

Werk

Titel: Archiv für die civilistische Praxis

Ort: Heidelberg

Jahr: 1835

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1835_0018|log26

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.

Herausgegeben

von

Franke, Linde, von Löhr, Mittermaier,
Mühlenbruch, Thibaut und Wächter.

Achtzehnten Bandes drittes Heft.

Heidelberg,
bei J. C. B. Mohr.
1835.

I n h a l t.

	Seite
XIII. Ueber possessio civilis. Von A. F. J. Thibaut. .	317
XIV. Ueber das Princip, nach welchem ein, zur Sicherung der nämlichen Forderung, mit mehreren Specialhypotheken auf verschiedene Gegenstände versehener Gläubiger zu befriedigen ist. Von Hrn. Prof. Dr. C. Guget in Heidelberg. .	365
XV. Ueber die Einrede des nichterfüllten Vertrags. Von Hrn. Geh. Regierungsrath Dr. Heerwart zu Eisenach. . .	387
XVI. Anwendung des sogenannten decretum divi Marci bei zweiseitigen Obligationen, in Beziehung auf einen Rechtsfall erörtert. Von Herrn Prof. Burckhardi in Kiel. .	419
XVII. Ueber die Fortschritte der Gesetzgebung über Hypotheken und über die Forderungen, welche an die Gesetzgebung in dieser Beziehung gestellt werden können. Von Mittermaier. (Fortsetz. des Aufsatzes N ^o . VII. im vor. Hefte.)	431

Beim Verleger des Civ. Archivs ist ferner neu erschienen:
Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes in Verbindung mit mehreren Gelehrten des In- und Auslandes herausgegeben von Mittermaier und Zachariæ. VIII. Bd. 1^o Hefte. gr. 8.

Inhalt. I. Constitution der Vereinigten Staaten (Nordamerika). Von Zachariæ. II. Englands Gemeindewesen. Versuch einer Darstellung von Hrn. Dr. M. Mittermaier in Heidelberg. III. Ueber das Gesetz über die Organisation der richterlichen Gewalt und die Verwaltung der Rechtspflege für das Königreich der Niederlande vom 28. April 1835, mit Rücksicht auf seine Hauptmotive und die Discussionen der zweiten Kammer der Generalstaaten über diesen Gegenstand, von Hrn. Dr. v. Asser in Amsterdam. IV. Ueber die Todesstrafe in Belgien. Von Hrn. Advocaten Vischer in Lüttich. V. Neueste Versuche der Codification in England in Bezug auf Criminalrecht, geprüft, mit Bemerkungen über den Werth der Codification, von Mittermaier. VI. Geschichte der Slowenischen Rechte, v. W. A. Maciejowski. Von Hrn. Prof. Hänel in Leipzig. VII. Geschichte des Englischen Municipalwesens. Angezeigt von Herrn Dr. Mittermaier. VIII. Resultate der Verwaltung der Militärjustiz in Frankreich im J. 1833. Angezeigt von Mittermaier.

Preis des Bandes von 3 Heften Rthlr. 2 16 gr. oder fl. 4.

Das Griechische Volk

in öffentlicher, kirchlicher und privatrechtlicher Beziehung
 vor und nach dem Freiheitskampfe bis zum 31. Juli 1834.

Von

Georg Ludwig von Maurer,

Königl. Bayrischem Staatsrathe, lebenslänglichem Reichsrathe, ordentl.
 Mitglieder der Akademie der Wissenschaften in München, Mitglieder der
 naturhistorischen Gesellschaft zu Jassy, u. s. w.

In drei Bänden.

Der III. Band auch unter dem Titel:

**Interessante Neugriechische Urkunden,
Gesetze und Verordnungen
der früheren und späteren Zeit.**

gr. 8. Heidelberg, in der akad. Buchhandlung von J. C. B. Mohr.

Preis: Rthlr. 6. oder fl. 10. 48 kr.

Der Schluss des dritten Bandes, die Gesetzbücher über das Straf- und Civilverfahren, folgt in Kurzem nach, indem der Verleger, dringenden Aufforderungen nachgebend, einstweilen den Haupttheil desselben ausgegeben. —

Haupt-Inhaltsangabe der 3 Bände des Werks:

Einleitung. 1. Reste des classischen Alterthums. 2. Gründe der Wiedergeburt des Griechischen Volkes. 3. Die Partheiungen in Griechenland seit dem Freiheitskampfe und die Politik der Europ. Großmächte.

I. Theil. *Von dem Zustande der Griechen in öffentlicher, kirchlicher und privatrechtlicher Beziehung vor dem Freiheitskampfe.* 1^r Titel. Von dem Zustande des Griechischen Volkes überhaupt. 2^r Tit. Von dem Verwaltungs- u. Gerichtswesen, in IX Capiteln. 3^r Tit. Von den Rechtsquellen. 1. Abth. Von den Rechtsquellen im Allgemeinen. 2. Abth. Griechisches Gewohnheitsrecht. 1. Cap. Privatarbeiten üb. das Gewohnheitsrecht und die Volksitten der Griechen. 2. Cap. Officielle Berichte der Gerichte und Demogeronten über das Gewohnheitsrecht der Griechen. 3. Cap. Officielle Berichte anderer Beamten. 4. Cap. Geschriebenes Gewohnheitsrecht. 4^r Tit. Von dem Zustande der christlichen Kirche. 1. Cap. Der Griechischen Kirche. 2. Cap. Von dem Zustande der Lateinischen Kirche. 5^r Tit. Von dem Zustande der Griechischen Schulen und der Griechischen Literatur. Vom 13. Jahrh. bis auf die neue Zeit.

II. Theil. *Von dem Zustande der Griechen in öffentlicher, kirchlicher und privatrechtlicher Beziehung, während des Freiheitskampfes bis zur Ankunft des Königs und der Regentschaft.* 1^r Titel. Von dem Zustande des Griechischen Volkes überhaupt. 2^r Tit. Von der obersten Staatsgewalt. 3^r Tit. Von der Verwaltung der Provinzen u. Gemeinden. 4^r Tit. Von dem Kirchen- und Schulwesen. 5^r Tit. Von dem Kriegs- und Seewesen. 6^r Tit. Von der Finanzverwaltung. 7^r Tit. Von dem Gerichtswesen, in 7 Capiteln.

III. Theil. *Von dem Zustande der Griechen in öffentlicher, kirchlicher und privatrechtlicher Beziehung seit der Ankunft des Königs und der Regentschaft bis zum 31. Juli 1834.* 1^r Titel. Von der Constituirung eines Königreichs Griechenland und einer Regentschaft. 2^r Tit. Von den Schwierigkeiten bei dem ganzen Unternehmen. 3^r Tit. Von den ersten Maasregeln der Regentschaft. 4^r Tit. Von der obersten Staatsgewalt u. Staatsregierung. 5^r Tit. Von der Verwaltung der Provinzen u. Gemeinden. 6^r Tit. Von dem Kirchen-, Schul- und Gelehrtenwesen. 7^r Tit. Von dem Kriegs- und Seewesen. 8^r Tit. Von der Finanzverwaltung. 9^r Tit. Von dem Gerichtswesen, 1. Cap. Im Allgemeinen. 2. Cap. Von den Rechtsquellen. 3. Cap. Von der Gerichtsorganisation. 4. Cap. Von dem Strafrecht. 5. Cap. Von dem Strafverfahren. 6. Cap. Von dem Civilrechte. 7. Cap. Von dem Verfahren in Civilsachen. 8. Cap. Ueber das Resultat dieser gerichtlichen Einrichtungen und Gesetze. 10. Titel. Zustand des Griechischen Volkes während der Regentschaft bis zum 31. Juli 1834.

Inhalt des III. Bandes oder Anhangs. I. Urkunden aus der Zeit der Osmanischen Herrschaft. II. Gesetze und Verordnungen aus den Zeiten des Freiheitskampfes von 1821 bis Jänner 1833. III. Gesetze, Verordnungen und andere Urkunden seit der Constituirung eines Königreichs bis zum 31. Juli 1834.

Materialien
zur
Geschichte Kaspar Hausers,

gesammelt und herausgegeben

von dem

Grafen Stanhope.

gr. 8. Heidelberg, in der akad. Buchhandlung von J. C. B. Mohr.

I n h a l t.

1. Ueber Kaspar Hausers Leben. Von ihm selbst geschrieben. Dem Grafen Stanhope mitgetheilt von dem Herrn Präsidenten von Feuerbach. Getreu nach der Urschrift abgedruckt.
2. Auszug eines Briefs des Grafen Stanhope an den königl. bairischen Gendarmerie-Ober-Lieutenant Fickel, datirt München, den 10. Febr. 1834.
3. Auszug eines Briefs des Grafen Stanhope an den Hrn. Schullehrer Meyer in Ansbach, datirt Karlsruhe, den 27. März 1834.
4. Notizen über Kaspar Hausers Geschichte durch den Grafen Stanhope dem Polizei-Rath Merker mitgetheilt.
5. Auszug eines Briefs des Grafen Stanhope an den königl. preussischen Herrn Polizei-Rath Merker in Berlin, datirt Heidelberg, den 14. August 1834.
6. Auszug eines Briefs des Grafen Stanhope an den Hrn. Schullehrer Meyer in Ansbach über den Tod des Kaspar Hauser.

In demselben Verlag ist noch neu erschienen und an alle Buchhandlungen versandt:

Die Genesis des Wissens. Erster metaphysischer Theil. Von Dr. H. F. W. Hinrichs, ordentl. Professor der Philosophie an der Universität zu Halle. gr. 8. geh. Rthlr. 1. oder fl. 1. 45 fr.

Dieser erste Theil enthält eine Metaphysik des Geistes, eine psychische Entwicklung der Erkenntnis, worauf im zweiten Theil zunächst eine Naturgeschichte des Geistes folgen wird. In der Vorrede setzt der Verf. den von Schelling angeregten Streit über die Methode als das Wesen der Philosophie weiter fort, und verbreitet sich ausführlich über die Natur und Bedeutung derselben. Indem er die Ausbildung und Entwicklung der Methode seit den letzten Jahrhunderten bis auf unsere Zeit historisch verfolgt, und philosophisch exponirt, läßt er sich zugleich über den gegenwärtigen Zustand der Philosophie in Deutschland seit Hegels Tode aus. Er beleuchtet die Aeußerungen F. Heines über die deutsche Philosophie und über die Hegelsche Philosophie insbesondere, und die von Schelling veranlaßte Opposition gegen dieselbe, wie sie vor allen von diesem ausgegangen, und alsdann mit ihm von mehreren Andern gemacht worden ist. Zuletzt macht er den Unterschied und das Verhältniß bemerklich, welches seine Schrift als Erkenntnislehre zu derselben Lehre von Hegel hat.

A r c h i v
für die
c i v i l i s t i s c h e P r a x i s.

Achtzehnter Band. Drittes Heft.

XIII.
Ueber possessio civilis.

Von A. F. J. Thibaut.

Im Römischen Rechte ist oft positiv die Rede von civiliter possidere, oder possessio civilis, und dann im Gegensatz eines solchen Besitzes von civiliter non possidere, oder non possidere schlechthin, welches letzte auch durch naturaliter tenere, naturalis possessio, oder tenere tantum bezeichnet wird.

Definitionen fehlen hier leider den Gesetzen, und so ist natürlich von jeher unter den Auslegern in Betreff jener Eintheilung viel Unbestimmtheit und Schwanken gewesen. Dieß beginnt schon mit der Glosse, und hat bis auf Savigny fortgedauert, welcher zuerst mit voller Schärfe die richtigen Begriffe zu bestimmen suchte, und die possessio civilis bloß auf den Verjährungsbesitz beschränkte, wie es auch schon früher Manche gethan hatten. Sehr Viele folgten Savigny's Lehre, welche noch kürzlich wieder von Thon ¹⁾ lebhaft vertheidigt ward, während Manche wieder auf die Ideen einiger älteren Juristen kamen, daß possessio civilis jeden gut titulirten Besitz bezeichne, auch wenn er nicht

¹⁾ Im Rheinischen Museum für Jurisprudenz 4. Jhrg. 1. Hft. S. 95—141.

gerade zur Verjährung führe ²⁾); welche letzte Idee auf allen Fall unhaltbar ist, wie sich aus der folgenden Ausführung von selbst ergeben wird. In meiner Abhandlung *de naturali et civili possessione* ³⁾ nahm ich jenen, von Savigny aufgestellten Begriff der *possessio civilis* an, stritt aber gegen ihn über den Sinn des negativen *civiliter non possidere*, welches Er bloß auf das Ableugnen des Verjährungsbesitzes beziehen wollte, wogegen ich von meiner Seite ausführte: es könne diesen engen Sinn haben, aber es bezeichne auch oft das Ableugnen der ganzen juristischen *possessio*, also des Interdictbesitzes ⁴⁾. Savigny gab mir in der zweiten Ausgabe seiner Besitzlehre recht, und ist auch in den späteren Ausgaben dabei geblieben.

Ungefähr in der Zeit, als die dritte Ausgabe seines Werks erschien, übersandte mir mein jetziger College Erb (damals noch Student) einen kleinen Aufsatz, worin er eine Idee zu entwickeln suchte, welche flüchtig hingeworfen schon bei einigen älteren Juristen vorkommt, nämlich daß das negative *civiliter non possidere* immer auf das Ableugnen der juristischen *possessio*, oder des Interdictbesitzes gehe, und daß umgekehrt das positive *civiliter possidere* nichts Anderes, als das Anerkennen dieses juristischen Besitzes ausspreche. Nach reiflicher Erwägung überzeugte ich mich ganz von der Richtigkeit dieser Behauptung. Ich vertheidigte sie daher auch nachher stets auf dem Catheder, aber ich enthielt mich einer gedruckten Abhandlung, weil ich Erb gern das Seinige ganz lassen wollte, und weil seine bald nachher erschienenen kleinen juristischen Abhandlungen und Recensionen so meisterhaft waren, daß man aus seiner Feder überall das Beste erwarten konnte.

2) Schwegge Röm. Priv. R. 4. Ausg. 2. B. S. 8–10. Wiederhold das *interdictum uti possidetis*. Hanau 1831. S. 6–10.

3) Als Anhang zu A. J. Cuperi obs. sel. de natura possessionis, herausgegeben von mir. Jenae 1804. 8.

4) J. B. L. 7. §. 12. ad exhib. (10. 4.) L. 24. de poss. (41. 2.) L. 38. §. 7 de V. O. (45. 1.)

Zum großen Schaden der Rechtswissenschaft ging aber Erb sehr bald in die freieren und schöneren Regionen der gesammten Philosophie über, und ließ dann die Rechtswissenschaft auf sich beruhen. So kann ich denn nun über diesen Punkt selbst die Feder ergreifen, besonders da ich durch fortgesetztes Nachdenken in Betreff der wichtigsten Beweise auf sehr Vieles gekommen bin, was mir Eigen ist, und insofern nur von mir gegeben werden kann. Ich will indeß jetzt nur das Wesentliche entwickeln. Gefällt es, so mögen es Andere ausschmücken; wird es dagegen widerlegt, so will ich es widerrufen, aber nur, wenn ich durch wesentliche Gegen Gründe getroffen werde. Im umgekehrten Fall schweige ich, wie ich es unter solchen Umständen schon mehrmals that, weil es dann besser ist, wenn man unparteiischen Dritten das Urtheil überläßt, und weil ich überhaupt nicht gern, am wenigsten lange Zeit, in Streit und Unfrieden leben, oder so zu sagen, an derselben Sache zerren mag ⁵⁾.

Bevor ich auf die Hauptsache eingehe, will ich folgende allgemeine Bemerkungen voranschicken, weil sie mir mehrfach zur Begründung dienen, und weil ich auch Denen gern ganz verständlich seyn möchte, welche in dieser Lehre noch nicht recht orientirt sind.

Im allgemeinsten Sinn bezieht sich das Wort *possessio* gewiß auf jede Detention einer Sache mit der Absicht, die Sache detiniren zu wollen, es sey als Eigenthum, oder vermöge eines *juris in re aliena*. Im engeren, und dabei gewöhnlichen Sinn bezeichnet aber *possessio* schlechthin den Besitz, vermöge dessen der Inhaber einer Sache auf eigenen Namen zum Schuß

5) Deswegen, und bloß deswegen habe ich nicht geantwortet auf die Erinnerungen, welche Schröder in *Vinde Zeitschr.* 7. B. 1. Hft. nr. IV. meiner Vertheidigung der Regel: *dies interpellat pro homine* aufs Neue entgegengesetzt. Daß ich in der Hauptsache recht habe, glaube ich nach wie vor, und ich wünsche, daß mir Andre beipflichten, nicht meines Egoismus wegen, sondern weil ich jene Regel nicht bloß für positiv richtig, sondern auch für weise halte.

seines Besitzes alle possessorischen Interdicte hat ⁶⁾. Dieser Sprachgebrauch läßt sich leicht erklären. Denn das Wichtigste bei einem Rechte ist die selbstständige Kraft, vermöge deren der Berechtigte nach seiner Willkühr den vollsten gerichtlichen Schutz in Anspruch nehmen kann, und wenn Jemand als Besitzer dazu berechtigt ist, mithin den Interdicts-Besitz hat, so wird er dadurch auch unter Umständen zu den wichtigsten Nebenrechten des Besitzes befähigt, nämlich zum Erwerbe des Eigenthums durch Tradition und Usucapion; und so ist denn jene juristische *possessio* auch *conditio sine qua non* bedeutender Nebenrechte.

Im Ganzen ist es nun gewiß, daß die Römer eine solche *possessio* in der Regel nur den Inhabern einer Sache einräumten, welche *animo domini*, also nicht Denen, welche vermöge eines *juris in re aliena* detiniren, oder einen jetzt sogenannten abgeleiteten Besitz haben, wie Miether, Pächter, Depositare und Commodatare; daß die letzten mithin gleichsam nur als *instrumentum* des Eigenthumsbesitzers gelten, und daß dieser Alles, was gegen ihre physische Inhabung von Andern geschieht, so behandeln kann, als ob es ihm selbst widerfahren wäre. Ein *raisonnirender* Grund jenes Hauptsatzes ist in den Gesetzen nicht angegeben, und es hat auch bisher, so viel ich weiß, kein neuerer Jurist danach geforscht. Ich glaube indeß, daß sich ein guter Grund angeben läßt, wenn man auch hier voraussetzen will, was man in der Regel voraussetzen kann, nämlich daß die Römer ihr Recht nicht durch Metaphysik und historisch-philologisches Zusammenscharren, sondern durch stete Berücksichtigung des Zweckmäßigen ausbildeten. Man nehme nur diesen einfachen Fall: A. hat ein großes Haus mit mehreren Stockwerken, und vermiethet dessen Zimmer an dreißig, vierzig verschiedene Personen, wovon bei uns auf den Akademien die klarsten Beispiele vorkom-

⁶⁾ Savigny hat im ersten Theile seines Werkes alle Belege dafür beigebracht.

men. Erfolgen nun in der Nacht Turbationen, dringen Spectaculanten in das Haus, schreien darin herum, klopfen an die Thüren, reißen die Thüren auf u. s. w. — wer soll hier denn das *interdictum uti possidetis* haben? Vielleicht der Wirth nicht, wenn seine Thür nicht aufgerissen ist, aber jeder Miethsman, welcher in seinem Zimmer beunruhigt ward? Da habt Ihr denn dreißig, vierzig, deren Jeder *proprio Marte* zu Gericht laufen kann, also dreißig, vierzig zersplitterte Klagen wegen derselben Sache, folglich die Möglichkeit, dreißig, vierzig verschiedener Exceptionen, und daneben auch noch die Möglichkeit, daß ein Theil der Beschwerdeführer den Proceß gewinnt, und ein anderer Theil durch Ungeschick verliert. Ganz natürlich wird also der gesunde Verstand den Miethern sagen, und der Zweckmäßigkeit wegen sagen müssen: wendet Euch an Euren Vermiether, als Euren natürlichen Schutzherrn, damit er Euch sämmtlich unter seine Flügel nehme, und so mit Einem Male durch eine einzige Klage die Sache für Alle abgethan werde. Jene gerechte Abneigung der Römer gegen Zersplitterung und Vielfältigung der Klagen finden wir auch in dem Satz, daß die Inhaber eines bloß persönlichen *juris in re aliena* zur *operis novi nunciatio* nicht berechtigt sind ⁷⁾; und vielleicht läßt sich daraus auch die bekannte, noch im Justinianischen Rechte beibehaltene ⁸⁾ Regel: *servitus in servitute non datur* am leichtesten erklären. Freilich hat man sie bisher oft daraus ableiten wollen, daß eine Servitut ein *jus in re corporali* sey. Allein ich muß dieß mit Büchel ⁹⁾ für eine ver-

7) L. 3. §. 3. de op. nov. nunc (39. 1.)

8) Daß sie später vermöge L. 9. L. 33. §. 1. de 5. P. R. (8. 3.) verlassen sey, kann ich Schraders civilist. Abh. 2. Abth. S. 318 bis 321 nicht zugeben. Denn bei der ersten Stelle braucht man nicht vorauszusetzen, daß der Errichter der Servitut ein Servituten-Inhaber war, und aus der andern folgt noch kein dingliches Recht Dessen, dem etwas abgegeben war.

9) Civilrechtl. Erört. III. Marb 1834. S. 12—14.

kehrte, und nach meiner Ansicht für eine offenbar verkehrte *petitio principii* erklären, da wir ja *servitutes in re incorporali* haben, wie schon der *ususfructus nominis* zeigt, und da es reiner Unsinn gewesen wäre, wenn die Römer aus einem Worte Rechtsätze abgeleitet hätten, welche gelten, auch wo das Wort nicht gebraucht wird ¹⁰⁾. Daneben kann ich aber Büchel nicht zugeben, daß man die Regel: *servitus in servitute non datur* so zu erklären habe: kein *Servituten-Inhaber* kann seine *Servitut* überhaupt veräußern, also auch nicht theilweise durch Gestattung einer *Servitut* auf seine *Servitut*. Denn der Herr der dienenden Sache kann gewiß dem Inhaber der *Servitut* deren Veräußerung erlauben, und dennoch wird von den Gesetzen die *servitus in servitute* verworfen, auch wenn der Herr der dienenden Sache und der *Servituten-Inhaber* dazu vereinigt einwilligen sollten ¹¹⁾.

Wie es übrigens fast immer der Fall ist, daß Rechtsregeln aus besonderen Gründen durch Ausnahmen und Nebenbestimmungen beschränkt werden müssen, so geschah es bei den Römern auch in Ansehung des Satzes, daß juristisch nur Der als *possessor* gilt, welcher *animo domini* detinirt. Die Abweichungen hievon sind nun diese:

1) Die *possessio* wird auf den Inhaber eines *juris in re aliena* übertragen, wenn ihm dieselbe von dem Eigenthumsbesitzer überlassen wird. *Savigny* hat dieß zwar stets geleugnet, weil es kein Gesetz gestatte. Allein ich habe ihm

10) Dieß sage ich mit Büchel a. a. O. S. 4–6 auch gegen Diejenigen, welche noch bis auf die neueste Zeit die Regel *servitus in faciendo consistere* nequit aus dem Begriff einer *Servitut* ableiteten, während doch gewiß die positive Belästigung eines jeden nachfolgenden Besitzers einer Sache nicht gestattet ist, sie mag nun mit diesem oder jenem Worte verabredet seyn.

11) L. 15. §. 7. L. 17. pr. de usufructu (7. 1.) Wie man diese klaren Gesetze, das Grundprincip vergessend, auf alle Art wegzuhicaniren suchte, zeigen die, in meinem Pand. Syst. 8. Aufl. S. 767. not. p. citirten Schriften.

fortwährend widersprochen, wie es auch Andre thaten ¹²⁾, und ich glaube mit vollem Recht. Denn einzelne Rechtsätze bedürfen keiner besondern Sanction, wenn sie aus einer höhern Regel folgen. Nun aber ist es ausgemacht, daß im Zweifel jedes Recht abgetreten werden kann. Daß in Betreff der possessio eine Ausnahme zu machen sey, steht aber nirgend, vielmehr haben wir einzelne Entscheidungen, in denen die Abtretung der possessio zugelassen ist, nämlich bei dem precario und der Sequestration ¹³⁾, ohne daß dabei von den classischen Juristen irgend auf eine, bei diesen beiden Instituten anzunehmende Singularität hingedeutet wird, welche hier auch um so weniger vermuthet werden darf, da jene beiden Institute so gänzlich verschieden sind, und doch in Ansehung der Besitzübertragung ganz nach gleichen Grundsätzen behandelt werden.

2) Durch Errichtung eines Faustpfandes verliert der Verpfänder zum Vortheil des Gläubigers die ganze possessio ad interdicta, doch verbleibt ihm der Besitz ad usucapionem ¹⁴⁾. In Beziehung auf die Erklärung dieses Satzes hat man viel gekünstelt. Einige suchten denselben aus der alten fiducia abzuleiten ¹⁵⁾. Allein wie verkehrt wäre es gewesen, wenn die Classiker von einem Institut, welches das Eigenthum überträgt, auf ein anderes Institut, welches das Eigenthum nicht überträgt, geschlossen hätten! Ein anderer

12) Mein Pand.Syst. §. 208. not. h.

13) Mein Pand.Syst. §. 208. not. f. g. Die noch immer streitige Frage, ob bei dem precario im Zweifel immer die possessio auf den Empfänger übergehe? kann ich hier auf sich beruhen lassen. Denn auf allen Fall wird sie nicht übertragen, wenn sie der Verleiher des precarii sich vorbehält; also liegt der Grund der Uebertragung der possessio doch immer in der voluntas expressa oder tacita des Verleiher's.

14) L. 37. de pignor. act. (13. 7.) L. 1. §. 15. L. 36. de possess. (41. 2.) L. 16. de usurp. (41. 3.)

15) Unterholzner v. d. Verjähr. 1. Aufl. S. 168—169.

Versuch, jenen gespaltenen Besitz daraus abzuleiten, daß der Pfandgläubiger den Verpfänder repräsentire ¹⁶⁾, ist offenbar ganz verkehrt ¹⁷⁾. Ich selbst habe stets in meinen Vorlesungen, und auch in vertraulichen, nicht unbenutzt gebliebenen Äußerungen die Sache auf diese Art begreiflich zu machen gesucht: das Faustpfand gründet sich auf dem Mißtrauen gegen die Zahlungsfähigkeit und Redlichkeit des Schuldners. Denn trauet man dem Schuldner in beider Hinsicht, so leihet man ihm gern chirographarisch; und bezweifelt man bloß seine reelle Sicherheit, aber nicht seinen guten Willen, so begnügt man sich schon gern mit einer bloßen Hypothek. Hat man aber den Argwohn, daß der, möglicher Weise unsichere Schuldner sogar bösen Willen haben, also den, zur Sicherheit nöthigen Gegenstand verderben, oder verschleppen könne, so wird ganz natürlich ein Faustpfand bedungen, damit der Gläubiger in die volle Sicherheit, d. h. unter seinen eigenen Schutz komme. Wollte man hier nun dennoch, wegen des Urbegriffs der possessio im engeren Sinn, den Faustpfand-Inhaber auf den Fall einer turbatio oder dejectio unter die ausschließliche Protection des Verpfänders stellen, so würde dieß ungefähr eben so seyn, als wenn man den Wolf zum Schafhirten machte. Der fortdauernde Verjährungsbesitz des Verpfänders schadet aber dem Pfandgläubiger nicht, sondern nützt ihm vielmehr auf den möglichen Fall. Jener gespaltene Besitz enthält also die feinste Ausbildung dessen, was die Natur des Faustpfandes, wenn man sie consequent behandelt, mit sich bringt. Eine kleine Nebenfrage, worauf man neuerlich gekommen ist ¹⁸⁾, nämlich ob man wohl den Faustpfandgläubiger wegen seiner ausschließlichen possessio ad interdicta einen *corporis possessor* nennen könne, wie man den Eigenthumsbesitzer nennen darf? kann und mag

16) Zimmern im Archiv f. civilist. Prax. 7. B. 3. Hft. S. 315.

17) Rosshirt im angef. Archiv 8. B. 1. Hft. S. 23–26.

18) v. Buchholz Versuche. Berlin 1831, nr. 8.

ich hier nicht beantworten, weil unsere mageren Rechtsquellen als solche keinen genügenden Stoff zu einem erschöpfenden Vocabulario enthalten, und weil ich gern das: in verbis simus faciles ausspreche, wenn in Betreff des Materiellen Alles klar ist.

3) Eine eingeschränkte possessio ad interdicta, oder sogenannte quasi, oder juris possessio haben die Inhaber der Servituten, insofern sie zwar nicht die possessio des Eigenthumsbesizers aufheben (daher ihnen insofern auch nur eine possessio nomine alieno, oder possessio naturalis zugeschrieben wird), aber doch in Ausübung ihres Rechtes, wenn sie darin gestört, oder daraus entfremdet werden, die interdicta retinendae und recuperandae possessionis haben ¹⁹⁾, der Angriff gegen sie möge nun von dritten Personen, oder vom Eigenthumsbesizer ausgegangen seyn ²⁰⁾. Diese Einrichtung begreift sich nun leicht. Denn die Servituten gehen als dingliche Rechte gegen jeden nachfolgenden Besizer der dienenden Sache, daher sich oft der Herr der dienenden Sache und die Servituten-Inhaber gar nicht kennen, und nicht in der geringsten persönlichen Verbindung mit einander stehen. Sollte hier der Inhaber der Servitut, und besonders der ewig dauernden Real-Servituten ²¹⁾, stets im possessio-

19) Fragm. Vatic. §. 92. Theophilus L. 2. T. 9. §. 4. L. 3. T. 21. §. 2. L. 32 §. 1. de S. P. U. (8. 2.) L. 4. §. 27. de usurp. (41. 3.) L. 1. §. 8. quod legator. (43. 3.) L. 3. §. 3. L. 6. §. 2. de precar. (43. 26.) L. 10. C. de poss (7. 32.)

20) Dem neuesten Versuch von Wiedehold (S. mein Pand. Syst. §. 224. not. k.) den Quasi-Besitz künstlich zu beschränken, und zwar besonders wegen L. 3 pr. §. 2. 4. 5. uti poss. (43. 17.), glaube ich einfach entgegensetzen zu können, daß hier von etwas ganz Anderem die Rede ist, als woran Er denkt, nämlich bloß davon, daß gegen den, welcher im vollen Besitz einer Sache ist, daß, zur Schätzung eines gestörten Besitzes dem Besizer gestattete interdictum uti possidetis nicht Statt finden kann. Chesii interpret. L. 2. c. 7. (in Otto Thes. P. 2.)

21) Bekanntlich macht Savigny für die wichtigsten aller Real-Servituten wieder eine Ausnahme, welche die schlimmste unter allen

rio von dem Schutze des Eigenthumsbesizers abhängig seyn, so wäre das Institut der Servituten das schwächliche auf der Welt, und jene Abhängigkeit in possessorio würde grell abstechen gegen den andern Satz, daß jeder Servituten-Berechtigte sich selbstständig mit seiner actio confessoria gegen die ganze Welt petitorisch geltend machen kann. Allein anders mußte hier doch die Sache genommen werden, wie bei dem Faustpfande. Denn der Erwerb einer Servitut bezweckt nicht volle Sicherheit gegen den Verleiher, als einen verdächtigen Menschen; und wenn die Servitut nur theilweise in das Eigenthum eingreift, warum sollte dann der Servituten-Inhaber sich turbationes und dejectiones zu Gemüthe führen dürfen, welche ihn in der Sphäre seines Rechtes gar nicht verletzen, also z. B. Holzfrevel in einem Walde, neben dem er seine Fußsteigsgerechtigkeit hat, und ungestört ausübt? Umgekehrt kann sich aber auch der Servituten-Verleiher als sein Schutzherr dasjenige mit anziehen, was Andre Böses gegen die Ausübung der Servitut vornehmen. Daß bei der Emphyteusis und der Superficies, weil sie im Grunde nichts weiter sind, als umfassende Servituten, im Wesentlichen nur eine solche quasi possessio angenommen werden könne, glaube ich nach wie vor mit Vielen. Die abweichenden Ideen Anderer ²²⁾ mag ich hier nicht genauer prüfen, weil die Hauptidee, auf deren Rechtfertigung es mir hier ankommt, von dieser Streitfrage ganz unabhängig ist.

wäre. Ich habe mich darüber gegen ihn bereits früher offen erklärt wie es auch Andere thaten. S. mein Pand.Syst. §. 769. not. u.

22) Das Neueste darüber s. in Friß Erläut. 2. Hft. S. 406—411, und Büchel a. a. O. S. 43. 44. 65. 66. „Dem Letzten würde ich gern beipflichten, wenn ich es mit ihm über mich erhalten könnte, von Personen, welche nur ein jus in re aliena haben, sagen zu können, daß sie doch am Ende fremdes Eigenthum als domini gleichsam stellvertretend exerciren. Ich kann dieß nicht für consequenter halten, als das, neuerlich von Tigerström versuchte, bloß procuratorische dominium civile des Ehemannes an den Dotalfachen der Frau.

Die zuletzt erwähnten Fälle nun, da Personen, ungeachtet sie keinen *animus domini* haben, dennoch eine *possessio* oder *quasi possessio ad interdicta* zugestanden wird, will ich mit Savigny einen abgeleiteten Besitz nennen, weil ich mit ihm ²³⁾ die Idee für richtig halte, daß dieser abgeleitete Besitz eine Abweichung von dem ursprünglichen, im Ganzen noch beibehaltenen Grundprincip ist, wonach nur Derjenige als *possessor* im engeren Sinn gilt, welcher *animus domini* detinirt. Die Liebe zum Absoluten und Einfachen hat hier zwar neuerlich viel Widerspruch veranlaßt, indem Einige einen *animus domini* herauszukünsteln suchten, wo er nicht ist, damit Alles bloß auf das *possidere animo domini* hinauslaufe; Andre dagegen den *animus tenendi* breiter machten, um die abgeleitete *possessio* mit in den Grundbegriff bringen zu können, wodurch sie denn auf Definitionen des *animus tenendi* geriethen, mit denen man am Ende jeden *animus* bezeichnen kann, wie z. B. den der Pächter und Miether, obgleich diese doch im Ganzen keinen *Interdicts-Besitz* haben ²⁴⁾. Es scheint mir dieß leider wieder ein Beispiel für das häufige Gleichstellen einer Regel und einer Definition, welches ganz verkehrt ist. Eine Definition kann durchaus keine Ausnahme haben, weil sie nur die Prädicate eines Dinges angibt, welches also für die Definition gar nicht existirt, wenn ihm die darin ausgesprochenen Prädicate fehlen. Allein eine Regel kann neben sich aus besonderen Gründen Ausnahmen haben, und wenn man diese in die Regel hineinpreßt, oder umgekehrt die Regel, der Ausnahmen wegen, so auspreßt, daß sie nun, tüchtig abgeschwächt, mit den Ausnahmen fraternisiren kann, so ist dieß nicht bloß eine logische Verkehrtheit, sondern auch eine historische Sünde. Denn das positive Recht macht sich

23) Viele sind Ihm auch beigetreten, namentlich jetzt wieder Büchel *civilrechtl. Erört.* II. S. 44–51. und vielfach auch Sintonis in *Inde Zeitschr.* 7. B. 2 Hft. nr. VII. 3. Hft. nr. 12.

24) S. die Schriften in meinem *Pand. Syst.* §. 208. not. i.

im Leben nicht so, daß man gleich Anfangs abstracte Grundbegriffe herausmartert, und diese dann später in ihre kleinsten Theile zerlegt; sondern man beginnt mit rohen Grundregeln, welche das Gewöhnliche erfordert, und erst hinterher werden besonderer Umstände wegen Ausnahmen und Modificationen zugelassen, welche denn eben dadurch, und nur dadurch historisch geistvoll dargestellt werden, daß man sie als Ausnahmen mit ihren besondern Gründen auführt. Am besten zeigt dieß die Besitzlehre selbst. Denn von dem, was der Grundbegriff des Besitzes erfordert, ist in Beziehung auf die Fortsetzung und den Verlust des Besitzes sehr viel nachgelassen, was doch zum Anfange desselben gehört, weil eine ewige, gleichmäßige Fortsetzung unendlich schwerer ist, als der einzelne Act des Anfanges.

