

Werk

Titel: Archiv für civilistische Praxis

Ort: Heidelberg

Jahr: 1825

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1825_0008|log4

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.

I.

Zu der Lehre vom Besitz und insbesondere von der
quasipossessio.

Von Herrn Hofrath und Professor Nothhirt zu Heidelberg.

§. 1.

Nicht leicht führt eine Lehre in feinere und tiefere Verhältnisse des Civilrechts, als die Lehre vom Besitz. Ihr mangelt zwar die vollkommen sichere historische Grundlage, obgleich die geistreichsten Männer unserer Zeit hier gethan haben, was nur immer Scharfsinn und tiefe Kenntniß des Alterthums leisten können. Die vollendete Jurisprudenz der Römer hat indeß uns absonderlich in dieser Lehre gezeigt, welch' herrliches Gebäude der menschliche Verstand aufzuführen vermag, wenn er eine nicht leere Idee nach den verschiedensten Beziehungen des Lebens auffaßt, und überall mit dem Bestehenden in Harmonie setzt. Diese Darstellung der Römer hat dermaßen alle Verständigen der späteren Zeit mit sich fortgerissen, daß unsere Naturrechtslehrer die Klippen gar nicht mehr sahen, über welche sie hinwegzufahren hatten. Diese sprechen nämlich von dem Verhältnisse des Besitzes zum Eigenthume dermaßen im Geiste der ausgebildeten römischen Jurisprudenz, als wäre dieses in Rom von jeher so gewesen, ja als wäre dieses von jeher allerorten so gewesen, und folglich so ursprünglich und

allgemein, wie etwa der Vertrag. Und um von diesen Naturrechtslehrern nur einen zu nennen, will ich den gelehrten Heineccius anführen ¹⁾, welcher doch aus seinen im vergleichenden Geiste zum römischen Rechte gemachten Studien im germanischen Rechte sehr leicht vom Gegentheile sich hätte überzeugen können. Denn aus dessen eigenen germanistischen Ausführungen ²⁾ geht wohl hervor, daß der Gebrauch und Genuß der Sachen bey allen germanischen Stämmen nicht selten von andern als von den Eigenthümern derselben gemacht wurde, wo dann natürlich jene die Sachen für sich inne hatten: allein dieses geschah in Folge eigenthümlicher Rechtsinstitute, und es ergibt sich keine Spur von Betrachtungen der alten Deutschen über das reinfactische Verhältniß zu Sachen ohne und mit Rücksicht auf das Recht, wie wir solche bey den Römern finden. Es ziemt uns also, vor Allem zu bekennen, daß, wenn wir vom Besitze sprechen, wir ein Institut im Auge haben, welches sich durch die Vermittlung des römischen Rechts uns mitgetheilt hat, und daher ohne Reflexionen andrer Art durchaus in dem Sinne aufgefaßt und fortgebildet werden muß, in welchem es von den römischen Classikern dargestellt ist. Bey dieser Lage der Dinge bleibt nun wohl immer höchst interessant, zu wissen, unter welchen Verhältnissen, aus welchen Bedürfnissen, etwa durch welche Veränderung der Umstände die Basis zu dem Gedanken gelegt worden ist, welcher zu dem in unsern Classikern enthaltenen Begriffe geführt hat: aber wenn wir auch hier die Gewißheit auf immer sollten entbehren müssen, so sind uns doch historische Zeugnisse genug übrig, um die römische Idee gehörig fassen, und rein für unser juristisches Leben verarbeiten zu können. Um übrigens die von Niebuhr ³⁾ aufgestellte, von Savigny ⁴⁾ angenommene

1) Lib. I, §. CCXXXI. seines Naturrechts.

2) in seinen *elementis jur. germ.* lib. II. tit. II.

3) *Römische Geschichte*, Th. 2. S. 370.

4) *von Besitz*, 4. Ausgabe S. 150.

geistreiche Ansicht vom Ursprunge der Doctrin vom Besiz nicht unerwähnt zu lassen, sey mir die Bemerkung erlaubt, daß als gewiß angesehen werden darf, wie der Begriff von possessio als usus am ager publicus, woran ein Privatrecht ex jure Quiritium nicht denkbar war, eine sehr gewöhnliche Anwendung im ältesten Rechte der Römer darbieten mochte: ob diese Bedeutung aber die ursprünglich einzige war, ist schwer zu beweisen. Schon die Exegese der L. 115. D. de V. S. führt weiter: »quidquid enim adprehendimus, *cujus proprietas ad nos non pertinet* aut nec potest pertinere, hoc possessionem appellamus“ es kann nämlich zugegeben werden, daß sich die Stelle bloß auf unbewegliche Güter beziehe, wie die vergleichende Zusammenstellung der Ausdrücke ager, fundus, und possessio anzeigt, und daß das Wort possessio ursprünglich nur für unbewegliche Sachen gebraucht wurde, ohne daß im geringsten dargethan wäre, daß der Begriff possessio ursprünglich auf den ager publicus beschränkt war. Es heißt ja *cujus proprietas ad nos non pertinet* aut nec potest pertinere. Also auf agri, quorum proprietas ad nos pertinere potest, sed ad nos non pertinet, geht der Begriff possessio ebenfalls, und hiernach scheint, daß ursprünglich auch agri privati, die von jemanden nicht gehörig zu Recht erworben waren, natürlicherweise bloß in usu vel possessione desselben standen. Die Beziehung der possessio auf die agri privati als eine Anwendung späterer Zeit zu betrachten ⁵⁾, wäre nur dann gerechtfertigt, wenn nachgewiesen werden könnte, daß ursprünglich alles römische Land ager publicus gewesen sey, was aber immer nur als Conjectur aufgestellt werden kann: und in der bekannten Stelle des Festus ⁶⁾ den Ausdruck *privatique*, der ein bestimmtes Zeugniß für uns darbietet, gar nicht zu beachten, wie Brissonius ⁷⁾ gethan hat, oder die ganze Erklärung des

5) v. Savigny S. 155.

6) s. v. possessiones. cf. Isidori lib. XV. etymol. cap. 13.

7) antiq. sel. lib. IV. c. 1.

Festus durch den Zusatz *privatique* als verderbt schlechthin anzunehmen, wie Niebuhr ⁸⁾ thut, kann nicht wohl Jemandem befriedigen, um so weniger, als mit allen anderen Stellen Niebuhr's und v. Savigny's nichts weiter erwiesen ist, als daß sich die *possessio* auf den Gebrauch des *ager publicus* von Seite der Privatpersonen bezog. Dadurch aber ist eigentlich nur etwas dargethan, was Niemand läugnete; allein es ist darin nichts Exclusives zu finden; nämlich es ist nicht erwiesen, daß *possessio* ursprünglich auf *agri privati* als juristischer Ausdruck unanwendbar war. Dazu kommt, daß, wie die Sprache der Römer mit andern Völkern ursprünglich gemeinschaftlich war, es gewiß auch die Rechtsbegriffe und Ausdrücke waren; und ließe sich daher auch von den Römern historisch vollkommen beweisen, daß alles Land ursprünglich *ager publicus* war, so ist in Beziehung auf die Nachbarvölker dieses geradezu fast unmöglich, und so ist der Darstellung Niebuhr's und v. Savigny's immer zu entgehen, wenn man den Ausdruck *usus* oder *possessio agri* als auf *jus gentium* der ältesten Zeit gegründet ansieht. Wenn die Bemerkung Savigny's S. 145. Note 1. vollkommen gegründet ist, wornach sich der deutsche Ausdruck *Besitzung* ganz entsprechend der objectiven Bedeutung des Wortes *possessio* gewiß ohne Einfluß des römischen *ager publicus* gebildet hat, so kann, so fern auch zugegeben wird, daß hier *Besitzung* gewöhnlich den im Eigenthume stehenden *fundus* bedeutet, doch nicht geläugnet werden, daß das Wort so allgemein lautet, daß auch der, welcher Kraft eines selbstständigen Rechts eine in fremden Eigenthume stehende *Besitzung* benützt, von seiner *Besitzung* im Gegensatze des Eigenthumes sprechen kann, und daß also das Wort *Besitzung* als Object der Einwirkung eines Rechtssubjects auf einen *fundus* immer allgemeiner ist, als das *Eigenland* als Object der Einwirkung des Eigners. Im deutschen Rechte lag übrigens die Feinheit dieses Verhältnisses

8) II. Bd. S. 360.

immer unerkannt, wie schon oben bemerkt ist: und da, wie von Savigny sehr richtig sagt, die Unterscheidung des Besitzes vom Eigenthume auf einer juristischen Abstraction beruht, so ist gewiß, daß das Bewußtseyn derselben und ihre Hervorbringung der fortgeschrittenen Rechtswissenschaft angehört, ohne daß die Begründung der Sache selbst, schon weil jede Abstraction etwas allgemein wirklich Existirendes voraussetzt, in einem bloß zufälligen Verhältnisse der alten Zeit gefunden werden dürfte. Wenn die Rechtshistoriker ⁹⁾ es für sehr zweifelhaft halten, ob in den ältesten Zeiten *usus et fructus* als Rechtsbegriffe neben dem Eigenthume, im Sinne des neueren Rechts, vorgekommen seyen, so ist wahrscheinlich, daß der Begriff *possessio*, der freylich noch nicht die juristische Bestimmtheit der späteren Zeit hatte, ja sich nicht auf das Intellectuelle des Rechts, sondern auf das Körperliche des Grundstücks bezog, die Lücke ausfüllte; um so gewisser, als es außerdem keinen Weg gegeben hätte, auf welchem das durch den Willen des Eigenthümers, aber ohne die gehörige Rechtsform bestehende Verhältniß zu einer Sache, das doch wegen der *usus auctoritas* so alt ist, sowohl gegen den Eigenthümer, als gegen Dritte hätte in Betracht kommen können. Ohne die Anerkennung der *possessio*, und bey dem Mangel solcher Rechtsinstitute bey den Römern, die bey den Deutschen unter dem Namen des *Nutzeigenthums* von den Behandlern des Rechts zusammengefaßt sind, wäre nicht einmal das so natürlich einfache Bedürfniß befriedigt gewesen, einem andern, als dem Eigenthümer, insbesondere demjenigen, der von einem Nichteigenthümer, oder ohne die gehörige Form erworben hatte, durch ein rechtlich gebilligtes Verhältniß zur Sache den vorübergehenden Genuß der Früchte, die guten Nuths, als eine Gabe der Natur und Arbeit verzehrt werden, zu sichern. Auch ist gewiß anzunehmen, daß bey dem Werthe, welchen alle fast nur im Ackerbau ihre volkswirtschaftliche

9) Hugo, neunte Ausgabe S. 146.

Cultur findenden Völker auf Grundstücke legen müssen, der Erwerb der Grundstücke ursprünglich an gewisse Solennien geknüpft war, um so mehr, als bey der Rolle, die der *ager publicus* spielt, das beständige und unbeschränkte Recht am *ager privatus* vor dem widerruflichen und vorübergehenden Verhältnisse des Genußes am *ager publicus* gewiß sorgsam ausgezeichnet und durch Aeußerlichkeiten hervorgehoben wurde. Daher sind in Beziehung auf Grundstücke *mancipium* und *nexus* uralt, und *usus* ist der Gegensatz, der jedoch durch die Dauer so vermittelt wird, daß *usus* selbst zur Erwerbart wird. Wahrlich dieser Gegensatz ist kein in der Zeit gewordener, sondern ein mit ursprünglichen Einrichtungen verbundener, und daher so mit dem Leben und mit der Sprache der Römer verwachsen, daß er in den verschiedensten Beziehungen uneigentlich angewendet wurde. So schreibt Cicero im 7. Buche seiner Briefe *ad familiares* an Curius über seinen Freund Atticus: *cujus quum proprium te esse scribis mancipio et nexu, meum autem usu et fructu*. So sagt ferner Lucretius lib. 3. *de natura rerum*. *Vitaque mancipio nulli, datur omnibus usu*, und Horatius in den *epistolis* lib. 2. ep. 2. *Quaedam si credis consultis, mancipat usus*. Ist nach Allem diesem der *usus* in dem ältesten Privatrecht so wichtig, kommt er sogar in Beziehung auf Rechtsformen im Personenrechte vor ¹⁰⁾, ist er, wie Hugo scharfsinnig bemerkt ¹¹⁾, im alten römischen Rechte nichts anders, als das mit dem Willen der Rechtssubjecte ohne äußere Form des Rechts Bestehende, und durch das Bestehen zum Rechte werdende, wie das Recht selbst durch die Form des Gesetzes oder durch das Herkommen wird: so kann auch seine Beziehung auf Grundstücke als Besitz nicht einzig und allein aus dem Verhältnisse der Rechte am *ager publicus* abzuleiten seyn; vielmehr scheint derselbe so im Zusammen-

10) Hugo C. 120.

11) C. 164.

hange mit einer Reihe der urältesten Privatrechtsverhältnisse zu stehen, daß die Begründung wie bey so vielem Alten nicht im einzelnen Zufälligen und Loßgerissenen, sondern im freylich nicht mehr klar zu erkennenden Organismus des Ganzen zu finden ist. Es genüge übrigens diese Andeutung der Ansichten des Verfassers, da eine wahre Ausführung derselben nicht in seinem Plane liegt, und es soll daher sogleich zur Natur des Besizes überhaupt im justinianischen Rechte, und zur Anwendung desselben auf unkörperliche Sachen übergegangen werden.

§. 2.

Nur zwey Punkte sollen hier zur Einleitung in unsere Darstellung vom Quasibesitz aus der Lehre vom Besitz berührt werden, nämlich:

1) Die Frage, wie äußert sich der Besitz nach der Ausführung unsrer juristischen Classiker im allgemeinen, und was hat er für Wirkungen?

2) Die Frage, auf welche Gegenstände erstreckt er sich?

Zu 1. Darüber, daß der Besitz, vor der Hand abgesehen von den Wirkungen, die das positive Recht mit ihm verbunden hat, ein rein factisches Verhältniß sey, ist man einverstanden, denn er gründet sich auf eine unförmliche, niemals symbolische und für die Constituirung der Rechte selbst unpräjudicirliche Handlung eines Rechtssubjects an einem Rechtsobjecte. Wenn man aber überhaupt im Privatrechte von einem Verhältnisse sprechen will, so muß man Rechtssubjecte und Rechtsobjecte im allgemeinen voraussetzen, d. h. so daß diese Beziehungen allein die Sache, von welcher gehandelt wird, unmöglich noch zur bestimmten juristischen machen ¹²⁾: die Besitzhandlung selbst aber erfordert nichts, als daß etwas ge-

¹²⁾ Aber, wo sie fehlen, kann von etwas juristischem nie die Rede werden; dadurch erklärt sich, warum das *civiliter non possidere* nicht selten Negation alles Besizes bedeutet. Meine Grundlinien S. 159. Note 3., und vergl. unten Note.

schehen sey, wodurch die Sache der Einwirkung der Person unterworfen wurde, welche die Sache für ihre Zwecke haben will. So lange unter dem Haben in juristischer Beziehung nichts anders gemeint seyn kann, als das eigenthümlich Haben, weil es noch kein anderes Einwirkungsrecht auf körperliche Sachen als das Eigenthum gibt ¹³⁾, ist natürlich der animus rem sibi habendi kein anderer als der animus domini. Das Besitzverhältniß aber neben dem Eigenthume ist nach der Darstellung im §. 1. und nach jeder Conjectur, auch nach Merenda's und Cuper's Ansichten, nicht weniger nach der Entwicklung von Paulus in L. 1. §. 1. D. de acquirenda vel amitt. poss. uralt, und bestand daher schon sehr fest in jener Zeit, wo der ususfructus aufkam, der auch durch, aus nichts mit dem Eigenthume gemein haben sollte, nach

L. 25. D. de V. S.

Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum ususfructus alienus est: quia ususfructus non dominii pars, sed servitutis est, ut via et iter: nec falso dici, fundum meum esse cujus non potest ulla pars dici alterius esse: *hoc et Julianus: et est verius.*

Er bestand ferner zu einer Zeit, wo das Contractsystem noch nicht ausgebildet war, und von den Folgen der dabey vorkommenden Detention mit der juristischen Schärfe des Gegensatzes nicht die Rede seyn konnte, wo man insbesondere vom pignus noch nichts wußte, und wo also unter dem animus habendi auch als affectio tenendi ¹⁴⁾ nichts anders verstanden seyn konnte, als der animus domini. Als in der Folge die ebenerwähnten Rechtsinstitute hervortraten, bildete sich mit ihnen der Gegensatz der Detention zur Possession im animus: der Vertrags-Berechtigte, der sein Verhältniß zur Sache vom Mitcontrahenten ableitet, muß dieses in Vertrags-

13) cf. l. 188. D. de V. S.

14) L. 1. §. 3. D. 41., 2.

treue anerkennen, und besitzt daher nomine alterius: der Usufructuar ist obligatorisch, wie ein Contrahent verpflichtet, und vom Pfandgläubiger kann man zwar dasselbe sagen, aber das Recht an der Sache äußert sich ja gerade hier durch die Ausschließung aller, absonderlich auch des Eigenthümers, zwar nicht als solchen, sondern als Besitzers, denn nur so kann der Zweck, sich an die Sache insbesondere gegen den Verpfänder zu halten, erreicht werden ¹⁵⁾.

Es ist auch leicht einzusehen, daß der Pfandgläubiger in Beziehung auf Dritte denselben animus hat, wie der Eigenthümer: allein dieser Punct hebt den Pfandbesitz nicht hervor, indem derjenige, welcher nomine alterius besitzt, gegen Dritte auch sicher ist; es ist vielmehr die Ausschließung des Eigenthümers dadurch, daß der Pfandbesitzer gegen denselben geschützt wird, was die Selbstständigkeit des Pfandbesitzes begründet. Gerade dieser Punct aber verschafft dem Pfandgläubiger die nöthige Unabhängigkeit vom Schuldner in Beziehung auf die Sache, indem er den animus mit Ausschließung des Eigenthümers die Sache zu haben, constituirt; was natürlich, weil ein dominus anerkannt wird, kein animus domini ist, aber doch nie affectio rem *sibi* tenendi, und wahren Besitz verschafft. Es ist nicht nöthig, dieses Verhältniß mit Ramos del Manzano durch eine affectio animi dominantis circa possessionem ¹⁶⁾ zu erklären, oder mit Savigny als abgeleiteten Besitz zu charakterisiren ¹⁷⁾, oder mit Unterholzner als unvollkommenen Besitz dem vollkommenen an die Seite zu stellen ¹⁸⁾: es liegt vielmehr in dem Unvollkommenen etwas Unrichtiges, weil der Pfandbesitz der factischen Begründung und rechtlichen Wirkung nach ganz dasselbe

15) v. Savigny S. 253.

16) de acquir vel omitt. poss. Meerman tom. VII. pag. 82.

17) S. 90.

18) von der Veräbhrung S. 168.

ist, wie jeder andere Besitz¹⁹⁾; auch das Abgeleitete kann auf Irrthümer führen, weil von Vielen das Abgeleitetseyn nicht auf den Begriff des Besitzes und dessen Ausdehnung, und nicht auf die Rücksicht des ursprünglichen Verhältnisses des Besitzes, sondern auf das Derivative vom Eigenthümer, auf das Verhältniß zu demselben als Principal bezogen wird, was in der ersten Richtung den falschen Gedanken einer Succession gibt, die bey'm Besitze gar nicht denkbar ist, in der andern Richtung aber in einen animus tenendi nomine alterius hinüberläuft. Es ist somit am besten, die ganze Sache einfach in der historischen Entwicklung, wie sie hier vorliegt, d. h. ohne einen den Römern ohnehin unbekannten Kunstausdruck aufzustellen. Es geht aber zugleich aus dieser Entwicklung hervor, daß die ursprüngliche Idee des Besitzes nicht weiter als fortgebildet betrachtet werden kann, als sie es wirklich ist, was im römischen Rechte nur unter ausdrücklicher Bestimmung bey dem Sequester²⁰⁾ und bey dem Precarium²¹⁾ angenommen werden darf. Bey der Sequestration läßt sich der besondere Grund leicht einsehen:

id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat.

das Precarium aber ist an sich so wenig juristisch, daß nur das factische Verhältniß des Besitzes mit einem besondern

19) Daß der Pfandbesitz deshalb unvollkommener sey, weil er nicht als usucapions-fähiger Besitz betrachtet werden könne, ist, weil der Grund unwahr ist, unwahr. Man muß nur so sagen: für den Pfandgläubigen geht die Usucapion in der Person des Pfandschuldners vor, weil beyde hier ein vollkommen ungetheiltes Interesse haben, und es ist dieses nichts Singuläres im Rechte. Wird ja auch die Restitutions-Wohlthat neben dem Minderjährigen dem Großjährigen zu Theil, wenn ihr Interesse ungetheilt ist. L. 10. D. 8, 6. vergl. mit L. 4. §. 4. D. 8, 5. Thibaut System §. 1011.

20) L. 110. D. de V. S. L. 17. §. 1. D. 16, 3.

21) L. 4. §. 1. L. 10. pr. §. 1. D. 43, 26.

Schutze für den früheren Besitzer (*interdictum de precario*) und nichts obligatorisches nebenbey, also auch kein Procuratoratsbesitz in Betracht kommen sollte. Immerhin ist übrigens dieser Punct im Dunkel der Geschichte begraben. Eine weitere Ausdehnung des Besitzes in der Art anzunehmen, daß auch durch andere Geschäfte ein nicht den *animus domini* enthaltender Besitz übertragen werden könne, ist bey dem Mangel aller Zeugnisse für römische Ansichten darüber nicht wohl rathlich, um so weniger, als diese Ausführung zeigt, daß schon in den drey Fällen des Pfand: Sequester: und Precarbesitzes ein abnormer Zustand vorhanden ist. Auch hat die *emptio* und *conductio possessionis*, die in den Quellen vorkommt²²⁾, einen ganz besondern Sinn; es soll nämlich dadurch ausgedrückt werden, daß der Eigenthümer, dem die *possessio* fehle²³⁾, durch *emptio* oder *conductio* sich die Vortheile derselben verschaffen könne, und daß insoweit die *possessio* ein Object äußeren Werths und eines in Hinsicht auf den Gegenstand ganz unbeschränkten Rechtsgeschäftes, wie Kauf und Miethse sind, seyn könne. Die Beziehung der *possessio* auf den *ager vectigalis*²⁴⁾ mag nach der L. 115. D. de V. S. daher kommen, daß hier ursprünglich von Grundstücken die Rede war, *quorum proprietas ad nos pertinere non potest*.

Also ist das Wesen des Besitzes in der Hauptrichtung des an der Sache geäußerten *animus domini* und in den Nuancen aufzufassen, welche die angegebenen vier besonderen Verhältnisse darbieten, und in Beziehung auf welche eine Generalisirung nicht möglich ist, sofern nichts sagende Worte, oder unbestimmt gefährliche Darstellungen vermieden werden sollen. Was die Wirkungen des Besitzes betrifft, so scheinen unmittel-

22) L. 34. §. 4. D. 18, 1. L. 28. D. 41, 2. L. 37. D. eod. L. 35. §. L. 37. D. 13, 7.

23) Schon des Processus wegen.

24) L. 15. pr. D. 2, 8.

telbare, d. h. solche, zu welchen sich der Besitz als einzige und nächste Ursache verhält, gar nicht angenommen werden zu können, und ich glaube sogar, daß sich dieses historisch nachweisen lasse. v. Savigny hat hiefür die Bahn gebrochen, und es ist ihm vortrefflich gelungen, von einer Reihe von Verhältnissen, die man gewöhnlich als Folgen des Besitzes darstellte, zu zeigen, daß sie mit andern Beziehungen im Rechte zusammenhängen. Dadurch hat er vollkommen bewiesen, daß, wenn man genau seyn will, die reine Ursache und deren Folgen, und dasjenige, was mit diesen in Verbindung kommen kann, sorgsam unterschieden werden müssen²⁵⁾. Aber ich wage noch weiter zu gehen in der Behauptung, daß auch Interdicte und Usucapion wenigstens ursprünglich nicht als reine Wirkung des Besitzes dastanden. Der usus als Besitz war sichtbar eher, als die in den prätorischen Edicten gestalteten Interdicte, und die Interdicte sind, wie uns die Uebersicht derselben noch jetzt wahrnehmen läßt, zum Schutze verschiedener Verhältnisse entstanden, wobey neben dem Privatinteresse ein öffentliches Interesse hervortrat. Die Anwendung auf den Besitz machte sich in dieser Rücksicht leicht, und es kann gerne zugegeben werden, daß der Besitz zum festen rechtlichen Institute erst durch die Interdicte, d. i. durch richterlichen Schutz wurde, eben so wie das Pfandrecht erst durch die actio quasi serviana zum eigenen dinglichen Rechtsinstitute sich hervorbildete; allein der Schutz des Besitzes war nicht so der letzte Gedanke bey Begründung der possessorischn Interdicte, wie der Schutz des Eigenthums bey der vindicatio, oder der Schutz der obligatio bey der condictio, denn der Besitz ist ja nichts Juristisches, und daher an sich rechtlich zu Schützendes, was Savigny sehr gründlich erkannt hat, indem er Alles bey den Interdicten auf die obligatio ex maleficio wirft, wodurch er aber eben den Satz, als seyen die Interdicte unmittelbare Folge des Besitzes, zerstört: es ist

25) v. Savigny s. 3. seines Buches vom Besitze.

bey den Interdicten, wie schon ihr Name zeigt, vielmehr die Geltendmachung der Auctorität des Magistratus in Verhältnissen, wo, weil das Juristische auf offener Hand liegt, wie bey dem Schutze im Genuße der res publicae, oder bey dem zur Basis genommenen Unrecht in Angriffen auf Privatverhältnisse²⁶⁾, eine Entschließung der Obrigkeit zur Verhütung weiteren Unrechts im höchsten Interesse des Staats ist. Ich brauche für diese Ansicht nur auf den Zusammenhang der Darstellung bey Gajus IV. 139. mich zu berufen:

Certis ex causis Praetor aut Proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis proponit, quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasipossessione inter aliquos contenditur, et in summa aut jubet aliquid fieri aut fieri prohibet.

Wie wenig bey den Interdicten auf das privatrechtliche Object, um darin den Grund des Anspruchs zu finden, gesehen ist; wie vielmehr hauptsächlich in Beziehung auf das rechtliche Interesse von Privatpersonen an solchen Sachen, die extra commercium singulorum sind, die interdicta begründet worden, beweisen viele Stellen und ganze Titel in unsern Pandecten. Ich führe nur L. 1. pr. und L. 2. §. 1. usque ad fin. D. de interdictis an, wo das proprietatis causam continere nichts anders als ein privatrechtliches Interesse

26) Darin ist v. Savignys Darstellung eben so geistreich als tief wahr, daß bey der Störung oder Entziehung des Besizes nicht der Besitz es ist, der den Grund des Anspruchs vor dem Richter gibt, sondern das in der vis und in der clandestinitas enthaltene Unrecht. Gewalt nämlich und Täuschung, sofern sie Schaden bringen, sind immer und ohne nähere Erwägung des Gegenstandes, an welchem sie ausgeübt werden, Unrecht. Das Verhältniß des precarii erscheint immer als eine Eigenthümlichkeit, aber das Unrecht in der Verletzung der aus dem precario entspringenden Treue ist etwas Auffallendes, und die Rechtfertigung des Interdicts daher einfach.

enthalten, bedeutet ²⁷⁾, was freylich bey jedem Anspruche vor dem Prätor nothwendig vorhanden seyn mußte. Auf diese Weise hoffe ich dahin gekommen zu seyn, für die Behauptung eines unmittelbaren Zusammenhanges der Interdicte mit dem Besitz Zweifel zu erregen, wobey ich aber nicht läugnen will, daß die wichtigste mittelbare Beziehung des Besitzes zum Recht in den Interdicten liegt, wo dann freylich nicht wohl das practische Resultat, aber doch die theoretische Stellung der Wirkungen des Besitzes bey v. Savigny anders werden, und überhaupt der Streit über die Wirkungen des Besitzes eine andere Richtung nehmen könnte. Doch es ziemt zunächst von der *usucapio* zu reden. Hugo hat längst schon in seiner Rechtsgeschichte bemerkt ²⁸⁾, daß das Wort *usucapio* der ausgebildeten Rechtssprache angehört, wobey zugesetzt werden dürfte, daß es hier auch eine speciellere Richtung hat, wie der alte *usus* als Begründungsart *quiritarischer* Rechte. Bey einem Volke, wo *Publicität* so sehr in das *Privatrecht* eingreift, wie die *mancipatio* und *cessio in jure* zeigen, ist der andauernde *usus* als das, was ohne *Formlichkeit* der *Publicität* entspricht, von der größten Bedeutung. Wie nämlich die Rechtsform hier mit dem ausdrücklichen Gesetze als ersten Quelle des Rechts verglichen werden kann, so der *usus* mit dem, dem materiellen Recht oft mehr entsprechenden *Herkommen*, als der zweyten Quelle. So bedeutsam war der *usus* im alten römischen *Privatrechte* als Begründungsform von Rechten: er kommt daher nicht nur im *Sachen*, sondern auch

27) Die Glosse faßt das Wort *proprietas* zu eigentlich auf, und wirft Alles auf das *veluti*, die verschiedensten Darstellungen zur Erklärung des *veluti proprietatis causam continere* hat Cuiacius nach seiner Weise tom. II. der Neap. Ausg. pag. 524. 563. tom. III. pag. 127. tom. VII. pag. 129. 284. Man vergl. auch du Roi im Archiv VI. 2. Seite 302, in der Note, der wohl den §. 3. noch in Berücksichtigung hätte nehmen sollen.

28) 9te Aufl. S. 169.

im Personenrechte vor, und ist nach dieser ganzen Darstellung, um auf den Besitz, d. i. auf eine Abstraction späterer Zeit, wie Savigny selbst den Besitz charakterisirend nennt, angewendet. Der usus hatte insonderheit den Zweck Rechtsformen unnötig zu machen, und dasselbe zu gewähren, was nur Rechtsförmlichkeiten außerdem gewähren konnten: in dieser Beziehung sollte er übrigens so umfassend wirken, als wäre vom wahren Eigenthümer die mancipatio oder cessio in jure erfolgt. So mußte ein fortgesetzter Besitz in das Eigenthum übergehen, aber es ist dieses keine unmittelbare Folge des Besitzes, sondern höherer allgemeiner Rechtsansichten ²⁹⁾.

Durch diese Bemerkungen sollte an diesem Orte nur die Ansicht bezeichnet werden, daß der Besitz treu seiner factischen Natur an sich und unmittelbar keine juristischen Folgen habe, wenn auch im Privatrechte nur in Beziehung auf Rechtssubjecte und Rechtsobjecte davon gesprochen werden kann. Mittheilbar aber lassen sich, besonders wenn man in der Progression von Mittel zu Mittel fortgeht, mit den Aelteren sehr viele rechtliche Erscheinungen, die mit dem Besitze zusammenhängen, darthun, wobey aber zugegeben werden kann, daß Interdicte und Usucapion in mehrfacher Hinsicht die wichtigsten sind. In dieser Beziehung gewinnt dann auch die Vermuthung, der Besizer dürfe wohl der Eigenthümer seyn, die nichts anders ist, als unmittelbare Folge der allgemeinen Präsumtion für das Bestehende als rechtlich Bestehendes, ihre theoretische Erklärung als Wirkung des Besitzes ³⁰⁾.

Bei dieser Darstellung entsteht nun als nächste Frage die, was denn die römischen Juristen wohl gemeinen, wenn

29) Dabey kommt auch in Betracht, daß es streng genommen gar nicht nöthig war, die Darstellung auf die usucapio auszudehnen, weil die usucapio gar nicht Folge eines jeden Besitzes ist, und also die Natur des Besitzes überhaupt rechtlich nicht bestimmen kann.

30) Vergl. Hufeland Darstellung der Rechtslehre vom Besitz S. 31. ff.

sie sagen, daß die *possessio juris sey*. Die Meisten, worunter auch schon Cujacius und Retes in den bey Cuper ³¹⁾ angeführten Stellen, glauben, daß dieser Ausdruck von den rechtlichen Folgen herkomme, die der Besitz erzeuge, und in demselben Geiste sagt v. Savigny in §. 5. seines Werkes: „der Besitz ist Recht und factum zugleich“. Der Savignyschen Idee hat sich nun schon Hufeland ausführlicher entgegenge-
setzt ³²⁾, und soviel, besonders durch die Beziehung auf die L. 19. D. 4, 6. ³³⁾ dargethan, daß die Römer auf die factische Natur des Besitzes als dessen eigentlichen und daher gewöhnlich hervortretenden Zustand sich hauptsächlich gründeten. Diese Idee bestimmt noch genauer Cuper sich auf das *ex jure mutuari* des Papinianus ³⁴⁾ berufend in den Worten:

natura possessionis proprie est in facto posita, quid-
quid autem ex jure ad eam accesserit, hoc veluti
alienum mutuatur.

Nachdem nämlich der Besitz als juristische Abstraction den Rechten ähnlich, die richtig deshalb Theophilus als ἀσώματα und als *νῶν καταλαμβανόμενα* ³⁵⁾ nicht nur bezeichnet, sondern auch im Einzelnen nachweist, einmal aufgefaßt war, und sofort

1) in Beziehung auf die Rechtssubjecte und Rechtsobjecte

2) in Beziehung auf Erwerb und Verlust

verarbeitet wurde, konnte es nicht fehlen, daß überall Rechts-
sätze entweder zur Grundlage genommen wurden, oder daß

31) Eingang in das caput quintum.

32) S. 24. ff. seiner Darstellung der Rechtslehre vom Besitz.

33) L. 49. pr. D. 42, 1. Denique si emptor prius, quam per
usum sibi acquireret, ab hostibus captus sit, placet inter-
ruptam possessionem postliminio non restitui, quia haec
sine possessione non constitit, possessio autem plurimum
facti habet, causa vero facti non continetur postliminio.

34) ed. Thibaut pag. 67.

35) ad. §. 1. I. 2, 2. an zwey Stellen.

auch manchmal aus Gründen der Zweckmäßigkeit von der Consequenz aus der reinfactischen Natur abgewichen wurde, und so ist es gekommen, daß die Classifier eine Vermischung aus juristischen Elementen nicht verkennen konnten. Im Gefühl dieser Ansicht habe ich in meinen Grundlinien des römischen Rechts §. 65. des Systems die compossessio, die juris possessio und die ficta possessio, wie mir scheint, sehr richtig für das erkannt, was sie sind, nämlich für Institute, die durch allmähliche Beziehung juristischer Begriffe auf den Besitz entstanden sind; aber ich hätte hier auf das reiche Detail der vielen einzelnen Rechtsfälle in der Besitzlehre aufmerksam machen sollen, aus welchem sich zeigt, wie die factische Richtung durch juristische Beziehungen modificirt, die Lehre selbst aber mit dem ganzen Rechtssysteme in die innigste Verbindung gebracht ist. Es kann mein Zweck hier nicht seyn, diesen Punct in das Detail zu verfolgen, aber ich führe Beispielsweise das Auffallendste an:

a) daß die Römer den Besitz auch als factisches Wesen nicht anerkennen, wo eine Rechtsunfähigkeit des Besitzers, oder der besessenen Sache vorliegt. So ist die *Negatio* allgemein in Beziehung auf den sogenannten juristischen Besitz zu verstehen, obgleich das *civiliter non possidere* oder *possideri* gebraucht wird ³⁶⁾.

b) Daß die Römer dagegen eine Besitzerwerbung, so wie eine Rechtserwerbung durch den *servus* annehmen ³⁷⁾.

c) Daß juristische Personen durch Repräsentanten Besitz erwerben und haben können ³⁸⁾.

36) L. 24. D. 41, 2. L. 38. §. 7. D. 45, 1. L. 7. §. 1. 2. D. 10, 4. Meine Grundlinien S. 159. Note 3. Es soll hier ausgedrückt werden, daß in Rücksicht auf Rechtssubjecte und Rechtsobjecte Alles auf das Civilrecht ankömmt.

37) L. 49. pr. D. 41, 2.

38) v. Savigny S. 278.

d) Daß Pupillen durch die auctoritas ihrer Tutoren sowohl, wie bevormundete Personen überhaupt, welche juristisch einen Willen nicht haben, durch Stellvertretung ihrer Tutoren und Curatoren Besitz erwerben können ³⁹⁾.

e) Daß die Grundsätze vom Besitze der Theile und des Ganzen durchaus nach Rechtsprincipien über das Eigenthum gebildet sind ⁴⁰⁾. Wichtig ist auch die accessio possessionis u. s. w.

Es sind dieses nur Beispiele, und es läuft dieser Punct in das feinste kaum durch Zusammenstellung zu erfassende Detail, doch möchte ich nicht unbedingt auf die Darstellung und Enumeration von Cuper im 6. Capitel seiner ersten dissert. verweisen, weil hier Alles ohne sicheres Criterium zusammengeworfen ist, und nach Savigny's classischer Arbeit ein durch diese an das Licht gewöhntes Auge das Halblicht und Halbdunkel nicht lieben kann.

Das Resultat dieser zusammengedrängten Darstellung ist, daß der Besitz in seiner Entstehung und in seinen Wirkungen ursprünglich und eigentlich durchaus factisch ist, so daß die factische Natur desselben als Hauptrichtungspunct betrachtet werden muß; daß aber bey der Anwendung auf Rechtssubjecte und Rechtsobjecte, bey der Entwicklung der Erwerbung und des Verlustes desselben, endlich in der Darstellung seiner Wirkungen Vieles auf juristische Ansichten gestellt, nach bestimmten Rechtsätzen erklärt, auf ganze Rechtsinstitute bezogen, daß mit einem Worte die ganze Lehre und Natur des Besizes mit dem Rechte überhaupt und mit einzelnen Rechten insbesondere, jedoch nicht ohne Grenze in die innigste Verbindung getreten ist ⁴¹⁾. Der letzte Punct führt uns unmittelbar zu den Gegenständen des Besizes.

39) v. Savigny S. 209 — 215. S. 278.

40) v. Savigny S. 22.

41) Bey dieser ganzen Darstellung bitte ich sehr, mich mit den in meinen Grundlinien aufgestellten Ansichten nicht widerlegen zu

Zu 2. Besonders hier ist zu unterscheiden das ursprüngliche natürliche Verhältniß und die juristische Fortbildung. Schon der noch überall sichtbare Unterschied der unbeweglichen und beweglichen Sachen, besonders bey den Interdicten läßt uns darauf schließen, daß die Beziehung des Begriffes Besitz auf bewegliche Sachen, wahrscheinlich aus processualischen Gründen erst gemacht ist. Du Roi in einer Abhandlung in diesem Archive ⁴²⁾ will die ganze Doctrin vom Besitze auf processualische Verhältnisse gründen: allein er geht hier sichtbar zu weit, denn er muß selbst zugeben, daß die eigentlichen Besitzschutzmittel, d. i. diejenigen, welche die Restitution des wirklich verlorenen Besizes bezwecken, ihren selbstständigen Ursprung haben ⁴³⁾, und daß daher nur die interdicta uti possidetis und utrubi als Mittel angesehen werden können, den Besitzstand während des Processes über das Eigenthum zu reguliren, und dadurch die partes petitoris zu bestimmen. Uebrigens wissen wir hinsichtlich der lis vindiciarum gewiß, daß hier Vieles davon abhing, ob der Gegenstand eine unbewegliche oder bewegliche Sache war ⁴⁴⁾, und das Verfahren war natürlicher für bewegliche als für unbewegliche Sachen, weil wegen der praesentia rei hier eine Fiction eintreten mußte: wenn nun der Begriff possidere ursprünglich auch nur auf unbewegliche Sachen ging, so mußte er, um den in-

wollen, da ich sichtbar hier ganz an der Hand des Savignyschen Werkes gegangen bin, und da, wo ich abwich, nicht ganz fehlerfrei blieb. Wenn auch in solchen Büchern gelegentlich neue Ansichten aufgestellt werden, wie ich z. B. bey der regula catoniana und bey den modis tollendi obligationes versucht habe, so ist hier doch nicht eigentlich der Ort dazu, und ich bekenne gerne, daß mir zu der Zeit, wo ich die Grundlinien schrieb, die hier vorgetragenen Ansichten über den Besitz nur noch dunkel und ohne innern Zusammenhang vor Augen waren.

42) VI. 2. S. 264. u. später, besonders 277.

43) Im Archiv S. 272.

44) Unter andern Gajus IV. §. 17. in fine.

terdictis retinendae possessionis eine Stellung zur vindicatio zu geben, auf die beweglichen ausgedehnt werden, jedoch mit Beibehaltung des Unterschiedes, der ohnedies dem Vindicationsritus entsprach. Damit mag auch zusammenhängen, daß von den interdictis recuperandae possessionis fortwährend nur Gebrauch für unbewegliche Sachen gemacht werden konnte ⁴⁵⁾.

Indessen entdeckt sich aus der Beziehung der interdicta retinendae possessionis zur vindicatio eine große Wahrheit, der Besitz konnte nach den Principien der Römer niemals juristisch weiter bezogen werden, als soweit an dem bestimmten Rechtsobjecte vindicationes zulässig sind. Wenn daher in den neueren Zeiten behauptet wurde, daß jede Ausübung von Rechten als Besitz aufgefaßt werden könne ⁴⁶⁾, so kann dieses abgesehen von dem positiv römischen Princip, ja sogar insofern selbst im Sinne der Römer zugegeben werden, als sie sagen: usus pro possessione est ⁴⁷⁾, und also die Römer die Denkbarekeit jener Ausdehnung nicht widersprechen: aber wir können nicht vergessen, daß alles Positive nach den zufälligen Bedürfnissen und Ansichten der Menschen seine Grenzen hat, und daß es Pflicht des Bearbeiters positiver Rechte ist, diese Grenzen anzuerkennen, um so mehr, wenn er, wie hier, sieht, daß die Entwicklung eines Instituts innerhalb dieser Grenzen einen ganz festen eigenthümlichen Charakter angenommen hat. Und wer wollte in Beziehung auf die Lehre vom Besitz läugnen, daß er nur auf den usus solcher Rechte, zu deren Geltendmachung vindicatio-

45) Bei beweglichen Sachen fällt der Besitz mit etwas ganz anderem und natürlicherem zusammen; nämlich der custodia. (Excepto homine, den man nicht custodiren kann, worauf man aber doch eben der Allgemeinheit wegen den Begriff Besitz anwendet. L. 3. §. 13. D. 41, 2.)

46) Zibaut Pandecten-system S. 290.

47) L. ult. D. 8, 1.

nes gebraucht werden, ausgedehnt worden sey? Es hängt dieses auch sehr natürlich damit zusammen, daß Standes-, Familien- und Obligationenrechte ihrer Natur nach so geartet sind, daß Recht und Ausübung in derselben Person zusammenfallen, und daher practisch nicht zu unterscheiden sind. Und wenn auch in der Entwicklung des römischen Rechts hinsichtlich der Obligationen eine Ausübung durch andere statt fand, und zwar in rem dieser andern, also gleichsam *animo sibi habendi*, so ist doch immer das Abgeleitete, Unselbstständige dieses Verhältnisses theoretisch und practisch so aufrecht erhalten worden, daß das Princip, bey Obligationen solle Recht und Ausübung in derselben Person seyn, dadurch neu anerkannt und bestätigt⁴⁸⁾, und daher die Anwendung der Idee des Besizes darauf unmöglich gemacht wurde.

