher Beseitigung des mit der Gründlichkeit des Verfahrens auf gleicher Stufe von Wichtigkeit stehenden Vorzuges der Schnelligkeit der Rechtsverwaltung, eine wider natürliche Zerspaltung der Prozeßhandlungen in der Art eintreten lassen, daß man eine eigene Frist für die Antwort auf das Faktum der Klage, und sodann erst eine neue selbstständige Frist zur Anbringung der Einreden festsetzt, so läßt sich da, wo eine doppelte Handlung vorzunehmen ist, nicht ein bloß einfacher Rechtsnachtheil androhen, weil sonst des Richters Auftrag in seinem zweyten Theile gar kein Auftrag, sondern nur eine Einladung (im engeren, teutschen Sinne des Wortes) seyn würde, welcher Folge zu leisten oder nicht, ganz in des Beklagten Willkür stünde.

Ad h. Ist das Klagevorbringen ungereimt, oder widersünftig, oder so verworren, daß der Richter daraus nicht zu entnehmen vermag, auf welche Thatumstände das Klagerecht gebaut ist, so muß die Abweisung der Klage, so wie sie angebracht wurde, erfolgen. Von einem Rechtsnachtheile der Nichtbeantwortung der Klage, mag man nun die verneinende,

*) Mittermayer a. a. D. S. 102. 107.

oder die bejahende Streiteinlassung als die angemessene Fiktion annehmen, kann allenthalben da nur die Rede seyn, wo die Klage selbst als so geeigenschaftet sich darstellt, daß darauf der Prozeß eingeleitet werden kann.

Ad i. Wenn endlich Rechtsgelehrte von großem Rufe die Nachteile der Strafe des fingirten Eingeständnisses angeben, und die Gesetzgeber vor Sanktionirung dieser Strafe warnen, so geht freylich daraus hervor, daß auch die beste, von den wichtigsten und entscheidendsten Gründen unterstützte, Meinung ihre Gegner hat.

Es kömmt aber bey Auffindung der Wahrheit überhaupt nicht auf die Autorität der Männer, welche für oder wider eine Ansicht sich erklären, sondern auf ihre Gründe an. Auch muß insbesondere in Beziehung auf die Nachteile des Präjudizes der affirmativen Litiscontestation und des Verlustes der Einreden erwogen werden, daß Nachteile, welche Einzelne als Folge ihres Saumsales leiden, mehr als zur Genüge durch die wohlthätigen Folgen sich kompensiren, die aus der Strenge des Gesetzes für das Ganze bewirkt werden, wie denn wohl bemessene, strenge Prozeßgesetze und genaue Vollziehung derselben unter die zweckmäßigsten und wohlthätigsten Mittel gehören, dem gesunkenen Kredite und dem Wohlstande der Nationen aufzuhelfen.

Bemerken will ich noch, daß die Annahme des Zugeständnisses des faktischen Vorbringens der Klage und der Präklusion des Beklagten mit seinen Einreden keineswegs die Verurtheilung des Beklagten nach Klägers Antrage zur nothwendigen Folge habe. Immer hat der Richter noch diese Frage seiner Prüfung zu unterwerfen, ob der in der Klage gestellte Antrag, überhaupt, oder in dem Umfange, in welchem er gestellt ist, den Gesetzen gemäß, ob er mit den faktischen Klagebehauptungen, mit den der Klage beygelegten Urkunden u. s. w. übereinstimmend sey. Spricht z. B. die Urkunde nur von 500 Gulden, Kläger verlangt aber auf den Grund dieser Urkunde 1000 fl.,

so ist natürlich nicht die zuletzt benannte, sondern es ist die Summe von 500 fl. zuerkennen.

Sehr richtig verfügt die Badische Obergerichtsordnung vom Jahre 1804. §. 31. »Bleibt der Beklagte binnen der gesetzlichen . . . Frist mit der Antwort zurück, . . . alsdann wird die Klage für einbekannt und erwiesen angenommen, und jede Einrede des Beklagten für versäumt erachtet; mithin auf den Vortrag des Klägers das, was sich den Gesetzen nach gebührt (jedoch darum nicht eben alles das, was dieser etwa, mit irriger Anwendung der Gesetze, oder sonst gegen die gesunde Vernunft, oder wider bereits erwiesene Thatumstände unrichtig oder übertrieben gebeten haben mag), ihm gänzlich und endlich zuerkannt.«

Eben dasselbe sagt die großherzoglich Frankfurtsche Prozeßordnung vom J. 1812. Art. 99. »Wenn der Beklagte auf die ihm zur Vernehmung mitgetheilte Klage nicht antwortet, so sollen die in der Klage angeführten Thatumstände für einbekannt angenommen, und demnach der Beklagte, der Bitte der Klagschrift gemäß, so weit solche mit den vorgelegten Akten und Urkunden übereinstimmt und den Gesetzen nicht zuwiderläuft, zur Strafe seines Ungehorsams, verurtheilt werden.

XVII.

Der neue Entwurf der Civilprozeßordnung für das Königreich Baiern; in prüfender Vergleichung mit der neuen Prozeßordnung für das Waadtland und mit Berücksichtigung neuer Partikularprozeßgesetze dargestellt

von Mittermaier.

Wenn auch manche deutschen Juristen sich in dem Besitze des bisherigen Rechtszustandes glücklich fühlen, und das Bedürfniß neuer Prozeßgesetzgebungen nur als ein von Neuerungs-süchtigen oder bloßen Theoretikern dargestelltes hervorheben, so beweist doch die Betrachtung des Entwicklungsganges deutscher Gesetzgebung, daß auch die Praktiker das Bedürfniß einer Reform fühlen, obwohl die Wege, auf welchen man den beobachteten Gebrechen abzuhelpen sucht, noch höchst verschiedenartig sind. Achtungswürdig ist die Besonnenheit, mit welcher man in manchen deutschen Ländern, die Gefahren einer übereilten, Alles umwerfenden neuen Gesetzgebung besorgend, lieber durch einzelne Verordnungen die bedeutendsten Lücken ausfüllt, Mißbräuche beseitigt und Controversen abschneidet. In dieser Beziehung verdienen vorzüglich die neue Württembergische Verordnung vom 15. April 1825, enthaltend das Pfandgesetz, die Prioritätsordnung und das Executionsgesetz, und eine Weimariſche Verordnung vom 16. März 1823 über die Wiedereinsetzung der Partheyen in den vorigen Stand gegen die ihnen durch Vernachlässigung der Advokaten zugezogenen Nachtheile, eine Auszeichnung. Nicht weniger machen wir auf eine 1825

in Rudolstadt unter dem Titel: Prozeßordnung für das Fürstenthum Schwarzburg-Rudolstadt nebst Nachträgen späterer gesetzlicher Vorschriften, erschienene Sammlung aufmerksam. Zwar stammt die Prozeßordnung schon aus 1704, allein da im Laufe der Zeit viele und manche sehr zweckmäßige Erläuterungsverordnungen erschienen sind, und vorzüglich in den letzten Jahren eine Verordnung v. 18. Dec. 1820 über das Verfahren wegen Ehrenkränkungen, eine Gesindeordnung vom 3. Jun. 1822 publicirt wurden, so ist die Sammlung zur Kenntniß der Fortbildung deutscher Gesetzgebung beachtungswürdig. Auf gleiche Weise müssen wir die Leser des Archivs auf die braunschweigische Gesetzgebung aufmerksam machen. Schon 1814 am 16. Januar erschien dort eine Verordnung über Einführung provisorischer Justiz, und Polizeiverfassung, und 1814 am 3. Febr. eine durch treffliche Bestimmungen ausgezeichnete Verordnung über das Verfahren. Den Schlußstein des Gebäudes lieferte aber eine Verordnung vom 26. März 1823, die jedoch erst vom 1. Oktober 1825 in Kraft ging, und in so ferne der neuesten Zeit angehört. Die Patrimonialgerichtsbarkeit und der privilegirte Gerichtsstand sind (§. 9. der Verordnung) völlig aufgehoben. Das Herzogthum ist in 6 Gerichtsdistrikte getheilt, in jedem Distrikte befindet sich ein Distriktsgericht, welches die Verwaltung der Civilrechtspflege in allen bürgerlichen Streitigkeiten, die Untersuchung der peinlichen Sachen, das Recht der Untersuchung und der Erkenntniß in allen Polizeisachen (welche keine höhere Strafe als 14 Tage Gefängniß, oder 10 Thaler Geldbuße nach sich ziehen), die Verwaltung der Vormundschafftssachen, Führung der Hypothekbücher und Verwaltung gerichtlicher Depositen hat. Jedes Bezirksgericht hat unter sich Kreisämter (§. 4.), welche in Civillsachen, wenn der Gegenstand des Streits 20 Thaler nicht übersteigt, in Sachen den jüngsten Besitz betreffend, zur Anlegung des Arrests kompetent sind; es findet in der Regel kein schriftliches Verfahren statt; auch Civilklagen, deren Gegenstand die Competenz des Kreisamtes überschreitet, können

auf Ansuchen des Klägers vor demselben zu Protokoll angebracht werden, worauf das Amt den nöthigen Vorhalt macht und das Klagprotokoll dem Distriktsgericht einsendet. Das Kreisamt hat auch in allen Sachen auf Verfügung des Distriktsgerichts oder auf Antrag der einen oder anderen Parthey die Güte zu versuchen. In Polizeysachen, Forstwrogen und Steuerübertretungen erkennt es, wenn die Strafe nicht 5 Thlr. oder 3 Tage Gefängniß übersteigt; in anderen Untersuchungssachen hat das Amt die ersten Protokolle über den Thatbestand aufzunehmen, das corpus delicti zu sichern und nöthigenfalls den Verbrecher zu arretiren. Zum Kreisamte gehört noch die Aufnahme und Bestätigung aller Handlungen der freywilligen Gerichtsbarkeit, die Aufbewahrung deponirter Urkunden, Bestellung von Vormündern, die Verwaltung der administrativen Polizei. Das Gericht zweyter Instanz ist das Landesgericht (§. 7.); besonders merkwürdig ist §. 8. nro. 4., nach welchem, weil, wie es heißt, die durch Verordnung vom 3. Febr. 1814 §. 6. vorgeschriebene, den Partheyen mitzutheilende Darstellung der Sache nach der Erfahrung den beabsichtigten Nutzen nicht gewährt hat, die deßfallige Verfügung wieder aufgehoben wird.