Dieß vorausgesetzt kann ich nun auf die possessio civilis näher eingehen. Weil es dabei directe und indirecte Gründe und Gegengründe gibt, welche recht scharf hervorgehoben zu werden verdienen, so will ich Alles nach Zahlen geordnet auf folgende Art entwickeln.

I. Was durch ein Adjectiv und Substantiv bezeichnet wird, das kann man auch eben so durch das entsprechende Adverbium und Verbum bezeichnen, wie es z. B. einerlei ist, ob ich sage: A hat eine gute Handlung begangen, oder: A hat gut gehandelt. Wenn also, nach der Idee von Savigny, civilis possessio den Verjährungsbesitz bezeichnet, so thut dieß auch eben so der positive Ausdruck civiliter possidere; grade wie es auch einerlei ist, ob ich sage: obligatio civilis, oder: civiliter obligatur. Nimmt man dazu, daß die, einem Gesetzten beigefügte einfache Negative das Gesezte in keiner Hinsicht umwandelt, sondern nur rein aufhebt: so kann, wenn auf das civilis possessio, oder civiliter possidere ein non folgt, daraus nichts, als ein Leugnen des Verjährungsbesitzes, keineswegs aber der eigentlichen possessio, oder des Interdicts-Besitzes, gefolgert werden, und es wäre ein verkehrter Sprung, wenn es hieße: du hast keinen Verjähr-

rungsbesitz — also ist dir der Besitz abzuleugnen. Nun aber lese man L. 24. de poss. (41. 2.), wo Savolenus sagt: *quod ex justa causa corporaliter a servo tenetur, id in peculio servi est; et peculium, quod servus civiliter possidere non potest, sed naturaliter tenet, dominus creditur possidere.*

Hier ist nun offenbar das jurische gänzliche Nichtbesitzen (das naturaliter tantum tenere) der Gegensatz des civiliter possidere, und das Letzte wird gleich nachher mit possidere als identisch genommen. Zu der Ansicht, welche ich hier vertheidige, paßt dieß vortrefflich. Denn danach ist es einerlei, ob ich sage: nach dem bürgerlichen Rechte besitzest du, oder: du besitzest; und wenn ich dann sage: nicht A., sondern B. besitzt, oder besitzt bürgerlich, so ist damit Jenem die possessio ad interdicta abgeleugnet, und Diesem zugesprochen, und possessio bezeichnet, im Affirmativen, wie im Negativen, immer dasselbe!

II. Nach Savigny's Theorie hat das negative civiliter non possides einen doppelten, zu den bedeutendsten Verschiedenheiten führenden Sinn, indem es bald nur ein Ableugnen des Verjährungsbesitzes andeutet, und den Interdicts-Besitz in salvo läßt, bald aber grade den letzten, und damit nebenbei auch den ersten leugnet. Das Zulassen einer solchen Doppelsinnigkeit wäre nun das Gefährlichste auf der Welt gewesen, und hätte auf allen Fall erfordert, daß darüber das cave recht klar in den Gesetzen ausgesprochen wäre. Davon ist aber nirgend eine Spur. Wie einfach und natürlich macht sich aber Alles, wenn man sich an meine Idee hält! Denn danach bezeichnet possidere schlechthin im Zweifel immer das selbe, also ohne Negation den zugestandenen Interdicts-Besitz, und mit einer Negation diesen gelängneten Besitz.

III. Savigny geht zum Besten seiner possessio civilis von dieser Idee aus: die usucapio sey die einzige Folge des Besitzes nach eigentlichen Civil-Gesetzen, d. h. des positiven Römischen Rechts im engeren Sinne, also des positiven

Rechts, welches dem natürlichen und prätorischen Rechte entgegengesetzt wurde. Dahin gehörten aber gewiß die Interdicte nicht, weil sie an sich natürlich, und bloß durch die Edicte der Magistrate entstanden seyen. Gegen diese Rechtfertigung muß ich mich nun durchaus erklären, und zwar aus diesen Gründen.

1) Die Usucapions-Fähigkeit ist nur die seltenste Folge des Besißes, weil man gewöhnlich durch eine formell untadelhafte Erwerbart das wirkliche Eigenthum erlangt, von dem man doch nicht sagen kann, daß es die Usucapions-Fähigkeit in sich schließe, so wenig als man von dem Erwerb einer eigenen Sache nach dem vollendeten Erwerbe reden kann. Wenn nun Jemand durch Tradition das quiritarische Eigenthum erworben hat, so kann und muß dieß vor allen Dingen eine bürgerliche Folge des Besißes genannt werden, und so wäre es ganz und gar unbegreiflich, warum die possessio des wahren Eigenthümers mit zur possessio naturalis wandern müßte, und unter die, da und dort vorkommende bedenkliche Frage fiele, ob wohl der possessor naturalis Dieß oder Jenes könne, oder dazu aufgefordert werden dürfe? Man wende dagegen auch nicht ein, daß der wahre Eigenthümer am Ende doch auch einen Verjährungsbesiß gegen dritte Vindicanten habe; z. B. A. kauft eine Sache vom wahren Eigenthümer B., und besißt sie die ganze Verjährungszeit hindurch. Nun tritt der Nichteigenthümer C. gegen A. als Vindicant auf, und dem C. gelingt durch Kunst der Beweis seines Eigenthums, während dem A. die contravindicatio mißlingt, derselbe aber doch seine, auf allen Fall vorgeschützte Einrede der Verjährung beweist. Hier leidet es nun keinen Zweifel, daß C. dennoch abgewiesen, und A. als Verjährender geschützt werden muß. Allein ich sage: A. wird zwar als Verjährender geschützt, aber nur, weil es jetzt, nach dem vollendeten Beweise des C., formell als wahr angenommen werden muß, daß A. nicht als wahrer Eigenthümer besaß. Und so kann und mag er denn verjähren.

2) Auch wenn ich Savigny zugeben wollte, was ich ihm mit Vielen nicht zugeben kann ²⁵⁾, daß der Interdicts-proceß nicht summarisch war, so bleibt es doch immer gewiß, daß die Interdicte eigenthümlich gebildete Klagen sind, also etwas Bürgerliches, weil die Römer aus dem bloßen jure gentium keine Klagen zuließen, wie auch ihr ganzes Contracten-System zeigt, und das bürgerlich fortgebildete Natürliche (wie z. B. die Servituten) gewiß niemals als ein mere naturale behandelten. Mögen nun auch die Interdicte durch das prätorische Edict zuerst eingeführt seyn ²⁶⁾, so ist doch kein Grund einzusehen, warum man von ihnen, nach Savigny's Lehre, das civile nicht prädiciren soll, da die Römer, wenn sie auch, im Gegensatz des juris honorarii, das jus civile im engeren Sinn nehmen, dennoch überall da, wo das civile dem naturali entgegengesetzt wird, unter dem ersten Alles verstehen, was durch das Römische positive Recht, es sey civile im engeren Sinne, oder honorarium, sanctionirt ist, der Stoff mag nun durch Willkühr geschaffen, oder aus dem jure gentium entlehnt seyn. Nun aber haben wir hier grade den Gegensatz zwischen possessio naturalis et civilis, mithin kann die erste nicht auf Detentionen gehen, welche,

25) Die Haupt-Literatur darüber s. in meinem Pand. Syst. S. 225. not. k. §. 895. not. c. Auch die neue Darstellung in Bethmann-Holweg Civilproceß 1. B. S. 380—398 hat mich in meiner Hauptidee nicht wankend gemacht. Weil hier darauf nichts ankommt, so will ich mich jetzt mit dem: alio loco videbimus begnügen.

26) Wie Savigny historisch die Entstehung der Interdicte zu construiren suchte, ist bekannt. Zu seinen Gegnern, zu denen nun auch Rauh Verf. einer Geschichte der Lehre vom Besitz, Landau 1834, gehört, werde ich in dieser Beziehung auch wohl ferner gehören, indem ich fest glaube, daß hier alle sichern historischen Belege fehlen, daß im prätorischen Edict gewiß Vieles enthalten, und nur genauer entwickelt war, was schon im Wesentlichen das alte Recht kannte (z. B. die infamia juris), und daß es fast undenkbar ist, wie die Römer nicht schon in den Zeiten der Rohheit auf einen reinen possessorischen Schutz hätten kommen sollen.

auch wenn sie nicht zur Usucapion führen, dennoch mit andern Wirkungen des bürgerlichen Rechts verknüpft sind. Und wo will Savigny nach seiner Lehre mit der possessio bleiben, welche zur prätorischen praescriptio führt? Soll sie auch mit bei der possessio naturalis untergebracht werden? Dann enthielte diese, auf die wunderlichste Art, die heterogensten Elemente: den besitzenden dominus quiritaris, den Besitzer ad praescriptionem, Alle, welche sonst animo domini ohne Verjährungstitel, und endlich Alle, welche vermöge eines juris in re aliena besitzen. Dagegen ist mit der Idee, welche ich jetzt vertheidige, die Sache ganz leicht und einfach abgethan. Denn die Interdicte sind die wichtigste bürgerliche Folge des Besizes, und wenn sie einem Besitzer abgesprochen werden, so kann er auch nicht verjähren. Mit dem Einen ist also auf den möglichen Fall das Andre gegeben, aber das große Eine kann auch ohne das Andre bestehen, und kann daher mit Fug und Recht unter das: a potiori fit denominatio gestellt werden. Auch kommt hier noch der Umstand zu Hülfe, daß in den Gesetzen da, wo sie ganz klar possessores naturales nennen, immer nur Personen angeführt werden, welche im Allgemeinen nicht ad interdicta besitzen; worüber nachher gelegentlich das Nöthige beigebracht werden soll. — Nebenbei kann ich denn auch zufolge des Obigen recht gut sagen, daß man dem *Petron. sat. 13.* nicht mit Savigny (§. 46) alle Autorität abzuspochen braucht, sondern daß man ihn vielmehr auch als Jurist beloben muß, wenn er bei Gelegenheit der Interdicte von *civili jure* dimicare redet. Zwar hat Thon a. a. O. S. 133 sehr ernstlich darauf bestanden, daß stets das jus honorarium dem civili entgegengesetzt werde, also nicht unter dem Letzten begriffen werden dürfe, wofür es denn auch ganz entscheidend sey, daß im §. 1. J. d. oblig. (3. 14.) gesagt werde: *omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur, namque aut civiles sunt, aut praetoriae.* Allein in Betreff des Letzten liegt der Grund offenbar darin, weil die

Römer nach pr. J. ibid. L. 10 178 §. 3. de V. S. (50. 16.) eine eigentliche, d. h. eine vorzügliche obligatio nur dann annehmen, wenn sie eine positive Sanction für sich hat, und daß also in diesem Sinn von einer natürlichen obligatio gar nicht die Rede seyn kann. Für meine Behauptung, daß civile, wenn ihm bloß das *naturale* entgegengesetzt wird, alles Positivrechtliche bezeichnet, brauche ich mich bloß auf *Brissonius* de V. S. s. v. civile zu berufen.

IV. In L. 2. §. 1. pro herede (41. 5.) sagt *Julianus*: Quod vulgo respondetur, causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum *civilis*, sed et *naturalis* intelligatur. Et propterea responsum est, neque colonum, neque eum, apud quem res deposita, aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse.

Von dem ersten Augenblick an, da ich mich für den Begriff der possessio civilis erklärte, welchen ich in dieser Abhandlung vertheidige, habe ich stets in meinen Vorlesungen besonderes Gewicht auf jenes Fragment gelegt; und dieß ward ziemlich ruchtbar. *Savigny* hat sich nun in den spätern Ausgaben seines Werkes bloß negativ vertheidigt, indem er sagt, die Regel *nemo causam etc.* sey nur auf die possessio et usucapio lucrativa gegangen, über die uns erst *Gajus* II. 52—58 belehrt habe, welche aber später ganz aufgehoben sey, womit denn auch jene Regel ihre Anwendbarkeit verliere. *Thon* ist dieser Ansicht ganz beigetreten²⁷⁾, indem er für das Statt gehabte Antiquiren auch noch sogar den Juristen *Paulus* als Zeugen anführt, weil derselbe in L. 3. §. 18. de poss. (41. 2.) sage: a *veteribus* praeceptum est, neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse; welches letzte Argument der Sache offenbar zu viel thut, da zwischen dem Alten und Veralteten ein großer Unterschied ist,

27) a. a. O. S. 99 — 115.

und da die Römer sehr gern bei ihren alten Regeln blieben, wie der ganze Titel *de regulis juris antiqui* zeigt. — Im Uebrigen aber muß ich dieß erinnern:

1) In L. 2. §. 1. cit. wird von Julianus nicht gesagt: man habe für die später eingeführte *usucapio lucrativa* die Regel: *nemo causam etc.* erfunden, sondern man habe dafür gehalten, daß jene alte Regel auch auf dieß neuere Institut anzuwenden sey. Also hat diese alte Regel eine allgemeine Beziehung, und diese ergibt sich auch aus Justinian's Gesetzbuch, worin jene alte Regel, mit und ohne Beziehung auf die *usucapio pro herede*, als etwas höchst Bedeutendes erwähnt wird, stets in diesem Sinn: wer bisher in einer *possessio* oder *detentio* war, der kann durch seine, bloß innerliche Willenshandlung den bisherigen Besitz nicht in einen andern verwandeln, also auch nicht unter Lebenden, wo denn doch von einer *usucapio pro herede* nicht die Rede seyn kann, z. B. wenn der Pächter seine *possessio nomine alieno* gegen den Verpächter in eine *possessio nomine proprio* durch bloße Aenderung des *animus possidendi* verwandeln wollte ²⁸⁾. So hat denn jene alte Regel auch noch jetzt die höchste Bedeutung, obgleich die schelmische Verjährungsart, von der Ga-

28) L. 3. §. 18. 19. 20. L. 18. pr. L. 19. §. 1. de poss. (41. 2.) L. 33. §. 1. de usurp. (41. 3.) L. 2. §. 21. pro emptore (41. 4.) L. 6. §. 3. L. 22. pr. de precar. (43. 26.) L. 23. C. de locato (4. 65.) L. 5. C. de poss. (7. 32.) Uebrigens begreift es sich recht wohl, daß man Zweifel darüber haben konnte, ob man die Regel über das *non mutare causam possessionis* auf die *lucrativa* und *improba possessio* und *usucapio*, von der Gajus redet, anwenden solle. Denn jene alte Regel hatte doch ursprünglich wohl nur den Sinn: Deinen mangelhaften Besitz kannst du nicht durch einen bloßen Entschluß in einen besseren verwandeln. Bei jener zugelassenen Improbität konnte aber die Frage davon seyn, ob man den anfänglichen guten Besitz, welcher zu zweijähriger Erßigung führt, durch arglistigen Entschluß in einen, an sich schlechteren Besitz verwandeln könne, welcher jene wunderliche *usucapio lucrativa* von 1 Jahre mit sich führe? Weil die alte Regel absolut lautete, so konnte die strenge Auslegung dieselbe auch hier im juristischen Anstande zur Anwendung bringen.

ius redet, später verschwand. Ich kann aber auch dieß fallen lassen. Denn die alte Regel hatte doch einen Sinn: es hatte also auch einen Sinn, wenn man davon redete, sie gehe so gut auf die *possessio naturalis*, als die *civilis*; und da wir hier nur von der Bedeutung der Worte *civilis et naturalis possessio* reden, so ist auch für meine jetzige Frage die etwa Statt gehabte Antiquirung jener alten Regel ganz und gar unbedeutend.

2) Julian's Aeußerung in L. 2. §. 1. cit. enthält in sich den vollständigsten Beweis, daß er unter *possessio civilis* den Interdicts-Besitz verstehen mußte. Denn er setzt ja dem *civili* das *naturale* gegenüber, und in diesem Gegensatz wird, wie gesagt, das prätorische Recht stets mit zum Römischen *jure civili* gezählt. Auch nennt der Jurist als Naturalbesitzer bloß solche Personen, welche keine *possessio proprio nomine* haben, nämlich Pächter, Depositare und Commodatäre. Dabei ist noch ein Nebenumstand zu beachten, welcher für meine Ansicht wieder ganz entscheidend ist. Julianus sagt nämlich, die Regel gelte nicht bloß für den *Civil*-, sondern auch für den *Natural*-Besitzer, womit denn angedeutet wird, sie gelte für den ersten auf allen Fall, aber man müsse sie doch auf den letzten mit herüberziehen. Wie hing dieß nun zusammen? Ich glaube so. Die alte Regel lautete dahin: *nemo causam possessionis ipse sibi mutare potest*. Dieß konnte und mußte nun unbedenklich, mit Berücksichtigung des gewöhnlichen Sprachgebrauchs, auf alle eigentlichen *possessores* im engeren Sinn angewandt werden, und es würde gar keinen Zusammenhang gehabt haben, wenn man sie bloß auf den Verjährungs-Besitzer, und nicht auf die Andern, welchen eine volle *possessio* zugestanden ist, angewandt hätte. Allein in Betreff derjenigen Detentoren, denen keine juristische *possessio* zugestanden wird, konnte man grammatisch zweifeln, weil man, in Rücksicht dessen, welcher keine *possessio* hat, auch nicht von einem *mutare possessionem* reden kann. Indeß war doch alle Vernunft dafür, das Wort *possessio* hier im ganz allge-

336 Thibaut, über possessio civilis.

meinen Sinn zu nehmen, und so die Regel mit auf die detentores nomine alieno herüber zu ziehen; in welchem Allen denn der offenbarste Beweis liegt, daß Julianus unter possessio civilis den bloßen Verjährungsbesitz nicht verstanden haben kann. Daß die Classiker hier jene, mit dem Verjährungsbesitz gar nicht zusammenhängenden grammatischen Zweifel hatten, sieht man deutlich aus L. 3. §. 20. de poss. (41. 2.), wo der subtile, immer streng-grammatische Paulus sagt:

Sed si is, qui apud me deposuit, vel commodavit, eam rem vendiderit mihi, vel donaverit, non videor causam possessionis mihi mutare, qui *ne possidebam* quidem.

Von besonderer Wichtigkeit ist hier aber L. 33. §. 1. de usurp. (41. 3.), wo Julianus Dasjenige, was er in den oben angeführten L. 2. §. 1. pro herede gesagt hatte, noch genauer so entwickelt:

Quod vulgo respondetur, ipsum sibi causam possessionis mutare non posse, totiens verum est, quotiens quis sciret, se bona fide non possidere, et lucri faciendi causa inciperet possidere. Idque per haec probari posse: si quis emerit fundum sciens ab eo, cujus non erat, possidebit pro possessore; sed si eundem a domino emerit, incipiet pro emptore possidere, nec videbitur sibi ipsi causam possessionis mutasse. Idemque juris erit, etiam si a non domino emerit, quum existimaret eum dominum esse. Idem hic, si a domino heres institutus fuerit, vel bonorum ejus possessionem acceperit, incipiet fundum pro herede possidere. Hoc amplius si justam causam habuerit existimandi, se heredem vel bonorum possessorem domino extitisse, fundum pro herede possidebit, nec causam possessionis sibi mutare videbitur. Quum haec igitur recipiantur in ejus persona, qui *possessionem habet*, quanto magis in colono recipienda sunt, qui nec vivo nec mortuo domino *ullam possessionem habet*?

Was kann nun klarer für meine Ansicht entscheiden, als dieses Fragment? Denn zuerst wird die Regel auf Diejenigen angewandt, auf welche sie wörtlich paßt, und dann durch das argumentum ab absurdo auch auf Diejenigen, welche man durch Silbenstecherei davon ausnehmen könnte. Als zu den Letzten gehörig werden nun die Personen genannt, welche, wie der Pächter, nur nomine alieno detiniren; als solche aber, welche auf allen Fall als possessores unter der Regel stehen, werden angeführt alle Besitzer animo domini, sie mögen eines justi tituli wegen wahre domini werden, oder verjähren können, oder ihrer mala fides wegen von der Verjährung ausgeschlossen seyn. Und hier sagt nun Julianus einfach: qui possessionem habet, während er dafür in L. 2. §. 1. cit. sich des Ausdrucks civilis possessio bedient. Damit ist denn unwiderleglich bewiesen, daß civilis possessio und possessio schlechthin durchaus Dasselbe, nämlich den Interdicts-Besitz bezeichnen. Oder will man am Ende noch einwenden, daß Julianus in L. 2. §. 1. cit. andre Gegensätze mache, als in L. 33. §. 1. cit.? Dieß wäre denn doch handgreiflich eine reine Täuscherei gewesen, und noch dazu eine unsinnige, weil in Betreff des Satzes, daß Niemand die causa seiner possessio ändern könne, keinem vernünftigen Ausleger auch nur der entfernteste Grund zu der zweifelnden Frage gegeben war, ob die alte Regel bloß auf den Verjährungsbesitzer, oder auf alle Detentoren, und so gleichfalls auf die possessores anzuwenden sey, welche immer vorzugsweise possessores heißen, auch wenn sie sich des Nebenvorthells der Verjährung nicht erfreuen?

V) In L. 3. §. 15. ad exhibendum (14. 4.) sagt Ulpianus:

Sciendum est, adversus possessorem hac actione agendum, non solum eum, qui civiliter, sed et eum, qui naturaliter incumbat possessioni, wobei er den Zusatz macht: denique creditorem. qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet.

Gleich daran schließt sich L. 4. eod., aus einer Schrift von Pomponius entlehnt, mit diesen Worten:

nam et cum eo, apud quem deposita, vel cui commodata vel legata res sit, agi potest.

Savigny benutzt dieß nun in der Art für sich, daß er sagt: denique heißt auch so viel als: so zum Beispiel, und Ulpian's Satz über den creditor pignoratitius, an das, unmittelbar vorher vom naturalis possessor Gesagte angereiht, und mit der gleich folgenden Aeußerung des Pomponius verbunden, kann also nicht anders, als dahin verstanden werden, daß der Faustpfandgläubiger nur possessor naturalis ist. Nun aber besitzt derselbe gewiß nicht ad usucapionem, — also muß Ulpianus durch possessio civilis den Verjährungsbesitz haben bezeichnen wollen. Ganz damit einverstanden ist Thon²⁹⁾, indem er sogar unbedingt darauf besteht: „denique bezeichne in der Sprache der Römischen Juristen einen Folgesatz, einen Uebergang von der Regel zur Anwendung, nicht aber ein Fortschreiten zu einer neuen Regel.“

Das Letzte muß ich nun schlechterdings leugnen. Denn bekanntlich bezeichnet denique auch eben so viel, als das Hinzusetzen des Letzten, wovon vorher noch nicht geredet war, oder auch so viel als *plane*, *certe*, oder unser übrigens, oder auf allen Fall. Ich will darüber nicht bekannte Wörterbücher und eine neuere, diesen Punct auch berührende Abhandlung³⁰⁾ ausschreiben, sondern mich bloß an zwei Gesetze halten, worin Savigny sein: so zum Beispiel will gefunden haben, während ich darin Etwas finde, wodurch man auf einen neuen Satz übergeht. Diese beyden Gesetze sind L. 13. de adopt. (1 7.) und L. 87. de R. I. In dem ersten heißt es:

In omni fere jure, finita patria potestate, nullum ex pristino retinetur vestigium. Denique et patria dignitas, quaesita per adoptionem, finita ea deponitur.

29) a. a. O. S. 115 — 118.

30) J. P. Johannsen de usu atque vi particulae denique. Heidelb. 1828.

In dem Zweiten aber:

Nemo enim in persequendo deteriore causam, sed meliorem facit. Denique post litem contestatam heredi quoque prospicitur (nach der Florentina wohl gewiß schlechter: prospiceretur), et heres tenetur ex omnibus causis.

Dies ist nun als weitere Entwicklung angereiht an die gleich vorhergehende L. 86. eod.:

Non solet deterior conditio fieri eorum, qui litem contestati sunt, quam si non, sed plerumque melior.

Betrachten wir die erste Stelle, so scheint es mir sonnenklar zu seyn, daß darin zwei Sätze stehen, welche völlig dem ausgemachten Grundsatz entsprechen, daß die Ehrerbietung, welche der Vater von seinen Kindern fordern kann, keine Folge der väterlichen Gewalt, sondern der Vaterschaft ist, daher denn auch die dignitas patria gegen die emancipirten leiblichen Kinder fortdauert, aber nicht gegen emancipirte bloße Adoptiv-Kinder. Eben dies wird nun in L. 13. cit. gesagt. Im ersten Satz wird ausgesprochen, daß mit der aufgehobenen potestas auch die Folgen dieser potestas wegfallen, und daran reiht sich der zweite Satz über die patria dignitas, wo denn das denique durchaus nicht auf ein Beispiel für den ersten Satz, sondern nur auf eine, noch hinzuzufügende ampliatio deuten kann. Dasselbe gilt von L. 87. cit. Der erste Satz derselben, in Verbindung mit 86. cit., gibt an, daß die litis contestatio dem streitenden Theile nütze, aber nicht schade, und nun folgt der zweite, eine Erweiterung enthaltende Satz, daß sie auch (wegen der translatio actionum, welche erst mit Eröffnung der Erbschaft beginnen kann) dem Erben nütze.

Nach diesen Vorbemerkungen will ich nun auf die L. 3. §. 15. cit. übergehen, und zwar auf die darin enthaltene Hauptregel, daß die actio ad exhibendum nicht bloß gegen den Civil-, sondern auch gegen den Natural-Besitzer Statt finde. In dieser Hinsicht kann ich das Gesetz nun grade für mich anführen, schon aus dem einfachen Grunde, weil darin das civile dem

naturali entgegengesetzt wird, bei welcher Entgegensezung, wie ich schon vorher mehrmals bemerkte, das *civile* alle positiven Anstalten, und auch die prätorischen Institute, mit begreift. Man betrachte aber auch die Sache mit Berücksichtigung der Vernunft, auf deren Boden die Römischen Juristen doch am liebsten und am meisten standen! Wendet man sich nun nach dieser Seite, so läßt sich gar nicht begreifen, wie irgend Jemand auf die Frage kommen konnte, ob die *actio ad exhibendum* bloß gegen den *possessor ad usucapionem* gehe? Denn die *usucapio* betrifft bloß das *petitorium*, während es die *actio ad exhibendum* im Ganzen bloß mit dem Physischen (Vorzeigen, Ablösen, Verabfolgentlassen) zu thun hat, wo denn der Verjährungsbesitzer als solcher nicht mehr zu dem passiven Verhältniß qualificirt ist, als der besitzende wahre *dominus*, oder der *non dominus*, welcher *animo domini* detinirt, aber doch, wegen Fehler der Sache, oder wegen Mangelhaftigkeit seines Besitzgrundes, nicht *usucapiren* kann. Allein darüber konnten recht wohl Zweifel entstehen, ob die *actio ad exhibendum* bloß gegen den eigentlichen juristischen *possessor* gehe, oder auch gegen die *Detentoren*, denen diese *possessio* abgesprochen, und nur ein *detinere nomine alieno* zugestanden wird? Denn in Ansehung dieser konnte man sagen, wie es Viele bei den petitorischen dinglichen Klagen thaten ³¹⁾: der Inhaber auf fremdem Namen kann dem Kläger die, jetzt sogenannte *laudatio auctoris* zur Abwehr entgegensetzen, damit sich der Kläger an den, eigentlich rechten Mann halte, welcher allein mit seinen Ansprüchen dem Klaggrunde hauptsächlich entgegensteht. Allein in Betreff der *actio ad exhibendum* wäre es doch geistlos gewesen, wenn man ein solches Ausweichen hätte gestatten wollen. Denn es kommt bei dieser Klage bloß auf das Physische an, und da wäre es ganz unpassend, wenn man Demjenigen, welcher bloß vorzuzeigen hat, was sich in seiner Tasche befindet, den Einwand erlauben wollte, daß er

31) L. 9. de R. V. (6. 1.)

es nur nomine alieno in der Tasche habe, und es deswegen nicht aus derselben herausbringen könne.

Hätten wir also in L. 3. §. 15. cit. nichts, als den ersten Hauptsatz, daß die actio ad exhibendum auch gegen den Natural-Besitzer gerichtet werden könne, so würde es einem guten Civilisten nicht auf hundert Meilen in den Sinn kommen können, daß man hier besonders beispielsweise an den Faustpfandbesitzer zu denken habe, also an ihn, welcher sonst nirgend naturalis possessor, sondern stets in der Hauptsache (quoad interdicta) schlechthin possessor genannt wird. Und dann bleibt hier auch noch die große Nebenbedenkllichkeit: wenn possessio civilis bloß den Verjährungsbesitz bezeichnet, warum werden denn in L. 3. §. 15. cit. nicht als Hauptbeispiele für die possessores naturales diejenigen erwähnt, welche man nach der Idee unsres Savigny auch nur in das Nebenhaus unterzubringen hat, nämlich die wahren Eigenthümer, welche besitzen, also nicht mehr zu verjähren brauchen, und alle fures und praedones, und sonstigen possessores animo domini, denen doch die Gesetze recht energisch eine possessio zuschreiben, weil es in der Lehre vom Besitz hauptsächlich auf das Factum, und nicht auf das jus ankomme?

Es bleibt also zunächst die Frage übrig, ob Ulpianus durch die Worte denique creditorem, qui pignus accepit, ad exhibendum teneri placet ein Beispiel für die naturalis possessio geben wollte? Die Bejahung dieser Frage scheint mir widernatürlich. Denn der Faustpfandgläubiger gilt ja ausgemacht als voller juristischer possessor, und von den Natural-Besitzern wird überall gesagt: non possident. Wollte also Ulpianus hier den creditor qui possidet denjenigen beigesellen, welche non possident, also etwas höchst Bedenkliches thun, so wäre es nöthig gewesen, dieß durch eine Art von Rechtfertigung auszusprechen. Allein er hat nichts, als ein hingeworfenes placet. Nach meiner Ueberzeugung läßt sich hier die Sache weit besser durchführen, wenn man daran denkt, daß der, welcher in einem Hauptstreite der Einen Partei bei-

tritt, immer geneigt seyn wird, Nebendinge, worin beide Parteien übereinstimmen, besonders hervorzuheben, und aus dem Streit herauszuziehen. Ulpianus trat nämlich Denjenigen bei, welche die actio ad exhibendum auch gegen den Natural-Besitzer gestatteten. Nun setzt er hinzu: übrigens findet sie gegen den Pfandgläubiger ausgemacht Statt; welches Vorhandenseyn eines allgemein Anerkannten die classischen Juristen gern durch placet oder placuit ausdrücken. Ein guter Commentar hiezu läßt sich nun leicht machen. Der Besitz des Pfandgläubigers ist nämlich insofern bedenklich, als der Pfandgläubiger, wie Miether und Pächter, nur vermöge eines juris in re aliena besitzt, also nomine alieno, und so auch wohl zu einer laudatio auctoris geneigt seyn könnte. Allein ihm ist dieß auf allen Fall nicht zu gestatten, weil er ausgemacht als ausschließlicher juristischer possessor gilt. Gegen ihn müssen also auch diejenigen, welche die actio ad exhibendum gegen den Natural-Besitzer verwerfen, dennoch auf allen Fall jene Klage unbedenklich zulassen, wie sie es auch thun. Also ist dieser Punct für beide Theile im Reinen.

Der oben erwähnte Zusatz von Pomponius in L. 4. ad exhib.: nam et cum eo, apud quem deposita u. f. w. steht meiner Ansicht in keiner Hinsicht entgegen. Denn zuerst könnte ich sagen, daß nam nicht immer auf das Angeben eines Grundes geht, sondern auch als plane oder certe gebraucht werden kann ³²⁾. Allein ich will es hier gern in dem gewöhnlichsten Sinn, also in dem Sinn unsres denn gelten lassen. Was folgt dann doch für Savigny daraus? Ich meines Theils muß sagen: eine Schiefheit! Denn wenn Ulpianus vorher so gesagt haben soll: die „actio ad exhibendum findet Statt gegen den Civil- und auch gegen den Natural-Besitzer, also z. B. gegen den Pfandgläubiger“, und nun Pomponius als Erläuterung des Letzten hinzufügt: „Denn sie geht gegen den Depositär und Commodatar“, so ist nicht wohl zu

32) V. J. Strauck lexicon particularum juris. Ed. 3. Jen. 1719. p. 128.

begreifen, warum Ulpianus als Beispiel einen juristischen possessor, und keinen detentor nomine alieno, nennt, also ein Majus, von dem man noch nicht auf ein minus schließen kann; während wenn er umgekehrt den Pächter und Miether als Beispiel genannt hätte, in Ansehung des Faustpfandgläubigers jeder denkbare Zweifel abgeschnitten wäre.

Man erwäge dagegen Folgendes, dem Niemand die Natürlichkeit absprechen kann. Es ist gewöhnlich der Fall, daß ein Redender an seinen Hauptsatz gleich eine Nebenbemerkung knüpft, dann aber zum Zweck der Erläuterung gleich auf den Hauptsatz zurückkehrt, wo es denn ganz ungereimt wäre, wenn man das Letzte auf die Digression beziehen wollte. Fängt z. B. ein Prediger so an: wir sollen unsern Nächsten lieben, wir sollen ihn herzlich lieben, und vor Allem den Guten; denn die heilige Schrift sagt, liebet Eure Feinde u. s. w., wie wird dann Jemand auf die Idee kommen können, das Letzte, der unmittelbaren Wortverbindung wegen, nur auf die Guten zu beziehen? Ein vollendeter Redner wird zwar dergleichen möglichst zu vermeiden suchen, um den Schwachen keine Gelegenheit zu Mißverständnissen zu geben, also erst die Hauptsache ganz vollenden, und die Besonderheiten hinterher besonders ausheben. Allein wo gibt es auf dieser Welt eine rednerische volle Meisterschaft? In Betreff der Pandekten kann und darf man gar nicht darauf rechnen. Denn sie sind ja nichts, als zusammengeschobene Bruchstücke aus verschiedenen Elementen, und nur darauf ist darin mit einigem Fleiß das Bestreben gerichtet, daß spätere Fragmente, ohne Rücksicht auf Contiguität, dasjenige, was früher nur unbestimmt gesagt war, gehörig erläutern, oder in Beispielen klarer machen; bei welchen Umständen man denn oft per saltum das vierte Fragment als complementum des ersten, aber nicht der, in der Mitte liegenden Fragmente, benutzen muß. Ich will hier nur ein einziges Beispiel anführen, welches mir jetzt zu meinem Zweck genügt. In L. 6. de pignor (20. 1.) ist aus Ulpianus Lib. LXXIII. ad edictum der Satz entlehnt, daß

manche Sachen im Zweifel nicht unter das conventionelle Generalpfand fallen, und die Schlußworte des Fragments rechnen dahin auch zum Besten des Verpfänders die Sachen, quae ad affectionem ejus pertinent. Gleich daran reiht sich in L. 7. eod. aus einer Schrift des Paulus der Zusatz: vel quae in usum cottidianum habentur; und dann kommt unmittelbar in L. 8. eod. aus derselben Schrift Ulpian's: denique concubinam, filios naturales, alumnos, constitit generali obligatione non contineri. Wollte man hier nun sagen, unmittelbar an einander geschriebene Sätze müßten durchaus auf einander bezogen werden, so käme hier die, höchstens nur zur Ergözung ausgelassener Leute passende Bemerkung heraus: in usum cottidianum habentur concubinae, filii naturales et alumni. Der ernsthafteste Ausleger wird aber sagen müssen: in L. 8. cit.: ist das Unbestimmte: quae ad affectionem ejus pertinent der L. 6. cit. wieder aufgegriffen, und durch klare Beispiele gut erläutert. Gerade so kann und muß ich nun, aller obigen Gründe wegen, die L. 4. ad exhib. nehmen. Ulpianus hatte nämlich in L. 3. §. 15. eod. nur unbestimmt gesagt, die Klage gehe auch gegen den possessor naturalis, aber er hatte die, unter diese Rubrik gehörenden Personen nicht besonders genannt, und nur eine Nebenbemerkung in Verreß des Pfandbesizers hinzugefügt. Pomponius hatte jenen Hauptsatz schon früher auch gebilligt, aber als Beispiele den Besitz des Depositars, des Commodatars und Pächters hinzugefügt. Das war nun gut und nutzbar, und ward daher auch in einem Excerpt mitgenommen. Es ist mithin als Erläuterung an Ulpian's Hauptsatz über den Naturalbesitzer anzureihen, nicht aber an den zufälligen Zwischensatz über den Pfandgläubiger, grade wie jenes: denique concubinam nicht an den usus cottidianus, sondern an die affectio anzuknüpfen ist.