Dabey muß ich vorzüglich auf einen Umstand aufmerksam machen, der der inneren Bildungsgeschichte des römischen Rechts angehört: alle Rechtsinstitute mußten ihre Fortbildung nicht sowohl, wie bey uns durch theoretisch-logische Entwicklung, sondern durch die processualisch-practische Richtung des Edicts erhalten, und daher kommt es, daß der Besiz nicht in der Analogie zu gewissen Rechten und resp. in Beziehung auf deren Ausübung, sondern aus dem Standpuncte der Interdicte zu den Klagen weiter gebildet wurde. Also nahm man nicht nur bey *res corporales* und bey *incorporales* Besiz und Interdicte an, soferne zur Geltendmachung des Rechts daran eine *vindicatio* statt hat, sondern man nahm sogar auch *possessio* und *interdicta* bey der *universitas bonorum* an, soferne zur Geltendmachung des Rechts daran eine *vindicatio* oder *petitio* statt hat⁴⁹⁾. Indessen muß man auch hier nicht zu viel construiren wollen, denn

a) an sich findet bey einer *universitas rerum* Besiz nicht statt, obgleich eine *vindicatio* darauf geht⁵⁰⁾; und e

48) Die Lehre von der Cession der Foderungsrechte.

49) *honorum possessio* — *interdictum quorum bonorum*.

50) L. 1. §. 3. L. 2. D. 6, 1. Geßerding vom Eigenthume S. 324

ist hier die Doctrin vom Besitz ihrem Principe treu geblieben, daß ihr Gegenstand nur reine corporalia sind, dergestalt, daß sie von allem, was im Innbegriffe existirt, absteht⁵¹⁾. Obgleich nun die Theile einer universitas rerum sämmtlich corpora sind, so ist die universitas selbst als Abstraction und resp. Denk- und Sprachcomplex kein corpus⁵²⁾, und kann deshalb nicht besessen werden.

b) Die *honorum possessio* hängt mehr formell und nominell, als der Sache nach mit dem Institute des Besitzes zusammen: es ist in Wahrheit, wie immer behauptet worden, ein eigenes Rechtsinstitut; aber der Prätor mußte den Weg wählen, theils um ungehindert durch das alte Recht, theils um durch *interdicta* Einfluß auf das Erbrecht zu üben. Wie sehr es hier um das Recht und nicht um einen factischen Zustand zu thun war, zeigt am besten die Wendung, die die Sache bald durch *fictio* erhielt, und die hiernach eingeführte *hereditatis petitio possessoria*⁵³⁾.

Bei diesen Verhältnissen ist das Gebiet des Besitzes den Gegenständen nach im Sinne des römischen Rechts zu bestimmen nicht mehr schwierig. Es bezieht sich also

a) auf alle *res corporales*, wobey übrigens der Unterschied in bewegliche und unbewegliche Sachen eben so der Erwerbung und dem Verluste nach, als in Beziehung auf *Interdicte* und *Usucapion* von Bedeutung ist. Man vergleiche übrigens hierbey die oben sub a vorgetragene Bemerkung⁵⁴⁾,

51) Meine Grundlinien §. 56.

52) L. 30. §. 2. D. 41, 3. non item tamen universi gregis ulla est usucapio: sed singulorum animalium sicuti possessio, ita et usucapio.

53) Gajus IV. §. 34.

54) Es ist hier der Platz nicht auf eine Detailentwicklung sich einzulassen, da auch von den Theilen körperlicher Sachen Manches zu erwähnen wäre, was aber bey v. Savigny meisterhaft ausgeführt ist.

b) Auf jene res incorporales, in Beziehung auf welche eine actio in rem statt findet, also abgesehen von der hereditas (oben sub b) auf die Servituten, und diesen etwa ähnlichen Rechte. Was aber unter letzteren zu verstehen sey, ist nun näher zu untersuchen. Im römischen Rechte können nur hierher bezogen werden die superficies und das jus in agro vectigali vel emphyteutico: denn bey dem Pfandrechte treten ganz eigene Rücksichten ein. Man kann natürlich nicht läugnen, daß ihm eine eigene actio in rem entspreche (actio quasi serviana), und es ist gar nicht zu zweifeln, daß man sagen könne, daß im jure possidendi et distrahendi bestehende Pfandrechte werde gegen jeden Besitzer der Pfandsache, also durch eine actio in rem geltend gemacht; eben so ist gewiß, daß die Pfandklage ihre eigenen Voraussetzungen hat, nämlich die gehörig geschehene Verpfändung, so daß nach Allem diesem die Klage eine Geltendmachung des Pfandrechts selbst, wie die confessoria eine Geltendmachung der Servitut bezweckt: allein in der Wirkung hat die Pfandklage das Meiste mit der Eigenthumsklage gemein. Jene geht nämlich, wie diese auf die Einräumung des Besitzes der Sache, denn der Besitz der Sache ist gerade der Gegenstand des Pfandrechts, und die hiernach folgende Veräußerung ist eigentlich eine Folge des Besitzes, eine gesetzlich begründete Selbsthülfe. In dieser Beziehung kommt also nicht ein Recht an der Sache, sondern die Sache selbst in Betracht, und der Pfandgläubiger, insofern er sein Recht ausübt, sucht oder hat den Besitz der Sache selbst, und so coincidirt hier die possessio juris und rei oder vielmehr es ist eine possessio juris durchaus unnötig, und daher auch nicht vorhanden. Hiernach gewinnt auch dasjenige seine Erledigung, was auf dem Grunde einer Darstellung von du Roi in diesem Archive neuerlich in demselben Archive Zimmermann ausgeführt hat, der mir mit einem nicht logisch sicher genug angebrachten folglich alle Grenzen übersprungen zu haben scheint ⁵⁵⁾. Er glaubt nämlich, daß, weil die

⁵⁵⁾ Archiv VII. 3. S. 315.

Pfandklage auf den Besitz der körperlichen Sache gehe, sie wirklich die Eigenthumsklage sey, die jedoch der Pfandgläubiger auf den Namen gleichsam des Eigenthümers gebrauche, weil ja gesagt sey, daß die Veräußerung in Folge des Pfandrechts so zu betrachten sey, als wäre sie vom Eigenthümer geschehen, weshalb auch diesen die aus der Veräußerung gewöhnlich entspringenden Haftungen treffen. Der Pfandgläubiger repräsentire also nur den Eigenthümer, und habe deshalb nur die dem bestohlenen Eigenthümer zustehende *condictio furtiva*, und auch in dieser Richtung nur die possessorischen Interdicten. Deshalb sey das Pfandrecht nichts anders als eine Eigenthumsausübung in rem suam, eine Cession der Vindication, — kein dingliches Recht. Wäre nun diese Deduction streng logisch ausgefallen, so müßte es heißen, kein selbstständiges Recht. Allein jetzt müßte unser Gegner laut protestiren, denn nun hätte er nicht mehr einzelne leges, die sich wenden lassen, nun hätte er das ganze *corpus juris* und alle Classifier gegen sich. In Wahrheit, es ist ja bey der Behandlung positiver Rechte nicht davon die Rede, wie man sich ein Rechtsinstitut denken könne, sondern wie man sich es gedacht habe: und wer müßte sich nicht mit dem einzigen §. 7. J. 4, 6. von der vollkommenen Ausbildung des Pfandrechts als dinglichen selbstständigen Rechts in unserem Sinne überzeugen? Die *actio quasi serviana* hat, wie hieher wiederholt wird, in dem Erfolg mit der Eigenthumsklage die Hauptrücksicht gemein, aber schon nicht Nebenpuncte z. B. die *omnis causa rei*, denn diese geht den Pfandgläubiger nichts an: und demnach erscheint schon hier eine Selbstständigkeit des Rechts; aber noch bey weitem mehr tritt diese in den Voraussetzungen der Klage, d. i. in dem Fundamente hervor. Es ist von keiner Cession der Vindication die Rede — nirgends ist in unseren Quellen eine Spur dieser Ansicht; ja sie ist schon ebendeshalb falsch, weil der Pfandgläubiger es nur mit der Sache, wie sie ist, nicht mit der *causa rei*, die nicht mehr bey der Sache ist, zu thun

hat: es ist folglich auch keine Eigenthumsausübung: es ist nicht die *condictio furtiva*, so wie sie der Eigenthümer anstellen kann, welche durch eine Interpretation der Juristen auch dem Pfandgläubiger erstreckungsweise gestattet ist, denn es heißt

L. 12. §. 2. D. 13, 1.

Neratius libris membranarum Aristonem existimasse refert, eum, cui pignori res data sit, *incerti* conductionem acturum, si ea subrepta est.

Das „*incerti*“ bezieht sich nämlich auf den Besitz, der dem Pfandgläubiger gestohlen ist, indem ihm die Sache gestohlen wurde⁵⁶⁾. Es kommt ja bey dem römischen Conditionensysteme auf die causa und die hiernach vorgenommene Beziehung nichts an, und es ist daher in jener Stelle nichts anderes gesagt, als der Pfandgläubiger könne *condiciren*, was er verloren habe, d. i. den Besitz, und natürlich nicht mehr. Nach *Zimmermann* müßte er aber die Sache ihrem Eigenthume nach, und also auch die *aestimatio* darnach *condiciren* können, was als falsch in dem „*incerti*“ ausgedrückt ist. Was endlich die possessoriischen Interdicte betrifft, so hat noch Niemand behauptet, daß hier der Pfandgläubiger unselfstständig sey, und wenn v. Savigny den Ausdruck *abgeleiteter Besitz* gebraucht hat, so hat er gewiß sich nicht vorgestellt, daß es zu solchen Consequenzen kommen werde. Der Pfandgläubiger hat Besitz und folglich Interdicte selbst gegen den Eigenthümer, das sicherste Zeichen, daß er sein Interdict nicht vom Eigenthümer ableitet⁵⁷⁾.

56) *if. L. 1. 2. D. 13, 3. L. 75. §. 3, 10. D. 45, 1.*

57) Daß der Verpfänder für das Eigenthum der verpfändeten Sache stehen muß (*Eviction prästiren*) zeigt ja eben, daß er nicht *vindicationem edirt* hat, daß er für Fehler haften muß zc. ist natürlich, da er ja auch das superfluum des Kaufpreises bekommt. Wenn man daher etwas Procuratorisches annehmen wollte, so könnte es sich höchstens auf die Veräußerung selbst beziehen; aber so wenig auf das *jus distrahendi*, als auf das *jus possidendi*.

Daß ein nomen verpfändet werden kann, nimmt dem Pfandrechte so wenig seine Dinglichkeit, als dieses bey'm ususfructus der Fall ist.

Es ist endlich ganz gegen das Interesse und gegen die Tendenz des Pfandgläubigers, das Eigenthum auszuüben, denn er hat es nur mit dem Besitz, aber mit allen anderen Ausflüssen des Eigenthumes nicht zu thun, und der Eigenthümer hat auch nichts weniger, als seine Klage cedirt, er kann ja die Sache bey'm Bestehen des Pfandrechts veräußern und das Eigenthum übertragen. Hier übt er sein Eigenthum höchst unbeschränkt selbst aus, und der Pfandgläubiger sieht ruhig zu, weil er ein selbstständiges dingliches Recht hat. Doch schon habe ich hier die Grenze überschritten.

Was zuletzt die Superficies und Emphytheusis betrifft, so ist es mein Zweck nicht, hier die Natur dieser Rechtsinstitute ergründen zu wollen: ich bemerke nur, daß sie gewöhnlich als jura in re (aliena) angesehen, und als den Servituten ähnlich charakterisirt werden. Doch galten sie nicht selten auch als dem Eigenthume ähnliche Institute, und unsere Quellen verschaffen uns nicht vollkommene Befriedigung. Bey der Emphytheusis wird wie bey dem Pfandrechte ein Besitz des Berechtigten an der Sache selbst angenommen: bey der Superficies nehmen die Meisten einen Besitz an dem Rechte, wie bey den Servituten an.

Aus Allem geht hervor, daß die Römer den Besitz an unförperlichen Sachen nur bey den Servituten zu behandeln hatten, und in dieser Richtung finden wir ihn auch in den Quellen des römischen Rechts.

§. 3.

Von der Quasipossessio im allgemeinen.

Nach römischem Rechte sind es drey Beziehungen, unter welchen die quasipossessio erscheinen kann,

- a) Die eigentlichen Servituten, (jura praediorum).
- b) Der ususfructus, denn er kann wohl die Personalser-

vitut κατ' ἐξοχην genannt werden, weil die andern, die noch aufgeführt zu werden pflegen, in ihm enthalten sind.

- c) Die superficies, insofern sie als prätorische Servitut angesehen werden mag.

Bey den eigentlichen Servituten ist der Satz der L. 14.

D. de Servitut. wichtig:

Servitutes praediorum rusticorum, etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt.

Es ist nämlich hier in Beziehung auf die sogen. Rusticalservituten etwas ausgedrückt, was eigentlich für alle dinglichen Rechte gilt, daß accedere corporibus: nicht alle sind zwar qualitates corporibus impositae, aber daß accedere corporibus halte ich für wesentlich. Hiervon werde ich weiter unten für die deutschen Realrechte Gebrauch machen. Es ist jedoch schon jetzt ein bestimmter Sinn für das accedere corporibus zu finden. Bey den sogen. Urbanalservituten ist nicht immer in der Art von einem accedere corpori die Rede, daß eine positive Einwirkung auf das corpus statt fände, vielmehr besteht das Recht oft in einem bloß durch Nichtthun sich äussernden rein intellectuellen Verhältnisse, wo also in jedem Sinne von einem corpori accedere gar nicht die Rede seyn kann, wo dann aber auch das incorporale um so bestimmter hervortritt: auf der anderen Seite aber kann das corpori accedere in einer weiteren Bedeutung aufgefaßt werden, wo es die Beziehung auf eine körperliche Sache als die Grundlage des dinglichen Rechts, welches sich nur da denken läßt, woran Eigenthum möglich ist, ausdrückt. Dem sey übrigens, wie ihm wolle: von unförperlichen Sachen gilt als Consequenz:

nec traditionem, nec usucapionem (folglich auch nec possessionem) recipiunt ⁵⁸⁾.

Für die ältesten Rusticalservituten war nun freylich sehr früh:

58) L. 43, §. 1. D. 41, 1.

zeitig dieser Gedanke — eine allerdings richtige logische Consequenz — juristisch nicht anerkannt; denn es fand für sie mancipatio statt⁵⁹⁾: und daß in der mancipatio traditio liegt, ist so gewiß, als für die cessio in jure das Gegentheil⁶⁰⁾. Bei dieser Lage der Dinge war in der Folge der Zeit, wo die possessio als eine doctrinell ausgebildete Erscheinung hervor trat, die Anwendung derselben auf solche res incorporales nicht schwierig, weil schon eine ähnliche Ansicht längst in den Formen des Civilrechts niedergelegt war⁶¹⁾.

Daher ist es auch sehr wahrscheinlich, daß für die ältesten Rusticalservituten durch Interpretation usucapio statt fand, um so mehr als der usus nach seinem Ursprunge betrachtet nur die Ergänzung der Formen ist, und als die libertas rei, für welche die usucapio anerkanntermaßen statt fand⁶²⁾, immerhin ein Correlatding zur servitus ist. Freylich möchte ich immer die libertas nur als ein naturale rei vel domini ansehen, also nicht als ein eigenes Recht; daher nicht sprechen von einer quasipossessio libertatis, sondern von einer in Beziehung auf den gewöhnlichen, natürlichen Zustand

59) Gajus II. §. 29.

60) Dies würde schon die angeführte Stelle von Gajus bewähren, aber darauf führt auch die adjudicatio, die die größte Ähnlichkeit mit der cessio in jure als addictio hat §. ult. Inst. de officio jud: — darauf führt die Formel des Prätors: Mittite ambo rem, darauf führt die Ansicht von der auctoritas magistratus in der Analogie zu der lex, die das Recht gibt, so daß traditio und mancipatio nur vorkommen, wo der freye Wille des Ueberlassenden und Annehmenden bestimmend sind, und so vieles Andere. Dieses nur gegen Zimmern, im Archiv VII. S. 319, der übrigens auch die Auctorität der älteren Schriftsteller gegen sich hat, s. B. Cujacius ed. Neap. V. pag. 693.

61) Wahrscheinlich kam man von dem tradere, das zum Zwecke des publicianischen Rechtsverhältnisses angenommen wurde (davon §. 4. a. E.) auf die Ausbildung der Lehre von der quasipossessio.

62) L. 4. §. 29. D. 41, 3.

qualificirten possessio rei selbst, weshalb auch nirgends von besonderen Interdicten zum Schutze der libertas die Rede ist: allein die libertas hat doch das mit der servitus gemein, daß sie in Beziehung auf eine körperliche Sache juristisch als Theil derselben aufgefaßt wird, und hiernach berechtigt sie zur Annahme der Analogie. Uebrigens ist auf der anderen Seite wieder nicht zu verkennen, daß die libertas wegen der Einheit der Person des Berechtigten so wenig reell vom Eigenthum getrennt werden kann, als der dem Eigenthümer gebührende ususfructus: während bey den Servituten eben wegen der Mehrheit der Berechtigten die juristische Verschiedenheit der Theile an der Sache hervortritt, und damit Rechte neben dem Eigenthum. Da bey dem Miteigenthum keine Verschiedenheit der Personen juristisch statt hat, obgleich eine Mehrheit, weil nur der Wille Aller entscheidet, und der Widerspruch des Einen Alles bey dem Andern läßt, so liegt auch hierin der wesentliche Unterschied der Rechte der Miteigenthümer zu den Rechten des Eigenthümers und Servitutberechtigten; hierin das Verhältniß, daß die Miteigenthümer nur in einer quantitativen Beziehung zueinander stehen⁶³⁾, so daß aus der Betrachtung dieser Gegensätze vieles klarer werden muß, z. B. warum der Eigenthümer und Usufructuar zusammen keine Servitut der Sache auflegen können⁶⁴⁾: ihr Verhältniß ist nämlich so dem Miteigenthume entgegengesetzt, daß ein consensus nicht denkbar ist.

Um nun auf das Verhältniß des Besitzes bey den Servituten zurückzukehren, so ist nach dem obigen die Beziehung desselben auf die Rusticalservituten historisch einfach, obgleich bey der Durchführung der juristischen Abstraction vom Besitz wieder die Schwierigkeiten eintreten, die jedes unnatürliche Verhältniß darbietet. Es heißt deshalb im Verlaufe der oben angeführten Stelle:

63) Meine Grundlinien §. 79. Note 1.

64) L. 15. in fine D. 7, 1.

et ideo usu non capiuntur, vel ideo, quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam, continuamque possessionem; nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur.

Also fehlt es hier hauptsächlich an dem Continuirlichen des Besitzes. Aber das continuum ist überhaupt auf diesem Erdenrunde etwas Relatives, am besten tritt es in Hinsicht auf den Besitz bey beweglichen Sachen hervor wegen der hier möglichen custodia: bey unbeweglichen Sachen zieht sich schon das Continuirliche mehr in den Hintergrund; der Besitzer kann weder selbst immer bey seinem Grundstücke und in der Einwirkung auf dasselbe befangen seyn, noch auch durch andere sich in dieser Art vertreten lassen, und daher wird hier gesagt, daß animo der Besitz erhalten werde ⁶⁵⁾; daher mußte auch consequent der Satz aufgestellt werden, daß wir den Besitz eines Grundstückes, den ein anderer ergriffen hat, so lange nicht verlieren, als wir dieses nicht wissen ⁶⁶⁾. Bey dieser Richtung kann man nun auch in Beziehung auf das Continuirliche der Ausübung der Wegservituten mildere Ansichten aufstellen, denn die Wegservituten enthalten immerhin nichts anderes, als eine Benützung der Grundstücke.

Bey den Urbanalservituten macht die Sache von dem Standpuncte der Continuität der Ausübung noch bey weitem weniger Schwierigkeit. Dieselben haben entweder eine dauernde Anstalt, wodurch die Servitut ausgeübt wird, und dann ist hier eine sichtbar bestehende Continuität, oder es sind negative Servitute, wo in dem Nichtthun eine unsichtbar bestehende Continuität liegt ⁶⁷⁾.

65) L. 3. §. 11. und coll. §. 13. D. 41, 2. Cujacius tom. V. pag. 713. 714. coll. 715. cf. et. Pauli lib. 5. Sect. tit. 2.

66) L. 46. D. 41, 2. Cujac. l. c. pag. 713.

67) Es kommt hier nichts auf das logisch Consequentere der Darstellung an, sonst müßte man, um vollständig zu seyn, strenger auf

Bey dem ususfructus gewinnt die Anwendung des Besitzverhältnisses auf das Recht dadurch eine große Einfachheit, daß der ususfructus in der Ausübung, der Ausübung des Eigenthums so nahe kommt, daß die Detention der Sache sogar nöthiger, wie bey'm Eigenthümer ist, und daher von diesem natürlichen Besitzverhältnisse auf das juristisch Gebildete am Rechte überall geschlossen werden kann.

Bey den Servituten, den ususfructus eingeschlossen, welche sich positiv äußern, schwinden zuletzt alle Schwierigkeiten in dem Satz: usus pro possessione est ⁶⁸⁾. Auf diesen Gedanken gestützt war es leicht den Sprachgebrauch zu bilden: jus fundi possidere — servitutem possidere ⁶⁹⁾. So ging es an den diuturnus usus, an die longi temporis consuetudo, an die longa juris (oder quasi) possessio ⁷⁰⁾. Bey den Servituten, welche sich negativ äußern, ist die Sache nicht etwa bedenklicher, wie es scheinen möchte, denn da wir einmal im Gebiete reiner Begriffswesen sind, so gehört nur einige Gewandtheit in der Abstraction dazu, sich die Art der Ausübung in der Allgemeinheit zur Vorstellung zu bringen, um darnach den Begriff Besitz lebendig zu machen. Nun muß man aber freylich hier nicht immer sehen und fühlen wollen, es ist hier von einem Tradiren der Geisterwelt die Rede, welches in der Bedeutung gewöhnlicher menschlicher Beziehungen kein Tradiren ist, aber juristisch ebenso für ein Tradiren gilt, wie der usus juris für die possessio juris. Daher ist es unbelohnend, in gewöhnlicher Weise darum zu kämpfen, ob zur Erwerbung der Servituten auf dem derivativen Wege der freywilligen Verleihung Tradition gehöre oder nicht: denn

das Verhältniß aller Servituten als positive durch Handlungen und Vorrichtungen und als negative Rücksicht nehmen, wie v. Savigny gethan hat.

68) L. ult. D. 8, 1.

69) L. ult. D. 43, 19. und andere Stellen.

70) L. 10. pr. D. 8, 5. L. 1, 2. Cod. 3, 34.

man kann im Geiste des römischen Rechtssystems unbedenklich mit Ja antworten, und von vornherein nur auf die Möglichkeit sich stützen, die dadurch erwiesen ist, daß für alle Servitute eine *possessio* angenommen ist. Bey der weiteren Deduction aber zum Beweise der Wirklichkeit muß man sich freylich eben so sehr auf die einzelnen Servituten, als auf die einzelnen Fragmente in unseren Quellen einlassen, dabey aber nie vergessen, daß die Traditionsweise hier nicht weniger verschieden und manichfaltig ist, als bey den körperlichen Sachen, wo uns v. Savigny so treffend belehrt, und die Verschiedenheiten der Apprehension unter das Princip gebracht hat. Warum sollte es bey den Servituten keine *traditio solo animo* geben, da, wo nichts anderes zu geschehen hat, weil nichts anderes geschehen kann? Warum soll nicht jede besondere Versicherung zum Zwecke der Ausübung des Rechts für den Berechtigten ein Zeichen der Tradition seyn? Und so wären die bekannten promissorischen Cautionen aufzufassen ⁷¹⁾. — Uebrigens versteht sich von selbst, daß da, wo sich die Ausübung durch besondere Handlungen oder Vorrichtungen darstellt, die Apprehension recht reell in der Vornahme der Handlung und Herstellung der Einrichtung zu bewirken ist. Dabey muß man die Fragmente weniger torquieren, als bedenken, daß bey so feinen Verhältnissen die Sprache des Lebens nicht immer die Sprache der mit ängstiger Bestimmtheit umherschauenden Philosophie seyn kann. Doch hievon deshalb nur so höchst allgemein, weil diese wichtige Rechtsfrage hier *ex professo* nicht abgehandelt werden kann und soll.

Wenn oben noch der *superficies* erwähnt ist, so braucht, soferne man zugibt, daß sie ein *jus in re*, wie die Servitut constituiert, nur mit Savigny angenommen zu werden, daß der Besitz des *superficiarischen* Rechts mit dem Besitz des *ususfructus* die größte Aehnlichkeit habe, indem jener, wie dieser von dem natürlichen Besitz der Sache selbst abhängt ⁷²⁾,

71) L. 20. D. 8, 1. L. 3. §. 2. D. 19, 1.

72) C. 473.

um diesen Punct einfach erledigt zu haben. Freylich sind noch nicht alle Stimmen für eine solche juristische Natur der superficies, und es ist erst von du Roi ⁷³⁾ sowohl über die superficies als emphyteusis aus dem Standpuncte der Klagen viel Eigenthümliches gesagt; allein die oben angegebene Ansicht hat die Consequenz des römischen Rechts für sich, indem es höchst unnatürlich ist, zweyen Personen ohne Miteigenthum Eigenthumsansprüche auf dieselbe Sache zu geben, — nicht weniger ist der Sprachgebrauch dafür ⁷⁴⁾ — eben so die Vorstellung, daß, wenn bey diesen Rechten neben dem vollkommenen Genuß des Objects auch das jus distrahendi vorkömmt, dieses letztere Recht ja auch bey'm Pfandrechte statt findet. Man täuscht sich dabey lediglich dadurch:

a) Daß bey der emphyteusis die Klage auf den Besitz der körperlichen Sache, ja sogar auf die Herausgabe der Früchte gehen kann. Aber es geht ja auch die Pfandklage auf den Besitz der körperlichen Sache, und die Früchte können verlangt werden, weil der emphyteuta schon durch die Separation das Eigenthum derselben erwirbt.

b) Daß bey der superficies auf die Einräumung des Gebäudes geklagt wird; aber dahin geht ja auch die Klage bey dem ususfructus aedium.

Hier zeigt sich übrigens der Unterschied zwischen der emphyteusis und zwischen der superficies hinsichtlich der Besitzverhältnisse. Es läßt sich aber recht gut erklären, warum bey der emphyteusis ein eigentlicher Besitz, bey der superficies dagegen eine possessio juris anzunehmen ist ⁷⁵⁾. Bey der emphy-

73) Im Archiv VI. S. 386. ff.

74) Hier nur superficies cedit solo L. 2. D. 43, 18. jus praedii L. 3. §. 4. D. 27, 9. quamvis non efficiantur domini L. 1. D. 6, 3. Die beyden letzteren Stellen sprechen von dem ganz gleichen emphyt. Rechte.

75) Die practische Bestätigung dieser Annahme findet sich am besten in den Interdicten.

teusis ist keine juristische Unterscheidung zweyer Objecte, wie bey der superficies in dem ausdrücklichen Unterschiede des solum von der superficies; die superficies nämlich ist ein Aggregat von Materialien (daher universitas aedium ⁷⁶⁾, daß deshalb nicht mehr selbstständig betrachtet werden kann, weil es vom Grund und Boden als seinem Fundamente abhängig ist, obgleich es als ein solches Aggregat wohl unterschieden werden kann ⁷⁷⁾. Bey der superficies bleibt also daß solum insoferne seinem Eigenthümer auch dem Besitze nach, als der Superficiar gerade durch die Errichtung eines Gebäudes darauf den Besitz für ihn ausübt. Diese Masse ist übrigens juristisch ganz gleich mit dem Boden zu beurtheilen, so lange sie mit ihm zusammenhängt, und so verliert der Erbauer den Besitz an den Materialien, und besitzt sein Haus nach der Verbindung mit dem Boden nomine alterius, und so kann für ihn nichts als die possessio juris übrig bleiben.

Wenn auch zu einer solchen Darstellung noch historische Verhältnisse, die im Dunkel liegen, eigentlich hervorgezogen werden müßten, so ist doch schwerlich zu läugnen, daß keine Abstraction, wie die ebenangegebene, die römischen Juristen geleitet hat.

§. 4.

Von den Interdicten in Bezug auf jura in re.

Ob die Interdicte, die wir im 43sten Buche der Pandecten in Hinsicht auf die jura in re finden ⁷⁸⁾, Beziehung auf die Annahme der quasipossessio hatten, kann gefragt werden. Die quasipossessio gehört der Zeit der wissenschaftlich

76) L. 7. §. 11. D. 41, 1. L. 23. D. 41, 3.

77) Juristisch wird es ja ausdrücklich unterschieden für den Fall des Zusammensturzes und Abbruchs; Gelfering, vom Eigenthume S. 449.

78) Tit. 18 — 23.

verarbeitenden Jurisprudenz an; die Interdicte sind Resultate der prätorischen Praxis. In der Zeit, wo die Interdicte sich im Edicte bildeten, war es nicht um Abstractionen und Begriffe zu thun; sondern man dachte nur an das Handeln. Dazu kommt, daß man in der alten Welt von polizeilichen Magistraturen, und von einer polizeilichen Wirksamkeit, wie wir diese haben, nichts wußte; jeder höhere magistratus hatte sein imperium und übte es, soweit er nicht an bestimmte Instructionen gebunden war, nach dem Grundsatz: *rei publicae salus suprema lex sit*. Der Prätor war nun freylich an noch etwas Anderes gebunden; nämlich er war da für die Erhaltung der Rechte Einzelner durch seine *jurisdictio*. Diese setzt in der Regel eine genaue Untersuchung aller auf die Sache sich beziehenden Umstände, die sorgfältige Vernehmung der Parteyen, und einen Auspruch voraus, der hierauf 'gebaut ist. Allein in jeder Staatsverwaltung kann in einzelnen Fällen eine solche Untersuchung nicht nöthig seyn; auch kann bey solchen Umständen in einzelnen Fällen der Zweck der Rechtserhaltung, und damit der Zweck der Staatsordnung gerade verfehlt werden, und daher erklärt sich leicht, daß der Prätor nicht selten gleich vorne hinein *auctoritatem* interponiren und Beschlüsse (*decreta*) erlassen und vollziehen mußte. Es ist übrigens hier ebenfalls *jurisdictio* vorhanden, und so ist auch nur die Sache gemeint, wenn man hier von einem *mixtum imperium* spricht; daß aber gerade diese Jurisdictionsfälle sorgsam im Edicte aufgestellt wurden, läßt sich gerne einsehen, und es fragt sich nur, welche Idee den Prätor dabey leitete? Hier wage ich ganz bestimmt auszusprechen, das öffentliche Interesse, welches bald mehr bald weniger unmittelbar in Betracht kam. Bey den *rebus religiosis, sacris et publicis* tritt es sehr unmittelbar hervor, und es wird hier ganz bestimmt gesagt, *publicae utilitatis causa competit interdictum* ⁷⁹⁾; obgleich

79) L. 2. §. 1. D. 43, 1. und andere Stellen. —

nicht zu läugnen ist, daß ein privatrechtliches Interesse gerade die Anregung geben muß:

sed et illa interdicta, quae de locis sacris et de religiosis proponuntur, veluti proprietatis causam continent ⁸⁰⁾.

Dabei ist für unseren Zweck wichtig, daß zu den res publicae, für deren Schutz Interdicte gegeben waren, vorzüglich viae publicae und flumina publica gehörten. Mittelbarer schon in Beziehung auf die utilitas publica, aber doch so gewiß damit zusammenhängend, als das ganze Personenrecht wenigstens von der Zeit an, wo die strenge Privatsfamieliengehalt sich auflöste, dem jus publicum näher trat, sind die interdicta de homine libero exhibendo, de liberis exhibendis, de liberto exhibendo. Paulus sagt ausdrücklich vom ersteren dieser Interdicte officii tuendi causa competit im Gegensatz des sui juris tuendi causa, und das öffentliche Interesse ist auch dadurch angezeigt, indem Ulpian sagt: hoc interdictum omnibus competit, nemo enim prohibendus est, libertati favere.

L. 3. §. 9. D. 43, 29.

Wie sehr die vis gegen das öffentliche Interesse sey, und die augenblickliche Zurückweisung derselben für das öffentliche Interesse braucht gewiß nicht ausgeführt zu werden: daher die interdicta de vi et vi armata ⁸¹⁾. Daß nun dieser Punct, da der Prätor nur Privatrechte zu schützen hat, hauptsächlich auf die res familiaris, auf die rei persecutio, auf die proprietatis causa, und auf die possessionis causa bezogen wurde, läßt sich einsehen. Hier ist aber natürlich von der eigentlichen possessio die Rede. — Auf diese Weise hat auch das Interdict quod vi aut clam seinen Standpunct.

Wenn durch das Bedürfnis und durch die gewiß sehr fühlbare Wohlfahrt angeregt, die Interdictsformulae zahlreicher

⁸⁰⁾ L. 2. §. 2. D. eod.

⁸¹⁾ D. 43, 16.

wurden, wer mag hierin etwas Singuläres finden? Soviel übrigens hier im Dunkel der Geschichte liegt, indem die Detailgeschichte des Edicts wahrscheinlich von den Römern selbst so wenig erhalten wurde, als wir die Geschichte temporärer Verfügungen bewahren: so können wir doch aus dem, was uns in den Pandecten übrig geblieben, über die Bedeutung der *interdicta de itinere actuque privato, de aqua quotidiana et aestiva, de rivis, de fonte, de cloacis*, nicht verlegen seyn, denn wenn auch nicht bey allen das öffentliche Interesse so hervortritt, wie bey den *cloacis*, nicht bey allen die Ausdehnung von den *res publicae* auf die *res privatae* derselben Art so hervorgehoben ist⁸²⁾, wie bey den *cloacis*, so ist doch kaum auch bey den Privatweg- und Wasserrechten das publicistische Verhältniß des Verkehrs, welches freylich im Großen nur bey den öffentlichen Wegen und Flüssen erscheint, zu verkennen. Und wer wollte nicht auf diese Weise, in diesem Zusammenhange die erste Aufstellung jener *Interdicte* als wahrscheinlich annehmen? Ich will hier nicht des gelehrten Schmuckes wegen auf den formellen Zusammenhang im Edicte nach den *Restitutionen* Gothofred's, Haubold's oder v. Weyhe's⁸³⁾ verweisen, sondern mich nur darauf beziehen, daß bey diesen *Interdicten* es wirklich nicht das rein factische Verhältniß des Besitzes war, welches augenblicklich

82) L. 1. pr. — §. 3. D. 43, 23.

83) Warum v. Weyhe das *interdictum de cloacis* der klaren Richtung der L. 1. pr. und §. 8. D. h. t. entgegen nicht zu den *Interdicten* zum Schutze eines dinglichen Rechts stellt, kann ich mir nur daher erklären, weil hier so viel von der *salubritas civitatis* und *publica cura* die Rede ist. Auch Donellus sagt: *Praesens hoc auxilium praetoris utilitas publica exegit in cloacis*, aber er erkennt doch den Standpunct des Privatrechts, auf welchem das *interdictum* geboten wird, an. Uebrigens ist es gerade Donellus, der in Beziehung auch auf die Weg- und Wassersevituten sagt: *necessarius reipublicae servitutis usus etc.* *Comment. lib. XV. cap. 23.*

geschützt werden sollte, sondern das Recht selbst, wie bey den *interdictis de rebus publicis*, denn dieses geht hervor

a) aus den Commentationen zum Edict

L. 2. §. 2. D. 41, 3. Paulus ad lib. 63. ad edict. quaedam interdicta rei persecutionem continent, veluti de itinere actuque privato: nam proprietatis causam continet hoc interdictum ⁸⁴⁾,

und in demselben §. ist noch ausdrücklich die possessionis causa der proprietatis causa entgegengesetzt.

Freyplich wurde eben des öffentlichen Interesses wegen die Nachweisung der in der gehörigen Form erworbenen Rechte umgangen, und nur auf den usus innerhalb einer bestimmten Zeit gesehen; aber schon der Umstand, daß eine gewisse Zeit des usus vorgeschrieben ist, zeigt, daß nicht das reine Besitzverhältniß, wie bey körperlichen Sachen hier entscheidet ⁸⁵⁾.

b) Aus den vielen den reinfactischen Verhältnissen der possessio widerstrebenden juristischen Sätzen, die bey der Anwendung dieser Interdicte vorkommen, z. B. in L. 1. §. ult. und L. 2. D. 43, 19.

Si quis supradicto tempore anni non vi, non clam, non precario itinere usus sit: verum postea non sit usus, sed ⁸⁶⁾ clam precariove, videndum est, an noceat, et magis est, ut nihil ei noceat, quod attinet ad interdictum.

Nec enim corrumpi, aut mutari quod recte transactum est, superveniente delicto potest.

⁸⁴⁾ Die Beschränkung dieser Stelle auf das interd. de itinere *reficiendo*, wie Savigny S. 463. Note 2. sie erklären will, hat schon das gegen sich, daß von einer ganzen Klasse (quaedam) die Rede ist: wie auch die Tendenz der Stelle zu classificiren beweist.

⁸⁵⁾ Das Argument in L. 1. §. 2. D. in fine D. 43, 19. ist nicht schlüssig, denn wenn nun ein häufiger usus in kürzerer Zeit nachgewiesen werden könnte, wie dann?

⁸⁶⁾ soviel wie vel.

c) Aus den wenigstens durch die Interpretation, wenn auch nur ausnahmsweise auf das Vorhandenseyn und Nachweisen des juris selbst hingehenden Stellen,

L. 3. §. 11. 12. 13. D. eod.

Hieraus muß dann auch jedenfalls folgen, daß diese interdicta nichts weniger als Anwendungen des interdicti uti possidetis auf Servituten sind. Es ist aber auch von Nöthigen noch eine Behauptung der Art, als wären die Interdicte des 19ten — 23ten Titels im 43ten Buche Entwicklungen des interdicti uti possidetis, oder auch nur diesem ähnlich, aufgestellt worden, denn die Eigenthümlichkeiten jener Interdicte liegen zu offen vor. Dagegen schwebt unter zweyen der berühmtesten Lehrern des römischen Rechts in unseren Tagen darüber ein Streit, ob bey der nunmehr anzunehmenden vollkommenen Ausbildung der quasipossessio neben jenen singulären Interdicten das allgemein possessorisches Interdict uti possidetis statt finde, oder nicht? v. Savigny läugnet dieses,

a) weil die unbedeutenden Servituten dieser Art im Verhältniß zu den ältesten und wichtigsten begünstigt seyn würden. Er begegnet dabey auch gleich denjenigen, die etwa eine analoge Anwendung dieser für die älteren Servituten bestimmten Interdicte auf die später gebildeten zulassen möchten, denn die positiven Bedingungen jener besonderen Interdicte seyen zu verschiedenartig;

b) weil gerade der besonderen Natur dieser Servituten wegen, welche in intermittirenden Handlungen bestehen, die allgemeinen Interdicte nicht anwendbar geschienen hätten. Bey den Wegservituten habe man 30 Tage, bey den Wasserservituten irgend eine Ausübung im letzten Jahr angenommen; hiermit wären die wichtigeren Fälle abgethan, und für die weniger wichtigen hätte man sich mit der petitorischen Klage begnügen müssen⁸⁷⁾.

87) 4te Ausgabe S. 456. 457. in der Note 2.

Thibaut hat für die bejahende Meinung folgende Argumente:

a) Die Realservituten, als ewig dauernde Institute, wären von größerer Bedeutung als bloße Personalservituten, (wofür ich beysetzen möchte, daß ja der Gegenstand einer Realservitut in der Form einer Personalservitut eben so gewährt werden konnte, wie auch ohne alle Servitut obligationenweise ein solches Recht einzuräumen war, wo dann in Beziehung auf die Realservitut gegen beyde Fälle natürlich der größere Werth von der Dauer abhängen mußte). Nun fände zum Schutze der Personalservituten das *interdictum uti possidetis* statt, warum sollte es für die Realservituten ausgeschlossen seyn? Dabey ist es denn besonders darum zu thun, daß, wie v. Savigny zugestehen muß, für einige Realservituten gar keine Interdicte statt finden würden.

b) Es sey zwar von den römischen Juristen gesagt, daß bey einer Weggerechtigkeit als unkörperlichen Sache Besitz und folgeweise *Dejectio* nicht angenommen werden könne⁸⁸⁾, worin man sich besonders gründe, um das *interdictum de vi* bey den Realservituten unanwendbar zu machen, und wo man denn auch noch weiter gehen könne; allein es sey eine bekannte Sache, daß die römischen Juristen manchmal die Consequenz des Rechts hervorheben, wo sie zur Nachweisung einer Ansicht dieser bedürften, andererseits aber eben so vernehmlich wieder die Ausdehnung und das Mildere der Erweiterung der Rechtsansichten in den Vorgrund stellten. In der letzteren Beziehung heiße es eben so allgemein⁸⁹⁾: *ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt*.

c) Der oft angeführte Satz endlich, daß das Edict für einzelne affirmative Realservituten keine besonderen Interdicte würde gestattet haben, wenn schon vermöge der Regel für alle der *Interdictproceß* zulässig gewesen sey, wolle um so we-

⁸⁸⁾ L. 4. §. 27. D. 41, 3.

⁸⁹⁾ L. 20. D. 8, 1.

niger sagen, als es gerade im Wesen des Edicts liege, für einzelne Beziehungen Sätze zu geben, so wie der practische Zufall darauf geführt habe, und die weitere Anwendung derselben natürlicherweise nicht abzuschneiden⁹⁰⁾.

Es ist bald zu erkennen, daß die von mir gewagte Conjectur Einfluß habe auf diese Controverse. Waren nämlich die oft genannten Interdicte nicht rein possessorisch, obgleich der Beweis des Rechts bis auf einen Fall nicht verlangt, sondern nur eine Bescheinigung in einem eine bestimmte Zeit über fehlerfrey gepflogenen Gebrauch gegeben werden sollte; so möchte nicht zu läugnen seyn, daß bey der später hauptsächlich durch die Rechtsgelehrten bewirkten Feststellung der quasipossessio es in dem Geiste dieser Fortbildung des Besitzes war, possessorische Interdicte für alle Servituten ohne Rücksicht darauf, was im Edicte in anderer Hinsicht darüber schon bestimmt war, anzunehmen. Meiner Conjectur kommen übrigens noch folgende Punkte zu statten:

a) Savigny's eigene Angabe, daß die ofterwähnten Interdicte auf sehr alte und wichtige Servituten gehen. In der Zeit, wo der Prätor die Interdicte dafür vorschlug, war von der quasipossessio gewiß noch keine Spur, und der Prätor hielt sich daher auch nicht an die reine Consequenz von der possessio. Daher allein kommt es, daß wir so viele Eigenheiten bey diesen Interdicten zu finden glauben. Daher gebe ich auch zu, daß von diesen Interdicten eine analoge Anwendung auf andere Servituten nicht zu machen ist.

b) Es ist von der größten Wichtigkeit, daß im Edict an derselben Stelle von den viis und fluminibus publicis und von dem ungestörten Genuß derselben die Rede war; eben so von den cloacis publicis — darnach bildet sich die Idee von einem gleichen Schutze der viae privatae, aquae privatae und cloacae privatae. Dort aber bedurfte es keiner weiteren Bescheinigung des Rechts, weil solche res in Betracht kamen,

⁹⁰⁾ Dieses Archiv I. S. 111. ff.

die allen ihrer Natur nach zum Gebrauche offen sind; hier mußte in dem fehlerfreien Gebrauche, wenn auch während einer kurzen Zeit, der Schutz des weiteren Gebrauchs begründet werden ⁹¹⁾.

c) Da man hiernach die reine Idee des Besitzes nicht einmal für die Interdicte hier zuließ, und theoretisch bey dem Sage hielt, wo keine traditio, da ist kein wahrer Besitz; aber doch durch die in anderer Richtung angenommenen Interdicte den Zweck des Schutzes solcher Rechte, denen ein tägliches Bedürfnis zum Grunde liegt, erreichte; so wird erst recht erklärlich, warum keine Anwendung von der usucapio für die Servituten gemacht wurde. Wäre die reine Besitzidee zum Zwecke der Annahme der Interdicte zum Grunde gelegen, so ließe sich durchaus nicht begreifen, warum der Fortschritt zur usucapio unterblieben ist.

d) Daß der Prätor das „nec vi, nec clam, nec precario“ in die Interdictsformel aufnahm, drückt nichts anders aus, als daß hier von einem Privatrechte die Rede ist, das nur auf derivativem Erwerbwege begründet werden kann, und wo dann Gewalt, Heimlichkeit, und Unredlichkeit alle Präsuntion für das Recht zum Zwecke der Schutzes vernichten. Dies beweist am besten folgende Stelle:

L. 1 §. 7. D. 43, 22.

Quia autem cloacarum resectio et purgatio ad publicam utilitatem spectare videtur (was also unter allen Verhältnissen und ohne Rücksicht auf Privatrechte gesehen muß) id circo placuit, non esse in interdicto addendum: quod non vi, non clam, non precario ab illo usus: ut etiam si quis talem usum habuerit, tamen non prohibeatur volens cloacam reficere vel purgare.