Von einem besonderen Interesse ist auch für den Rechtsforscher der Gang der schweizerischen Gesetzgebung. Nach einem Bundesbeschlusse sollte jeder Kanton seine bisherigen Statuten sammeln und durch den Druck bekannt machen, und in dieser Hinsicht liegt vor dem Verfasser dieses Aufsatzes ein sehr merkwürdiges Buch unter dem Titel: das Landbuch oder offizielle Sammlung der Gesetze, Beschlüsse und Verordnungen des eidgenössischen Kantons Uri. Fluelen 1824. 1. Band. Dieß Buch, welches zwar ein buntes Gemisch von Bestimmungen ist, wenn man es als ein Gesetzbuch im heutigen Sinne betrachten will, enthält viele aus dem alten deutschen Rechte stammende, treu aus dem alten Landbuche aufgenommene Normen, viele Schöffenerkenntnisse und zugleich neuere Gesetze, so daß es dem Germanisten und dem Freunde der Fortbildung der

deutschen Gesetzgebung gleich interessant ist ¹⁾. Im Kanton Bern ist der erste, das Personenrecht enthaltende Theil des Civilgesetzbuchs am 23. Dec. 1824 publicirt worden, und für den Kanton Aargau ist von dem Entwurfe eines Civilgesetzbuchs gleichfalls in diesem Jahre der erste Theil bekannt gemacht worden. Die genauere Anzeige aller dieser neuen legislativen Werke soll einer andern Gelegenheit aufgespart werden. Für dießmal sollen die neuesten Civilprozeßlegislationen genauer dargestellt werden. Zu diesen gehören der Code de procedure civile du Canton de Vaud. Lausanne 1825, publicirt den 11. Dec. 1824, und der Entwurf der Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. München 1825. Das Gesetzbuch für Waadtland schließt sich an den durch viele glückliche Abänderungen des franzöf. Code civil merkwürdigen Code civil du Canton de Vaud 1822 an, es weicht von dem neuen Prozeßgesetzbuche für Genève, das auf volle Oeffentlichkeit und auf die Grundprinzipien des franzöf. Civilprozeßes gebaut ist, bedeutend ab, und nähert sich mehr dem Gesetzbuche für den Kanton Tessin, ist aber viel klarer und umsichtiger bearbeitet und merkwürdig durch die zweckmäßige Gerichtsverfassung, auf welche das Gesetzbuch berechnet ist. Es enthält folgende Kapitel: Verfahren in streitigen Rechtsachen. Tit. I. Von den Tribunalen. Kap. 1. Vom Gerichtsstande. 2. Von der Competenz. Tit. II. Von den Ferien. III. Von dem Sühneverfuch. IV. Von den Vorladungsakten (exploits). V. Von den vorläufigen Anträgen. 1. Kap. Allgemeine Verfügungen. 2. Von der Wahl des Wohnsitzes. 3. Von der Cautiou. 4. Armenrecht. 5. Legitimation der Partheyen.

1) In dem Gesetze kommt nach §. 49. (Seite 41.) das Gassengericht vor, welches an Markttagen oder ähnlichen Anlässen, wenn Streit zwischen Fremden oder zwischen Fremden und Einheimischen entsteht, wenn die Sache keinen Verzug leidet, schnell von dem Richter des Landes zusammengerufen wird, und auf der Stelle sogar über geringere Fälle inappellabel entscheidet.

6. Von Unregelmäßigkeit der Vorladung. 7. Vom Gerichtsstand ablehnenden Einreden. 8. Von Recusation der Richter. 9. Von der Theilung der Sache. 10. Vom Sequester. 11. Von Inhibition angefangener Werke. 12. Von Alimentenforderung. 13. Von sumar. Verhandlung. Tit. VI. Von der Litisdenuntiation. VII. Allgemeine Regeln über das Verfahren. VIII. Vom ordentlichen Prozeß. 1. Kap. Vom Verfahren mit 4 Schriften. 2. Von Procedur über Exceptionen. 3. Vom Beweise. 4. Von Incidentpunkten. 5. Von der Aenderung vorgenommener Erklärungen. 6. Vom Urtheile. 7. Kosten. 8. Von restitutio in integrum (relief im Code genannt) und von der Nichtigkeitsbeschwerde. Tit. IX. Von besonderen Verfahrensarten. 1. Verfahren in administrativcontentiosen Sachen, oder von Friedensgerichten. 2. Gegenstände, die besonderen Regeln unterworfen sind. Tit. X. Vom Ungehorsam und der Versäumung. XI. Von Execution der Urtheile. XII. Syndikatsklagen. XIII. Von Schiedsrichtern. Verfahren in nicht streitigen Rechtsachen. 1. Buch. Verfolgungsweise gegen die Schuldner. Tit. I. Von den Titeln, welche zur Begründung einer Beschlagnahme (saisie) gehören. II. Von Beschlagnahme selbst (aus 8 Kapiteln, die wohl die vollständigste Executionordnung enthalten). Tit. III. Vom Sequester. IV. Wirkung der saisie. V. Oppositionen gegen dieselbe. 2. Buch. Tit. I. Vom Concurßprozeße (discussion des biens). Tit. II. Vom beneficium inventarii. 3. Buch. Von anderen nicht streitigen Rechtsakten, z. B. Rectification der Civilstandsregister, von Acten, die sich auf Abwesende beziehen, oder Vormundschaften, oder Interdictionserklärungen betreffen.

Der baier. Entwurf ist die Arbeit einer eigenen Vorberathungscommission, welche zuletzt noch aus den Mitgliedern, Ministerialrath v. Schmidtlein, dem Oberappellationsrathe J. Stürzer, Appellationsrath Allweyer, den k. Landrichtern Häker, Puchta, Menz, und dem k. Rath und Advokaten von Miller bestand. Ein Rescript vom 25. März 1823 hatte die Commis-

sion angewiesen, den vom Staatsrathe von Gönner 1815 herausgegebenen Entwurf zum Grunde zu legen. Aus einer von einem Commissionsmitgliede erschienenen Schrift, welche den Commissionsarbeiten gar nicht günstig sich zeigt, und zu sehr Gefahren dadurch wittert, daß man der Theorie zuviel gehuldigt und von der Oeffentlichkeit zuviel hereingejogen habe ²⁾, erfährt man, daß ein königl. Rescript vom 30. Juli 1824 die Grundzüge der künftigen Justizverfassung genehmigt habe, welche in dem Entwürfe zum Grunde gelegt ist. Man erfährt auch daraus, daß die von der Commission nicht rätzlich befundene Staatsprocuratur zur neuen Berathung und Begutachtung aufgetragen wurde, und daß überhaupt die Ausführung des neuen Planes vorläufig nur auf die unmittelbaren königlichen Gerichte beschränkt werden sollte, weil sonst die verfassungsmäßig garantirten Rechte des Adels verletzt würden. Auf diese Art ist nach 279 Sitzungen ³⁾ der Entwurf vollendet vorgelegt und nur als Werk der Commission durch den Druck bekannt gemacht worden. — Wenn auch gegen manche der neuen Einrichtungen und gegen einzelne Bestimmungen des Entwurfs, so wie gegen die leicht doktrinell erscheinende Behandlungsweise und Form desselben erhebliche Einwendungen zu machen sind, so steht der Entwurf doch im Ganzen als ein den Mitgliedern der Commission zur Ehre gereichendes würdiges Gesetzgebungswerk und ein achtungswerthes Zeugniß deutscher Gründlichkeit und der Fortschritte der Gesetzgebungskunst da, wobey überall dankbar erkannt werden muß, wie viel herrliche

2) Kritische Beleuchtung der v. Feuerbach'schen Grundsätze über Oeffentlichkeit und Mündlichkeit und gleiche Gerichtsverfassung, von J. von Miller. München 1825.

3) Aus einem Aufsatze in der allgemeinen Zeitung erfährt man, daß der erste Botant, Oberappellationsrath von Stürzer, schriftliche Vorträge erstattet hat, welche zu Protocoll genommen wurden. Der Dirigent der Commission war Ministerialrath von Schmidlein; ihm war die Redaction übertragen, jedoch wurde der Redactionsentwurf immer erst von der Commission berathen.

Vorarbeiten schon in dem 1815 von H. Staatsrath v. Gönner, einem der größten Prozeßkenner, bearbeiteten Entwürfe der Commission gegeben waren ⁴⁾, obwohl nicht zu läugnen ist, daß die Commission in den Grundprinzipien, nämlich durch Ausdehnung der Mündlichkeit, durch Anwendung voller materieller Oeffentlichkeit bedeutend von dem Gönnerischen Entwurf abwich. Der Entwurf hat folgenden Plan: I. Buch. Von dem gerichtlichen Verfahren in streitigen Privatrechtssachen. 1. Kap. Von den Gerichten, dem Gerichtsstande und den Richterpersonen. 2. Von den streitenden Theilen und deren Erscheinen vor Gericht. 3. Von dem gerichtlichen Verfahren (hier sehe man im Detail von der Oeffentlichkeit, Mündlichkeit, vom Verhandlungsprinzip, von der Freyheit der Rechtsverfolgung). II. Buch. Von dem ordentlichen Prozesse. I. Abschnitt. Vom ordentlichen Prozesse bey Kollegialgerichten. 1. Kap. Erstes Verfahren. 2. Vom Beweise und Beweisverfahren. 3. Von der Prüfung der Beweise, dem mündlichen Verfahren in der Audienz, der Berathung, Schlussfassung und Erlassung des Urtheils. II. Abschnitt. Vom Prozesse bey den Einzelrichtern. III. Buch. Von den summarischen Prozessen. 1. Kap. Von dem summarischen Verfahren überhaupt und dem sumar. Prozesse außer dem Konkurse der Gläubiger. 2. Von dem Konkurse der Gläubiger. Es sey erlaubt, den neuen bayerischen Entwurf in prüfender Vergleichung mit dem Gesetzbuche für das Waadtland genauer zu betrachten.