VI.) In L. 7. §. 1. ad exhib. (10. 4.) sagt Ulpianus:
 Sed si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum, — quamvis tunc civiliter non possideas.

Man hat auch dieß Fragment wohl recht ernstlich für Savigny's Begriff der *possessio civilis* benutzt. Savigny dagegen sagt nur: es sey im Grunde nicht mit Gewißheit zu bestimmen, welche der beiden Bedeutungen des *civiliter non possidere* hier zum Grunde liege, ob es nämlich bloß auf Ablehnung des bloßen Verjährungsbesitzes, oder eines jeden Besitzes gehe ³³⁾. Ich muß aber bei meiner alten Behauptung bleiben, daß es nur auf Verneinung der ganzen juristischen *possessio* gehen kann. Denn da die *accessoria* die Natur der Hauptsache annehmen, mithin als *res rei principali adjunctae* an sich gar nicht, und nur mit der Hauptsache wie diese besessen werden ³⁴⁾, so kann bei ihnen auch nicht besonders von der Nebenfrage der Verjährung die Rede seyn, und am allerwenigsten bei der *actio ad exhibendum*, welche, wie vorhin unter Nro. V. ausgeführt ist, damit auch nicht entfernt in Verbindung steht. Zwar erinnert Savigny, diesem meinem Einwande sey leicht zu begegnen, weil ja Ulpianus in der, oben unter Nr. V. erklärten L. 3. §. 15. *ad exhibendum* dieselbe Bemerkung mache, welche ich für unmöglich halte. Allein ich glaube, vorhin gezeigt zu haben, daß er sie nicht machen konnte, und nicht gemacht hat.

VII.) Von vorzüglicher Wichtigkeit ist für unsre Frage L. 26. pr. de donatt. int. V. et U. (24. 1.). Bevor ich die Erklärung dieses Fragments, welches den Besitz eines beschenkten Gatten betrifft, versuche, muß ich Nachstehendes bemerken.

In Ansehung des ungültig beschenkten Gatten gibt es die beiden Fragen, ob er überhaupt eine juristische *possessio* hat, und wenn dieß zu bejahen ist, ob er auch *usucapiren* kann? Das Letzte ist nun auf allen Fall zu leugnen. Denn ein nichtiger Titel ist so gut, als kein Titel; und wenn man auch eine *usucapio ex titulo putativo* zulassen will, so ist doch

³³⁾ 5te Aufl. 63.

³⁴⁾ L. 30. §. 1. de usurp. (41. 3.)

darán hier nicht zu denken. Denn der error juris gilt nicht als entschuldbarer Irrthum; und wäre er auch entschuldbar, so kann dieß doch in Beziehung auf die Verjährung nichts helfen, weil dabei de lucro captando die Rede ist ³⁵⁾. Nur darüber kann man streiten, ob die Verjährung Statt findet, wenn der Schenkende eine res aliena weggab, welche er in conditione usucapiendi, oder ohne diese, besaß ³⁶⁾? Allein wenn man auch mit Manchen die letzte Frage bejahet, so hat dieß eigentlich mit der Frage nichts zu thun, ob bei einer gesetzwidrigen Schenkung der Beschenkte verjähren könne? sondern es gehört zu dem Satz, daß das gesetzliche Verbot nicht überall gilt, und namentlich auch nicht in dem Fall, wenn der Schenkende nicht ärmer wird, also (nach der Behauptung Mancher) wenn der Gatte eine Sache verschenkt, deren Eigenthümer er nicht war. Man kann also unbedingt sagen: wo die Schenkung nichtig ist, da hat der Beschenkte keinen Usucapions-Besitz.

Allein kann man ihm doch eine possessio ad interdicta zuschreiben? Diese Frage muß man im Ganzen bejahen, wenn man das Wesen des Besitzes gehörig vor Augen hat. Denn der Besitz ist nichts, als ein *factum animi et corporis*, und ist insofern von guten Rechtsgründen unabhängig. Insofern braucht man also bei dem Besitz als solchem nicht nach titulus und bona fides zu fragen, und deswegen gelten auch Diebe und Räuber wegen ihres animus domini im possessorio als possessores. Einen solchen animus hat aber auch der beschenkte Gatte, welcher sich die, ihm überlieferte Sache aneignet. Nur das darf man nicht sagen, daß er pro *donato* besitzt. Denn wegen der Nichtigkeit der Schenkung kann von einem titulus donationis nicht die Rede seyn. Also muß man von ihm, wie von jedem untitulirten Besitzer sagen: possidet pro suo, oder pro possessore.

35) L. 4. de jur. ignor. (22. 6.) L. 31 de usurp. (41. 3.)

36) Föhr im Archiv f. civ. Praxis, 16. Bd. 2. Heft, S. 248 — 250.

So ist nun auch die Sache in folgenden, für meine Hauptfrage sehr wichtigen Gesetzen entschieden:

L. 1. §. 4. de poss. (41. 2.) Paulus:

Si vir uxori cedat possessione donationis causa, plerique putant, possidere eam, quoniam res facti infirmari jure civili non potest. Et quid attinet dicere, non possidere mulierem, quum maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem?

L. 16. ibid. Ulpianus:

Quod uxor viro, aut vir uxori donavit, pro possessore possidetur.

L. 46. de donatt. int. V. et U. (24. 1.) Ulpianus:

Inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est.

L. 1. §. 2. pro donato (41. 6.) Paulus:

Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio. — Possidere autem uxorem rem a viro donatum Julianus putat.

Diese Fragmente, soweit sie die possessio des beschenkten Gatten zugestehen, können nun augenscheinlich mit dem Verjährungsbesitz nicht in Verbindung gebracht werden³⁷⁾, und sagen klar, was ich vorhin angab, nämlich: der Beschenkte besitzt nicht pro donato, aber wohl pro possessore. Indes sieht man aus jenen Fragmenten, daß hier nicht alle Juristen gleich dachten. Denn in dem ersten Fragmente ist nur von einem *plerique* putant die Rede, und das Verufen des letzten auf Julianus deutet darauf hin, daß man hier auch eine gute Auctorität gebrauchen könne. Das *Raisonne-*

37) Denn das, auch Dieben und Räubern zugestundene *possidet* geht ja überall nur auf den Interdicts-Besitz. Wird auch etwas über die *causa possessionis* gesagt, so ist dies doch nicht nothwendig mit der Verjährung in Verbindung zu bringen, wie man z. B. von dem, welcher vom wahren Eigenthümer gekauft hat, sagen kann, er besitze pro emptore. L. 33. §. 1. de usurp. (41. 3.)

ment des Paulus im letzten Theile des ersten Fragments läßt sich ebenfalls dafür anführen. Denn wo eine Sache an sich von allen Theilen als ausgemacht anerkannt ist, da pflegt man doch nicht gern *indirecte argumenta ab absurdo* anzubringen, um dem Faß den Boden auszuschlagen. Wer in die Grundsätze des Besitzes ganz eingeweiht ist, der wird hier freilich nicht an Zweifel über den *Interdicts-Besitz* des beschenkten Gatten denken. Allein es gibt wohl im ganzen *jure* keine Lehre, welche so viel Gelegenheit gibt, an das *tendimus in vetitum* zu erinnern, als die Lehre vom Besitz. Ewig und immer das Streben nach Gerechtigkeit, und der Widerwillen gegen Ungerechtigkeit! So spielen sich fast täglich die *possessorischen Proceße* in das *petitorium* hinüber, und bei meinen Zuhörern, und vielen der besten Candidaten im *Doctor-Examen*, habe ich stets die Neigung gefunden, den ungerechten, rechtlosen Besitz als eine juristische Nichtigkeit zu behandeln; daher ich es auch leicht begreife, warum die besseren Römischen Juristen so vielfach einschärfen, die *possessio* sey nur ein *factum*, und es komme dabei nicht auf *justus titulus* und *bona fides* an. Bei illegalen Schenkungen der Gatten könnten die Verkehrten noch eine Nothstütze darin suchen, daß doch die Schenkung durchaus nichtig ist, also Eigenthum und Besitz bei dem Schenker bleibe, etwa wie bei der nicht erlaubten Veräußerung des Nießbrauchs der Nießbrauch, wegen Nichtigkeit der Cession, bei dem Cedenten bleibt. Dagegen *raisonirt* nun aber Paulus am Ende des ersten Fragments, in seiner scharfen, lakonischen Weise sehr gut auf diese Art: der Mann kann ja auf allen Fall den Besitz, als etwas Factisches, einseitig aufgeben, also braucht man hier gar nicht vom Uebertragen zu reden, und Alles hängt davon ab, ob nachher der Beschenkte *animo sibi habendi factisch detinirt*.

Diese, schon früher von mir gegebene Erklärung (womit sich, wie sich nachher zeigen wird, für meine jetzige Ansicht über *possessio civilis*, wenigstens negativ, viel ausdrücken läßt)

hat nun Savigny ³⁸⁾ durchaus getadelt, indem er sagt: „zu dieser gezwungenen Erklärung hat ihn ³⁹⁾ eine zwiefache falsche Voraussetzung veranlaßt: 1) jure civili non possidere heiße nothwendig: gar nicht besitzen; 2) über den Besitz aus der Schenkung eines Ehegatten seyen die Römischen Juristen verschiedener Meinungen gewesen. Er schließt dieß aus dem Julianus putat und plerique putant, welche Ausdrücke ja aber so oft bei den unbestrittensten Sätzen gebraucht werden. Auch der Grund der L. 1. §. 4. de poss. braucht ja gar nicht gegen wirkliche Gegner gerichtet zu seyn.“ Thon sagt denn auch, „es sey nirgends ersichtlich, daß man bei der lazen Ehe über die possessio des beschenkten Gatten gestritten habe ⁴⁰⁾“.

Dagegen muß ich nun dieß erinnern. Bei Erklärung jener 4 Fragmente redete und rede ich nicht von dem negativen civiliter possidere, sondern von dem positiven possidere, also vom Interdicts-Besitz, wie es meine Gegner auch thun. Daß darüber ein Streit leicht möglich war, habe ich vorhin gezeigt, und ich muß dabei bleiben, daß dessen Vorhandenseyn durch jene Fragmente angedeutet ist. Denn plerique wird überall gebraucht, wo man eine Mehrzahl einer Minderzahl entgegensetzt ⁴¹⁾; und wenn die Römischen Ju-

38) S. 53. not. 2.

39) Mich in meinen civilist. Abhandl. S. 337 — 341.

40) a. a. O. S. 126.

41) Ich berufe mich nur auf die, von Facciolati gegebenen Beispiele, und allenfalls auch noch auf das berühmte pleraque interiere in Livius VI. 1. Bei Aufständen, wie bei öffentlichen Deliberationen eines, aus verschiedenen Elementen gebildeten Haufens, kann freilich leicht aus der Uebersahl gleich eine Allheit entstehen, wie Tacitus hist. L. 1. c. 56. (oder 57.) sehr schön andeutet durch sein: quod in seditionibus accidit, unde plures erant, omnes fuere, so wie es auch nach Plutarch der alte Cato dem Römischen Volke ins Gesicht kräftig ausgesprochen hat, und noch bitterer. Allein wir Juristen werden nicht leicht durch die Mehrzahl geschreckt, wozu ich selbst durch diese Abhandlung ein Beispiel liefere.

risten einen unbestrittenen, allgemein anerkannten Rechtsatz anführen, so heißt es: placuit, constat u. dg., während das isolirte Verufen auf einen großen Juristen immer andeutet, daß man einer tüchtigen Autorität bedürfe; obgleich ich gern zugebe, daß einmal zufällig die Stimme eines einzelnen Juristen mit der allgemeinen Meinung zusammenfallen kann. Auf den zweiten Theil der L. 1. §. 4. cit. muß ich mich auch nochmals berufen. Freilich weiß ich nicht, an welche Personen Paulus dabei dachte. Allein Unparteiische werden doch nichts Gezwungenes darin finden, wenn ich sage: wo ein Hauptsatz sonnenklar ist, da pflegt man sich nicht nach indirekten Nebengründen umzusehen, und diese sind in der Regel ein Zeichen, daß Zweifler da sind, denen man von allen Seiten beizukommen suchen muß.

Nach diesen Vorbemerkungen kann ich nun auf das, hier noch zu erklärende Haupt-Fragment übergehen, nämlich L. 26. pr. de donat. int. V. et U. (24. 1.), wo Paulus einen einzelnen Fall auf diese Art entscheidet:

Si eum, qui mihi vendiderit, jusserim eam rem uxori meae donationis causa dare, et is possessionem jussu meo tradiderit, liberatus erit; *quia licet illa jure civili possidere non intelligatur*, certe tamen venditor nihil habet, quod tradat.

Savigny glaubt nun die Richtigkeit seines Begriffs der possessio civilis durch dieses Fragment unwidersprechlich erwiesen zu haben, indem er einfach so schließt: es war völlig ausgemacht und anerkannt, daß die beschenkte Frau die possessio ad interdicta habe, und in den obigen Gesetzen ist dieß auch von Paulus zweimal ausgesprochen. Wenn also derselbe Paulus in L. 26. pr. cit. dennoch von der Ehefrau sagt: jure civili non possidet, so kann dieß nur auf den Verjährungsbesitz gehen.

Es ist mir aber ganz unmöglich, diesen Schluß zu billigen. Man erwäge nur den Fall des Gesetzes, welcher einfach dieser ist: A. kauft von B. eine Sache. Bevor ihm der

Letzte die Sache tradirt hat (also noch possessor ist), schenkt A. diese Sache an seine Frau, und beauftragt den B. zur Ablieferung der Sache an die Frau. Dieß wird von B. bewirkt. Jetzt reuet A., will die Sache an sich ziehen, und deshalb die Klage auf Auslieferung gegen B. anstellen. Dagegen erklärt sich nun Paulus mit seinem: quia licet illa jure civili possidere non intelligatur u. s. w., welches nachher besonders erwogen werden soll. Für ganz unmöglich halte ich es nun, daß hier auch nur der leiseste Gedanke an einen Verjährungsbesitz in Frage kommen konnte. Denn war es, wie meine Gegner behaupten, ein felsenfester, unbedenklich anerkannter Satz, daß der beschenkte Gatte wirklich die volle eigentliche juristische possessio bekomme, so wäre es verkehrter als verkehrt, wenn A., nachdem B. die Uebertragung der possessio an die Frau vollständig bewirkt hatte, dennoch über den B. herfallen wollte, — weil die beschenkte Frau nicht verjähren könne. Auf einen solchen Antrag könnte B. die grobe Celsinische Antwort geben: aut te non intelligo, aut actio tua valde stulta est. Nimmt man dagegen an, daß es eine Partei gab, welche wegen der Nichtigkeit des Schenkungs-Titels auch die Uebertragung der possessio leugnete, und so durch einen, in der gemeinen Welt leicht begreiflichen Trugschluß weiter folgern konnte, daß wegen Nichtigkeit der Besitzübertragung im Grunde die possessio bei B. geblieben sey, so konnte man damit auch auf eine Restitutions-Pflicht des B. kommen. Dagegen erklärt sich nun Paulus mit einem gebührenden Seitenhiebe, indem er (ganz eben so, wie in L. 1. §. 4. cit.) den Vertheidigern des A. gegen B. sagt: mögt ihr auch annehmen, daß die beschenkte Frau (wegen der Nichtigkeit ihres Schenkungs-Titels) nach dem bürgerlichen Rechte überhaupt nicht besitzt, so macht dieß doch hier nichts aus. Denn B. hat sich nur einmal auftragsmäßig des Besitzes ganz entäußert, und daher ist von ihm auf keinen Fall Etwas weiter abzuholen. — Diese höchst natürliche Erklärung, wodurch

Alles bis auf die letzte Kleinigkeit ungezwungen in Eintracht kommt, hängt nun noch bloß davon ab, daß ich meine frühere Behauptung: in der L. 26. pr. cit. könne das *licet* bloß hypothetisch genommen werden, gegen einen neuern Widerspruch gehörig in Schutz nehme.

Noch nie habe ich einen Philologen gefunden, welcher mir nicht unbedenklich zugegeben hätte, daß *licet*, wie *quavis*, mit dem Conjunctiv nur hypothetisch ist, also ein Ding in Wahrheit oder Falschheit dahin gestellt seyn läßt, weil bewandten Umständen nach das Eine oder Andere für den in Frage stehenden Punkt nicht entscheidend ist. Aus gelegentlichen Aeußerungen von Unterholzner⁴²⁾ und Savigny⁴³⁾ sehe ich auch, daß diese beiden, philologisch tüchtig gebildeten Juristen in dieser Hinsicht nicht zu meinen Gegnern gehören. Allein unerwartet hat sich jetzt Thon⁴⁴⁾ zu der Behauptung veranlaßt gesehen, man gebrauche das *licet* fast immer als bestimmte, wirkliche Voraussetzung, und es finde sich wenigstens dann stets so, wenn, wie hier, Rechtsätze in dieser Form angeführt würden, und von einem *intelligitur* die Rede sey, welches durchgängig nicht bloß die, vielleicht nicht geltende Meinung Anderer ausspreche, sondern einen wirklich angenommenen Rechtsatz. Er hat dafür aus den Rechtsquellen viele Belege beizubringen gesucht, welche, obgleich ich Ihm in der Hauptsache nicht beipflichten kann, mich insofern sehr erfreut haben, als ich es für die höchste Ehre eines praktischen Juristen halte, wenn man aus seinen Arbeiten sieht, daß er (wie der Cellische große Pufendorf) sich der ächten Quellen durch eignes Studium ganz zu bemächtigen sucht.

Also dafür achtungsvolle Anerkennung! Allein nachgeben kann ich dennoch nicht. Zuerst bemerke ich, daß wohl kein

42) Von der Verjährung, 1. Aufl. S. 149. not. 6.

43) Vom Besitz, S. 269. in not.

44) a. a. O. S. 124 — 134.

Lebender im Stande seyn möchte, durch genügende Belege darzuthun, man habe durch *licet* bisher mehr das Nicht-Hypothetische, als das Hypothetische bezeichnet. Dazu gehörten Collectanea, welche selbst ein Petrus a Patientia schwerlich hätte zusammenbringen können. Mag aber jenes mehr als factisch zuzugeben seyn, so läßt sich daraus für unsre Frage doch nichts ableiten. Denn im Leben ist der Fall unendlich häufiger, daß Jemand wahre Sätze für eine falsche Forderung benutzt, als daß er sogar falsche Sätze fingirt, um daraus eine verkehrte Forderung abzuleiten. Ist nun aber das *licet* an sich hypothetisch, so kann es auch nichts erheben, wenn dabei im Coniunctiv von Rechtsätzen oder einem intelligere die Rede ist. Denn wenn ich z. B. sage: „Falls auch Romulus dieß, so und so lautende Gesetz erlassen hat; oder: Falls man auch meint; oder: Falls auch alle Welt meint“, so ist doch damit nichts zugestanden, wenn ich die Idee habe, daß darauf hier nichts ankommt, und daß von einer andern Seite Alles erledigt werden kann und muß. Also wollen wir uns einmal auf das Ding an sich, nämlich das *licet*, genauer einlassen.

Bekanntlich hat man bisher viel Neigung gehabt, das *licet* als Partikel zu behandeln, und so ist es auch übergegangen in ein wenig benutztes, aber gutes Werk, welches in der Heineccischen Ausgabe des Brissonius de V. S. zwar viel citirt, aber in seinen Einzelheiten viel zu wenig benutzt ist, nämlich J. Strauch lexicon particularum juris; worin jedoch die richtige Hauptansicht Anderer gebilligt ist. Mein Lieblings-Grammatiker, nämlich Sanctius ⁴⁵⁾, sagt darüber gewiß richtig: est *verbum purum putum*. Er erläutert es durch Spanische Worte, wie ich es durch die Deutschen Worte erläutern würde: gesetzt auch, oder: zugestanden, oder: zugelassen, oder: wenn auch, oder mag es auch u. d. gl. Dabei bemerkt er: es müsse stets

45) Minerva. Edit. Perizonii, p. 481, 482.

ein *ut*, also deswegen auch den *Conjunctiv* neben sich haben, und wenn das *ut* fehle, z. B. wenn man sage *licet bonus sis*, so sey nur das *ut* verschluckt, und daher zu subintelligiren. Man könne daher auch z. B. nie sagen: *licet es doctus, hoc non intelliges*, sondern es müsse stets heißen: *licet sis doctus*. Das Hypothetische ergibt sich damit von selbst, wie bei unseren, oben erwähnten Deutschen Ausdrücken.

Gegen die unbedingte Nothwendigkeit des *Conjunctivs* hat sich aber G. A. Vossius ⁴⁶⁾ erklärt, weil die Römischen Juristen auch wohl auf *licet* den *Judicativ* folgen ließen, welches wirklich wahr ist ⁴⁷⁾; und andre Beispiele dieser Art aus A. Marcellinus, Macrobius und Spartianus hat später Staveren ⁴⁸⁾ beigebracht, von welcher Schreibart natürlich die Puristen abriethen ⁴⁹⁾, wiewohl sie für einzelne Fälle empfohlen werden könnte, wo man mit *licet* klar Etwas zugeben will, welches durch das *licet* mit *ut* nicht geschehen kann. Schon die Gesetze der Sprache bringen das Letzte mit sich, und immer ist es auch von den Kennern der Römischen Sprache anerkannt, daß *licet* mit dem *Conjunctiv* bloß hypothetisch sey, obgleich dabei oft Das, was so zugelassen ist, auch in der Wirklichkeit wirklich vorkommen kann ⁵⁰⁾. Selbst wenn jenes *licet* mit dem *Conjunctiv* auf Alles bezogen wird, bleibt doch darin immer ein Dahingestelltseynlassen, wie schon das bekannte: *fremant omnes licet, dicam quod sentio* des Cicero beweist ⁵¹⁾.

Ich brauche also nicht den Vorwurf der Gewaltthätigkeit

46) Aristarchus. Amstel. 1685. L. VII. de constructione, p. 464.

47) L. 8. §. ult. de transact. (2. 15.) L. 1. fin. reg. (10. 1.) L. 2. §. 2. de jure codic. (29. 7.) L. 20. de accusat. (48. 2.)

48) Auctores mythographi. Lugd. B. et Amstel. 1742. p. 616.

49) Schon Ursinus, und nach ihm auch Rudimanti institut. gramm. latin. cura Stallbaum. Lips. 1823. p. 346.

50) Beispiele dafür hat wieder gegeben Ramshorn latein. Grammat. Leipzig 1830. 1. Theil.

51) De oratore Lib. 1. cap. 44.

und Unnatürlichkeit zu fürchten, wenn ich jenes befragliche licet des Paulus so nehme, als ob derselbe bloß hypothetisch gesagt hätte: mag man auch die Ansicht haben u. s. w.; und damit kommt hier denn Alles, wie schon von mir gezeigt ist, in den vollkommensten Zusammenhang. Niemand wird auch eine solche Art der Begutachtung tadeln können. Denn man kommt immer am leichtesten zur einfachen Gewißheit für den einzelnen Fall, wenn man das Disputable auf sich beruhen läßt, und gradezu die Herzwurzel zu treffen sucht; daher man auch die Advocaten zu loben pflegt, welche sich bei der Vertheidigung eines Angeschuldigten mit der, klar begründeten exceptio alibi begnügen, und alle andern möglichen künstlichen Beweise auf sich beruhen lassen. Aber mag auch das Aeußerste zugegeben seyn, nämlich daß licet intelligatur das Einräumen einer vorhandenen Ansicht enthält, — was folgt dann doch daraus gegen mich? denn es war ja wirklich die Ansicht einer Partei, daß man der beschenkten Frau bürgerlich keinen Besitz im engeren Sinne zugestehen könne. Also konnte Paulus, welcher nicht über alle Welt, sondern nur unbestimmt das intelligatur ausspricht, recht gut das Factum der Partei, zu welcher er sich freilich nicht hielt, als vorhanden aussprechen, und doch darauf hinweisen, daß es für den gegebenen Fall linksich sey, wenn man jene wirklich vorhandene Ansicht der Gegner als entscheidend gelten lasse.

VIII.) Endlich muß nun noch genau erwogen werden das wichtigste aller, unsre Frage betreffenden Gesetze, nämlich L. 1. §. 9. 10. de vi (43. 16.), wo Ulpianus in Beziehung auf das interdictum unde vi diese Sätze ausspricht:

Deiicitur is, qui possidet, sive civiliter, sive naturaliter possideat. Nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet. §. 10. Denique et si maritus uxori donavit, eaque deiecta sit, poterit interdicto uti, non tamen si colonus.

Savigny nimmt diese Stelle nun so: civiliter possidere heißt: zur Verjährung besitzen, naturaliter possidere

aber: zwar die eigentliche possessio ad interdicta haben, aber keinen Verjährungsbesitz. Die Detentoren also, welche auch nicht einmal ad interdicta besitzen, stehen gar nicht unter der Regel, welche jenes Fragment anfangs aufstellt, und so geht jene Regel nur darauf, daß eigentliche possessores das interdictum unde vi haben, es mag ihnen nun ein Verjährungsbesitz, oder kein solcher zustehen. Zu den letzten gehört die beschenkte Ehefrau. Diese wird dann auch mit dem denique als ein Beispiel angeführt, daß der eigentliche possessor, welcher nebenbei kein Verjährungsbesitzer ist, das interdictum unde vi habe. Den Schluß: non tamen si colonus überseht Savigny so, daß derselbe ausspreche: der colonus (als possessor neque civilis neque naturalis) habe das Interdict nicht, welches ganz herauskomme, wenn man diese Worte einfach so ergänze: non tamen si colonus dejectus erit, poterit (colonus) interdicto uti ⁵²⁾. Durchaus vertheidigt ist diese Idee denn auch von Thon, welcher es besonders hervorhebt, daß der Pächter gar kein possessor sey, also nicht einmal als possessor naturalis gelten könne, und daß ja der Verpächter, als der eigentliche possessor, sich die Entziehung des Pächters als Etwas anzuziehen habe, was ihm selbst widerfahren sey ⁵³⁾.

Es ist mir aber unmöglich, von diesen Ideen, soweit sie meine eigentliche Frage betreffen, auch nur die geringste Kleinigkeit anzunehmen. Um nicht zu ermüden, will ich bloß Folgendes anführen, was mir völlig genügend zu seyn scheint:

1) Es wird im Anfange des obigen Fragments bloß das civiliter und naturaliter possidere einander entgegengesetzt. Also muß ich, wie ich es oben schon mehrmals mit vollem Rechte that, wiederholt sagen: das civiliter kann in diesem Gegensatz nicht den, durch die Edicte bürgerlich modificirten Besitz ausschließen, und in das Gebiet des mere naturalis

52) Vom Besitz, S. 54. in not.

53) a. a. O. S. 118 — 141.

hinüberwerfen, so wenig als das Edict überhaupt. Und dann muß ich auch nochmals sagen: wie konnte man bei Gelegenheit der, bloß possessorischen Interdicte die petitorische Frage in Anregung bringen, ob der Besizer verjähren könne? Läßt es sich dagegen herausbringen (und ich glaube es, wie sich nachher ergeben wird), daß das interdictum unde vi eine eigne Dringlichkeit hat, wegen deren man es auch den detentoribus nomine alieno geben muß, so ist jenes sive civiliter, sive naturaliter mit der gewöhnlichen Sprache ganz in Eintracht. Den Einwand, daß die detentores nomine alieno gar nicht mit in die Eintheilung der *possessorum* gebracht werden dürfen, kann ich nicht gelten lassen. Denn das Wort possessio hat ja auch den allgemeinen Sinn, daß es jede Detention begreift ⁵⁴⁾; und daher werden auch Diejenigen, welche keine possessio im engeren Sinn haben, ausdrücklich *possessores naturales* genannt ⁵⁵⁾.

2) In den §. 10. cit. kann das non tamen si colonus schlechterdings nicht anders übersetzt werden als: das Interdict hat die Frau (sofern man das poterit auf sie beziehen will) nicht, wenn der colonus eingesetzt wird. Ein anderer Sinn kommt freilich heraus, wenn man mit Savigny sich die Worte schafft: si colonus dejectus erit, poterit interdicto uti. Allein es ist dieß offenbar ein rein willkührliches Schaffen und Verdrehen, welches ich nicht natürlich nennen kann, obgleich es meinen Gegnern großen Vortheil bringen würde, wenn sie auf jene Art verfahren dürften.

3) Der Umstand, daß der Verpächter die Entsetzung seines Pächters sich selbst anziehen kann, entscheidet noch keineswegs dafür, daß der Pächter selbst von dem Interdict ausgeschlossen sey. Denn so kann z. B. der Verleiher einer Dienstbarkeit die Inhaber derselben possessorisch schützen, als ob das,

54) L. 1. pr. de poss. (41. 2.)

55) L. 38. §. 7. de V. O. (45. 1.) L. 2. §. 1. pro hered. (41. 5.)

was ihnen widerfuhr, ihm selbst widerfahren wäre ⁵⁶⁾; und doch hat der Quasi-Besitzer der Dienstbarkeit auf eigne Rechnung die possessorischen Rechtsmittel.

Nach meiner innigsten Ueberzeugung ist hier Alles ganz leicht ausgeglichen, wenn man in dem §. 10. cit. das poterit auf maritus bezieht, wie man es gewiß thun darf ⁵⁷⁾. Freilich ist mir eingewandt, zwischen maritus und poterit stehe die uxor in der Mitte, und das eaque stoße unmittelbar an poterit, folglich sey das poterit auf die Frau zu beziehen ⁵⁸⁾. Allein noch nie habe ich davon gehört, daß aus dem Angrenzen ein solcher philologischer Zwang entstehe, und unbedenklich haben mir gelehrte Sprachkenner immer zugestanden, daß wenn in einem Vordersatze mehrere Substantiven stehen, auf deren jedes der Nachsatz an sich bezogen werden kann, wenn man es sich als allein vorhanden denkt, daß dann aus dem Zusammenhange entschieden werden muß, ob der Nachsatz, wenn er nur auf Eines derselben gehen kann, auf dieses oder jenes Substantiv zu beziehen sey. Da unsre Juristen auch

56) L. 32. §. 1. de S. P. U. (8. 2.)

57) Erb hat mir früher dazu gerathen, und ich überzeigte mich nachher täglich mehr von der Güte dieses Rathes.

58) Das poterit auf die Frau beziehend hat eine ganz eigne Idee J. P. Johansen Begriffsbestimmungen aus dem Gebiete des Civil-Rechts, Heidelberg 1831, S. 41—45, indem er behauptet, man müsse nach L. 1. §. 9. 10 cit. sagen: die Frau, obgleich sie keine possessio hat, darf sich doch ausnahmsweise des interdicti unde vi bedienen, wenn sie, aber nicht wenn ihr Pächter entsetzt ist. Diese Idee kann ich aber durchaus nicht billigen. Denn zufolge meiner obigen Erörterungen ist ja die beschenkte Frau nach unsern Gesetzen possessor im engeren Sinn, und man kann nur darüber streiten, ob früher darüber gestritten ward. Ist sie aber für das interdictum unde vi ausnahmsweise selbstständig, so muß man auch weiter nach L. 1. 4. 22. de vi (43. 16.) annehmen, daß sie eine, ihrem Pächter widerfahrene Entsetzung auf ihre eigne Rechnung setzen kann

für die handgreiflichsten Wahrheiten gar zu gern eine Lex vorlieb nehmen, so will ich damit nicht zurückbleiben, und L. 1. C. sine censu (4. 47.), oder die gleichlautende L. 11. C. de pact. (2. 3.) anführen, wo geschrieben steht: *ex conventione quidem, qua pactam novercam tuam cum patre tuo dicis, quum fundum in dotem daret etc.* Hier will ich nun einfach fragen, ob es einen Menschen auf der Welt gibt, welcher das *quum fundum in dotem daret* auf den pater, und nicht auf die noverca beziehen könnte, weil sich der pater zunächst an das: *quum fundum anlehne*, und zwischen diesem und der noverca, als *persona intermedia* in die Mitte gestellt, das Licht auffange. Oder verlangt man am Ende gar noch von mir Belege aus nicht-juristischen Classikern? Collectaneen habe ich darüber freilich nicht, weil ich in Betreff des Sonnenklaren gern Feder und Papier spare. Allein ich will das Nächste Beste aufschlagen, und da finde ich gleich in Cicero pro Murena c. 3. die Worte: *sed me non minus — Sulpicii conquestio, quum Catonis accusatio commoverat, qui gravissime et acerbissime ferre dixit, me familiaritatis — oblitum.* Wer kann nun das *qui*, wenn er das cap. 2. gelesen hat, auf Cato, den Augrenzer, als solchen, beziehen?

Wenn ich nun, nach dem Obigen gut berechtigt, das *poterit* auf den *maritus* beziehe, so kann Alles auf nachstehende Art in das Gebiet der reinsten Vernunft, ohne critische Fictionen, hinübergeleitet werden. Der §. 9. cit. spricht es erst aus, daß das *interdictum unde vi* nicht bloß dem Civil-, sondern auch dem Natural-Besitzer zustehe. Dieß ist nicht weiter erläutert, weil Jeder wissen muß, was jene Unterscheidung sagt. Allein nun folgt im §. 10. cit. nicht ein Beispiel für den letzten Theil des §. 9. cit., sondern ein fortschreitender Zusatz, welcher bemerkt, daß das, jedem *possessor* im weitesten Sinn zustehende *interdictum unde vi* sogar in Einem Fall auch Demjenigen zustehe, welcher gar kein Besitzer war, nämlich dem Mann, wenn die beschenkte Frau

aus der, ihr geschenkten Immobilie (also aus einer, von ihr an sich ausschließlich besessenen Sache) herausgeworfen sey, welches Recht des Mannes aber nur angenommen werden könne, wenn die Frau, nicht aber wenn ihr Pächter entsetzt sey. Dieß Alles hat nun Hand und Fuß, und wir müßten es proprio Marte behaupten, auch wenn der §. 10. cit. gar nicht vorhanden wäre. Denn der Mann, gleichsam als moralische Einheit mit seiner Frau, (wie der Bräutigam mit seiner Braut) kann sich alle, seiner Frau widerfahrenen Unbilden zu Gemüthe führen, als ob er sie selbst erduldet hätte⁵⁹⁾, und man kann sogar sagen: sie müssen ihn noch mehr schmerzen, und zur Rache und zum Schuß anfeuern, als wenn er selbst mißhandelt wäre. Allein wer die Magd der Frau eine Ohrfeige bekommt, so ist es nicht fein, wenn der Mann die Magd auch als seine carissima behandelt. Wird also die Frau aus dem geschenkten Landgute herausgeworfen, so kann und soll sich der Mann dieß ad animum revociren; wird aber dagegen der Pächter, den die Frau auf das Gut gesetzt hat, mit einer dejectio bedient, so kann die Sache den Weg alles Fleisches gehen. Also mag dann die Frau als Principal-Besitzerin ihren Stellvertreter schützen, oder der Letzte sich selbst, wie er kann, insofern auch Natural-Besitzer das interdictum unde vi haben. Aber der schenkende Mann muß hier wegen der erwähnten Gründe aus dem Spiel bleiben (wenigstens proprio nomine); also mag er selbstständig klagen, si uxor dejecta sit, non tamen si colonus.

Es hat zwar Thon in Beziehung auf dieß Alles gegen mich bemerkt: nach Cicero pro Caecina c. 20. hätten die Injurien mit den Interdicten nichts zu thun. Allein eine dejectio kann gewiß als Injurie genommen werden⁶⁰⁾; und

59) L. 2. §. 7. L. 15. §. 24. de injur. (7. 10.)

60) L. 13. §. 7. de injur. (47. 10.)

wenn auch deswegen keine *actio injuriarum aestimatoria* angesetzt wird, so kann der Mann doch die That, welche L. 1. §. 43. de vi (43. 16.) mit Recht eine *atrocitas facinoris* nennt, als eine grobe Unbilde nehmen, und auf allen Fall die volle Wiederherstellung des aufgehobenen Besitzes verlangen, damit von seinem zweiten Ich das ärgste Leid abgewandt werde.