91) Auf das Verhältniß der viae publicae zu den viis privatis hat auch Buchta zu anderem Zweck aufmerksam gemacht. Civilistische Abhandlungen No. III.

e) Besonders wichtig ist noch, daß das *interdictum de itinere* auch als *interdictum adipiscendae possessionis* erscheinen kann, L. 2. §. 3. D. 43, 1. weil man sich ganz auf den *usus* seines auctor berufen darf. Alle *adipiscendae possess. interdicta* gründen sich aber auf ein Rechtsverhältniß, und haben nur den Besitz zum Zweck, hier den fort dauernden *usus*.

Da nun die wissenschaftliche Entwicklung der Römer sich hauptsächlich an das Edict angeschlossen, so läßt sich leicht einsehen, wie die genannten *Interdicta* durch Interpretation des Edicts und durch die vielen *libri ad edictum* im Leben erhalten werden mußten, wenn sie auch der Abstraction vom Besitze nicht vollkommen zusagten; aber daher erklärt sich auch die außerordentlich wichtige Darstellung von Paulus in seinem *lib. 63. ad edictum* (L. 2. D. 43, 1.), einer Stelle, die in der Einleitung von den *Interdicten* aufgestellt den Zweck hat, neben der Stelle Ulpian's (L. 1. D. eod.) den Ueberblick der Lehre zu geben, und die, weil Ulpian nach dem objectiven Umfange classificirt, deshalb in die D. aufgenommen ist, weil sie nach dem Fundamente classificirt⁹²⁾. In dieser Stelle aber sind die oftgemeinten *Interdicta* von den possessoriischen sehr streng geschieden.

Wenn übrigens hiernach auch in meinen Gedankengang eingegangen wird, so ist die oben aufgestellte Frage noch nicht gelöst, ob für die Realrechte, die durch eigene *Interdicta* geschützt werden, auch das *interdictum uti possidetis* zu gebrauchen ist. Denn auch zugegeben, daß das *interdictum uti possidetis* für die Urbanen⁹³⁾ und Personal, und auch für

92) Solche Stellen sind wegen der wirklich neuen Ansichten, die die verschiedenen Eintheilungen geben, neben einander aufgestellt, wie ich in meinem Lehrbuche des Criminalrechts auch hinsichtlich der römischen Strafen gezeigt habe, wo nebeneinander Paulus, Ulpianus und Callistratus aufgeführt sind, aus deren Darstellungen wir immer Neues lernen.

93) L. 8. §. 6. D. 8, 5.

die nicht mit eigenen Interdicten versehenen Rusticalservituten statt findet, so ist doch noch zu untersuchen, ob es auch auf die Weg, Wasser-, und Cloacgerechtigkeiten, die sich eigener Interdicte erfreuen, bezogen werden kann? Hier scheinen alle Rechtsgelehrte verneinen zu müssen. Thibaut sagt ausdrücklich a. a. D. „wenn nicht da und dort durch besondere Interdicte für sie gesorgt ist“ und dieser Ansicht habe ich kein Bedenken beizutreten, weil die Annahme doppelter Interdicte sonderbar und übersubtil wäre, die Interpretation über das Edict jene Interdicte mit ihren Voraussetzungen in praxi erhalten hat, und auch wirklich, um hier mit Savigny zu reden, das Intermittirende bey den Weg- und Wassergerechtigkeiten seine Eigenheiten veranlaßt und die Erhaltung derselben politisch rechtfertigen läßt.

Ob aber darneben das interdictum de vi nicht statt findet, da es sich auf die quasipossessio recht gut anwenden läßt, und bey der superficies⁹⁴⁾, bey'm ususfructus⁹⁵⁾ vorkommt, muß besonders gefragt werden. Hier gebe ich nun zu,

a) daß bey den Prädialservituten, die in Handlungen bestehen, eine dejectio nicht denkbar ist, indem die Widerseßlichkeit gegen eine Handlung immer nur eine Störung ist, weil dadurch der Besitz nicht aufgehoben ist, vielmehr so gewiß nicht verloren ist, als außerdem der Dejectio sich so bey dem Grundstücke aufstellen müßte, daß die Handlung gar nicht mehr möglich wäre. Bey körperlichen gleichwohl unbeweglichen Sachen ist es anders, weil die gänzliche Abbringung von der Einwirkung auf den Körper in ihrer Vollendung in die Sinne fällt, d. h. der Besitz verloren ist, wie der Gegner gänzlich delogirt wurde. Also reichen dann auch die interdicta retinendae possessionis bey den Servituten dieser Gattung vollkommen aus.

b) Daß bey den andern Prädialservituten das Verhält-

94) L. 3. §. 5. D. 43. 16.

95) L. 3. §. 13, 14. D. eod. v. Savigny S. 451.

nitz mit dem herrschenden Gute so objectiv ist, daß das interdictum uti possidetis aus dem Standpuncte des herrschenden Guts, also so zu sagen aus dem Standpuncte des eigentlichen Besitze entwickelt ⁹⁶⁾, sogar für den Fall ausreicht, wo eine gänzliche Unmöglichkeit der Ausübung der Servitut eingetreten ist. Denn die servitus ist hier eine reine qualitas rei, und der Besitz der res wird gestört, wenn diese qualitas entzogen wird ⁹⁷⁾.

Hieraus aber geht hervor, daß das interdictum de vi nicht statt findet, weil es nicht nothwendig ist, und daß folglich bey allen dinglichen Rechten, wo eine selbstständige Entsetzung aus dem Quasibefitze derselben vorkommt, der Anwendbarkeit jenes Interdicts nichts im Wege stehen dürfte.

Wer die Ansichten der älteren Juristen über die Anwendbarkeit des interdicti uti possidetis auf die Servituten vergleichen will, dem empfehle ich vor allem den Ramos del Manzano ad tit. de acquis. vel ommitt. possess. (Meerman thesaur. vol. VII. pag. 109.) §. XIII. XIV., woraus man ersehen wird, wie verschieden die Meinungen von den Glossatoren an bis auf Cujacius und Donellus waren. Ueber das interdictum de vi stellt Ramos gar keine Frage an, weil er alle Interdicte bey den Servituten auf die in den Dig. (43. B. 19—23. Titel) vorkommenden beschränkt, und namentlich für die Urbanalservituten gar keine Interdicte zuläßt. (§. XIII. in fine).

Daß Resultat dieser Entwicklung ist, daß nicht angenommen werden kann, die in den oft erwähnten Titeln des 43sten Buches der Pandecten angeführten Interdicte seyen als Folgen der auf die Servituten von den körperlichen Dingen herübergenommenen possessio und zum Schutze derselben in

96) L. 32. i. f. D. 8, 2. natura enim servitutum ea est, ut consideri non possint, sed intelligatur possessionem earum habere, qui aedes habet. Man vergl. auch L. 20. pr. D. eod.

97) v. Savigny C. 471.

der Weise, wie das *interdictum uti possidetis* und *unde vi* im Systeme stehen, gebildet; vielmehr scheinen sie mir ganz anderen Zusammenhang zu haben, d. h. nach anderen Mustern gebildet zu seyn. Hieraus folgt dann weiter, daß die Lehre von der *quasipossessio* eine reine Abstraction der mehr aus dem Leben in die Contemplation zurückgezogenen späteren Jurisprudenz ist. Damit hängt auch zusammen, daß selbst in unseren Classikern dieser Lehre so wenig Terrain abgewonnen ist, ja, daß sich ihre Darstellung immer noch um den Grundgedanken der Befestigung des Instituts in der Idee, daß es zwar unnatürlich sey, *incorporalia* zu besitzen, daß aber der Besitz in einer bestimmten Beziehung doch gedacht werden könne, herumdreht. Uebrigens ist die Lehre von der *quasipossessio* der Schlüsselstein in der so großartig bewirkten Ausbildung der römischen Servitutenlehre, deren Weg in sehr abgemessener Bahn vom Strengen und starr Consequenten zum Milde und Gefälligen des Lebens gezogen wurde, wie auch so viel andere Verhältnisse beweisen⁹⁸⁾. Diese Lehre hat auch das Schöne, daß sie in der Richtung auf lauter einzelne Servituten, die nur Beispiele sind, aber eben deshalb mit der hier so nöthigen großen Anschaulichkeit ausgeführt ist, wo dann auch die große Kunst des Weiterbildens des Rechts in der Analogie leichter zu erreichen ist. Leider ist aber oft hier in zweyerley Puncten gefehlt worden: nämlich bald wurden die Exempel als Arten der Servituten aufgestellt, wo man sich dann um die practische Anwendung bedeutungslos herumstritt⁹⁹⁾; bald hat man in harten Abstractionen sich gefallen, bey einer Lehre, wo man eben nur wenig allgemeine Sätze wollte, und sich deshalb in die Entwicklung der Beispiele

98) Beweise L. 4. pr. D. 8, 1. — L. 65. eod. — L. 11. D. 8, 3. — L. 13. D. eod. L. 2. D. 8, 4. und viele andere Stellen. Dabey blieb denn freylich Manches zweifelhaft. L. 8. D. 8, 1. vergl. mit L. 19. D. eod.

99) Was besonders bey den *servitt. itineris, actus, viae* der Fall war.

und Individualitäten ergoß. Bey dieser Lehre ist auch merkwürdig, daß der Prätor an ihrer Entwicklung fast gar keinen Theil hat; jedoch ist es sehr natürlich, daß, da die *confessoria* eine wahre *vindicatio* ist¹⁰⁰⁾, die *publiciana* in demselben Verhältnisse bey den Servituten gebraucht wurde, in welchem sie bey körperlichen Sachen angewendet zu werden pflegte. Darauf bezieht sich auch die L. 1. §. 2. D. 8, 3.

*Traditio plane et patientia -servitutium inducet officium praetoris*¹⁰¹⁾.

Bey Gelegenheit der Anwendung der *publiciana* auf die Servituten wurde die Ansicht vom Besitz der Servituten unbestritten practisch, und in diesem Zusammenhange konnte es auch an der Annahme der Erwerbung der Servituten durch Erfügung nicht fehlen. In dieser Beziehung äußerte sich der Einfluß des Prätors auf die Servituten; aber dieses geschah im Geiste eines Grundsatzes, der für das dingliche Recht so allgemein ist, wie die *vindicatio*, d. h. des Schutzes eines Zustandes, der nicht zur *vindicatio* berechtigt. Hierbey sieht man aber den Einfluß des Besitzes auf das dingliche Recht, und die Bedeutung, die diese Lehre der Wirkung nach als eine allgemeine Doctrin für das dingliche Recht hat, wohin sie deshalb auch von vielen Neueren im Systeme gestellt wird¹⁰²⁾. Dabey ist nur noch zu bemerken, daß die Bestimmtheit, die bey den körperlichen Sachen vorkommt, in der Ausbildung der Servitutlehre für Alles, was auf den Besitz der Servituten sich bezieht, wegen des uneigentlichen Verhältnisses, und da hier weniger Consequenz als das Passende entscheiden mußte, nicht verlangt werden kann. Daher ist auch von der Erfügung der Servituten in unseren Quellen unter den verschiedensten Ausdrücken die Rede, insbesondere als *longi temporis consuetudo*, *quae vicem servitutis* (i. e. juris)

100) Ueberschrift des 5ten Titels im 5ten Buche der Dig.

101) Dieses beweist die Correlatstelle L. 11. §. 1. D. 6, 2.

102) S. B. Schwegge, Mühlenbruch.

obtinere¹⁰³⁾, welchem entspricht *vetustas, quae vicem legis tenet*¹⁰⁴⁾; ferner von einem *diuturnus usus* und von einer *longa quasipossessio*¹⁰⁵⁾, von einer *longae possessionis praerogativa*¹⁰⁶⁾ — wo denn endlich am allerbestimmtesten lautet das, *servitutum exemplo rerum immobilium tempore quaerere*¹⁰⁷⁾. Es sind daher in diesen verschiedenen Ausdrücken nicht verschiedene juristische Institute zu suchen, auch nichts Eigentümliches in Beziehung auf die Wirkung, und es bleibt daher neben der Servitutenerkennung nur noch das mehr im deutschen Rechte und in der Praxis ausgebildete Institut der aus der unvorstelllichen Zeit entspringenden Rechtsvermutung.

Ehe wir nun zu der Anwendung der *quasipossessio* auf die besonderen deutschen Rechte übergehen, müssen wir nur noch des besonderen Interdicts für die *superficies* Erwähnung thun, für dessen Entstehung ich die Darstellung bey v. Savigny S. 473. nicht vollkommen annehmen möchte, vielmehr glaube, daß dieses Interdict mehr zum Schutze des Rechts als des Besitzes entstand, was auch von Savigny gewissermaßen zugeht, wenn er sagt:

„Daß diese Stelle (über die *Superficies*) vielmehr bey den Interdicten als bey den Realklagen eingerückt wurde, war wohl bloßer Zufall“,

wozu v. Savigny auch durch den Nachsatz gewissermaßen berechtigt ist:

si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo.

Daß Ulpian das Interdict als eine reine Anwendung des in-

103) L. 1. cod. 3, 34.

104) L. 1. i. f. D. 39, 3. im Zusammenhange. (Hier ist von einer *quasi servitus* die Rede).

105) L. 10. pr. D. 8, 5.

106) L. 5. §. 3. D. 43, 19.

107) L. 2. Cod. 3, 34.

und insbesondere von der quasipossessio. 4

terdicti uti possidetis ansah, kann wohl aus dem Standpuncte seiner Zeit dogmatisch gerechtfertigt werden, und historisch wollte er dieses nicht gesagt haben; dogmatisch aber galt es um so sicherer, als die dingliche Klage wegen der superficies damals vollkommen ausgebildet war.

Wegen des interdicti de precario wiederhole ich die Ansicht v. Savigny's, daß dieses Interdict überall angewendet werden kann, also auch für alle jura, bey welchen sich eine Restitution denken läßt¹⁰⁸⁾, denn dieses Interdict hat durchaus keine juristischen Voraussetzungen nach der Natur des precarii. — Vom interdicto de clandestina possessione kann nicht mehr die Rede seyn.

§. 5.

Von der Anwendung der quasipossessio auf die den Römern unbekannten deutschen Rechte.

Wenn man nicht in eine genaue Untersuchung der Natur der hierher zu beziehenden einzelnen deutschen Rechte eingehen will, so ist der Standpunct vollkommen genügend, welchen v. Savigny im §. 49. eröffnet hat. Es ist auch schon oben in dieser Abhandlung vorgekommen, daß nur, wo von vindicationen und dinglichen Rechten die Rede seyn kann, die Natur des Besißeß in Anwendung zu bringen ist, denn nur hier läßt sich wegen der Objectivität des Rechtsgegenstandes, die unabhängig ist von bestimmten Personen, die Ausübung im eigenen Namen (animo sibi habendi) vom Recht unterscheiden, was am klarsten durch den Gegensatz sich darstellt, denn bey Obligationen ist wohl eine Ausübung des Rechts durch einen andern möglich, aber nicht eher, bis er vom Berechtigten Vollmacht nachgewiesen hat, und also immer nur animo procuratoris. Standes- und Familienrechte sind hierin noch strenger, denn sie lassen unter keiner Vermittelung die Aus-

108) S. 474.

Archiv f. d. Civ. Prax. VIII, B. I, S.

übung durch einen andern zu. Uebrigens gibt es mancherley Rechte, an deren Gattungsverhältnisse Zweifel ist, z. B. die sogenannten privilegia realia, und die deutschen Reallasten. Es muß daher noch ein näher bestimmendes Kriterium gefunden werden, dieses, glaube ich, liegt in dem obenberührten *accedere corporibus*. Es unterscheiden sich nämlich die unförperlichen Sachen überall in solche, die bey der Analyse auf eine körperliche Grundlage zurückführen, und in solche, die schlechtthin bloß einen Anspruch an eine bestimmte Person oder an mehrere bestimmte Personen enthalten. Bey den Sachen der ersteren Art ist immer etwas Räumliches, Anschauliches, auf welches sich das unförperliche Verhältniß, die Abstraction, die als juristisches Object erscheint, bezieht; bey den Sachen der andern Art ist durchaus nichts da, als eine Forderung an eine Person und deren Erben. Beispiele sollen dies näher aufklären. Ist die Leibzucht, das Wittum auf bestimmte Güter radicirt, wer kann zweifeln, daß hier so gut ein dingliches Recht vorhanden sey, als bey dem römischen *ususfructus*. Hätte aber der Bruder bey Uebnahme aller väterlichen Güter dem Bruder *annuas praestationes* einfach zugesichert, wer wird eine andere Haftung annehmen, als an den Bruder und dessen Erben? Aber noch etwas ist dabey in Betracht zu nehmen: es können Wittum und Leibzucht vertragsmäßig oder *ex testamento* feststehen, und zwar unter Anweisung gewisser Güter; wäre diese aber so gemeint, daß die Güter nur als Hypothek dienen sollten, so versteht sich, daß von einem selbstständig dinglichen Recht nicht die Rede seyn könne, und für das accessorisch dingliche Recht des Pfandrechts gibt es ja bekanntlich keine *quasipossessio*.

Dabey ist noch ein Punct vorerst in Betracht zu ziehen; es gibt deutsche Rechte, die mit der *emphyteusis* große Aehnlichkeit haben, und aus dem Standpuncte dieser Aehnlichkeit auch von den Juristen immer aufgefaßt worden sind; z. B. die Lehen und einige Rechtsverhältnisse bey bäuerlichen Ländereyen. Der Vasall, der Bauer in solchen Lagen wurde do-

minus utilis wie der emphyteuta genannt, und man kann nicht läugnen, daß er possessionem corporis hat. Da man nun folgerecht dem Lehenherrs, dem Grundherrs das zweyte und resp. erste dominium — das directum und originarium zuschreibt, wie sieht es für diese mit dem Besitz aus? Hier nahm man, wie bey der Darstellung des Eigenthums eine doppelte possessio an, oder, wenn man im römischen Geiste consequent seyn will, gibt man dem Lehen- und Grundherrs keine possessio corporis, sondern juris ¹⁰⁹⁾. So etwas ist nun freylich unrömisch, und bey der emphyteusis konnte für den dominus nichts als die vindicatio gegen den Dritten, und das Contractverhältniß gegen den emphyteuta in Betracht kommen.

Auf jene unrömische Fortbildung des Rechts müssen wir uns jedoch ohne Umstand einlassen, weil wir practisch festgewordene Ansichten, durch theoretische Nachweisung von Inconsequenz nimmermehr beseitigen können. Aller theoretische Gewinn besteht vielmehr darin, das Verhältniß des Irrthums einzusehen, um neue Inconsequenzen zu vermeiden.

Um nun auf eine Reihe deutscher Rechte einzugehen, auf welche das Besitzverhältniß angewendet zu werden pflegt, so bemerke ich vorerst, daß aus dem privatrechtlichen Standpunct die beste Uebersicht und Classification dieser Rechte unstreitig von Mittermaier gemacht ist in seinen Beyträgen zum deutschen Privatrechte als Zusätzen zu den Grundsätzen des gemeinen deutschen Privatrechts, S. 41. zu §. 229. —

109) Wie unklar übrigens die Sache bey den Meisten war, zeigt G.

L. Böhm in seinen principis juris feudalis, wo er bey der constitutio feudi per praescriptionem immerhin von einer possessio vel quasi dominii directi vel utilis ohne sich weiter einzulassen spricht. Da man ohne Widerstreit beyden, dem Lehenherrs und dem Vasallen Besitz zuschrieb, und zwar, da man einen doppelten Besitz an einer Sache annahm, nach der Natur des juristisch unterschiedenen Verhältnisses, so war am Ende practisch am Ausdruck nichts gelegen.

Allein ich muß hier noch einen allgemeineren Standpunct wählen, weil im Mittelalter und in der Zeit des deutschen Reichsverbandes gar viele, ja die meisten publicistischen Rechte zu privatrechtlichen Verhältnissen gemacht worden sind. So z. B. wurde die *jurisdictio* schon dadurch, daß sie von den Reichs-Untertanen *proprio jure* an andern Untertanen geübt wurde, ein Privatrecht; und aus diesem Standpuncte allein läßt es sich erklären, warum die *possessio juris* und damit der *possessorische Proceß* eine so große Bedeutung in Deutschland bekam ¹¹⁰⁾. Uebrigens war dieser Gang der Dinge in der politischen Maschine Deutschlands gar nichts Eigenthümliches; die Kirche entwickelte sich früher eben so, und konnte nicht anders, weil eine publicistische Entwicklung einer Gesellschaft, die kein Staat seyn soll und kann, wenn sie ihre geistige Grundlage nicht verlieren will, ein Unding ist. Also wurden die Diöcesen und Parochien als Bezirke betrachtet, die der Bischof und Pfarrer für seine *jurisdictionalia* und *spiritualia* in Besitz hat, und im canonischen Rechte ausdrücklich Besitzrechtsmittel darnach anerkannt. Von einer andern Seite mußte dieses auch in den Landesbezirken in Deutschland und namentlich von den darauf zustehenden besonderen Rechten der dem Kaiser und Reich unmittelbar unterworfenen Stände gelten; daher nicht nur von dem Besitz der Landeshoheit im allgemeinen, sondern auch von dem Besitz einzelner Landeshoheitsrechte (worunter die Regalien) die Rede wurde. Das privatrechtliche Verhältniß war übrigens hier leicht einzusehen; es kamen nämlich Untertanen, welche Fürsten und Herren, oder herrschende Corporation waren, mit einander in Concurrenz, und es macht nichts zur Sache, daß der Gegen-

110) Man vergleiche einmal die Reichsgesetze des 16ten Jahrhunderts, z. B. Reichsabschied v. J. 1548. §. 56. 59. 63. Reichskammergerichtsordnung v. J. 1555. Theil II. tit. 21. §. 3. Reichsabschied v. J. 1576. §. 102. wo überall von einer *quasipossessio* an sich und richtig auch von einer *quasipossessio libertatis* die Rede ist.

stand ein fürstliches Gut ist, denn dieses war eben das Unglück der Verfassung, daß zuletzt kein Recht der Staatsgewalt mehr übrig blieb, was nicht einen privatrechtlichen Standpunct darbot. Aber unjuristisch war in allen diesen Fällen die Annahme des Besitzes nicht; denn

a) ist, wie oben erwiesen, der privatrechtliche Charakter da ¹¹¹⁾,

b) seitdem das Territorialprincip gleichmäßig in Kirche und Staat, nämlich dort durch die Bildung von Sprengel, hier durch die feste Abgrenzung der Länder, und in beyden Beziehungen durch ausschließende Beherrschung alles desjenigen, was darinnen ist, ausgebildet wurde, war das Räumliche und Anschauliche, Körperliche vorhanden, in Beziehung auf welches die Ausübung der Rechte sich darstellte.

Um nun aber den gewöhnlich im deutschen Privatrechte vorgetragenen Rechten näher zu kommen, will ich aus einem anderen Standpuncte, als von welchem Rittmeister ausging, eine Uebersicht versuchen. Die selbstständigen dinglichen Rechte, d. h. die dinglichen Rechte, mit Ausschluß des Pfandrechts, die am Eigenthume eines Anderen vorkommen, können wohl Servituten genannt werden. Man muß nur das römische Verhältniß, und die That der neueren Zeit wohl zu unterscheiden wissen, und an eine Auseinanderhaltung der Begriffe da, wo es Noth thut, erinnern. Im Ganzen nämlich bleibt die große und von der Zeit unabhängige Idee der Römer wahr, daß Personen und Sachen juristisch zuletzt von den Begriffen libertas und servitus abhängen. Die Sachen, in Beziehung auf welche der Eigenthümer durch Rechte anderer beschränkt ist, sind servae, und es kann gar nicht darauf ankommen, worin die Beschränkung besteht, und welches Recht der andere hat.

Sehr consequent im Geiste des römischen Privatrechts:

¹¹¹⁾ Nirgends wurde die privatrechtliche Richtung mehr verkannt, als bey den sogenannten Staatsrechtsservituten.

systems ist die Ansicht, daß, weil das freye Eigenthum in einem unbeschränkten Thun und vollkommenen Ausschließen besteht, die Beschränkung nicht anders sich äußern könne, als dadurch, daß der Eigenthümer etwas nicht thun dürfe, oder Jemanden nicht ausschließen könne, also die Einwirkung eines andern in gewisser Hinsicht leiden und insoweit zurücktreten müsse. Jeder Schritt weiter konnte nur in Obligationenform gethan werden: wobey sich die Bemerkung machen läßt, daß überhaupt manches Bedürfnis per modum obligationis befriedigt werden kann, was wegen der bestimmten Grenzen und Voraussetzungen bey dinglichen Rechten, in diese nicht paßt. Daher war auch in dem älteren römischen Rechte das *legatum per damnationem* das *legatum optimo jure relictum*; auch waren die Römer den bleibenden Beschränkungen sehr abhold (daher überall der *favor libertatis*), und liebten daher die Bedürfnisse des bürgerlichen Lebens auf dem Wege der leicht aufzulösenden Obligationen zu befriedigen.

Alles war anders im Mittelalter; das System des römischen Rechts und die inneren Principien, die man den Geist des Rechts zu nennen pflegt, hatten im Dunkel der Zeit, und insbesondere bey dem Mangel historischer und philosophischer Beleuchtung nicht begriffen werden können; — das Verhältniß bleibender Gebundenheit war aber gerade im Sinne dieser Zeit, und man fand daher in vorübergehenden Obligationen kein Genügen.

So geschah es, daß man das *facere oportere* von dem Besitz des Bodens in vielfacher Hinsicht abhängig machte, so daß der jedesmalige Eigenthümer durch Leistungen beschränkt werden konnte. Die L. 6. §. 2. D. 8, 5. läßt zwar auch etwas Aehnliches in Servitutform zu, aber nur als *accessorium* eines andern die reine Natur der Servituten in sich schließenden Verhältnisses. Es bleibt daher in der deutschen Rechtsbildung ganz eigenthümlich, daß ein Grundstück so zu sagen zum Subjecte einer Leistung gemacht wurde. In dieser Hinsicht ist auch von Rittermaier von dinglichen Ob-

ligationen gesprochen worden ¹¹²⁾; allein es ist sicher, daß dieser Begriff bis hieher in der Doctrin nicht da war, daß vielmehr die Germanisten und Practiker diese Ansprüche als dingliche Rechte betrachteten, und wenn auch zugegeben werden muß, daß diese Ansicht nicht mehr Widerspruch in sich enthält, als das Verhältniß dinglicher Rechte, die in der Leistung einer Person sich äußern, so ist doch jene Wendung ungewöhnlich, und muß eben deshalb, weil sie dem Herkommen, welches allein Unnatürliches vermitteln kann, entgegen ist, verworfen werden. Dabey will ich nur zusehen, daß das Herkommen auch in positiven Wissenschaften seine Macht ausübt, denn es kann bey der Darstellung positiver Wahrheiten ein Institut mit seinen Folgen nicht so aufgestellt werden, wie es im Geiste einer früheren oder späteren Zeit besser erfaßt worden wäre, sondern nur so, wie es in der Zeit, wo es für das Leben und darnach in der Wissenschaft ausgebildet wurde, hervorgetreten ist. Die Wissenschaft hat in der Darstellung positiver Wahrheiten das Leben zur Führerin. In anderer Weise kömmt es zur Eigenmacht und Anarchie in der Wissenschaft, wie in den Staaten.

Es muß also anerkannt werden, daß die sogenannten Reallasten als Servitutähnliche Institute im Rechtssysteme erscheinen, und der sicherste Beweis dafür ist der Gebrauch der *actio confessoria* zur Geltendmachung derselben ¹¹³⁾, denn

112) Dieser bleibt sich auch in seiner Darstellung hierin gleich. Eichhorn, aber scheint hierin widersprechend, das er sein ganzes System auf die Ansicht gebaut hat, die Reallasten seyen Servitutähnliche Institute, und doch S. 161. gegen das Ende behauptet, das deutsche Recht habe den Grundsatz nicht vernichtet, daß keine Servitut im Thun bestehen könne.

113) *Böhmer* de actionibus sect. 2. cap. 2. §. 44. *Schmidt*, von den Klagen, 8te Ausgabe von Martin S. 471. Glück, Commentar X. Band S. 7 — 11. der zwar diese Rechte als Servituten nicht anerkennt, aber doch zugeben muß, daß sie von den Practikern, also von dem Standpunkte der Rechtsmittel so aufgeführt worden sind.

aus welchem andern Standpuncte will man, wenn eine theoretische Ansicht über die Natur eines schon lange bestehenden Rechtsinstituts gebildet werden soll, die Beurtheilung vornehmen, als von der durch das Herkommen geheiligten Ansicht der Betheiligten und der Richter?

Dazu kommt nun eben, daß man vom Gesichtspuncte der *confessoria* als des petitorischen Rechtsmittels aus, wie bey den *Servituten* auch auf das possessorisches Rechtsmittel, und folglich auf den Besitz die Anwendung gemacht und constant durchgeführt hat, wie der angeführte *Böhmern Schmid*, besonders aber der angesehene *Franzke in resolutionum libris* ¹¹⁴⁾, der diesen *Reallasten* den Character *Servituten* ähnlicher *Institute* ernstlich vindicirt, hinlänglich nachweisen ¹¹⁵⁾.

Bey dieser Lage der Dinge ist es jetzt am Ort, einen Uebersicht dieser *Reallasten* zu geben; das Thun äußert sich bekanntlich in Beziehung auf etwas, das verschafft werden soll, oder

114) Merkwürdig ist folgende Stelle des *Franzke* auch wegen neuerer Darstellungen über die Natur der *Servituten*: lib. I. resol. II. §. 117. confer eleganter *Ludov. Molinam etc.* — ubi dicit, quod venditione census id non agatur, ut res pro securitate census hypothecata sit, sed ut census et onus illud sit ipsi rei, tanquam servitus quaedam, impositum. Adde *Lessium etc.* ubi ait, sicut jus servitutis est particula quaedam decerpta ex jure integro, quod dominus habet in re sua, ita et census seu jus pensionis annuae est pars quaedam juris, quod dominus habet in re sua et sicut dominus potest vendere totum jus suum, quod habet in praedio, ita et potest vendere partem juris, quae nihil aliud est, quam census realis. Quae explicatio licet novissime displiceat *Manzio*, quod difficile sit dominium hac ratione in partes dividere, recte tamen intellecta bene procedit, quia enim servitutes et his similia alia onera realia rebus imponi non possunt, quia simul libertas dominii eo ipso imminuatur; sine absurditate dici potest, quod particulam de pleno jure dominii decerpant et in emptorem transferant.

115) Ueber den Besitz weiter unten das Weitere.

in Beziehung auf Dienste, die geleistet werden sollen; daher ist entweder von einem Geben oder Dienstleisten die Rede. Gegeben wird

a) der census feudal^{is} und allodial^{is}, wobey der Unterschied nicht in der Wirkung, sondern in der dem Mittelalter angehörenden Abtheilung alles Vermögens in Lehen- und Allodialgut liegt ¹¹⁶⁾. Der census ist bald eine Geldgabe, bald eine in anderen Dingen bestehende Gabe (Naturalgabe), und es kommt für unseren Zweck nicht weiter auf seine juristische Natur und Verschiedenheit an.

b) Die Beeten und Steuern, wobey man jedoch bemerken muß, daß diese in unseren Tagen den ihnen gebührenden reinpublicistischen Standpunct, den sie auch, soweit sie vorkamen, bey den Römern hatten, wieder annehmen.

c) Die Abgaben aus dem Communalverbande, die wirklich privatrechtlich sind, und wobey die Corporation das Rechtssubject bildet ¹¹⁷⁾.

d) Die Abgabe aus dem Kirchengemeindeverband, wohin besonders die Zehenden zu rechnen sind; außerdem aber auch die in subsidio für den Kirchenzweck zu leistenden Abgaben.

e) Die Abgaben an Einzelne, die dem ususfructus ähnlich sind, wohin Leibzucht und Wittum gehören.

Die Dienstleistungen finden statt:

a) Als Landesfolgen, wie die Steuern, die jetzt in dieser Richtung nicht mehr vorkommen, weil die Landeshoheit kein Privatrecht mehr ist.

b) Als Frohnen der verschiedensten Art.

c) Als Zwangs- und Bannrechte, wornach der Besitzer gewisser Güter zur Vornahme von Handlungen ¹¹⁸⁾

¹¹⁶⁾ Oben an wird diese Aufgabe gestellt, weil sie die älteste der Real-lasten ist; etwa die Zehenden ausgenommen.

¹¹⁷⁾ Ein Communalverband ist auch der Deich- und Brandasscuranzverband.

¹¹⁸⁾ Die meistens auf Befriedigung gewöhnlicher Bedürfnisse abzweden.

an einem gewissen Orte, so daß er entweder diese nicht thun, oder da thun muß, gezwungen wird.

Diese Uebersicht kann nun freylich das nicht gewähren, was die historische Nachweisung der Entstehung dieser Rechte hervorbringt, und deren Resultat seyn dürfte, daß die Abgabe, und Dienstpflicht, die das Wesen dieser Rechte bildet, bald durch Ueberlassen von Grundeigenthum, bald durch Verwandlung der persönlichen Dienstpflichtigkeit, in eine Realdienstpflichtigkeit, bald der Vogtey wegen, oder als Ueberbleibsel alter volkrechtlicher Lasten, bald in Folge des so natürlichen Beytrags an Früchten der Grundstücke zu allgemeinen Zwecken, wie z. B. dieß bey den Zehenden geschah, und in Folge der Erreichung von Communalzwecken und aus Rücksichten der gemeinen Wohlfarth, wohin auch die Lasten bey Einrichtung gemeinnütziger Anstalten, z. B. der Mühlen, gehören, bald endlich, als Reservationen bey Abtretung von Gütern aufgekommen ist. Auch ist im Mittelalter mancher Grundcensus zur Umgehung eines verbotenen verzinslichen Darlehens errichtet, und stehen geblieben. Um hierin specielle Klarheit zu gewinnen, muß man auf die Natur des altdutschen Eigenthums, insbesondere an Grundstücken zurückgehen, und muß untersuchen,

a) wie die verschiedenen Arten der unvollkommenen Gewehre entstanden sind,

b) wie auch bey dem ächten Eigenthum durch den Einfluß der Regalität Beschränkungen gebildet wurden,

c) wie insbesondere bey der Anwendung des römischen Rechts die Annahme der Servituten für Rechte, welche Ueberbleibsel des früher bestandenen ächten Eigenthums waren, und in der Fortentwicklung das Wesen servitutähnlicher Institute aufkam,

d) wie zum Theil auch nach dem Vorbilde der Ansichten über emphyteusis vielfach dominium directum, und utile unterschieden, und folgeweise ein dominium plarium in so-

lidum und eine possessio plurium in solidum angenommen wurde,

e) wie allmählig neben den römischen Servituten, deutsche Servituten, jetzt unter dem Namen Reallasten bekannt, und durch neuere Rücksichten der Landeshoheit, und Polizey und des Communalinteresses reichlich vermehrt im Systeme sich aufstellten ¹¹⁹⁾.

Es ist hier der Ort nicht an eine weitere Ausführung zu denken, wofür mir auch die Kräfte fehlen möchten; mein Zweck ist insofern erreicht, als hiernach die oben angenommene Ansicht von der juristischen Natur dieser Rechte, so wie dieselbe im Mittelalter unter Rücksicht auf das römische Recht sich hervorgebildet hat, und wornach die Anwendung römischer Institute darauf zu beurtheilen ist, nicht leicht in Zweifel gestellt werden kann.

Es ist nur nochmal zu wiederholen, daß eigentlich hier nur von solchen Beziehungen die Rede ist, wo die Praxis nicht ein doppeltes Eigenthum annimmt, und wo dann, wie bey der Emphyteuse die beyden Eigenthümer wegen mancher Leistung nur obligatorisch verbunden sind, was auch Eichhorn sagen will, wenn er im §. 164. seines deutschen Privatrechts von einer actio in rem scripta spricht, welcher Ausdruck aber dann sicherlich nicht hieher paßt, weil ja sonst auch die emphyteutische Klage eine actio in rem scripta seyn müßte; sondern es kommt hier lediglich das Wesen jener Reallasten in Betracht, bey welchen das Eigenthum des Dienstpflichtigen ohne Concurrenz eines anderen Eigenthümers anerkannt wird. Es lassen sich die Grenzsteine freylich hier nur setzen, wenn man sehr in das sogar nur particularrechtlich zu bestimmende Detail eingeht; aber es kann doch hier die Bemerkung genügen, daß nur bey Lehen, und bäuerlichen Gütern die Annahme eines doppelten dominii vorkommt. Dabey ist dann auch merkwürdig, daß die, mit einer Forderungsklage geltend zu

119) Vergleiche Eichhorn deutsches Privatrecht §. 154 — 165.

machenden Leistungen doch nur Consequenzen des für beyde Theile stattfindenden dinglichen Rechts sind, und dieser Umstand mag Eichhorn verführt haben, von einer *actio in rem scripta* zu sprechen. Auf der anderen Seite kommt hier für die Besitzlehre das in Betracht, daß sich der Besitz natürlich nicht auf diese reinpersönlichen Leistungen bezieht; wenn aber die Schuldigkeit dazu geläugnet wird, so kann die Sache aus dem Standpuncte des dinglichen Rechts gegriffen, und aus eben diesem Standpuncte Schutz im Besitze gesucht werden. Wer z. B. den Zinns nicht geben will, weil sein Gut kein Zinnsgut sey, setzt sich eines possessorischen Rechtsmittels nicht der Einklagung des Zinnses wegen, sondern der Erhaltung des Besizes der Zinnsgerechtigkeit wegen aus.

Darnach läßt sich auch ein anderer berühmter Punct entscheiden; jene Leistungen, die wie bey der *emphyteusis* nur mit der Obligationenklage gefordert werden können, richten sich natürlich nach der Person desjenigen, in dessen Besitze sie fällig geworden sind. Bey den Rechten anderer Art, wo die Leistungen die reinen Wirkungen des dinglichen Rechts sind, wie z. B. bey den Zehenden ist zu unterscheiden, ob die Leistung unter Anerkennung des Zehendenrechts ausbleibt, so daß der bloße Gesichtspunct der *mora* und der damit verbundenen *culpa* eintritt, welche die Sache personell macht, oder ob die Leistung wegen Nichtanerkennung des Zehendenrechts unterbleibt, wo die Nachleistung zur *omnis causa* der dinglichen Hauptklage gehört, und also wenigstens gegen denjenigen Besitzer, der in *mala fide* ist, und soweit er in *mala fide* ist, unbeschränkt geltend gemacht werden kann. Dabey läßt sich nur noch anführen, daß der Besitzer oft auch aus dem Standpuncte des den Forderungsberechtigten zustehenden gesetzlichen Pfandrechts haften muß.

Um nun wieder zurückzukehren, so erscheint das *servituti* ähnliche Verhältniß der sogenannten *Reallasten* auch noch von einer anderen Seite; es läßt sich nämlich nicht läugnen, daß

von einer libertas in Beziehung auf das Grundstück selbst gesprochen werden kann, soferne eine der Reallasten aufgehoben wird, und dieser Gegensatz ist eigentlich der sicherste Prozhierstein für die juristische Möglichkeit der Ausdehnung des Servitutinstituts.

Es kann auch die Befreyung von der Last als eine neue Last für das herrschende Gut vorkommen, wie dies bey den römischen Servituten der Fall ist; z. B. bey'm Mühlenzwang hat die herrschende Mühle, die ein gewisses Gebiet zwingt, eine Last auf sich, wenn sich einzelne Höfe frey gemacht haben. Nicht selten wird hiefür der Ausdruck Realprivilegium zu Gunsten der befreyten Höfe gebraucht; solche Realprivilegien sind aber in Wahrheit Realrechte, für welche das Besitzverhältniß anwendbar ist.

Endlich verdient hier, weil von Aufzählung der deutschen dinglichen Rechte die Rede ist, des Retractsrechts erwähnt zu werden, um so mehr, als es *Mittermaier* in seine Classification der deutschen Realrechte unter dem Standpuncte der Beschränkung des Eigenthums durch Familienrechte aufgenommen hat. Ich muß zur Bestimmung der juristischen Natur dieses Rechts ganz der Unterscheidung beppflichten, welche *Eichhorn* bey der Behandlung der Retractsklage gemacht hat. Es kömmt nämlich Alles darauf an, worin die Retractsklage sich gründet, was mit Sicherheit nur durch particularrechtliche Forschungen eruirt werden kann. Drey Fundamente möchten hier aufgestellt werden können:

a) Gesamteigenthum oder eventuelles, auch existente *conditio ipsa lege* entstehendes Eigenthum. Im allgemeinen kann übrigens gar nichts näheres gesagt werden; sollte sich aber die Sache juristisch so stellen lassen, so ist die Retractsklage eine *vindicatio*, und hier ist natürlich auch nicht eine besondere Gegenleistung des Vindicanten wesentlich.

b) Bleibendes Eigenthum bey vorgenommenen Veräußerungen wegen Unzertrennlichkeit der Pertinenzen, z. B. bey

gebundenen Bauerngütern. Hier ist die Retractsklage wieder reine vindicatio ¹²⁰⁾.

c) Vorrecht bey den Veräußerungen: dieses ist in der Regel persönlicher Natur, und könnte nur durch das accessorische Pfandrecht dinglich werden. Der Beklagte ist übrigens der Besitzer der Sache, und deshalb mag hiefür mit Eichhorn der Ausdruck *actio in rem scripta* hier angewendet werden ¹²¹⁾. Daß ein persönliches Rechtsverhältniß hier statt hat, zeigt auch der Umstand, daß der Retrahent völlig die Kaufbedingungen erfüllen und also in soweit den Besitzer entschädigen muß ¹²²⁾. — Bey dieser Lage der Dinge ergibt sich einfach, daß das Retractrecht ein selbstständig dingliches Recht auf keine Weise bildet, denn entweder ist es gar nicht dinglicher Natur, oder der Grund des Anspruchs ist das Eigenthum oder Pfandrecht. Es versteht sich daher von selbst, daß für unsern Zweck, d. h. für die Anwendung des Besitzes auf deutsche Rechte, das Retractrecht außer aller Berücksichtigung bleibt.

Um nun nach dieser kurzen Erörterung der deutschen Realrechte von der Anwendbarkeit des Besitzes darauf zu sprechen, so hebe ich nur folgende Punkte hervor:

1) Da die *possessio juris* durchaus dieselben Folgen hat, wie die *possessio corporis*, so ist die Frage über die Annahme der einen und anderen bey denjenigen Rechtsverhältnissen, wo *dominium directum* und *utile* unterschieden wird, weniger practisch als theoretisch; aus dem theoretischen Standpunkte aber muß, wenn nicht geläugnet werden kann, daß der *dominus utilis possessionem corporis* habe, für den *dominus directus* lieber eine *possessio juris* angenommen wer-

120) Eichhorn S. 392.