I. Jede Prozeßordnung kann nur dadurch wohlthätig wirksam ins Leben treten, wenn sie auf einer zweckmäßigen Gerichtsverfassung beruht. Hier aber stellen sich dem Reformator leider am ersten oft Schwierigkeiten entgegen, deren Berücksichtigung die Ausführung durchgreifender Verbesserungen lähmt. Zwar ist dem bayer. Entwurfe der Plan nicht vorge-

4) Der Verfasser dieser Anzeige hat keine Gründe zu verschweigen, daß er der Verfasser der in der Hallischen Literaturzeitung 1816 No. 184. u. f. erschienenen Recension über den Entwurf ist.

druckt, nach welchem die Gerichtsverfassung künftig regulirt werden soll; allein aus der Vergleichung der einzelnen Artikel läßt sich schließen, daß nach den Vorschriften des Gesetzbuchs für Waadtland und des bayer. Entwurfs in der Regel die Prozesse von den Kollegialgerichten instruirt und entschieden werden sollen. Daß nur diese Form den Forderungen der Gerechtigkeit entspricht, daß nur dadurch die nöthige Trennung der Justiz von der Administration möglich gemacht wird, und nur dadurch wahre Urtheile und nicht bloß Meinungen der Einzelrichter begründet werden können, ist in neuerer Zeit ziemlich allgemein eingesehen worden ⁵⁾ und die oben angeführte braunschweigische Verordnung scheint die Kompetenz dieser Bezirkstribunale am besten regulirt zu haben. Wenn zwar zuweilen noch behauptet wird ⁶⁾, daß collegiale Justiz an sich nicht besser sey, als die durch Einzelrichter geübte, daß auch bey collegialen Untergerichten gewöhnlich doch nur ein oder zwei gute Köpfe dominiren würden, so ist nicht zu läugnen, daß ein nur aus drey Mitgliedern bestehendes Tribunal nicht den Forderungen entsprechen wird, welche an die Justiz gemacht werden; auch darf man nicht an Gerichte denken, welche nur zum Scheine collegialisch organisirt sind, wo aber der Sache nach der Gerichtsvorstand die Hauptperson bildet, und die Assessoren schlechtbesoldete junge Männer sind, die so abhängig vom Vorstande sind, daß eigentlich nur dieser das Gericht ausmacht, während die Assessoren selbst mit so vielen polizeylichen und anderen Geschäften überladen sind, daß die Justiz für sie nur Nebensache ist. Sind alle Gerichtsmitglieder gehörig unabhängig gestellt und gut gewählt, so wird nicht

5) Feuerbach über Oeffentlichkeit und Mündlichkeit I. S. 364. Meine Schrift: der gemeine deutsche Prozeß II. Heft S. 5.; f. auch Vorschläge zur Justizverfassung in Puchta's Entw. einer Ordnung des Verfahrens in Gegenst. der freywilligen Gerichtsbarkeit S. 258.

6) J. B. von Müller in der obenangeführten Schrift S. 64.

leicht Einer zum Uebergewichte kommen; und die Vortheile der wahren Collegialjustiz können von Niemanden, der längere Zeit in Collegien saß, verkannt werden. Während bey dem Einzelrichter es nur seine Meinung ist, welche in das Urtheil sich verwandelt, tritt bei Collegien ein Austausch wechselseitiger Ansichten, eine Berathung und Diskussion über die verschiedenen Gesichtspunkte ein, nach deren sorgfamer Abwägung erst das Urtheil gefällt wird. Freylich besorgten manche Juristen ⁷⁾, daß durch die Collegialjustiz die Vorrechte des Adels, in Bezug auf Patrimonialgerichtsbarkeit, verletzt werden, und allerdings steht diese Art der Justiz und der privilegirte Gerichtsstand als großes Hinderniß der Ausführung gleichförmiger Justizverfassung im Wege. Die Inhaber der Patrimonialgerichtsbarkeit werden sich immer auf ihr Recht berufen, die Justiz in den bisherigen Formen auszuüben, und werden gegen die kostspielige Einrichtung von Collegialgerichten protestiren. Dadurch aber wird der Nachtheil entstehen, daß die Unterthanen des nämlichen Herrschers eine verschiedenartige Rechtspflege genießen, und diejenigen, welche unter einem Patrimonialherrn stehen, nur vom Einzelrichter gerichtet werden; es werden aber auch alle übrigen Unterthanen leiden, welche bey Klagen gegen Patrimonialunterthanen genöthigt werden, dem foro des Beklagten zu folgen. So wenig zu läugnen ist, daß jede neue Prozessordnung auch die Patrimonialgerichtsbarkeit verbinde und kein Recht der Beschwerde begründe, wenn auch die neue Form größere Kosten den Inhabern der Gerichtsbarkeit veranlaßt, eben so wenig sollte man bezweifeln, daß der Staat, wenn er die Nothwendigkeit einer neuen Justizverfassung als Grundlage einer besseren Prozessordnung erkennt, auch berechtigt ist, die Einrichtung dieser Gerichte von den Inhabern der Patrimonialgerichtsbarkeit zu verlangen. Sollte denn im äußersten Falle nicht durch eine Entschädigung jeder möglichen Einwendung vorgebeugt seyn? Viel

7) Miller a. a. D. S. 68.

gewichtiger spricht gegen die Collegialgerichte die Rücksicht, daß diese Verfassung große Gerichtsprengel voraussetzt, welche die Unterthanen nöthigt, weite Reise zu machen und große Kosten anzuwenden, um den Richter und das Recht finden zu können, was um so bedeutender wird, da häufig nur die schnelle Entscheidung einen Werth für den Bürger hat, und eine verspätete nicht im Leben, sondern nur auf dem Papiere wirkt. Daher können Einzelrichter nie entbehrt werden, und es kommt nur darauf an, welche Competenz ihnen eingeräumt ist, damit nicht die zu große Ausdehnung derselben der Sache nach die Organisation der Collegialgerichte vereitle.

Nach dem Gesetzbuche für Waadtiland findet sich eine beachtungswürdige Ansicht. Während in der Regel (Art. 7. 8.) die Tribunale alle Streitigkeiten entscheiden, unterscheidet das Gesetz die Competenz der Friedensgerichte und die der Friedensrichter. Jene, von welchen ein Urtheil nur wenn 4 Mitglieder das Gericht ausmachen, gefällt werden kann (Art. 334.), urtheilen ohne Appellation und in allen persönlichen Klagen, über Injurienklagen, wenn die Injurie nicht den speciellen Vorwurf eines begangenen Verbrechens zum Gegenstande hat, deren Werth über 8 Franken, aber nicht 100 Franken beträgt. Die Friedensrichter entscheiden ohne Appellation über solche Klagen, wenn der Betrag nicht 8 Franken übersteigt. Es verdient ernstliche Berathung, ob nicht diese Trennung von friedensgerichtlichen und von friedensrichterlichen Entscheidungen nachgeahmt werden soll; zwar sind die 4 Beyßiger des Friedensgerichts nicht Rechtsgelehrte, sondern nur aus dem Volke gewählt, allein wenn man erwägt, daß viele Klagen, vorzüglich auf dem Lande, vorkommen, welche am besten von den mit den Verhältnissen des Volkes und seines Verkehrs oder mit landwirthschaftlichen oder Bauverhältnissen vertrauten Personen zu entscheiden sind, und daß auf jeden Fall durch Beyziehung solcher Beyßiger der Willkür mancher Einzelrichter vorgebeugt wird, so verdient die Einrichtung gewiß Beachtung. Viel ausgedehnter sind die Befugnisse der Einzelrichter nach

baiern. Entwurf. Sie entscheiden (nach Art. 708.) über alle Streitfachen, deren Gegenstand die Summe von 100 fl. nicht übersteigt; eben so, ohne Rücksicht auf Betrag (Art. 714.), über Ehedissidien, in so fern es nicht auf Trennung der Ehe ankommt; über Streitigkeiten zwischen Dienstherrn und Diensthöfen, zwischen Handwerkemeistern und Gesellen und Lehrlingen, zwischen Miethsleuten und Vermiethern, zwischen Reisenden und Gastwirthen oder Dritten, in Bezug auf die Reise; Streitigkeiten auf Messen und Märkten; liquide Forderungen zwischen Grundherrn und Grundholden; Verbal- und Realinjuriensachen, wenn auf Abbitte, Widerruf oder Ehrenerklärung geklagt wird; und Streitigkeiten über Beschädigungen an Feld, Gartenfrüchten, Grundstücken, durch Ueberackern, Fahren, über Hinderung von Wässerungsanlagen. Zur Competenz der Einzelrichter gehören aber auch alle Besitzstreitigkeiten (§. 771.), alle selbstständigen Gesuche um ein Provisorium (739.), alle Arrestnachsuchungen (758.), alle Executivprozesse (788.) Man sieht, daß die Mehrzahl der Prozesse dadurch den Einzelrichtern zur Entscheidung überwiesen ist, und nur scheinbar die Regel aufgestellt ist, daß die Collegialgerichte in erster Instanz urtheilen sollen. Unfehlbar müssen Einzelrichter in einem Lande bestehen, um die Nachtheile der großen Gerichtssprengel zu vermeiden, und dem Volke leicht und einfach aufzufindende, zur summarischen Entscheidung geeignete Richter für gewisse Fälle ⁸⁾ zu geben, wo die Entscheidung schnell geschehen muß, oder von dem in dem nächsten Verhältnisse mit dem Volke lebenden Richter am besten zu geben ist, oder wo die präsumtive Einfachheit der Rechtsverhältnisse bey geringfügigen Summen oder das Mißverhältniß der Zeit, Kosten und Kraftaufwands der weitläufigen Collegialentscheidung mit der Einfachheit der Sache ⁹⁾ Einzelrichter rechtfertigt; in dieser Beziehung verdient der Umfang der Com-

8) Meinen Aufsatz in diesem Archive VII. Band S. 398.