Gehen wir nun auf den Hauptsatz des §. 9 cit. zurück, daß das *interdictum unde vi* auch dem Natural-Besitzer zustehe, so kann nur noch die Frage seyn, wie man darauf kommen konnte, bei dem *interdicto uti possidetis* und *utrubi* den Naturalbesitzer auszuschließen? wofür sich Ulpianus selbst in L. 9. de R. V. (6. 1.) klar ausgesprochen hat. Mir scheint, daß man durch bloße grammatische Auslegung des Edicts darauf kommen mußte. Denn in Beziehung auf das *interdictum uti possidetis* hatte das Edict gesagt: *uti eas aedes — possidetis, quominus ita possideatis* ⁶¹⁾. Allein in Rücksicht des *interdicti unde vi* hieß es darin bloß unbestimmt: *unde tu illum vi deiecasti* ⁶²⁾. Eine *dejectio* aber kann Jeder leiden, welcher aus einer physischen Inhabung entsetzt wird. Daher begreift es sich auch, wie Ulpianus in L. 9. cit., wo er die eigentlichen *possessores* und die Natural-Besitzer in vielen Beispielen einander entgegensetzt, nur das *interdictum uti possidetis* und *utrubi* erwähnen, von dem *interdicto unde vi* aber ganz schweigen konnte.

Zum Glück lassen sich nun auch noch aus der Natur der Sache Gründe angeben, welche es rechtfertigen, daß die Römer bei dem *interdicto unde vi* weiter, als bei den andern *Interdicten* gingen. Denn ist bloß de *retinenda possessione* die Rede, so handelt es sich von einem nicht aufgehobenen, bloß gestörten Besitz, also von einer vorüberge-

61) L. 1. pr. uti possid. (43. 17.).

62) L. 1. pr. de vi (43. 16.).

henden und vorübergegangenen Handlung. Hier kann man schon hoffen, daß sie nicht wiederkehren werde, man kann sich mit Privat-Gewalt dagegen waffnen, und auch zur Abwehrung fernerer thätlichen Angriffe die Polizei zu Hülfe rufen. Allein hat die dejectio von einer Immobilie ⁶³⁾ Statt gehabt, so ist dieß das Uergste. Denn nun ist der Besitz selbst verloren; man darf ihn nicht durch Privat-Gewalt wiederzuerlangen suchen; die Polizei kann gegen eine vollendete That nicht weiter helfen; und wenn der Principal-Besitzer nicht bei der Hand, oder zur Hülfe trüg ist, so ist die Lage des entseßten Natural-Besizers ganz trostlos, Falls man ihm nicht das interdictum unde vi auf eignen Namen gibt. Jeder wird und muß mir beipflichten, wenn ich behaupte, daß es bei weitem nicht so arg ist, wenn Tumultuanten dem Miether an die Fensterladen klopfen, und dann davon laufen, als wenn der Miether, durch dritte, oder gar durch den Vermiether selbst, aus dem Hause geworfen wird, und nun hilflos auf der Straße liegen bleiben muß. Freilich kommt man mit dem Sage, daß auch die detentores nomine alieno das interdictum unde vi haben, zu einer Beschränkung. Allein ich darf hier auf meine obige Bemerkung verweisen, daß Regeln Ausnahmen haben können. Auch kann man definirend mithelfen, indem man sagt: possessores im engeren Sinn sind diejenigen Inhaber einer Sache, welche im Ganzen alle remedia possessoria haben; wodurch denn für die Natural-Besizer zum Zweck einer Ausnahme die Thür offen gelassen wird.

63) Bekanntlich ist ein Streit zwischen Savigny auf der einen, und mir und Vielen auf der andern Seite darüber entstanden, ob durch das spätere Recht des Codex das interdictum unde vi auch auf Mobilien ausgedehnt sey? Ich bleibe bei meinem alten Glauben, worauf hier aber nichts ankommt, weil ich nur von dem System der Classifier rede.

Zuletzt muß ich mich noch Eines Gesetzes erwehren, welches Thon ⁶⁴⁾ gegen mich angeführt hat, wodurch ich aber, genau betrachtet, keineswegs getroffen werde. Es ist L. 1. C. si per vim (8. 5.), welche Constitution (von Constantinus) im Anfange dieß enthält:

Judices absentium, qui cujuslibet rei possessione privati sunt, suscipiant in jure personas, et auctoritatis suae formidabile ministerium objiciant, atque ita tueantur absentes, ut id solum diligenter inquirent, an ejus, qui quolibet modo peregrinatur, possessio ablata sit, quam propinquus, vel parens, vel proximus, vel amicus, vel colonus, vel libertus sive servus, quolibet titulo retinebat; nec eos, qui dejecti sunt, absentium nomine detinentes, quia minime *ipsis decisio causae mandata sit*, ab expedienda re secludant, nec si servi sint, eorum rejiciant in jure personas. — Sed post elapsa quoque spatia recuperandae possessionis legibus praestituta, litigium eis inferentibus largiri convenit, ut eos momentariae perinde possessioni sine ulla cunctatione restituant, *ac si reversus dominus litigasset*.

Wegen dieser Verordnung ist mir nun eingewandt: wenn der detentor nomine alieno, wie z. B. der Pächter, schon an sich im Fall seiner Entsetzung das interdictum unde vi auf eignen Namen habe, so sey es nicht nöthig gewesen, ihm dasselbe für den Fall der Abwesenheit des Principal-Besizers zu geben. Das Letzte sey aber geschehen, also könne er es im Allgemeinen nicht haben.

Ich muß aber dagegen dieß erinnern. Es ist ein großer Unterschied zwischen dem Klagen eines Inhabers für sich, seines verletzten Rechtes wegen, und dem Klagen für den Principal-Besizer im ganzen Umfange, wie dieser für sich

64) a. a. O. S. 140.

selbst hätte klagen können. Geschieht das Erste, so ist der detentor nomine alieno, ganz wie der quasi possessor, bloß auf die Sphäre seines Rechtes beschränkt, und alles Andre geht ihn nichts an. Begibt sich also z. B. ein Gutsherr in die Fremde, läßt er einen Pächter zurück, dem er ein Häuschen nebst Garten überlassen, und den er zur Bewachung des Gutes angewiesen hat, so kann der entsetzte Pächter für seine Rechnung nichts weiter fordern, als daß er in sein Häuschen und in den Garten wieder eingesetzt werde. Hätten also die Entsetzten noch andre Theile des Gutes in Besitz, und diesen geschadet, so würde dieß den Pächter als solchen, insofern ihm für sein Recht das interdictum unde vi gegeben ist, nichts angehen, während der abwesende Herr gewiß auch deswegen klagen könnte ⁶⁵). Dennoch wird aus Theilnahme gegen den Abwesenden das Gegentheil von Constantinus zugelassen, und der Pächter kann für den Herrn unbedingt klagen, ac si reversus dominus litigasset, und als ob ihm für den Herrn von demselben decisio causae mandata sit. Es enthält dieß Gesetz also nur noch ein Seitenstück zu der, oben erklärten L. 1. §. 10. de vi, also noch ein zweites Beispiel für die Anomalie, daß das interdictum unde vi zuweilen auch von Demjenigen angestellt werden kann, dessen eigne Besitzrechte im Grunde nicht verletzt sind, und hier sogar Personen zusteht, welche an sich die persona standi in iudicio nicht haben.

65) L. 1. §. 31. 34. 35. L. 3. §. 17. L. 6. L. 19. de vi (43. 16).

XIV.

Ueber das Princip, nach welchem ein, zur Sicherheit der nämlichen Forderung, mit mehreren Specialhypotheken auf verschiedene Gegenstände versehener Gläubiger zu befriedigen ist.

Von

Herrn Professor Dr. E. Guyet in Heidelberg.

Es ist eine befremdende Erscheinung, daß in der Literatur des gemeinen Civilrechts die Frage nach den Grundsätzen, welche dann gelten, wenn derselbe Gläubiger zur Sicherheit der nämlichen Forderung von dem Schuldner zwei verschiedenartige Pfandrechte, nämlich ein Specialpfandrecht und eine Generalhypothek erhalten hat, und nach der damit zusammenhängenden Lehre von der sogenannten exceptio excussionis realis einen so großen Platz einnimmt, während eine andere, damit ganz eng verwandte Frage, welche oben drein in dem practischen Leben unstreitig viel häufiger sich aufdrängt, als jene, und welche weit größeren Schwierigkeiten in der Entscheidung unterworfen ist, soweit der Verf. erfahren konnte, in den hierher gehörigen civilistischen Schriften gänzlich mit Stillschweigen übergangen worden ist. Der Versuch, diese Frage in Anregung zu bringen, und wenigstens eine nähere Untersuchung derselben zu veranlassen, dürfte also völlig gerechtfertigt erscheinen, und der Verf. welcher seinerseits durch einen interessanten Rechtsfall aufmerksam gemacht wurde, der in dem hiesigen Spruchcollegium (dem anzugehören er sich zur großen Ehre rechnet) vorgekommen ist, hofft sogar für künftige Legislationen in Hinsicht des Pfandrechts sich vielleicht ein kleines Verdienst dadurch zu erwerben.

Es kann nämlich und wird sich sehr oft zutragen ¹⁾, daß der Schuldner zur Sicherheit einer von ihm zu contrahirenden Schuld, dem Gläubiger nicht durch Verhypotheckirung einer einzigen Sache genugsame Sicherheit zu bestellen im Stande ist, und folglich dem Gläubiger zu gleicher (oder auch verschiedener) Zeit an mehreren Gegenständen mehrere gleichartige Pfandrechte, folglich mehrere Specialhypothesen giebt; erfolgt dann die Zahlung nicht zu der gehörigen Zeit, und sieht sich also der Gläubiger gezwungen, sein hypothecarisches Recht nunmehr zu realisiren, so tritt jetzt — es mag über das Vermögen des Schuldners Concurse ausgebrochen seyn oder nicht — die, in den Quellen des gemeinen Rechtes leider nicht direct beantwortete Frage ein, in welcher Art er seine Befriedigung aus dem Kaufpreise jeder der mehreren ihm speciell verhypothecirten und natürlich insgesammt zum Verkaufe zu bringenden Sachen, erhalten solle? Diese Frage muß aber, nach der Beschaffenheit der drei, möglicher Weise dabei vorkommenden und ganz verschiedenen Rechtsverhältnisse, auch auf dreifache Art beantwortet werden.

I.

Dem Gläubiger sind von dem Schuldner zwei verschiedene Gegenstände zur Sicherheit derselben Forderung, und zwar jeder speciell verpfändet worden, und es ist die Bezahlung der obligatorischen Schuldforderung nicht gehörig erfolgt, so daß der Gläubiger sich seines hypothecarischen Rechtes bedienen will; es ruhen aber auf beiden Gegenständen

1) So war es namentlich in dem, diese Arbeit zunächst veranlassenden Concurse des H. S. zu S. der Fall, aus welchem sich eine Anzahl von Prioritätsstreitigkeiten entspann, die zum Theile ganz besonders nach der rechtlichen Prüfung der oben aufgestellten Frage zu entscheiden waren; — es werden aber wenige Concurse vorkommen, in welchen sich nicht das Gleiche zutrüge, daher das Uebersehen dieses Punctes in einer so schreibseeligen Zeit billig zu verwundern ist.

keine mit Nachhypotheken versehene Forderungen. Jetzt ist es — was hier ein für allemal bemerkt werden muß — in der That gleichgültig, ob jede der beiden verhypothecirten Sachen für sich allein zur Bezahlung der Forderung (durch den daraus zu erzielenden Kaufpreis) hinreichen würde²⁾, oder ob vielleicht nur die eine dazu genügt, die andere hingegen nicht, oder ob endlich beide, einzeln betrachtet, nicht zur Tilgung der Schuld zureichend sind; vielmehr entscheiden zwei, in den Rechtsquellen klar ausgesprochene Grundsätze. Der erste ist, daß im Zweifel, und wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich ausgemacht worden ist, jede einzelne zur Hypothek gegebene Sache auch als für die ganze Forderung, folglich als in solidum verpfändet angesehen werden soll, nicht aber etwa als bloß für die eine Hälfte, das Drittel u. s. w. der Forderung, während die andere Sache etwa für die andere Forderungshälfte zum Pfande gesetzt wäre. Dieß sprechen mehrere³⁾ Stellen deutlich aus, namentlich sagt es folgende:⁴⁾

Quamvis constet specialiter quaedam et universa bona generaliter adversarium tuum pignori accepisse, et aequale jus in omnibus habere —

daher dieser Grundsatz, welchen man den der Solidarität nennen könnte, so viel der Verf. weiß, niemals bestritten worden ist. Der zweite besteht darin, daß der

2) Es könnte auffallend scheinen, daß der Schuldner für eine Forderung mehrere Objecte verpfänden sollte, deren jedes schon für sich zur Tilgung derselben hinreichte, allein man bedenke das Mißtrauen des Gläubigers, das mögliche Steigen oder Sinken des Werthes der Gegenstände, etwaige Rechtsungewißheit über das Vorhandenseyn von vorgehenden Pfandrechten auf der einen oder anderen Sache, und man wird diese, in dem schon erwähnten Rechtsfalle mehrfach vorgekommene Erscheinung nicht länger auffallend finden.

3) L. 10. 16. §. 8. D. de pignoribus (20. 1.) L. 2. Cod. de pignoribus (8. 14.) Schriftsteller hierfür zu citiren wäre in der That völlig überflüssig.

4) L. 2. Cod. cit.

368 Guyet, üb. d. Befriedigung eines mit mehreren

auf mehreren Gegenständen mit Specialpfandrechten versehene Gläubiger die Befugniß hat, von diesen Sachen ganz nach Gutdünken auszuwählen, welche er will, und sich durch ihren Verkauf bezahlt zu machen, welche gesetzliche Gestattung des Wahlrechtes denn freilich aus dem Grundsatz der Solidarität, und der daneben vorhandenen Rechtsunmöglichkeit, daß der Gläubiger mehr als den Betrag seiner Forderung erhalte, schon von selbst folgt, allein auch in den Quellen deutlich ausgesprochen wird.⁵⁾

Modestinus lib. IV. regularum.

Creditoris arbitrio permittitur, ex pignoribus sibi obligatis, quibus velit distractis, ad suum commodum pervenire.

Aus diesen beiden Maximen folgt also das klare Resultat, daß der Gläubiger, welcher in diesem ersten Falle auf ihm nachstehende, allein gleichfalls mit Pfandrechten, also mit Realrechten auf die ihm verpfändeten Objecte versehene Gläubiger keine Rücksicht zu nehmen hat, weil sich keine solchen vorfinden, und bloß persönliche Forderungen anderer Gläubiger natürlich nicht in Betracht kommen, — ganz nach freier Wahl die eine oder die andere Pfandsache, oder auch wenn er will, beide Objecte verkauft, um sich durch den Erlös aus ihrem Verkaufe bezahlt zu machen; dies Wahlrecht würde dem Gläubiger selbst bei eröffnetem Concurse nicht abzuspochen seyn, falls nur nicht andere Pfandgläubiger hinsichtlich derselben Pfandgegenstände mit ihm collidiren.

II.

Auf ganz anderen Gründen beruht die Entscheidung des zweiten Falles, nämlich alsdann, wenn dem Gläubiger zwar auch verschiedene Gegenstände wegen derselben Forde-

5) I. 8. D. de distract. pignorum (20. 5.) Gesterding vom Pfandrechte S. 315. Westphal Pfandrecht S. 189. Thibaut Pandectensystem S. 798. (652.), u. f. w.

rung, und zwar jeder derselben speciell, verpfändet worden sind, allein nur der eine noch mit Nachhypotheken zu Gunsten anderer Gläubiger dieses Schuldners belastet, der andere hingegen nicht weiter *) verpfändet ist. Hier könnte man nun durch eine starre Consequenz leicht auf die Idee gerathen, daß das so eben angeführte Princip des unbedingten Wahlrechtes ebenfalls durchgreifen, folglich dem Gläubiger das Recht zustehen müßte, zu wählen, welche von beiden ihm speciell verhypothecirten Sachen er angreifen und zu seiner Befriedigung verkaufen wollte, gesetzt, daß er auch gerade diejenige Sache wählte, auf der die Nachpfandrechte lasten, welche mithin ganz oder zum Theile durch seine Wahl wirkungslos und zernichtet werden würden. Allein man darf nicht vergessen, daß zwischen dem mit den mehreren Spe-

6) Es sey hier erlaubt, dem möglichen Einwurfe zu begegnen, daß der Verf. bei seiner Darstellung einen noch anderweitig denkbaren Fall ganz übersehen habe, wenn nämlich von den mehreren, demselben Gläubiger und wegen derselben Forderung speciell verhypothecirten Sachen, eine oder gar alle mit Pfandrechten belastet sind, welche dem Pfandrechte dieses hier fraglichen Gläubigers voraustehen. Allein dieser allerdings leicht sich ereignende Fall gehört gar nicht hierher. Denn für den hier fraglichen Gläubiger kommt jede ihm verpfändete Sache nur so weit in Betracht, als sie für ihn rechtlich im Pfandnerus existirt, d. h. in so weit, als nicht ihr Werth (oder Kaufpreis) von dem mit vorgehendem Pfandrechte versehenen Gläubiger hinweggenommen wird, denn nach dem bekannten Grundsatz: *nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet*, konnte der Schuldner dem hier fraglichen zweiten oder nachstehenden Pfandgläubiger nur noch so viel von dem Werthe seiner Sachen verpfänden, oder, genauer gesprochen, ihm nur noch hinsichtlich so vielen Werthes der Sache ein eventuelles, und zum *jus in re* erhobenes Verkaufsrecht übertragen, als er nicht bereits durch die erste Verpfändung dem ersten und voraustehenden Gläubiger gegeben, folglich noch in seiner juristischen Disposition hatte. Hat aber der Schuldner später die Vorhypothek getilgt, so ist nun der hier in Betracht kommende Gläubiger wieder unbeschränkt geworden.

370 Guyet, üb. d. Befriedigung eines mit mehreren

cialhypotheken versehenen Gläubiger und den Nachgläubigern eine wahre s. g. *directe Collision* hinsichtlich der ihnen sämmtlich verpfändeten Sache stattfindet, während jener Erste hinsichtlich der anderen, nur ihm allein verpfändeten Sache sich außer aller *Collision* befindet. Für solchen Fall haben wir aber die Entscheidung in dem, durch die Rechtsquellen vielfach ⁷⁾ ausgesprochenen und angewendeten Grundsatz, daß Niemand eine Handlung, welche er an sich innerhalb der Gränzen seiner Rechtsbefugniß ausüben würde, mithin in *abstracto* rechtlich vornehmen dürfte, so vornehmen könne, daß dadurch einem Andern ein Schaden zugefügt werde, insofern als der Handelnde aus dieser seiner Handlung oder aus der von ihm beabsichtigten Art ihre Bornahme, ganz und gar keinen Vortheil erhalten, und überhaupt keinerlei Interesse dabei haben würde. Diese, der *aequitas* so durchaus angemessene Pflicht spricht besonders folgendes Fragment ⁸⁾ aus:

Macer lib. II. de off. Praesidis.

Opus novum privato etiam sine principis auctoritate facere licet, praeterquam si ad aemulationem alterius civitatis pertineat —

und Justinian selbst verordnet in einer (jedoch nicht glosfirten) *Novelle* ⁹⁾, in welcher er eine Verordnung von Zeno über das Verbauen der Aussicht auf das Meer (die er *rem omnium gratissimam* nennt) wiederholt und einschärfend ausdehnt, folgendes:

7) L. 38. D. de rei vindicatione (6. 1.) L. 9. D. de servitutib. (8. 1.) L. 1. §. 12. L. 2. §. 9. D. de aquae et aq. pluv. (39. 3.) L. 1. §. 6. D. ne quid in flum. (43. 13.) cf. c. L. 26. D. de damn. inf. (39. 2.) L. 3. Cod. per quas personas (4. 27.) *Faber jurispr. Papinian. p. 286. Carpzov. jurispr. forens. P. II. const. 41. def. 11. f. auch Weber v. der natürl. Verbindlichkeit, S. 442—445.*

8) L. 3. pr. D. de operibus publicis. (50. 10.).

9) *Novell. 63. praef. cap. 1.*

Specialhypotheken versehenen Gläubigers. 371

— aedificet — aedificia faciens tanquam necessaria sibi et inevitabilia futura, non autem propter vicini laesionem construat parietes et velut ex quadam pictura talem extendens machinationem, privationem aspectus arripiat.

Hieraus folgt nun für die vorliegende rechtliche Untersuchung, daß, sobald der mit zwei oder mehreren Specialhypotheken versehene Gläubiger gar keinen Nachtheil oder Vortheil davon hätte, wenn er gerade die eine, oder aber die andere der ihm wegen derselben Forderung verpfändeten Sachen zum Verkaufe (behufs seiner Befriedigung) auswählte, namentlich wenn er aus jedem der beiden Pfandobjecte eben so rasch und mühelos seine gänzliche oder theilweise Bezahlung empfangen könnte, wie aus dem Anderen, er alsdann rechtlich verpflichtet ist, sich seines Wahlrechtes nicht zum Schaden der, auf der einen Sache Nachhypotheken habenden Gläubiger ¹⁰⁾ zu bedienen, sondern in diesem Falle — aber auch nur in diesem allein — sich nothwendig zuvörderst an die andere, nicht mit Nachhypotheken belastete, ihm aber ebenfalls verpfändete Sache halten muß, so daß den Nachhypothecariern die andere Sache ganz, oder doch zum Theile übrig bleibt, und sie daraus ihre Befriedigung erhalten können ¹¹⁾.

Uebrigens bedarf es wohl hier noch der Bemerkung, daß man sich nicht etwa durch die sogenannten zwei Classen der Pfandforderungen in unserem Concursproceß irre führen lassen und glauben darf, daß ein privilegirter, mithin in der

10) Die etwaige Collision mit anderen auf der verpfändeten Sache ruhenden jura in re, z. B. Dienstbarkeiten, ist hier nicht zu erwähnen, da sie keine wahre Collision ist, und solche Rechte durch den Verkauf des Pfandobjectes von Seiten des Pfandgläubigers ja bekanntlich nicht untergehen.

11) Diese Ansicht ist sehr gut und klar ausgesprochen in der Badischen Proceßordnung §. 897, und scheint auch in der, jedoch äußerst dunkel sich ausdrückenden Bairischen Prioritätsordnung vom 1ten Juni 1822. §. 19. Abs. 1. enthalten zu seyn.

372 Guyet, üb. d. Befriedigung eines mit mehreren

zweiten Classe stehender und mit dem angeführten zweifachen Specialpfandrechte versehener Gläubiger, auf einen einfachen Pfandgläubiger der dritten Classe, welcher an einer der ihm verpfändeten Sachen eine nachstehende Hypothek erhalten hat, keine Rücksicht zu nehmen brauche ¹²⁾, sondern durch seine Wahl denselben beliebig und rücksichtslos beschädigen dürfe. Vielmehr bezeichnet diese ganze sogenannte Classeneintheilung der Pfandrechte nichts anders, als die gesetzlichen Vorzüge, welche einzelnen Pfandrechten zum Zwecke der aufzuhebenden Collision mit anderen Pfandrechten, ertheilt worden sind; Collision findet aber dennoch zwischen privilegierten und nicht privilegierten, auf die nämliche Sache errichteten Pfandrechten statt, da beide noch immer und in gleicher Weise Pfandrechte sind, und die hier vertheidigte Entscheidung muß also auch in einem solchen Falle gelten.

III.

Bei weitem am schwierigsten, und jedenfalls eine verwickelte Berechnung in der Anwendung erfordernd, ist aber der dritte hier denkbare Fall, wenn nämlich jede der mehreren, wegen derselben Forderung dem nämlichen Gläubiger speciell verpfändeten Sachen, noch mit Nachhypotheken belastet ist, wo nun die gerechte und billige Berücksichtigung dieser Nachgläubiger Schwierigkeiten herbeiführt. Eben deshalb ist dieser in den Quellen des gemeinen Rechtes gänzlich unberührt gebliebene Punct, neuerdings in einigen Landesrechten, obwohl auf verschiedene Weise, behandelt worden, und es findet sich in der Literatur dieser einzelnen Landesrechte auch hier und da eine eigenthümliche Ansicht darüber vor, so daß es möglich ist, verschiedene Theorien über die Entscheidung dieses Falles mitzutheilen.

Die erste Ansicht kann man am passendsten die Prior

12) So hatte in der That in dem schon erwähnten Rechtsfalle ein sonst sehr verdienstliches Urtheil einer berühmten deutschen Juristenfacultät annehmen zu können geglaubt.

Specialhypotheken versehenen Gläubigers. 373

ritätstheorie nennen, obwohl sie auch das Societätsprincip genannt wird, denn sie geht darauf hinaus, daß, wenn die nämliche Forderung mit Hypothek auf mehreren Sachen — in den fraglichen Landesrechten ist stets nur die Rede von Immobilien — versehen, diese Objecte aber auch noch mit Nachhypotheken belastet sind, und der Erlös aus diesen Gegenständen (aus einem oder aus allen) nicht dazu hinreicht, um alle mit Pfandrecht darauf angewiesenen Forderungen zu tilgen, die Kaufschillinge aller dieser verhypothecirten Güter zusammengeworfen, und aus diesem Gesammtterlöse die auf alle jene Güter hypothekarisch versicherten Forderungen, nach der Priorität der Zeit, ohne Unterschied auf welches Gut sie ursprünglich mit Pfandrecht versehen waren, bezahlt werden sollen¹³). Folgendes Beispiel mag das Gesagte erläutern. Auf dem Gute X, für welches 8000 Thlr. erlöst worden sind, hat A ein Pfandrecht wegen einer Forderung von 5000 Thlr., ihm steht nach das ebenfalls auf X ruhende Pfandrecht des B wegen einer Forderung von 4000 Thlr., und endlich hat auch C das jüngste Pfandrecht an dem Gute X wegen einer Forderung von 3000 Thlr., B hat jedoch wegen seiner schon erwähnten Forderung auch ein Pfandrecht an dem, für 4000 Thlr. verkauften Gute Y erhalten, auf welchem noch eine Nachhypothek zu Gunsten des D für den Belauf von 4000 Thlr. ruht; das Pfandrecht des A ist im Jahre 1803 errichtet, die beiden Pfandrechte des B sind von 1804, jenes des C von 1805, und endlich D hat sein Pfandrecht erst 1806 erhalten. Es ruhen also auf

13) Wörtlich aus dem Bairischen Prioritätsgesetze a. a. O. Abs. 2. ausgezogen; ihm ist, eine ganz unbedeutende Modification abgerechnet, das Württembergische Pfandgesetz Art. 98. 99. gleichdenkend. S. über beide Gesetze: Bezzel über Anweisung von Forderungen, die auf mehrere Immobilien eingetragen sind 1c. 1829. besonders S. 20. ff. Mayer, Commentar zu dem Württembergischen Pfandgesetze Th. II. S. 68 — 99. Seeger Erläuterung des Würtemb. Pfandgesetzes, S. 312. ff. besonders S. 319 — 322.

374 Guyet, üb. d. Befriedigung eines mit mehreren

X, das 8000 Thlr werth ist, für 12,000 Thlr hypothecarische Schulden, und auf dem 4000 Thlr ertragenden Gute Y ruhen solche Schulden für 8000 Thlr; beide Schuldsommen werden addirt, jedoch mit Abzug des doppelten Anschlages der Forderung des B auf beiden Pfandobjecten, mithin ergiebt sich die Gesamtsumme der Schulden mit 16,000 Thlr; der Werth beider Güter wird ebenfalls mit 12,000 Thlr zusammengeslagen, und davon nun sämtliche Schulden nach ihrer Priorität bezahlt, so daß A mit 5000 Thlr, B mit 4000 Thlr und C mit 3000 Thlr ihre volle Bezahlung erhalten, D hingegen, als der jüngste Gläubiger, gänzlich durchfällt, da für ihn nichts mehr übrig ist — man sieht leicht, daß diese Theorie den gordischen Knoten nur zerhaut, und sich die Sache allerdings sehr bequem gemacht hat. Allein diese Behandlungsweise ist in der That völlig, und zwar aus dem einfachen Grunde verwerflich, weil sie dem Rechtsgrundsatz von der Specialität der einzelnen Hypotheken geradezu entgegen ist, d. h. weil, wenn in dem vorstehenden Beispiele jeder Pfandgläubiger, wie es sich nothwendig gebührt, nur aus der ihm verpfändeten Sache seine Befriedigung erhalten soll, nicht D, sondern C mit seinem Ansprüche durchfallen muß, indem er die letzte Hypothek auf das Gut X erhalten hat, und dieses Gut nur 8000 Thlr werth ist, welche Erlös-Summe schon durch die beiden, dem C vorgehenden Hypothekarforderungen des A und B weggenommen wird, und nicht einmal zu deren vollständiger Tilgung hinreicht¹⁴⁾. Dem C aber Etwas aus dem Erlöse des Gutes Y zukommen zu lassen, welches ihm gar nicht verhypothecirt ist, ist offenbar unbillig, entbehrt aller rechtlichen Begründung und ist eine wahre Beraubung des D, der

14) Dies wurde bei der Berathung über die Bairische Prioritätsordnung in der Kammer der Reichsräthe auch sehr richtig gegen das Gesetz, sowie es später wirklich zu Stande gekommen ist, eingewendet, allein dieser Einwand hatte, unbegreiflich genug, keine Wirkung, Bezzel a. a. D. S. 4 — 15.

aus dem Erlöse von Y, auch nach einer proportionellen Bezahlung der darauf gleichfalls hypothecarisch angewiesenen Forderung des B, doch noch mit einem Theile seines Anspruches befriedigt werden könnte, und ein reales Recht darauf hat.

Eine zweite Theorie hat Mayer ¹⁵⁾ aufgestellt, welche jedoch noch weniger gebilligt werden kann. Er läßt nämlich (an sich sehr richtig) zuvörderst den vorstehenden Gläubiger ganz bezahlen, wirft dann den sich ergebenden Rest des Erlöses beider Güter in eine Masse zusammen, und befriedigt daraus sowohl den auf beide Güter mit Specialhypotheken wegen der nämlichen Forderung versehenen Gläubiger, als auch die Nachpfandgläubiger, und zwar diese letzteren im Verhältniß der Größe ihrer Forderungen. Im angeführten Beispiele würde also zuerst A mit seinen 5000 Thlrn ganz bezahlt, darauf der Rest des Erlöses aus X mit 3000 Thlr mit dem Erlöse aus Y zu 4000 Thlr zusammengeschlagen werden, aus dieser Gesamtsumme von 7000 Thlr nunmehr B seine volle Bezahlung mit 4000 Thlr erhalten, da er auf jedem Gute seine Hypothek hat, mithin auch (angeblich) jedes ihm pro rata für seine Forderung haftete!, und endlich würde der Rest von 3000 Thlr unter C und D nach Verhältniß der Größe ihrer Forderungen vertheilt werden, mithin, da sich die Forderung des C zu derjenigen des D wie 3 zu 4 verhält, C drei Siebentheile oder 1285 Thlr 17 Ggl 2 Pf ¹⁶⁾, D hingegen vier Siebentheile oder 1714 Thlr 6 Ggl und 10 Pf bekommen. Allein diese Theorie entbehrt nicht nur jedes denkbaren Grundes, sondern sie widerstreitet auch direct dem schon oben aus den Quellen bewiesenen Grundsatz, daß jede verpfändete Sache solidarisches für die darauf gelegte Pfandforderung haftet, sie setzt

15) Mayer Commentar a. a. O. S. 85. ff., eine ausführliche Begründung obiger Ansicht findet sich daselbst nicht vor.

16) Die in Münzen nicht auszudrückenden Bruchtheile werden geſchloſſen weggelaſſen.

eine gar nicht vorhandene proportionelle Societät der Pfandgläubiger voraus, und verletzt endlich dadurch das heilige Princip der Priorität auf das äußerste; man kann sie daher nur den, in der Praxis freilich leider nicht seltenen, und dort aus einer gewissen Verzweiflung hervorgehenden sogenannten Schnitterurtheilen vergleichen, und muß sie, gleich diesen Urtheilen, ganz verwerfen.

Die dritte Methode hat, wie es scheint, den meisten Beifall gefunden ¹⁷⁾, und bietet auch allerdings für die Anwendung nur geringe Schwierigkeiten dar; man kann sie eigentlich die Societätstheorie nennen. Hiernach werden die auf mehreren Gütern speciellement ruhenden, zur Sicherheit für dieselbe Forderung demselben Gläubiger gegebenen Hypotheken, zwar von dem Erlöse jedes dieser Güter befriedigt, allein natürlich nicht aus jedem Erlöse zum vollen Werthe der Forderung (die ja sonst doppelt bezahlt würde), sondern nach dem Verhältnisse des, durch das (bei der Versteigerung der Güter) auf jedes derselben geschehene höchste Einzelangebot, zu bestimmenden Werthes dieser Güter. Es würde also in dem obigen Beispiele, dessen wir uns zur besseren Veranschaulichung überall bedienen wollen, zuvörderst A aus dem Erlöse von dem Gute X seine Forderung von 5000 Thlr erhalten, und dann B aus dem Reste dieses Erlöses mit 3000 Thlr und aus dem Separatgebote für Y von 4000 Thlr. dergestalt befriedigt werden, daß er in Verhältniß des Einzelwerthes beider Güter aus jedem Separatkauffchilling einen Theil seiner Forderung erhielte, mithin, da der (volle) Werth von X zu dem Werthe von Y sich, wie 2 zu 1 verhält, aus dem Erlösreste von X zwei Drittheile seiner Forderung von 4000 Thlr, oder 2666 Thlr 16 Ggl und aus dem Erlöse

17) S. Bezzel a. a. D. §. 19. S. 57. ff. Seeger Erläuterung a. a. D. S. 317. Gönner Commentar über das Bairische Hypothekengesetz Th. I. S. 472 — 474. Auch nahm ein einheimisches Urtheil in dem schon erwähnten Rechtsfalle diese Methode an, s. noch die folgende Note.

von Y ein Drittheil d. h. 1333 Thlr 8 Ggl bekäme, der alsdann noch bleibende Rest des Erlöses aus X aber dem C und der Rest des Erlöses aus Y dem D zu ihrer Bezahlung angewiesen werden müßte. Allein es ist augenscheinlich, daß diese Ansicht einem doppelten Fehler unterliegt, der sie ebenfalls als verwerflich darstellt. Einmal nämlich liegt darin die ziemlich grobe Vermengung des Werthes des verhypothecirten Gutes überhaupt, mit dem verpfändeten Werthe desselben, d. h. man hat übersehen, daß dem Gläubiger, in unserem Falle dem B, keineswegs immer der volle Werth des Pfandobjectes verpfändet ist, sondern nur so viel davon, als noch unverpfändet geblieben und zu seiner Befriedigung nothwendig ist, da über den schon vorher verpfändeten Theil des Objectes der Schuldner nicht mehr durch neue Verpfändung wirksam disponiren konnte, und er mehr, als zu Sicherheit der Forderung von dem Werthe des Objectes nöthig war, unstreitig nicht verpfänden wollte¹⁸⁾; es ist also in dem gebrauchten Beispiele ganz irrig, wenn

18) Auch die allgem. Preussische Gerichtsordnung Thl. I. Tit. 50 S. 521 befolgt das oben geschilderte Societätsystem, allein mit Vermeidung des einen oben angegebenen Fehlers. Sie sagt nämlich:
 „Wenn ein Creditor mit einem Capital auf mehrere Grundstücke zugleich eingetragen ist, so kann die Frage entstehen: nach welchen Verhältnissen er auf die Kaufgelder eines jeden derselben angewiesen werden soll? Als dann müssen von den Kaufgeldern eines jeden Gutes die, einem solchen Gläubiger vorstehenden Posten abgerechnet; die sodann von jedem übrig bleibenden Quanta addirt, die Summe davon mit der Summe seiner Forderung in Proportion gesetzt, und folchergestalt dasjenige, was er von jedem der beiden Kaufgelder zu erhalten hat, nach der Societätsregel bestimmt werden. Wenn also z. B. die Forderung eines solchen Gläubigers 5000 Rthlr beträgt, und von den Kaufgeldern des ersten Gutes, worauf diese Forderung eingetragen ist, nach Abzug der vorstehenden Posten 20,000 Rthlr, von den zweiten aber nur 5000, folglich zusammen 25,000 Rthlr übrig bleiben, so wird dieser Creditor von den Kaufgeldern

378 Guyet, üb. d. Befriedigung eines mit mehreren

man den vollen Werth von X mit 8000 Thlr zur Basis der Verhältnißrechnung macht, und man darf in der That nur noch 3000 Thlr in Anschlag bringen, weil das Gut X für die übrigen 5000 Thlr dem A schon vorher verpfändet gewesen ist. Sodann aber beruht diese ganze Societätstheorie offenbar auf der Meinung, daß die mehreren, für dieselbe Forderung speciell verpfändeten Gegenstände verhältnißmäßig, und zwar nach Verhältniß ihres Werthes verpfändet seyen, und folglich auch nur verhältnißmäßig haften müßten, insofern aus jedem der mehreren Pfandobjecte an sich gänzliche oder theilweise Befriedigung der Forderung möglich wäre. Dies ist aber nun gerade nicht allein eine ganz willkürliche Annahme, sondern obendrein falsch, indem, wie schon oben S. 367. gezeigt worden ist, wo der Grundsatz der Solidarität der mehreren Hypotheken angegeben wurde, jedes Pfandobject auch für die ganze Forderung verpfändet worden ist, daher wir lediglich darauf zu verweisen nöthig haben.