121) Privatrecht S. 101. Hierher gehört jedes Conventionalretractrecht, weil nur ein Vertragsfundament da ist.

122) Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privatrechts S. 170. und andere Schriftsteller und besonders ausdrückliche particularrechtliche Bestimmungen.

werden, wobey freylich wohl bemerkt werden muß, daß der dominus directus eine vindicatio rei corporalis (fundi) und nicht juris hat.

2) Bey den eigentlichen Reallasten findet für den Berechtigten in voller Analogie zu den Servituten eine possessio juris statt, und folglich das interdictum uti possidetis. Es ist auch nicht geläugnet worden, daß der Besitz durch den Ablauf der Zeit etwas Rechtliches für sich gewinnen könne. Nur in Hinsicht der Verjährungszeit hat man 30 Jahre oft für nöthig gehalten¹²³⁾, und zwar nach dem Principe, daß die erwerbende Verjährung, die bey den Servituten vorkömmt, nicht erstreckt werden könne, folglich bey allen anderen Rechten nur dadurch zu helfen sey, daß derjenige, welcher die Freyheit seines Guts behauptet, mit der exceptio temporis nach 30 Jahren abgetrieben werden könne. Aber es ist eben die Frage, ob bey einer consequenten Durchführung des Grundsatzes von der vollkommen practischen Aehnlichkeit der Realrechte mit den Servituten nicht auch alle den sämtlichen Servituten zukommenden rechtlichen Folgen auf die Reallasten bezogen werden müssen, was auch das für sich hat, daß im justinianischen Rechte, die Ersizung ein Institut ist, welches nicht mehr den Geist der Beschränkung der älteren römischen Zeit in sich trägt. Doch will ich mich hier auf diesen Punct so wenig einzulassen, wie auf den Verlust der Reallasten durch Nichtgebrauch; daß eine usucapio libertatis statt findet, wird Niemand läugnen; jedoch ist es wieder zweifelhaft, ob eine wahre und directe, oder eine bloß indirecte (wenn der Ausdruck erlaubt ist) durch die Verlöschung der Klage aus dem dinglichen Rechte in 30 Jahren — ob die volle Analogie von den Servituten Platz greife, insbesondere mit der Rücksicht auf den nonusus, erfordert eine eigene, besonders auf Dogmengeschichte und Praxis Rücksicht nehmende Untersuchung. Es ist nichts Miß-

123) Eichhorn, S. 428. mit Beziehung auf Thibaut vom Besitz und Verjährung.

licheres, als alle diese Controversen, (wohin unter andern auch noch die gehört: ob Realrechte durch den bloßen Vertrag oder durch quasitraditio und was dieser gleich kommen mag, erworben werden) durch einen allgemeinen aus der Analogie genommenen Ausspruch zu lösen, weil dieser Weg nur statt hat, wo noch kein fester Gerichtsgebrauch gebildet ist, was natürlich local, und particularrechtlich untersucht werden muß. Wo dieses freylich der Fall nicht ist, möchte ich immer mehr da für seyn, der consequenten Fortbildung wegen die Ansichten des römischen Rechts durchaus zu Hülfe zu nehmen, und nur da zurückzuweisen, wo diese Ansichten im römischen Rechte selbst nicht entschieden auf das ganze Rechtsinstitut gehen, oder über den Umfang und über die neueste Richtung der Ansicht selbst, sogar in Beziehung auf die reine Anwendung des römischen Rechts Zweifel ist, wie dieses z. B. bey dem Verluste durch nonusus in den Servituten vorkommt. Im Subsidiären des römischen Rechts liegt der Geist der Entwicklung des deutschen Rechts vom sechzehnten Jahrhunderte an, wie alle Reichsgesetze zur Genüge erweisen.

3) Es ist nicht zu zweifeln, daß die Ansicht des publicianischen Edicts auf die der Reallasten wegen anzustellende Klage übertragen werden kann, es wäre denn, daß man strenge an der diesem Edict zu Grunde liegenden Fiction halten wollte, wornach freylich Alles von der obenangerührten Controverse über die Erwerbbarkeit der Reallasten durch Ersizung abhängen würde. Aber wie Fictionen im Laufe der Zeit ihre Bedeutung verlieren, läßt sich einsehen, weil sie nur die Brücke seyn sollen, auf welcher ein Rechtsinstitut in's Leben eingeführt wird.

4) Die Annahme der quasipossessio gibt auch keine geringe Bedeutung bey dem Gebrauche des petitorii ¹²⁴⁾. Insbesondere ist gelegentlich hier zu bemerken, daß in Beziehung auf diese Rechte dem petitorio das summariissimum ¹²⁵⁾,

¹²⁴⁾ Man vergl. z. B. L. 8. §. 3. D. 8, 5.

¹²⁵⁾ Savigny §. 51.

und im Geiste des canonischen Rechts neben dem ordinario unter der Form des interdicti uti possidetis auch das remedium spolii statt findet¹²⁶⁾. Das remedium spolii setzt aber eine besondere eigenmächtige Handlung voraus, so daß die einfache Weigerung nur das römische interdictum begründen kann. Ist aber eine gegen den Berechtigten gebrachte Gewalt und damit verbundene Beschädigung auch in der bloßen Störung vorhanden, so ist nicht zu zweifeln, daß das remedium spolii statt findet, das sich ja auch besonders practisch in der Exceptionsform äußert, und womit die bekannte Frage: ob das remedium spolii etwas anderes sey, als das interdictum unde vi, in unserer Ansicht von selbst beantwortet seyn dürfte, wobey ich nur noch bemerken will, daß bey den Rechten, deren Schutz kein interdictum de vi bedarf, weil mit dem interdictum uti possidetis Alles erreicht wird, die Sache sich gar nicht anders denken läßt, als hier vorgetragen wurde, indem an der allgemeinen Anwendung des Spolienrechtsmittels nach der ausdrücklichen Beziehung des canonischen Rechts auf Zehend- und Parochialrechte nicht gezweifelt werden kann.

5) Die Annahme der quasipossessio erweitert im allgemeinen das juristische Gebiet bey den Realrechten sehr bedeutend; da nämlich die possessio ein wahres Rechtsinstitut in Voraussetzungen und Wirkungen durch die vielfachen Beziehungen auf das Recht geworden ist, so handelt es sich überall nicht nur vom Rechte sondern auch vom Besitze, wobey nur nach Savigny's treffender Bemerkung¹²⁷⁾ überall scharf darauf gesehen werden muß, wer an dem körperlichen Objecte, worauf sich das Recht bezieht, die possessio habe, denn nur dadurch kann Verwirrung vermieden und Bestimmtheit des Begriffes »quasipossessio« in concreto erlangt werden.

126) arg. cap. 17. X 2, 13. und besonders nach cap. 2. in VI° 2, 5.

127) S. 145.

Dabey kömmt in den deutschen Realrechten noch in Betracht, daß die Analogie zu den Servituten specieller oft gegriffen werden muß. Es ist nämlich zu untersuchen, ob die Realrechte den Personal- oder Realservituten ähnlicher sind. Dabey kömmt es aber weniger auf Eigenthümlichkeiten des römischen Rechts, z. B. auf das Verhältniß der Theilbarkeit an, denn die meisten deutschen Realrechte sind theilbar, als darauf, welche Art von Einwirkung auf den fundus statt hat. Die Leihzucht oder das Wittum mit Innehabung der dazu bestimmten Güter ist ein *ususfructus*; die Rechte auf eine Forderung an den Besitzer des fundus sind den Realservituten ähnlich, weil dabey keine *detentio* des fundus selbst statt hat. In dieser Rücksicht ist denn auch die Anwendung der Lehre von der Erwerbung und von dem Verluste des Besitzes, die v. Savigny für die Servituten schon gegeben hat, auf die deutsch dinglichen Rechte nicht schwer zu machen; doch muß man immer die Reallasten, die sich in einer Forderung äußern, als eine eigne Gattung von Rechten in dieser Beziehung auffassen.

§. 6.

Von dem Erwerbe und Verluste des Quasibesitzes
in besonderer Rücksicht auf die deutschen Re-
allasten, die sich in einem Thun, oder anders
ausgedrückt, im Fordern äußern.

Zum Besitzerwerbe im allgemeinen gehört die Erlangung der Möglichkeit über den Gegenstand mit Ausschließung Anderer zu verfügen, und die Erklärung der Gesinnung, für seine Zwecke und weder unmittelbar noch mittelbar dienend den Zwecken anderer die Disposition vorzunehmen. Zur näheren Erläuterung dieser Abstraction ist nur nöthig, auf die Verschiedenheit der Gegenstände, an welchen Besitz statt findet, Rücksicht zu nehmen. Bey den körperlichen Sachen muß man bewegliche und unbewegliche unterscheiden, und darnach die Erlangung der Möglichkeit der Ver-

fügung in Betracht nehmen. Eine bewegliche Sache wird gewöhnlich körperlich (*manu*) apprehendirt; bey einer unbeweglichen der Zugang und Eingang für den Besitzerwerb möglich gemacht; die Gefinnung aber als etwas rein Subjectives ist von solcher objectiven Unterscheidung unabhängig. Ueberall ist aber darauf zu denken, daß nach der Natur des Besitzes die Unterwerfung der Sache für den Besitzer nur nach Ausschließung aller anderen von der Sache erreicht werden kann. Heraus bezieht sich der Ausdruck *vacua possessio*, und der Gedanke, daß die Unterwerfungshandlung bloß möglich ist, wenn alle anderen freywillig oder gezwungen zurückstehen. Uebrigens geht die Unterwerfungshandlung so einfach und natürlich als möglich vor; und es ist nunmehr anerkannt, daß besondere Höflichkeiten, welche äußere Zeichen wären für die wirkliche Unterwerfung, nach römischen Grundsätzen nirgends verlangt werden, ja im Geiste der bloß factischen Erscheinung des Besitzes unzulässig sind. Es ist überhaupt etwas Singuläres und allmählig Entstandenes, daß juristische Beziehungen auf den Besitz angewendet wurden. (*ex jure mutuari*) — Bey unförperlichen Sachen, insofern, wie bis hieher nachgewiesen wurde, ein Besitz daran zugelassen wird, ist die Möglichkeit der Erlangung der Verfügung natürlich allein zu bestimmen nach der Individualität des Gegenstandes. Will man gleichwohl zur Allgemeinheit aufsteigen, so mag man nach dem Umfange, welchen das gemeine deutsche Recht darbietet, folgende Arten von unförperlichen Sachen unterscheiden:

- a) Römische Servituten und deutsche Rechte, die in dem Gebrauche körperlicher Sachen bestehen,
- b) römische Servituten, und deutsche Rechte ¹²⁸⁾, die in Handlungen an eines anderen körperlichen Sache bestehen,
- c) Rechte, die eine gewisse Vor- oder Einrichtung an eines anderen körperlichen Sache voraussetzen,

¹²⁸⁾ S. B. gewisse Realien als Privatrechte des Staats oder gar in den Händen von Privatpersonen.

d) Rechte, die in einem Nichtthun von Seite des Eigenthümers der dienenden Sache beruhen,

e) Rechte, die sich auf ein Thun des Eigenthümers der dienenden Sache gründen. Hierbey kann man bemerken, daß gewöhnlich die *possessio juris*, welche man den Lehen- und Grundherren zuschreiben kann, nicht hieher gerechnet wird, aber ganz analog behandelt werden kann, wenn nämlich bey der Einforderung der Lehen- und grundherrlichen Prästationen das Rechtsverhältniß selbst in Widerspruch gesetzt wird, und die Berechtigten sich gleichsam im Besitze ihres directen Eigenthumes halten wollen. Es ist dieses natürlich eine unrömische Construction.

Nach diesen Unterscheidungen ist nun überall zu bestimmen, was ist *vacua possessio*, und worin äußert sich das *factum apprehensionis*? Die *vacua possessio* stellt sich hier sehr einfach dar, indem sich der Eigenthümer seiner *libertas* begeben; die *apprehensio* aber ist bald ein Ergreifen der körperlichen Sache selbst, bald das Vornehmen einer anderen entsprechenden Handlung, das Herstellen der Vor- und Einrichtung, bald ein sichtbares und unsichtbares passives Verhältniß, wobey in Beziehung auf die Rechte der letzteren Art dasselbe eintreten kann, was in dem passiven Theile der Obligation liegt. Bey den Rechten, die in dem Gebrauche fremder Sachen bestehen, und wo die Ausübung des Rechts immer mit dem natürlichen Besitze der Sache selbst verbunden ist, wird der Besitz des Rechts auf dieselbe Weise erworben, wie der Besitz der Sache selbst. Fortgesetzt wird dieser Besitz ebenfalls, wie jeder Besitz an körperlichen Sachen, durch den Umstand, daß die Möglichkeit der Disposition nicht unterbrochen wird, denn wie diese unterbrochen ist, ist auch der Besitz verloren. Dabey ist aber zu bemerken, daß es keine Unterbrechung ist, wenn der Besitzer die Sache, die er gebrauchen kann, nicht gebraucht, weil er sie eine Zeit lang nicht gebrauchen will, sondern es muß der Gebrauch der Sache so aufgehört haben, daß er entweder nicht mehr gemacht werden konnte, oder dem

Berechtigten außer alle Berücksichtigung gekommen war. In der letzten Hinsicht enthält der nonusus Verlust des Besizes, und wird, wenn dieser eine bestimmte Zeit gedauert hat, ein Aufhebungsgrund des Rechts selbst ¹²⁹⁾. Bey denjenigen Rechten, deren Ausübung in einer eigenen unabhängigen Handlung besteht, muß die Handlung, die die Ausübung des Rechts ausmacht, unternommen seyn. Will man hier gleich auf den animus sehen, so ergibt sich einfach, daß in der Handlung, die eine Rechtsausübung enthalten soll, die Gesinnung liegen muß, Kraft eines Rechts zu handeln ¹³⁰⁾. Es ist dieses ganz dasselbe, was bey dem Besitze körperlicher Sachen der animus domini ist. Bey der ersten Gattung von Rechten liegt der animus, das Recht auszuüben in dem animus, die körperliche Sache zwar nicht selbst, sondern diese für einen anderen, den Gebrauch aber für sich zu haben. — Eine wirklich continuirliche Fortsetzung der Handlung läßt sich nicht einmal denken; und daher besteht die Fortsetzung des Besizes hier in dem Umstande, daß die Vornahme der die Rechtsausübung bezweckenden Handlung fortan möglich bleibe und dieses der Besitzer fühle. Es ist hier der Ort nicht, in die Eigenheiten, die für die römischen Weg- und Wassergerechtigkeiten angenommen werden, einzugehen ¹³¹⁾. Der Verlust des Besizes solcher Rechte hat statt, wenn der bisherige Besitzer die Ausübungshandlung nicht mehr vornehmen kann, oder nicht mehr vornehmen will. — Die Rechte der dritten Gattung haben einen bleibenden Anhaltspunct in dem Bestehen der Vor- und Einrichtung, die ihre Ausübung möglich macht. Das Daseyn dieser Anstalt begründet und erhält den Besitz des Rechts; das Wegseyn derselben führt zum Verluste des Besizes. — Wenn die Rechte der dritten Gattung ein in dem Bestehen der Anstalt äußerlich wahrnehmbares Leiden des Eigenthümers der

129) Man vergl. Savigny, S. 447. 448.

130) L. ult. D. 8, 6. L. ult. D. 43, 19.

131) v. Savigny, §. 46. S. 457.

dienenden Sache mit sich führen; so äußert sich bey den Rechten der vierten Classe deren Ausübung zwar auch in der *patientia*, aber gewöhnlich in einer nicht so sinnlich wahrnehmbaren, sondern nur überhaupt ausgedrückten; es kann nämlich derjenige, der in den Besitz des Rechts kommen will, wornach der Eigenthümer eines Guts etwas nicht thun soll, seinen Zweck durch die bloße bestimmte Erklärung des letzteren, daß er das nicht thun werde, was er nicht soll, erreichen ¹³²⁾. Je fester und erkennbarer aber diese Erklärung ist, z. B. durch besondere Cautionsleistung, durch Eintragung in öffentliche Bücher, desto anschaulicher wird auch die Besitzergewerbung. Am anschaulichsten ist sie, wenn der Eigenthümer thun wollte, was er nicht thun soll, und der Berechtigte durch seinen Einspruch jenen abhält; hier führt die Abhaltung wieder auf eine sinnlich wahrnehmbare *patientia*. Fortgesetzt wird hier der Besitz durch das Fortbestehen des Zustandes der *patientia*; verloren ist der Besitz durch das Aufhören dieses Zustandes. Dieses Alles ist jedoch als bekannt nur kurz des Zusammenhanges wegen, und um das Verhältniß der fünften Gattung der oben aufgestellten Rechte gegenüber in Betracht zu nehmen, angeführt worden.

Der Besitz wird bey dieser fünften Gattung dadurch erworben, daß der Forderung, die den Gegenstand des Rechts ausmacht, nachgegeben ist. Es ist aber hier gleich zweifelhaft, was unter dem Nachgeben zu verstehen sey? Ob ein bloßes Anerkennen der Schuldigkeit, oder ob eine Erfüllung derselben? z. B. A. behauptet das Recht des Mühlenzwangs gegen den B. zu haben, und im Besitze desselben zu seyn, weil dieser auf die Anforderung, nur bey ihm wegen jenes Rechts mahlen zu lassen, erklärt habe, daß wolle er thun. Liegt darin eine Besitzergewerbungshandlung? Oder muß der B. auf die Prätension des A. und wegen derselben in der Mühle des A. wirklich haben mahlen lassen? — Dieser Punct wird sich einfach erledigen lassen, wenn wir von festen juristischen Be-

¹³²⁾ v. Savigny, S. 468. wo auch die Ansichten Anderer angeführt sind

griffen ausgehen. Es kann nämlich hier, wo das Wesen des Rechts in einem Thun besteht, weder mit einem bloßen Thun wollen abgethan seyn, noch weniger aber die wahre und vollkommene Erfüllung der Forderung gemeint seyn, weil ja sonst bey der vorhandenen Gewährung des Rechts über den Besitz nicht gestritten würde. Es muß also eine Handlung vorgefallen seyn, in welcher der Verpflichtete dasjenige wirklich thut, was den Gegenstand des Rechts ausmacht. Bey dem Mühlenzwang ist sonach nöthig, daß der Verpflichtete in der Zwangsmühle habe mahlen lassen. Von einer Erfüllung kann aber die Rede nicht seyn, weil sich gerade die Natur eines dinglichen Rechts nur deshalb hieher erstrecken läßt, weil die vollkommene Erfüllung von einer bestimmten Person gar nicht geschehen kann, vielmehr unabhängig von Individuen nur dadurch bewirkt wird, daß jeder Eigenthümer eines bestimmten Objects die Leistung machen muß. Wenn nun ein Eigenthümer eines solchen Objects, oder mit dessen Vorwissen ein Inhaber desselben die Leistung macht, so ist der Besitz erworben. Indem wir aber den Ausdruck gebrauchen »die Leistung macht«, ist schon mehr gesagt, als darin liegt, wenn wir oben sagten: »wer dasjenige thut, was den Gegenstand des Rechts ausmacht«; denn es kommt natürlich Alles darauf an, in welcher Gesinnung etwas geschieht, wenn die Handlung präjudizirlich werden soll. Es gehört hieher dasjenige, was Paulus in seinem lib. 2. Institutionum über die Natur der Forderungen sagt:

(L. 3. D. de O. et A. 44., 7.)

Obligationum substantia in eo consistit, ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum. Non satis autem est, dantis esse numeros et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi, ut obligatio constituatur.

Es muß also die Handlung vor- und angenommen werden in der Gesinnung, dadurch einem Mühlenzwangsrechte zu entspre-

den. Es ist hier dasselbe, als wenn bey der Erwerbung des Servitutenbesitzes gefordert wird, daß der Erwerbende die betreffende Handlung in der Gesinnung vornehme, das bestimmte Recht auszuüben. Nur müssen wir bey den Rechten dieser fünften Gattung nicht vergessen, daß hier der Gegenstand des Rechts in einem Thun von der einen Seite und in einem Entgegenkommen von der anderen nach der Natur der Obligationen besteht, und also deshalb auch die Gesinnung in zweyen Personen sich äußern muß.

Fortgesetzt wird der Besitz so lange, als sich der Verpflichtete nicht weigert, oder doch der Berechtigte der Weigerung nicht nachgibt. Das Weigern ist eine Besitzstörung, und begründet das *interdictum uti possidetis*; und nur wenn der Berechtigte auf die Weigerung nicht nur stille sitzt, sondern sogar geschehen läßt, daß, soferne eine dem Rechte entgegenstehende Handlung möglich ist, z. B. bey den Zwangs- und Bannrechten, diese unangefochten vorgenommen wird, ist der Besitz verloren. Auch hier kann demnach das *interdictum unde vi* nicht vorkommen, weil nur eine Störung, keine Entsetzung möglich ist.

Am Schlusse dieser Beyträge zur Lehre von der quasipossessio will ich mir nur noch folgende Bemerkungen erlauben:

1) Es versteht sich, daß quasipossessio auch durch Stellvertreter erworben, erhalten und verloren werden kann: und die Anwendung ist ganz nach der Analogie von der possessio und in Berücksichtigung der ebenangegebenen Besitzergewerb- und Verlusthandlungen zu machen.

2) Eine bloße Consequenz dieses Satzes ist es, daß es auch bey der quasipossessio eine Erwerbung *brevi manu* und durch das sogenannte *constitutum possessorium* gibt. Für den ersten Fall mögen folgende Beispiele passend seyn: Wer bisher locatiomsweise das Recht hatte, über eines andern Grundstück zu gehen, und deshalb etwa Anstalten getroffen hat, einen Pfad bahnte, Schlüssel zum Eingang hatte ist von dem Augenblicke an im Besitze des Rechts, wo dasselbe

vertragsmäßig als Servitut constituirt wird. Wer ferner bis hieher ein Gut als Pächter detenirte, welches ihm jetzt zum censitischen Kraft Erbbestandvertrags überlassen wird, erwirbt für sich *brevi manu possessionem fundi*, und der bisherige Eigenthümer erhält *possessionem juris*. Für den zweyten Fall dient folgendes Beyspiel, welches insonderheit zeigt, daß durch den Eigenthümer eines Guts selbst der Besitz eines Rechts daran für einen anderen nicht nur fortgesetzt ¹³³⁾, sondern sogar erworben werden kann, nach der Analogie der L. 18. pr. D. 41., 2.

Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere, nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere, et alium possessorem ministerio meo facio: nec idem est possidere et alieno nomine possidere.

Wobey ich jedoch nicht zu vergessen bitte, daß ich von Analogieen spreche. Eine fürstliche Kammer will ihr Recht, den Zehenden rauch zu ziehen, ausüben, verpachtet dasselbe aber an diejenigen selbst, gegen welche dieses Recht prätendirt wird. Die Zehendpflichtigen und die fürstliche Kammer schließen in der angegebenen Art den Pachtvertrag, und bringen ihn auch, sogar denselben mehrmahls erneuerend, zur Vollführung. Die Kammer behauptet nun, den Besitz des Zugzehendenrechts durch die Verpflichteten selbst erworben zu haben, wenn sie auch früher in der Freyheit von diesem Rechte gestanden hätten; denn nachdem die Zehendpflichtigen anerkannt haben, den rauchen Zehend gepachtet, und darnach sich selbst ausgezehendet zu haben, müssen sie ihren Besitz der Freyheit, wenn er früher bestanden hat, aufgegeben und den Besitz des Zugzehendenrechts für die Kammer erworben haben. Es fehlt hier weder an dem *factum apprehensionis*, welches die wirkliche Selbstauszehendung oder Innebehaltung der Zehendportion ist, noch an dem *animus* der Kammer sowohl, die den

133) v. Savigny, S. 449.

Pachtvertrag schloß und darin ihre Gesinnung ausdrückte, als auch der Mittelspersonen, die sich den Pacht gefallen ließen, die Pachtsumme zahlten und nach dem ganzen Pachtverhältnisse dasselbe sogar erneuernd verfahren.

Durch dieses Beispiel, welches in Wahrheit diese ganze Untersuchung veranlaßte, ist auch dargethan, daß nicht nur dingliche Rechte an sich, sondern auch Qualificationen derselben den Beziehungen des Quasibesitzes unterworfen sind.

II.

Ueber die Senectus.

Von *E h i b a u t*.

Die gewöhnliche Ansicht über die Senectus und deren Folgen war bisher diese: mit dem vollendeten 70sten Jahre beginne die Senectus, oder das Greisenalter, und wer diese Lebensstufe erreicht habe, der sey in der Regel von allen muneribus personalibus, namentlich der Tutel, excusirt, und könne wider seinen Willen nicht zum Zeugniß gezwungen werden, welchen letzten Satz auch die Glosse ad L. D. 8. de testibus, zufolge des Inhalts dieses Fragments angenommen hat (wegen des Wortes senes), obgleich sie, wie sich nachher ergeben wird, der Meinung war, daß durch *Dio c l e t i a n*'s Vorschrift in L. 3. C. qui aetate vel professione der Termin in der Regel auf 55 Jahre gesetzt sey. Die Glosse befolgte hier nämlich die strengen Regeln der grammatischen Auslegung, daß man generalia und specialia mit einander combiniren muß, und so blieb sie, der angeblichen neuen Regel ungeachtet, auch bey der in §. 13. I. de excusat. L. 2. pr. D. eod. enthaltenen besondern Vorschrift, daß erst das volle Alter von 70 Jahren den berufenen Vormündern eine excusatio gibt.

Viel weiter ist jetzt Maceldy ¹⁾ gegangen. Er sagt nämlich: „das Greisenalter (senectus), welches von der Uebernahme öffentlicher Aemter befreyt, nimmt nach älterem Rechte mit dem vollendeten 70sten, nach dem neuerem Rechte mit dem vollendetem 55sten Jahre seinen Anfang. Für das Erste sind citirt, §. 13. I. cit. L. 2. pr. cit. L. 3. de jure immun., das Letzte aber soll bewiesen werden durch L. 3. C. cit., welcher Constitution mithin eine absolut derogirende Kraft beygelegt ist. Er wendet dies auch nachher namentlich auf die Excusationen der Tutoren an. Unten soll gezeigt werden, daß diese Idee höchst bedeutende Gründe gegen sich hat.

Für eine andere Idee hat sich jetzt Mühlbruch ²⁾ erklärt, indem er sagt: Denique in juribus officiisque aestimandis nonnunquam et senectutis ratio habetur, cujus quidem nullum certum terminum generatim posuerunt Romani. Daß die letzte Behauptung in gewisser Hinsicht gerechtfertiget werden kann, will ich nachher zu beweisen suchen. Allein ich glaube, daß die Belegstellen, welche Mühlbruch angeführt hat, an sich seine Behauptung nicht vollständig rechtfertigen. Er beruft sich nämlich zuerst auf Gellius N. A. II. 15., wo aber nicht mehr steht, als: ehemals sey das Alter hoch geehrt; a convivio quoque, ut scriptum est in antiquitatibus, seniores a junioribus domum deducebantur. Allein war senior und senex einerley, und gab es für das Eine und das Andere keinen festen Anfangspunct? Die letzte Frage gilt wieder, wenn er sich darauf beruft, daß nach L. 5. pr. D. de jure immun. die Senectus eine Excusation ertheilt. Bey zwey anderen seiner Belegstellen ³⁾, welche mit vollendetem 70sten Jahre eine Excusation gestatten, kann man auch mit allem Rechte fragen: ob nicht grade jene 70 Jahre auf die Senectus gehen? und

1) Lehrb. des heut. R. R. 4. 5., 6. Aufl. §. 115. 269.

2) Doctrina Pandectarum T. 2. §. 210.

3) L. 2. pr. D. de excus. tut. L. 3. D. de jure immunitat.

bey zwey andern ⁴⁾, welche ein Alter von 55, oder 60 Jahren fordern; ob denn mit der Vollendung dieser Jahre schon die *Senectus* anfängt? Ferner möchte es auch wohl nichts entscheiden, wenn von ihm noch L. 3. §. 7. D. de Scto Silianiano und L. 2. D. de termino moto allegirt sind. Denn das erste Fragment spricht nur davon, daß man denen verzeihen müsse, welche aetate defecti sunt. Die eingetretene Altersschwäche hindert aber nicht, daß man den Anfang des Greisenalters juristisch bestimmt. Das letzte Fragment endlich setzt bloß den juvenior und senior einander gegenüber, und da bleibt wieder die Frage: ob es für das senior und senex keinen bestimmten Anfangspunct gab?

Es ist dieß leider wiederum einer der vielen Fälle, wobey man beklagen muß, von Römischen Erfahrungen verlassen zu seyn, und sich an den trockenen Buchstaben dieses und jenes Schriftstellers halten zu müssen. Ich will indeß versuchen, die Sache aufzuklären, zuerst mit Rücksicht auf die nicht juristischen Classiker, und dann mit Rücksicht auf dasjenige, was sich darüber in den eigentlichen Rechtsquellen findet.

Unter den ersten pflegt man *Censorini* lib. de die natali cap. 14. voranzustellen, wo es wörtlich so heißt: igitur, expositis quae autem diem natalem sunt, nunc, ut climacterici anni noscantur, quid de gradibus aetatis humanae sensum sit, dicam. Varro quinque gradus aetatis aequabiliter putat esse divisos; unumquemque scilicet, praeter extremum, in annos XV. Itaque primo gradu, usque ad annum XV. *pueros* dictos, quod sint puri, id est impubes. Secundo ad XXX. annum *adolescentes*, ab adolescendo sic nominatos. In tertio gradu qui erant, usque ad XLV. annos, *juvenes* appellatos, eo quod rempublicam in re militari possunt juvare. In quarto autem adusque LX. annum, *seniores* esse vocitatos, quod tunc demum senescere corpus in-

4) L. ult. D. de Decurion. L. 15. §. 2. D. de adopt.

cipiat. Inde usque finem vitae uniuscujusque, quintum gradum factum, in quo qui essent, *senes* appellatos, quod ea aetate corpus senio jam laboraret.

Etwas ähnliches findet sich in *Isidori Etymologiarum* L. XI. c. 2. nr. 1—7., aber doch mit diesen Verschiedenheiten: Gradus aetatis sex sunt: *infantia*, *pueritia*, *adolescencia*, *juventus*, *gravitas*, atque *senectus*. Prima aetas *infantia* est pueri nascentis ad lucem, quae porrigitur in septem annis. Secunda aetas, *pueritia*, id est pura, et necdum ad generandum apta, tendens usque ad decimum quartum annum. Tertia *adolescencia* ad gignendum adulta, quae porrigitur usque ad vigesimum octavum annum. Quarta *juventus*, firmissima aetatum omnium, finiens in quinquagesimo anno. Quinta aetas *senioris*, id est *gravitas*, quae est declinatio a juventute in senectutem, nondum *senectus*, sed jam non *juventus*, — quae aetas quinquagesimo anno incipiens, septuagesimo terminatur. Sexta aetas est *senectus*, quae nullo annorum tempore finitur. — Senium autem pars est ultima *senectutis*, dicta, quod sit terminus sextae aetatis.

Unter dem Unterschied zwischen *senior* und *senex* haben wir noch zwei, sehr merkwürdige, aber bisher wenig beachtete Aeußerungen in *Servius* ad Virg. Aen. V. 409. und *Isidorus* l. c. nr. 26. Der Erste sagt: Secundum Varronem *juvenior* et *senior* comparativi sunt per imminutionem. Ergo *senior* non satis *senex*, sicut *juvenior* non satis *juvenis*, intra *juvenem*, sicut *pauperior* intra *pauperem*. Dicit autem hoc Varro in libro ad Ciceronem. Ähnlich sagt *Isidorus*: *Adolescentior* non utique magis *adolescens*, sed minus, ut *senior* minus *senex*, ubi comparativus gradus minus significat a positivo. Ergo *senior* non satis *senex*, sicut *junior* intra *juvenem*, et *pauperior* intra *pauperem*. Man kann hiebei sich an unsere Ausdrücke: *ältlich* und *ärmlich*, im Gegensatz von

alt und arm, erinnern. Indes ist es leicht denkbar, daß jener scharfe Unterschied im Leben nicht fest gehalten ward. Daß dies später der Fall war, soll nachher gezeigt werden. Facciolati ⁵⁾ glaubt es auch für die früheren Zeiten behaupten zu können, weil Hannibal in seinem 44. oder 45sten Jahre bey Livius XXX. 30. redend von sich sagt: jam aetas senem in patriam revertentem erudivit. Allein erwägt man, wie oft die Römischen Geschichtschreiber ihre Redner übertreiben lassen ⁶⁾, wie es ja auch Cicero, nach seiner eigenen Beichte ⁷⁾, selbst gethan hat, wo es Recht und Wahrheit galt: so kann man hier gewiß mit Döring sagen: sed nondum, qui vulgo a nobis appellari solet senex. Causae igitur suae Hannibal ut orator inservit. Eher kann hier zum Beweise dienen die Aeußerung von Gellius N. A. X. 28.: Tubero in historiarum primo scripsit, Servium Tullium, quum illas quinque classes juniorum census faciendi gratia institueret, pueros esse, existimasse, qui minores essent annis XVII., atque inde ab anno XVII., quo idoneos jam esse rei publicae arbitraretur, milites scripsisse, eosque ad annum XLVI. juniores, supraque eum annum seniores appellasse. Eam rem propterea notavi, ut discrimina, quae fuerint iudicio moribusque majorum pueritiae, juventae, senectae ex ista censione Servii Tullii noscerentur. Also: senior und senecta werden hier als gleichbedeutend behandelt, während doch Censorinus und Sidorus beyde genau von einander unterscheiden. Auch Seneca de brevitate vitae. c. 3. begreift offenbar unter seniores die senes, indem er sagt: Libet igitur ex seniorum turba comprehendere aliquem. Pervenisse te ad ultimum vitae humanae vi-

5) Totius latinitat. Lexicon s. v. senex.

6) Middleton on the Roman senate London. 1747. p. 170. Manutius de senatu Rom. c. 10. (in Graevii Th. T. 1. p. 926.)

7) de finib. IV. 27. Brutus 11. pro Cluentio 59.

demus; centesimus tibi, vel supra, premitur annus; während *Varro* de re rustica I. 1. sich wegen seiner 80 Jahre senex nennt.

Wie viel übrigens *Censorinus* und *Isidorus* aus der bloßen Philosophie, oder aus der Gewohnheit und dem Leben entlehnt haben, läßt sich nicht genau angeben, besonders da bisher, und namentlich bey den Römern, die sogenannte Rechtsphilosophie großentheils nicht mehr war, als Construirn des Positiven, wie auch *Cicero* de republica wieder beweist. Die Angaben des *Censorinus* in Betracht der seniorum und senum scheinen auf allen Fall durch alte Einrichtungen unterstützt gewesen zu seyn. Denn nach *Gellius* trat mit dem 46sten Jahre, also nach dem 45sten, das Seniorat ein, und die seniores hatten Theil an den Comitien. Allein dennoch wurden, wie wir aus anderen Zeugnissen sehen⁸⁾, in den Comitien die senes nicht zugelassen (de pontani), und dies waren grade Bürger über 60 Jahre. Durch dasselbe Alter bekam man Befreyung von Staatsämtern, und dem Zwange im Senat erscheinen zu müssen⁹⁾. Indes mag in andern Beziehungen die Sprache des gemeinen Lebens nicht so gewesen, oder später eine andere Begrenzung rechtlich geworden seyn, da *Dionys v. H.* sagt: man pflege erst Männer über 70 Jahre senes zu nennen¹⁰⁾.

Was nun die eigentlichen Rechtsquellen betrifft, so verdient zuerst L. 1. C. Theod. de his qui ven. aetat. (2. 17.), welche in L. 2. C. de his qui ven. aet. sehr be-

8) *Cicero* pro Roscio Amer. 35. *Festus* s. v. pons, sexagenarius *Ovidius* Fastor. V. 633. 634. *Varro* Fragm. de vita pop. Rom. L. II. p. 242.

9) *Seneca* de brevitate vitae c. 4. 20.: Sexagesimus annus ab officio me dimittet. — Lex- a sexagesimo anno senatorem non citat.

10) de Dinarcho judicium cap. 4. ed. Reiskii Vol. v. p. 638. Die Uebersetzung von Aemil. Portus ist nicht ganz so schwankend, wie das griechische Original.

schnitten gegeben ist, in Betracht gezogen zu werden. Constantinus gestattet darin die *venia aetatis*; wenn alles gut befunden wird, und die Minderjährigen, nach Verschiedenheit des Geschlechts, 18 oder 20 Jahre vollendet haben. Nach allerley Weitläufigkeiten wird am Ende hinzugesetzt: *cui aetati*, (von 18 und 20 bis 25) *quoniam inter plenam perfectamque adolescentiam, et robustissimam juventutem media est, firmatae aetatis*¹¹⁾ *appellationem imponimus; ut prima aetas pueritiae sit, sequens adolescentiae; firmata haec tertia; quarta legitima; quinta senectus.* Was die *firmata aetas* seyn soll, steht man freylich deutlich genug; allein darüber ist ganz geschwiegen, wo sich die *legitima aetas* von der *senectus* scheidet, und ob das Seniorat mit unter der *legitima aetas*, oder der *senectus* steht, über welches alles um so mehr, wenigstens für uns, eine genaue Bestimmung nöthig gewesen wäre, da der Ausdruck: *legitima aetas* sonst immer nur anzeigt, wann ein gewisses Alter (die Majorität) anfängt, aber diesem Alter kein Ende setzt¹²⁾.

Aus Justinian's Gesetzbuch lassen sich eben so wenig genaue Unterscheidungen ableiten. Der Jurist Marcellus war nach L. 69. §. 1. D. de legat. III. durch eine vorgelegte Frage am besten veranlaßt, sich über die Sache gehörig zu erklären; allein er weiß sich nur dadurch aus der Verlegenheit zu ziehen, daß er unbestimmt so schreibt:

Titius codicillis suis ita cavit: *Publio Maevio omnes juvenes, quos in ministerio habeo, dari volo.*
Quaero, a qua aetate juvenes, et in quam intelligi

11) Gothofred macht dazu die gute Bemerkung: *quomodo et Virgil. Ecl. IV. 37. firmatam aetatem dixit: hinc ubi jam firmata virum te fecerit aetas. Quem alioquin Virgilium non uno loco Constantinus M. vel Quaestor ejus imitatus est.*

12) *Brissonii antiqu. L. 3. c. 2. Gothofred ad L. 2. C. Theod. de donat. (S. 12.)*

debeant? Marcellus respondit, quos verbis, quae proponerentur, demonstrare voluerit testator, ad notionem ejus, qui de ea re cogniturus esset, pertinere; non enim in causa testamentorum ad definitionem utique descendendum est, quum plerumque abusive loquantur, nec propriis nominibus ac vocabulis semper utantur. Ceterum existimari posset *juvenis* is, qui *adolescentis* excessisset aetatem, quoad incipiat inter *seniores* numerari.

Dies leidige: est quaestio facti! kommt nur zu oft vor, und recht ungebührlich, weil man ja doch am Ende, wenn man den Willen der Partheyen nicht klar sieht, für den zweifelhaften Fall gewisse Grundsätze haben muß. Vergebens sucht man aber im corpus juris nach solchen Grundsätzen. Will man einseitig verfahren, so kann man freylich für die senectus das Ueberschreiten von 70 Jahren herausbringen. Denn an einem Orte ¹³⁾ heißt es allgemein: die Senectus excuse von muneribus; und in anderen Gesetzen wird gesagt, man könne munera ablehnen, wenn man das 70ste Jahr überschritten habe ¹⁴⁾. Allein es finden sich auch wieder andere gelegentliche Aeußerungen, welche alles unbestimmt machen. In L. 15. D. de fideic. libert., in den Worten: interest enim nonnunquam a *sene* potius manumitti, quam a *juvene* kommt kein anderer Unterschied heraus, als wenn wir sagen: jüngere und ältere Leute. Wenn ferner in L. 8. §. 10. D. de transact. unterschieden wird bloß zwischen puer, juvenis und senex, so gehen wohl die seniores gewiß mit unter dem Titel eines senex. Umgekehrt müssen die senes mit unter das Wort seniores gezogen werden, wenn an anderen Orten gesagt wird, man müßte den juvenis anders strafen, als den senior; pueri und seniores wären beyde infirmæ aetatis;

13) L. 5. pr. D. de jure immun.

14) L. 3. pr. eod. L. 8. pr. de vacat. L. un. C. qui aetate. L. 10. C. de Decurion.

Archiv f. d. Civ. Recht. VIII. B. I. S.

und der senior sey dem junior vorzuziehen ¹⁵⁾. So bleibt denn auch L. 11. D. de decurion. räthselhaft, wo C a l l i s t r a t u s sagt: grandes natu dürften nicht zu Decurionen ernannt werden; aber seniores müßten so gut, wie juniores dieß Amt übernehmen; nur das Ueberschreiten von 55 Jahren gebe eine Excusation. Denn es läßt sich nach dem Obigen denken, daß der Verfasser jenes Fragments die, welche über 55 Jahre alt sind, schon senes nannte; es ist aber auch möglich, daß er, wenn es ihm auf den genauen Ausdruck angekommen wäre, bestimmter gesagt hätte: wenn seniores das Alter von 55 Jahren zurückgelegt haben, so sind sie (obgleich sie dann auch noch seniores heißen) vom Decurionat frey.

Kann man sich indeß auch, nach dem bisher Gesagten, nicht die philologische Freude verschaffen, eine feste Grenze zwischen juvenis, senior und senex herauszubringen: so möchte es doch wohl möglich seyn, über das Beste, nämlich über die Rechtsfälle, ins Reine zu kommen; und daher will ich auf dasjenige wieder zurückkommen, was ich im Anfange dieser Abhandlung schon berührt habe.

Da in den Fällen, wo die Gesetze bestimmt 55 oder 60 fordern, das Resultat gleich bleibt, man mag nun dieses, oder jene Wort gebrauchen: so können meine folgenden Erörterungen nur die Frage betreffen: welches Alter von muneribus, und insbesondere von Vormundschaften, befreyet? Ich will zuerst aus den Institutionen und Pandekten, zur Erleichterung der Uebersicht, folgende Belegstellen wörtlich hieher setzen:

§. 13. J. de excus. tut.

Item major LXX. annis a tutela vel cura excusare se potest.

L.² pr. D. de excusat. (*Modestin.*)

Excusantur a tutela et curatoria, qui LXX. annos

15) L. ult. D. de fide instr. L. 122. pr. D. de legat. I. L. 2. D. de term. mot.

compleverunt. Excessisse autem oportet LXX. annos tempore illo, quo creantur.

L. 2. §. ult. D. de Decurion. (*Ulpian.*)

Majores annis LV. ad decurionatus honorem inviti vocari, constitutionibus prohibentur; sed si ei rei consenserint, etsi majores annis LXX. sint, munera quidem civilia obire non coguntur, honores autem gerere debent.

L. 11. D. eod. (*Callistratus.*)

Non tantum, qui tenerae aetatis, sed etiam qui grandes natu sunt, decuriones fieri prohibentur, illi, quasi inhabiles rempublicam tueri, ad tempus excusantur; hi vero in perpetuum amoveantur: non alias seniores, ne seniorum excusatione juniores onerentur, ad omnia munera publica suscipienda soli relict. Neque enim minores XXV. annis decuriones allegi, nisi ex causa, possunt, neque hi, qui annum LV. excesserunt.