9) Archiv VIII. S. 118.

petenz eines französischen Friedensgericht Nachahmung ¹⁰⁾. Erwägt man, daß diese kaiserlichen Einzelrichter eine viel ausgedehntere Competenz haben, daß außer den zuvor aufgezählten Gegenständen sie auch noch die ganze freywillige Gerichtsbarkeit, die Polizey, manche Administrativgeschäfte und mehrere Untersuchungsbehandlungen haben sollen, so ist nicht einzusehen, wie diesen viel beschäftigten und mit verschiedenartigen Geschäften belasteten Beamten, zugetraut werden soll, daß sie auch die ihnen übertragene Civiljustiz gründlich ausüben können. Der Verfasser dieses Aufsages hat Gelegenheit gehabt, seit einer großen Reihe von Jahren den Geschäftsgang franzöf. Friedensrichter ¹¹⁾ zu beobachten, hat sich aber innig überzeugt, daß diese hinreichend beschäftigt sind, und nicht im Stande seyn würden, auch die freywillige Gerichtsbarkeit zu besorgen, welche ohnehin nur von demjenigen zweckmäßig auszuüben ist, der das Vertrauen des Volkes genießt, ausschließend Zeit und Kraft auf die Behandlung mancher oft Tage und Wochen raubenden Geschäfte der freywilligen Gerichtsbarkeit, z. B. bey Vermögensauseinandersetzungen, Inventarien, Erbtheilungen 2c., verwenden kann und nicht selbst Richter im Bezirke ist. In Ansehung der Gegenstände, welche ohne Rücksicht auf Betrag an Einzelrichter zu verweisen sind, hat zwar

10) Außer dem bekannten Werke von Henrion de Pansey de la competence des juges de Paix, Paris 1825 (neueste Auflage) sind noch vorzüglich zu empfehlen: Biret recueil general et raisonne, de la jurisprudence et des attributions des justices de paix. 2 Vol. Paris 1824. und Biret procedure complete et methodique des justices de paix. Paris 1824.

11) Die Friedensrichter des Waadtlandes sind nach der Verfassungs-urkunde vom 4. August 1814. Art. 10. beauftragt, über die Vollstreckung der Gesetze und über die innere Verwaltung zu wachen; sie haben auch das Vermittelungsamt in Streitigkeiten, sind Beamte der gerichtlichen Polizey, haben die erste vorläufige Untersuchung wegen Verbrechen, und sind Richter in gewissen gesetzlich bestimmten Fällen.

Der Civilprozeßordnung f. d. Königreich Baiern. 421

der baier. Entwurf durch viele sehr weise Beschränkungen die Einwendungen zu beseitigen gesucht, welche man dagegen machen kann ¹²⁾; wenn man in Gefindesachen, Sachen der Reisenden u. dgl. den summarischen Prozeß eintreten lassen will; allein ganz vermieden sind die Besorgnisse zu großer Ausdehnung der Competenz nicht. Wenn der baier. Entwurf die Streitigkeiten zwischen Dienstherrn und Dienstboten hieher rechnet und zwar weise hinzusetzt: aus dem Dienstverhältnisse, so führt dieß doch zu einer unpassenden Ausdehnung, z. B. wenn der Dienstbote einige Jahre seinen Dienstlohn bey der Herrschaft stehen ließ, oder wenn Nachklagen von dem Dienstherrn wegen Entschädigung, oder von dem Gefinde gegen den Herrn wegen Mißhandlung oder Verläumdung angestellt werden, so sind hier zwar überall Klagen aus dem Dienstverhältnisse, aber die daraus entstehenden Streitigkeiten können so sehr faktisch oder juristisch verwickelt seyn, daß man mit Unrecht sie Einzelrichtern anvertrauen würde; daher ist es am passendsten, wenn man nur die Streitigkeiten zwischen Dienstherrn und Gefinde über den Dienstlohn hieher rechnet. Wenn ferner der baier. Entwurf die Streitigkeiten zwischen Reisenden und Gastwirthen oder Dritten, in Bezug auf die Reise oder aus Anlaß derselben, den Einzelrichtern überläßt, so können das durch die wichtigsten Streitigkeiten den Gerichten entzogen werden, wenn z. B. der Reisende dem Fuhrmann den bedungenen Lohn nicht bezahlen will, weil er behauptet, daß der Fuhrmann seine Verpflichtungen nicht erfüllt habe, oder wenn der Reisende ex recepto, weil ihm das Geld im Gasthose entwendet wurde, gegen den Gastwirth klagt, oder wenn der Reisende behauptet, daß er durch die Ungeschicklichkeit des Kutschers Schaden erlitten habe. In allen diesen Fällen kann die Entscheidung des Prozeßes wegen verwickelter Beweise oder seiner Diskussionen sehr schwierig werden. Der Zusatz im Entwurfe: Sachen, welche die Fortsetzung der Reise hindern, beugt dem Zweifel

12) In diesem Archive VIII. Band S. 126—136.

nicht vor, denn in allen eben genannten Fällen ist der Reisende, der z. B. sein Geld im Gasthose verloren hat, oder dem der Fuhrmann seine Effecten nicht ausliefern will, weil er noch Forderungen machen will, an der Fortsetzung der Reise gehindert. Es ist gar kein Grund, Sachen der Reisenden besonders auszuzeichnen, da die Bequemlichkeit der Reisenden die Bürger des Inlandes nicht zwingen soll, ihre oft wichtigen Streitigkeiten mit Reisenden einem Einzelrichter zu übertragen. Durch eine Bestimmung im Gesetze, welche dem Art. 806—8. des franz. Code de procedure nachgebildet ist, oder durch die Anwendung der Grundsätze über provisorische Verfügungen oder Arreste ist hinreichend gesorgt. Wenn auch der Entwurf alle Besitzstreitigkeiten an Einzelrichter verweist, so ist dieß offenbar zu weit gegangen. Wenn die braunschweigische Verordnung die Sachen, die den jüngsten Besitz betreffen, an den Einzelrichter verweist, so ist dieß weise, weil ohnehin das Ganze nur Provisorium, der Prozeßgang sehr schnell und die Entscheidung einfach ist, auch die Rücksicht auf Vermeidung der Selbsthülfe dem Gesetzgeber rath, möglichst rasch durch Richter, die an Ort und Stelle sind, entscheiden zu lassen. Daß das französ. Recht¹³⁾ die Besitzklagen dem Friedensrichter überließ, beweist nichts, da das französ. Recht, das deutsche possessorium ordinarium im Gegensatze von momentaneum gar nicht kennt, und die eigentliche Besitzklage des französ. Rechts, complainte genannt, nur statt findet, wenn

13) Die Lehre vom Besitz nach französ. Recht wird von den deutschen Juristen häufig mißverstanden. Wer eine Grundlage gewinnen will, muß die ältesten französ. Coutumes insbesondere Beaumanoir coutumes de Beauvoisis benützen. Henrion de Pansey de la competence des juges Cap. XXXII—VII. hat gut diese alten Ansichten hervorgehoben, allein er hat unrichtige Folgerungen für das geltende Recht gezogen. E. Toullier droit civil françois. Vol. XI. p. 135 etc. Viel Gutes f. noch in Planck die Lehre vom Besitz nach den Grundsätzen des französ. Civilr. Gött. 1811.

jemand schon ein Jahr lang den Besitz ausgeübt hat, und nur dann, wenn seit der vorgefallenen Besitzkörnung noch kein volles Jahr verfloßen ist; und man irrt, wenn man gegen franz. Besitzklage die Einreden, welche röm. Recht gegen die Interdikte zuläßt, gestatten will. Wenn man erwägt, daß die possessorischn Prozesse, wie sie im heutigen deutschen Prozesse vorkommen, die im sogenannten poss. ordinario verhandelt werden, höchst schwierig sind, daß es hier um die feinsten civilistischen Fragen, über die Erfordernisse des Besitzes u. d. sich handelt, daß selbst die Beweise sehr schwierig zu beurtheilen sind, z. B. wegen der Besitzhandlungen, daß insbesondere bey Besitzstreitigkeiten über Servituten und Reallasten nur ein gewandter Jurist richtig entscheiden wird, so dürfte man gewiß annehmen, daß dergleichen Prozesse, mit Ausnahme der Streitigkeiten über jüngsten Prozeß, den Collegialgerichten nicht entzogen werden sollen.

Der Entwurf hat auch die Arrestnachsuchungen an Einzelrichter gewiesen; wäre hier nur von einfacher Impetration des Arrests die Rede, so wäre dieß gewiß zu billigen, allein der Entwurf läßt dann auch das Verfahren wegen Rechtfertigung des Arrests bey dem Einzelrichter, der den Arrest erkannte, fortsetzen; dieß hat zwar den Vortheil, daß schneller der Prozeß beendigt werden kann, allein die Wichtigkeit des Arrests, die Schwierigkeit der Entscheidung darüber macht diese Vorschrift ¹⁴⁾ bedenklich, um so mehr, als nach §. 39. des Entwurfs die Arrestanlegung die Gerichtsbarkeit in der Hauptsache gegen den Ausländer begründen kann, so daß die wichtigsten und schwierigsten Prozesse, z. B. auch über verwickelte handelsrechtliche Fragen, an Einzelrichter zu verweisen sind, weil der bayerische Bürger gegen den ausländischen Kaufmann Arrest impetrieren mußte, welchen er nur vor dem Einzelrichter nachsuchen kann.

14) Nach braunschweig. Verordn. §. 4. gehört die Rechtfertigung des Arrests vor das Districtsgericht.

Eben so wenig verdient die Bestimmung des Entwurfs eine Billigung, nach welcher der Executivprozeß, ohne Rücksicht auf die Größe der Forderung, an die Einzelrichter gewiesen wird. Der Verfasser dieser Bemerkungen hat bereits in diesem Archive ¹⁵⁾ die Einwendungen gegen diese Vorschrift angegeben, und wenn auch der Entwurf den Executivprozeß möglichst zu beschränken gesucht hat, so ist doch das Verfahren immer noch sehr complicirt, da nach Art. 792. auch die Einreden mehrerer Streitgenossen, oder des Mangels der Legitimation zur Sache u. dgl. auch im Executivprozeße angebracht werden dürfen, eben diese Einreden aber zu sehr schwierigen Rechtsfragen führen, und da in dieser Prozeßart die Frage: ob gewisse Einreden zugelassen oder ad separatam gewiesen werden sollen, z. B. bey der exceptio non numeratae pecuniae, legis Anastasianae u. dgl., bekanntlich nicht zu den leichtesten gehört.