Eine vierte Theorie, welche aber unseres Wissens nur in dem französischen Rechte ¹⁹⁾ aufgestellt worden ist, könnte

„des ersten Gutes mit 4000 Rthlrn und aus denen des zweiten nur mit 1000 Rthlrn befriedigt.

Man sieht, daß hier der Fehler zwar vermieden ist, den vollen Werth des Pfandobject's, d. h. ohne Abzug des den Vorpfändern schon zustehenden Theiles des Werthes, in Anschlag zu bringen, allein der andere Fehler ist auch hier begangen, daß der ganze Ueberrest zur Basis gemacht wird, also in dem Beispielsfalle des Preussischen Gesetzes bei dem ersten Gute volle 20,000 Rthlr., während doch dieses Gut unserem Gläubiger nur für 5000 Rthlr. verpfändet war, mithin sein Werth auch nur für diesen Betrag von 5000 Rthlr in Anschlag kommen konnte.

19) Der *Code civil* Art. 2129 erlaubt, wie das Oesterreichische Gesetzbuch S. 458 das Geben mehrerer Specialhypotheken für dieselbe Forderung, ohne aber unseren Gegenstand weiter zu berühren, ein Arrêt des Appellhofes zu Paris von 1810, s. Guichard *jurisprudence hypothec.* T. IV. S. 146 bestimmte aber: „que

man die Wahltheorie nennen; sie hält sich ganz einfach an das, wie schon vorher ebenfalls gezeigt wurde, in den Quellen des gemeinen Rechtes dem Gläubiger gegebene Recht, von den mehreren ihm speciell verpfändeten Objecten zu wählen, welches er zu seiner Befriedigung angreifen will, und gestattet ihm diese Befugniß auch in unserem Falle. Dann müßten also die Nachgläubiger zusehen, wie sie zurecht kämen; allein wenn man bedenkt, daß nun der Gläubiger (vielleicht auch von den Nachgläubigern des einen Objectes berebet oder gar bestochen) die eine Pfandsache wählen, und dadurch allen darauf mit Nachhypotheken versehenen Gläubigern ihre Ansprüche zernichten könnte, während er das andere Pfandobject gar nicht angriffe und es also den darauf angewiesenen Nachgläubigern ganz frei ließe, daß er seinerseits und für sich durchaus kein Interesse bei einem solchem Verfahren haben könnte, die Willigkeit aber auf das gröblichste verletzt und auf das ärgste in aemulationem alterius (s. Note 8) gehandelt werden würde, so muß man diese Ansicht wohl entschieden mißbilligen.

Endlich kann noch eine fünfte Theorie erwähnt werden ²⁰⁾, welche sich jedoch nur auf den Fall beschränkt, wenn von den beiden, wegen derselben Forderung dem Gläubiger gegebenen Spe-

le créancier, qui a privilège sur plusieurs immeubles vendus, dont le prix est à distribuer, peut l'exercer sur celui de ces immeubles qu'il veut choisir“, mithin ist die Wahltheorie aufgestellt — die weiter folgende Bestimmung: „que ce privilège doit ensuite être reversé fictivement sur les autres immeubles proportionnellement, pour éviter de nuire aux créanciers inscrits sur le même immeuble“ sagt freilich gar nichts, wie Gönner a. a. D. S. 465 mit Recht bemerkt, da nicht angegeben ist, auf welche Art jenes reverser fictivement practisch ausgeführt werden soll. Gegen das Wahlrecht in diesem Falle hat sich auch Bezzel a. a. D. S. 26, 27 erklärt.

²⁰⁾ Sie ist zwar nicht mit Citaten aus Schriftstellern zu belegen, kam jedoch in dem schon oben (Note 12) angeführten Facultätsurtheile vor.

cialpfandrechten das eine eine erste Hypothek und das andere eine Nachhypothek ist, auf beiden Pfandobjecten aber noch anderweitige Nachhypotheken ruhen. Hier geht man nämlich von der Annahme aus, daß offenbar diejenige der beiden Specialhypotheken, welche eine erste Hypothek ist, die eigentliche und hauptsächliche sey, die andere hingegen, welche eine Nachhypothek ist, nur zur Aushülfe auf den Fall der Insufficienz des Gegenstandes jener ersten Hypothek bestimmt sey, und verweist also den, mit zweifachem Pfandrechte begabten Gläubiger zunächst ausschließlich auf den Erlös aus derjenigen Sache, auf welche er die erste Hypothek hat; in dem oft gebrauchten Beispiele würde B seine volle Befriedigung aus dem Erlöse des Gutes Y von 4000 Thlr erhalten, mithin dem D nichts übrig bleiben, dagegen blieben die, nach Befriedigung des A, welcher auf dem Gute X die erste Hypothek hat, restirenden 3000 Thlr dem C ganz allein zu Gute, weil B, der hinsichtlich des Gutes X nur ein Nachpfandgläubiger ist, sich an den Erlös aus diesem letztgedachten Gute nur dann zur Aushülfe halten dürfte, wenn der Erlös aus dem Gute Y zu seiner Bezahlung nicht hinreichte. Indessen muß man auch diese Methode, abgesehen davon, daß sie den Fall ganz unentschieden läßt, wenn der mit doppeltem Pfandrechte versehene Gläubiger auf beiden Objecten erste oder aber auf beiden nachstehende Pfandrechte hat, verwerfen, und zwar wieder aus einem zweifachen Grunde. Einmal ist nämlich jene Annahme, daß diejenige Hypothek, welche Nachhypothek ist (im Beispiele, die Hypothek des B auf dem Gute X), lediglich eventuell und zur Aushülfe für die andere Hypothek, welche eine erste ist, (im Beispiele die Hypothek des B am Gute Y) bestimmt sey, eine factisch absolut unbegründete und ermangelt aller Wahrscheinlichkeit. Im Gegentheile muß man im Zweifel, d. h., falls nicht ausdrücklich der Schuldner eine zweite Hypothek bloß zur eventuellen Sicherheit für die von ihm bestellte erste oder Haupthypothek errichtet hat, behaupten, daß der Gläu-

biger, der sich beide Pfandrechte ohne Einschränkung für die nämliche Forderung bestellen ließ, beide als einander gegenseitig subsidiair ansah, d. h. jedes auf den Fall der Insufficienz des anderen zur Ausbülfe benutzen wollte; und zwar ist dies um so mehr anzunehmen, weil ja auch eine Nachhypothek für sich allein recht gut (bei Geringfügigkeit der vorgehenden Pfandrechte) zur Tilgung der Pfandforderung hinreichen kann, und dann für den Gläubiger an Werth einer ersten Hypothek gänzlich gleichsteht. Sodann aber ist wieder der oben ausgeführte Grundsatz bei dieser Theorie übersehen, daß jedes der mehreren Pfandobjecte für die Forderung solidarisch verpfändet ist, mithin die Annahme der bloß eventuellen Verpfändung des einen, und der wahren und ernstlich gemeinten Verpfändung hinsichtlich des anderen Objectes, geradezu contra legem streitet; bedenkt man aber vollends, daß man nach dieser Theorie den einen Nachgläubiger des fraglichen Doppelpfandgläubigers eben so exorbitant drückt und allen Nachtheil tragen läßt, als man den Anderen begünstigt und von allem Schaden befreit, so möchte wohl ernstlich von dieser Methode kaum gesprochen werden können.

Es scheint vielmehr, nach Verwerfung aller dieser Behandlungsmethoden nur ein einziger Weg übrig zu seyn, auf welchem man bei Beantwortung der, in der Ueberschrift dieses Versuches bezeichneten schwierigen Frage eben so sehr den Anforderungen des strengen Rechtes, als der Billigkeit genügen kann; und um diesen Weg zu betreten, bedarf es nur, daß man mit strenger Consequenz die schon oben erwähnten zwei römischen (und philosophischen) Rechtsgrundsätze durchführe. Diese sind aber, daß jedes der mehreren wegen derselben Forderung verpfändeten Objecte als dafür solidarisch verpfändet anzusehen ist, und sodann, daß der Gläubiger sich bei diesem seinem doppelten Rechte und der, wie gezeigt, damit zusammenhängenden Wahlbefugniß, so benehmen muß, daß er, falls er selbst dabei kein mit der Bezahlung seiner

Forderung zusammenhängendes entgegenstehendes Interesse hat — denn wäre dies beweislich der Fall, so würde er, als vorgehender Gläubiger, sich immer und in jedem Falle seines Wahlrechts zur Wahrung seines Interesse bedienen dürfen — keinen sonstigen Interessenten, d. h. keinen der auf beiden Objecten vielleicht vorhandenen Nachpfandgläubiger mehr beschädige, als den anderen, und mehr, als es die nothwendige Ausübung des ihm zustehenden Vorpfandrechts mit sich bringt.

Geht man von diesen beiden Rechtsgrundsätzen mit möglichster Consequenz aus, so muß man vor allen Dingen den Doppelpfandgläubiger, weil ihm jede der beiden (oder mehreren) verhypothecirten Sachen für den ganzen Verlauf seiner Forderung verpfändet ist, wegen der vollen Summe seines Guthabens, auf den Erlös aus beiden Pfandobjecten, und zwar auf jeden für sich betrachtet, anweisen. Hieraus würde jedoch das Resultat entstehen, daß der Gläubiger, wenn jedes der Pfandobjecte schon für sich zu seiner Abzahlung hinreichte, doppelt so viel bekäme, als er eigentlich zu fordern hat, oder wenn der Erlös aus dem einen Objecte zur gänzlichen Tilgung der Schuld genüge, der Erlös aus dem anderen verpfändeten Gute aber etwa noch den halben Betrag der Forderung ausmache, würde der Gläubiger um die Hälfte mehr bekommen, als ihm gebührte, kurz er würde mehr erhalten, als er rechtlich zur Tilgung seiner Forderung ansprechen kann. Es muß ihm also ein Abzug gemacht werden, und zwar von solcher Größe, daß er gerade den Betrag seiner Forderung (natürlich mit Einschluß der Zinsen, Kosten u. s. w.) erhält; dieser Abzug muß, weil der Gläubiger mit seiner ganzen Forderung auf jeden der beiden Erlöse aus den zwei verhypothecirten Objecten angewiesen ist, auch an jeder der ihm aus beiden Erlösen zustehenden Tilgungssummen geschehen; endlich muß dieser Abzug von den beiden eigentlich (wegen der Solidarität beider Pfandrechte) dem Gläubiger aus den beiderseitigen Er-

lösen gebührenden Tilgungssummen, dergestalt geschehen, daß keiner der, auf beiden Objecten mit Nachhypotheken verlehenen Pfandgläubiger unverhältnißmäßig dadurch benachtheiligt wird.

Es handelt sich also nur darum, das Verhältniß anzugeben, in welchem von den, aus beiden Erlösen dem Gläubiger zustehenden Tilgungssummen, die Abzüge zu machen sind, und dieses Verhältniß scheint kein anderes seyn zu können, als das der Größe der, aus beiden Separaterlösen zusammen genommen dem Gläubiger möglicher Weise zustehenden Tilgungssumme, zu der Größe der Summe, welche er eigentlich zu fordern hat; mit anderen Worten, es muß der Abzug an jeder Tilgungssumme in Verhältniß derjenigen Quantität geschehen, welche der Gläubiger aus jedem Separaterlöse zuviel erhalten wurde; oder noch anders ausgedrückt, es muß von jeder der beiden, dem Gläubiger wegen der Solidarität seiner Pfandrechte anzuweisenden Tilgungssummen aus den beiden Separaterlösen, in Verhältniß desjenigen ein Abzug gemacht werden, was er bei der Addition der beiden ursprünglichen (vollen) Anweisungssummen zuviel (d. h. über den wahren Betrag seiner Forderung) erhalten würde, und in Verhältniß der Größe der ihm aus jedem Separaterlöse möglicher Weise zufallenden Tilgungssumme, wenn man beide in ihrem ursprünglichen vollen Betrage mit einander vergleicht.²¹⁾

Folgende Beispiele mögen das Gesagte erläutern, bei welchem der Verf. sich wohl bewußt ist, in einem fast nicht zu beseitigenden Kampfe mit der ungeschicklichen, und in solche

21) Von solchen Ungereimtheiten, wie z. B. davon, daß man eine f. g. Correalobligation der beiden Pfandobjecte, und folglich eine (auf die Hälfte reducirende) exceptio divisionis, oder gar gegenseitige Ansprüche der Pfandobjecte auf Schadloshaltung (!!) annähme, kann gar nicht im Ernste gesprochen werden, Bezzel a. a. O. S. 19. ff.

feine Angaben kaum einzupassenden Sprache gelegen zu haben, und daher fürchtet, einer gewissen Schwerfälligkeit des Ausdruckes nicht entgangen zu seyn. Zuerst soll das bisher stets gebrauchte Beispiel wiederholt werden, welches, auf den hier angegebenen Grundsatz angewendet, folgendes Resultat ergibt. Nach Vorabbezahlung des A mit 5000 Thlr, bleiben aus dem Erlöse von X noch 3000 Thlr übrig, auf welche also B mit seiner ganzen Forderung von 4000 Thlr angewiesen wird; ebenso wird er mit dieser Forderung auf den Erlös aus dem Gute Y mit 4000 Thlr angewiesen, und würde also demnach 3000 und 4000 Thlr = 7000 Thlr, mithin 3000 Thlr mehr erhalten, als seine Forderung beträgt, d. h. um drei Siebentheile zu viel. Es wird ihm folglich an der vollen Tilgungssumme, die er aus dem Erlöse von X angewiesen bekommen hat, ein Abzug von drei Siebentheilen gemacht, und ebensoviel wird ihm von der angewiesenen vollen Tilgungssumme aus dem Erlöse von Y abgezogen; in Zahlen ausgedrückt, es wird dem B von den angewiesenen 3000 Thlr aus dem Gute X $\frac{3}{7} = 1285$ Thlr 17 Ggl 2 Pf²²⁾ abgezogen, und er bekommt daher aus dem Erlöse von X die Summe von 1714 Thlr 6 Ggl 10 Pf, und von den angewiesenen 4000 Thlr aus Y werden dem B ebenso $\frac{3}{7} = 1714$ Thlr 6 Ggl 10 Pf abgezogen, und er bekommt mithin aus dem Erlöse von Y die Summe von 2285 Thlr 17 Ggl 2 Pf, welche Summe, mit der ihm aus dem Erlöse von X baar auszubezahlenden von 1714 Thlr 6 Ggl 10 Pf addirt, grade die ihm schuldigen 4000 Thlr beträgt. Es bleiben also für C, den Nachgläubiger auf dem Gute X, noch 1285 Thlr 17 Ggl 2 Pf übrig, und für D, den Pfandgläubiger auf dem Gute Y, bleiben noch 1714 Thlr 6 Ggl 10 Pf übrig, welche Restsummen wieder genau in dem

22) Die nicht in Münzen auszudrückenden, allzukleinen Bruchtheile sind auch hier geflissentlich weggelassen worden.

Verhältnisse der, aus beiden Separaterlösen zur Abzahlung des Borgläubigers B entnommenen Beitragsquoten stehen.²³⁾

Ein vielleicht noch besser erläuterndes Beispiel ist auch folgendes: Auf dem Gute T hat A wegen einer Forderung von 5000 Thlr das erste Pfandrecht, nach ihm hat B wegen einer Forderung von 500 Thlr das zweite, und C wegen eines Guthabens von 1500 Thlr das dritte Pfandrecht; außerdem hat A wegen der nämlichen Forderung auch das erste Pfandrecht auf dem Gute Z, an welchem noch D eine Nachhypothek für eine Forderung von 2000 Thlr besitzt. Es bricht Zahlungsunfähigkeit des Schuldners aus, das Gut T wird für 6000 Thlr und das Gut Z für 1000 Thlr verkauft. Nunmehr wird A, dem T für 5000 Thlr verpfändet ist, und welcher (nach der Solidarität solcher Pfandrechte) für dieselbe ganze Summe auch das Pfandrecht an Z hat, auf beide Separaterlöse aus beiden Gütern, und zwar auf jeden mit seiner ganzen Forderung angewiesen; diese könnte er aus dem Erlöse von T, welcher 6000 Thlr beträgt, auch mit 5000 Thlr ganz erhalten, und bleiben davon also jedenfalls 1000 Thlr für die Nachhypothekarier übrig, welche 1000 Thlr hier nicht weiter zu berücksichtigen sind; aus dem Erlöse von Z hingegen könnte A statt 5000 Thlr nur 1000 Thlr erhalten, da dieser Erlös nicht mehr beträgt. Er würde also 5000 Thlr und 1000 Thlr = 6000 Thlr empfangen, mithin ein Sechstheil mehr, als ihm in Wirklichkeit gebührt. Folglich ist ihm nun von der Summe, welche er aus jedem der

23) Der Verf. bittet sehr, sich nicht durch die Gleichheit der oben berechneten Summen, mit denjenigen, welche sich bei der S. 375. angeführten Mayer'schen Theorie ergeben, irre führen zu lassen; diese Gleichheit entsteht nur aus dem zufälligen Umstande, daß in dem oft gebrauchten Beispiele C 3000 und D 4000 Thlr fordert, mithin beide im Verhältniß von $\frac{3}{4}$ stehen. Hätte aber z. B. C 5000 Thlr zu fordern, so würde Mayer's Berechnung natürlich ganz anders lauten (im Verhältniß von $\frac{5}{9}$ während des Verf. Berechnung dadurch gar nicht verändert werden würde.

beiden Separaterlöse, vermöge der Solidarität seiner Pfandrechte an beiden Gütern, eigentlich angewiesen erhielt, in dem nämlichen Verhältnisse, also ein Sechstheil abzuziehen, er bekommt mithin aus dem Erlöse von T 5000 Thlr weniger $\frac{1}{6} = 833\frac{1}{3}$, oder in Gelde 4166 Thlr 16 Ggl, und aus dem Erlöse des Gutes Z 1000 Thlr weniger $\frac{1}{6} = 166\frac{2}{3}$, oder in Gelde 833 Thlr 8 Ggl, und diese beiden, ihm baar auszubehaltenden Summen von 4166 Thlr 16 Ggl und 833 Thlr 8 Ggl machen denn zusammen gerade die ihm schuldige Forderungssumme von 5000 Thlr aus. Hier bleibt also aus dem Erlöse von T (außer den vorweg abzuziehenden 1000 Thlr, die A in keinem Falle ansprechen kann) den Nachgläubigern B und C noch 833 Thlr 8 Ggl übrig, welche sie nach ihrer Priorität unter sich vertheilen mögen; die aus dem Erlöse von Z aber restirenden 166 Thlr 16 Ggl fallen dem darauf mit Pfandrecht stehenden D zu, und diese Restsummen stehen wieder genau im Verhältnisse der, dem A aus beiden Separaterlösen ursprünglich zustehenden vollen Tilgungssummen, nämlich in dem Verhältnisse von 5:1. Man sieht, daß diese Methode der oben angeführten dritten Theorie sich am meisten nähert, allein daß nicht der, an sich gar nicht maaßgebende volle Werth der Pfandobjecte, sondern die aus jedem der mehreren Pfandgegenstände dem Gläubiger eigentlich verpfändete Werthquote, unsere Tilgungssumme, die Basis dieser Proportionalrechnung seyn darf.

$$\begin{array}{r}
 5000 \text{ Thlr} \\
 - 1000 \text{ Thlr} \\
 \hline
 4000 \text{ Thlr} \\
 \times 5 \\
 \hline
 20000 \text{ Thlr} \\
 : 1000 \text{ Thlr} \\
 \hline
 20 \text{ Theile}
 \end{array}$$

XV.

Ueber die Einrede des nichterfüllten Vertrags.

Von

Herrn Geheimen Regierungsrath Dr. Heerwart zu Eisenach.

§. 1.

Uebermaß hat meine Theorie über das Wesen der *exceptio non adimpleti contractus* einen Gegner in dem Herrn Stadtrichter E. W. Schenk zu Jena gefunden, welcher in dieser Zeitschrift ¹⁾ eine neue, eben sowohl von der früher gewöhnlichen Meinung, als von der meinigen abweichende Ansicht aufstellt. Sie geht im Wesentlichen dahin:

Bei zweiseitigen Verträgen sey nicht unbedingt die Leistungsverbindlichkeit des einen Kontrahenten von der Leistung des anderen abhängig, sondern je nach der Verschiedenheit der Fälle sey bald

A., die gegenseitige Leistungspflicht durch die vorgängige Leistung des Andern gar nicht bedingt, bald sey

B., jene Pflicht für beide Theile gleichmäßig durch die vorgängige oder wenigstens gleichzeitige Leistung des Andern bedingt, bald müsse

C., nur ein Theil unbedingt mit seiner Leistung vorgehen.

Welche zweiseitige Verträge nun zu der einen oder der andern Klasse gehörten, sey eine *quaestio facti*, welche aus der Willensmeinung der Kontrahenten, aus der Art des Vertrages und den Sachverhältnissen zu entscheiden sey. Der Kaufvertrag insonderheit gehöre zu der letzten Klasse, und zwar müsse der Käufer zuerst das Kaufgeld zahlen, ohne vorher die Uebergabe der Sache verlangen zu können.

1) Bd. 16. Nr. IV. u. IX.

In allen Fällen aber, wo der auf Erfüllung klagende Theil mit seiner Leistung vorausgehen, oder sie wenigstens anbieten müsse, gehöre die Behauptung, daß er seiner Seite erfüllt habe oder zum Erfüllen bereit sey, zum Klaggrund, müsse in der Klage angeführt werden, und das Verlangen der Vorleistung von Seiten des Gegners sey nicht Gegenstand einer von diesem vorzuschützenden Einrede.

§. 2.

Obgleich Schenk im §. 1. seiner Abhandlung mir nur zum Vorwurf macht, daß ich zu weit gehe, wenn ich die Beziehung auf die geschehene Erfüllung auf Seiten des Klägers niemals als zum Klaggrund gehörig betrachten wolle, so ergibt doch der oben herausgehobene Inhalt seiner Theorie und deren weitere Ausführung augenfällig, daß er seiner Seite die *exceptio non adimpleti contractus* als eine wahre Einrede in keinem Falle anerkennt, also gerade den Hauptpunct bestreitet, worin meine Ansicht von der sonst gewöhnlichen abweicht, somit die erstere unter allen Umständen für unrichtig erklärt, während er die letztere doch wenigstens in einigen Fällen gelten läßt.

Ich glaube indessen, meine Ansicht, welcher der Beifall mehrerer competenten Beurtheiler zu Theil geworden ist ²⁾, gegen Schenks Einwürfe vertheidigen zu können. Daher diese Zeilen.

Bei der Beleuchtung jener Einwürfe erachte ich es für sachgemäß, mit dem Vertragsverhältniß zu beginnen, welches im Grunde die einzigen klaren gesetzlichen Quellen, und somit die zuverlässigste Grundlage für die ganze Lehre darbietet, nämlich mit dem Kaufvertrag.

2) Bethmann-Hollweg Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprocesses S. 344. Brandis in Schenks Jahrb. der juristischen Literatur Bd. XVII. S. 192. Heffter in der zweiten Ausgabe von Webers Verbindlichkeit zur Beweisführung S. 287.

§. 3.

Nach Schenck's Behauptung §. 8. soll der Käufer verbunden seyn, den Kaufpreis zu zahlen, ohne vom Verkäufer zugleich die Uebergabe der Sache verlangen zu dürfen, und zwar schon nach der Natur des Geschäfts, wie sie sich im täglichen Handel und Wandel abspiegelt.

Ich muß nun bekennen, daß ich im bürgerlichen Verkehr keinen Spiegel zu entdecken vermag, welcher jene Verbindlichkeit des Käufers erblicken ließe. Die Verhältnisse beider Kontrahenten sind sich ganz gleich, der eine will Geld, der andere Waare, es ist eben so bedenklich und gefährlich für den Käufer, das Geld, als für den Verkäufer, die Waare zuerst hinzugeben, der eine wie der andere creditirt, wenn er es doch thut, d. h. er verläßt sich auf die Redlichkeit seines Mitkontrahenten, und der Käufer ist wahrlich nicht gesicherter als der Verkäufer, denn die bloße Leistungsmöglichkeit auf Seiten des Letztern verbürgt noch keineswegs schlechterdings auch seinen Willen, den Vertrag zu erfüllen; er kann eben so gut nach empfangenem Geld die verkaufte Sache an einen Dritten verkaufen, verzehren oder sonst vernichten, und dem zahlenden Käufer das leere Nachsehen lassen, als dieser dem Verkäufer, der die Sache vor Empfang des Geldes hingab.

Uebrigens ist dieser von Schenck hervorgesuchte Unterschied bei vielen Kaufverträgen gar nicht einmal vorhanden, nämlich bei allen denen, wo nicht eine species, sondern eine Menge von vertretbaren (fungiblen) Sachen verkauft wird, von denen der Verkäufer im Augenblick des Vertrags gar nichts nothwendig zu besitzen braucht.

Wollte man aber aus dem, was gewöhnlich geschieht, einen Schluß auf die Natur des Geschäfts ziehen, so möchte dieser Schluß eher gegen als für Schenck's Meinung ausfallen. Denn Niemand wird wohl läugnen, daß von zehn Käufen wenigstens bei neunem der Verkäufer die Sache zuerst hingiebt, und den Preis erst später empfängt.

Man erinnere sich nur z. B. an die Gasthäuser und andere öffentliche Orte, wo es keinem Wirth einfällt, die Bezahlung vorweg zu verlangen, und keinem Gast, sie zuerst zu leisten, wo vielmehr der letztere gewöhnlich den Preis vorher gar nicht kennt, sondern erst nach empfangener, wohl gar verzehrter Waare sich nach dessen Betrag erkundigt. Auch jeder Richter wird die Erfahrung gemacht haben, daß Klagen auf Ueberlieferung der Waare nach bereits bezahltem Kaufpreis sehr selten sind, während Klagen auf Bezahlung des Preises für gelieferte Waaren sehr häufig vorkommen.

Lassen wir daher diesen mißlichen Beweis aus der Natur des Geschäfts, und fragen lieber, was die Gesetze enthalten. Hier wird denn zuerst S. 113. geltend gemacht, daß die Gesetze nur vom Verkäufer sagten:

rem venditam quasi pignus retinet, pretio non soluto,
keineswegs aber vom Käufer den Ausdruck brauchten:

pretium quasi pignus retinet.

Dieser Grund dürfte aber schon um deswillen nicht viel auf sich haben, weil bei der Entstehungsweise der Justinianischen Gesetzesammlung der Schluß aus dem, was die Gesetze nicht sagen, unter allen Umständen ein sehr gewagter ist.

Vollends aber wird jener Grund als nichtig erkannt werden, wenn man erwägt, daß ein Faustpfand (pignus) eine res certa, eine species voraussetzt, daher ein ganz unpassender Ausdruck für den Kaufpreis wäre, der ja nicht in bestimmten Geldstücken, sondern, so lang er nicht wirklich gezahlt wird, nur in Gedanken besteht.

Demnächst versucht Schenk, diejenigen Stellen, welche eine Zurückhaltung des Kaufgeldes bis zum Empfang der Sache gestatten, durch die Bemerkung S. 116 fgg. zu beseitigen, daß der Grund dieser gestatteten Zurückhaltung nicht in die bloße Nichtleistung von Seiten des Verkäufers, sondern in besondere, neu hinzugekommene, die Vertragsrechte umgestaltende, faktische Zustände gesetzt werde.

Bei der L. 5. C. de evict. (8. 45.) ist dieß nun allerdings nicht zu läugnen, da sie den Fall einer Verpfändung der verkauften Sache zum Gegenstand hat, deren Lösung durch die dort erwähnte *exceptio doli* einzig erlangt werden sollte.

Auch von der L. 5. §. 4. de doli exc. (44. 4.) ist das wahr, weil die *redhibitio servi* allerdings ein neu hinzugekommenes factum ist. Gleichwohl muß es hier schon bedenklich machen, daß Paulus sich nicht begnügt, die *exceptio redhibitionis* zu geben, sondern hinzufügt

etiam mercis non traditae exceptione summovetur, also eine Einrede erwähnt, die dem klaren Wortverstand nach auf nichts anders hinweist, als auf die einfache Nichterfüllung, ohne irgend ein neu hinzugekommenes factum anzudeuten, und deren Namen vernünftiger Weise gar nicht hätten entstehen können, wäre die Nichtübergabe der verkauften Sache etwas ganz bedeutungs- und wirkungsloses gewesen. Daß aber diese Einrede hier, wo doch die Uebergabe geschehen war, gegeben wurde, erklärt sich aus dem Bestreben der Römischen Juristen, das Feld der Rechtsmittel möglichst zu erweitern, und daraus, daß nach erfolgter *redhibitio* es so angesehen wurde, als sey eben die Uebergabe nicht geschehen ³⁾, gleichwie dies auch so geschah, wenn die übergebene Sache wieder entwährt worden war ⁴⁾.

Deutlicher belegt die L. 25. de act. emti (19. 1.) das Recht des Käufers, bis zu erfolgter Uebergabe das Kaufgeld zurückzuhalten. Es ist von einem Kauf der Weinlese auf dem Stock die Rede, wo, wie Schenk selbst zugiebt, S. 116, das Dulden des Abnehmens (*lectio*) die *traditio* vertritt, so daß nach erfolgtem Abnehmen die Trauben in das Eigenthum des Käufers übergehen, wenn er sie auch noch nicht von dem Grundstück des Verkäufers weggebracht

³⁾ L. 60. de aedil. ed. (21. 1.)

⁴⁾ L. 3. de act. emti. (19. 1.)

hat 5) Was steht nun in diesem Fall der Nichttradition gleich? Offenbar das Nichtdulden des Abnehmens, was eben nichts anderes als verhindern, prohibere ist und seyn kann.

Giebt nun hier die Nichtleistung oder das, was ihr gleichsteht, dem Käufer das Recht, das Kaufgeld zurückzuhalten, so ist nicht abzusehen, warum in andern Fällen er dieß Recht nicht haben sollte, und wenn Schenk S. 116. den Unterschied darin setzt, daß das Verhindern der lectio ein Zurücknehmen des Gegebenen sey, so kommt er mit sich selbst in Widerspruch, da er unmittelbar vorher sagt, die traditio — also das Geben — bestehe hier im Dulden der lectio, und mithin zugeben muß, daß, wo die lectio eben nicht geduldet, sondern verhindert wird, nichts tradirt, nichts gegeben ist, folglich auch nichts Gegebenes zurückgenommen werden kann.

Mich dünkt, dieß sey alles sehr klar und deutlich. Mein es giebt noch zwei Stellen, welche auch die gegen die vorige vorgebrachten gezwungenen Ausstellungen nicht zulassen. Die eine ist L. 34. §. 3. de contr. emt. (18. 1.):

Si emtor solus scit (nämlich servum furtivum esse,) non obligatur venditor, nec tamen ex vendito quidquam consequitur, nisi ultro, quod convenerit, praestet.

Der, welcher einen Sklaven, ohne zu wissen, daß er gestohlen war, an einen mit diesem Umstand bekannten Mann verkaufte, kann nicht in Anspruch genommen werden, wenn dem Käufer aus jener Eigenschaft ein Verlust entsteht, z. B. durch Entwährung. Will er aber den Kaufpreis haben, so muß er wenigstens thun, was in seinen Kräften steht, d. h. er muß den Sklaven dem Käufer übergeben. Ist hier nicht die exceptio mercis non traditae deutlich ausgesprochen?

5) Siehe auch L. 6. de donat. (39. 5.) L. 15. 1. f. praescr. verb. (19. 5.)

Noch unbezweifelter ist eine andere Stelle ⁶⁾. Sie steht in Gajus Com lib. IV. §. 126.

und lautet:

Si argentarius pretium rei, quae ex auctione venierit, persequatur, obicitur ei exceptio, ut ita demum emtor damnetur, si ei res, quam emerit, tradita sit, quae quidem est *justa exceptio*. Sed si in ~~auctione~~ praedictum est, ne ante emtori traderetur res, quam si pretium solverit, *replicatione* tali argentarius adjuvatur; nisi praedictum est, ne aliter emtori res traderetur, quamsi pretium emtor solverit.

Wo ist hier das neu hinzugekommene factum, was die Vertragsrechte und Pflichten umgestaltet? Beweist nicht vielmehr jene Stelle auf das klarste, daß die einfache, reine Nichtleistung dem Käufer das Recht giebt, sein Kaufgeld zurückzuhalten, und daß es einer ausdrücklichen Verabredung bedurfte, um dem Verkäufer das Recht zu geben, was Schenk ihm als eine naturale negotii einräumt, und wird nicht durch jene Stelle der Sinn und Grund der, in den andern Stellen vorkommenden, *exceptio mercis non traditae* in das vollkommenste Licht gesetzt?

Bestätigt wird dieß alles noch durch eine dritte Stelle ⁷⁾, aus welcher klar hervorgeht, daß Käufer und Verkäufer in dieser Beziehung ganz gleich behandelt wurden, denn wäre der Käufer unbedingt zur Vorausbezahlung verbunden, so kam es gar nicht darauf an, ob er dem Verkäufer trauen wollte oder nicht, er mußte eben zahlen, und konnte darauf vom Verkäufer ohne Weiteres belangt werden.

§. 4.

Darf hiernach als unbestritten angenommen werden, daß

6) Sie ist von mir schon früher angeführt worden. S. Bd. 14. S. 217. dieser Zeitschrift.

7) L. 39. i. f. de solution: (46. 3.) — his consequens esse, ut etiamsi et emtor nummos et venditor mercem, *quodinvicem parum fidei haberent*, deposuerint, nummi emtoris periculo sint, nihilominus merx quoque.

der Käufer die vorgängige oder wenigstens gleichzeitige Uebergabe der verkauften Sache hoffen darf; so fragt es sich weiter, ob dieß Verlangen Gegenstand einer vom Käufer vorzuschützenden Einrede ist, oder ob die Behauptung der vorgängigen Leistung oder das Anbieten derselben zum Grund der vom Verkäufer anzustellenden Klage gehört.

Zwar meint Schenk S. 246., daß beides, mit Ausnahme des Falles einer anzustellenden Executiv-Klage, in effectu auf ein und dasselbe hinauslaufe. Allein das ist nicht richtig, denn wenn die letztere Behauptung zum Klagegrund gehört, so muß auch im Ordinarproceß eine Klage, die sie nicht enthält, vom Richter angebrachtermaassen, und ohne erst die Vorschützung der *exceptio non adimpleti contractus* von Seiten des Beklagten zu erwarten, verworfen werden⁸⁾, während im andern Fall der Beklagte, welcher entweder gar nichts einwendet, oder wenigstens jene Einrede nicht vorschützt, nach dem Klagesuch verurtheilt werden muß, wenn ihm sonst keine Vertheidigungsmittel zur Seite stehen. Ich sollte meinen, daß das doch ein recht wesentlicher Unterschied wäre!