L. 1. §. 3. D. de vacat. (*Ulpian.*)

Quamvis LXV. annorum aliquis sit, et tres liberos incolumes habeat, a muneribus tamen civilibus propter has causas non liberatur.

L. 2. §. 1. D. eod. (*Idem.*)

Numerus liberorum, aut LXX. annorum, ab honoribus, aut muneribus his cohaerentibus, excusationem non praestat, sed a muneribus tantum civilibus.

L. 8. pr. eod. (*Papinian.*)

In honoribus delatis neque annis LXX., neque pater numero quinque liberorum excusatur.

L. 11. eod. (*Hermogenian.*)

Sunt munera, quae rei proprie cohaerent, de quibus neque liberi, neque aetas, nec merita militiae, nec ullum aliud privilegium jure tribuit excusationem.

L. 3. D. de jure immun. (*Ulpian.*)

Majores LXX. annis a tutelis et muneribus personalibus ¹⁶⁾ vacant; sed qui ingressus est LXX. annum, nondum egressus, hac vacatione non utetur, quia non videtur major esse LXX. annis, qui annum agit LXX.

L. ⁵pr. eod. (*Callistratus.*)

Semper in civitate nostra senectus venerabilis fuit; namque majores nostri eundem honorem senibus, quam magistratibus tribuebant. Circa munera quoque municipalia subeunda idem honor senectuti tributus est. Sed eum, qui in senectute locuples factus est, et ante nullo munere publico functus est, dici potest non eximi ab hoc onere privilegio aetatis, maxime si non corporis habeat vexationem, quam pecuniae erogationem, indicti muneris administratio, et ex ea sit civitate, in qua non facile sufficientes viri publicis muneribus inveniantur.

L. 2. §. 7. D. de vacat. (*Ulpian.*)

Quem ita senio et corporis imbecillitate vexari Praeses animadverterit, ut muneri perferendae pecuniae non sufficiat, demittat, et alium constituat. Corporis debilitas eorum munerum excusationem praestat, quae tantum corpore implenda sunt; ceterum quae consilio prudentis viri, vel patrimonio sufficientis in homines ¹⁷⁾ obiri possunt, nisi certis et receptis probabilibus causis non remittuntur.

Aus diesem Allen ergibt sich nun im Wesentlichen dies Resultat: Gegen Reallasten gibt es keine Excusation. Altersschwäche ist excusatio necessaria, und so auch jede andere Stumpfs

16) Das Wort personalibus fehlt wohl in Vulgat-Manuscripten. Die Combination der sämtlichen Fragmente hebt aber alle Schwierigkeiten.

17) Saloander liest besser: in honores.

heit, aber nur so weit, als sie geht. Dies abgerechnet, wird Niemand durch das Alter von honoribus excusirt, wohl aber geben vollendete 70 Jahre eine Excusation von muneribus civilibus, und vom Decurionat schon vollendete 55 Jahre, wenn man nicht entsagt. Das Letzte begreift sich mit Rücksicht auf die unendliche Lästigkeit des Decurionats¹⁸⁾ eben so wohl, als der ältere Rechtsatz, daß die Conscriptions-Pflicht mit dem 50sten Jahre aufhöre¹⁹⁾. Aus der großen Sorgfalt, womit die Ausnahmen abgeschnitten, oder gemacht sind, ergibt sich auch ganz klar, daß man, bey dem Mangel tüchtiger Bürger, allen Grund hatte, möglichst sparsam zu seyn.

Wie nun bald nach der Periode der Classiker die ungeheure Aenderung geschehen konnte, daß man für jene 70 Jahre 55 setzte, läßt sich schwer begreifen. Die Menschen waren gewiß nicht tüchtiger geworden, vielmehr hatte politische Verwirrung, und geistlicher Unfrieden die Schlassheit im Fach der Verwaltung an allen Seiten vermehrt. Dennoch ist, wie oben erinnert ward, von M a c e l d e y behauptet, daß durch L. 3. C. qui aetate vel professione jene Aenderung gemacht sey. Diese Constitution, ein bloßes Rescript von Diocletianus und Maximianus, ohne Datum, lautet so:

Manifesti juris est, majores *quingenta quinque* annis invitos ad munera personalia vocari non posse. Quum igitur *septuagenario majorem* te esse profitearis, si a nominatione facta appellationis auxilium interposuisti, tueri te notione Praesidis provinciae potes jure concessio.

Welche Zweifel drängen sich hier nun sogleich gegen die neue Theorie, so wie zum Theil auch gegen die Theorie der Glossatoren, auf! Das System, wovon die Classiker als von einer ausgemachten Sache reden, war eine große, weitumfassende administrative Einrichtung, durch die Umstände noth-

18) S. darüber besonders Gebauer ordo instit. Excurs. 4.

19) Seneca de brev. vitae hum. c. 20.

wendig geworden. Diocletianus war einer der härtesten Kaiser, und ein arger Christenverfolger. Wie sollte von ihm ein beyspielloß schonendes allgemeines Gesetz ausgegangen seyn, ein Gesetz, welches nicht durch den Drang der Umstände veranlaßt seyn konnte, und durch seine übermäßige Milde sogleich wieder zum alten System zurückführen mußte? Denn der Mann pflegt im 45ten Jahre noch seine volle Kraft zu haben, und vorzugsweise zu bürgerlichen Aemtern fähig zu seyn, besonders bey Völkern, welche nicht, wie wir, ihrer Eigenthümlichkeit beraubt, unter einem erborgten Apparat erliegen. Wollte man einzelnen Lieblingen helfen, so konnte man ja auf dem gewohnten Wege bleiben, und allerhöchsten Orts nach Gefallen die Einzelnen dispensiren, denen man helfen wollte. Sehen wir indeß, daß hier jene Kaiser eine allgemeinen Reform für nöthig hielten, so bedurfte es doch dazu eines allgemeinen, mit tüchtigen Entscheidungsgründen ausgestatteten Gesetzes, worin wieder vielfache Beschränkungen ganz nothwendig waren, z. B. in Beziehung auf arbeitsfähige seniores, und auf die Fälle, da der Mangel an Subjecten der neuen Milde entgegenstand. Allein von einer solchen, Epoche machenden Constitution wissen wir nichts; war sie aber vorhanden, wie konnten denn gegen das neue Gesetz Zweifel entstehen, und wie konnten die Kaiser in L. 3. C. cid., statt das neue Gesetz zu allegiren, bloß unbestimmt sagen: manifesti juris est, welches doch nur paßte, insoferne man das altherkömmliche, notorische Recht anrief? Ferner: warum geben uns die Pandecten die sorgfältigsten Entwicklungen über diesen Punct aus den Schriften der Classiker? Freylich hat Justinianus nicht selten des Lehrvortrags wegen allerley in die Pandecten gestellt, was später durch die Kaiser geändert ist. Allein wo es geschieht, da ist doch immer die entgegengesetzte Ansicht der Kaiser in den Institutionen, oder in dem Codex klar ausgesprochen, während man in unserem Fall alles bloß in transitu aus einem unbestimmten Rescript lernen muß. Dazu kommt noch, daß in den Institutionen, nach Publication des

ersten Codex, worin die L. 3. C. cet. wohl gewiß auch stand, ganz dogmatisch der Satz aufgestellt ist: daß Alter über 70 Jahre excusire von der Tutel, und daß solche dogmatica in den Institutionen niemals vorkommen, wenn der Kaiser bloß von veralteten Einrichtungen redet. Zwar enthält der Titel de legatis viel Unpractisches in dogmatischer Sprache. Allein hier geschah es nur der Bequemlichkeit wegen, und daher ist auch gleich im §. 3. L. de legat. das nöthige Warnungszeichen aufgesteckt. Endlich macht es auch noch einige Schwierigkeit, daß in L. 3. C. cit. das; *septuagenario majorem* als Entscheidungsgrund hervorgehoben ist, mithin gerade das, was die Classiker nach dem Obigen so scharf zugespißt hatten, um nach Art guter Hausväter auch den letzten Heller sparen zu können.

Gehen wir auf den Codex über, so wird die Sache noch schlimmer, namentlich in Betracht der excusatio tutorum. Denn in demselben Codex steht neben L. 3. C. cit. die L. un. C. qui aetate se excusant, nach ihrer Stellung in die Lehre von der Tutel gehörend, und hier heißt es:

Pater tuus, si major est annis septuaginta, ad tutelam seu curam evocatus excusare se solenniter potest.

Dies Gesetz, nebst Justinian's eigenen Aeußerungen in den Institutionen veranlaßte denn die Glossatoren, in Ansehung der Befreyung von der Tutel bey dem älteren Rechtsatz zu bleiben. Allein die bisher von mir entwickelten Gründe machen auch diese Ansicht im höchsten Grade bedenklich, ob, gleich schon Eustathius ²⁰⁾ daran Theil genommen hat.

20) Liber de temporalibus intervallis, s. rubr. de annis LV. et LXX.: „Post annum LV. vacatio munerum personalium conceditur Cod. L. 10. T. 50, (49) const. 3. Basil. L. 54. Tit. 7. c. b. Post annos LXX. quis aliquando excusationem a tutela, et aliis muneribus habet, aliquando non habet, ut Dig. L. 27. T. 1. act.

Was soll man aber gar sagen, wenn man L. 10. C. de Decurion. et filiis eorum liest? Dies Gesetz ist, wohl zu bemerken, auch von Diocletianus und Maximianus, und in demselben wird nun ganz allgemein dahin rescribirt.

Si ultra septuagesimum aetatis annum patrem tuum esse Praeses provinciae perspexerit, eum personalium munerum vacatione perfrui providebit.

Ich habe dieses schwere Geschütz bis zuletzt aufgespart, und hoffe, daß es auf allen Fall durchschlagen soll. Dieselben Kaiser, von denen die L. 3. C. cit. herrührt, reden hier nun genau eben so, wie die Classiker in den Pandecten gesprochen haben. Warum thut man mithin, als ob L. 10. C. cit. nicht vorhanden wäre, und warum ist stets nur von L. 3. C. cit. die Rede, welche nach ihren sämtlichen Umgebungen gar nicht begriffen werden kann? Auch der bedachtsame Critiker, welcher nur dann ändert, wenn der ganze Zusammenhang die Nothwendigkeit der Besserung außer Zweifel setzt, könnte hier kein Bedenken tragen, in L. 3. C. cit. das quinquagesimo quinto in septuagesimo zu verwandeln, besonders da Versehen in Zahlen den Abschreibern am leichtesten begegnen. Für diese Verbesserung hat sich nun auch immer Cujacius²¹⁾ erklärt, und zwar auf eine Art, daß selbst die abgesagten Feinde aller ändernden Critik hier beruhigt seyn können. Er bezeugt nämlich, daß er in mehreren Manuscripten die Lesart septuagesimo angemerkt gefunden habe. Baudoza, welcher auch sehr fleißig Handschriften verglich, gibt diese Variante ebenfalls in seiner, vor mir liegenden Ausgabe von 1600, indem er bey L. 3. C. cit. an den Rand setzt: Vet.

21) ad Inst. L. 1. c. 34. §. 13. (opp. T. 1. p. 54.) Paratit. Cod. L. 5. T. 67. (opp. T. 2. p. 321.) Commentar. ad Cod. L. 10. T. 49. c. 3. (opp. T. 2. p. 752.). Er citirt für die richtige Lesart auch die Basiliken. Ich habe darin keine Uebersetzung der L. 3. C. cit. gefunden, weder in der Synopsis Basilicorum, noch in der Fabrottischen Ausgabe. Auch Paulus in seinem manuale Basilicorum p. 302. gibt keine Remission dazu.

septuaginta, nec minus recte, ut ex verbis sequentibus colligere licet, welche Bemerkung ganz richtig ist, da nun das folgende *septuagenario* majorem ganz anpassend wird. Wollte man hier aber eigensinnig seyn, und, außer der höheren Critik, selbst die niedere verwerfen, so bliebe doch nichts übrig, als das Zugestehen einer reinen Antinomie, womit man auch wieder zum Besten der L. 3. C. cit. nicht weit kommen würde, da es herrschende Ansicht unserer Juristen ist, daß im Fall eines Widerspruchs der Gesetze die consequenter Entscheidung vorgezogen werden muß. Ich bin zwar als Theoretiker diesem Grundsatz nie geneigt gewesen²²⁾, aber als Rotant in Spruch Collegien habe ich ihn mir immer gern gefallen lassen, weil man der Nothstücken nicht entbehren kann, wenn man in Betreff des *juris communis* so ganz und gar von Gott und der Welt verlassen ist, wie wir stets waren, und wohl auch bleiben werden. Freylich hat die Glosse hier durch Subintelligiren zu helfen gesucht, aber sehr ungeschickt. Sie will nämlich, man solle bey C. 10. C. cit. voraussetzen, daß der Extrahent dieses Rescriptes ein Tutor oder Curator war. Allein dazu passen die allgemeinen Worte *personalium munerum* gar nicht. Eben so gut könnte man bey L. 3. C. qui aetate vel professione voraussetzen, daß von einer Verufung zum *Decurionat* die Frage war, und dieß wäre gewiß vorzuziehen, weil damit eine volle Harmonie der Gesetze heraus käme, und die äußeren Schwierigkeiten wegfelen, welche, wie gesagt, der Theorie der Glossatoren überall entgegen stehen.

Uebrigens kommen die Vertheidiger der, vorhin von mir getadelten Theorien bey dem Satz der L. 8. D. de testibus: *inviti testimonium dicere non coguntur senes* in eine eigene Verlegenheit. Daß hier 55 Jahre lächerlich seyn würden, ist klar genug. Allein wie will man die 70 Jahre der Glosse herausbringen? Aus dem Worte *senex* kann es nicht

22) Mein Pand. Syst. §. 35. a. f.

geschlossen werden, da dieses Wort, nach dem Obigen, bald so, bald so gebraucht wird. Es wäre auch, unter Voraussetzung der falschen Theorien, eine Inconsequenz, wenn man gerade in diesem Fall bey den 70 Jahren der Pandecten bleiben wollte; denn die Pflicht, für und wider andere Personen Zeugniß zu geben, ist nichts mehr und weniger, als eine Staatslast, und ein wirkliches munus publicum, so gut, wie Jurat und Curatel. Mit der richtigen Theorie verschwinden hier aber alle Schwierigkeiten. Denn ist es eine unverändert gebliebene Regel, daß man sich von öffentlichen Functionen in der Regel nur nach vollendetem 70sten Jahre zurückziehen kann, so hat auch der aufgerufene Zeuge keinen Grund, für sich eine Ausnahme zu verlangen.

III.

Ueber die Regel: *affirmanti incumbit probatio*,
vornemlich als Widerlegung der Weberschen
Erklärung derselben.

Von

Herrn Oberappellationsrath und Professor D. Kori in Gena.

Die von vielen Spruchbehörden, besonders im Königreich Sachsen angenommene Meinung: daß bloße Verneinungen, auf welche die streitenden Partheyen in Processen ihre Anträge stützen, des Beweises nicht bedürfen, ist von jeher bestritten ¹⁾ und dagegen von vielen besonders neueren Juristen die Regel aufgestellt worden:

1) *Mevius* P. V. decis. 279. *Boehmer*. Jus eccles. Protest. Lib. II. Tit. 19. §. 3. sqq. *de Cocceji* Jus civile controvers. L. XXII. Tit. III. qu. 6. *Walchii* introduct. in controuv. jur. civil. Sect. IV. Cap. II. §. 11. *Danz* Grundf. des ordentl. bürgerl. Process. §. 232.

Jede Behauptung, worauf eine Parthey ein Recht oder eine Befreyung gründe, selbst wenn sie in einer bloßen Verneinung besteht, müsse von ihr erwiesen werden.

Am ausführlichsten hat diese Regel Weber ²⁾ zu vertheidigen gesucht, und seiner Theorie sind nachher viele andere beygetreten; ja Reinhardt ³⁾ glaubt, daß diese Regel jetzt feststehe. Ich meines Orts habe mich aber bey der strengsten Prüfung der von Weber und anderen berühmten Rechtsgelehrten für diese Theorie angeführten Gründe von deren Richtigkeit nicht überzeugen können. Sowohl die Wichtigkeit des Gegenstandes als eine gewisse Anhänglichkeit an dem bestehenden Gerichtsbrauch, den ich gleichsam als einen alten erfahrenen Mann verehere, der sich in der juristischen Welt solide Kenntnisse erworben hat, veranlassen mich, den Streit darüber zu reassumiren und meine Ansichten zur öffentlichen Beurtheilung vorzulegen.

Zuvörderst ist es wohl an sich klar, daß alles, wodurch ein Recht entsteht, aufgehoben oder verändert wird, im Proceß wider den zweiseitigen Gegner erwiesen werden müsse. Der Ursprung, die Aufhebung oder Veränderung eines Rechts geht aber nicht aus einer Leerheit der Zeit, sondern aus äußeren Begebenheiten hervor, nämlich aus Thatfachen, welche entweder in Handlungen der Staatsbürger, oder in Naturereignissen bestehen, die nach den Gesetzen oder dem Willen der handelnden Personen rechtliche Verhältnisse begründen oder verändern. Aus Nichtereignissen also entstehen in der Regel keine Rechte oder Verbindlichkeiten; wo sie aber durch Gesetz oder Willenserklärung der Privatpersonen zur Bedingung eines Rechts gemacht werden, kann dies nicht anders geschehen,

2) Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß. Halle. 1805. S. 154 — 239.

3) Handbuch des gemeinen deutschen ordentlichen Proceßes. 1. Theil. Stuttgart, 1823. S. 156. Note 1., wo er zugleich die Anhänger dieser Theorie anführt.

als durch Bezeichnung eines speciellen Ereignisses, welches, wenn es eintritt, das Rechtsverhältniß aufheben oder abändern soll. Der Nichteintritt eines solchen Ereignisses liegt dann schon in dem bisherigen Zustande der Dinge, von welchem jene Gesetze oder Privat-Willenserklärungen ausgingen und bedarf, weil dessen Veränderung nicht vermutet wird ⁴⁾, des Beweises nicht, sondern erst der Eintritt des bezeichneten Ereignisses ist Gegenstand der äußeren Wahrnehmung und des menschlichen Zeugnisses.

Unter solche Nichtereignisse gehören jedoch nicht Zustände, die sich ihrer Natur nach verändern, z. B. Alter, Wetter, Jahreszeiten.

Ein durch Gesetz oder Privatbestimmung ausdrücklich zur Bedingung eines Rechts erhobenes Nichtereigniß hat der Berechtigte, welcher sich in Processen auf jenes Rechtsverhältniß bezieht, des Zusammenhanges wegen zwar mit zu erwähnen, nicht aber zu erweisen. Von Nichtereignissen dieser Art unterscheidet man jedoch solche, welche in dem Nichtvorhandenseyn von Verhältnissen liegen, die nach den Gesetzen das jetzt in Streit gezogene Rechtsverhältniß gar nicht hätten entstehen lassen, oder welche selbiges nach seiner Entstehung wieder verändert oder vernichtet haben würden. Z. B. bey angestellter hereditatis petitione ab intestato wird vorausgesetzt: daß kein Testament vorhanden sey; bey angestellter publicianischen Klage: daß der Beklagte nicht der wirkliche Eigentümer der Sache sey; bey der Klage auf Auszahlung eines Legats: daß sich dessen der Legatar nicht unwürdig gemacht habe; bey jeder Forderung: daß sie nicht durch ein späteres Ereigniß wieder aufgehoben worden sey. Nichtereignisse dieser Art gehören nämlich nicht in den Kreis derjenigen Thatfachen, welche an sich dem Rechte seine Entstehung geben, und brauchen daher von der berechtigten Parthey in ihren Processvor-

4) L. 8. ff. de condict. causa data, c. n. sec. L. 7. ff. de conditionib. et demonstr. L. 67. eod.

tragen nicht einmal erwähnt zu werden, sondern es ist lediglich Sache ihres Gegners, für sich das Gegentheil (als Ausflucht, Replik u.) anzuführen und darzulegen⁵⁾.

Da gewöhnlich die Klagen und Einreden auf specielle Thatfachen gegründet werden, so liegt überhaupt für jene dem Kläger, für diese dem Beklagten der Beweis ob⁶⁾. Allein, soweit die der Klage oder Einrede untergelegte Geschichtserzählung bloße Verneinungen enthält, oder wo eine Einrede durchaus negativ ist⁷⁾, kann jene Regel nicht Anwendung finden; wie sie denn auch an sich nichts über die im weiteren Verlauf des Processes vorkommenden Partheyvorträge bestimmt. Dafür bedurfte es einer allgemeinen Regel über die Beweislast, und eine solche ist durch mehrere Gesetze dahin festgestellt:

affirmanti incumbit probatio.

L. 2. ff. de probationib.

„ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat.“

L. 23. C. de probat. Cap. 11. X. de probat. Cap.

5. X. de renunciat.:

„cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit.“

L. 10. C. de non numer. pec:

„Adservatio debitum solutum contententis temporis diuturnitate non excluditur: nec huic oblo-

5) Gensler im Archiv für die civilist. Praxis, Bd. II. S. 271., nennt solche von dem Berechtigten mit angeführten Nichtereignisse: anticipirte Verneinungen. Gleichwohl erfordert er von dem Collateral-Erben den Beweis: der Erblasser sey ohne legitime Descendenten und ohne Testament gestorben.

6) §. 4. Inst. de legatis. L. 19. pr. et L. 21. ff. de probat. L. 3. et 8. C. de probat. L. 9. C. de oblig. et act.

7) S. B. die des mangelnden Kosten-Vorstandes der fehlenden Legitimation zum Proceß, oder zur Sache, oder des Mangels eines Geschlechts-Vormundes bey dem Geschäft woraus ein Frauenzimmer klagt.

quitur, quod exceptio non numeratae pecuniae, certa die non delata querela, prius evanescat: cum inter eum, qui *factum adseverans* onus subiit probationis, et *negantem numerationem* (*cujus naturali ratione probatio nulla est*) et ob hoc ad petitem ejus rei necessitatem transferentem, magna sit differentia.“

Weber will in diesen Gesetzen die Regel: daß nur bejahende Sätze des Beweises bedürfen, nicht verneinende, keineswegs finden, und die Ausdrücke der Gesetze: dicere adseverare von dem Bejahen eines Satzes nicht verstehen, sondern meint, sie bedeuteten weiter nichts, als: mit Worten etwas sagen, daß negare aber sey ein bloßes Widersprechen, sollte es auch durch einen bejahenden Satz geschehen. Es sey vielmehr in diesen Gesetzen die Regel enthalten:

daß jeder streitende Theil die Behauptungen, worauf er seine Anträge stütze, sollten sie auch in Verneinungen bestehen, zu erweisen habe 8).

Allein diese Auslegung ist nicht nur der gemeinen juristischen Bedeutung des Worts: dicere, wornach es als Bejahung eines speciellen Umstandes gebraucht wird 9), sondern auch dem Sinne der oben ausgehobenen Gesetzstellen in ihrem Zusammenhange entgegen. Denn in L. 2. ff. de probat. wird daß dicere dem negare geradezu entgegengesetzt; in den übris

8) Gleicher Meinung sind *Schaumburg*, princip. prax. juridicae judic. T. I. pag. 162. not. * et noto. *Gönnert* Handb. des deutschen gemeinen Processes. Bd. I. Num. XXXVIII. §. 18. *Genster* im Archiv für die civilist. Praxis. Bd. II. Num. XXI. S. 267. und mehrere andere. Die entgegengesetzte Meinung hingegen vertheidigen: *de Cocceji* L. cit. *Leyser* spec. 255. med. 1—3. *Hommel* Anleit. Gerichtsacten zu extrahiren und zu referiren. Abtheil. II. Spitz. II. §. 59. 3. *E. Walch* 1. c. *Hellfeld*. jurispr. for. §. 1153. und andere.

9) L. 18. ff. de probat. L. 19. pr. et §. 1. eod. L. 18. ff. de aedilit. edicto. Nov. 72. cap. III. *Brissonius* de verbor. signif. v. *dicere* no. 2. *Calvini* lexic. juridic. v. *dicere*.

gen Gesetzen aber ein *factum adseverans* von einem *factum negante* unterschieden, und ersterem der Beweis aufgelegt, letzterer hingegen davon frey gesprochen, auch der Grund beygefügt: weil dies der Natur der Sache gemäß sey. Wenn nun, wie im Eingange dieses Aufsatzes bemerkt ist, Rechte nur aus einzelnen Thatfachen entspringen, und Nichtereignisse, wo sie als Bedingung eines Rechts ausdrücklich aufgestellt worden, nur in einem durch ein bestimmtes Ereigniß nicht zu unterbrechenden Zustande der Gegenwart bestehen, dessen Veränderung nicht vermuthet wird, wenn ferner Nichtereignisse überhaupt nicht Gegenstände äußerer Wahrnehmung und menschlichen Zeugnißes sind: so war nach der Natur der Sache allerdings nur demjenigen der Beweis aufzubürden, welcher einen rechtlichen Antrag auf Bejahung einer speciellen Thatfache stützt, nicht demjenigen, welcher eine Thatfache läugnet. Die Gesetze sagen ja nicht: ei incumbit probatio, qui prior dicit, non ei, qui contradicit, sondern vielmehr: ei, qui factum dicit (affirmanti), non, qui factum negat. Die Weber'sche Regel stimmt mit der Natur der Sache um so weniger überein, je zufälliger es oft ist, welcher streitende Theil zuerst als Kläger oder Beklagter auftritt ¹⁰⁾, oder im Verlauf des Proceßes zuerst auf ein Ereigniß oder Nichtereigniß sich bezieht, was auf das streitige Rechtsverhältniß oder auf den Proceß selbst Einfluß hat ¹¹⁾.

Daß der Beweis verneinender Sätze überhaupt möglich sey, kann man Webern zugeben, obschon diese Möglichkeit nach gemeinem Proceß, welcher den Eid de credulitate ausschließt, in vielen Fällen wegfallen muß. Wenn aber Weber

10) *J. B.* in den *judiciis mixtis*, L. 13. 14. et 29. ff. de *judiciis*, oder, wenn der Beklagte seine Einreden klagend würde verfolgt haben, wenn nicht sein Gegner ihm mit der Klage zuvorgekommen wäre, oder im sogenannten *communicatorischen Proceß*.

11) Denn die Fälle, wo die Partheyen in ihren Anträgen zum Ueberfluß Verneinungen annehmen, berühren unsere Streitfrage nicht.

C. 209. u. f. die Unvernünftigkeit der Stellen des canonischen Rechts, worin der directe Beweis verneinender Sätze selbst für unmöglich geachtet wird ¹²⁾, tadelt, so kann er das durch doch nicht die von den Päbsten wirklich ausgesprochene Befreyung des negantis vom Beweise selbst zu Nichts machen, sollten auch die Päbste in dem Grunde ihre Verordnungen gesirrt haben ¹³⁾.

Die Gesetze sind sich aber auch in Anwendung der Regel: daß nur Bejahungen specieller Thatfachen des Beweises bedürfen, nicht die Verneinungen derselben, tren geblieben, wie aus folgenden Beyspielen erhellet:

1) Bey dem Vermächtniß einer fremden Sache hat der Legatar den Beweis zu führen: der Testator habe gewußt, daß er eine fremde Sache legire, und der Erbe ist vom Beweise der Unwissenheit des Testators entbunden ¹⁴⁾.

2) Ist die richtige Erfüllung eines doppelseitigen Vertrags zur Bedingung der Gültigkeit des Vertrags gemacht worden (pactum commissorium), so hat der Kläger, welcher die Rückgabe der Sache wegen Nichterfüllung des Vertrags durch Beklagten verlangt, keineswegs die Nichterfüllung dazuthun ¹⁵⁾.

3) Wenn der dominus emphyteuticarius wider den Emphyteuta wegen dreijährigen Rückstandes des Canons ac-

¹²⁾ Cap. 11. X. de probat. Cap. 1. de confess. in 6to.

¹³⁾ K ö h e r, Versuch eines Beitrags zur Berichtigung der Lehre von der Beweislast. Jena. 1813. §. 16.

¹⁴⁾ §. 4. Inst. de legatis.

¹⁵⁾ L. 4. §. 11. ff. de Lege commiss. L. 8. ff. eod. So hat auch die Jena'sche Juristen-Facultät erkannt in Fällen der Anwendung des Fürstl. Schwarzburg-Sondershausischen Mandats vom 13. Febr. 1786., wornach bey Alimentationsverträgen die Nichterfüllung derselben dem andern Contrahenten das Recht gibt, den Contract aufzurufen. (L. 1. C. de donat. sub modo.)

tionem privatoriam anstellt, braucht er nicht zu beweisen, daß der Beklagte auf so lange den Canon nicht bezahlt habe ¹⁶⁾.

4) Bey angestellter querela wegen eines pflichtwidrigen Testaments die auf Unrichtigkeit der ausgedrückten Enterbungsursache gegründet worden, hat der beklagte Testamentserbe den Beweis der Wahrheit der Enterbungsursache zu führen ¹⁷⁾.

5) Der Pflegebefohlene, welcher gegen das vormundschaftliche Gericht die subsidiarische Entschädigungsklage angestellt hat, ist nicht verbunden, zu beweisen: daß die für den Vormund angenommenen Bürgen schon zur Zeit ihre Annahme insolvent gewesen, vielmehr hat das vormundschaftliche Gericht die damalige Bürgschaftsfähigkeit darzuthun ¹⁸⁾.

6) Hätten die Römer den Beweis einer Verneinung erfordert, so würden die ungenannten Contracte, wenn das von dem einen Contrahenten Gegebene wegen nicht erfolgter Gegenleistung von dem anderen Contrahenten zurückgefordert wurde, die beste Gelegenheit gegeben haben, jenen Grundsatz auszusprechen. Gleichwohl findet sich in dem Titel der Pandecten, de condictione causa data, causa non secuta, und des Codex de condict ob causam datorum davon keine Spur, sondern vielmehr vom Gegentheil ¹⁹⁾.

Ferner hat der Gerichtsbrauch die Regel: daß bloße Verneinungen keinen Beweis erfordern, wenigstens in folgenden Fällen beobachtet:

16) L. 2. Cod. de jure emphytevt.

17) Nov. 115. cap. III. §. 14. in f.

18) L. 11. ff. de probat.

19) L. 5. pr. ff. de condict. c. d. c. n. sec. L. 6. eod. L. 4. C. de condict. ob. caus. dator. -- Uebereinstimmend ist die Preuß. allgem. Gerichtsordnung Th. I. Tit. XIII. §. 9 u. 28. Tit. X. §. 41., wornach keine Thatsache und keine Veränderung zu vermuthen, sondern erhebliche Thatsachen zu beweisen sind.

Archiv f. d. Civ. Proc. VIII. B. I. S.

a) Der gute Glaube, er mag bey der Verjährung oder bey Verträgen in Frage kommen, wird, da er in einem negativen Zustande, nämlich in dem Nichtvorhandenseyn von Thatfachen, die den bösen Glauben hervorbringen, besteht, vermuthet, bis das Gegentheil dargelegt ist ²⁰⁾.

b) Bey angestellter Negatorien-Klage wegen einer Servitut hat der Kläger bloß sein Eigenthum an der Sache zu bescheinigen, nicht die Freiheit an derselben von der angemessenen Servitut ²¹⁾.

c) Wer auf Erfüllung eines Versprechens klagt, braucht nur das Versprechen selbst zu erweisen, nicht aber seine Behauptung: daß der Beklagte das Versprechen unerfüllt gelassen habe.

d) Wer in einer angestellten Besitzklage sich auf fehlerfreyen Besitz bezieht, hat nur den Besitz selbst darzuthun, nicht die Freyheit desselben von Fehlern (*vis, clandestinitas, precarium*), die vielmehr der Beklagte an- und auszuführen hat ²²⁾.

e) Wer als Verwandter auf einen Intestat-Nachlaß Anspruch macht, ist nicht schuldig darzulegen, daß mehrere Intestaterben nicht vorhanden seyen ²³⁾.

f) Wer sich auf eine solche erlöschende Verjährung bezieht, die durch bloßen Nichtgebrauch des Rechts zu Stande kommt, z. B. Verjährung einer Schuldforderung, hat, wenn nur die Verjährungszeit verflossen ist, nicht zugleich den Nichtgebrauch des Rechts auszuführen, sondern es kommt dem bis,

20) *Meine Theorie der Verjährung.* §. 64. lit. 9. u. Note 307.

21) *Wernher.* P. I. obs. 339. *Berger.* Elect. Discept. For. Tit. XX. not. 6. *Berger.* Decis. 76. *Kind.* Quest. For. Ed. 2. Tom. III. Cap. 44. *Klöpper a. D.* §. 33. — 35.

22) *Kind.* Quaest. For. Tom. III. Cap. 16. *Pfotenhauer* Abhandlung über das gerichtliche Verfahren in Sachen, welche den neuesten Besitz betreffen. Leipzig 1797. §. 8. u. 23.

23) *Kind.* Tom. II. Cap. 84.

herigen Berechtigten zu, den fortgesetzten Gebrauch seiner Verfügung darzuthun ²⁴⁾).

Ob nun schon Weber a. D. S. 196. u. f. seine Behauptung: daß selbst verneinende Sätze, worauf streitende Partheien ihre Anträge gründen, des Beweises bedürften, aus römischen Gesetzen zu rechtfertigen versucht hat, so wird doch eine nähere Prüfung der diesfalls von ihm angeführten Gesetzstellen ergeben: daß darin entweder vom Beweise wirklicher Bejahungen, oder vom bloßen Gegenbeweise wider eine bereits vorliegende oder präsumirte Thatfache die Rede sey ²⁵⁾. Denn:

1) L. 25. pr. ff. de probat. enthält keineswegs eine Verbindlichkeit dessen, welcher conditionem indebiti angestellt hat, den Umstand: daß er dem Beklagten Nichts schuldig gewesen sey, als reine Verneinung darzulegen ²⁶⁾. Vielmehr ist darin, mit Unterscheidung der Fälle, folgendes bestimmt:

24) Vergl. L. 12. et 20. ff. quemadm. servit. amitt. L. 3. et 4. C. de praescrip. 30. vel 40. annor. Außerdem wäre auch der Richter außer Stande eine verjährte Klage Amts wegen zu verwerfen. Schmidts practisches Lehrb. von gerichtlichen Klagen und Einreden Martinische Ausgabe, Gena 1823. S. 65. Note * Churfürst. Constat. 25. P. I.

25) Selbst Gensler im Archiv für die civilist. Praxis, Bd. II. S. 267. zweifelt an der Brauchbarkeit einiger dieser Gesetzstellen für die Webersche Meinung, jedoch ohne sich darüber näher zu erklären. Allein schon vor ihm hat Klöpper a. D. S. 10. u. f. die von Webern angeführten Gesetze widerlegt, obschon nicht erschöpfend genug.

26) Paulus sagt darin:

«Cum de indebito quaeritur, quis probare debet, non fuisse debitum? Res ita temperanda est: ut si quidem is qui accepisse dicitur rem, vel pecuniam indebitam hoc negaverit, et ipse, qui dedit, legitimis probationibus solutionem adprobaverit, sine ulla distinctione, ipsum, qui negavit, sese pecuniam accepisse, si vult audiri, compellendum esse ad

a) Hat der Beklagte überhaupt geläugnet, vom Kläger etwas erhalten zu haben, letzterer aber nachher das Gegebene erwiesen, so soll ersterer darthun: daß ihm das Empfangene gebührt habe — mithin den Erwerbstitel.

b) Hat aber der Beklagte gleich Anfangs gestanden: vom Kläger den Gegenstand erhalten zu haben, hingegen geläugnet: daß es indebite geschehen sey, so muß Kläger den Beweis führen: entweder daß der Beklagte ex dolo das Gezahlte angenommen, oder daß er, Kläger, durch einen Umstand in Unwissenheit versetzt worden sey, daß er es nicht schulde ²⁷⁾. — Dabey ist also die bloße Behauptung der Unwissenheit nicht ausreichend, und nicht Gegenstand des Beweises.

c) Behauptet der Kläger, zuviel gezahlt zu haben, oder Etwas, was schon bezahlt war, so hat er den Beweis des Irrthums zu führen ²⁸⁾ — welcher selbst im ersten Fall nicht eine bloße Verneinung zum Gegenstand hat, sondern das Rechtsgeschäft welches auf eine geringere Summe eingegangen war.

In diesem Gesetz ist mithin überall nicht vom Beweis

probationes praestandas: quod pecuniam *debitam* accepit: per enim absurdum est, eum, qui ab initio negavit, pecuniam suscepisse, postquam fuerit convictus, eam accepisse, probationem non debiti ab adversario exigere."

27) «Sin vero ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias, dicat autem non indebitas ei fuisse solutas, *praesumptionem videlicet pro eo esse, qui accepit*, nemo dubitat: Qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias jactet et indebitas effundat: et maxime, si ipse, qui indebitas dedisse, dicit, homo diligens est et studiosus paterfamilias, cujus personam incredibile est, in aliquo facto errasse: et ideo eum, qui dicit, indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per dolum accipientis vel *aliquam justam ignorantiae causam* indebitum ab eo solutum et, nisi ostenderit, nullam eum repetitionem habere."

28) L. cit. §. 2.

einer bloßen Negation die Rede, sondern von Darlegung factischer Umstände, welche einen Irrthum des Zahlenden, oder eine Arglist des Empfängers in sich fassen ²⁹⁾, und welche gegen den Besitzer, der die Vermuthung gerechten Erwerbs für sich hat, oder im Gegenbeweise dargelegt werden sollen.

2) Nach L. 15. ff. de probat. sollen die Brüder eines Verstorbenen gegen einen Menschen, der sich fälschlich für einen Sohn des Verstorbenen ausgab und des Nachlasses sich annahm, auch in angeblichem Auftrag des Verstorbenen Fideicommissen an erstere auszahlte, worüber sie ihm Quittung ausstellten, wenn sie nachher ihren Irrthum einsehen und die Erbschaft ihres Bruders von ihm verlangen, beweisen: daß er ein Sohn des Erblassers nicht sey. — Allein einerseits liegt auch hierin nicht schlechterdings der Beweis einer Verneinung, wenn nämlich die Brüder darthun, wer der rechte Vater jenes Menschen sey ³⁰⁾; andererseits enthält auch dieses Gesetz den Fall eines Beweises gegen den Besitzer der Erbschaft, für welchen die Vermuthung spricht, und eines Gegenbeweises gegen die von den Brüdern ausgestellte Quittung, wodurch sie ihn als Sohn des Verstorbenen bereits anerkannt hatten.

3) Wenn es in L. 17. ff. de probat. heißt:

„Cum de lege Falcidia quaeritur, heredis probatio est, locum habere Falcidiam, quod dum probare non potest, merito condemnabitur;“

und hiernach der Erbe darzulegen hat, daß die Erbschaft für den vollen Betrag der Legate nicht hinreiche, so ist auch dies nicht der Beweis einer reinen Negation, wie Weber meint, sondern der Erbe hat den wirklichen Bestand der Erbschaft, also eine Thatsache ins Licht zu setzen, und dann gewährt eine Vergleichung desselben mit dem Betrag der Legate von selbst

29) Klotz, a. D. S. 10. Num. 1.

30) Klotz, a. D. S. 10. Num. 2.

das Resultat: ob der Nachlaß durch die Vermächtnisse erschöpft sey, oder nicht ³¹⁾).

4) In L. 11. C. de probat. wird von dem Fall ausgegangen: daß, wer ein Testament als ungültig ansieht, die Fehler desselben zu zeigen habe. Diese Fehler lassen sich aber keineswegs auf bloßes Nichtvorhandenseyn affirmativer Erfordernisse beschränken, sondern können auch in Thatsachen liegen, welche der Gültigkeit des Testaments entgegenstehen ³²⁾, z. B. wenn unter den Testamentszeugen ein Frauenzimmer oder ein anderer unfähiger Zeuge sich befand, oder wenn das Testament anstatt des Testators von einer andern dazu nicht befugten Person unterschrieben worden ist. Wo aber dem Testament die äußerlichen Erfordernisse abgehen, bedarf es in der That nicht erst des Beweises dieser Fehler, da sie sich aus der Ansicht des Testaments sogleich von selbst ergeben ³³⁾.

5) Die Bestimmung in L. 5. §. 1. ff. de probat.

„Idem (Paulus) respondit, si quis negat, emancipationem recte factam, probationem ipsum praestare debere.“

unterstützt Weber's Meinung eben so wenig, denn, sowie überhaupt für Förmlichkeiten der gerichtlichen Emancipation die rechtliche Vermuthung eintritt, so können Fehler dieser Handlung auch in besonderen Thatsachen bestehen, z. B. darin, daß der Emancipirte nicht Sohn des Emancipanten war, und einen andern Vater hatte, in dessen Gewalt er sich befand ³⁴⁾. Wo aber die Wahrheit einzelner Theile der Emancipationshandlung angegriffen wird, da liegt doch wohl diese Handlung im Ganzen schon vor, folglich ist der Angriff derselben nur Sache des Gegenbeweises.

6) Vergeblich bezieht Weber auf L. 10. ff. de ver-

31) K l ö b e r. §. 10. Num. 3.

32) K l ö b e r. Ebd. Num. 4.

33) Vergl. L. 3. C. de edicto Divi Hadriani tollendo.

34) Vergl. L. 2. C. si adversus rem judic.

bor. obligat. wornach, wenn Jemand dem Andern Etwas versprochen hat, unter der Bedingung: wenn ein Dritter vor Anfang des Monats May nicht nach Italien gekommen seyn würde, eine Klage vor dem May nicht Statt finden soll, es würde dann erwiesen: daß der Dritte gar nicht im Stande wäre, vor dem May dahin zu gelangen. Nämlich dieses Hinderniß beruht auf einer besondern Thatsache³⁵⁾.

7) Bey vorgefallenen Verbalinjurien hat zwar nach L. 5. C. de injuriis, der Injuriant den Beweis der fehlenden Absicht zu beleidigen zu führen, aber auch das ist nur ein Gegenbeweis gegen die bereits vorliegende Injurie, welcher nach diesem Gesetz auf die Wahrheit des Vorwurfs gerichtet wird (fides veri a calumnia te defendit.)

8) Wer verneint, daß der Testator, als er ein Codicill errichtete, seiner Sinne mächtig gewesen, soll es nach L. 5. C. de codicill. beweisen. In der That ist aber dieser Beweis auf eine durch äußerliche Handlungen zu gründende Bejahung, daß der Testator sich in Naserey oder Wahnsinn befunden habe, zu richten und als Gegenbeweis gegen das vorhandene Codicill anzusehen.

9) Endlich spricht auch die von Weber angeführte L. 13. C. de non numer. pec. offenbar von einem Gegenbeweis wider eine ausgestellte Handschrift, welcher nach Befinden selbst specielle Thatsachen umfassen kann³⁶⁾.

Weber hatte sich noch auf Leg. 19. §. 2. ff. de probat. auf §. 12. Inst. de inutilibus stipulat. und Leg. 14. C. de contr. et commit. stipulat. berufen können, worin ebenfalls der Beweis einer scheinbaren Verneinung erfordert wird. Er bemerkt S. 198. selbst: der Beweis einer Verneinung sey bisweilen darum nöthig, weil der Gegner eine Rechtsvermuthung für sich habe. Allerdings aber nur wo diese eintritt, und außerdem ist da, wo eine Thatsache bereits vor-

35) Klöher. Ebd. Num. 6.

36) Klöher. Ebd. Num. 9.

liegt, der Gegenbeweis auf die Verneinung derselben zu richten, welcher aber oft selbst auf entgegenstehende Thatsachen gegründet wird ³⁷⁾).