Eine Gesetzgebung, welche Collegialgerichte als die regelmäßigen Gerichte erster Instanz erklärt, hat übrigens bey der Feststellung der Fälle, die an Einzelrichter gewiesen werden, mit viel größeren Schwierigkeiten zu kämpfen, als eine andere, nach welcher die Einzelrichter, wie sie bey Landgerichten, Aemtern u. dgl. in Deutschland vorkommen, in der Regel in erster Instanz alle Sachen entscheiden. Die Gesetzgebung der zweyten Art kann darauf rechnen, daß sie zur Besetzung ihrer Landgerichte immer tüchtige, juristisch gebildete, praktisch gewandte Juristen hat, weil die Stellen selbst einträglicher sind, und die größere Wichtigkeit der vorkommenden Civilrechtsfälle auch den gebildeten Juristen anziehen kann; daher häufig in deutschen Ländern, wo die Landgerichte oder Aemter erste Instanzgerichte sind, in jeder Rücksicht ausgezeichnete Landbeamte sich finden, welchen man oft mit größerem Vertrauen die Entscheidung der Prozesse anvertraut, als

15) VII. Band S. 400.

manchem Collegialgerichte ¹⁶⁾. Die Gesetzgebung der ersten Art dagegen muß die besseren Geschäftsmänner zu den Stellen in den Collegialgerichten verwenden, und zu Einzelrichter werden dann gewöhnlich nur jüngere Juristen gewählt werden, unter welchen selbst wieder die Besseren suchen werden, an höhere Stellen zu gelangen, so daß bey den Einzelgerichten meist nur junge Leute, oder Personen, die man nicht vorrücken lassen mag, die Richter seyn werden, deren Jurisprudenz eben keine sehr ausgezeichnete seyn wird, da die meisten vorkommenden jurist. Fälle, die dann an Einzelrichter gewiesen werden, zu wenig Interesse haben, als daß sie zur tüchtigen Uebung taugen sollten. Man muß sich bey neuen Einrichtungen in Deutschland nur nicht auf französische Friedensgerichte berufen, da die franzöf. Gesetzgebung in Ansehung derselben so oft gewechselt hat, und der Friedensrichter, wie er nach den organischen Gesetzen über die Friedensgerichte vorkommen soll, im Sinne des Gesetzgebers weniger ein Jurist, als ein mit Vertrauen des Volkes geehrter Volksbeamter seyn soll ¹⁶⁾. Besondere Nachahmung scheint, wenn man Collegialgerichte einführt und neben ihnen ausnahmsweise Einzelrichter bestellt, die braunschweigische Vorschrift ¹⁷⁾ zu verdienen, nach welcher auch Civilklagen, deren Gegenstand die Competenz des Kreisamtes überschreitet, vom Kläger bey dem Amte angebracht werden dürfen, welches dann dem Kläger den nöthigen Vorhalt macht und das Klagprotokoll an das Distriktgericht ein sendet. In einfachen Fällen, die jedoch höhere Summen betragen, wo der Kläger der Gerechtigkeit seiner Sache gewiß ist, wird ihm durch die ebenbemerkte Einrichtung ein großer Vortheil gegeben, indem er zur Einführung der Sache bey Gericht nicht erst eines Advokaten bedarf, und der Mühseligkeiten, an das entfernte Distriktgericht zu gehen, wo Alles dem Kläger unbekannt ist, ihn überhebt.

¹⁶⁾ Meine Schrift: der gemeine deutsche Prozeß. II. Heft S. 21. 2c.

¹⁷⁾ L. c. §. 4.

II. Wenden wir uns zur *Oeffentlichkeit*, wie sie in den beyden neuesten legislativen Werken vorkommt, so finden wir in beyden keine *Oeffentlichkeit* in Bezug auf das Publikum (baier. Entwurf §. 187). Der Verfasser dieses Aufsatzes hat seine Ueberzeugung von der Nothwendigkeit der *Oeffentlichkeit* schon so oft ausgesprochen, daß hier davon gar nicht mehr die Rede seyn soll; mit Unrecht aber würde man die baier. Commission einer Gleichgültigkeit für die Sache der Wahrheit und des Rechts beschuldigen; abgesehen davon, daß ihr nicht freystand, eine absolute *Oeffentlichkeit* einzuführen, deren Ausschließung wahrscheinlich mit besonderen Rücksichten des öffentlichen Rechts zusammenhäng, muß bemerkt werden, daß die Commission alles zu thun versucht hat, um durch eine umfassende materielle *Oeffentlichkeit*, in Bezug auf Gericht und Partheyen, eine gründliche Rechtsverfassung und den Partheyen die Ueberzeugung zu sichern, daß ihre Ansprüche, Beweise und Vorträge ungetrübt zur Kenntniß des entscheidenden Gerichts gelangen werden. Wenn freylich auch die Baiern, wie die meisten deutschen Staaten, sich eines Verhältnisses zu erfreuen haben, nach welchem eben so vertrauensvoll das Volk zu den Gerichten aufblicken kann, deren guter Geist für gerechte Justiz bürgt, als das Volk von keiner übermächtigen Parthey Bedrohung wahrer Freyheit zu besorgen hat, so ist doch nicht einzusehen, warum man nicht die Bürgschaft vermehren und durch das Geschenk der *Oeffentlichkeit* jeden Schatten des Mißtrauens entfernen und die so oft und laut von den ehrenwerthesten Männern auf den Landtagen vorgebrachten Wünsche nach voller *Oeffentlichkeit* endlich berücksichtigen will. Da der baier. Entwurf (§. 691.) eine Schlußverhandlung gestattet, bey welcher die Partheyen selbst erscheinen, und an das versammelte Gericht entweder selbst oder durch Anwälde sprechen dürfen, so schien die Consequenz darauf zu leiten, auch dem Publikum die Schranken zu öffnen, und denjenigen, welche für gewisse Prozesse sich interessiren, die Möglichkeit der Theilnahme an der Verhandlung zu gewähren. Der baier. Entwurf (§. 185.)

erklärt alle Handlungen im Verfahren, in Ansehung der streitenden Theile, für unbedingt öffentlich. Wenn aber §. 186 den Partheyen das Recht gibt, zu jeder Zeit, nach Absouderung der Referate, die Akten einzusehen, so wünschte man wohl diesen Zusatz entfernt. Zwar werden in Baiern die Urtheile mit sehr vollständigen Entscheidungsgründen versehen, allein erst die Einsicht der Relation würde die Parthey von der Vollständigkeit, mit welcher die Sache vorgetragen wurde, und von dem inneren Zusammenhange der Gründe, welche in den Entscheidungsgründen doch mehr skizzirt sind, überzeugen, und von mancher frivolen Appellation sie abhalten. Man müßte eine schlechte Meinung des Gesetzgebers von der Qualität der Referate voraussetzen, wenn man glauben wollte, daß man die Einsicht der Referate, aus Besorgniß der Verminderung der Achtung der Partheien vor Gericht, nicht hätte gestatten wollen.

Ein sehr großer Vortheil der im baier. Entwurfe (§. 189. 691.) und im Gesetzbuche für Waadtland (Art. 320.) eingeführten Oeffentlichkeit, in Bezug auf die Partheyen, findet sich darin, daß nach baier. Entwurfe und nach Waadtländischem Gesetzbuche am Schlusse des Verfahrens die Partheyen in der Audienz dem versammelten Gerichte das Faktum näher entwickeln und über das Recht plädiren dürfen, daher erreichen die Partheyen auch den Vortheil, daß jede Parthey passende Fragen an den Gegner zu stellen berechtigt ist, d. h. den Gerichtsvorstand bitten kann, gewisse Fragen vorzulegen (§. 697.), und daß jeder Richter berechtigt ist, über das, worüber er nähere Aufklärung wünscht, Fragen an die Partheyen zu stellen (§. 701). Wie sehr dadurch die faktische Entwicklung und die gründliche Einsicht der Richter in alle Nebenumstände des Falles begründet wird, bedarf keiner Auseinandersetzung. Am wichtigsten ist es, die Oeffentlichkeit, in Bezug auf Zeugenernehmungen, gehörig festzustellen. Sollen alle Forderungen

18) Mein Aufsatz im civilist. Archiv V. Band S. 196.

an die Gesetzgeber, in Bezug auf Zeugenbeweis, befriedigt und die Zwecke, welche bey dem ohnehin mißlichen Zeugenbeweise ¹⁹⁾ zu berücksichtigen sind, erreicht werden, so muß a) die Vernehmung vor dem versammelten entscheidenden Gerichte vorgehen, damit nicht die Richter dem todten Buchstaben der Zeugenprotokolle trauen müssen, und den Vortheil verlieren, die Zeugen selbst zu sehen und zu hören, und zugleich durch passende Fragen jede Dunkelheit zu heben. Ebenso aber müssen b) auch die Partheyen selbst bey der Vernehmung gegenwärtig seyn dürfen, und dadurch in den Stand gesetzt werden, jedem schlaunen Rückhalte der Zeugen und einer listigen Verabredung zwischen dem Gegner und Zeugen entgegenzuwirken.

Die erste Forderung ist im Gesetzbuche für das Waadtland (Art. 255.) erfüllt, indem die Zeugen in der Audienz selbst vernommen werden; nach baier. Entw. (Art. 571.) dagegen geschieht die Vernehmung vor einem Gerichtskommissär. Daß diese letzte Einrichtung zwar einfacher, wohlfeiler und weniger zeitraubend ist, weil nicht das ganze Gericht genöthigt wird, die oft lange dauernden Zeugenvernehmungen zu hören, läßt sich nicht läugnen, allein wenn man erwägt, daß die Zeugenaussagen, welche vor dem Commissär aufgenommen worden sind, doch dem versammelten Gerichte in der Sitzung mitgetheilt werden müssen, und zwar nach baier. Entw. (691.) in der Art, daß die Aussagen ganz vorgelesen werden, wenn man berücksichtigt, daß die Partheyen selbst oder ihre Anwälde darüber erst plädiren, so muß man zugeben, daß auch dadurch viel Zeit verloren wird, während die Richter, wenn die Zeugen sogleich in der Audienz vernommen würden, den Vortheil hätten, vollständiger, lebendiger und deutlicher von der Zeugenaussage und der Glaubwürdigkeit der Personen sich zu überzeugen. Die Forderung, daß die Partheyen selbst bey der Vernehmung gegenwärtig seyen, ist im Gesetzbuche für das Waadtland (Art. 254.) auf eine sehr inconsequente Weise nicht beachtet, der

19) Bentham traité des preuves judiciaires. Vol. I. p. 105–146.

baier. Entwurf aber hat (§. 575.) zweckmäßig den Partheyen und ihren Anwälden das Recht eingeräumt, der Zeugenvernehmung beyzuwohnen und durch den Commissär Fragen vorlegen zu lassen.