Daß nun der Rechtsbehelf, wodurch der Käufer die Zurückhaltung des Kaufgelbs bis zur Uebergabe durchsetzen kann, eine wahre Einrede sey, glaube ich in der Abhandlung im 14ten Bande dieser Zeitschrift erwiesen zu haben, welcher ich nichts Wesentliches zuzusetzen weiß. Denn hat gleich diese Abhandlung die *exceptio non adimpleti contractus* im All-

8) Wie Schenk S. 103. glauben kann, ich bezweifle diese Befugniß und Pflicht des Richters, begreife ich nicht. Aus der von ihm abgezogenen Stelle meiner Abhandlung (Bd. 7. S. 336.) geht gerade das Gegentheil hervor, denn dort steht ja mit klaren Worten, daß, wenn die Behauptung der Erfüllung zum Klagegrund gehöre, eine sie nicht enthaltende Klage angebrachtermaassen verworfen werden müsse, und es wird ausgeführt, daß die Rechtslehrer mit sich in Widerspruch kommen, welche der gewöhnlichen Meinung zugethan, dennoch die Klage nicht verworfen wissen wollten.

gemeinen zum Gegenstand, so beziehen sich doch die Hauptbeweisstellen grade auf die *exceptio mercis non traditae* des Käufers.

Schenk versichert zwar S. 255., daß ihn meine Ausführung nicht angesprochen habe, das ist aber keine Widerlegung, und was er, ohne auf meine Beweisgründe aus den Rechtsquellen einzugehen, weiter sagt, möchte nicht geeignet seyn, diese zu erschüttern. Ich bin ganz mit ihm einverstanden, wenn er S. 256 die, eine Einrede als solche bezeichnende, Selbstständigkeit in den (gleichviel ob in positiver oder negativer Form gefaßten) Vortrag selbst eigener Thatsachen setzt, die abgesehen von der Wahrheit oder Unwahrheit der den Klaggrund bildenden Thatsachen, dem an sich bestehenden Klagrecht in den Weg treten.

Ob nun aber bei zweiseitigen Verträgen in der Erwiderung des Beklagten: „Du Kläger hast selbst das und das zu leisten“, eine solche besondere vom Klaggrund getrennte Thatsache enthalten sey, das ist ja eben die Streitfrage, und nur wer schon als erwiesen voraussetzt, daß dieß nicht der Fall, daß die Behauptung der Erfüllung Obliegenheit des Klägers, mit andern Worten, Theil des Klaggrundes sey, kann mir, wie Schenk thut, vorwerfen, ich entkleide den negativen Satz der Einlassung der ihm von den Sachverhältnissen angebornen Individualität, indem ich den Grund der Einrede des nichterfüllten Vertrags in die Behauptung setze: „der Kläger habe selbst das und das zu leisten“. Dieser Einwand läuft mit einem Worte offenbar auf eine *petitio principii* hinaus. Denn daß das Verlangen des Beklagten, Kläger solle erst seiner Seits erfüllen, lediglich und allein auf dem in dem Vertrag liegenden Versprechen des Klägers, und nicht in dessen Nichterfüllung beruht, wird so wenig jemand läugnen können, als daß der Klaggrund der *actio mutui* in dem Versprechen des Beklagten, eine ihm dargeliehene Geldsumme wieder zu bezahlen, liegt, und nicht in dem gewöhnlich dabei mit vorkommenden Anführen: Be-

klagter habe noch nicht wieder bezahlt. Jene von mir bezeichnete Form entspricht daher am genauesten dem wahren Wesen der Einrede, das auch in der oben angezogenen Stelle von Gajus recht treffend bezeichnet wird durch die Worte:

ut ita demum emtor damnetur, si ei res, quam emerit, tradita sit.

Was Schenk 257. gegen die Vergleichung der *exceptio non adimpleti contractus* mit dem in andern Fällen gestatteten *jus retentionis* sagt, ist wiederum nichts als eine reine *petitio principii* trotz seiner Verwahrung dagegen. Die Vergleichung soll um deswillen nicht Stich halten, weil das Retentionsrecht, als wahre Einrede, ein an sich begründetes Klagrecht voraussetzend, exceptivisch erst geltend gemacht werden müsse, ehe es berücksichtigt werden könne. Aber das ist es ja eben, was ich von der *exceptio non adimpleti contractus* behaupte, und dessen Unrichtigkeit erst klar seyn muß, ehe man jenen Grund als Beweis gegen die Vergleichung brauchen kann.

Uebrigens habe ich mich, wie ich schon Bd. 14. S. 227. dieser Zeitschrift sagte, auf das Retentionsrecht nur in der Hinsicht berufen, um zu zeigen, daß es noch mehrere Rechtsbehelfe gäbe, wodurch der Beklagte die Durchsetzung einer gegen ihn angestellten Klage hemmen und eine Zeit lang aufschieben könne, ohne daß man daraus auf einen Mangel des Klaggrundes schließen, und dem Rechtsbehelf die Natur und Folgen einer wahren Einrede absprechen dürfe.

Daß die beiden verglichenen Rechtsbehelfe in allen und jeden Stücken sich gleich seyen, habe ich nicht behauptet, ist auch bei einem bloßen Gleichniß gar nicht nöthig. Darum ist es auch gar nicht erheblich, was Schenk anführt, daß die Verpflichtungen des Klägers bei dem Retentionsrecht nicht gleich mit dem Vortrag sondern *ex post* erwachsen, wie wohl dieß nicht einmal immer der Fall ist, denn die handschriftliche Forderung, wegen deren der Faustpfandgläubiger auch nach bezahlter Pfandschuld das Faustpfand mittels der

exceptio doli (L. un. C. etiam ab chirogr. pec. 8 27.) zurückhalten darf, kann auch schon vor dem Pfandvertrag entstanden seyn, und die Verpflichtung des Nutznießers zur Cautio, bis zu deren Stellung der Eigenthümer ihm die Sache ohne allen Zweifel mit einer wahren Einrede vorenthalten kann, entsteht zu gleicher Zeit und durch den nämlichen Vertrag⁹⁾, aus dem sein Recht auf Einräumung des Nießbrauchs entspringt.

§. 5.

Daß der Verkäufer nun auch seiner Seite die verkaufte Sache bis zur Zahlung des Kaufgeldes zurückhalten kann, ist ausgemacht, und nur streitig, ob das Geltendmachen dieses Rechts vermöge einer besondern von ihm vorzuschützenden Einrede geschehen, oder ob der klagende Käufer zu Begründung seiner Klage die geschehene Zahlung oder seine Bereitwilligkeit dazu anführen, und außerdem ohne Weiteres mit seiner Klage abgewiesen werden muß. Nun kann ich zwar keine Stelle anführen, wo jene Befugniß des Verkäufers eine exceptio genannt wird, wie dieß bei dem ähnlichen Recht des Käufers mehrfach vorkommt. Indessen habe ich doch Bd. 7. S. 344. nachgewiesen, daß die einschlagenden Stellen¹⁰⁾ nicht entgegenstehen, die fragliche Befugniß als eine wahre Einrede zu betrachten, weil in andern Fällen, wo an dem Daseyn einer wahren Einrede gar nicht zu zweifeln, ähnliche Ausdrücke gebraucht werden.¹¹⁾ Ich erwähne hier nur noch nachträglich, daß sich diese Aus-

9) Denn auch der usufructuarius ex contractu ist zur Sicherheitsleistung verbunden. L. 13. pr. D. de usufruct. (7. 1.) L. 4. C. eod. (3. 33.)

10) L. 13 §. 8. de act. emti. (19. 1.) L. 37. §. 8. L. 57. de aed. ed. (21. 1.) L. 22. de her. vel act. vend. (18. 4.) L. 31. §. 1. de reb. cred. (12. 1.) L. 8. C. de act. emti. (4. 49.)

11) L. un. C. et ob chir. pec. (8. 17.) L. 1. pr. de Scto. Maced. (14. 6.) L. 2. §. 1. ad Scto. Vellej. (16. 1.) L. 13. pr. de usufr. (7. 1.) L. 1. §. 7. Si cui plus quam per leg. Falc. (35. 3.)

drückte sehr natürlich aus dem Römischen Proceßverfahren erklären. Es trat nämlich bekanntlich ¹²⁾ beim f. g. Formularproceß zuerst ein Verfahren vor dem Magistrat (in jure) ein, wo der Kläger zuvörderst angab, welche Klage er anzustellen beabsichtige, und um welche Formel er daher bitte — editio, postulatio actionis ¹³⁾ — der Magistrat dann den Beklagten mit seiner Vertheidigung, namentlich auch mit seinen Einreden, sowohl dilatorischen ¹⁴⁾ als peremptorischen hörte, und nach deren summarischen Erörterung nun erst actionem dabat d. h. eine Formel entwarf und einen judex ernannte, oder auch actionem denegabat.

Konnte der Beklagte die Einrede nicht sofort liquid machen, so wurde sie zum weiteren Verfahren ausgesetzt, d. h. in die Formel mit aufgenommen. ¹⁵⁾ War sie aber liquid und konnte vom Kläger nicht durch eine statthafte replicatio beseitigt werden ¹⁶⁾, so wurde der Kläger abgewiesen, ihm die Klage versagt. Nun fällt es aber in die Augen, daß, wenn der Käufer Uebergabe der Sache forderte, die exceptio pretii non soluti oder richtiger pretii prius solvendi, wenn der Beklagte sie vorschützte, schon von selbst klar war, denn in dem Anführen eines Kaufs von Seiten des Klägers lag ja schon von selbst der Beweis, daß auch ein Kaufgeld versprochen war. Diese Einrede mußte daher regelmäßig die Folge haben, daß der Kläger schon in jure abgewiesen, ihm die Klage verweigert wurde, wenn er nicht jene Einrede

12) C. Heffter Instit. des Processus. C. 277. fg. Zimmern Rechtsgeschichte. Th. 3. S. 318.

13) Ueber den für unsere Frage unerheblichen Unterschied zwischen diesen Handlungen s. Zimmern a. a. D. not. 1.

14) Die dilatorischen Einreden in jure vorzubringen war der Beklagte insofern genöthigt, als sie außerdem vom judex nachher im judicio nicht mehr berücksichtigt werden konnten, und sogar die Zulässigkeit einer restit. in integ. bei ihnen bezweifelt wurde. s. Heffter a. a. D. und Zimmern a. a. D. S. 95. Gaj. IV. S. 125.

15) Heffter a. a. D. C. 277. not. 8.

16) Gajus Com. V. S. 126.

durch Anbieten der Uebergabe beseitigte. Es kann daher das „nondum est ex emto actio“ und das „nihil consequetur“ das non aliter teneri“ in L. 13. §. 8. de act. emti (19. 1.) L. 57. de aed. ed. (21. 1.) und L. 31. §. 1. de reb. cred. (12. 1.) gar nicht befremden.

Auf ganz ähnliche Weise wird in andern Fällen die Klage vom Magistrat versagt, wenn der Kläger einem exceptivisch vorgebrachten gerechten Antrag des Beklagten nicht entspricht.¹⁷⁾

So machen denn die Rot. 10. erwähnten Stellen nicht die geringste Schwierigkeit, das Verlangen des Kaufpreises auf Seiten des Verkäufers als eine Einrede zu betrachten. Freilich ist damit noch kein positiver Beweis geschafft, weil dieselben Ausdrücke auch vorkommen, wenn eine völlig unbegründete Klage verworfen wird.¹⁸⁾

Als positiven Grund kann ich aber anführen die Berufung auf den ganz ähnlichen Rechtsbehelf des Käufers, welcher bestimmt eine exceptio in den Gesetzen genannt wird. Es wäre doch gewiß höchst sonderbar, wenn bei einem zweiseitigen Vertrage, wo präsumtiv jeder Theil so viel giebt, als er empfängt, derselbe Rechtsbehelf, mittels welchen ein jeder Theil sich die Leistung des andern sichern kann, bei dem einen eine wahre Einrede, beim andern ein Theil des Klaggrundes seines Gegners seyn sollte, wenn er bei dem einen nur nach ausdrücklicher Geltendmachung beachtet, bei dem andern vom Richter ergänzt werden dürfte. Für eine solche wesentlich verschiedene Behandlung zweier sonst sich gleichstehenden Contrahenten läßt sich doch auch nicht der geringste vernünftige Grund denken.

Nicht unerheblich scheint es hier auch, daß die Wendung bei Paulus in L. 31. §. 1. de reb. cred. von dem Verkäufer:

17) L. 13. de usufr. (7. 1.) L. 1. §. 7. Si cui plus quam per. Leg. Falc. lic. (35. 3.) L. 7. pr. de operi nov. nunc. (19. 1.) L. 1. §. 10. 13. de collat. (37. 5.)

18) L. 27. de V. O. (45. 1.)

non aliter venditorem ex emto teneri, quam si ei pretium solidum dominus servi praestaret,
mit den Ausdrücken des Gajus Com. IV. §. 126 über den Käufer

ut ita demum emtor damnetur, si res, quam emerit, ei tradita sit,
so sehr übereinkömmt.

Als zweiten positiven Beweisgrund habe ich angeführt, daß, wenn man die vorgängige Erfüllung von Seiten des Klägers aus einem zweiseitigen Vortrag als eine zum Klagegrund mit erforderliche Sache ansehen wolle, diese Verträge aufhören würden, Consensualverträge zu seyn, deren Wesen eben darin besteht, daß nach den Worten des §. 1. J. de oblig ex consensu (3. 23.)

nec dari quicquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit eos, qui negotia gerunt, consentire.

Nun kann man nimmermehr sagen, obligationem substantiam cepisse, wenn man sie nicht klagend verfolgen kann, also gerade das ihr fehlt, was das Hauptsächlichste dabei ist. Schenk glaubt S. 99. diesen Grund durch die Bemerkung zu beseitigen, daß er auf der Verkenntung des Unterschiedes zwischen Realvertrag und einem potestativ bedingten Consensualvertrag beruhe, der ja doch auch kein Realvertrag wäre. Allein hierauf ist Folgendes zu erwiedern:

Von einer unter Bedingung eingegangenen obligatio läßt sich eigentlich nicht sagen, daß sie schon substantiam cepisse. Sie wird darum noch nicht als perfecta betrachtet¹⁹⁾, und es wird sogar das deberi geläugnet²⁰⁾. Ihr Daseyn hängt erst noch von einem zukünftigen Umstand ab, ehe dieser eingetreten ist, hat sie keine Wirkung, am allerwenigsten die einer Klage, denn die von Schenk S. 100. erwähnte Klage auf Anerkennung der Gültigkeit des Vertrags über

19) L. 8. de per. et com. rei vend. (18. 6.)

20) L. 213 de V. S. (50. 15.)

haupt, kennt das Rechtssystem nicht. Erst wenn der Umstand eingetreten ist, erhält die obligatio Bestand, und in der Regel mit rückwirkender Kraft bis zur Zeit des Vertragsabschlusses²¹⁾, aber gerade die Potestativ-Bedingung macht in letzterer Hinsicht eine Ausnahme²²⁾.

Doch Schenk giebt selbst die Vorstellung der Sache aus dem Gesichtspunkt einer Potestativ-Bedingung wieder auf, indem er nach S. 100. nicht die Verbindlichkeit selbst, sondern nur die Fälligkeit der Leistung von der Vorleistung abhängen lassen will, und später S. 260. sich noch ausdrücklich gegen die Meinung verwahrt, daß er jene Vorleistung als eine wahre *conditio* betrachte. Sie soll vielmehr ähnlich seyn, der (doch wohl ausbedungenen) Aufkündigung, die auch keine *conditio* sey, aber doch die Zahlungspflicht des Schuldners bedinge, und deren Vollzug unstreitig zum Klaggrund gehöre.

Hierdurch wird aber der Streitpunct verändert. Mein oben erwähnter Grund galt der früheren Darstellung der Rechtslehrer, welche die vorgängige Erfüllung als eine Voraussetzung der Verbindlichkeit selbst betrachteten, vorher das Daseyn der letztern ganz läugneten. So wie Schenk die Sache jetzt darstellt, paßt freilich mein Grund nicht; dennoch aber folgt aus dem, was er anführt, das nicht, was er dadurch beweisen will.

Die Verabredung einer vorgängigen Kündigung ist nichts als ein *pactum de non petendo temporale*, was später oder auch gleichzeitig mit dem Hauptvertrag geschlossen sein kann. Daß ein solches aber ein *exceptio* begründe, daß es vom Beklagten besonders geltend gemacht werden muß, unterliegt

21) L. 78. de V. O. (45. 1.) L. 16. de solut. (46. 3.) L. 11. § 1. qui pot. in pign. (20. 4.)

22) L. 4. quae res pign. (20. 3.) L. 9. §. 1. qui pot. (20. 4.) Schwegge Handb. §. 119. Nr. 4.) 4. Ausg.)

23) L. 27. §. 1. de pact. (2. 15.)

keinem Zweifel ²³⁾, woraus denn von selbst folgt, daß die Behauptung:

die Aufkündigung sey geschehen
nicht zum Klaggrund gehören, sondern nur Gegenstand einer Replik seyn kann.

Dasselbe gilt aber von allen Verabredungen, durch welche die Erfüllungspflicht des einen Kontrahenten (daß dies venit) auf einen gewissen Zeitpunkt hinausgeschoben wird ²⁴⁾, und so kann ich immerhin zugeben, daß solche Verabredungen über das fällig werden der Leistungen dem Wesen der Konfensualverträge nicht entgegenlaufen, aber die Folgerung, daß dadurch der Klagbarkeit der Verbindlichkeit ein neues Erforderniß beigelegt, dem Klaggrund ein neues Stück zugesetzt werde, ist nach dem Obigen falsch.

Erzeugt aber eine ausdrückliche Verabredung, daß eine Forderung erst durch den Eintritt einer gewissen Begebenheit fällig werden soll, nur eine Einrede und verändert die Natur und Erfordernisse der Verbindlichkeit nicht, so ist doch gewiß richtig zu behaupten, daß es eben so anzusehen sey, wenn gesetzliche Vorschrift die Fälligkeit einer Forderung an ein solches Ereigniß knüpft, da solche Vorschriften über die naturalia eines Vertrags eigentlich die Verabredungen der Partheien vertreten, und das ausdrücken sollen, was wahrscheinlich ihre Willensmeinung gewesen ist. Kommt nun hinzu, daß beim Käufer der desfallige gesetzliche Rechtsbehelf unbestreitbar eine exceptio ist, wie oben nachgewiesen wurde, so dürfte das vollends meine Behauptung bestärken.

§. 6.

Wenn nach dem Vorigen die Rechte des Käufers und des Verkäufers gleich sind, und ein jeder seine Leistung zurückhalten kann, bis die Gegenleistung erfolgt, so wird dieß Rechtsverhältniß noch gegen den ihm von Schenk S. 113.

24) L. 56. de cond. indeb. (12. 6.) L. 55. de V. S. (50. 15.) §. 10. J. de except. (4. 13.) Vinnius ad §. 2. J. de V. O. Nr. 5.

gemachten Vorwurf eines Verirbeutels, einer Schraube ohne Ende zu vertheidigen seyn. An sich hat es gar nichts Verunstwirdiges, wenn bei zweiseitigen Verträgen einem jeden Theil angesonnen wird, vorerst seiner Seits den Vertrag zu erfüllen, ehe er mit Erfolg die Erfüllung vom andern verlangen kann. Es wird dabei nur in seine Willkühr gestellt, ob er dem andern trauen, und seine Leistung daran wagen will, um sich die gehofften Vortheile des Vertrages zu verschaffen, oder nicht. Ein solches Verhältniß findet sein vollkommenes Gleichniß in den Römischen Innominatkontrakten, wo ja auch jeder Kontrahent seine Leistung zuerst wagen mußte, wenn er überhaupt nur eine Klage haben wollte.

Aber selbst beim Kauf sahen die Römer das aus obigem Gesichtspunct an, wie sich recht anschaulich aus L. 39. in f. de solut.²⁵⁾ ergibt, wo beide Theile ihre Leistung bei einem Dritten hinterlegten, weil sie sich gegenseitig nicht trauten, ein Beweis, daß keiner von beiden mit seiner Leistung vorauszuweichen verbunden war.

Allein bei dem Kauf genügt es, wenn der klagende Theil seine Leistung anbietet, so daß Leistung und Gegenleistung Zug um Zug, zu gleicher Zeit vor sich geht. Schemling läugnet dieß zwar S. 242., aber man muß in der That den Gesetzesworten offenbare Gewalt anthun, um seine Meinung darin bestätigt zu finden. Mag es seyn, daß offerre zuweilen nicht bloß das wörtliche, sondern das wirkliche Anbieten einer Sache, das Hingeben bezeichnet, und ließe es sich daher auch rechtfertigen, es auch in der L. 13. §. 8. de act. emti (19. 1.), in dieser Bedeutung zu nehmen, so beweist doch das in dieser Stelle gebrauchte tempus praesens — offerri debet — offerat — ganz unwiderleglich, daß eine gleichzeitige Leistung darunter gemeint ist, und darauf deuten auch die Ausdrücke in L. 31. de reb. cred. (12. 1.).

25) S. oben Not. 7.

non aliter venditorem ex emto teneri, quam si ei pretium . . . dominus servi praestaret.

Es müßte nach den Regeln der lateinischen Sprache in L. 13. §. 8. das tempus perfectum: oblatum esse debet, obtulerit, in der L. 31. das plusquam perfectum: praestitisset gebraucht worden seyn, hätte Ulpian und Paulus, wie Schenk will, ein vorausgegangenes, vom andern Theil nicht angenommenes Anbieten bezeichnen wollen, welcher letztere Umstand aber in beiden Stellen auch nicht mit einer Sylbe angedeutet ist. Allenthalben, wo von einem solchen vorausgegangenen Anbieten wirklich die Rede ist, wird das perfectum gebraucht, so in L. 9. in f. de solut. (46. 3.) »solverit, steterit,« in L. 72. pr. §. 3. cod. »obtulerit, recusavit, noluit«.

Wie aber Schenk auch die L. 9 §. 5. de pign. act.²⁶⁾ als einen Fall, wo eine früher angebotene Zahlung nicht angenommen worden sey, anführen kann, weiß ich mir nicht zu erklären, da darin doch mit dürren Worten gesagt ist, daß vor der Zahlung geklagt, und erst in judicio das Geld angeboten worden ist²⁷⁾.

Der von Schenk für seine willkürliche Auslegung der L. 13. §. 8. de act. emt. gebrauchte Grund

weil der Inhalt des Vertrags eine Vorleistung (nämlich des Käufers) also eine wirkliche Leistung verlange,

26) Qui ante solutionem egit pignoratitia, licet non recte egit, tamen si offerat in judicio pecuniam, debet rem pignoratitiam et quod sua interest consequi. (13. 7.)

27) Es mag dabei nicht befremden, daß hier die vorzeitig angebrachte Klage doch noch erhalten wird, wenn die zur Begründung der Rückgabepflicht wesentlich gehörige, also eigentlich als etwas schon Geschehene nothwendige (s. Arch. Bd. VII. S. 346.) Zahlung der Pfandschuld erst während des Processes erfolgt. Die Römer begnügten sich, wenn nur zur Zeit des Urtheils das Klagrecht begründet dastand. L. 16. de her. pet. (5. 3.) L. 27. §. 1 de R. v. (6. 1.) L. 17. mand. (17. 1.)

beweist nichts, weil er nach der obigen (§. 3.) Ausführung irrig ist.

§. 7.

Bisher haben wir uns mit dem Kaufvertrag beschäftigt. Ich gehe nun zu einer Frage über, welche in meinen früheren Abhandlungen über diese Lehre ²⁸⁾ nur kurz berührt worden ist, nämlich in wiefern die vom Kaufvertrag geltenden Grundsätze auf andere zweiseitige Verträge auszudehnen sind.

Anderer Rechtslehrer haben sich damit in der Regel auch nicht befaßt, sondern ohne Weiteres als von allen zweiseitigen Verträgen geltend vorgetragen, was in den Gesetzen nur vom Kauf ausdrücklich gesagt ist ²⁹⁾.

Hier muß ich vor allen Dingen einen Vorwurf befeuern, den Schenk an mehreren Stellen seiner Abhandlung (S. 94. 108. 109. 200.) mir und andern macht, nämlich den, daß wir bei Aufstellung unserer Theorien auf den *mutuus consensus* der Parteien keine Rücksicht nähmen. An besondere Verabredungen der Kontrahenten ist aber weder von mir noch von andern Schriftstellern über diesen Gegenstand gedacht, noch weniger bezweifelt worden, daß dergleichen über alle hier in Frage kommenden Verhältnisse entscheidend seyn können. Dieser Satz ist im Römischen Recht so oft ³⁰⁾ und so bestimmt ausgesprochen, und selbst als Sprichwort so gebräuchlich geworden (*pacta dant legem contractui*), daß man in der That von keinem Juristen annehmen kann, er verkenne oder bestreite ihn. So wie nach ausdrücklichen Zeugnissen der Römischen Juristen durch besondere Verabredung eine übrigens förmliche *Stipulation* in ein bloßes *pac-*

28) Bd. VII. not. 13.

29) Pufendorf T. II. obs. 123. Leyser sp. 103. m. 1. Hellfeld jur. for. §. 313. Thibaut System §. 169. Wening-Ingenheim Lehrbuch Bd. III. §. 33. Mühlenbruch doctr. pand. §. 334. Schweppe Priv. Recht. §. 427. u. a. m.

30) L. 1. pr. L. 7. §. 5. L. 43. de pact. (2. 14.) L. 11. §. 1. de act. empti (19. 1.)

tum³¹⁾, ein Consensualvertrag in einen *contractus litteralis* umgewandelt werden konnte³²⁾ so ist es gewiß auch statthaft, alle die verschiedenen Bestimmungen über die Erfüllung und die Abhängigkeit der einen Leistung von der Gegenleistung zu treffen, welche Schenk S. 95. angiebt. Einen ausdrücklichen Beleg finden wir in der mehrerwähnten Stelle von Gajus³³⁾ wo bei einer Versteigerung es besonders ausbedungen war, daß der Kaufpreis voraus bezahlt werden sollte, auf welche Bedingung dann der Käufer eine *replicatio* gründete, um die vom Käufer gegen die Kaufklage vorgeschützte *exceptio rei non traditae* zu beseitigen. Ja es ist nicht zu bestreiten, daß ausdrückliche Verabredung jeden Consensualvertrag in einen Römisch rechtlichen ungenannten Realvertrag umschaffen, und erst von der *res d. h.* von der wirklichen Erfüllung des einen Kontrahenten, die Entstehung der Verbindlichkeit des Andern abhängig machen kann. Was ausdrückliche Verabredung wirken kann, muß natürlich auch eine stillschweigende bewirken, sobald sie aus Umständen, die zu einer Schlussfolgerung berechtigen, abzuleiten ist. Wäre z. B. ausgemacht worden, daß der Käufer vier Wochen nach der Uebergabe das Kaufgeld mit drei vom Hundert verzinsen sollte, so ist anzunehmen, daß nach dem Willen der Parteien der Verkäufer erst die Sache übergeben solle, und wäre bedungen worden, daß der Verkäufer eines Hauses gleich nach empfangenem Kaufgeld noch gewisse Ausbesserungen daran vornehmen solle, so dürfte umgekehrt zu schließen seyn, daß die Parteien die Absicht hatten, es solle das Kaufgeld erst bezahlt werden. Eben so dürfte es als ein Fall einer stillschweigend bedungenen Vor-

31) L. 7. §. 12. de pactis. (2. 14.)

32) L. 17. C. de fide instr. (4. 21.) Thibaut System §. 899., so fern man anders noch bei den von Marezoll in der Zeitschr. für Civ. und Proc. Bd. III. S. 259. erhobenen Zweifeln *litteral contracte* annimmt.

33) Comm. L. IV. §. 136.

Leistung zu betrachten seyn, wenn nach dem Willen der Parteien die Leistung des Einen zu der Leistung des Andern verwendet werden soll, weil natürlicher Weise etwas nicht eher verwendet werden kann, bis der es hat, der es verwenden soll. Doch darf in diesem Falle eine Sicherheitsbestellung gefordert werden ³⁴).

34) L. 58. §. 2. locati (19. 2.) Quidam in municipio balineum praestandum annuis viginti nummis conduxerat, et ad refec-tionem fornacis fistularum, similiumque rerum, centum nummi ut praestarentur ei, convenerat: conductor centum nummos petebat: ita ei deberi dico, si inearum rerum refec-tionem eam pecuniam impendi satis daret. Schon in der diese Stelle §. 3. not. 11. auch anführt, erklärt die Sicherheitsleistung für eine Besonderheit eines, unter einem modus eingegangenen Vertrags. Nun kommen zwar bei Verträgen, welche nach Grund und Zweck eine Freigebigkeit enthalten, und nur dem Em-pfänger einige Nebenverpflichtungen auferlegen, Eigenthümlichkei-ten vor, namentlich die, daß der Geber wegen nicht erfüllter Ver-pflichtung von Seiten des Empfängers diesem das Gegebene wieder abfordern kann, L. 2. 3. 8. C. de cond. ob caus. dat. (4. 6.) L. 1. C. de don. quae sub modo (8. 55.) obwohl auch Manches dafür spricht, daß dies Rückforderungsrecht nichts als das bei allen f. g. Innominatkontrakten nach Römischem Recht begründete Reue-recht, und Verträge obiger Art nichts anders als Innominatkon-trakte seyen, weil bei jenen f. g. Schenkungen sub modo, gerade die den Innominatkontrakten eigenthümlichen Klagen, nämlich die actio praescriptis verbis auf Erfüllung der Nebenverpflichtung L. 9. 22. C. de don. (8. 54.) L. f. C. de rer. perm. (4. 64.) und die condictio causa data causa non secuta oder ob caus. datorum auf Rückgabe des Empfangenen gegeben werden. L. 2. 3. 8. C. de cond. ob caus. dat. (4. 6.) S. Schnauss de effectu et natura modi donationibus adjecti. Jen. 1804. Wenn aber das, was der Empfänger leisten soll, der vermeintliche modus, ein Aequivalent des Empfangenen, eine wahre Gegenlei-stung ist, da kann von einem mit eigenthümlichen Wirkungen be-gabten f. g. Modalvertrag gar keine Rede seyn, und es wird auch dabei nicht einmal das Wort modus gebraucht, sondern der Ver-trag eben als ein zweiseitiger Vertrag betrachtet, und je nach der Verschiedenheit der Leistungen der oder jener Gattung beigezählt. L. 5. 6. 7. 8. C. de rer. permut. (4. 64.) So ist es ein Inno-minatvertrag in der Form do ut facias, wenn A dem B ein Haus giebt, B dagegen dem A ein anderes zu repariren verspricht,

Diese Vorschrift dürfte die, vielleicht in ihrem Geiz (vgl. Hugo Rechtsgeschichte §. 35. Schweppe Rechtsgeschichte §. 14.) und dem damit häufig verbundenen mißtrauischen Sinn gegründete Ansicht der Römer kund geben, daß in der Regel keinem Kontrahenten zuzumuthen sey, dem andern zu trauen und Kredit zu geben, und liefert so einen Aufschluß über den Grund und die Veranlassung der ganzen f. g. exceptio *implementi non secuti*.

§. 8.

Abgesehen nun von ausdrücklichen Verabredungen, fragt es sich, was bei den sonstigen zweiseitigen Verträgen außer dem Kauf als ein *naturale contractus* anzusehen und ob darüber gesetzliche Bestimmungen vorhanden seyen.

Viele Rechtslehrer ³⁵⁾ und auch Schenk a. D. S. 95. Not. 4. haben in Ansehung des Pacht- und Miethvertrags dergleichen in mehreren Stellen zu finden geglaubt, und darauf sich stützend behauptet, daß der Verpachter mit seiner Leistung vorangehen müsse.

Andere ³⁶⁾ führen unter den der Klage des Pächters und Miethers entgegenstehenden Einreden auch die *except. non adimpleti contractus ex parte actoris* auf, ohne jedoch deren Zweck und Gegenstand weiter zu erörtern. Am deutlich-

L 6 *praescr. verb.* (19. 5.) und ein Tausch, wenn A eine Sache dem B giebt, um von diesem eine andere zu erhalten. L. 7. C. de rer. perm. (4. 64) Und so ist denn der in L. 58. §. 2. *locati* (19. 2.) vorkommende Nebenvertrag über die Ausbesserung der Badeanstalten nichts mehr und nichts weniger als eine *locatio conductio operis*, und es ist auch in der That gar nicht abzu- sehen, wie derselbe sich von der zuletzt genannten Vertragsform unterscheiden soll. Diese Ansicht über die vermeintlichen Modal- verträge findet sich schon bei Donellus *comm. jur. civ.* L. 14. c. 20.

35) Quistorp *Rechtl. Bem.* Bd. II. S. 192. Benning-Jungen- heim Bd. III. §. 158. Schweppe *Römisch. Priv. Recht.* §. 466. (4. Ausg.) Mühlenbruch. *doctr. pandect.* §. 334. not. 7.

36) Wegen *de loc. cond. c. 11. nr. 50 5.*, Mößler von Klagen Bd. V. S. 458.

sten drückt sich Schweder ³⁷⁾ aus, welcher dem Verpächter die Einrede giebt:

si conductor non soluta pensione aget.

Aus allen den für und wieder angeführten Stellen ist indessen nicht viel zu beweisen.

Was zuvörderst

L. 24. §. 2. locati. (19. 2.)

betrifft, die so lautet:

Si domus vel fundus in quinquennium pensionibus locatus sit, potest dominus, si deseruerit habitationem vel fundi culturam colonus vel inquilinus, cum eis statim agere, so folgt daraus argumento a contrario allerdings, daß der Verpächter in der Regel erst nach Ablauf der Miethzeit mit Erfolg klagen könne, und eben so aus

L. 30. §. 3. eod.

Qui aedem faciendam locaverat, in lege dixerat: quoad in opus lapidis erit, pro lapide et manu pretio dominus redemptori in pedes singulos septem dabit. Quaesitum est, utrum factum opus an etiam imperfectum metiri oportebet? respondit, etiam imperfectum, daß der Unternehmer eines Baues in der Regel erst nach vollendetem Bau den Preis verlangen könne.

Beides läßt sich als eine folgerichte Anwendung des auch beim Kauf vorkommenden Grundsatzes ³⁸⁾ ansehen, daß nur die vollständige Leistung die exceptio non adimpl. contr. ausschließe. Daß der Verpächter aber seiner Seite den Vertrag erfüllen müsse, und nicht ebenfalls mit der except. non adimpl. contr. bis zur Zahlung des Miethgeldes sich decken könne, folgt doch daraus nicht nothwendig.

L. 34. de R. J. (50. 17.) enthält nur Interpretationsre,

37) Diss. de exc. non adimpl. contr. concl. 3

38) L. 13. §. 8. de act. emti. (19. 1.) et ideo si pretii partem offerat, et nondum est ex emto actio. L. 31. §. 1. de reb. cred. (12. 1.) „Si ei pretium solidum“ etc. L. 57. de aed. act. (21. 1.) „ni pretium totum solverit.“

gehn, die gar nicht hieher gehören, und was L. 8. C. de locato (4. 65.)

licet certis annuis quantitibus fundum conduxeris, si tamen expressum non est in locatione (ut mos regionis postulabat) ut si quae lue tempestatis vel alio coeli vitio damna occidissent, ad onus tuum pertinerent, et quae evenerunt perilitates ubertate aliorum annorum repensatae non probabuntur: rationem tui juxta bonam fidem haberi recte postulabis: eamque formam, qui ex appellatione cognoscat, sequetur

beweisen soll, ist vollends nicht abzusehen.

Eben so wenig wird aber Schweders Meinung, durch die von ihm a. D. angeführten Stellen dargethan. Denn

L. 54. §. 1. locati (19. 2)

sagt bloß, daß eine auf das Austreiben des Pächters gesetzte Strafe nicht gefordert werden könne, wenn dieser zwei Jahre lang das Pachtgeld schuldig geblieben sey. Das ist aber keine Wirkung der Einrede des nichterfüllten Vertrags, denn sonst könnte der Pächter noch nachträglich durch sofortige Bezahlung des Rückstands sein Recht auf die Conventionalstrafe retten, wogegen die Worte der Stelle streiten; sondern es ist bloß eine Folge der Bestimmung, daß das Zurückbleiben mit zwei Jahrespachtzinsen ein Grund ist, den auf längere Zeit geschlossenen Pacht aufzuheben³⁹⁾

Die weiter von Schweder angeführte

L. 1. de migrando. (43. 32.)

enthält nichts, als daß der Miether eine Wohnung das interdictum de migrando gegen den Vermiether nicht hat, so lange er nicht das ganze Miethgeld berichtigt. Dieß ist aber, wie im §. 4. der Stelle selbst gesagt wird, eine Folge des dem Vermiether an den invecitis et illatis zustehenden Pfandrechts, welches auch in Ansehung der zukünftigen Forderungen seine Wirksamkeit äußert, und vermöge dessen er

³⁹⁾ L. 56. locati (19. 1.) Nov. 120. c. 8.

die ihm als Pfand dienenden Sachen bis zu seiner vollständigen Befriedigung zurückhalten darf.