Weber fügt seinen juristischen Argumenten, deren Unhaltbarkeit bisher dargelegt worden ist, zu Unterstützung seiner Theorie noch einen politischen Grund bey, welcher darin besteht:

es würde die entgegengesetzte Meinung zu Chicanen führen, und die streitenden Partheyen verleiten: bejahende Sätze in verneinende umzukleiden, um sich der Beweislast zu entledigen ³⁸⁾.

Allein, so wie überhaupt ausdrückliche Gesetze durch die bloße Unzweckmäßigkeit derselben ihre Kraft nicht verlieren, so kann auch jenes politische Argument die gesetzlich festgestellte Regel: daß bloße Verneinungen des Beweises nicht bedürfen, nicht aufheben. Ueberdies beruht es offenbar auf einem Irrthum; denn, da der Richter einmal verpflichtet ist, nur über bejahende Sätze, nicht über bloß verneinende, den Beweis zu erfordern, so bedarf es nur der Logik, jene Amtspflicht auf vorkommende Fälle richtig anzuwenden und die in scheinbaren Verneinungen (*negationes praegnantiores*) liegende Bejahung zu entdecken ³⁹⁾. Vergesslich würde eine Parthey durch zu generelle Ausdrücke, welche verneinend gestellt die in ihnen liegende Thatsache im Schatten zurückließe, einen rechtlichen Antrag begründen, z. B. wenn sie bloß läugnete, daß ihr Gegner *bona fide* gewesen, ohne den factischen Grund der *malae fidei* mit anzugeben, oder wenn sie lediglich verneinte:

37) L. 6. ff. de his, qui sui vel alieni jur. — Auch cap. 5. X. de renunciat. spricht nur vom Gegenbeweis.

38) Diesen Grund haben auch andere Rechtslehrer für erheblich gehalten, z. B. *Levenar* Theorie des Beweises S. 13. *Gönnert* Handb. des deutschen gemeinen Processes. Bd. II. Num. XXXVII. S. 18.

39) Vgl. *Mencken* Syst. jur. civ. Lib. XXII. Tit. III. §. 9. *Leyser*, spec. 255. med. 4. *Biener*, syst. proc. §. 117.

daß Rechtsgeschäft mit Ueberlegung geschlossen zu haben, und nicht zugleich die Thatfachen anführte, welche die freye Einwilligung gehindert hätten, oder, wenn auf angestellte Schwängerungsklage der Beklagte in der Exceptionsschrift bloß verneinte: daß er allein sich mit der Klägerin fleischlich vermischt habe. Wo aber die verneinend eingekleidete Behauptung einer Thatfache letztere mit ausdrückt, da gehört kein großer Scharfsinn dazu, in selbiger die Bejahung wirklich zu finden. Z. B., wenn Kläger aus einem doppelseitigen Vertrage die Erfüllung desselben von Beklagtem verlangt und in der Klage angeführt hätte:

er verneine, daß er seiner Seits den Vertrag unerfüllt gelassen habe;

oder, wenn der Beklagte die Einrede der Zahlung in den Worten aufgestellt hätte:

er läugne, daß er dem Kläger nicht 100 Thlr. bezahlt habe.

Umgekehrt wird auch der Richter die zufällig in bejahende Sätze verwandelten Verneinungen wahrnehmen, und nicht dem Urheber derselben den Beweis auflegen, z. B. wenn Kläger gesagt hätte:

er müßte bejahen (behaupten): daß ihm der Beklagte noch keinen Heller bezahlt habe.

Borst, welcher unsere Streitfrage in seiner Schrift über die Beweislast im Civilproceß, Abschnitt III. §. 18. u. f. abhandelt und in §. 21. ebenfalls die Nothwendigkeit des Beweises einer Verneinung vertheidigt, hat sich mehr auf philosophische und politische, als auf juristische Gründe und Auslegung der darüber sprechenden Gesetze eingelassen, welche seine Argumentation von selbst widerlegen. Wenn er z. B. S. 31. die Nothwendigkeit eines solchen Beweises für denjenigen behauptet, der über des Nachbars Grundstück einen Weg fordert, weil er sonst zu seinem eigenem Grundstück keinen Weg habe, so hat er übersehen: daß in diesem Anführen die Bejahung liegt: daß Grundstück des erstern sey ringsum mit frem-

den Privatgrundstücken umgeben, folglich ist dieses Beyspiel nicht passend.

Wer durch zurechnungsfähige Fahrlässigkeit des Andern Schaden erlitten hat, muß zwar seine Entschädigungsklage wider den Schaden: Stifter auf dessen Fahrlässigkeit gründen; allein der Beweis derselben hat nicht bloße Verneinungen zum Gegenstande, und man darf sich nicht durch den Rechtsbegriff der *culpa*, wornach sie in Unterlassung der schuldigen Aufmerksamkeit besteht, irre führen lassen, denn dieß ist nur das *Resultat*, welches aber sowohl durch unvorsichtiges Handeln, als durch Unterlassen dessen, was zweckmäßigerweise hätte gethan werden sollen, begründet wird. Die Unzweckmäßigkeit des Unterlassens selbst ist nicht selten erst aus einer Reihe zusammenhängender *Thatsachen* zu folgern. Je weniger nun über den Beweis der Fahrlässigkeit besondere abweichende Vorschriften vorhanden sind, desto unbedenklicher ist es, auch hier die allgemeine Regel über die Beweislast anzuwenden.

Einige Juristen ⁴⁰⁾ wollen die ihnen unzureichend scheinende Regel: *affirmanti incumbit probatio*, in folgende verwandeln:

asserenti contra praesumptionem incumbit probatio, es möge der asserens Etwas bejahen oder verneinen. Allein dadurch würde die wahre Regel in der That aufgehoben und nur für Fälle, wo ausnahmsweise eine Präsumtion eintritt, eine Richtschnur gegeben werden, die ohnehin in der Natur rechtlicher Vermuthungen von selbst liegt. Dagegen bedarf es nach dem aus den Gesetzen entwickelten Sinn unserer Regel für bloße Verneinungen selbst dann des Beweises nicht, wenn ihnen auch keine Rechtsvermuthung entgegen steht.

40) *Specht de insufficientia probandi regulae: Affirmanti incumbit probatio, deque alia in ejus locum substituentia. Halae, 1787. de Mezger, Diss. de onere probandi et canis, quae litigantem ab eo immunem reddunt. Altdorf 1800. Vergl. Boehmer, Jus eccles. Protest. Lib. II. Tit. XXIX. S. 8.*

IV.

Ueber die Fälle, in welchen der allgemeine summarische Proceß eintritt.

Von Mittermaier.

Wenn im vorigen Hefte eine Skizze der Geschichte der sogenannten summarischen Proceße gegeben, und das Verhältniß zum ordentlichen Proceße dargestellt wurde, so verdient jetzt die Frage einer Erörterung: in welchen Fällen summarisch verhandelt werden soll. Man trennt gewöhnlich den unbestimmten summarischen von dem bestimmten summarischen Proceß, und rechnet zu dem ersten die Fälle, in welchen Geseze dem Richter nur gebieten summarisch zu verfahren, seinem vernünftigen Ermessen jedoch die zweckmäßige Art des Verfahrens überlassen ¹⁾; zweckmäßig dürfte diese Bezeichnung: unbestimmt und bestimmter summarischer Proceß kaum genannt werden können, wenn man erwägt, daß unser gemeines Recht bey keiner Art, die man auch zu den bestimmten Proceßarten rechnet eine feste Verfahrensweise vorschreibt, daß vielmehr nur durch die Praxis der Gang jeder Proceßart fixirt worden ist, daß auch bey den sogenannten unbestimmten summarischen Proceßen der Gerichtsgebrauch eine gewisse Verfahrensweise aufstellt, daß auch bey manchen Arten, die man als unbestimmt summarisch auführt, z. B. bey dem Provokationsproceß, bey Besitzstreit ²⁾ eine eigenthümliche von derjenigen, die z. B. bey geringfügigen Sachen eintritt, abweichende Prozedur eintritt, so daß man schwerlich einen festen Anhaltspunct für die Unterscheidung von bestimmt und unbestimmten

1) Martin, Lehrbuch des bürgerl. Proceßes. S. 226., 243.

2) Martin, C. c. S. 244., 247.

summarischen Proceßarten hat, und wohl richtiger von den gesetzlich ausgezeichneten Verfahrungsarten überhaupt spricht, dort die einzelnen Arten auführt, und als besondere Art, die der minderwichtigen Sachen aufgestellt, und dort die einzelnen Fälle nennt, welche nach der Analogie des Verfahrens von minderwichtigen Sachen verhandelt werden.

Frägt man nun um die Fälle, welche dahin gehören, so haben wir im gemeinen Proceß kein Gesetz, welches diese Fälle bezeichnede: daß man die Gesetze, in welchen von einer Verhandlung *de plano*, oder von *summatim* Entscheiden, oder vom Verfahren *extra ordinem*³⁾ gesprochen wird, nicht hieher rechnen darf, ergibt sich schon, wenn man die bereits oben dargestellte Beziehung dieser Stellen auf das Geschäftsverhältniß des Prätors erwägt; daß aber auch die Fälle, in welchen der Pabst in den *cl. 2. de judic.* vom summarischen Proceß redet, nicht hieher gehören, zeigt die Erwägung, daß sich die Stelle zunächst auf das Verhältniß der geistlichen Gerichte und darauf bezieht, daß der Pabst gewohnt war, für gewisse Sachen Commissarien zu ernennen, denen eine besondere Instruction gegeben wurde; nach der Clementine müßten sonst auch alle Zehend, alle Ehe, und alle Zinsstreitigkeiten summarisch verhandelt werden; daß aber dies nicht paßt, ist von den älteren Schriftstellern schon anerkannt⁴⁾. Verfolgt man aber den Entwicklungsgang des gemeinen deutschen Proceßes, erinnert man sich, daß eigentlich die Praxis der geistlichen Gerichte, die der Reichsgerichte bestimmte, daß die Kammergerichtsordnung selbst laut den *Speculator Duranti* verweist, so darf man glauben, daß für die Bestimmung der Fälle, in welchen summarisch verfahren werden sollte, die Ansichten der Practiker des Mittelalters entscheidend geworden sind, und wirklich finden wir in dem schon oben angeführten⁵⁾

3) S. oben in diesem Archiv, Band VII. Heft III. S. 372.

4) Claprotb, Einl. in die summar. Proceß. S. 4. am Schlusse.

5) Archiv VII. Band S. 377.

Maranta und Ferrariis schon alle Fälle bezeichnet, welche die spätere Praxis als zum summarischen Proceß geeignet betrachtete. Von den Schriftstellern des vorigen Jahrhunderts hat keiner diese Fälle so auf bestimmte Classen zu reduciren versucht, als Elaproth⁶⁾ es that, wenn er annahm, daß einige Sachen A) nur aus einer bloß auf den gegenwärtigen Fall gehenden Verfügung, B) andere aus einer Rechtsbegünstigung, und zwar die letzten entweder wegen Begünstigung a) der Sache oder b) der Person oder c) der Lage und der Beschaffenheit des Proceßes summarisch behandelt werden sollten. Allein eine Widerlegung dieser die Zahl der summarischen Sachen ungerechterweise vermehrenden Ansicht ist überflüssig, da schon v. Gönner, welcher überhaupt erst die Lehre von den summarischen Proceßten auf feste Grundsätze gebracht⁷⁾, und mit Meisterhand das Verhältniß zum ordentlichen Proceß dargestellt hat⁸⁾, die Unrichtigkeit der Elaproth'schen Classification nachgewiesen hat.

Einen Grund des Eintretens des summarischen Proceßes kann man auch nicht⁹⁾ in einer besonderen Verfügung des Landesherrn suchen; denn jeder Staatsbürger hat das Recht zu verlangen, daß seine Proceßten in den allgemeinen, für die Classe von Sachen, worhin der Streit gehört, vorgeschriebenen Formen verhandelt werden, indem durch solche Ausnahmen jede Rechtsicherheit sonst zerstört würde, da das päpstliche Recht offenbar nur auf geistl.

6) Einl. in die summar. Proc. S. 4.

7) Im Handbuch des Proceßes IV. Band nro. 80 u. 81. und in den Motiven zum Entwurf eines Gelehrbuchs über das gerichtl. Verfahren S. 612.

8) Was im vorigen Hefte des Archivs S. 394 — 6. bemerkt wurde, hatte auch schon Gönner im Handbuche IV. Thl. S. 14. 2c. angeführt.

9) Glüß, im Commentar IV. Thl. S. 160. beruft sich noch auf c. 4. X de offic. et potest. und del., nach welchem solche besondere Instructionen für den judex. delegatus erlaubt seyn sollen.

siche Sachen geht, die von den weltlichen Gerichten eximirt waren, und wo freylich die Staatsgewalt nicht hindern konnte, wenn der Pabst einem besondern Richter die Sachen zuwies ¹⁰⁾, da auch der Commissär, wie ein anderer Richter erscheint, und die allgemein vorgeschriebene Verfahrensart einhalten muß. Wenn v. Gönner als Rechtfertigungsgründe des summarischen Processus außer dem Gesetze auch die Natur der Sache annimmt ¹¹⁾, und darnach der Richter auch in Fällen für welche kein summarisches Verfahren im Landesgesetze vorgeschrieben ist, ein solches eintreten lassen müßte, weil die Natur der Sache es rechtfertigte, so kann man hierin schwerlich den Verfasser bestimmen. Gönner selbst ¹²⁾ erkennt ja, daß jeder summarische Proceß als eine Ausnahme von der Regel eines besondern Rechtfertigungsgrundes bedarf; da nun der Richter nur in den vorgeschriebenen Formen verhandeln darf, da darauf die Partheyen ein Recht haben; da selbst die Gründe der Zweckmäßigkeit für den Richter keinen Grund vom Gesetze abzuweichen gewähren, so muß man zweifeln, ob der Richter bloß deswegen, weil ihm eine andere Form als die des ordentlichen Processus in einem Fall die naturgemäßer erscheint, von dem ordentlichen Gange abweichen dürfe. Noch mehr muß man zweifeln, wenn man fragt: was *Natur der Sache* ist, und wenn man die Vieldeutigkeit dieses Begriffes näher betrachtet. Die Untersuchungen über die Existenz eines gemeinen deutschen Privatrechts haben am besten gezeigt, wie weit man mit der Natur der Sache kommt; jeder bildet sich selbst eine Natur der Sache, wie ihm diese Natur vorschwebt; und man möchte, wenn man von Natur der Sache hört, immer an die Wahrheit des Satzes sich erinnern, den Göthe von dem Geiste der Zeit ausspricht; so haben denn auch Privatrechtslehrer uns bey der ehelichen Gütergemeinschaft

10) Gönner, Handb. IV. S. 25.

11) Handbuch IV. S. 26.

12) Handbuch IV. S. 14.

aus der Natur der Sache deducirt, daß der überlebende Ehegatte das Gesamtvermögen erhalten müsse, während Andere das System der Theilung, und wieder Andere das System der *communio prorogata* aus der Natur der Sache zu erweisen verstanden. Mit der Natur der Sache läßt sich Alles Mögliche beweisen, und noch neuerlich wurde in den Entscheidungsgründen eines Fakultätsurtheils angenommen, daß die Präclusion derjenigen, welche auch *extra concursum edictaliter* vorgeladen wären, z. B. nm vor der Abreise einer Person von einem Orte ihre Forderungen einzuklagen, aus der Natur der Sache sich rechtfertigen lasse. — Wohl wird die Natur der Sache wichtig, wenn es auf die Auslegung und Anwendung vorhandener Gesetze ankömmt, und selbst im deutschen Privatrechte ist nicht zu läugnen, daß auf dem historischen Wege eine gewisse Natur eines Instituts nachgewiesen werden kann, die als höhere *ratio* den Richter so lange leiten darf, als bis ein abweichendes Landesgesetz dargethan wird¹³⁾. Dagegen kann der Richter nicht durch die Natur der Sache zu einer Abweichung von dem Gesetze ermächtigt werden, und doch müßte dies geschehen, wenn man offenbar gegen das Gesetz, welches ein gewisses Verfahren als Regel vorschreibt, dem Richter das Recht geben wollte, wegen der Natur der Sache in einigen Fällen summarisch zu verhandeln. Wie unsicher würde darnach schon der erste Schritt des Auftretens bey Gericht! wie sehr würde der Kläger sich bemühen, die Nothwendigkeit des ihm günstigen summarischen Verfahrens aus der Natur der Sache nachzuweisen! Wenn v. Gönner¹⁴⁾ behauptet, daß nach der Natur der Sache in geringfügigen Sachen ein summarischer Proceß eintreten muß, so müßte darnach auch in einem Lande, dessen Proceßordnung gar nichts von geringfügigen Sachen erwähnt, der Richter berechtigt seyn, einen summarischen Proceß in solchen Fällen anzuwenden, und doch

13) Meine Grundsätze des gem. deutschen Privatrechts S. 11.

14) Handbuch IV. S. 26.

möchte schwerlich dem Richter hiezu das Recht gegeben werden können; die von Gönner angegebenen Gründe sind allerdings wichtig für den Gesetzgeber, um ihn zur Einführung summarischer Proceßarten zu bestimmen; allein sie können den Richter nicht ermächtigen vom Gesetze abzuweichen; nach der Natur der Sache findet man keine Bestimmung darüber, welche Sache geringfügig ist, und nur durch Gesetz oder Gerichtsgebrauch kann man dazu kommen, eine Sache die nur 49 Thlr. betrifft, geringfügig, und die von 51 Thlr. wichtig zu nennen.

Man darf daher wohl als Regel aufstellen, daß nur ein Gesetz der Rechtfertigungsgrund summarischer Proceßarten seyn kann, weil die erworbenen Rechte der Bürger ebensowohl dies Festhalten am Gesetze begründen, als eine höhere Rücksicht, nämlich die: daß nicht schon am Anfange des Proceßes Streit über die Form entstehe, und die Anwendung der Verfahrensweise nicht von den willkürlichen Ansichten Einzelner abhängig gemacht werde, die richterliche Willkühr ausschließen muß. Wenn wir nun für den gemeinen deutschen Proceß nur dann eine summarische Proceßart eintreten lassen wollen, wenn ein Gesetz dafür angeführt werden kann, so möchte man wohl in schlimmer Lage seyn, da nach der Art der Ausbildung des gemeinen Proceßes für viele Institute und Rechtsfälle gar kein Gesetz angeführt werden kann, und die Praxis unbedenklich in Alimentationsfällen, in geringfügigen Sachen u. summarisch verhandelt, ohne Gesetze für sich zu haben. Hier aber hilft eine für die Anwendung des gemeinen Proceßes so wichtige Regel nach, die: daß auch der Gerichtsgebrauch die Stelle des Gesetzes für den Richter vertreten kann, und daher überall summarisches Verfahren sich rechtfertigen läßt, wo ein bestimmter Gerichtsgebrauch nachzuweisen ist, welcher summarische Verhandlung verlangt. Erwägt man, daß in jeder Proceßordnung das Ineinandergreifen der einzelnen Verhandlungen nur durch die Anwendung und Rechtsübung eine gewisse Norm erhält, daß da, wo die Zweckmäßigkeit des

Handelns durch das Bedürfnis bestimmt werden muß, erst durch den Gebrauch manche Härten sich abschleifen, Lücken des Gesetzes sich ausfüllen, und feste Ansichten über streitige Punkte sich bilden, so wird schon überhaupt der Gerichtsgebrauch eine wichtige Rechtsquelle für den Richter im Proceße seyn. Er wägt man aber noch dazu, daß sich erst seit dem 16ten Jahrhunderte der gemeine deutsche Proceß bildete, daß das römische Recht selbst nur durch den Gebrauch und nicht durch allgemeines Gesetz Eingang in Deutschland fand, daß insbesondere bey den geistlichen Gerichten des Mittelalters sich eine gewisse Ansicht über die Anwendung des römischen Rechts bildete, daß die Reichsgerichte ihre Verfahrensweise zunächst von der Praxis der geistlichen Gerichte entlehnten, und daß die hochangesehenen Practiker des Mittelalters, Duranti, Odofeld, Joanes, Andrea ¹⁵⁾ etc. auch in den Reichs- und Obergerichten entscheidenden Einfluß erhielten, und sich auf diese Art eine Praxis bildete, welche den Juristen vorschwebte, welche den gemeinen Proceß anzuwenden hatten, so darf man wohl behaupten, daß für die gemeinrechtlichen Rechte auch der Gerichtsgebrauch eine Norm darüber gibt, ob in gewissen Fällen summarisch verhandelt werden darf, um so mehr, als wir in den Practikern des Mittelalters eben jene Fälle, in welchen noch die heutige Praxis summarisch verhandelt, bereits alle Fälle angeführt finden, welche zum summarischen Proceße sich eigneten, und unter diesen Fällen sind auch viele, welche Gönner als diejenigen anführt, in welchen nach der Natur der Sache der summarische Proceß anwendbar seyn soll, so daß man behaupten darf, der deutsche Gerichtsgebrauch habe in seiner Fortbildung an die Bedürfnisse und Forderungen des

15) Martin specim. histor. studiorum et meritorum quibus in theoria ordin. jud. privator. per German. excolend. tam legislatores, quam jurecons. nostrates excelluer. sect. 1. Jen. 1823. pag. 47 — 62.

Lebens dadurch sich angeschlossen, daß er in gewissen Fällen summarisch verhandelte, und einen allgemeinen Berechtigungsgrund hiezu konnte die Praxis in den römischen ¹⁶⁾ und canonicen ¹⁷⁾ Stellen finden, die das abweichende Verfahren in gewissen Fällen forderten.

Unter den neueren Rechtslehrern hatte auch v. Grolmann ¹⁸⁾ allgemeine Regeln für die Zulässigkeit summarischer Prozesse aufgestellt, allein die Allgemeinheit in die sie gestellt sind, könnte leicht den Richter irre leiten. — Wenn daher v. Grolmann nach Regel I. in allen Fällen, wo ohne eine schnelle Verhandlung der Sache der Endzweck des gerichtlichen Verfahrens wenigstens nicht vollkommen erreicht werden kann, summarisches Verfahren eintreten lassen will, z. B. in Fällen, bey welchen Gefahr auf dem Verzuge schwebt, so führt diese Regel zu weit, denn der wahre Endzweck des gerichtlichen Verfahrens ist doch die Handhabung der Gerechtigkeit und diese verträgt sich mit dem langsamen bedächtlichen Verfahren sehr wohl, daß oft durch lange Verzögerung des Urtheils und der Execution dem Berechtigten das Urtheil auslos wird, kummert die Gerechtigkeit nicht; daß auch in Fällen, in welchen eine Parthey ein Darlehen, das den letzten Rest ihres Vermögens ausmacht, fordert, oder dessen Heimbezahlung eben jetzt dem Kläger wichtig wird, weil er nur dadurch einer drohenden Gefahr, z. B. der Subhastation seines Hauses entgehen, oder eine günstige schnell vorübergehende Gelegenheit, ein vortheilhaftes Geschäft zu schließen, benutzen kann, nicht summarisch verhandelt werden darf, erkennt man wohl allgemein an, und doch möchte es nicht schwierig seyn, diese Fälle gleichfalls als zum summarischen Prozesse geeignet darzustellen, wenn man die von Grolmann angegebene Regel zugibt. Daß

16) J. B. nov. 17. c. 2. f. überhaupt oben im vorigen Bande VII. S. 373.

17) Clem. 2. de judic. Clem. 2. de verb. sign.

18) Theorie des gerichtl. Verfahrens. S. 221 — 23.

Gefahr auf dem Verzuge kein Rechtfertigungsgrund des summarischen Processes ist, hat schon v. Gönner bewiesen¹⁹⁾, und da allerdings in solchen Fällen ein Provisorium begründet seyn kann, aber deswegen nicht einzusehen ist, warum, wenn die Gefahr abgewendet, und die Sache sicher gestellt ist, der oft an sich höchst wichtige Streitgegenstand dem ordentlichen Verfahren entzogen werden soll. Auch die zweyte von Grolmann aufgestellte Regel: daß in allen Fällen summarisches Verfahren eintrete, in welchen die Erhaltung der Ruhe Abweichungen von dem gewöhnlichen Proceßgange gebietet, oder das Wohl des Staates im Ganzen einen schleunigen Gang erfordert, damit es nicht durch Ungewißheit der Richter in Ansehung der interessantesten Gegenstände des Privatwohls leide, kann leicht irre führen, denn es gibt wenig Gegenstände, in welchen man nicht eine Beziehung des öffentlichen Wohls finden kann; Wasserbauproceße würden dann eben so gut summarisch zu verhandeln seyn, als jede Vormundschaftssache, jeder Ehescheidungsproceß, jeder Proceß des Beamten gegen den Staat wegen Forderungen, jeder Streit wegen der mit dem Staate geschlossenen Lieferungsverträge. Der Code de procedure²⁰⁾ führt eine ganze Reihe von Processen auf, in welchen das Gesetz das Interesse des Staats am Ausgange des Privatrechtsstreits berücksichtigt, und doch hat deswegen das Gesetz nicht summarisches Verfahren angeordnet, sondern sorgt dafür, daß das Interesse des Staats durch die Staatsbehörde gehörig vertreten werde. Wollte man aber summarisch verhandeln lassen, so oft die Erhaltung der Ruhe das ordentliche Verfahren bedenklich macht, so müßte man auch Servitutsprozesse von zwey Gemeinden, z. B. über Beholzungsrecht summarisch verhandeln, weil nach bekannter Erfahrung am häufigsten Selbsthülfe die Folge solcher Forstservitutsprozesse ist. Prüft man nun genauer die Fälle, in welchen die Praxis

19) Handbuch IV. S. 29.

20) Art. 83.

und deutsche Landesgesetze die summarische Verhandlung anerkennen, so gehören hieher I. die geringfügigen Sachen. Schon in der not. 17. cap. 2. findet man dafür einen Rechtfertigungsgrund, und die Glossatoren und Practiker des Mittelalters sprachen schon von *causis modicae summae*, bemerkten aber schon ²¹⁾, daß die Bestimmung: was *causa modica* sey, eigentlich dem Ermessen des Gerichts überlassen werden müßte, indem für eine arme Parthey ein Streit um einen Ochsen wichtig, und für reiche Partheyen ein Proceß um 100 aureos geringfügig sey; allein Praxis und Landesgesetze haben in der Regel ²²⁾ nach festen Normen bloß durch die Summe die Geringfügigkeit einer Sache bestimmen lassen; welche Summe anzunehmen ist, läßt sich freylich nicht gemeinrechtlich bestimmen; allein, wenn man die Mehrzahl der Landesgesetze vergleicht, und schon auf die Praxis des 16ten Jahrhunderts Rücksicht nimmt, so darf man vielleicht behaupten, daß eine Sache deren Betrag nicht 50 Gulden übersteigt, als geringfügig zu betrachten ist, in so ferne nicht Landesgesetz oder Gerichtsgebrauch abweichende Summen festsetzen, und auch in neueren Gesetzen findet man gewöhnlich die Summe von 50 fl., oder in Ländern wo nach Thalern gerechnet wird, von 50 Thlr. ²³⁾ als diejenige bezeichnet, in welcher summarisches Verfahren eintreten soll, obwohl es an Beyspielen nicht mangelt, daß einige Gesetze nur bey geringeren Summen ²⁴⁾, an-

21) Maranta de ordine judiciar. p. 205.

22) Die Mecklenburgischen Gesetze, f. v. Kampß Mecklenburg. Civilproceß Ausgabe von Nettelbladt S. 114.: überlassen jedoch dem Gerichte die Bestimmung, und nehmen verschiedene Summen an, jenachdem der Streit bey dem Unter- oder bey dem Obergericht verhandelt wird.

23) Preuß. Gerichtsordn. tit. 26. §. 1. Weimar. Gesetz v. 31. May 1817. §. 1.

24) S. B. nach d. Anhaltischen Landesordn. u. d. Zusätzen v. 1822 Bd. IX. §. 1. machen 30 Thlr. die Sache zur geringfügigen.

dere Gesetze dagegen selbst bey Sachen bis zu 100 fl. ²⁵⁾ den summarischen Proceß annehmen. Es bedarf keiner Erinnerung, daß nach Lokalverhältnissen, z. B. größerem Wohlstand, Verhältniß der Preise der Lebensbedürfnisse, auch die Summe verschieden regulirt werden muß. — Es fehlt zwar nicht an Schriftstellern, welche überhaupt den summarischen Proceß wegen geringfügigen Sachen verbannen wollen ²⁶⁾, indem vor den Augen der Gerechtigkeit keine Sache wichtiger als die andere sey, auch der Streit wegen weniger Thaler eben so viele Verwickelungen und Schwierigkeiten darbieten könne, als ein Proceß um viele Tausende. Auf die Wahl der Verteidigungsmittel und die Möglichkeit die Sache zu entwickeln, darf, wie man sagt, der Werth der Sache keinen Einfluß äußern, da überhaupt das Abwägen der Proceßgegenstände nach Summen eine Quelle von Zweifeln und Unbilligkeiten werde, indem, wenn man die Zinsen hinzurechne, der Lauf des Tages die Summe, und damit das Recht ändere, wenn man aber Zinsen nicht mit rechnen wolle, Geld zu Nichts gemacht, und selbst ausgesprochen werde, daß 100 Thlr. Zinsen nicht so gut wären, als 100 Thlr. Kapital. Allein will man auf diese Gründe Rücksicht nehmen, so wird unser ganzer Proceß eine Umgestaltung erhalten; peremptorische Termine werden dann eben so wegräsonirt werden können, als die Beschränkungen der Rechtsmittel wegen fehlenden Appellationssummen ²⁷⁾. Eine Proceßordnung ohne gewisse Durchgriffe, welche in 99 Fällen gerecht sind, und im hundertsten Falle vielleicht ungerecht werden können, kann nicht bestehen, und wenn

25) Massanische Proceßordn. S. 93.

26) Borsl, Grundlinien für eine vernünftige Civilproceßgebung S. 84. Engelhard Entw. einer verbesserten Gesetzgebung für bürgerliche Rechtsfreitigkeit S. 201. Exposé des motifs de la loi de procedure pour le Canton de Geneve p. 42.

27) S. wegen dieses Punctes meine Schrift: der gemeine deutsche Proceß III. Heft S. 23 — 5.

nur die Gesetzgebung Gegenstände, die keine Schätzung zulassen, ausnimmt, wenn auch der sogenannte unbestimmte Proceß kein tumultuarischer, sondern ruhig und gründlich geführt wird, wenn die Gerichte überhaupt gut organisirt sind, und wenn die Richter nicht die summarischen Fälle als bloße unbedeutende Nebensachen betrachten, so ist nicht einzusehen, wie die Gerechtigkeit verletzt werden soll. Daß man die Zinsen und Früchte bey der Berechnung der Summe nicht hinzu rechnen darf, scheint klar, weil sonst durch den Wechsel der Summe auch die Proceßart sich ändern müßte, weil überhaupt nur das Kapital als die Hauptsache gelten kann, und eine Begründung der Klage fordert, während dann die Zinsen als Accessionen sich von selbst ergeben. Das Geld der Zinsen wird deswegen nicht für schlechter gehalten, als das des Kapitals; allein auf die Zinsen kann bey der Bestimmung: ob die Klage wichtig oder geringfügig ist, nichts ankommen, weil durch die noch so große Summe der Zinsen, die von selbst laufen, wenn nur die Hauptklage gegründet ist, eine Sache nicht wichtiger werden kann, als sie es ihrer Beschaffenheit nach ist. Die eigentlichen Gründe, aus welchen die Aufstellung geringfügiger Sachen sich rechtfertigen läßt, dürfen nicht darin gesucht werden, daß die Gesetzgebung die kleineren Summen weniger achtet, und eine Ungerechtigkeit, die im Kleinen trifft, weniger als ungerecht ansieht, sondern, 1) in der Vermuthung der Einfachheit der Rechtsverhältnisse, welche wegen geringer Summen zur Klage kommen, und 2) in dem Mißverhältnisse des Zeit-, Kosten- und Kraftaufwands, und der Einfachheit der Sache selbst. Die Mehrzahl solcher geringfügigen Sachen werden die Darlehens-, Lohn-, Entschädigungssachen seyn, und bey diesen ist presumtive der Klagegrund so einfach, und mit den gewöhnlichen Lebensverhältnissen zusammenhängend, daß keine besondere Verwicklung vorkommt, und der mit dem Gange solcher gewöhnlich vorkommenden Verhältnisse vertraute Richter die Fälle leicht entscheiden kann. Zwar können auch bey Klagen, deren Summen unter 50 fl.

betragen sehr verwickelte Fälle gedacht werden, z. B. eine redhibitorische Klage, oder eine Erbschaftsklage, bey welcher vielleicht über die Erbanprüche, z. B. wegen der Gültigkeit des Testaments, oder wegen Daseyns eines Erbvertrages größere juristische Controversen vorkommen können, als bey Klagen über 1000 Thlr.; allein für die summarische Behandlung dieser Sachen liegt dann der Grund in dem obenangedeuteten Mißverhältnisse. Liefse man auch Sachen über geringe Summe in dem weitläufigen schriftlichen Gange mit der Unterscheidung der Periode des Schriftwechsels und der Beweisperiode und alle Formen des ordentlichen Proceßes verhandeln, so würden die Kosten häufig mehr betragen, als die Sache werth ist, und eine noch einmal so große Richterzahl würde dann nöthig werden, oder die Masse der Geschäfte würde die Gerichte bewegen, alle Sachen leichter zu nehmen, um nur mit den Geschäften fertig zu werden. Frägt man aber, ob unbedingt die Summe entscheiden soll, so scheint es, daß man in Fällen, wo der zwar an sich geringe Gegenstand das ganze Vermögen einer Parthey ausmacht, eine Ausnahme machen, und den Streit zum ordentlichen Proceß verweisen sollte²⁸⁾; allein, wollte der Gesetzgeber diese Ausnahme überhaupt aussprechen, so möchte theils schon am Anfang des Rechtsstreits ein großer Streit über das Daseyn der Ausnahme entstehen, theils kann bey einfachen und klaren Rechtsverhältnissen der Umstand, daß die Klagsumme das ganze Vermögen ausmacht, kein Grund zur langsamen Verhandlung seyn, weil das Bedürfniß der ordentlichen und umständlicheren Verhandlung nur durch die Verwickelungen die der Fall darbietet entsteht, und man sonst behaupten müßte, daß jede auch die geringste Sache einer Parthey, die das Armenrecht hat, im ordentlichen Proceß verhandelt werden sollte. Am besten ist es wohl, wenn die Gesetzgebung keine Ausnahme in dieser Beziehung aufstellt,

28) Puchta, über die Grenzen des Richteramts in bürgerl. Rechts-
sachen S. 55.

sondern jede geringfügige Sache an den summarischen Proceß weist, jedoch das Gericht ermächtigt in allen Fällen die Sache zum ordentlichen Proceß zu verweisen, wenn aus der mündlichen Verhandlung im ersten Termine hervorgeht, daß auf besonderen factischen Verwickelungen, oder auf sehr schwierigen Rechtscontroversen die Entscheidung beruht, und höchstens könnte dabey bemerkt werden, daß das Gericht in solchen Fällen die Verweisung an den ordentlichen Proceß noch leichter zulassen soll, wenn weißlich der Klagegegenstand das ganze Vermögen einer Parthey ausmacht. Uebrigens darf eine wichtige Bemerkung Puchta's²⁹⁾ nicht unberücksichtigt bleiben, daß eben die geringfügigen Sachen vom Anfange der Entstehung des den Streit veranlassenden Handels an, die Betheiligten, und noch weniger dritte Personen viel interessirt haben, so daß es oft an genauen Verabredungen fehlt. Diese gegründete Bemerkung gibt einen wichtigen Fingerzeig, wie am besten durch größere Thätigkeit des Instruenten zur Herstellung des Thatbestandes das Verfahren bey solchen Sachen einzurichten ist, und lehrt zugleich, daß die Procedur nicht leichtsinnig betrachtet werden darf.

Mit Unrecht würde man glauben, daß die Gränze zwischen den wichtigen und den geringfügigen Angelegenheiten so leicht zu ziehen sey, und so entsteht a) schon häufig Streit wohin Proceße über Reallasten und Servituten gehören. Die im einzelnen Falle eingeklagte Summe, z. B. 30 fl. Grundzins oder einige Malter Zehendgetreide kann dabey nicht entscheiden, weil ein ewiges Recht vorliegt, und daher durch die Wiederholung der Leistungen die Sache wichtig wird. Da, wo das Recht selbst kein Gegenstand des Streites ist, sondern nur wegen einer verfallenen Leistung geklagt wird, ist kein Grund da, von der Rücksicht auf die Summe abzuweichen; wenn dagegen das Recht streitig ist, und von Rechten die Rede ist, welche keine Nützungen in bestimmten Zeiträumen hervor-

29) Puchta, Vorträge zur Gesetzgebung u. Praxis S. 310.

bringen, muß das Recht als unschätzbar angenommen werden, und die Sache gehört zum ordentlichen Proceße³⁰⁾. Gibt dagegen das in Anspruch genommene Recht einen bestimmten jährlichen Ertrag, z. B. 1 Thlr. Grundzins, oder läßt sich wenigstens nach einem landüblichen Durchschnitt das Erträgniß berechnen, so nehmen mehrere Landesgesetze, wenn z. B. das Recht jährlich nicht über 1 oder 2 Thlr. beträgt, die Sache zum summarischen Proceße geeignet an; allein überall wo von einem ewigen Rechte gesprochen wird, sollte man richtiger keine Schätzung vornehmen, um die Sache als geringfügig darzustellen, denn an sich ist schon das reell sehr gesicherte, eine ewige Abgabe begründende Recht höchst wichtig für den Kläger; auch kommen in der Regel bey solchen Reallasten, die oft in der Vorzeit entstanden, sehr schwierige Beweisführungen und Verwickelungen vor, und die Reichsbestimmung selbst ist dabey schon mißlich, da die Vortheile eines solchen Rechts zu sehr von der Zeit und von Umständen abhängen, und z. B. bey Getreideleistungen wegen des Wechsels der Preise, oder bey Frohnen wegen der Wichtigkeit mit Sicherheit auf gewisse Arbeiter rechnen zu können, und wegen des Schwankens des Arbeitslohns eine scheinbar jetzt geringfügige Forderung für die Folge höchst wichtig werden kann. Bey Servitutsklagen hat zwar das Oberappellationsgericht zu Wiesbaden³¹⁾ in neuerer Zeit, wenigstens in Bezug auf die Appellationssumme angenommen, daß durch die Ansicht, nach welcher Servituten unschätzbar seyen, der Appellant von der Nachweisung der Appellationssumme nicht befreyt werde, daher damals Appellant beschwor, daß die Freyheit, von der in Frage stehenden Servitut für ihn einen Werth von wenigstens 300 fl. habe. Allein richtiger sollte man alle Servitutsklagen wegen der

30) Sächs. Mandat v. 1753. §. 2. und Scho:tt Grundlinien des processualischen Verfahrens S. 16.

31) v. M a h m e r, Sammlung der merkwürdigen Entscheidungen des Nassauischen Oberappellationsgerichts nro. 17. S. 257.

Dauer des Rechts, wegen der Verschiedenheit der Verhältnisse, die einer Servitut für manchen Besitzer den höchsten Werth geben, während die Freyheit davon dem Gegner unschätzbar ist, zu den wichtigen Klagen, und daher zu den ordentlichen Verfahren rechnen.

b) Wenn die Klage von mehreren Mitgenossen, deren einzelne Antheile sich nicht auf 50 Thlr. belaufen, oder gegen mehrere solcher Streitgenossen angestellt wird, so sinkt deswegen, wenn nur die Gesamtsumme, die für das Daseyn einer wichtigen Sache entscheidet, da ist, die Sache nicht zur bagatellsache herab³²⁾, weil die von allen erlaubter Weise vereinigten Ansprüche als ein Ganzes betrachtet werden, und sonst durch das Austrreten eines Streitgenossen oft die Prozeßart verändert werden müßte.

c) Wenn der Beklagte Einreden hat, deren Gegenstand den Betrag die Summe der geringfügigen Sache übersteigt, so wird nach manchen Prozeßordnungen³³⁾ die Natur der Rechtsache nicht verändert, und die Wirkung der Einrede soll dann nur auf den Umfang des Klagegegenstandes eingeschränkt bleiben; allein dies ist wohl nicht zu billigen, wenn z. B. der Kläger einen Kaufschillingsrest von 48 fl. verlangt, und der Beklagte die exceptio laesionis enormis wegen des ganzen Kaufs, der vielleicht 600 Gulden betrug, entgegensezt, so müßte darnach das Ganze, also auch die oft schwierige Einrede summarisch verhandelt werden müssen, und die Einrede würde dann nach dem Wortlaute des Gesetzes nur wirken können, um die Klage zu elidiren, und der Beklagte müßte erst die Hauptsache wieder klagend verfolgen, was schwerlich mit der Natur der Einreden verträglich ist.

d) Ein in der Einleitung im ordentlichen Proceße verhandelter Streit kann oft durch die im Laufe des Verfahrens eingetretenen Veränderungen zur Summe der geringfügigen

32) Weimar. Ges. von 1817. §. 5.

33) S. B. Weimar. Ges. §. 6.

Streitigkeiten herabsinken ³⁴⁾), z. B. wenn der Kläger einen Theil seiner Ansprüche wieder fallen läßt, oder wenn durch Geständniß des Beklagten, oder durch unbedingte Anerkennung gewisser Urkunden die anfängliche Summe so herabgesetzt wird, daß der noch streitige Theil nur mehr die Summe minderwichtiger Sachen ausmacht. Zu weit geht man aber, wenn man in solchen Fällen unbedingt, durch die Veränderung in der Summe, summarischen Proceß eintreten läßt; es möchte oft sehr unpassend seyn, daß im ordentlichen Proceße begonnene Verfahren summarisch vollenden zu lassen, z. B. wenn schon die Sache bis zur Beweisinstanz gediehen ist; auch läßt sich wohl denken, daß gerade wegen der nicht anerkannten Summe der Streit auf einer sehr feinen Controverse, oder auf schwierigen factischen Umständen beruht, z. B. wenn darüber noch Streit ist, ob nicht gewisse Gegenstände mit zu dem Verkauf gehörten. Man sollte daher billig von dem Ermessen des Gerichts abhängen lassen, ob in solchen Fällen summarischer Proceß eintreten soll.

e) Oft kann durch die Art der Verttheidigung eine summarisch begonnene Sache zu einer wichtigen werden, z. B. wenn Jemand nur 12 Thlr. rückständigen Grundzins fordert, und der Beklagte das ganze angemessene Recht abläugnet ³⁵⁾.

f) Wenn in einem summarischen Proceße der Beklagte eine ihrer Summe nach wichtige Gegenforderung vorschüßt, so gestattet das Weimarische Gesetz ³⁶⁾ neben der Einrede die gleichzeitige Anstellung der Wiederklage für die Gegenforderung, jedoch muß der Beklagte, wenn er in der Convention verurtheilt wird, den Kläger befriedigen, oder nach richterlichem Ermessen den Betrag des Liquidums gerichtlich deponiren, und binnen 14 Tagen von geschעהner Deposition die noch nicht angestellte Wiederklage erheben. Nach dem Anhaltischen Ges

34) Weimar. Ges. §. 7.

35) Hommel rhapsod. obs. 202.