III. In Bezug auf die Frage: ob die Partheyen bey Gericht persönlich erscheinen oder durch Andere sich vertreten lassen können, stellt der baier. Entwurf (144.) die Regel auf, daß bey den Landgerichten jede Parthey in Person oder durch einen Bevollmächtigten erscheinen darf, die Gerichte sollen aber darauf halten, daß ihre Gerichtsangehörigen in Person vor ihnen erscheinen. —

Die Bevollmächtigten dürfen keine Advokaten seyn. Dieser Zusatz, wenn er auch aus der weisen Rücksicht hervorgeht, daß bey den Untergerichten nicht durch Hereinziehen der Advokaten ein weitläufiger, mit ungeeignetem Hereinziehen von Rechtsfragen verschleppter Prozeß entstehe, muß auf jeden Fall modificirt werden. Wenn z. B. der in Nürnberg wohnende Kläger in Dachau gegen einen Bürger einen Prozeß, und zwar einen Executivprozeß, zu führen hat, und in der Gegend keinen Bekannten hat, als seinen Schwager, der in dem von Dachau 2 Stunden entfernten München Advokat ist, so darf er des redlichen Verwandten sich nicht bedienen, weil — der Verwandte ein Advokat ist. Es scheint, daß man einem Advokaten gar nicht vertraue, daß er redlich den einfachen Prozeß auch einfach betreibe. Wenn das Landgericht keinen schriftlichen Prozeß und keine Abschweifung gestattet, und wenn es den Advokaten eben so wie jeden anderen Bevollmächtigten betrachtet, so ist nicht einzusehen, welche Gefahr das Erscheinen eines Advokaten, als Bevollmächtigten, drohen soll ²⁰⁾. Auch

20) Auch dürfte berücksichtigt werden, daß für den Kläger, der an einem von dem Wohnorte des Beklagten weit entfernten Orte wohnt und keine Bekannte am Orte hat, nichts natürlicher ist, als daß er an einen Advokaten sich wendet, dessen Namen er am leichtesten aus öffentlichen Blättern erfahren konnte.

im Gesetzbuche für das Waadtland (Art. 394. 395.) läßt man keine Advokaten, nicht einmal als Bevollmächtigte, zu. Nach baier. Entw. (147. 148.) sollen aber in Fällen, in welchen die Bezirksgerichte in geringeren Rechtsstreitigkeiten der Städtebewohner und den privilegierten Gerichtsstand genießenden Personen als Einzelrichter handeln, die Bevollmächtigten der Partheyen Advokaten seyn dürfen. Die Gründe dieser Ungleichheit sind kaum erheblich. Hat daher der Nürnbergerbürger gegen den Sohn eines Münchenerbürgers eine nur 6 fl. betragende Forderung, so darf er einen Advokaten als Beystand wählen. Nach baier. Entw. (149.) darf in allen Fällen, in welchen bey den Kollegialgerichten, als solchen, ein Prozeß anhängig ist, die Parthei sich nicht selbst vertreten, sondern muß sich eines Advokaten bedienen; nur Personen, die die Rechte der Siegelmäßigkeit genießen, Personen, die das Richteramt ausüben, Lehrer der Rechte auf Universitäten, Advokaten, und alle, welche das Studium der Rechtswissenschaft absolvirt und die Prüfung zur Aufnahme in den Staatsdienst erstanden haben, dürfen sich selbst vertreten (§. 150.) Auch diese Vorschrift ist hart. Wenn daher ein ausgezeichnete Jurist und Schriftsteller in Baiern sich niederliese, um als Gelehrter zu arbeiten, ohne Advokat zu seyn, oder Prüfung für Staatsdienst erstanden zu haben, oder wenn jemand mit Auszeichnung Doktor der Rechte geworden ist, so nützt ihm dieß Alles nichts, er muß durch einen Advokaten sich vertreten lassen. Entweder hätte man gar Niemanden ausnehmen und daher erklären sollen, daß jeder der bey dem Gerichte imatriculirten Advokaten sich bedienen müsse, oder die Summe der Ausnahmen hätte vermehrt werden müssen. Nach Gesetzbuch für Waadtland (Art. 103. 166. 320.) kann jede Parthei ihren Prozeß vor den Tribunalen selbst führen, oder einen Advokaten bestellen, und nur in Vaterschaftsklagen, Ehe- und Scheidungssachen, Interdiktions- und Injurienprozessen müssen die Partheyen persönlich erscheinen; die Tribunale können jedoch die Partheyen, z. B. wegen Krankheit, von der Er-

scheinungspflicht befreyen. — Nach baier. Entw. (Art. 153.) kann jede Parthey bey dem mündlichen Schlußverfahren in der Audienz sich durch Advokaten vertreten lassen, oder auch selbst sprechen, wenn sie dazu Geschicklichkeit hat.

IV. In Bezug auf das Prinzip der Mündlichkeit des Verfahrens hat der baier. Entwurf die Verschiedenheit des Verfahrens der verschiedenen Gerichtsverfassung angepaßt. Dem Prozesse von Einzelrichter correspondirt offenbar die Mündlichkeit (§. 190.), allein mit Unrecht würde man hier an ein Plädiren oder einen Vortrag, wie er vor dem franzöf. Friedensgerichte vorkömmt, denken, der Entwurf spricht nur vom mündlichen Verfahren zu Protocoll; es wird jedoch gestattet (§. 715.), auch vor dem Einzelrichter eine schriftliche Klage einzureichen; nur bey Bagatellsachen (die nicht über 25 fl. betragen) wird die Klage nicht sogleich zu Protocoll genommen, sondern dem Kläger der Termin zur Verhandlung eröffnet, und der Beklagte wird sogleich vorgeladen (§. 729.), auch ist weise vorgeschrieben (§. 725.), daß alle Einzelrichter bestimmte Gerichtstage in jeder Woche festsetzen sollen. Diese letzte Form verdient die höchste Begünstigung, und hier tritt der Vortheil wahrer Mündlichkeit ein. Wenn man die Verhandlung zu Protocoll als Regel aufstellt, so artet das Verfahren in ein langweiliges Diktiren der Anträge und Deduktionen zu Protocoll aus; wenn man auch durch Entfernung der Advokaten dem Uebel entgegenwirken zu können hofft, so wird dieß nicht leicht gelingen, da die Partheyen sich häufig Termine ausbitten, die man z. B. dem Beklagten, der als Erbe seines Vaters wegen ihm unbekannter Forderungen, die den Vater betreffen, belangt wird, und begreiflich Zeit haben muß, um durch Einsicht der Papiere die Sache kennen zu lernen, gar nicht verweigern kann; die Folge wird dann seyn, daß die von Advokaten bearbeiteten Rezepte loco recessus oralis zu den Akten gegeben werden. Eben bey den Einzelrichtern bewährt sich die Mündlichkeit in der Art, wie sie bei franzöf. Friedensrichtern vorkömmt, tr. fflich, und es verdient wohl

einiger Beachtung, ob nicht am zweckmäßigsten die Einzelrichter zu gewissen Sitzungen anzuhalten wären, in welchen die Partheyen jede zur Competenz der Einzelrichter gehörige Sache anbringen dürften. Der Beklagte wäre sogleich in die Sitzung zu laden, und ohne weiteres Protokolliren müßten die Partheyen ihre Ansprüche und Erörterungen mündlich dem Richter vortragen. Fände der Richter die Sache hinreichend verhandelt und klar, so könnte er sogleich das Urtheil erlassen, und in das zu haltende Sitzungsprotokoll würden dann nur die Forderung des Klägers mit Angabe des Quantums, Gegenstandes und causa debendi, die Hauptklärung des Beklagten und die etwa von jeder Parthey vorgebrachten Beweise im gedrängten Auszuge bemerkt, und das Urtheil selbst sogleich publizirt. Fände der Richter eine genauere Durchsicht der vorgelegten Beweisstücke oder eine Vergleichung der Gesetze nothwendig, so könnte er die Partheyen zur nächsten Sitzung vorladen, in welcher das Urtheil auszusprechen wäre. Fände endlich der Richter, daß das Faktum selbst näher aufzuklären ist, und daß nach der Natur des Falles eine schriftliche Verhandlung zweckmäßig wäre, oder tragen die Partheyen aus Gründen, die der Richter für hinreichend erkennt, auf schriftliche Verhandlung an, so könnte der Richter entweder jeder der Partheyen die Einbringung eines Schriftsatzes erlauben, oder nach Umständen einen Schriftwechsel gestatten, oder in anderen Fällen die Partheyen auf einen besondern Termin vorladen, in welchem auf ähnliche Weise procedirt werden könnte, als im preussischen Instruktionstermine geschieht. Eine solche freyere Befugniß für den Richter, nach Beschaffenheit der Fälle die Form zu bestimmen, in welcher ein Prozeß verhandelt werden soll, würde gewiß dem Interesse der Wahrheit und der Partheyen anpassender seyn, als wenn für alle Fälle, bloß weil ihr Gegenstand unter einer gewissen Summe beträgt, eine einzige Form vorgeschrieben wird, die eben so erscheint, als wenn der Arzt alle Krankheiten eines gewissen Namens nach bestimmten Recepten curis

ren soll. Es gibt Fälle, in welchen die dem Betrage nach höchst einfache Sache eben so faktisch verwickelt ist, als sie von den schwierigsten Rechtsfragen abhängt. Traurig würde es seyn, wenn die Ansicht ²¹⁾ herrschend würde, daß die Urtheile der Untergerichte mehr nur ein Versuch seyen, ob sich die Partheyen bey dem Ausspruch beruhigen wollen. Es verdient Auszeichnung, daß der baier. Entw. (§. 715—19.) vor den Einzelrichtern die Klage dem Beklagten mittheilen, Termin ansetzen läßt, und im Verhandlungstermine ohne Schriftenwechsel und Rezfessiren, nur mündliche Erörterung gestattet, und nur in den Hauptmomenten, was gegenseitig zugestanden und was noch streitig ist, zu Protokoll nehmen läßt. Die Ansicht, daß vor Einzelrichtern nur auf mündliche Vorträge der Partheyen entschieden werden soll, findet sich übrigens auch im Gesetzbuche für das Waadtland (§. 396.)