Sieht man sich nun weiter in den Gesetzen um, so findet man allerdings viele Stellen, wo der Vermiether mit seiner Leistung vorausgegangen ist ⁴⁰⁾. Doch kommen auch einige vor, wo das Miethgeld erst gezahlt wurde ⁴¹⁾. So nach hielte der eine Fall dem andern ziemlich das Gleichgewicht, und man könnte geneigt seyn, nach dem Grundsatz in

L. 2. pr. D. locati. (19. 2.)

„*locatio conductio proxima est emptioni et venditioni, hisdemque juris regalis consistit*“

das, was vom Kaufvertrag gesetzlich gilt, auf den Pachtvertrag analog anzuwenden. Gleichwohl halte ich die gewöhnliche Meinung für richtiger, weil in zwei Stellen, wo der Pächter das Miethgeld erst zahlte, dies als „*prorogatio*“ als eine *Vorauszahlung*, *Vorschuß* bezeichnet wird, ⁴²⁾ was nicht passend wäre, könnte der Verpächter durch Vorenthaltung der verpachteten Sache die gleichzeitige Zahlung des Pachtgelds erzwingen, denn was ich zahle, weil ich es eben zu der Zeit zahlen muß, ist gewiß keine *Vorauszahlung* zu nennen, welche nothwendig dem Zeitpunkt der Fälligkeit vorangehen muß.

Es läßt sich aber auch für diese Abweichung ein sehr treffender Grund anführen. Im Allgemeinen wird keinem Kontrahenten zugemuthet, dem Mitkontrahenten zu trauen. Der Verkäufer kann sich decken, indem er seine Leistung bloß anbietet, und mit der einen Hand giebt, während er mit der andern die Gegenleistung in Empfang nimmt, so daß die gegenseitige Erfüllung Zug um Zug vor sich geht. Dieß ist beim

40) L. 7. 8. 9. §. 1. 7. L. 15. §. 4. L. 27. 55., §. 2. L. 56. 60. D. locati. (19. 2.)

41) L. 9. §. 4. eod. „*mercedes reciperabit*“. L. 33. eod. „*ut mercedem restituas*“. L. 19. §. 6. D. eod.

42) L. 19. §. 6 D. h. t. Auch die in L. 15. §. 6. h. t. vorkommenden Worte *pro mutua* bezeichnen Vorschuß. Gothofr. ad L. 15. cit. Brissou de V. S. s. voce: *promutuum*.

Verpachter anders. Seine Leistung ist nicht mit der Uebergabe der verpachteten Sache erschöpft, wie die des Verkäufers, sondern es gehört dazu auch die Gestattung der Benutzung *eine gewisse Zeit hindurch*. Dieß kann er nicht in einem Augenblick bewirken, das Zug um Zug geben ist hier unmöglich, und der Pächter käme daher in Nachtheil, wenn er seine ganze Leistung hingeben müßte, während er zu gleicher Zeit die Gegenleistung nur zum Theil der Natur der Sache nach erhalten könnte. Darum erscheint es allerdings billig, daß der Verpachter mit seiner Leistung den Anfang mache. Doch ist das Bestreben der Römer, ihm möglichste Sicherheit zu geben, sehr bemerkbar. Hierher gehören die Bestimmungen, daß er sofort den ganzen Miethzins einklagen kann, sobald der Pächter den erpachteten Gegenstand im Stich läßt ⁴³⁾, daß bei einem Werk, dessen Preis nach dem Maaße bestimmt ist, auch vor der Vollendung, Messung und Bezahlung verlangt werden kann ⁴⁴⁾, daß der Verpachter den Pächter austreiben darf, der mit zwei Jahreszinsen in Rückstand geblieben ist ⁴⁵⁾. Ja es läßt sich wohl aus L. 58. § 2. h. t. (s. oben Note 34.) die Behauptung rechtfertigen, daß der Kontrahent, welcher mit seiner Leistung vorangehen muß, von dem andern wegen Gegenleistung Sicherheitsbestellung fordern dürfe.

Wird doch auch in ähnlichen Fällen durch Kaution geholfen, so bei Legaten, mit denen zugleich eine Verpflichtung für den Vermächtnißnehmer verbunden ist ⁴⁶⁾, so bei der Redhibition, wo der Redhibent auch die fehlerhafte Sache zurückgeben muß, ehe er sein Kaufgeld u. s. w. erhält ⁴⁷⁾, beim vermachten oder auch vertragsmäßigen Nießbrauch, um den Eigenthümer gegen Beschädigung der Sache zu sichern ⁴⁸⁾, beim Ge-

43) L. 24. § 2. eod.

44) L. 30. § 3. eod.

45) L. 54. § 1. L. 56. eod.

46) L. 40. § 5. de cond. et dem. (35. 1.) L. 19. de leg. III. (32.)

47) L. 25. i. f. L. 26. de aed. ed. (21. 1.)

48) L. 1. pr. § 1. 2 usufr. quemadm. cav. (7. 9.)

gesellschaftsvertrag wegen möglicher künftiger Ansprüche ⁴⁹⁾, beim Depositum, wenn einer von mehreren Erben des Hinterlegenden eine untheilbare Sache zurückverlangt ⁵⁰⁾. Endlich stellt L. 38. pro socio (6. 3.) und L. 41. de judic. (5. 1.) die Regel auf:

in omnibus b. f. judiciis, cum nondum dies praestandae pecuniae venit, si agat aliquis ad interponendam cautionem, ex justa causa condemnatio fit.

Und gewiß ist es für eine justa causa zu halten, wenn ein Kontrahent nach Lage der Sache eine Leistung machen muß, ohne wegen der ihm versprochenen Gegenleistung gedeckt zu seyn. Daß übrigens da, wo eine Klage gegeben ist, noch viel unbedenklicher eine Einrede zugelassen werden muß, bedarf kaum der Erwähnung. (L. 156. §. 1. de R. J. 50. 17.)

In der Regel mag es wohl ohnehin bei den Römischen Pachtverträgen so gewöhnlich gewesen seyn, eine solche Sicherheit zu bestellen, daß man auch da, wo es nicht ausdrücklich geschehen war, es dennoch als stillschweigend nach dem vermuthlichen Willen der Kontrahenten geschehen annahm, wie bei den Früchten von einem praedio rustico, und bei den Allaten von einem praedio urbano ⁵¹⁾. Und noch heut zu Tage ist es ja gewöhnlich, sich bei Gegenständen von irgend einem Belang, vom Pächter Sicherheit bestellen zu lassen ⁵²⁾.

§. 9.

Von den genannten Kontrakten bleibt nur noch der Gesellschaftsvertrag als ein wesentlich zweiseitiger übrig. Es leuchtet aber von selbst ein, daß dieser Vertrag eine Vergleichung mit dem Kauf noch weniger gestattet, als der Miethvertrag, weil bei ihm eines Theils die gegenseitigen Leistungen wohl immer eine längere oder kürzere Zeit hindurch fort dauern, also nicht Zug um Zug geschehen können, und weil

49) L. 27. 28. 38. pro socio. (17. 2.)

50) L. 1. §. 36. depositi. (16. 3.)

51) L. 3. 4. 5. 6. 7. in quib. caus. tacite pign. (20. 2.)

52) Quistorp rechtl. Bemerk. Bd. II. nr. 57.

andern Theils so vielfache Gestaltungen des Vertrags denkbar sind, daß sich schon darum durchgreifende Regeln über das Vor- oder Nachleisten gar nicht aufstellen lassen.

Manchmal entscheidet sich freilich diese Frage von selbst aus der Natur der Sache. Denn wenn z. B. der Eine eine Sache herzugeben, der Andere sie zu bearbeiten oder sonst etwas Gewinnengewährendes damit vorzunehmen sich anheischig macht, wie solche Fälle in L. 13. §. 1. praeser. verb. (19 5.) L. 44. L. 52. §. 2. 7. L. 58. pro socio (17. 2.) vorkommen, so versteht sich von selbst, daß der Erstere mit der Hingabe den Anfang machen muß. Im ersten könnte wohl von einer Anwendung der exceptio non adimpl. contr. dann die Rede seyn, wenn die Gesellschaft sich sämmtlich zu einer gewissen Einlage an Geld oder Sachen anheischig gemacht haben, und der Eine, der selbst seine Einlage zur gemeinschaftlichen Kasse noch nicht gemacht hat, sie von dem Andern verlangt. Ich bezweifle aber doch, daß man dem Beklagten die Einrede geben kann, da die Einlage denn doch das ganze Maas der Gesellschaftsleistungen nicht erschöpft, daher die Gleichheit der Verhältnisse nicht vorliegt, welche eine analoge Anwendung voraussetzt; der Beklagte muß daher durch eine Wiederklage sich zu helfen suchen.

Schweder ⁵³⁾ gestattet diese Einrede dem Socio adversus socium, qui lucrum et damnum non vult dividere, et interim actione pro socio experitur. Man wird aber schwerlich in den von ihm angezogenen Stellen ⁵⁴⁾ etwas hierher Bezügliches finden.

Daß der Gesellschafter, welcher von dem andern Gesellschafter auf Theilung eines gemachten Gewinns oder theilweisen Ersatz eines Verlustes belangt wird, eine Einrede hat, wenn der Kläger seiner Seits einen zu theilenden Gewinn gemacht, oder einen vom Beklagten gemachten Aufwand mit

53) In der oben angeführten Dissertation concl. 5.

54) §. 1. J. de societ. (3. 26.) L. 29. pro socio. (17. 2.)

zu tragen hat, ist zwar nicht zu bestreiten. Allein dieß fällt unter den Gesichtspunct der Compensation, und setzt die Erfordernisse derselben voraus.

Dagegen bezweifle ich nicht, daß das bei dem Miethvertrag (S. 8. a. E.) erwähnte Recht, Sicherheitsbestellung zu fordern, auf den Gesellschaftsvertrag zu erstrecken sey, da dasselbe in einigen Stellen sogar ausdrücklich anerkannt wird ⁵⁵⁾.

§. 10.

Bei den übrigen zweiseitigen Verträgen darf man nach gesetzlichen Bestimmungen in Ansehung unseres Gegenstandes nicht fragen. Nach Römischen Ansichten bekamen sie durch die vorausgehende Leistung des einen Theils erst Bestand, wurden dadurch erst klagbar und verbindlich ⁵⁶⁾. War also der Vertrag von Seiten des Klägers erfüllt, so war auch die *exceptio non adimpleti contractus* erledigt, und war er nicht erfüllt, so war keine Klage statthaft, folglich konnte es auch nicht zu einer Einrede kommen.

Die heutigen Ansichten über die Verbindlichkeit der Verträge weichen bekanntlich von der Theorie der Römer ganz ab, da man die Verbindlichkeit und Klagbarkeit eines jeden Vertrags annimmt, und somit ist denn in dieser Hinsicht kein Unterschied zwischen s. g. Innominatkontrakten und *pactis nudis* mehr ⁵⁷⁾, und da wirft sich nun allerdings die Frage auf, bei welchen Verträgen die von den Rechtslehrern ohne Unterschied vertheidigte Statthaftigkeit der *exceptio non adimpl. contract.* auch wirklich sich rechtfertigen lasse.

Wenden wir uns zuvörderst zu denjenigen Verträgen, welche einen bestimmten Namen tragen, so stößt uns nun zuerst der Tausch auf.

55) L. 27. 28. 38. eod.

56) L. 1. §. 2. de rer. permut. (19.4.) L. 7. §. 2. de pact. (2.14.)
L. 3. C. de rerum permut. (4. 64.)

57) Schweppe Röm. Priv. Recht. S. 496. Wening-Ingenheim Bd. III. §. 189. Thibaut Syst. §. 168. Mühlenbruch doct. pand. §. 342. 344.

Auf ihn die Grundsätze von dem Kaufvertrag anzuwenden, ist ganz unbedenklich, da er mit demselben die größte Ähnlichkeit hat, ohne Zweifel seine geschichtliche Grundlage ist ⁵⁸⁾, einige der altrömischen Juristen beide Verträge sogar für einen und denselben hielten ⁵⁹⁾, und beide auch sonst noch häufig mit einander verglichen werden ⁶⁰⁾.

Beim Trödelvertrag muß natürlicher Weise die Sache erst gegeben werden, ehe sie vom Trödler verkauft werden kann, mithin kann da von einer *exceptio non adimpleti contractus* nicht die Rede seyn. Eben das ist der Fall bei dem *contractus suffragii*, so wie er in den gesetzlichen Quellen beschrieben ist ⁶¹⁾, weil darin die Verbindlichkeit zur Zahlung der versprochenen Belohnung von dem günstigen Erfolg der zugesagten Verwendung abhängig gemacht ist, daher denn die letztere begreiflicher Weise vorausgehen muß.

Der Vergleich unterscheidet sich nur dadurch von den übrigen, mit einem eigenen Namen nicht belegten Verträgen, daß er einen streitigen Anspruch voraussetzt. Im Uebrigen aber kann er seinen Inhalt und den gegenseitigen Leistungen der Transigenten nach, so vielgestaltig seyn, daß sich durchgreifende Regeln für ihn nicht aufstellen lassen. Scheml a. D. S. 96. Note 6. glaubt zwar, daß dabei nach dem Willen der Partheien keine Leistung von der andern abhängig sey, allein, wenn sich dieser Wille nicht auf irgend eine Weise ausgesprochen hat, so ist nicht abzusehen, warum er grade in der angegebenen Art anzunehmen sey, und nicht vielmehr die Grundsätze, die man in Ermangelung besonderer gesetzlichen Bestimmungen bei zweiseitigen Verträgen überhaupt anzunehmen hat, auch bei dem Vergleich zur Anwendung kommen sollen. Was nun diese Grundsätze anlangt, so glaube ich folgende aufstellen zu können:

58) L. 1. pr. de contr. emt. (18. 1.)

59) §. 2. J. de emt. (3. 21.) Gajus Com. I. III. §. 141.

60) L. 2. C. de rer. perm. (2. 64.) L. 2. D. eod. L. f. D. quib. ex caus. in poss. (42. 4.)

61) L. un. C. de suffragio. (4. 3.)

1) Die Einrede des nichterfüllten Vertrages, wie wir sie beim Kauf dargestellt finden, ist nur auf solche zweiseitige Verträge anwendbar, wo die vollständige Erfüllung von beiden Seiten in einem Augenblick, Zug um Zug, geschehen kann. Es rechtfertigt sich dieß Erforderniß aus den Regeln der Analogie oder ausdehnender Gesetzesklärung, welche Gleichheit des Grundes und Ähnlichkeit des Falles in wesentlichen Punkten voraussetzt⁶²⁾.

Diese gleichzeitige Erfüllbarkeit läßt sich auch bei manchen Handlungen recht gut denken. Versprechen eines Nichtthuns ist im Augenblick des Vertragsabschlusses für erfüllt zu achten, so fern sich dasselbe erzwingen, d. h. das Thun mit Erfolg verhindern läßt, wie z. B. das Versprechen, ein gewisses Recht gegen den Andern nicht geltend zu machen.

2) Ist aber die eine Leistung von der Art, daß ihre Erfüllung einen bestimmten oder unbestimmten Zeitraum erfordert, so kann die Einrede des nichterfüllten Vertrages nach Analogie des Pachtvertrages nur von dem vorgeschützt werden, dessen Leistung die eben bezeichnete Eigenschaft nicht hat. So würde in dem Fall der L. 6 praeser. verb. (19. 5.) der Versprecher des Hauses sich gegen die Klage des andern so lange schützen können, bis derselbe das versprochene Werk hergestellt hat, nicht aber umgekehrt. Zu dieser Gattung von Leistungen gehören denn auch alle Versprechungen eines Nichtthuns, wenn das Thun nicht mit Erfolg verhindert werden kann.

3) Sind beide Leistungen nicht von der Art, daß sie Zug um Zug vor sich gehen können, (z. B. der Eine verspricht Unterricht zu ertheilen, der Andere ein Gebäude zu errichten), dann muß man annehmen, daß Keiner mit der Einrede sich schützen, sondern nur durch eine Widerklage sich helfen kann. Denn für diesen Fall wüßte ich wenigstens

62) Bening-Jungenheim Lehrb. B. I. §. 19. u. a. m.

keine passende Analogie, und es möchte immer sicherer seyn, sich an Analogien zu halten, als nach willkürlichem Gutdünken und Hypothesen über die Willensmeinungen der Partheien zu Behauptungen sich bestimmen zu lassen, welche ihrer Quelle nach fast in jedem Kopf eine andere Gestalt annehmen, und so das Recht zu einem Spiel des Zufalls herabwürdigen.

4) In den Fällen unter 2 und 3 darf der Beklagte, welcher sich mit der Einrede des nichterfüllten Vertrags, oder auch durch eine Widerklage nicht helfen kann, Sicherheitsbestellung wegen der Gegenleistung verlangen. Diese anzunehmen berechtigen die oben §. 8. gegen das Ende angeführten analogen Stellen, die Beschränkung aber rechtfertigt sich daraus, daß, wenn der Beklagte auf andere Weise sich zu decken vermag, es an einer *justa causa* fehlt, welche zur Begründung des Verlangens besonderer Sicherung erforderlich ist nach L. 41. de judic. (5. 1.).

Ich benutze übrigens diese Gelegenheit, um einige sinnentstellende Druckfehler zu verbessern, die sich in meiner ersten Abhandlung über diesen Gegenstand Bd. 7. dieser Zeitschrift eingeschlichen haben. Es muß nämlich S. 337. in der achten Zeile von unten heißen: „gethan“ statt „zu thun“, und S. 341. in der vierten Zeile von unten: „zurückzugebenden“ statt „zurückgebenden“ endlich S. 360. in der vierten Zeile von unten „leicht“ statt „nicht“, was gerade den entgegengesetzten Sinn giebt.

XVI.

Anwendung des sogenannten *decretum divi Marci* bei zweiseitigen Obligationen, in Beziehung auf einen Rechtsfall erörtert.

Von

Herrn Professor Burchardi in Kiel.

Ein Dienstknecht hatte einem anderen eine Uhr für eilf Thaler verkauft, und es war verabredet worden, daß der Käufer sich am nächsten Sonntage in der Dorfschenke einfänden und die Uhr gegen Bezahlung in Empfang nehmen solle. Beide Theile stellten sich auch zur festgesetzten Zeit im Wirthshause ein, allein der Käufer, den der Handel gereute, verweigerte die Annahme der Uhr unter allerlei nichtigen Vorwänden, was einen lebhaften Wortwechsel veranlaßte, der damit endigte, daß, als der Käufer einen 5 bis 6 Thaler enthaltenden Geldbeutel hervorzog um seine Zechen zu bezahlen, der Verkäufer ihm diesen entriß, und seinem Gegner erklärte, daß derselbe ihm den Rest der Kaufsumme bringen, und dafür die Uhr abholen möge, sonst aber nichts wieder bekommen werde. In Folge der deßhalb vom Käufer erhobenen Klage, ward der Verkäufer wegen unerlaubter Selbsthülfe zu einer vierzehntägigen Gefängnißstrafe und zur Rückgabe des genommenen Geldes verurtheilt, auch seiner Ansprüche aus dem Kaufcontracte, nach dem *decretum divi Marci* für verlustig erklärt. Auffallend genug war in diesem ersten Proceß ganz unberührt geblieben, wie es mit der Uhr selbst zu halten sey.

Kaum aber hatte der Verkäufer seine Strafe abgesessen und das Geld zurückgeliefert, so klagte der Käufer von Neuem auf Herausgabe der Uhr, indem er ausführte: das *decretum divi Marci* entziehe zwar dem, der sich eigenmächtig

bezahlt gemacht habe, seine Forderung; daraus folge indes-
sen keineswegs, daß er auch von den, ihm für seine Forde-
rung obliegenden Verbindlichkeiten befreit werde, vielmehr
würde eine solche Befreiung dem Zweck des decretum divi
Marci widersprechen, da dieses eine Bestrafung des eigen-
mächtigen Creditors beabsichtige, die aber bei zweiseitigen
Obligationen keineswegs herauskäme, so ferne mit dem Recht
des Schuldigen, auch dessen Verbindlichkeit aufgehoben würde.

Legt man bei der Beurtheilung des hier aufgestellten
Klagfundaments die Bestimmung zum Grunde, welche Va-
lentinian III. für den Fall getroffen hat, wenn der wirk-
liche oder vermeintliche Eigenthümer einer in fremdem Besitz
befindlichen Sache diese eigenmächtig dem Besitzer wegnimmt,
dann dürfte die Haltbarkeit desselben sich nicht bezweifeln las-
sen. Denn Valentinian hat wirklich das Princip, daß
der Eigenmächtige, um das Object des geltend gemachten
Rechtes gestraft werden soll, indem der wirkliche Eigen-
thümer sein Eigenthum verliert, der bloß vermeintliche Ei-
genthümer aber außer der genommenen Sache selbst noch
den Werth derselben dazu herausgeben muß ¹⁾. Allein diese
Grundsätze können hier doch nicht zur Anwendung kommen.
Die Eigenmacht eines Creditors wird im Römischen Recht
ganz anders behandelt. Es ist darauf eine besondere Crimi-
nalstrafe gesetzt. Daneben tritt zwar auch der Verlust der
Forderung ein, aber dieser Verlust gilt kaum als eine Strafe,
sondern eigentlich als ein beneficium juris für den Schuld-
ner, und daher ist auch nirgends davon die Rede, daß ein
bloß vermeintlicher Creditor, der sich eigenmächtig bezahlt
gemacht hat, zur doppelten Restitution des Genommenen
verbunden sey. Die criminelle Bestrafung der Selbsthülfe
kann zwar auch den bloß vermeintlichen Creditor treffen;
hingegen jenes beneficium legis muß dabei wegfallen, weil

1) L. 7. C. unde vi (8, 4) l. 8 §. 4 C. de praescr. XXX. (7, 39)
§. 1. J. vi bon. rapt. (4, 2) §. 6 J. de interd. (4, 15).

decretum divi Marci bei zweiseitigen Obligationen. 421

es an einem Schuldner fehlt, der liberirt werden könnte. Um zu den Resultaten zu gelangen, welche sich daraus für die Entscheidung des vorliegenden Falls ergeben, wird es nöthig seyn, uns mit der Geschichte des sogenannten decretum divi Marci bekannt zu machen, und zu diesem Zweck müssen wir zunäch den Inhalt dieses Decrets etwas näher betrachten. In der Hauptstelle darüber berichtet uns Callistratus:

»Creditores si adversus debitores suos agant, per judicem id, quod deberi sibi putant, reposcere debent; alioquin si in rem debitoris sui intraverint, nullo id concedente, divus Marcus decrevit, jus crediti eos non habere. Verba decreti haec sunt: *Optimum est, ut, si quas putes te habere petitione, actionibus experiaris; interim ille in possessione debet morari, tu petitor esse. Et quum Marcianus diceret: vim nullam feci, Caesar dixit: Tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? Vis est tunc, quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit; non puto autem nec verecundiae, nec dignitati tuae convenire, quicquam non jure facere. Quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam sine ullo iudice temere possidere, eumque sibi jus in eam rem dixisse, jus crediti non habebit.*«²⁾

Obgleich hier Callistratus der Entscheidung des Kaisers Marc. Aurel. einen neuen Rechtsatz beizulegen scheint, so sieht man doch leicht, daß diese Entscheidung, wie auch natürlich ist, nicht sowohl die Aufstellung einer neuen Regel, als die Auslegung einer schon vorhandenen enthält. Es muß schon vorher Grundsatz gewesen seyn, daß ein Gläubiger, der sich mit Gewalt bezahlt mache, seine Forderung verliere. Anstatt sich nämlich darauf zu berufen, daß kein Gesetz die eigenmächtig geltend gemachte Forderung entziehe, was doch die am nächsten liegende Vertheidigung gewesen

2) L. 7 D. ad leg. Jul. de vi pri. (48, 7.) Vergl. 1 13. D. quod met. causa (4, 2)

wäre, wenn jener Grundsatz nicht gegolten hätte, entschuldigt sich der beim Kaiser verklagte Marcian bloß mit dem Einwande, daß er bei Wegnahme der Sachen seines Schuldners keine Gewalt gebraucht habe, und der Kaiser setzt offenbar den Verlust der Forderung wegen Gewalt, als etwas Bekanntes voraus, indem er seine Entscheidung lediglich darauf stützt, daß unter Gewalt hier jede eigenmächtige Befriedigung des Creditors verstanden werden müsse, folglich die Entschuldigung Marcians nicht von Gewicht seyn könne. Auch hätte sonst die kaiserliche Entscheidung das allerschreiendste privilegium odiosum, einen völlig ungesetzlichen Nachtheil gegen Marcian verhängt; eine Ungerechtigkeit, die doch am allerwenigsten von einem Marc. Aurel. vermuthet werden darf. Hat also der Kaiser etwas Neues durch seinen Spruch begründet, so kann dieß höchstens darin bestehen, daß unter gewaltsamer Befriedigung eines Creditors jede eigenmächtige Befriedigung, auch ohne wirkliche Gewalt gegen den Schuldner zu verstehen sey. Allein wir sind nicht ein Mal mit Sicherheit zu der Annahme berechtigt, daß der Kaiser diese Interpretation zuerst gemacht, und sie nicht schon vorgefunden habe. In den Worten des Callistratus zu Anfang unserer Stelle liegt weiter nichts, als daß es durch das decretum divi Marci als ein Präjudicat festgestellt sey, daß jede eigenmächtige Befriedigung des Creditors den Verlust der Forderung nach sich ziehe, und sollte auch Callistratus selbst, in dieser Entscheidung nicht eine bloße Befräftigung, sondern die erste Quelle dieses Verlustes gesehen haben, so würde darauf nicht viel zu zählen seyn, da es bekannt genug ist, wie die Römischen Juristen in der Geschichte ihres Rechts, der antiqua fabula, wie sie dieselbe verächtlich nennen, nicht sonderlich bewandert waren.

Es fragt sich nun, wo und wann denn, der von Marc. Aurel. angewandte Grundsatz eingeführt worden sey. Man könnte an das Prätorische Edict über die actio quod metus causa denken, weil Justinian die angeführte Stelle des Cal-

decretum divi Marci bei zweiseitigen Obligationen. 423

Ulpianus, wiewohl etwas abgekürzt, auch in den Pandektentitel „quod metus causa gestum erit“ hat setzen lassen ³⁾. Doch hätte Octavius, der Urheber jenes Edicts ⁴⁾ darin nur den Fall des Zwanges zur Zahlung berücksichtigen können, und es ist überhaupt unwahrscheinlich, daß jenes Edict einzelne Fälle des Zwanges hervorgehoben und durch besondere Bestimmungen darüber ausgezeichnet habe. Dagegen wissen wir, daß die Lex Julia de vi privata gerade den Fall der gewaltsamen Selbsthülfe eines Gläubigers ausdrücklich berücksichtigt, und die ordentliche Strafe der vis privata, d. h. Confiscation des dritten Theils des Vermögens nebst Infamie darauf gesetzt hatte ⁵⁾. Dadurch war aber nicht nur die unmittelbarste Veranlassung gegeben, zugleich auch die Frage zu berühren, ob der Gläubiger, seiner Gewalt ungeschädet, seine Forderung behalten solle oder nicht; vielmehr konnte eine Bestimmung darüber gar nicht entbehrt werden. Die privatrechtliche Natur einer solchen Bestimmung macht dabei keine Schwierigkeit, weil die Römischen Leges de judiciis publicis, zu denen allerdings auch Lex Julia de vi privata gehörte, nicht selten neben den criminalrechtlichen Vorschriften, auch einzelne ins Privatrecht einschlagende Sätze, auf welche ihr Hauptinhalt hinführte, enthielten. So kamen in vielen jener Gesetze, namentlich in denen, welche das crimen repetundarum betrafen, Anordnungen über die Entschädigung des Verletzten vor ⁶⁾, und in der Zwillingsschwester der Lex Julia de vi privata, in der Lex Julia de vi publica war die Unwirksamkeit erzwungener Obligationen ausgesprochen ⁷⁾. Durch die Annahme, daß die Lex Julia de

3) L. 13 D. quod met. causa (4, 2.)

4) Meine Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 303 f.

5) L. 8 D. ad leg. Jul. de vi priv. (48, 7) vergl. mit l. 1. D. eod.

6) Dirksen, Beiträge zur Kunde des R. Rechts. Leipz. 1825 8. Nr. 3.

7) L. 5. pr. D. ad leg. Jul. de vi publ. (48, 6).

424 Burchardi, Anwendung des sogenannten

vi privata die Quelle unseres fraglichen Grundsatzes sey, erklärt sich auch am besten, wie Justinian's Compilatoren dazu gekommen sind, die Relation des Callistratus über das decretum divi Marci, und zwar am ausführlichsten, in den Pandektentitel „ad legem Juliam de vi privata“ zu setzen⁸⁾. Dieselbe gehörte recht eigentlich an diesen Platz, weil jene Entscheidung ein Präjudicat über die Interpretation des durch die lex Julia aufgestellten Grundsatzes war.

Netzt müssen wir uns zu einer Stelle wenden, welche schon oft die Aufmerksamkeit auf sich gezogen hat.

„*Labeo libro IV. Posteriorum a Javolenno Epitomatorum*
Bona fides non patitur. ut cum emptor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditae debere desiisset, antequam res ei tradatur, venditor tradere compelletur, et re sua careret: possessione autem tradita futurum est, ut rem venditor aequè amitteret, utpote cum petenti eam rem (emptor exceptionem rei venditae et traditae obiiciat, ut perinde habeatur ac si) petitor ei neque vendidisset neque tradidisset.“⁹⁾

Der Text ist hier nach der Gebauerschen Ausgabe der Pandekten abgedruckt. Von den mehreren vorkommenden Varianten sind nur ein Paar bemerkenswerth. Statt aequè amitteret haben die Handschriften auch eam amitteret oder amittat. Zur Noth würde dieß denselben Sinn geben; indessen läßt sich leicht erklären, wie eam aus aequè hat entstehen können, wenn vielleicht ein Abschreiber letzteres eq geschrieben hatte, wie sich oft findet, da der Diphthong ae häufig durch ein simples e vertreten wird, und ein q die ganz gewöhnliche Bezeichnung in den Handschriften für qui quae quod ist. Es brauchte dann nur der Schweif des q etwas verwischt zu seyn, und ein folgender Abschreiber konnte mit Leichtigkeit eam herauslesen, den Strich über dem scheinbaren

8) In l. 7 D. ad leg. Jul. de vi priv. (48 7).

9) L. 50 D. de act. empti vend. (19, 1).

a für das bekannte Zeichen des m nehmend. Ganz unzulässig ist die Lesart admitteret für amitteret, weil sie sinnlos ist, und eben so wenig darf man mit der Florentinischen Handschrift die eingeklammerten Worte weglassen, wodurch wieder ein neuer Zusammenhang der Gedanken ausgeschlossen würde. Es zeigt sich hier der rechte Werth der Cramerschen Entdeckung, daß die Abweichungen der lectio vulgata von der lectio Florentina nicht bloß auf Conjecturen und Corruptionen beruhen, sondern daß die Bologneser Recension auch aus anderen guten alten Manuscripten, außer dem Florentinischen geschöpft ist ¹⁰⁾.

Gehen wir aber von dem Text der Stellen, so wie er hier vorliegt, aus, so sagt Labeo unverkennbar im Wesentlichen Folgendes:

Ist ein Käufer durch die Wohlthat irgend einer Rechtsbestimmung von der Bezahlung des Kaufgeldes befreit worden, und zwar

- 1) ehe ihm die gekaufte Sache tradirt war, dann leidet die Redlichkeit nicht, daß der Käufer angehalten werde zu tradiren, und seine Sache einzubüßen. (Es stünde nämlich dem Käufer die exceptio doli entgegen, wegen der inneren Unbilligkeit oder Widerrechtlichkeit, wenn er zwar aus dem Contracte klagte, aber nicht seine Verbindlichkeiten daraus erfüllen wollte.
- 2) Hat dagegen schon Tradition Statt gefunden, so muß nach gleichen Grundsätzen nun der Verkäufer seine Sache verlieren; indem ihm, wenn er die Sache zurückvindicirte, der Käufer die exceptio rei venditae et traditae entgegensetzen könnte, was hier denselben Erfolg hervorbrächte, als wenn der Vindicant weder verkauft noch tradirt hätte, (nämlich daß die Sache

10) Cramer de Verb. Signif. Kil. 1811 8. Praefat. pag. XII. seq.; v. Savigny Gesch. des R. Rechts im Mittelalter. Bd. 2 S. 146 f. B. 3 S. 523 f.; Hu go's Civ. Mag. B. 5 Nr. 10.

nicht an den Vindicanten herausgegeben zu werden brauchte).

Die Beziehung des letzteren Satzes, bei welchem übrigens an Tradition ohne Creditbewilligung gedacht seyn muß, weil sonst ein noch stärkerer Grund, der Uebergang des Eigenthums, der Vindication der Sache entgegenstehen würde, kann keine andere seyn, als die, daß obgleich die exceptio rei venditae et traditae Zahlung oder Creditbewilligung voraussetzt, also hier eigentlich nicht begründet wäre, die Billigkeit doch erfordere, diese Einrede auch dann zu gestatten, wenn der Käufer durch eine Rechtswohlthat von der Kaufschuld liberirt worden, mithin eine solche Liberirung der Zahlung oder Creditbewilligung gleich zu achten sey.

Vor auf es uns aber hier vorzüglich ankömmt, das ist, welche Rechtswohlthat *Labeo* gemeint haben kann? An die in integrum restitutio darf hier gar nicht mit *Mornacius* ¹¹⁾, *Brunnemann* ¹²⁾ und Andern gedacht werden. Denn abgesehen davon, daß es höchst wahrscheinlich zu *Labeo's* Zeit noch keine zur Aufhebung von Contracten dienende Restitutio gab ¹³⁾, da die freilich ältere restitutio maiorum oder propter absentiam, auch mit Einschluß der clausula generalis, immer nur gegen Versäumnisse gewährt ward ¹⁴⁾, ist es offenbar unzulässig hier an eine Rechtswohlthat zu denken, welche, wie die restitutio minorum, den geschlossenen Kaufcontract nach beiden Seiten hin rescindiren würde, während *Labeo* augenscheinlich nur von einem Fall spricht, in welchem die Rechtswohlthat an sich bloß den Käufer befreit, nicht unmittelbar auch den Verkäufer. *Cujaz* ¹⁵⁾ hat deß-

11) *Observat. in XXIV. libros Digestorum, ad leg. 50 D. de act. empti vend.*

12) *Commentar in leges. Pand., ad leg. 50 D. de act. empti vend.*

13) *Meine angeführte Schrift* §. 13.

14) *Ebendasselbst* S. 193 f.