36) §. 14.

setze ³⁷⁾ darf der Kläger auf den Grund von Einreden, die Gegenforderung enthalten, in die Leistung der ganzen Gegenforderung, wenn sie auch den Klageanspruch übersteigt, verurtheilt werden, vorausgesetzt, daß die Gegenforderung zur geringfügigen Behandlung sich eignet. Ist dies nicht der Fall, so soll die Gegenforderung unberücksichtigt bleiben, der Beklagte kann aber die Vollstreckung des Urtheils in der Hauptsache ablehnen, daß er die Gegenforderung binnen 30 Tagen klagbar macht. — Nimmt man nun an, daß der Beklagte ein entschiedenes Recht nach den Gesetzen auf Compensation hat, und ihm daher nicht zugemuthet werden kann, wegen des Mehrbetrags abgesondert zu klagen; erwägt man auf der andern Seite, daß der Kläger durch grundlose illiquide Gegenforderungen leicht in der Verfolgung seiner liquiden Ansprüche gehindert werden kann, so scheint es am zweckmäßigsten, wenn das Gesetz den Partheien das Recht gibt, auch wegen der wichtigeren Gegenforderungen auf den summarischen Proceß zu compromittiren, und daß im Falle, wenn keine Vereinigung darüber zu Stande kommt, das Gericht angewiesen wird, auf die Liquidität der Gegenforderung, und darauf Rücksicht zu nehmen ³⁸⁾, ob die Forderung und Gegenforderung aus einem Verhältnisse entstand, und im nächsten Zusammenhange steht; in solchen Fällen sprechen gewiß für die gleichzeitige Verhandlung von Forderung und Gegenforderung und zwar nach Ermessen des Gerichts summarisch oder ordentlich, alle Gründe des Rechts und der Billigkeit.

g) Bey unbestimmten Schadensklagen wo der Kläger im Allgemeinen Schadenersatz verlangt, ohne ihn zu Gelde anzuschlagen, soll in der Regel kein Proceß der geringfügigen Sachen eintreten. Wenn aber das Anhaltische Gesetz ³⁹⁾ verlangt, daß ex officio das summarische Verfahren eingeleitet

37) von 1822. cap. IX. §. 2. nro. 4.

38) S. auch Paffe im Archiv VII. Band S. 203.

39) v. 1822 cap. IX. §. 1.

werden soll, sobald der Richter sieht, daß die Schaden in keinem Falle die Summe von 30 Thlr. betragen können, so möchte dies doch zu weit gegangen seyn; denn an sich sind solche Schadensklagen oft von schwierigen Beweisen abhängig und der Richter kann auf die bloße Klage doch höchstens seinen oft grundlosen Glauben aussprechen; daher sollte billig vorerst die Vertheidigung des Beklagten abgewartet und das richterliche Recht, den summarischen Proceß einzuleiten an die Bedingung gebunden werden, daß die Sache an sich einfach erscheint. Wenn bisher die Aufstellung eines eigenen Verfahrens in minderwichtigen Sachen gerechtfertigt wurde, so stehen mehr Bedenklichkeiten der Ansicht entgegen, nach welcher ⁴⁰⁾ zwischen minderwichtigen (die nicht über 50 Thlr.) und geringfügigen Sachen (die nicht über 15 Thlr. betragen, unterschieden wird. Schon an sich taugen alle unnöthigen Unterscheidungen in den Gesetzen über gerichtliches Verfahren nichts, weil zu viel Streit in der Anwendung dadurch veranlaßt wird; es ist aber auch kein Grund für diese Unterscheidung einzusehen; wenn die Gesetzgebung bey Sachen unter 50 fl. summarisch verhandeln läßt, so hat sie Recht, weil von 50 fl. bis zu 100,000 fl. ein großer Sprung ist, und sonst die verschiedenartigsten Proceße nach einer Norm verhandelt werden müßten, so daß mit Grund eine Sache unter 50 fl. für minderwichtig und eine über 50 fl. als wichtig angesehen werden mag. Von 15 fl. bis 50 fl. ist aber ein unbedeutender Zwischenraum, und alle Fälle, welche unter 50 fl. betragen, gehören wohl in eine Classe; daß eine Sache unter 15 fl. anders verhandelt werden soll, als eine von 15. fl. bis 50 fl. Dafür findet das Gesetz in den Verhältnissen des bürgerlichen Lebens schwerlich einen Anhaltspunct, um so mehr als praesumtive in die Classe der Fälle unter 50 fl. überhaupt die einfachen Sachen gehören. —

Wenn das Weimarische Gesetz ⁴¹⁾ in geringfügigen Sa-

40) Wie sie im Weimar. Gesetz v. 1817. §. 1, durchgeführt ist.

41) §. 38.

den nie ein schriftliches Verfahren, und bey minderwichtigen nicht ohne triftige Gründe anordnen lassen will, so ist das durch das richterliche Ermessen zu hart gefesselt und es scheint hinreichend, wenn nur das Gesetz ausspricht, daß überhaupt bey Sachen unter 50 fl. nicht ohne wichtige Gründe schriftliches Verfahren zulassen soll.

II. Zu den summarischen Sachen rechnet man auch Alimentensachen ⁴²⁾. Die Berufung auf Gesetze im gemeinen Rechte ist freylich vergeblich, da jedoch ein Gesetz ⁴³⁾ vom summatim cognoscere sprach, und ein anderes die Sache als begünstigt in der Art ⁴⁴⁾ erklärte, daß auch in den Gerichtshofen die Sache verhandelt werden soll, und die Reichsgerichte ⁴⁵⁾ die Sachen: so eine Parthey Lebensnahrung begehrt, zu den causis extraordinariis rechnete, so konnte die Praxis ⁴⁶⁾ leicht dazu kommen, Alimentensachen als summarisch zu betrachten. Allein mit Unrecht würde man jeden Fall, wo der Kläger eine Summe als Alimente verlangt, z. B. Leibrenten, oder wenn die Parthey erklärt, daß sie von der eingeklagten Summe allein ihre Lebensbedürfnisse bestreiten müsse, als Alimentensachen ansehen. Man muß vielmehr unterscheiden: α) so oft eine Gefahr auf dem Verzuge nachgewiesen werden kann, und nach der Art des in Anspruch genommenen Verhältnisses die Wahrscheinlichkeit der Alimentenforderung nachgewiesen werden kann, z. B. wenn die Ehefrau von ihrem Manne während des Scheidungsprocesses Alimente verlangt, ist das Ganze als eine provisorische Streitigkeit zu betrachten, und sobald das Provisorium regulirt ist,

42) Ernestinische Proceßordn. v. 1670. p. 11. cap. 1. Cod. jud. bav. v. 1753.

43) L. 5. §. 8., 12. D. de agnosc. vel. aleud. lib.

44) L. 2. D. de feriis.

45) Kammergerichtsordn. III. Thl. tit. 3.

46) Schon Maranta de ordine judic. p. 202. Claproth summar. Proc. §. 4. not. ff.

geht der ordentliche Proceß seinen Gang fort 47). β) So oft rückständige Alimente eingeklagt werden, oder die Klage auf Anerkennung eines anderen Hauptverhältnisses geht, als dessen Folge auch Alimenten verlangt werden, z. B. bey Klagen wegen status, oder bey Schwängerungsklagen 48) oder so oft zwar die Klage auf Alimenten geht, der Beklagte aber das Recht des Klägers überhaupt läugnet, tritt die ordentliche Verhandlung ein. γ) Wenn aber auf laufende Alimente geklagt wird, das Recht hiezu entweder nicht bestritten ist, so daß nur über Quantum oder Nebenbestimmungen Streit ist, oder wenn das Recht sogleich durch Urkunden klar gemacht werden kann, (daß bey öffentlichen Urkunden der Mandatsproceß gewählt werden darf, versteht sich ohnehin) so rechtfertigt sich die Anwendung des summarischen Proceßes.

III. G e s i n d e s a c h e n sollen summarisch verhandelt werden, und zwar schon nach den Practikern des Mittelalters 49), und nach späteren Landesgesetzen 50). Von den neueren Gesetzen verweisen einige 51) nur die Sachen unter 30 Thlr., andere dagegen 52) jede Gesindesache ohne Rücksicht auf Summe, zum summarischen Proceß; allein die Erfahrung beweist, daß diese Vorschriften leicht ungerechter Weise ausgedehnt werden.

a) Nur da, wo unmittelbar aus dem Dienstverhältnisse das Gesinde seinen Dienstlohn verlangt, oder wenn Streitigkeiten zwischen Dienstherrn und Dienstboten über Antritt und Dauer des Dienstes auf die Aufkündigung, und über die während der

47) S. die Regeln darüber in Gönners Handbuch IV. Band S. 346.

48) Zu weit geht wohl die Nassauische Proceßordn. §. 93. nr. 2. wenn sie überhaupt Schwängerungssachen u. Alimentenforderungen zum summar. Proceß rechnet.

49) S. die Stellen in Maranta p. 206.

50) S. B. Sächs. Mandat v. 1753. §. 2.

51) S. B. Anhaltisches Gesetz v. 1822. cap. 9. §. 3.

52) S. B. Weimar. Gesindeordn. vom 18. Jun. 1823. §. 48. Wiener Gesindeordn. v. 1. May 1810. §. 148.

Dauer des Dienstes durch den Dienstvertrag selbst begründeten Verhältnisse, z. B. über Umfang der Arbeit, über Brauchbarkeit des Gesindes Streit entsteht, ist eine eigentliche Gesindesache die zum summarischen Verfahren sich eignet vorhanden. b) Wenn dagegen das Gesinde seinen Dienstlohn den es bey der Herrschaft stehen ließ, z. B. gegen Schuldschein zur Verzinsung, oder als Depositum fordert, ist eine gewöhnliche Civilsache anzunehmen. c) Das nämliche gilt auch dann, wenn zwischen Herrschaft und Gesinde über Eigenthumsrechte Streit ist, z. B. ob eine gewisse Sache der Herrschaft oder dem Diensthoten gehört, oder, d) so oft nach bereits geendigtem Dienstverhältnisse noch Nachklagen, z. B. über Entschädigung gestellt werden, oder, e) wenn das Gesinde über Mißhandlungen oder Verläumdung enthaltende Injurien von Seite der Herrschaft klagt. f) Auf jeden Fall kann nur bey Personen, die zu dem eigentlichen Gesinde gehören, daher nicht bey Officianten, Verwaltern größerer Wirthschaften, oder bey Personen die wissenschaftliche Arbeiten oder Kunstarbeiten leisten, von Gesindesachen die Rede seyn.

IV. Baustreitigkeiten können ebenfalls zu summarischen Sachen gehören, obwohl die Berufung auf römische Gesetze⁵³⁾ freylich keinen Rechtfertigungsgrund liefert. Der Ausdruck: Baustreitigkeiten, obwohl viele neue Proceßordnungen⁵⁴⁾ die Bezeichnung wählen, ist jedoch nicht zu billigen, da er zu unbestimmt und vieldeutig ist, da auch alle Proceße mit einem Bauunternehmer, alle Streitigkeiten über Bauservituten hieher zu rechnen wären; mit Recht hat daher v. Gönnner⁵⁵⁾ nicht unter den summarischen Sachen überhaupt von Baufachen gehandelt. Man muß offenbar verschiedene Fälle

53) C. 12. Cod. de aedific. priv. C. un. Cod. de nov oper. nunt.

54) Z. B. Oldenburgische Proceßordn. v. 1823. §. 21 (auch im Archive VII. C. 289) Nassauische Proceßordn. §. 93. nro. 3.

55) Entwurf Buch III. cap. 1. §. 6.

trennen: a) den Fall, wo es auf Verhinderung eines neuen Baues bey der *novi operis nunciatio* ankommt. b) Wo über den Antheil an der Baupflicht zwischen mehreren Nachbarn Streit ist, z. B. wegen einer Brandmauer. c) Wo Gefahr auf dem Verzuge schwebt, z. B. bey einem den Einsturz drohenden Gebäude. d) Wo eine gewisse Art des Baues gehindert werden soll, z. B. durch polizeiliche Inhibition wegen Feuergefähr. e) Wo zunächst wegen des Rechts des Gegners Streit ist, z. B. weil der Kläger das Eigenthumsrecht an dem Plage, auf welchem gebaut werden soll, nicht anerkennt, und wo die nachgesuchte Inhibition des Baues nur Folge dieses Streites ist. f) Wo der Streit sich um die Frage dreht: ob nach der Lokalbauordnung, oder der Ortsgewöhnheit eine gewisse Art des Baues erlaubt ist. g) Wo zwischen Baubesteller und Bauunternehmer über die contractmäßige Führung des Baues, oder über Preise u. a. Streit obwaltet. Nur in wenigen dieser Fälle ist ein allgemeines summarisches Verfahren anwendbar; die sub. lit. b, e, f, g, können unbedenklich im Gange des ordentlichen Processes verhandelt werden. Für den Fall sub. a, hat das Gesetz das nicht als possessorisches Proceß zu verhandelnde Mittel der *nuntiatio operis* gegeben, und hier sind eigene Formen und Termine begründet; im Falle b und c kann durch ein Mandat, oder durch die Bitte um ein Provisorium geholfen werden⁵⁶⁾, und der Hauptstreit geht dann seinen gewöhnlichen Gang fort. In dem Falle d ist die Sache zunächst polizeilich, und ist daher in den Formen solcher Sachen zu verhandeln. In dem Falle b, d und vorzüglich im Falle f kann von einem besonderen Bauproceße in so ferne die Rede seyn, als der Richter die Pflicht hat ungesäumt bey dem Anfange des Streits auf die Einnahme des Augenscheins, auf Vorladung der Baugeschwornen als Sachverständigen, und Zuziehung der Nachbarn zu dringen⁵⁷⁾.

56) G ö n n e r, Handbuch IV. Band S. 344.

57) Preußl. Gerichtsordn. tit. 41. §. 34., 35.

Archiv f. d. Civ. Prax. VIII. B. I. S.

damit durch unmittelbare Einsicht der Lokalverhältnisse eine gründliche schnelle Entscheidung, und Anordnung eines zweckmäßigen Provisoriums möglich werde ⁵⁸⁾.

V. Innungs-, Handwerks- und Gewerbsstreitigkeiten werden häufig zum summarischen Proceß gerechnet ⁵⁹⁾; allein auch hier ist der Ausdruck zu vieldeutig, denn darnach schiene es, daß auch ein Streit über Aufnahme einer Person in eine Zunft immer summarisch zu verhandeln sey, und doch kann die Sache, z. B. wegen der Einrede, daß der Kandidat als ehrlos nicht aufnahmefähig sey, sehr wichtig seyn; auch der Streit darüber: ob Jemand aus einer Zunft gestossen werden könne, ob eine Zunft ihren Zunftzwang auch auf gewisse Personen ausdehnen darf, schiene nur summarisch geführt werden zu müssen. Gewiß darf man auch hier auf folgende Art unterscheiden: a) Ueberall, wo zwischen den einzelnen Mitgliedern einer Zunft Streitigkeiten obwalten, die nach den Zunftstatuten oder Gebräuchen zu entscheiden sind, ohne daß Dritte Ungünstige dabey theilhaftig sind, entscheidet eigentlich mehr vermittelnd die Zunftobrigkeit ⁶⁰⁾, und zwar nicht in den Formen eines gerichtlichen Rechtsstreits. b) Sind zwey Zünfte über die Grenzen ihrer Gewerbe im Streite, und können sie sich nicht auf Rechtstitel, woraus Privatrechte hervorgehen, berufen, z. B. auf Vergleiche, rechtskräftige Urtheile, so ist, da nur nach polizeilichen Regeln die Zweckmäßigkeit zu entscheiden ist, kein Privatrechtsstreit, sondern eine reine Verwaltungssache vorhanden ⁶¹⁾. c) Ist da,

58) Es ist zu beklagen, daß die Gesetzgeber nicht besser auf die Sammlung der alten auch in processualischer Hinsicht häufig höchst zweckmäßigen Bauordnungen dringen.

59) Claproté, sum. Proc. S. 4. nro. 12. Kori, Sächs. sum. Proc. S. 6. Gönner, Entwurf Buch III. Cap. 1. nro. 2. Anhaltische Proceßordn. v. 1822. cap. 9. S. 4.

60) Weimar. Zunftordnung v. 13. April 1821. S. 148.

61) S. dies Archiv IV. Band S. 343.

gegen ein Streit einer Zunft mit Dritten Ungünstigen begründet, und sind die Merkmale einer wahren Civiljustizsache da, so tritt, α) wenn es auf einen Geldbetrag ankommt, der nicht die Summe wichtiger Sachen erreicht, Verfahren bey geringfügigen Sachen, β) im entgegengesetzten Falle aber das ordentliche Verfahren ein.

VI. Daß Sachen der Reisenden summarisch verhandelt werden sollen, behaupten zwar Practiker ⁶²⁾ und Landesgesetze ⁶³⁾; auch ist es richtig, daß in den älteren Landesgesetzen, vorzüglich in Städten ein Gastrecht vorkam ⁶⁴⁾; allein ohne Landesgesetz kann den Sachen der Reisenden kein Vorzug eingeräumt werden. Mag auch dadurch, daß der Fremde, wenn er Beklagter ist, Gefahr für den einheimischen Kläger entstehen, so kann ja leicht geholfen werden, wenn der Kläger Arrest gegen den Reisenden impetrirt; ist aber der Reisende Kläger, z. B. er hat gegen den Gastwirth ex recepto zu klagen, so ist nicht einzusehen, warum diese so wichtige Sache wegen der Person des Klägers zum Nachtheile des einheimischen Bürgers summarisch verhandelt werden soll; der Reisende mag einem einheimischen Advokaten den Auftrag zum Streite geben, und der Proceß geht dann seinen gewöhnlichen Gang fort. Wenn neuere Entwürfe ⁶⁵⁾ zwar nur dann die Sachen der Reisenden als summarisch erklären, wenn der Streit aus der Reise entsprungen ist, so ist auch damit noch nicht geholfen; denn wenn z. B. der Reisende durch die Schuld des Kutschers Schaden erlitten zu haben behauptet, oder wenn der

62) Elaprotz, sum. Proc. S. 4. not. ff. Die von ihm angeführte not. 80. gehört gar nicht hieher. Danz. sum. Proc. S. 7.

63) S. B. Nassauische Proceßordn. S. 93. nr. 7. Oldenburg. Proceßordn. v. 1824. S. 21.

64) S. Archiv VII. Band S. 378. not. 34. S. auch noch Kampf Mecklenburg. Civilproc. Ausg. v. Nettelblatt S. 113.

65) G ö n n e r, Entwurf III. Buch cap. 1. S. 1. nro. 5. E n g e l h a r d s Entwurf. Cap 318. nro. 7.

Fremde dem Fuhrmann den versprochenen Fuhrlohn nicht bezahlen will, weil er behauptet, daß der Fuhrmann nicht die akordirten Verbindlichkeiten erfüllt habe, so sind diese Streitigkeiten aus und auf der Reise entsprungen, und doch würde es hart seyn, den summarischen Proceß aufzudringen.

VII. Unter den summarischen Sachen werden noch häufig die Injurien Sachen aufgeführt, entweder unbedingt ⁶⁶⁾, oder nur geringere Injurien Sachen ⁶⁷⁾, oder nur Injurien, die zwischen Leuten des gemeinen Bürger und Bauernstandes vorfallen ⁶⁸⁾; allein bey näherer Prüfung verdient wohl keine dieser Darstellungen eine Billigung.

a) Ist davon die Rede, daß wegen der Bestrafung der Injurien eine besondere Art der Verhandlung eintreten soll, so gehört ja dieser Punct gar nicht hieher in den Civilproceß, und schon überhaupt ist ein besonderer Strafproceß wegen Injurien nicht nothwendig, sobald man nur gehörig die eigentlich criminellen Injurien von den zur polizeilichen Verhandlung gehörigen trennt, ohne daß deswegen eine Mittelart von Vergehen aufgestellt zu werden braucht. Darin: ob durch die Injurien eine strafbare, oder den Injuriaten in den Augen seiner Mitbürger entweder überhaupt, oder nach seinem besondern Stande herabwürdigende Handlungen fälschlich vorgeworfen, oder nur einfache Beschimpfungen zugefügt werden, findet der Gesetzgeber leicht die Grenze, ob die Handlung Verbrechen, oder nur Polizeiübertretung werden soll. b) Die *actio injuriarum aestimatoria* verdient überhaupt nach den

66) S. B. Engelhardt's Entwurf. Satz 318. Oldenburgische Proceßordn. S. 21.

67) K a m p h, Mecklenb. Civilproceß S. 115.

68) Anhaltische Proceßordn. v. 1822. cap. 9. §. 2. S. von Rücksteden der Standesunterschiede Preussische Gerichtsordn. tit. 34. auch v. Reibnitz, Ideal der Gerichtsordnung 1. S. 242. S. auch Kori, Theorie d. Sächs. summar. Proceße S. 73. und noch Winkler, Anleitung zur Führung der Injurienproceße nach Sächs. Rechte. Leipzig 1801.

deutschen Vorstellungen von Ehre keine Billigung der Gesetzgebung⁶⁹⁾; da, wo sie gemeinrechtlich existirt, ist aber nicht einzusehen, warum der an sich wichtige und von zarten Rücksichten abhängige Punct: ob Injurie vorhanden ist, in allen Fällen summarisch zu entscheiden ist, fordert der Kläger selbst nur eine Summe, die nicht über den Betrag der geringfügigen steigt, oder hat sich durch Gerichtsgebrauch schon ein gewisses Verhältniß festgesetzt, nach welchen z. B. mit Rücksicht auf gewisse Stände die Injurien taxirt werden, und fällt die Klage nach dem Stande des Klägers in die Kategorie einer solchen Summe, die mir als geringfügig gilt, so rechtfertigt sich freylich dadurch die Anwendung des summarischen Verfahrens.

c) Abbitte und Widerruf sollten nicht selbstständige Gesuche einer Klage seyn dürfen, sie sind nur accessorisches, und daher gehören sie entweder in den Strafproceß, wenn adhaerendo der Injuriat auf Abbitte anträgt, oder sind Nebenbitten im gewöhnlichen Injurienproceße.

d) Wird eine Satisfactionsklage wegen Realinjurien, oder wahre Entschädigungsklage, z. B. von Seite eines Kaufmanns wegen der dem Credit nachtheiligen Verläumdungen angestellt⁷⁰⁾, so muß entschieden der ordentliche Civilproceß zulässig seyn, wenn nicht die schon in der Klage geforderte Summe bloß geringfügig ist; die Frage, über Daseyn einer Injurie ist, so schwierig und so wichtig, daß das auf die einfachsten Fälle nur berechnete summarische Verfahren gewiß nicht am Plage ist. e) Der Stand der Injurianten und des Klägers sollte dabey nichts ändern. Schon an sich ist zu hoffen, daß allmählig der vielfach verletzende, und ohne haltbare Grundlage entstandene und höchst schwankende Unterschied von

69) Schon früh ist z. B. in den Anhaltischen Edicten v. 1718. und 1724. (Kor i summar. Proceße S. 75.) die Klage auf eine gewisse Summe aufgehoben.

70) Winkler v. d. Führung der Injurienproceße S. 188. Gensler im Archive.

gemeinen und vornehmen Bürgerstände völlig aus der Gesetzgebung verschwinde; der redliche Handwerker hat so gut Anspruch auf Anerkennung der Ehre als sein Sohn, der vielleicht zu bequem war, dem Gewerbe seines Vaters zu folgen und lieber, nachdem er ein paar Schulen durchgelaufen hat, mit Abschreiben sich sein Brod verdient. Auf die angebliche Erfahrung, daß die geringeren Rangelassen der bürgerlichen Gesellschaft weniger empfindlich für Ehrenangriffe sind, habe ich schon bey einer anderen Gelegenheit geantwortet ⁷¹⁾. f) Eine andere Frage ist aber, ob nicht überhaupt bey Injurien durch Organisation besonderer Ehrengerichte bey gewissen Ständen, und durch zweckmäßige Sorge für den Sühneversuch der streng processualische Weg vermieden, oder der Streit im Reime erstickt werden soll.

VIII. Zuweit ausgedehnt erscheint auch der summarische Proceß, wenn man in allen Processen zwischen Eltern und Kinder nach der Regel der geringfügigen Sachen verhandeln läßt ⁷²⁾; darnach müßte auch die Klage auf emancipation, oder auf Herausgabe des Vermögens, oder Prozesse zwischen dem überlebenden Ehegatten der zur zweyten Ehe schreitet, und zwischen den Kindern erster Ehe nur summarisch verhandelt werden, was bey der Schwierigkeit der Rechtspuncte, die bey solchen Processen vorkommen, gewiß nicht zu billigen wäre. Viel bestimmter hat v. Gönner ⁷³⁾ die Sache ausgedrückt, wenn er sagt: in Sachen, die die häusliche Ordnung und Ruhe der Familien betreffen; allein auch diese Bezeichnung unterliegt Bedenkllichkeiten, weil dann eben so wohl Familienzwiste über Gütertheilungen, oder Klagen über Vorenthaltung von Vermögen, Klagen über Verweigerung des Consenses zur Ehe u. a. hieher gerechnet werden könnten; richtiger darf man die abgekürzte Verhandlung

71) In meiner Schrift: der gemeine deutsche Proceß III. Heft S. 27.

72) S. B. nach Cod. jud. bavar. cap. III. §. 3.

73) Im Entwurfe, Buch III. cap. 1. §. 1. nro. 4.

nur auf die zwischen Eltern und Kinder aus der Ausübung der häuslichen Gewalt entstandenen Streitigkeiten beschränken, z. B. bey Klagen der Eltern über Widerspenstigkeit der Kinder, oder bey Beschwerden der Kinder über Mißbrauch elterlicher Gewalt; allein auch in diesen Fällen möchte das gewöhnliche summarische Verfahren nicht das geeignete seyn, sondern zweckmäßig wäre es für solche Fälle, die dem älteren deutschen Rechte schon bekannten Familiengerichte⁷⁴⁾, die auch während der französischen Revolution einige Zeit eingeführt waren⁷⁵⁾, in der Art wieder herzustellen, daß die ohnehin gewöhnlich zu den eigentlichen Privatrechtsgegenständen nicht zu zählende Sache an einer von Verwandten väterlicher und mütterlicher Seite zu bildenden Auschuß gebracht würde, oder daß wenigstens das Gericht verpflichtet würde, Verwandten von beyden Seiten als Schiedsrichter aufzurufen. Auch in Streitigkeiten zwischen Vormund und Mündel könnte ein ähnliches Institut sehr wohlthätig wirken.

IX. Wenn Ehesachen als summarisch angeführt werden, so hat schon v. Gönnex⁷⁶⁾ bemerkt, daß man zu verschiedenen Sachen hier zusammenwirft; daher sollte man wohl unterscheiden: a) die eigentlichen Ehescheidungsprocesse: b) die Desertionsprocesse, begründet wegen bösslicher Verlassung eines Ehegatten: c) Klagen der Eheleute, veranlaßt durch häusliche Zwistigkeiten über Vernachlässigung, unpassende Zumuthungen, Mißhandlungen. Daß in Fällen der ersten Art besondere Verfahrensarten eintreten müssen, die nicht als bloße gewöhnliche summarische Processe zu betrachten sind, hat

74) Meine Grundsätze des deutschen Privatrechts §. 313., 365.

75) Franz. Gesetz v. 24. Aug. 1790. tit. 3., 10. Gesetz v. 20. Sept. 1792. S. eine merkwürdige Sammlung: Guichard Code de famille an III. Paris 2. vol.

76) Motive des Entwurfs S. 617.

ben von jeher Praxis⁷⁷⁾ und Landesgesetze⁷⁸⁾ anerkannt, und so ist hier nicht davon zu sprechen; in Fällen der zweyten Art tritt ein besonderer Desertionsproceß ein, als eine Art von Contumacialproceß, welcher mit einer Ediktalladung beginnt. Nur in Fällen der dritten Art⁷⁹⁾ schiene ein summarischer Proceß zu passen; allein erwägt man, daß bey solchen Klagen der Richter weniger nach festen juristischen Regeln, vielmehr als ein mit Lebensverhältnissen vertrauter, gewandter, und mit geistiger Autorität versehener Mann entscheiden muß, so kommt es hier mehr darauf an, den Streit im Keime zu ersticken, als einen wahren Proceß beginnen zu lassen, und die Thätigkeit des Richters besteht hier mehr in ernstlichen Vergleichsversuchen, zu deren Gelingen die Zuziehung gewisser Personen, z. B. der Geistlichen viel be trägt⁸⁰⁾.

Besitzstreitigkeiten können ohnehin nicht zu dem allgemeinen summarischen Proceße gerechnet werden, weil die notwendige eigenthümliche Beschränkung des Vorbringens auf gewisse Gründe diese Proceßart auszeichnet, und daher bey den besondern ausgezeichneten Proceßarten davon die Rede seyn muß. Daß auch zu viel behauptet wird, wenn man alle Sachen, in welchen Gefahr auf dem Verzuge schwebt, zu den unbestimmten summarischen rechnet⁸¹⁾, hat

77) Man spricht hier vom Consistorialproceße. Danz. Grundf. des summar. Proceßes cap. XIV.

78) Preußl. Gerichtsordn. tit. 40. §. 20. etc. u. weit. Anweisungen in Badischer Eheordn. v. 1807. §. 61. — 71. Sehr gute Bemerkungen von Dolliner in Pratobevera Materialien für Gesetzkunde in Oestreich VII. Band. S. 57 — 110.

79) Preußl. Gerichtsordn. tit. 40. §. 58. Kori, Theorie der Sächf. Proc. S. 27.

80) S. einige Anweisungen in der Preußl. Gerichtsordn. tit. 40. §. 24. Badische Eheordn. §. 59. Anhaltische Proceßordn. v. 1822. cap. VII. §. 1.

81) S. B. Nassauische Proceßordn. §. 93. nro. 9. Oldenburgische §. 21.

schon v. Gönner gezeigt⁸²⁾; allerdings mag in solchen Fällen um ein provisorium gebeten werden, oder die Gesetze haben ein eigenes Mittel sich zu schützen eingeführt, z. B. bey der novi operis nunciatio, oder eine Parthey kann sich durch den Mandatsproceß helfen, oder es muß um polizeiliche Maßregeln nachgesucht werden, die ohnehin in manchen Fällen⁸³⁾ gar nicht entbehrt und wodurch keine andere summarische Proceßart ersetzt werden kann. Zu allgemein ist endlich der Satz, wenn man für alle vorbereitenden Gesuche und Inzidentpuncte⁸⁴⁾ den summarischen Proceß vorschreibt, und beschränkt er nimmt daher mit Recht v. Gönner⁸⁵⁾ den Satz, wenn er die Ausnahme hinzufügt: so ferne nicht diese Puncte in den gewöhnlichen Schriften des ordentlichen Processes von den Partheyen zugleich verhandelt werden. Schon Gensler⁸⁶⁾ hat eine Unrichtigkeit der Ansicht, daß alle präparatorischen Sachen summarisch zu verhandeln seyen, nachgewiesen; die Klage auf Edition einer Urkunde oder actio ad exhibendum sind präparatorisch, und doch würde es unpassend seyn, über diese oft schwierige Klagen, die für sich selbstständig zu betrachten sind, summarisch verhandeln zu müssen, wie weit aber der Begriff von Inzidentsachen zu fassen ist, wie darunter oft die wichtigsten Streitsachen vorkommen, z. B. über Interventionen, oder bey Gemeintheiltheilung der Eigenthumsanspruch eines Dritten, ist durch neuere Untersuchungen⁸⁷⁾ so hergestellt, daß man doch endlich das Vorurtheil von summarischer Behandlung aller Nebenstreitigkeiten aufgeben sollte.

82) Handbuch IV, S. 29.

83) Siebeth, Kritik des gem. u. Mecklenburg. Proc. S. 74.

84) So allgemein drückt sich z. B. die Nassauische Proceßordn. §. 93. nro. 4. aus.

85) Entwurf, Buch III. cap. 1. §. 1. nr. 1.

86) Im Handbuche über Martins Lehrbuch S. 89. S. auch Morstadt Materialkritik S. 116.

87) Gönner, Commentar zu dem Baierischen Gesetze v. 1819. S. 265. Gaiberg, Vorkenntnisse S. 100. Wob, Abhandlungen S. 155.

Zum Schlusse dieser Bemerkungen möge noch ein Vor-
schlag angeführt werden, durch dessen Ausführung eben so wohl
die Aufzählung von vielen Sachen, die zum summarischen Pro-
ceß sich eigneten, erspart und einfach die Vortheile summa-
rischer Proceße erreicht werden könnten; es betrifft dies das
Recht der Gerichte, die gewöhnlichen Fristen nach dem Be-
dürfnisse des einzelnen Falles abzukürzen, ohne daß deswegen
das Verfahren überhaupt verändert würde. Unsere Proceß-
fristen sind durch die Praxis auf eine an sich sehr lange Zeit
normirt worden; (in Sachsen, sächsische Frist 6 Wochen 3
Tage, außer Sachsen gewöhnlich 30 Tage) Für die Mehrzahl
der Fälle mögen diese Zeiträume ganz passend seyn; wie viel
aber würde gewonnen, wenn das Gericht ermächtigt würde,
auch im ordentlichen Proceße, die Frist von 30 Tagen auf
14 oder 8 Tage herabzusetzen. Die lange Dauer der Proceße⁸⁸⁾
würde da, wo der Richter von der Einfachheit des Verhältnisses
von der Wichtigkeit baldiger Entscheidung sich überzeugt, um
die Hälfte verkürzt werden können, und nur das schieue zweck-
mäßig, wenn der Richter angewiesen würde, den Antrag einer
Parthey in dieser Beziehung abzuwarten. Zwar möchte es ge-
fährlich scheinen, wenn der Richter so viel Gewalt erhielte,
durch Abkürzung der Fristen die Vertheidigung der Partheyen
zu beschränken; allein werden collegialisch besetzte Gerichte or-
ganisirt, so darf man ja nur den Instruenten anweisen, ehe
er die Frist abkürzen will, einen Beschluß des Collegiums
zu veranlassen, und zeigt die Parthey, daß wirklich, z. B. we-
gen Entfernung der Beweismittel die Vertheidigung in kurzen
Terminen nicht möglich ist, so kann noch immer nachgeholfen
werden. Dringt das Gesetz auf gute, sogleich am Anfange
des Proceßes zu erhebende Informationseinziehung, so ist
ohnehin vielen chicanereusen Erklärungen der Anwölde, die gerne
den non satis instructum spielen vorgebeugt.

⁸⁸⁾ S. Engelhard, Entwurf Satz 220. s. noch Sibeth Kritik
des gem. und Mecklenburgischen Proceßes. S. 65.

V.

Ueber die Selbstvertheidigung gegen fremde Sachen.

Von Thibaut.

In meinem Pandekten-System S. 561. habe ich immer den Satz aufgestellt: der Eigenthümer als solcher habe das Recht der Selbstvertheidigung, und damit sogar die Befugniß, Sachen Anderer, wodurch er die seinige zu verlieren fürchte, zu zerstören. Als Belegstellen führte ich an: L. 1. D. ad leg. Rhod. de jactu. L. 3. §. 7. D. de incend. L. 7. §. 4. D. quod vi. Bekanntlich hat die Glosse dasselbe gelehrt, und tausend andere Schriftsteller hielten es auch so, daher mir nie der geringste Zweifel gegen jene Sätze in den Sinn kam.

Allein jetzt bin ich ¹⁾ deswegen von Kritz ²⁾ ernsthaft angegriffen, ohne daß ich jedoch irgend einen Grund finde, mich für widerlegt zu halten. Es mag also die Sache hier noch einmal zur Sprache kommen, besonders da von einem Rechtsfalle die Rede ist, welcher nicht zu den leeren Eleganzen gehört, und in jeder Beziehung durch sein practisches Interesse wichtig ist.

Folgendes ist das Wesentliche der, mir gemachten Einwendungen. Wenn ich mich auf L. 1. D. ad L. Rhod. de jactu stütze, so sey dagegen zu erinnern, daß sich aus den

1) Es geht mir oft so, daß gegen mich gerichtet wird, was gegen die halbe, oder ganze bisherige juristische Welt zu sagen wäre. Ich lasse mir dies gern gefallen, weil man in einem Streit immer ruhiger sieht, wenn man recht nach vorn gestellt wird.

2) B. L. Kritz *ergetisch-practische Abhandlungen über ausgewählte Materien des Civilrechts*. Leipzig, 1824. S. 79 — 100.

Vorschriften der Lex Rhodia de jactu keineswegs die allgemeine, von mir aufgestellte Regel bilden lasse, sondern nur diese beschränktere Regel: „von dem Eigenthum verschiedener Individuen darf das des einen für das des andern vernichtet werden, wenn außerdem das Eigenthum beyder vernichtet wäre. Werde aber der Sicherheit wegen eine Sache zerstört, welche doch würde zu Grunde gegangen seyn, so sey freylich deswegen von keinem Damno injuria dato die Rede. Dieß, aber auch nur dieß, sage L. 7. §. 4. D. quod vi. in den Worten:

Idem ait esse si damni injuria actum foret; quoniam nullam injuriam aut damnum dare videtur aequè perituris aedibus.

Wenn ich also dieß Gesetz für meine allgemeine Regel als Beleg gebraucht habe, so sey von mir grade die wesentlichste Beziehung übersehen, unter welcher das Eigenthum eines Dritten zu zerstören zulässig seyn solle. Zwar scheine sich folgendes Fragment bestimmt für meine Regel auszusprechen:

L. 3, §. 7. D. de incend. (Ulpian.)

Quod ait Praetor de damno dato, ita demum locum habet, si dolo malo damnum datum sit; nam si dolus malus absit, cessat edictum. Quemadmodum ergo procedit, quod Labeo scribit, si defendendi mei causa vicini aedificium orto incendio dissipaverim, et meo nomine, et familiae, judicium in me dandum? quum enim defendendarum mearum aedium caussa fecerim, utique dolo careo. Puto igitur non esse verum quod Labeo scribit. An tamen lege Aquilia agi cum hoc possit? Et non puto agendum; nec enim injuria fecit, qui se tueri voluit quum alias non posset. Et ita Celsus scribit.

»Alein man möge bedenken, daß in L. 7. §. 4. D. cit. derselbe Fall aus einem andern Grunde entschieden werde, weil nämlich aequè perituris aedibus kein damnum Statt

gefunden habe. Wo aber Zwey Entscheidungsgründe angeführt würden, da sey die Kritik unmittelbar aufgefordert, zu bestimmen, welcher der richtige sey, und unbezweifelt möchte man sich hier für denjenigen erklären, welcher auf keinen, in seinen Folgen so bedenklichen Rechtsatz zurückführe, um so mehr, als es an sich allen rechtsphilosophischen Ansichten zu widerstreiten schiene, einen Schaden, der mich durch Zufall trifft, absichtlich auf einen Andern wälzen zu dürfen. Die Worte: *nec enim injuria fecit* seyen sehr richtig, aber nicht, weil das Factum eine Selbstvertheidigung bezwecke, sondern weil des Nachbarns Gebäude um nichts weniger peritura waren. Tadeln könne man den Römischen Juristen, weil er im Ausdrucke seines Entscheidungsgrundes etwas flüchtig zu Werke ging, um deswillen nicht. Denn während er ein richtiges Resultat aufgestellt habe, worauf es zunächst und allein ankomme, könne er keine Ahndung gehabt haben, zu welchen ausschweifenden Consequenzen seine Worte durch Justinians Compilation, und die eigenthümliche Stellung, in welcher sich die Nachwelt zu dieser gebracht sehen müsse, hinleiten könne. Endlich sey ja auch in den Worten der L. 1. §. 11. D. aqua et aquae pluv.

prodesse enim sibi unusquisque, dum alii non nocet, non prohibetur.

eine ganz entgegengesetzte Ansicht allgemein ausgesprochen.“

Bevor ich auf die Sache selbst näher eingehe, muß ich bemerken, daß man den Verfasser eines Lehrbuchs des Römischen Rechts nicht behandeln darf, wie einen Bündel Stäbe, worüber man nicht anders Herr zu werden weiß, als daß man die einzelnen Stäbe herauszieht, und so Stück vor Stück alle zerbricht. Es ist bekannt genug, was die Pandekten und der Codex enthalten: Fragmente; hingeworfene Entscheidungen eines einzelnen Falles, woran denn natürlich viel Concretes klebt; Winke und Andeutungen; aber fast nirgend runde, erschöpfende Regeln. Wer sich also zu solchen Regeln erheben will, der muß abstrahiren und combiniren, und darf das Ein-

142 Thibaut, über die Selbstvertheidigung

zelne nicht verwerfen, weil es allein betrachtet nicht vollständig entscheidend seyn würde. Auf diese Art habe ich nun in Betracht unserer Frage auch zusammengestellt und verbunden, und bin damit zu einem Resultat gekommen, welches außer allgemeinen Grundsätzen und der Vernunft (wovon nachher weiter zu reden ist) auch die bekanntesten Grundsätze der grammatischen Auslegung für sich hat. Herr K. combinirt dagegen nicht das Gegebene, sondern ein großer Klassiker, und auch noch ein anderer (nämlich der citirte Celsus), muß sich den Vorwurf gefallen lassen, daß er nicht recht gesprochen habe. Freylich ist dieß wieder durch die Bemerkung gemildert, daß der Getadelte nicht zu tadeln sey, weil das Resultat desselben bestehen könne. Allein schlechte Gründe sind nun einmal etwas Schlechtes, und wenn sich ein Ausleger genau an das hält, was in den Gesetzen klar geschrieben steht, so sollte man dieses loyale Betragen doch auf keinen Fall unter die Rubrik der „ausschweifenden Consequenzen“ bringen. Die Anhänger der alten Lehre haben hier mithin schon an sich fundatam intentionem, wenn sie gegen die neue Lehre einwenden, daß dieselbe auf einer, den bestimmten Aeußerungen eines Gesetzes widerstreitenden *petitio principii* beruht, und, Statt das Einzelne zu verbinden, die eine Einzelheit mit einer höflichen Wendung entfernt, um so die beschränkte Natur einer andern Einzelheit zur allgemeinen Regel erheben zu können.

Gehen wir nun auf die Sache selbst näher ein, so zeigt sich sogleich, daß die von mir aufgestellte Regel schon aus allgemeinen Grundsätzen ganz von selbst folgt. Ich habe diese Regel nämlich keineswegs unbestimmt darauf gerichtet, daß man fremdes Gut benutzen, oder zerstören könne, wenn man seiner eigenen Sache dadurch nütze, oder helfe; sondern ich habe sie in Beziehung auf Selbstvertheidigung aufgestellt, also mit Rücksicht auf den Fall, wenn die Sache eines Andern in die Sphäre meines Eigenthums eingreift, oder eingreifen wird, und so meiner Sache Gefahr bringt, oder drohet. Das Recht nun, in einer solchen Lage die Sache des

Andern durch Privatgewalt unschädlich zu machen, ist nichts weiter als das Recht der Selbstvertheidigung, welches jeder Bürger hat, um seinen Körper zu schützen, und sich im Besitz seiner Sachen zu erhalten, wovon die Gesetze als der natürlichsten menschlichen Befugniß reden ³⁾, weil nun einmal in dieser profaischen Welt jeder sich selbst der nächste ist. Der Umstand, daß die Sache, welche vernichtet werden mußte, auch ohne die Selbstvertheidigung würde zu Grunde gegangen seyn, ist freylich juristisch wohl erwünscht, weil dann noch aus einem andern Grunde an keine Beschwerde zu denken ist. Allein auch ohne dieß bleibt die abgenöthigte Selbstvertheidigung als solche etwas ganz Billiges und Gerechtes, wobey man sich noch mit der Gloffe dadurch beruhigen kann, daß schon Horaz gesagt hat:

Nam tua res agitur paries quum proximus ardet,
Et neglecta solent incendia sumere vires.