Die Form des ordentlichen Verfahrens vor den Collegialgerichten ist nach baier. Entw. (§. 191.) und nach Gesetzbuch für Waadtland (§. 159. 320.) die schriftlich mündliche in der Art, daß der Prozeß durch einen Schriftenwechsel, wie er im deutschen Verfahren bekannt ist, von der Klagschrift bis zur Duplik geführt wird, und am Schlusse des Verfahrens die Partheyen selbst oder durch ihre Anwälde mündlich dem versammelten Gerichte ihre rechtlichen Anträge und Ausführungen vortragen dürfen (baier. Entw. §. 692.), und zwar so, daß freyer Vortrag die Regel ist, der Redende aber auch schriftlicher Skizzen oder Notaten sich bedienen darf (§. 700.) Nach diesen Bestimmungen muß daher jede Sache, deren Betrag über 100 fl. steigt, vor den Collegialgerichten schriftlich, und am Schlusse noch mündlich verhandelt werden. Diese Ansicht ist aber sehr bedenklich, weil dadurch der nämliche Aufwand von Zeit, Kosten und Kraft, auch für die faktisch einfache und juristisch klare Sache, wie für die schwierigste angewendet

21) Gründe gegen dieselbe in meiner Schrift: der gemeine deutsche Prozeß II. Heft S. 44.
Archiv f. d. Civ. Proc. VIII. B. III. S.

werden muß. Zwar gestattet baier. Entw. (§. 727 — 28.) das summarische Verfahren auch vor Collegialgerichten, wenn beyde Theile dasselbe verlangen, und dadurch ist allerdings viel gewonnen, allein die Maßregel ist nur eine halbe; denn, wenn eine der Partheyen, oder eigentlich ihr Advokat, eigenfinnig ist und den Prozeß in die Länge ziehen will, so nützt der anderen Parthey ihr Wunsch, daß summarisch verhandelt werde, nichts. Wenn man sich daher einen einfachen Fall, der 200 fl. beträgt, denkt, wo eine eben so einfache Einrede und einfache Replik vorkömmt, so muß der Streit die 4 Schriften durchwandern, und am Schluß muß noch plädiert werden. Man sollte glauben, daß eigentlich das Gericht, welches über den Fall entscheiden soll, am besten wissen muß, ob dasselbe die zur Entscheidung nöthige Einsicht in den Fall bereits habe, oder ob noch weitere Aufklärung nothwendig werde. Daher möchte es gewiß den Vorzug verdienen, wenn mit dem einfacheren angefangen und die complicirte Form für die schwierigen Fälle aufgespart würde. Sollte es daher nicht zweckmäßig seyn, wenn auch bey den Collegialgerichten ein bestimmter Sitzungstag wöchentlich angeordnet wäre, so daß eine Parthey die andere in diese Sitzung laden könnte. Kläger und Beklagter, welchem letzteren jedoch die Klagschrift 4 Wochen, oder nach Umständen 14 Tage voraus mitzutheilen wäre, um sich vorbereiten zu können, würden in der Sitzung nur mündlich ihre Ansprüche verhandeln, und das Gericht könnte, wenn es sich hinreichend instruiert fände, sogleich in der nämlichen oder in der folgenden Sitzung das Urtheil fällen, und nur dann, wenn das Gericht die Sache schwieriger und verwickelter fände, könnte sie zur besonderen schriftlichen Verhandlung verwiesen werden.

V. Im Zusammenhange mit dem Prinzip der Mündlichkeit steht das in einem Gesetzbuche zum Grunde gelegte Verhältnis des ordentlichen und summarischen Prozeßes. Wenn auf einer Seite durch eine zu große Ausdehnung der letzteren Prozeßart leicht die Regel des besonnenen und wohl berechneten

ordentlichen Verfahrens vernichtet werden kann, so ist es auf der anderen Seite eben die Begünstigung der sogenannten summarischen Prozesse, welche den Gerichten eine freyere Bewegung und den Partheyen schnelle Rechtsverfolgung möglich macht. Nur darin scheinen in unsere, im deutschen Prozesse entstandene, Ansicht Fehler sich eingeschlichen zu haben, a) daß man den langsamen, sogenannten ordentlichen Prozeßgang als Regel aufstellt, und nur in gewissen Fällen, gleichsam Ausnahmsweise, den summarischen Prozeß gestattet, da man doch glauben sollte, daß die einfachere Form als Regel erklärt und die verwickeltere als Ausnahme angesehen würde, b) daß man alle Rechtsfachen in solche, welche im ordentlichen Prozesse, und andere, die summarisch verhandelt werden sollen, einteilt. — Der baier. Entwurf unterscheidet Sachen, die nur vor Einzelrichter gehören (§. 708. 714.); dahin rechnet insbesondere auch der Entwurf alle Sachen, deren Gegenstand nicht 100 fl. übersteigt. Die anderen dahin gerechneten Fälle sind schon oben ad I. angegeben, auch ist schon oben ad IV. bemerkt, daß der Entwurf bey Sachen, die vor Einzelrichter gehören, eine eigene Prozeßart, abweichend von der bey den Collegialgerichten, vorschreibt, nämlich im Verhandlungstermin kein Rezeßiren, sondern nur mündliche Erörterung, aber nie einen Schriftenwechsel zuläßt. Abgesondert davon handelt der Entwurf im III. Buch unter Aufschrift: von den summarischen Prozessen, von den summar. Prozeßarten, und zeigt durch diese Stellung, daß er das Verfahren vor den Einzelrichtern nicht als summarisches betrachte. Man fragt mit Recht, ob es nicht passender wäre, den fremden, leicht irre führenden Ausdruck: summarisch, ganz wegzulassen, und etwa unter der Aufschrift: von besondern Verfahrensarten, nur von den sogenannten bestimmten summar. Prozeßarten zu sprechen, und nur bey der Darstellung des vor den Tribunalen vorkommenden Verfahrens die verschiedenen Arten, ob schriftlich oder mündlich zu verhandeln ist, als verschiedene Formen der Instruktion aufstellen? Darnach könnte mit dem Verfahren vor Einzel-

richtern begonnen werden, wie z. B. im franzöf. Codex zuerst vom friedensgerichtlichen Verfahren gesprochen ist, und dann erst vom Verfahren vor den Collegialgerichten gehandelt wird. Bei den Einzelrichtern bildete die rein mündliche Form die Regel, jedoch mit dem Rechte, daß auch die Richter ausnahmsweise eine andere Instruktion, z. B. durch 2 Schriften, verordnen dürften. Bey der Behandlung des Verfahrens vor Collegialgerichten würde das Gesetz zuerst von der Anbringung der Klage handeln, dann die mündliche Erörterung in den bestimmten Gerichtstagen als Regel erklären, und hierauf erst von den Formen der schriftlichen Proceedur handeln. Der baier. Entwurf (§. 727.) nimmt summar. Verfahren a) bey den Collegialgerichten an 1) wenn beyde Theile dies Verfahren verlangen; 2) in vorbereitenden und Incidentsachen; 3) wenn es nach entschiedener Hauptsache sich um Liquidation des Betrages handelt. b) In Bagatellsachen vor Einzelrichtern; c) in der Execution. Der summar. Prozeß bey Collegialgerichten (nach Entw. 728.) unterscheidet sich nur a) daß die Verhandlung protokollarisch geschieht, wenn nicht beide Theile das Verfahren in Schriftsätzen verlangen, und b) durch abgekürzte Fristen. Durch die Aufstellung dieses Verhältnisses scheint noch nicht die Sache erschöpft zu seyn, denn nach baier. Entw. kann eine Parthey jede über 100 fl. betragende Sache nur an Collegialgerichte bringen (wenn nicht Executivprozeß begründet ist), und das Höchste, was die Parthey in einfachen Fällen, wenn der Gegner auch in summar. Prozeß einstimmt, zur Abkürzung erreicht, ist, daß statt 30 tägige Termine 14 tägige gegeben werden und daß protokollarisch verhandelt wird. Da aber im ordentlichen Prozesse (§. 364.) erst nach geschlossener Verhandlung ein status causae regulirt wird, und (§. 691.) am Schlusse erst noch in der Audienz plädirt wird, so wird auch die einfachste Sache in sehr complicirten Formen verhandelt, und es scheint dringendes Bedürfnis zu seyn, daß der Entwurf entweder die Collegialgerichte ermächtigt, statt der protokollarischen Verhandlung bloß Plädiren der Partheyen zu

gestatten, oder wenigstens die Regulirung des status causae wegzulassen, oder die Schlußverhandlung als unnöthig zu erklären und sogleich das Urtheil zu fällen. — Als besondere summarische Prozessarten, von welchen später einzeln zu sprechen ist, stellt der bayer. Entwurf die provisorischen Verfügungen (§. 736.), den Arrestprozeß (§. 751.), den possessor. Prozeß (§. 770.), den Executivprozeß (§. 785.) auf. Ein Mandatsprozeß kömmt im Entwurf nicht weiter vor. — Das Gesetzbuch für das Baadland hat das Verhältniß des ordentlichen und summarischen Processes zum Theil besser aufgefaßt, allein nicht consequent durchgeführt. Es gestattet schon sowohl dem Kläger als dem Beklagten (§. 75. 76.) bey dem Collegialgericht einen Vorantrag auf außerordentliche Verhandlung, welche insbesondere (§. 141. 142.) eintreten darf in Processen über Paternität, Filiation, Ehe und Scheidung, wegen Alimente, wenn Personen, die im Kanton nicht wohnen, Streit führen, wegen Ersatzes eines wachsenden Schadens, wegen Retrakt, Injurien, Oppositionen gegen Vollstreckung, in solchen Fällen kann (auch in Ferien) von 8 zu 8 Tagen, oder selbst von 4 zu 4 Tagen der Prozeß betrieben werden. Als Gegenstände summarischer Verhandlung dagegen, die von der ordentlichen sich nur dadurch unterscheidet, daß keine Replik und Duplik zugelassen wird (§. 350.), erklärt das Gesetz (391.) persönliche Klagen über 100 und nicht über 400 Franken, Armenprozesse, Anerkennung eines natürlichen Kindes, Ehescheidungsprozeß wegen bestimmter Ursache, Opposition gegen Ehebeschklagen, Nullitätsklage, gegen Urtheil u. A. Abgesondert davon wird dann vom Verfahren vor Friedensgerichten (§. 392.) und vor Friedensrichtern (§. 396.) gehandelt. Für gewisse Sachen (§. 397 bis 472.) sind eigene Prozessarten vorgeschrieben.