Wir wollen den Fall setzen, daß der Stier des A ohne Schuld des letzten in den Blumengarten des B läuft, und unfehlbar alle Blumen abfressen, oder zertreten wird, wenn man ihn nicht unschädlich macht. Kann Schreyen und Schlagen das Thier entfernen, so muß sich freylich, nach den Grundsätzen des *moderaminis inculpatae tutelae*, B bloß darauf beschränken. Allein wenn der Stier so störrig und furchtlos ist, daß die gelinden Mittel bey ihm nicht anschlagen, und nur das Todtschießen Rettung schaffen kann? Wo soll hier der Grund liegen, daß sich B die Mißhandlungen eines fremden Thieres geduldig gefallen lassen, und seine Sachen opfern muß, weil der Stier, wenn er nicht todgeschossen wird — lebendig bleibt? Wäre die Sache des Andern, welche ich zur Rettung der meinigen vernichten mußte, ohnehin untergegangen, so ist dieß noch ein sehr starker Nebengrund, wegen dessen auch die Entschädigungspflicht geleugnet werden muß.

3) L. 4. L. 45. §. 4. D. ad L. Aquil. L. 3. §. 7. D. de incend. ruin. naufr.

144 Thibaut, über die Selbstvertheidigung

Dies kann denn ebenfalls für einen solchen Fall als Entscheidungsgrund angeführt werden, und es sagt dem gemeinen Verstande grade am meisten zu, wenn man sich auf solche concrete Nebengründe stützt, welche, wie unsre Practiker zu sagen pflegen, dem Faß auf allen Fall den Boden ausschlagen. Die classischen Juristen der Römer haben auch sonst dergleichen Gründe nicht verachtet ⁴⁾, und so ist denn an sich nichts dagegen einzuwenden, daß in L. 7. §. 4. cit. mit dem *aeque perituris aedibus* alles kurz abgethan ist. Allein will man zu einer höheren Regel hinaufsteigen, welche alle Fälle umfaßt, die Sache mag zu erhalten gewesen seyn, oder nicht, so muß man das Princip in den Grundsätzen der Nothwehr auffuchen, und dies thut nun grade L. 3. §. 7. cit. in ihrem: *nec enim injuriam fecit, qui se tueri voluit, quam alias non posset.*

Eine ganz ähnliche Aeußerung von Paulus haben wir in L. 45. §. 4. 5. D. ad legem Aquiliam. Hier heißt es nämlich: wer schade, indem er sich nicht anders helfen könne, brauche für nichts einzustehen. Als zweytes Beispiel kommt nachher vor: *qui idoneum parietem sustulit, damni injuria domino ejus tenetur*, mithin wird implicite derjenige freigesprochen, welcher eine, wirklich Gefahr drohende Mauer niederreißt. Demnach lautet der vorher angegebene Entscheidungsgrund bloß dahin: *vim enim vi defendere omnes leges, omniaque jura permittunt.* Ganz entscheidend für meine Ansicht ist auch folgende Aeußerung Ulpian's in L. 49. §. 1. D. eod.

Quod dicitur, damnum injuria datum Aquilia persequi, sic erit accipiendum, ut videatur damnum injuria datum, quod cum damno injuriam attulerit, nisi magna vi cogente fuerit factum; ut Celsus scripsit circa eum, qui incendii arcendi gratia vicinas

4) S. B. L. 46. §. 6. D. de admin. tut. L. 22. D. de donat. vergl. mit meiner Theorie d. logischen Aufl. §. 35.

aedis intercidit: nam hic scribit, cessare legis Aquiliae actionem. Justo enim metu ductus, ne ad se ignis perveniret, vicinas aedes intercidit: et, sive pervenit ignis, sive antea extinctus est, existimat, legis Aquiliae actionem cessare.

Alles ist hier wieder aus dem Recht der Nothwehr abgeleitet, und es ist selbst der Fall unterstellt, daß die vernichtete, Gefahr drohende Sache hätte erhalten werden können (wie leicht in solchen Fällen auch die dringendste Wahrscheinlichkeit durch den zufälligen Erfolg widerlegt werden kann, ohne daß damit die Nothwehr tadelhaft wird). Also sage ich noch einmal mit einem vierten classischen Juristen, nämlich mit Gaius in L. 4. pr. D. eod., ganz allgemein:

Nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere.

Sogar auch für den Fall, wenn Jemand bloß den freien Gebrauch seiner Sache gefährdet sieht, ist das Nothrecht in L. 1. §. 3., 4. L. 2. pr. D. de peric. et comm. r. v. anerkannt, selbst wenn die Sache des Andern an sich zu Grunde gehen würde. Auch meine, aus dem Tit. de lege Rhodia de jactu entlehnte Belegstelle muß an ihrem Platz stehen bleiben. Denn jenes Rhodische Gesetz nimmt auch Rücksicht auf das allgemeine Princip des Nothrechts. Freylich hat dieß Gesetz noch eine Eigenheit, nämlich: daß es Schiff und Gut gleichsam als Gesellschaftsvermögen behandelt, und so alle Theilhaber zur verhältnismäßigen Contribution verpflichtet. Allein dieß enthält ja nichts gegen das Recht der Nothwehr, und kann also bloß in der Lehre von den Obligationen veranlassen, daß man von jenem Gesetz unter der Rubrik de variis caussarum figuris noch besonders handelt, wie ich es auch immer gethan habe.

Da übrigens alle andern bisher angeführten Gesetze den Eigentümer, welcher zur Rettung des Seinigen die Sache eines Andern nothgedrungen vernichtete, zur Entschädigung

des letzten gar nicht verpflichten, und diesem eine Klage ganz absprechen: so halte ich auch dafür, daß man eine logische Ausdehnung den *lex Rhodia de jactu* auf andere Fälle ganz verwerfen muß. Hätte das, was dieses Gesetz in Betreff des Seeschadens vorschreibt, sich schon aus allgemeinen Grundsätzen des Civilrechts ableiten lassen, so ließe sich gar nicht begreifen, wie man dazu gekommen seyn sollte, ein fremdes Gesetz zu recipiren. Diese Reception wird nur erklärbar durch die singuläre Natur des Gesetzes, wenn man dazu nimmt, wie vielfach die Römer zu Gunsten des Handels und der Seefahrt etwas Eigenes annahmen, wovon man doch in anderen Beziehungen nichts wissen wollte. Ich brauche hier nur zu erinnern an die eigenen Grundsätze der *actio exercitoria*, *institoria* und *tributoria*; an die, den Kaufleuten erlaubten höheren Zinsen ⁵⁾; an das Separationsrecht im Concurse, wenn verschiedene Handelsbuden da sind ⁶⁾; an die eigenen Grundsätze der Erlöschung des Mandats der Handelsleute ⁷⁾, so wie an die vielfachen eigenen Grundsätze, welche in Ansehung der *Argentarii* galten.

Es kann indeß, außer dem Fall einer Seegefahr, unter Umständen auch wohl von einer Entschädigungspflicht die Rede seyn, nämlich: wenn Jemand, um die Sachen Anderer zu retten, freywillig seine Sachen hergibt, welche er sich hätte erhalten können, z. B. wenn eine Contribution unter Androhung der Plünderung, oder Brandstiftung ausgeschrieben ist, und ein einzelner Bürger durch einen Vorschuß die Gefahr abwendet. Allein dann fällt alles unter die Grundsätze der *negotiorum gestio*, und ist bloß danach zu entscheiden.

Endlich muß ich noch bemerken, daß mir ohne allen Grund das: *dum alii non nocet* in L. 1. §. 11. D. de aqua et aqu. pluv. entgegengesetzt ist. Denn es ist als Re-

5) L. 26. C. de usur.

6) Mein Pand. Syst. §. 876. a. f.

7) Mein Pand. Syst. §. 1224.

gel wahr, daß man dritten Personen nicht schaden soll, und der ganze Titel ad L. Aquiliam. lehrt dies in jeder Zeile; aber er fügt oft hinzu, daß es kein verbotenes nocere sey, wenn man nothgedrungen Personen oder Sachen schadet, welche selbst zu Schaden im Begriff sind.

VI.

Etwas über die Last des Beweises.

Vom Herrn Appellationsgerichtsrath v. Herre u. r o r f f.

Nachdem in §. 2. institut. de action. der Begriff der gegenseitigen Klagen, der actio confessoria und der negatoria, die für Dienstbarkeiten eingeführt sind, entwickelt¹⁾ und

1) Auf dasselbe läuft aus die in Ansehung des Nießbrauchs in L. 5. princ. dig. si ususfr. pet. vorkommende Entgegensetzung beider Klagen, der actio confessoria und der negatoria Einer zu der Andern. Dasselbe heißt es: uti frui jus sibi esse solus potest intendere, qui habet usumfructum: quia qui habet proprietatem utendi fruendi jus separatum non habet; nec enim potest ei suus fundus servire; de suo enim non de alieno jure quemque agere oportet. Damit ist gesagt, daß der Nießbraucher actione confessoria handeln könne, und nicht der Eigentümer, der den ungetrennten Nießbrauch hat, weil dieser gegen einen Andern, der den Nießbrauch nicht besitzt, und also über ein fremdes Recht vernünftiger Weise eben so wenig die actio confessoria anstellen kann, als gemäß dem §. 2. institut. de action. der bestehende Eigentümer einer körperlichen Sache gegen einen Andern die actio rei vindicatoria. Das Gesagte bewährt sich durch die fortgesetzte Entwicklung: quanquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo jure agere videatur quam alieno: cum invito se negat jus esse utendi fruendi fructuario, vel sibi jus esse prohibendi. Der civiliter bestehende Eigentümer kann also gegen den naturaliter bestehenden Nießbraucher sich der actio negatoria bedienen, weil er dann über sein Recht, den Nießbraucher von dem Nießbrauche auszuschließen, streitet. Ist der Kläger nicht der Eigentümer des dienenden Grundstücks, so schließt die Einrede des unbefugten Widersachers ihn von der actio negatoria aus, oder wie die Entscheidung sich ausdrückt: fructuarius vincat jure, quo possessores sunt potiores, licet nullum jus habeant. Ist Dienstbarkeiten der Grundstücke schließt dieselbe Einrede die actio negatoria aus, wenn der Kläger der Eigentümer des dienenden Grundstücks nicht ist. L. 1. L. 2. princ. dig. si servit. vindic. u. s. w.

beplänlig angemerkt worden war, daß diese Theilung der Klagen in Streitigkeiten körperlicher Sachen nicht Statt finde, weil darin Kläger sey, der nicht besitze; der Besizer aber keine das Eigenthum eines Andern verläugnende Klage habe, wird am Ende hinzugefügt: sane uno casu qui possidet nihilominus actoris partes obtinet, uti in latioribus digestorum libris opportunius apparebit. Nach der Forderung der Beziehung auf die vorhergehende Entwicklung beyder Klagen, der actio coessoria und der negatoria, darf man nicht außer Acht lassen, daß der Besizer, wovon die Stelle spricht, entweder der civiter besitzende dominus nudae proprietatis, oder der civiliter und naturaliter besitzende Eigenthümer des dienenden Grundstücks ist, je nachdem Einer oder der Andere die actio negatoria anstellt. In diesem Sinne genommen entscheidet die Stelle unter Verweisung auf die Pandecten eine von Schriftstellern häufig aufgeworfene Streitfrage, und sie erfordert auf eine mit den gemeinen Grundsätzen über die Last des Beweises übereinstimmende Weise von dem besitzenden Eigenthümer des dienenden Grundstücks den Beweis der Freyheit von der Dienstbarkeit wegen nothwendiger Klage, auf die ihn der gegentheilige Besitz zurückweist. Diese Erklärung söhnt sich mit den Vortheilen, welche die interdicta possessoria gewähren, aus und mit dem Ausdrucke der Last des Beweises im Römischen Rechte, wie sich unter mehreren andern Stellen aus §. 4. instit. de interdict. L. 24. dig. de rei vindicat. L. 8. §. 3. dig. si servit. vindic. L. 2. und L. 21. dig. de probat. L. 15. dig. de nov. oper. nunciat. L. 35. dig. de adquir. vel amitt. possess. und L. 1. §. 3. dig. uti possid. ergibt. Kein Grundsatz des Römischen Rechts ist durchgreifender, keiner dem Zwecke der Gerichte, deren Bestimmung ist, alle Selbsthülfe auszuschließen, und dem sichern und geordneten Gange der Rechtsverwaltung, der nicht seyn, nicht bewiesen, oder zweifelhaft seyn, nothwendig dasselbe seyn muß, angemessener, als derjenige ist, daß der Kläger, der sich in die Nothwendigkeit versetzen läßt, von einem Andern Etwas zu gewinnen, seine Gesinnung beweisen müsse, und nicht der verläugnende Beklagte das Gegentheil. Sogar die persönliche Freyheit, die als Gegenstand eines unschätzbaren Werthes sich so mancher Begünstigung im Römischen Rechte zu erfreuen hat, wenn sie wider den gegentheiligen Besitz angesprochen wird, befreyt nicht den Kläger von der Last des Beweises, noch macht sie eine Ausnahme von dem gemeinen Grundsatz L. 8. dig. de probat. L. 7. §. 5. dig. de liberali causa. Jeder andere Beweis ist dann überflüssig, wenn der Be-

klagte die Gesinnung des Klägers rein eingesteht, indem er dann sich selbst gleichsam das Urtheil spricht L. 1. dig. de confess. Verbindet er mit seiner Antwort eine Einrede, mag diese sich auf eine zusammenhängende oder gleichzeitige, oder auf eine weder zusammenhängende noch gleichzeitige Thatsache beziehen, so verhält die Sache sich anders. Dann darf er nicht, gleichsam als hätte er sich selbst sein Urtheil gesprochen, verurtheilt werden, und er ist ja nicht dafür anzusehen, die Gesinnung des Klägers einzugestehen L. 9. dig. de except. Im Gegentheile muß der Kläger anderswoher seine Gesinnung dem ganzen Umfange nach beweisen, bevor der Beklagte eines Beweises seiner Einrede bedarf, wenn dieser dessen Gesinnung in Zweifel bringt, sich in eine Einrede zugleich auslassend L. 9. cod. de except. Diesen Sinn beyder Stellen bewährt eine Dritte in L. 12. §. 1. dig. de interrog. in jur. faciend., der doch wohl durch willkürlichen Zusatz der Sinn nicht aufgedrungen werden darf, daß der Beklagte sich der seiner Antwort angehängten Einrede bedienen könne, wenn er den gehörigen Beweis derselben herbeyschafft. Gilt sonst jedes Beweismittel des Klägers, das etwas zum Vortheile des Beklagten enthält, auch für diesen, so darf ein Anderes nicht Statt finden in Ansehung der Antwort des Beklagten mit verbundener Einrede, und diese nicht von jener zu dessen Nachtheile ausgeschieden werden. Denn sonst artet das gerichtliche Verfahren in hinterlistige Färgung des gewissenhaften Beklagten aus, und setzt ihn in den Wechselstall, entweder das wahre Verhältniß der Sache ganz zu unterdrücken, oder jenem hinterlistigen Mittel sein Recht zum Opfer zu bringen.

Der Vernünftigkeit der Entscheidung redet ebenfalls die dem gemeinen Verkehr und dem Geschäftsleben sich vorzeichnende Vorsicht das Wort, die jenem, der sich in den Fall versetzen läßt, von einem Andern Etwas zu gewinnen, gebent, sich den gehörigen Beweis zu verschaffen, bevor eine gleiche Vorsicht den Andern auffordert, sich mit dem Beweise der Befreyung zu versehen, oder für die Wiedererlangung, oder auch die Zerstörung der Ersteren etwa ausgestellten Beweisurkunde Sorge zu tragen. Durch anderes Verfahren müßte der tägliche Verkehr eine nachtheilige Störung leiden.

Uebrigens macht der titulus pandectar. de iurejurando sive volunt. sive necess. allem Zweifel ein Ende. Der zugeschobene und abgegebene Eid (iurjurandum delatum et datum) folgt den Grundsätzen und dem Verhältnisse entschiedener Sache, und hat größere Kraft, weil er sogar die actio doli ausschließt L. 2. dig. de iurejur. L. 1. princ. dig. quar. rer. act. non dat. L. 21. und L. 22. dig. de dol.

mal. Ist der Eid dem Beklagten zugeschohen worden, so erstreckt er sich, gleich wie das Urtheil des Richters L. 6. dig. de except. rei judic. L. 37. dig. de reg. jur., über den Gegenstand der Klage, schließt mithin keine Einrede dagegen aus, und entscheidet in dieser Ausdehnung über das Loos der Klage L. 3. princ. und §. 1. L. 7. L. 8. et L. 26. §. 4. 6. 7. und 8 dig. de jurejur. Denn sonst konnte der Prätor wegen desselben Gegenstandes, über den der Eid zugeschohen und abgegeben worden, die Klage nicht verweigern, sondern er mußte von dem Beklagten den Beweis der Einreden fordern. Eben so konnte er vernünftiger Weise nicht, wie dies in L. 34. §. 6. 7. und 9. dig. de jurejur. geschieht, den Beklagten anhalten, zu zahlen, zu schwören, oder den Eid zurückzuschieben. Denn im Falle von Beklagtem gemachter Einrede der Zahlung ist der Eid über die Klage mit Trennung der Einrede oder dessen Zurückziehung überflüssig, und jedenfalls, ohne dem Beweise der Einrede Statt zu geben, die Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung voreilig, und der ersten Forderung alles gerichtlichen Verfahrens, dem Beklagten seine Vertheidigung zu gestatten, zuwider. Da der zugeschohene und abgegebene Eid kein gegentheiliges Rechtsmittel übrig läßt, so ist hinreichend, daß er den Ungrund der Klage durch das allgemeine: *se dare non oportere* auspricht, oder eben so allgemein die Einrede des unbefugten Widersachers: *rem petitoris non-esse*, oder auch die andere den Gegenstand der Klage erschöpfende Einrede, die Sache sey das Eigenthum des Schwörenden, *rem suam esse*, ausdrückt, L. 9 §. 1. L. 11. princ. §. 1. und §. 3. L. 40. dig. de jurejur. In jedem Falle macht das Ergebnis des zugeschohenen und abgegebenen Eides in Ansehung desselben Gegenstands das Recht unter den Partheien zum Nachtheile, wie zum Vortheile des Klägers. Wird der Käufer, in dessen Besitz die Sache durch Ueberlieferung gekommen ist, durch die Klage aus dem Verkaufe, *actio ex vendito*, belangt, und ihm der Eid von dem Kläger zugeschohen, so schwört er entweder, daß der Preis gezahlt sey, dann schließt er dadurch die Klage aus, oder er bestimmt durch den Eid den Preis, gegen welchen die Sache ihm verkauft worden; ohne dessen geschehene Zahlung hinzuzufügen, und dann muß er diesen Preis zahlen L. 13. §. 3. 4. und 5 dig. de jurejur. Eine andere Deutung dieser Stellen geräth mit den entwickelten Grundsätzen des Eides in Widerstreit, hebt die Vortheile auf ungeradem Wege wieder auf, welche die possessorischen Rechtsmittel dem besitzenden Käufer mit voller Wirkung gewähren, und, indem sie den klagenden Verkäufer, der sich in die Nothwendigkeit versetzen ließ, den Kaufpreis zu gekunnen,

von der Last, seine Gesinnung zu beweisen, ausnimmt, unterwirft sie umgekehrt den beklagten Käufer dem Beweise seiner Befreyung durch Zahlung. Ist aber von anderem Gegenstande die Frage, so bedarf es einer besondern Zuschreibung des Eides L. 3. princ. L. 7. L. 36. dig. de iurejur.

Die dem Kläger obliegende Last des Beweises führt zu der natürlichen Folge, daß er keines weitem Beweises bedarf, wenn er durch das bewiesene Hauptgeschäft in Einem seine Gesinnung (den Beweis seiner Gesinnung) vollendete; und also eine gegründete Gesinnung für sich hat L. 19. princ. dig. de probat. L. 1. dig. de exception. Dasselbe gilt für den Beklagten, dessen Euredede bewiesen ist L. 9. dig. de probat.

Demnach hat der locator, der deponens, der commodans, der debitor pignori tradens, der dominus nudae proprietatis, der emtor, wenn der in den Besitz und in die Gewahrsam des andern Theiles gekommene, oder, wie es bey dem Verkaufe der Fall ist, in dem Besitze und der Gewahrsame des Verkäufers gebliebene Gegenstand zu Grunde gegangen, verkommen oder schlimmer geworden ist, nicht die Schuld des andern Theiles zu beweisen, sondern der conductor, der depositarius, der commodatarius, der creditor pignori accipiens, der usufructuarius, der venditor muß den Zufall, die höhere oder größere unwiderstehliche Gewalt, oder aber die von ihm nach der Art und der Natur des Contractes nicht zu leistende Schuld beweisen, durch deren Eines oder Anderes er die auf Zurückgabe in wohl erhaltenem und unverfährtem Zustande gegründete Gesinnung des Klägers entkräften und ausschließen will L. 9. §. 4. dig. loc. cond. L. 5. eod. de pignorat. act. L. 1. eod. depos. L. 11. dig. de peric. et comm. rei vend. Man will zwar in ersterer Stelle, L. 9 §. 4. dig. loc. cond., die Entscheidung eines besondern Falles nach eigenen Umständen, und nicht nach gemeinen Grundsätzen finden, wegen der Worte: *citra tuam fraudem*. Allein diese Worte in ihrer Verbindung mit dem übrigen Inhalte der Entscheidung machen auf die Beschaffenheit des Beweises in dem besondern Falle aufmerksam, und drücken nichts anders aus als: „Das Wegtreiben der Ziegen durch größere unwiderstehliche Gewalt, und also ohne Verschulden des conductor müßte bewiesen werden, so jedoch, daß der zu führende Beweis nicht in den Verdacht der Täuschung und eines Einverständnisses ausarte.“ So verstanden geht die Entscheidung auf die gemeinen Grundsätze über die Last des Beweises zurück, und verlangt den Beweis der die Gesinnung des Klägers entkräftenden Einrede, und, was dessen Beschaffenheit für den besondern Fall betrifft, einen den

Verdacht einer Täuschung vermeidenden Beweis. Will man der Entscheidung in enger und platter Bedeutung der Worte: *citra tuam fraudem* die Forderung des Beweises ausdrücken, daß aller Betrug von dem Hergange ausgeschlossen sey, so führt ja diese Deutung nicht bloß zu demselben Ergebnisse, zu den gemeinen Grundsätzen über die Last des Beweises; sondern sie erfordert Mehr, indem sie sich dann mit dem gehörigen und unverdächtigen Beweise der größern unwiderstehlichen Gewalt nicht begnügt, sondern den *conductor* in dem bezeichneten Falle zu dem Beweise seiner Freyheit von Betrüge verpflichtet, oder, was Einerlei ist, zu dem Beweise, daß er die Beute mit den Räubern nicht getheilt habe. Dieser Sinn der Stelle würde zu viel beweisen, und gegen eben so unzweydeutige Grundsätze des Römischen Rechts verstoßen, die erfordern, daß der Kläger, der, sey es vom Anfange, oder im Fortlaufe der Sache für die Begründung seiner Gesinnung die Zuflucht zu dem *dolus* des Beklagten nehmen muß, oder der Beklagte, der, nachdem der Kläger seine Gesinnung gehörig und vollständig bewiesen hat, für die Begründung seiner Einrede sich auf den *dolus* des Klägers zu beziehen gezwungen ist, den *dolus* des Andern darthun müsse L. 18. §. 1. *dig. de probat.* L. 6. *cod. de dol. mal.* Die einmal gegründete Gesinnung des Klägers leidet übrigens keine Veränderung durch den Unterschied, ob der Unfall, wodurch der Untergang oder das Verderben herbeigeführt wurde, sich durch sichtbare Spuren ausweist, wie bey dem Brande, oder ob das Verkommen oder das Verderben keine Spuren zurücklassend zum Gewinne und zur Bereicherung gemißbraucht werden konnte. Dieser Unterschied kann allenfalls dazu dienen, den Beweis der Einrede in ersterem Falle zu erleichtern, und im andern Falle den Schatten eines Verdachts auf die Beschaffenheit des Beweises zu werfen; hebt aber in keinem Falle die gegründete Gesinnung des Klägers auf L. 29. *cod. de loc. cond.* L. 2. *cod. de naufrag.* Mit dem Gesagten stimmt die Entscheidung in L. 11. *dig. de peric. et comm. rei vend.* überein. Bey dem Brande ist der Fall nicht selten, daß die Entstehung durch unabwendbaren Zufall oder durch höhere Gewalt, etwa durch äußere Anlegung des Feuers, durch dessen Mittheilung von anderem Gebäude, durch Einschlagen des Blizes oder auf andere Weise sich bald entdecken läßt. Häufiger äußert sich der andere Fall, daß der Brand ohne Verschulden nicht entstehen konnte. Ueber den letzteren Fall verbreitet sich die Entscheidung. Um diesen Fall mehr hervorzuheben, setzte sie sich die Verbrennung eines verkauften abgesonderten Gebäudes (*insula*) vor, die (nach der Lage des Gebäudes und den

Anzeichen des entstandenen Brandes) ohne Verschulden nicht geschehen könne. Sie nimmt an, daß dennoch der Brand ohne Schuld des Hausvaters geschehen könne, und fügt hinzu, daß dieser, wenn der Brand durch Nachlässigkeit der Dienerschaft (mögen es Sklaven oder Freye seyn) entstanden wäre, nicht immer in Schuld sey. Deshalb befreit sie den Verkäufer in Ansehung des Brandes von aller Verantwortlichkeit, wenn er in Verwahrung des Gebäudes die Sorgfalt angewandt habe, die sorgfältige und vernünftige Hausväter anwenden müssen, oder, was dasselbe ist, wenn er die Entstehung der Feuerbrunst durch eine Schuld der Dienerschaft bezeugt, die ihm als sorgfältigen und klugen Hausvater nicht aufzurechnen ist. Keineswegs aber spricht die Entscheidung den Verkäufer von dem Beweise seiner Schullosigkeit frey, noch weicht sie von den gemeinen Grundsätzen über die Last des Beweises ab, welche fordern, daß der Beklagte die gegründete Gesinnung des Klägers durch den Beweis seiner Einrede entkräften müsse.

Eben so, nachdem der Kläger den Beweis seiner Gesinnung vollendet hat, muß der Beklagte, wie jede andere Einrede, auch die Einrede des Alters, des persönlichen Zustandes, wodurch er die Klage entkräften will, beweisen, sey es, daß er den Beweis aus den Urkunden, deren der Kläger sich bediente, herleiten kann, oder anderswoher sich verschaffen muß. L. 4. cod. de in integr. restit. min. L. 27. idig. de condit. institut. L. 5. cod. de codicillis.

VII.

Kurze Aufsätze.

Von Herrn Prof. Simmern.

1. Ueber exhereditatio bona mente.

Viele ¹⁾ glauben ²⁾, es sey die exhereditatio bona mente dadurch unpractisch geworden, daß Nov. 115 die Institution der De- und Ascendenten aus keinem anderen Grunde zu

¹⁾ So neuerlich Unterholzner in diesem Archiv B. 2. S. 35.

²⁾ Ueber die Litteratur der Controverse s. Thibaut Pand. §. 814. Note ^{o)}. Glück Com. B. 7. S. 257. fgg.

unterlassen erlaubt „nisi forsitan probabuntur ingrati“³⁾; während sich übrigens die gemeine Meinung mit Hilfe der logischen Interpretation⁴⁾ für das Gegentheil ausspricht. Wie aber, wenn dieses Hülfsmittel, d. h. hier die Voraussetzung, daß Justinian nicht an Ausschließungsgründe solcher Art gedacht habe, und daß also jene Worte mehr sagen, als er sagen wollte, wenn dieser nur aus den dringendsten Gründen zulässige Ausweg dadurch unnötig würde, daß man den Buchstaben mit dem Geist der Novelle, Justinian's Absicht mit den Ansprüchen der Billigkeit, und mit aller Vernunft in vollkommenen Einklang bringt? — Nach altem Recht bedurfte bekanntlich nicht die exhereditio, sondern nur die Entziehung des auch titulo singulari zuzuwendenden Pflichttheils einer Rechtfertigung. Der römische Ausdruck: exhereditio bonae mentis ist also insofern nicht ganz treffend, als ja auch, um nicht so auszudrücken, eben so gut eine praeteritio bonae mentis (oder notae causa) zulässig war; wenn man nämlich denjenigen Descendenten, die nicht zu den suis oder emancipatis gehörten, oder den Ascendenten den Pflichttheil vorenthielt. Daß gewöhnlich von einem exheredare bonae mentis geredet wird, soll nur aufmerksam machen, wie man sich auch bey der besten Absicht nicht über die Form hinaussetzen könne, daß also, wo es nöthig ist, die exhereditio nicht versäumt werden dürfe, wenn man auch übrigens im Interesse des Kindes zu handeln glaubt. — Die Nov. 115. fordert Institution aller De- und Ascendenten, wenn man nicht die Unterlassung durch gewisse causas ingratitudinis rechtfertigen könne. Institution auf die Summe des Pflichttheils fordert sie nicht, so daß ein in re minima institutus nur nach schon vorher begründetem Rechte auf Ergänzung klagen kann⁵⁾; und damit mag er zufrieden seyn, er hat die Ehre heres zu heißen, also auch die Hoffnung durch ius accrescendi mehr oder gar Alles zu erhalten, und auf jeden Fall seinen Pflichttheil. Darf und will man nun auch dem Notherben um seines eigenen Besten willen das Vermögen entziehen: hat

3) Nov. 115. c. 3.

4) Zibaut Theorie der logisch. Auslegung S. 24. a. C. 2te Aufl. S. 107.

5) Nov. 115. cap. 5. init. „Ceterum si qui heredes fuerint nominati, etiam si certis rebus iussi fuerint esse contenti, hoc casu testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus: quidquid autem minus ei legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri. Sola enim est nostrae serenitatis intentio, a parentibus et liberis injuriam praeteritionis et exheredationis auferre.“

man deshalb Grund oder Befugniß zur Unterlassung der Institution? Man braucht ja materiell nur Unbedeutendes zu geben, oder allenfalls gar nichts ⁶⁾, um so mehr als sich ja die Novelle selbst damit begnügen will, daß man den Noth-erben zum heres in re certa mache ⁷⁾; man kann dem jus accrescendi vorbeugen durch Substitution; man kann endlich durch verordnete Fideicommissarische Herausgabe jedes zu befürchtende Uebel verhüten, zumal da es damals schon (seit Nov. 1) möglich war, auch den Abzug der quarta legis Falcidia zu hindern. Es würde folglich in der auch bona mente unterlassenen Institution eines doch schuldlosen Kindes immerhin jene injuria liegen, welche zu verhüten die Novelle nach cap. 5. die Absicht hat. Fordern wir aber, wie sie vorschreibt, die Institution auf jeden Fall, also selbst die eines furiosus oder prodigus, versagen aber alsdann dem in nichts Reelles oder in Unbedeutendes eingesetzten Erben die alte querela inofficiosi ⁸⁾, oder vielmehr die ad supplendum actio, und bringen ferner nicht zur Anwendung die, in denselben Fällen, in welchen die querela unzulässig ist, nicht anwendbare ⁹⁾ Vorschrift, daß jede Beschwerde des Pflichttheils null seyn soll; also erlauben wir den Pflichttheil so gut bona mente wie notae causa zu entziehen oder zu beschweren; so haben wir ohne den Geist oder Buchstaben der Novelle zu verletzen, die exhereditio bona mente in ihrem alten Charakter aufrecht erhalten. Dieser ist nämlich der, daß nur die wirkliche Entziehung des Vermögens nicht die Uebertretung formeller Vorschriften durch das Interesse des Notherben selbst entschuldigt werden kann; und die von der Nov. 115 geforderte Institution ist insofern als dabey nichts auf die Summen ankömmt, ebenfalls nur eine formelle Vorschrift.

6) L. 17. §. 3. D. de hered. inst. „Si ita scripsisset, *expleto asse, ex reliqua parte heres esto*, cum nihil reliquum est, ex nulla parte heres institutus est“ hat aber immer die Ehre heres zu heißen, und die Hoffnung eines jus accrescendi.

7) S. Note 5.

8) Nämlich im Fall der Note ⁶⁾ muß die auch noch jetzt zulässig seyn, weil durch institutio der Novelle 115 Genüge geleistet ist. Zwar meint v. Bülow über Erbeinsetzung ohne Anweisung litigend eines Theils, Abb. B. 1. nr. 9. daß auch der institutus sine parte nur suppletorische Klage habe wegen der zu hoffenden Anwachsung. Allein auf wie viel? da die Klage bloß zur Ergänzung also nicht aufs Ganze zulässig ist! und wie, wenn die Hoffnung nicht in Erfüllung geht? —

9) Gluck a. a. D. S. 259.

2. Ob aus einer zu restituirenden hereditas veräußert werden dürfe?

B. Löhr hat kürzlich behauptet ¹⁾, daß derjenige, welchem ein fideicommissum hereditatis auferlegt worden, veräußern dürfe. Zu diesem, man darf sagen, Widerspruch gegen Justinian's ausdrückliche Worte ²⁾ hat ihn die Meinung veranlaßt, daß es nach altem Recht so gewesen. Allein fast alle die Stellen, welche das beweisen sollen, zeugen für das Gegentheil. Vorerst L. 89, §. 7. de leg. 11. ³⁾ gibt ein unzweideutiges arg. a contrario dadurch, daß sie erst dann, wenn weder Verkäufer noch Käufer von dem die Restitution verordnenden Codicille etwas wußten („propter justam ignorantiam“) vom Fiduciar zu leistenden Schadensersatz für genügend anseht. Eben so die L. 25, §. 2., 3. D. ad Sct. Treb. ⁴⁾, welche dem vom Fiduciar durch Testament manumittiren Sklaven nur ob favorem libertatis die Freiheit läßt. Die übrigen Stellen ⁵⁾ sprechen insofern als sie hierher gehören bloß vom fideicommissum ejus quod superfuerit, also davon, daß der Testator die Veräußerung erlaubt, oder vielmehr nur was übrig bleibt, der fideicommissarischen Anordnung unterworfen hat; wo bekanntlich erst seit Nov. 108. c. 1. wenigstens eine Quart übrig gelassen werden muß. Also auch jene Fragmente sprechen keinesfalls für, eher noch wieder durch ein arg. a contr. gegen Löhr's Ansicht. Daß die Pflicht zu guter Administration bisweilen Veräußerung zur Schuldigkeit macht ⁶⁾, ist auch so wenig ein Widerspruch, als daß der

1) Magaz. B. 4. §. 1. S. 96. fgg.

2) L. 3. §. 2., 3. C. communia de leg. (6., 43.)

3) „Maritus uxorem ex asse heredem instituit cujus post mortem codicillos aperiri testator praecepit: praedium hereditarium uxor — vendidit. Emptor quaerit an retractari haec venditio possit post mortem mulieris ab his quibus codicillis per fideicommissum hereditas data deprehenderetur; an vero *solum quantitas pretii* ab herede uxoris fideicommissariis debeatur? Respondi: *propter justam ignorantiam tam mulieris quam emptoris*, heredem mulieris, *ut fundus apud emptorem remaneat, fideicommissario pretium dare debere.*“

4) „— Filius cum sciret quod in codicillis scriptum esset, Stichum servum hereditarium testamento suo liberum esse jussit: heredes filii pretium ejus servi — praestare debent, *libertate favore sui servata*; hoc amplius etsi ignorasset“ etc.

5) L. 22. §. 3., 4. L. 54., 58. §. 7., 8. D. ad Sct. Treb. (36, 1.) L. 70. §. 3 — L. 72. D. de leg. 2. (31.)

6) L. 22. §. 3. L. 58. §. 6. D. ad Sct. Treb.

Vormund, welcher nach neuestem Recht ⁷⁾ ohne obrigkeitliches Dekret gar nichts veräußern darf, dennoch diejenigen Sachen, welche zu Grunde gehen würden, veräußern muß; und endlich folgt aus des Fideikommissars persönlichem Anspruch gegen den veräußernden Fiduciar ⁸⁾ gewiß nichts dafür, daß dieser unter der Bedingung überall veräußern dürfe, also daß sich jener mit der persönlichen Klage begnügen müsse. — Schon nach den Grundsätzen des Soti Trebelliani wird die hereditas als universitas restituirt, mithin kommt durch Einen Act die ganze Erbschaft auf den Fideikommissar, der, nunmehr heredis loco, sowohl utiliter die hereditas als die einzelnen Erbschaftssachen (die er in bonis hat) vindiciren und eben so gegen die Schuldner klagen, und von den Gläubigern belangt werden kann und muß ⁹⁾. Also auch die vom Fiduciar veräußerte Sache kann der Fideikommissar nach Restitution der hereditas durch in rem actio gegen den Besitzer in Anspruch nehmen, da es ja für einen solchen Fideikommissar so wenig wie für irgend einem Universalsuccessor erst Besitzergreifung der einzelnen Sache bedarf, um sie mittelst in rem actio in Anspruch nehmen zu können ¹⁰⁾. Um so weniger Zweifel kann das leiden, nachdem Justinian durch seine Gleichstellung der Fideicommissse, auch der universalen ¹¹⁾ und der Legate ¹²⁾ wo möglich auch dem Fideikommissar, wie jedem Legatar dingliche Klagen anzustellen erlaubt. Um so mehr also hat Justinian ¹³⁾ bey dem „fideicommissum universitatis,“ wie er sich ausdrückt, die Veräußerung für eben so null erklären können, wie bey dem „fideicommissum speciale.“

3. Ueber das interdictum quod legatorum.

Thibaut ¹⁾ sagt, daß interdictum quod legatorum werde nur gegen denjenigen Legatar angestellt, welcher vor

7) L. 22. C. de adm. tut. (5., 37) L. ult. C. quando decreto opus non sit (5., 72.)

8) L. 70. §. 1. L. 3. §. 3. L. 19. §. 2. D. ad Sct. Treb.

9) *Edict. a. a. D. B.* 3. §. 2. nr. VIII. I.

10) L. 63. pr. D. ad Sct. Treb. „Facta in fideicommissarium restitutione, statim omnes res in bonis sunt ejus cui restituta est hereditas, etsi nondum harum nactus fuerit possessionem.“

11) *Edict. a. a. D. B.* 4. §. 1. C. 92. fgg.

12) L. 2. C. commun. de legat. (6., 43.)

13) C. ob. Note 2.

1) Pand. §. 744. 4.

Antretung der Erbschaft eigenmächtig Besitz ergreife. Allein wenn der Legatar auch nach der Erbantrittung willkürlich eine Sache occupirt, die der Erbe noch nicht in seinen Besitz gebracht hat, so findet dieses Interdict und nur dieses ebenfalls Statt. Mit anderen Worten, das interdictum ist adipiscendae possessionis²⁾, und fällt also nicht mit der aditio, sondern erst dann weg, wenn man zu den interdictis recuperandae oder retinendae possessionis seine Zuflucht nehmen kann. Man darf also auch die Sache nicht, wie Schwegge¹⁾, so stellen, als wenn das Interdict gegen jede Eigenmacht des Legatars gegeben wäre, folglich als wenn es mit jenen Interdicten concurrirte. — Der Beweis liegt theils darin, daß das Edict selbst⁴⁾ von jener auch durch keine andere Stelle unterstützten Beschränkung nichts weiß, und daß andererseits trotz der aditio immer erst noch ein adipisci possessionem nöthig ist, also auch das Bedürfnis zu jenem Interdicte nicht aufgehört hat; theils darin, daß erst durch die nach der Erbantrittung geäußerte Billigung der Occupatio das Interdict wegfällt⁵⁾, welches folglich ohne diese Billigung begründet ist.

4. Ueber die Wirkung des zweyten Dekrets bey verweigerter cautio damni infecti.

B. Savigny¹⁾ nennt die durch das secundum decretum bey verweigerter cautio de damno infecto entstehende possessio mit conditio usucapiendi: bonitatisches Eigenthum. Daraus würde folgen, daß im Justinianischen Recht deshalb ein Eigenthum schlechtweg entstände, wie Schwegge²⁾ wirklich annimmt, und also von Erfügung nicht weiter die Rede seyn könne. Allein grade Justinian's

2) L. 1. pr. §. 1. 2. D. quod legat. 43., 3.

3) Privatr. §. 904.

4) L. 1. §. 2. eod. „Ut quod quis legatarum nomine non ex voluntate heredis occupavit, id restituat heredi.“

5) L. 1. §. 11. eod. Quod ait Praetor: voluntate ejus ad quem ea res pertinet, ita erit interpretandum, ut si post aditam hereditatem, vel bonorum possessionem agnitam, voluntas accomodata est legatario, ut possideret, interdictum cesset; quodsi ante aditam hereditatem vel bonorum possessionem agnitam, rectius dicetur eam voluntatem non nocere debere.

1) Besitz, 4te A. S. 152. S. 211.

2) Privatr. §. 606.

Digesten sagen, daß die possessio (juristischer Besitz) die im Gegensatz des bloßen in possessione esse durch das zweyte Dekret gegeben wird³⁾, erst durch Erfügung zum dominus mache

L. 3. fin. D. de a. l. a. p.

— — Cum damni infecti non cavente vicino in possessionem missi sumus, si id longo tempore fiat, etiam possidere nobis et per longam possessionem capere Praetor causa cognita permittit.

L. 15. §. 16. D. de damn. inf.

Julianus scribit, eum qui in possessionem damni infecti nomine mittitur, non primo incipere per longum tempus dominium capere, quam secundo decreto a Praetore dominus constituitur.

L. 18. §. 15. eod.

— — Si is qui jussu Praetoris coeperat possidere, et possidendo dominium capere — — ejectus fuerit — — Publicianam actionem habere poterit;

und daß man vor vollendeter Erfügung Publiciana actio habe. Auch sieht man diesen Stellen an, und nicht bloß durch die den Ausdruck usucapio ersetzenden Worte, daß man sich nicht damit helfen darf, als seien hier nur bereits antiquirte Sätze mit aufgenommen worden, indem ja die Compiler interpolirend selbst reden. Ferner ist kein Grund da anzunehmen, daß durch jenes zweyte Dekret mehr als die Wirkungen bloßer bonae fidei possessio entstehen, deren charakteristische allgemein durchgreifende⁴⁾ Unterscheidung von dem in bonis esse darin liegt, daß der bonae fidei possessor (vor vollendeter usucapio) dem Eigenthümer weichen muß, während neben dem in bonis esse nur ein unwirksames Eigenthum (nudum jus Quiritium) bestehen kann. Daraus schon, daß nicht der Ausdruck in bonis esse, sondern nur possessio gebraucht wird, muß ja wenigstens nicht grade mehr hervorgehn, als des Prätor's Absicht den immisus wie einen bonae fidei possessor zu behandeln, also wohl quasi dominus, aber nur nicht in Collision mit dem wirklichen dominus. Wenigstens sind wir nicht veranlaßt oder berechtigt, ein Mehreres zu gestatten, und der innere Zusammenhang spricht ganz für das Gelindere. Denn das so

3) L. 7. pr. D. de damno inf. (39., 2.)

4) Der bloß auf Sklaven anwendbare Unterschied bey Gaj. II., 88, Ulp. XIX. 20, 21. setzt die Geschiedenheit des Begriffs, also eine das Wesen der Sache ausmachende Unterscheidung, voraus.

allmählig zu Werke gehende Edict, daß es erst bloße Detention und nur neben dem Eigenthümer gibt, sollte hierauf einen so großen Sprung thun, daß es dem Eigenthümer nicht einmal mehr erlaubt, den nunmehrigen Alleinbesitzer⁵⁾ wenigstens noch während der (ehemals ohnehin auf 2 Jahre beschränkten) Usukapionszeit durch Befriedigung seiner Ansprüche wieder entfernen zu können! Diese Befriedigung zu erzwingen ist ja des Prätors ganzer Zweck, und da der Eigenthümer weiß, was ihm nach abgelaufener Verjährungszeit bevorsteht, war es da nöthig, das Recht der Vindication schon vorher abzuschneiden?

5) L. 15. §. 23. D. eod.