VI. Ueber das Prinzip, welches dem Verfahren zum Grunde liegen sollte, hat sich der bayer. Entw. (§. 192.) ausdrücklich erklärt, und nach der Rubrik des §. 192. ist vom Verhandlungsprinzip gesprochen. Ein Verfahren aus eigener Bewegung des Richters soll nicht Statt finden; der Richter soll auch bey dem Verfahren in Ansehung der Thatsachen und in Erforschung der Wahrheit nicht untersuchungsweise verfahren, und das Gericht soll in diesen Beziehungen an das Vorbringen der Partheyen und an die von ihnen selbst vorgelegten Beweismittel gebunden seyn. Es scheint sehr bedenklich, eine solche allgemeine Regel, die selbst in einem Prozeßkompendio noch vieler Erläuterung bedarf, in einem Gesetzbuche aufzustellen. Man weiß, wie viel Streit in neuerer Zeit über die Bedeutung von Verhandlungs- und Untersuchungsprinzip entstanden ist und wie verschieden die Ansichten sind. Wo rein schriftlich

verhandelt wird und wo die entscheidenden Richter nur die Schriftsätze sehen ohne alle mündliche Verhandlung mit den Partheyen kann man wohl sagen, daß die Richter nur an das Vorbringen der Partheyen gebunden sind, allein im neuen bayer. Entwurfe wird ein status causae regulirt, und schon da wird der Commissär nicht ganz unthätig seyn können, er wird, wenn er Dunkelheiten, absichtliche Ausbeugungen findet, an die Partheyen Fragen stellen, und es möchte schwer seyn, bey der mündlichen Instruktion die Gränze zwischen bloßer, mit dem sogenannten Verhandlungsprinzip wohl verträglichen, Aufhellung der vorgebrachten Thatsachen und einer genaueren Erforschung, die auf andere Thatsachen leitet, zu ziehen. Die Frage um manche mit den bereits aktenmäßig vorgebrachten Thatsachen im Zusammenhange stehenden anderen factis liegt z. B. im Ehescheidungsprozeße dem Richter oft zu nahe, als daß man glauben dürfte, daß er von der nahe liegenden Gelegenheit, das Factum klar und vollständig zu erforschen, keinen Gebrauch machen würde. — Noch wichtiger wird das Recht der Richter, in der Schlussaudienz (§. 701.) über das, worüber der Richter nähere Aufklärung wünscht, Fragen an die Partheyen zu stellen. Ein solches (gewiß sehr weise ertheiltes) Recht steht mit dem Verhandlungsprinzip des gemeinen deutschen Prozeßes nicht in Einklang, und geht doch aus einem Untersuchungsrechte hervor, obgleich der §. 192. die Untersuchungsweise verbietet. Diese Befugniß wird aber auch begreiflich drauf führen, daß die Richter jede Dunkelheit sich zu heben suchen, und wenn die Partheyen ausbeugend antworten oder andere Thatsachen berühren, auch um die nähere Beschaffenheit derselben fragen werden. Man denke z. B. nur an den Fall, wenn jemand wegen seines ertheilten Rathes belangt wird, wo dem Richter die kleinsten Nebenumstände des Verhältnisses unter den Partheyen wichtig werden. Der §. 262. des Entwurfs gibt dem Richter das Recht, die auf den Rechtsstreit sich beziehenden Gesetze von Amtswegen zu berücksichtigen und (§. 263.) von Thatsachen, die die Partheyen vorbrachten, jederzeit den geeigneten Gebrauch zu machen, wenn auch die Partheyen die daraus hervorgehenden Einreden, Replikten mit dem kunstmäßigen Namen nicht bezeichnet haben, jedoch soll das richterliche Amt nicht weiter wirksam seyn, als es der durch die rechtlichen Anträge unzweydeutig zu erkennen gegebenen Absicht der Parthey gemäß ist. Auch diese Vorschrift hat manche Bedenklichkeiten gegen sich. Wenn z. B. eine Frau sich für einen Mann verbürgt hat, und sie in der Verhandlung oder in der Exceptionsschrift sich auf erlittenen Zwang oder auf Simulation beruft, und nebenher auch als Unterstüßung dieser

Einreden anführt, daß sie als Frau leichter habe getäuscht werden können, so fragt sich, ob der Richter befugt sey, die exceptio SC. Vellejani als vorgeschützt zu betrachten. Diese Frage ist in einem dem Verfasser dieser Bemerkungen vorgekommenen Falle sehr wichtig geworden, da der Kläger auf die exc. SC. Vellejani mit Recht nicht geantwortet und sie nicht als vorgeschützt betrachtet hatte. Wenn in einem anderen Falle der Beklagte unter anderen Ausführungen auch von der Länge der Zeit spricht, die schon bis zur Klagestellung abgefließen sey, aber nicht die Einrede der Verjährung speciell vorschützt, soll sie das Gericht als angebracht ansehen? Mit dem Verhandlungsprincip verträgt sich auch nicht wohl der §. 121., welcher die Adcitation dritter Personen von Amtswegen in den Fällen gestattet a) wenn außer dem Falle der Korrealität bey untheilbaren Gegenständen ein einzelner Rechtsgenosse ohne Vollmacht der Uebrigen auftritt, oder einer allein belangt wird (§. 85. 86.) und b) so oft ohne Beziehung des Dritten die Legitimation zur Rechtsverfolgung oder die Legitimation zur Sache auf Seite des Beklagten mangelhaft ist. Abgesehen davon, daß diese Vorschrift eine große Masse von Zwischenstreitigkeiten über die Nothwendigkeit der Adcitation erzeugen wird, widerspricht sie dem Verhandlungsprincip²²⁾; sie ist, wenn man von der richtigen, von Martin nachgewiesenen und von der deutschen Praxis gebilligten²³⁾ Ansicht von der Streitgenossenschaft abgeht, völlig überflüssig und stört die Rechte der streitenden Theile auf eine nicht zu rechtfertigende Weise, indem der Dritte mit verschiedenen Ansprüchen, die er nur gegen eine der streitenden Theile gehabt hätte, in dem Prozesse auftritt, und jetzt dadurch auch der anderen Parthey schadet, die im Streite befangen ist. Wenn zwar einige neuere Schriftsteller, welche zugeben, daß gemeinrechtlich die Adcitation nicht Statt finde; z. B. Reinhard²⁴⁾ und Heffter²⁵⁾ behaupten, daß für eine neue Gesetzgebung das Institut sich empfehle, so haben sie doch nie eine Adcitation vor Augen, welche einen Zwang für den Adcitaten enthalten soll, sondern sie wünschen nur, daß man den Dritten (durch eine monitorische Ladung) benachrichtige ohne weiteren Zwang; auch der bayer. Entwurf scheint die Adcitation nicht strenger als Zwang zu betrachten, indem nur der Rechtsnachtheil gedroht werden soll, daß gegen den Aus-

22) Meinen Aufsatz im Archiv für civil. Pragis. III. Band S. 33.

23) Hagemann prakt. Erört. VI. Thl. S. 335.

24) Reinhard des bürgerl. Proz. I. Bd. S. 167.

25) Institutionen des röm. u. deutschen Civilproz. S. 536.

bleibenden oder nicht Beitretenden angenommen werde, er habe die Rechtsverfolgung oder Vertheidigung dem allein aufgetretenen Kläger oder Beklagten überlassen. Die Worte dieses Präjudizes aber sind sehr zweydeutig; denn sollen sie bedeuten, daß der Ausbleibende angesehen werden soll, als ob er der streitenden Parthey seinen Antheil an der Sache überlassen und auf sein Recht selbst verzichtet habe, so ist das Präjudiz sehr hart und widerspricht deutlich den gemeinrechtlichen Grundsätzen vom *litis consortium*; sollen die Worte aber bedeuten, daß der Adcitat angesehen werden soll, als habe er den Kläger oder Beklagten zur Rechtsverfolgung bevollmächtigt, so hat man den Nachtheil, daß der Adcitat das im Prozesse zwischen den andern Partheyen ergangene Urtheil als rechtskräftig auch gegen sich gelten lassen muß; dieß ist aber wieder ein ungerechter Zwang²⁶⁾ Soll aber den Worten nur die Bedeutung untergelegt werden, daß der Adcitat sich es gefallen lassen muß, wenn die streitenden Theile den Prozeß allein fortführen, und Adcitat die Nachtheile tragen muß, welche entstehen, wenn er bey dem Streite erschien, so versteht sich dieß von selbst und bedarf keiner Drohung des Präjudizes. — Auf jeden Fall verdient §. 87. 121. des baier. Entwurfs eine genaue Revision, und es scheint zweckmäßiger, wenn die allgemeine Regel des §. 192., daß Verhandlungsprincip gelte, ganz weggelassen wird.

26) In einem dem Verf. vorliegenden Falle hatte Kaufmann A aus dem *comto corrente* gegen einen andern Kaufmann geklagt, welcher eine Widerklage wegen eines Baumwollengeschäfts gegen den Kläger anstellte. Dieser excipirte dagegen, daß dieß Baumwollengeschäft nicht mit ihm, sondern mit dem Kaufmann B, der ehemals die Handlung des Klägers besaß, abgeschlossen worden sey. Widerkläger replicirte, daß damals schon der jetzige Kläger in Compagnie mit B gewesen sey, und auf jeden Fall mit B einen Vertrag abgeschlossen, wodurch er die Handlung mit allen *activis* und *passivis* übernommen. Sollte hier der Kaufmann B adcitirt werden? Wenn er nicht erschien, sollte er durch das gegen A ergehende Urtheil gebunden seyn? —

(Fortsetzung im nächsten Hefte.)