15) *Observ. lib. XI. c. 40.*

halb auf gesetzliche Schuldentilgung, *novae tabulae* gerathen, und allerdings konnte diese wohl dem Labeo vorschweben, da noch zu Cäsars Zeit eine solche zur Sprache gekommen, wenn auch nicht wirklich ausgeführt worden war ¹⁶⁾. Doch bezweifle ich, daß die *novae tabulae* bei den Römern sich auf andere Schulden bezogen, als die, welche entweder aus wirklichen Darlehen entstanden (*arcaria nomina*), oder wenn auch aus anderen Obligationegründen hervorgegangen, doch als *transscriptitia nomina* in *mutua* verwandelt werden waren, daß also die *novae tabulae* auch von der Bezahlung rückständiger, aber nicht durch Novation in *transscriptitia nomina* übergegangener Kaufgelder befreiten. Schon ihr Name weist darauf hin, daß sie nur die in den *tabulis accepti et expensi* aufgeführten Schulden betrafen, und in die Rechnungsbücher kamen Kaufgelder, die jemand schuldig war, nur im Fall einer *transscriptio* hinein, wenn man *nomina fecit* d. h. dieselben als ein *mutuum* constituirte ¹⁷⁾. Auch war der beständige Grund der *novae tabulae* die Ueberlastung des Volkes mit *aes alienum* ¹⁸⁾, ein Ausdruck, der im technischen Sinn auch nur auf geliehenes Geld geht, wie denn überhaupt wohl niemals und nirgends rückständige Kaufgelder eine allgemeine Klage über unerträglichen Druck der Schuldenlast erzeugt haben. Eine ganz unglückliche Idee ist es, in der Klagenverjährung den Schlüssel für das Labeonische *beneficium legis* finden zu wollen, da man zu Labeos Zeit und noch Jahrhunderte nachher, nichts von einer Verjährung der Klagen aus dem Kaufcontract wußte, mit alleiniger Ausnahme des Falls, wenn die Bestimmungen des Aedilitischen Edicts über heimliche Fehler der verkauften Sachen zur Anwendung kamen.

16) Cicero de offic. II. c. 24; Sueton. in Caesare c. 42; Vell. Paterc. II. c. 23.

17) Cicero de offic. III. c. 14.

18) *Pitisci Lexicon Antiq.* voce *tabulae novae*....

Wir müssen uns daher nach einem andern *beneficium legis* umsehen, und dieß biethet sich auch von selbst dar, sobald wir beachten, daß die *lex Julia de vi privata* zu *Labeo's* Zeit gegeben ward. Der oben nachgewiesene Grundsatz dieses Gesetzes über die gewaltsam geltend gemachten Forderungen war ein wahres *beneficium legis* für den Schuldner. Denn der Begriff eines *beneficium legis* umfaßt ja in der That alle direct den Vortheil gewisser Personen bezweckende Rechtsbestimmungen, mag auch immerhin nicht sowohl eine Begünstigung jener Personen, als eine andere Rücksicht den Grund enthalten, weswegen jener Vortheil zugewendet wird, wie es denn wohl angenommen werden muß, daß die *lex Julia* mehr der öffentlichen Ordnung und Sicherheit wegen, als in *favorem debitorum*, das Erlöschen der mit Gewalt geltend gemachten Forderungen angeordnet habe. Sollte nun gar das Gesetz diese Anordnung nicht so ausgedrückt haben: der Creditor welcher Gewalt braucht verliert seine Forderung, sondern umgekehrt so: der Schuldner wird, wenn der Creditor Gewalt anwendet, von seiner Schuld befreit, dann wäre das *beneficium legis* sogar in der Form hervorgetreten. Aber dieß ist etwas Geringfügiges, weil das Wesen eines *beneficium legis* nicht von den Worten, sondern nur von dem wirklichen Inhalt des Gesetzes abhängen kann. Durch die *lex Julia de vi privata* war demnach die unmittelbarste Veranlassung für *Labeo* gegeben, sich die Frage aufzuwerfen, welchen Erfolg es auf die Gegenleistung haben müsse, wenn ein Käufer wegen gewaltsamer Selbsthülfe des Verkäufers von der Bezahlung des Kaufgeldes befreit worden sey, die er nun dahin beantwortet, daß der Käufer zwar die nicht tradirte Sache nicht fordern, wohl aber die bereits übergebene Sache behalten könne.

Wie wahrscheinlich aber auch diese specielle Veranlassung der von *Labeo* aufgestellten Sätze seyn mag, so ist es doch wichtig, daß selbst ein Irthum in dieser Beziehung hier nichts schaden würde. *Labeo* spricht ja nämlich nicht von einem ein-

decretum divi Marci bei zweiseitigen Obligationen. 429

zelnen bestimmten beneficium legis, welches gerade herausgefunden werden müßte, sondern schlechthin von jedem beneficium legis, wodurch ein Käufer liberirt werden kann. Gesezt also auch, er hätte nicht zunächst an die lex Julia de vi privata und deren Bestimmungen über Selbsthülfe gedacht, das sogenannte decretum divi Marci würde nichts destoweniger unter seine Regel fallen, weil dasselbe wirklich ein beneficium legis für den Schuldner ist, und zwar ein solches, welches auch auf einen Käufer Anwendung leidet. Eben dieß gilt auch noch von mehreren anderen Erlösungsgründen der Forderungen. Nehmen wir z. B. die altrömische Proceßverjährung, vermöge der römischen Regel, daß wenn ein Proceß nicht innerhalb der gesetzlich bestimmten Frist beendet werde, nicht bloß die Klage hinfällig sey, sondern das ganze eingeklagte Recht erlösche¹⁹⁾. Es war dieß ein sehr erhebliches beneficium legis für die Beklagten, welches auch einem auf Bezahlung belangten Käufer zu Gute kommen konnte, und welches sich mithin auch unter Labeos Regel bringen läßt. Andere Beispiele, die freilich Labeo noch nicht kennen konnte, würden seyn, wenn ein Verkäufer sich die Verwendung eines mächtigen Mannes beim Richter im Proceße wegen seiner Bezahlung verschaffte, was den Verlust seiner Forderung zum Besten des Käufers zur Folge hätte²⁰⁾, oder wenn er seine Forderung an den Vormund oder an den filius familias des Käufers cedirte, was ebenfalls das Erlöschen derselben herbeiführen würde²¹⁾. Ueberhaupt gehören alle Fälle hierher, in welchen nach besondern Rechtsbestimmungen, bei einer zweiseitigen Obligation ein Theil allein ohne Befriedigung des andern, von seiner Schuld entbunden wird, und wir können dabei sogar unbedenklich dem Verkäufer gleiches

19) Kellner, über Litiscontestation und Urtheil §. 15.

20) L. 1 u. 2. ne liceat potentiori (2, 14.).

21. L. 7 D. de O. et A. (44, 7) Nov. 72 c. 5.

Recht mit dem Käufer einräumen ²²⁾. Hat der Käufer z. B. Selbsthülfe angewandt, oder eine unerlaubte Cession seiner Forderung vorgenommen, oder einen mächtigen Mann bewogen, sich für ihn beim Richter zu verwenden, dann muß auch der dadurch von seiner Verbindlichkeit befreite Verkäufer nicht das Kaufgeld fordern können, wenn er es nicht bereits empfangen hat. Es spricht dafür zuvörderst der Grund woraus Labeo seine Ansicht ableitet, indem er sich bloß auf die bona fides stützt, welche den Verkäufer nicht weniger als den Käufer von einem unbilligen Verlangen abhalten muß. Er spricht dafür ferner die von Sell ²³⁾ so umständlich ausgeführte Regel des römischen Rechts, daß sich niemand mit dem Schaden eines anderen bereichern soll, und wir haben endlich auch noch die Analogie des einseitigen Erlasses bei zweiseitigen Obligationen für uns. Erlasse ich hier meinen Anspruch, nachdem ich von meiner Seite bereits erfüllt habe, so kann ich darum nichts zurückfordern. Nimmt dagegen der andere Contrahent meinen Verzicht an, bevor er meine Leistung erhalten hat, dann soll er auch diese nicht mehr verlangen können ²⁴⁾. Dieß kann wieder nur eine Anwendung des Billigkeitsprincips seyn, welches bei zweiseitigen Obligationen, demjenigen, der selbst nichts leistet, ohne daß ein Casus seine Leistung unmöglich gemacht hat, verbietet, dennoch die Leistung des anderen Theils erzwingen zu wollen, und da hierbei nicht zwischen Käufer und Verkäufer unterschieden wird, so müssen wir auch, wenn ein beneficium legis einen Ver-

22) Bei dieser Ausdehnung scheint doch der Fall ausgenommen werden zu müssen, wenn der Verkäufer durch casuellen Untergang der verkauften Sache liberirt worden ist, weil er in diesem Fall noch das Kaufgeld fordern kann. Indessen gründet sich hier die Liberirung nicht auf eine besondere Rechtsbestimmung, nicht auf ein beneficium legis und steht daher der im Texte ausgesprochenen Ansicht nicht im Wege.

23) Versuche im Gebiete des Civilrechts B. 1. Gießen 1833. 8. Nr. 1.

24) L. 1 l. 5 pr. D. de rescind. vend. (18, 5) l. 23 D. de acceptilat. (46, 4).

decretum divi Marci bei zweiseitigen Obligationen. 431

käufer liberirt hat, ihn nicht anders behandeln als den Käufer.

Für den oben angeführten Rechtsfall ergibt sich hieraus von selbst, daß die Uhr dem Käufer nicht zugesprochen werden könne, wogegen er dieselbe allerdings hätte behalten dürfen, wenn sie ihm schon tradirt worden wäre.

Die vorstehende kleine Erörterung ist lange vor der gründlichen und schätzbaren Abhandlung des Herrn Dr. Benfey über die Selbsthülfe im Rhein. Mus. B. 7 (3) Nr. 4, geschrieben, und würde sonst vielleicht hin und wieder etwas anders gefaßt worden seyn. Da sie indessen einen in der Benfey'schen Abhandlung ganz unberührt gebliebenen Punct betrifft, auch nirgends in Widerspruch mit den Benfey'schen Untersuchungen tritt, als allenfalls darin, daß ich das sogenannte decretum divi Marci nicht als die erste Quelle des demselben beigelegten Grundsatzes betrachten kann, was noch immer meine Meinung ist, so habe ich keine Umarbeitung meines Aufsatzes für nöthig gehalten.

XVII.

Ueber die Fortschritte der Gesetzgebung, über Hypotheken und über die Forderungen welche an die Gesetzgebung in dieser Beziehung gestellt werden können.

Von Mittermaier.

(Fortsetzung des Aufsatzes Nr. VII. im vorigen Heft.)

Wenn wir uns zur Betrachtung wie sich in den einzelnen deutschen Staaten die Gesetzgebung über Hypotheken fortgebildet hat, so bemerkt man, daß in Braunschweig bereits

durch Verordnung vom 5. Januar 1814 §. 11, und vom 3. Febr. 1814 §. 55, die Eintragung aller hypothekarischen Rechte, mit Einschluß der Legalthypotheken vorgeschrieben wurde. Von Zeit zu Zeit verlängerten neue Verordnungen die Frist, welche für die Eintragung der Hypotheken vorgeschrieben war, bis endlich durch das Gesetz vom 26. März 1823 erklärt wurde, daß man sich überzeugt habe, daß in Bezug auf die Eintragung mehrerer Hypotheken große Schwierigkeiten vorhanden seyen, daß die Nothwendigkeit einer solchen Eintragung insonderheit für Minderjährige einen oft nicht zu vermeidenden, unverschuldeten Verlust erworbener Rechte herbeiführen würde; da nun, wie das Gesetz sagt, vorsichtige Gläubiger sich leicht selbst über das Daseyn der gesetzlichen Hypotheken vergewissern können, so wurden die gesetzlichen Hypotheken des Fiscus, der städtischen und übrigen Gemeinden, der Brandversicherungsanstalt, der Meier- und Erbzins-herrn, der Ehefrau an dem Vermögen ihres Ehemanns, der Kinder wegen des Mutterguts, und der minderjährigen und unter Curatel stehenden Personen an dem Vermögen der Vormünder und Curatoren von der Eintragungspflicht befreit. Alle andern gesetzlichen, sowie alle Conventionalhypotheken, sollten nach der Zeit der geschehenen gerichtlichen Eintragung auf die dadurch betroffenen Grundstücke rangiren; die nicht eingetragenen Hypotheken sollten nur gegen den Schuldner wirken. Um dritte gutgläubige Besitzer gegen die oft erst nach Jahren erhobenen Ansprüche der Pfandberechtigten zu sichern, wurde durch das nämliche Gesetz (§. 3) verordnet, daß gegen dritte Besitzer eine nicht eingetragene Specialhypothek, und auch die eingetragene General- und Specialhypothek in Ansehung von Mobilien oder Moventien, die dadurch afficirt seyn könnten, gar nicht, eine eingetragene Generalhypothek gegen dritte Besitzer von Immobilien nur wirksam seyn könne, in so ferne sie auf diese besonders im Hypothekenbuche eingetragen ist. Gesetzliche Hypotheken, die nach §. 1 der Eintragung nicht bedürfen, sollen gegen dritte Be-

siger der darunter mitbegriffenen Immobilien nur ein Jahr lang nach der gerichtlich bekannt zu machenden Verlassung verfolgt werden. Während man in Braunschweig die stillschweigenden Hypotheken nicht aufzuheben wagte, war die Gesetzgebung des Königreichs Sachsen energischer. In Sachsen waren bereits im Jahr 1724 die gesetzlichen Pfandrechte aufgehoben, wurden aber 1734 wiederhergestellt *). Erst im Jahr 1829, durch Gesetz vom 4. Juny, erfolgte die Aufhebung aller stillschweigenden Hypotheken. Nur in Concurssen sollen vor den chirographarischen Gläubigern, nach §. 14 des Gesetzes persönliches Vorzugsrecht haben: 1) die Minderjährigen am Vermögen des Vormunds; 2) Kinder, wegen Ansprüche an den Vater aus der Vermögensverwaltung während der väterlichen Gewalt; 3) Ehefrau; 4) der Fiskus, die Landeskasassen, Kirchen, Unterrichtsanstalten und gewisse andere öffentliche Anstalten. Die hier genannten Gläubiger sollen (nach §. 15) die auf die Classe dieser bevorzugten Gläubiger fallende Summe nach Verhältniß ihrer Forderung theilen. Nach §. 23 kann die Ehefrau fordern, daß ihr Einbringen, soweit es in beweglichen Sachen besteht, in das Consensbuch eingetragen werde. Dieß kann nur wegen bestimmt angegebener Summen geschehen (§. 28). Der Ehemann kann, wenn das Einbringen ohne seine Einwilligung auf mehrere Immobilien eingetragen ist, und schon eines zur Sicherstellung hinreicht, die Ausstreichung des Eingetragenen hinsichtlich der übrigen Immobilien fordern (§. 31). Die Eintragung hat von der Zeit an, wo sie geschah, die Kraft einer gerichtlichen Hypothek. Daß in §. 14 bestimmte Vorzugsrecht bleibt neben der eingetragenen Hypothek bestehen. — Jeder Richter, der einen Vormund bestellt, muß diesen zur Caution anhalten (§. 41), dessen Betrag nach der ungefähren Summe der einjährigen Einkünfte, welche der Vormund für den Pupillen einzunehmen hat,

*) S. darüber Meißner, Vollst. Darstellung der Lehre vom Pfandrecht, II. S. 351. Haubold, Lehrbuch des sächs. Privatrechts S. 221.

und wenn der Vormund Prätiosen oder Staatspapiere des Pupillen verwahrt, darnach zu bestimmen ist. Die Caution kann auch durch Eintragung in das Hypothekenbuch, wenn der Vormund Immobilien besitzt, geschehen; findet sich, daß z. B. wegen Vermehrung der Gegenstände der Verwaltung die Caution nicht hinreicht, so ist sie zu erhöhen. — Nur wenn die Einkünfte den zum Unterhalte und Erziehung des Bevormundeten erforderlichen Aufwand nicht übersteigen, bedarf es keiner Caution (148). Der Vater braucht wegen Vermögens seiner Kinder, wovon er den Nießbrauch hat, keine Caution zu bestellen (§. 51), wenn nicht wegen übler Wirthschaft oder Verschlimmerung der Vermögensumstände Verlust für die Kinder zu besorgen ist. Kann der Vater keine Caution leisten, so ist, unbeschadet des Rechts des Nießbrauchs, den Kindern zur Verwaltung des Vermögens ein Vormund zu bestellen, wenn die Kinder minderjährig sind. — Ein anderes königlich sächsisches Gesetz vom 4. Juny 1829 enthält Vorschriften über einige andere Theile des Hypothekenrechts, und zwar in Bezug auf Verpfändung der Lehen, über Pfandrecht, wenn der Schuldner wegen einer noch nicht gerichtlich anhängigen Schuld die Hülfe für vollstreckt annehmen will, und wegen des Rechts des Gläubigers, die Summe, für welche er Hypothek bestellen will, selbst zu bestimmen, ohne daß das Gericht, wegen des geringeren Werths des Grundstücks, die Bestellung der Hypothek verweigern kann.

Im Großherzogthum Weimar, wo noch das römische Recht das gemeine Recht bildet, wurde im Jahr 1834 der Entwurf einer neueren Hypothekenordnung, der Ständeversammlung vorgelegt. Er besteht aus 420 §§. und ist den neuen bayerischen und württembergischen Hypothekengesetzen nachgebildet. Der Entwurf enthält aber auch manche Eigenthümlichkeiten, vorzüglich schon dadurch, daß man die Generalhypotheken mit einer gewissen Beschränkung noch beizubehalten suchte. Daher gestattet §. 4 auch eine Generalhypothek, die nach §. 9 auch für Forderungen bestellt werden kann, die

ihrem Betrage nach unbestimmt sind. Der Entwurf gestattet keine gesetzliche Hypotheken mehr, dagegen aber Pfandrechts-titel vermöge Gesetzes, und zwar (§. 28) den Ehefrauen am Vermögen ihrer Ehemänner, den Descendenten am Vermögen ihrer Ascendenten wegen Verwaltung ihres Vermögens, den pflegebefohlenen Gemeinden und Kirchen, Erbschaftsgläubigern, den Zwangsdienst- und Frohnenberechtigten, und allen, welche eine Forderung bis zur Hülfsvollstreckung ausgeklagt haben. Nach §. 34 gewähren die gesetzlichen Hypotheken der Ehefrauen, Descendenten und Bevormundeten, den Anspruch auf Bestellung einer Generalhypothek an dem ganzen Vermögen des Schuldners, und Anspruch auf Specialhypothek an Immobilien des Schuldners für den Betrag des von ihm verwalteten Vermögens, so weit dasselbe in Mobilien besteht. Auch die gerichtliche Hypothek giebt (§. 44) Anspruch auf Generalhypothek. Die Hypothek selbst entsteht nur (§. 49) durch wirkliche Eintragung in das Hypothekenbuch, die bei Generalhypotheken bei dem ordentlichen Gerichtsstande für die Person des Schuldners, bei Specialhypotheken bei dem Gerichte geschieht, in dessen Bezirk die zu verpfändenden Immobilien liegen. Die Zeit der Eintragung entscheidet über den Rang (§. 61). Die Lehre von der Vermerkung und Ueberstragung des Pfandes, (§. 62—81) ist nach den Grundsätzen der neueren Hypothekengesetze durchgeführt. Bei den Pfandrechts-titeln auf Generalhypothek, kann der Gläubiger die Bestellung auf die Gesamtheit des Vermögens (82), bei Specialpfandrechts-titeln kann er verlangen, daß der Schätzungswerth des ihm zu gewährenden Pfandgegenstandes nicht unter dem anderthalbfachen Betrage der Forderung stehe. Die Generalhypothek erstreckt sich auf das ganze bewegliche und unbewegliche Vermögen (§. 91), und haftet auch für alle Nebenforderungen. Diese Hypothek (118) hindert jedoch, so lange bis die Einräumung oder die Beschlagnahme erfolgt ist, keinerlei Veräußerung oder sonstige Verfügung. Die eingetragene Specialhypothek ist sicher (§. 130) gegen alle Rechte und

Ansprüche Dritter wegen Eigenthums, Lehens- oder Fideikomißverbandes, Nießbrauchsrechts oder Pfandrechts, welche zur Zeit der Erwerbung im Hypothekenbuche auf den Pfandgegenstand weder eingetragen noch vorgemerkt waren, mit 2 Ausnahmen (131—32). Die Generalhypothek hat in Ansehung der darunter begriffenen einzelnen Gegenstände — seien sie schon zur Zeit der Pfandbestellung in dem Vermögen gewesen oder erst später dazu gekommen, gegen Dritte keine Wirkung (147), auf diejenigen aber, welche das mit Generalhypothek belastete Vermögen in der Gesamtheit oder als pars quota besitzen, geht das allgemeine Pfandrecht über; behält der Schuldner einen Theil seines Vermögens oder einzelne Gegenstände zurück, oder erwirbt er in der Folge neues Vermögen, so dauert die Generalhypothek fort. Sind Gegenstände des mit Generalhypothek belasteten Vermögens in gerichtlichen Beschlag genommen, so wirkt das Pfandrecht in Bezug auf diese Gegenstände wie ein specielles Pfandrecht (152). Alle besondern Pfandrechte gehen rücksichtlich der speciel verpfändeten Gegenstände, jedem allgemeinen Pfandrechte vor (153). Die Zeit der Eintragung bestimmt bei Specialhypotheken den Rang. Die an dem nämlichen Tage inscribirten Gläubiger haben gleiche Rechte nach Verhältnis ihrer Forderungen (155). Die Wirkung der Eintragung oder Vormerkung einer Hypothek erlöscht in jedem Falle mit Ablauf von 30 Jahren, vom Tage der Eintragung (191), und kann nur durch Erneuerung der Eintragung fort dauern (198). Bei jedem Untergericht ist, für jede dazu gehörige Ortschaft, ein besonderes Unterpfandsbuch zu halten (209); die Eintragung geschieht unter dem Namen des Verpfänders, so daß für jede Person, auf deren Namen etwas eingezeichnet werden soll, mehrere leere Blätter für künftige Eintragungen bestimmt werden (210). Jedes Hypothekenbuch hat ein alphabetisches Personalregister nach dem Namen der Personen, die mit Eintragungen belastet sind, und ein Realregister nach den Immobilien. Außerdem hat jede Unterpfandsbehörde für

jede Ortschaft besondere Acten zu halten (215). Alle auf Eigenthumsveränderungen der Immobilien bezüglichen Acten sind zu sammeln, und wenn eine solche Veränderung zur Kenntniß der Unterpfandsbehörde kömmt, so ist auf dem Concept der letzten Erwerbsurkunde die Actenstelle zu bezeichnen, wo die neue Veränderung vorkömmmt (219). Das Buch ist öffentlich für alle diejenigen, deren Interessen und Rechte es berührt. Wer ein begründetes Interesse nachweist, kann die Einsicht in die Bücher verlangen (223). Der Entwurf giebt sehr genau die Rücksichten an, welche die Unterpfandsbehörde vor der Eintragung bei Prüfung der Hypothek zu nehmen hat (234—75). Einer Taxation bedarf es nicht. Nach der Confirmation der Hypothek erfolgt die Eintragung (284). In Bezug auf die Prüfung der Löschung finden sich gute Vorschriften in §. 350 u. Die Unterpfandsbehörde ist verantwortlich, wenn sie eine ihrer Obliegenheiten absichtlich oder aus Unachtsamkeit, unerfüllt läßt (372). Vorschriften wegen Verantwortlichkeit s. in §. 373—87.

Ein besonderes Interesse gewährt die Betrachtung der Fortschritte der Hypothekengesetzgebung im Großherzogthum Hessen. Schon im Landtagsabschiede von 1821 wurde die Zusage gegeben, daß eine den Mängeln des Hypothekenwesens entsprechende Gesetzgebung vorgelegt werden sollte. Der Umstand, daß in den einzelnen Provinzen das gemeine Recht, mit allen seinen Mängeln, noch galt, während die höchst verschiedenartige Particulargesetzgebung der einzelnen Landestheile überall Modificationen erzeugte, die neue Controversen hervorbrachte, machte eine neue Hypothekengesetzgebung durchaus nothwendig. Ein Regierungserescript, vom 27. Sept. 1827, ergangen auf den Grund eines Ministerialrescripts, bezeichnete die Mängel der bestehenden Hypothekenbücher. Die Frage: ob nicht durch eine Verbesserung der bestehenden Hypothekeneinrichtung, und durch Benützung der Vorzüge derselben und Beseitigung der eingeschlichenen Mängel und Mißbräuche besser, als durch eine völlig neue Hypothekenordnung geholt

fen werden könne, wurde 1827 auch in Hessen angeregt; und interessant ist in dieser Beziehung eine Schrift von Röchler ²⁾, welcher zu zeigen suchte, daß schon in der bisherigen Einrichtung der Hypothekenbücher bei den Gemeinden die Grundlage des Guten liege, und man nur fortzubauen nöthig habe, indem die Hauptsache die Garantie der Hypotheken durch die Gemeindevorstände wäre. So legte der Verfasser den Entwurf einer Instruction vor, die darauf gebaut war, daß alle Eigenthumsveränderungen in die öffentlichen Bücher eingetragen werden, in jeder Gemeinde Hypothekenbücher bestehen, und nur die Gemeindeobrigkeit nach sorgfältiger Prüfung die Eintragungen besorgen sollten. So sehr man zugeben muß, daß durch diese Einrichtung schon viel gewonnen wird, so überzeugt man sich doch bald, daß das Uebel tiefer liege, daß die gemeinrechtlichen Vorschriften über Hypotheken selbst, nicht zu dem zu erzielenden Grundsatz der Publicität paßten, und in den stillschweigenden Pfändern und den Generalhypotheken Grundfehler des Hypothekenrechts seyen. Da bei den Generalhypotheken der, durch die Streitigkeiten der Schriftsteller, doppelt auffallende Nachtheil der Verfolgung der Gegenstände besonders den dritten gutgläubigen Besitzern nachtheilig wurde, so hatte 1830 die Staatsregierung den Kammern einen Gesetzesentwurf vorgelegt, wodurch die Regel, daß gegen den dritten Besitzer einzelne Sachen, die in dem mit Generalhypothek belasteten Vermögen eines Schuldners sich befinden, mit Hypothekarklage verfolgt werden können, aufgehoben werden sollte. Der Ausschlußbericht wollte die durch die gesetzliche Hypothek der Pupillen ergriffenen Gegenstände davon ausnehmen; die Discussion rief eine Reihe von Klagen über das Hypothekenwesen und die Erklärung hervor, wie nachtheilig solche Partialverbesserungen in einer Gesetzgebung wären, und der Entwurf

2) Röchler Betrachtungen über das Hypothekenwesen und Entwurf einer Instruction für Bürgermeister ic. Darmstadt 1827.

wurde nicht angenommen ³⁾. Dagegen kam auf dem Landtage von 1830 ein anderes, die künftige Hypothekengesetzgebung weise vorbereitendes Gesetz vom 29. Oct. 1830, über Sicherung des Grundeigenthums zu Stande. Es kam nämlich darauf an, den Grund- und Hypothekenbüchern der Gemeinden eine sichere Grundlage zu verschaffen. — Das Gesetz schreibt nun vor (§. 1): daß jede Gemeinde sich von den, nach einem früheren Gesetze aufzustellenden Flurbüchern und Karten über ihre Gemarkung eine Copie zu verschaffen habe; 6 Monate lang solle nun diese Copie in der Gemeinde zur allgemeinen Einsicht offen liegen, und der Besitz, wie ihn diese Copie angiebt, soll in Bezug auf die Personen der Besitzer nach Ablauf von 6 Monaten, wenn keine Klage deshalb erhoben wurde, für richtig angenommen werden. Die nöthigen Abänderungen, die sich im Laufe der 6 Monate ergeben haben, werden hierauf in dem Flurbuch der Gemeinde unter Aufsicht des Gerichts vorgenommen; und das Buch, das als Grundbuch zu bezeichnen ist, als Beweismittel des Besitzstandes erklärt. Außer diesem Buche muß ein besonderes Buch angelegt werden, in welchem die Nummern der Parzellen in der nämlichen topographischen Ordnung aufeinander folgen, wie im Grundbuche. Die linke Seite ist für das Eintragen des jedesmaligen Besitzers bestimmt. Die rechte Seite bleibt für die Aufnahme der Schuldverschreibungen mit Bezugnahme auf das Hypothekenbuch, so wie der das Eigenthum dinglich belastenden Rechtsverhältnisse, frei. In dem Hypothekenbuche müssen die verpfändeten Parzellen mit den Nummern des Grundbuchs angeführt werden. Wandert sich die Masse eines Grundstücks, wird es vertheilt oder mit andern vereinigt, so muß dieß in Supplementbänden, die wie das Grundbuch einzurichten sind, eingetragen werden.

3) S. in den Verhandlungen der zweiten Kammer, 1. Beilagenband, S. 685 den Ausschußbericht, und in den Protocollen der zweiten Kammer II. Band. S. 419., die Discussion über den Gesetzesentwurf.

In diese Supplementbände werden auch die Grundstücke eingetragen, welche bei der Aufstellung der Kataster und Grundbücher nicht als selbstständige Parzellen aufgeführt, und erst später als solche ausgemittelt werden. Die Abänderungen und neuen Einträge können nur in Gegenwart eines Mitglieds des Ortsvorstandes, nach Vorzeigung gerichtlich bestätigter Urkunden, oder wo diese nicht vorkommen, nach schriftlichen Zeugnissen des betreffenden Gerichts, daß eine gerichtlich bestätigte Urkunde nicht nothwendig sey, vorgenommen werden. — In der Zwischenzeit war in Hessen die Gesetzgebung, in Bezug auf die Vorbereitung einer umfassenden neuen Hypothekengesetzgebung, nicht unthätig, und der 1832 zur Prüfung durch den Staatsrath bestimmte Entwurf eines Gesetzes über die Hypothek⁴⁾ und die übrigen Vorzugsrechte der Gläubiger, beweist die zweckmäßigen Fortschritte, welche die Legislation beabsichtigte. Der Entwurf⁴⁾, der aus 319 §§. besteht, so wie die damit vorgelegten Motive enthalten viele treffliche Bestimmungen und Entwicklungen. Man sieht, daß dem Verfasser die französische Hypothekengesetzgebung (erklärbar da in Rhein Hessen diese noch gilt) vorgeschwebt hat, allein der Entwurf ist originell und besonders darum wichtig, da er so wesentliche Verbesserungen des französischen Hypothekensystems enthält. Sehr zweckmäßig ist es, daß der Entwurf nicht jene großen Hypothekenbezirke annimmt, die das französische Recht kennt, sondern in jedem Landgerichts- oder Stadtgerichtsbezirk, Kanton, ein Hypothekenamt, das keine richterliche Behörde, aber der Aufsicht der betreffenden Gerichte unterworfen ist, bestehen läßt. In den Motiven wird bemerkt, daß es bedenklich sey, den Ortsvorständen allein, welchen die nöthigen juristischen Kenntnissen fehlten, die Führung der Hypothekenbücher zu übertragen; der Entwurf schlägt aber (§. 247) eine Hypothekenkontrolle vor, die bei jeder Bürgermeisterei aus dem Bürgermeister und drei andern von der Regierung widerruflich bestellten Personen besteht;

4) Der Entwurf ist bisher den Ständen nicht vorgelegt.

diese Behörde besorgt auch die Abschätzungen. Der Entwurf kennt keine gesetzlichen Hypotheken mehr, sondern nur Hypothekentitel, eben so entfernt er die gerichtliche Hypothek, wie sie das französische Recht kennt, und die Generalhypotheken. Alle Hypotheken müssen auf bestimmte Summen eingetragen werden. — In Bezug auf das Verfahren bei der Eintragung, ist der Entwurf dem französischen Rechte nachgebildet; sehr zweckmäßig ist dagegen von der französischen Vorschrift über 10jährige Erneuerung der Hypotheken und von dem Purgationsverfahren Umgang genommen. — Zur Vollständigung der Nachrichten über Fortschritte der Hypothekengesetzgebung, soll noch als Nachtrag zu dem oben S. 155 in Bezug auf Nassau, Angegebenen bemerkt werden, daß bei der nassauischen Ständeversammlung v. J. 1835 ⁵⁾ der Ausschlußbericht erstattet worden ist, worin die Commission ihre Ueberzeugung ausspricht, daß die bisherige Einrichtung der Orthsypothekenbücher der Form nach beizubehalten sey; es wird aber das Geständniß abgelegt, daß die Kataster über den Grundbesitz an den meisten Orten so mangelhaft sind, daß die Feldgerichte keine Gewißheit sich daraus verschaffen können; die Commission bezeichnet die Mängel der bestehenden Einrichtung, beklagt aber es auch, daß die Fehler durch Vernachlässigung der Instructionen sich vermehrt, und oft schlechte Praxis sich eingeschlichen habe; gesteht, daß wenn man auch die bestehende Einrichtung noch so sehr verbessern wollte, das Hypothekensystem doch nicht allen Anforderungen entsprechen würde, weil durch das Bestehen der stillschweigenden und der Generalhypotheken, die Grundlage fehlerhaft sey, daher der Antrag an die Regierung gestellt ward, ein auf Publicität und Specialität gebautes vollständiges Hypothekengesetz vorzulegen.

Vorzüglich ist es nun nothwendig, zu beobachten, was

5) Verhandlungen der Landesdeputirten in den Sitzungen I – XI. Wiesbaden 1835 S. 161.

in neuerer Zeit für die Verbesserung der französischen Hypothekengesetzgebung theils durch die Legislation in einzelnen Ländern, wo das französische System gilt, geleistet, theils durch die Schriftsteller vorgeschlagen worden ist; da diese Legislation, die selbst noch in mehreren deutschen Provinzen gilt, einen bedeutenden Einfluß auf die Ausbildung der Hypothekengesetzgebung anderer Länder gewonnen hat.

Bekanntlich ist das im französischen Civilgesetzbuch aufgestellte Hypothekensystem nicht aus einem Gusse hervorgegangen; unter den Redactoren des Gesetzes herrschte selbst eine zu große Verschiedenheit der Ansichten, je nachdem sie mehr den einmal in ihren Provinzen geheiligten Grundsätzen des römischen Rechts und den Aussprüchen der darauf gebauten coutumes oder den Gewohnheitsrechten huldigten, welche das System der Publicität und Specialität schon lange kannten; angebliche Billigkeit und Berufung auf römisches Recht verschafften mehreren stillschweigenden Hypotheken die Anerkennung und dadurch, sowie durch Beibehaltung der Generalhypotheken in gewissen Fällen, verlegte man die Consequenz und ging leider von den Grundsätzen ab, welche das Gesetz vom 11. Brumaire des Jahres VII aufgestellt hatte; manche Prozeduren und Förmlichkeiten, an die man sich vor der Revolution gewöhnt hatte, wurden beibehalten. Die Klagen über den Mangel an Credit, welchen diese Hypothekenverfassung gewährt, wurden zwar bald laut, allein während Napoleons Herrschaft wagte man überhaupt in Frankreich nicht, seine Schöpfungen zu tadeln. In Rheinpreußen, wo, nachdem das Land mit Preußen vereinigt war, die öffentliche Stimme der Prüfung die französischen Einrichtungen mit den preussischen verglich, machte ein geistvoller Aufsatz ⁶⁾ eines Practikers auf die bedeutendsten Gebrechen der französischen Hypothekenverfassung aufmerksam und zeigte, wie inconse-

⁶⁾ In v. Ramps Jahrbüchern der Gesetzgebung in Preußen, Heft 29. S. 49.

quent man in der Durchführung der Grundsätze war. Später erhob sich (1827) auch in Frankreich die Stimme des Tadels, vorzüglich griff Jourdan ⁷⁾ hart das Gesetz an. Im Jahre 1827 eröffnete Casimir Perier, aus Erfahrung den traurigen Zustand des Hypothekenwesens erkennend, einen Concurs, um die Schriftsteller zur Entwicklung der Fehler des Hypothekengesetzes und zur Angabe der Mittel der Abhülfe zu veranlassen. Die Folge dieser Aufforderung war die Erscheinung mehrerer Schriften über das Hypothekenwesen, unter denen vorzüglich die von Decourdemanche ⁸⁾, Gastaldi ⁹⁾ Aufsehen erweckten. Der Erste legte selbst das Project eines Hypothekengesetzes vor, und hoffte besonders von einem Kataster, den man zum Grunde legen müßte, die Verbesserung der Gesetzgebung. Mit practischem Geiste prüfte Fölix ¹⁰⁾ die Vorschläge von Decourdemanche und Gastaldi, durch welche die Eigenthümer der Liegenschaften auf unnatürliche Weise beschränkt worden wären, und hielt sich bei seinen Vorschlägen mehr an die Grundlagen der bestehenden französischen Gesetzgebung, forderte aber die Anlegung vollständiger Grundbücher in Verbindung mit den Hypothekenbüchern ¹¹⁾ und die gesetzliche Vorschrift, daß alle Veränderungen des Grundeigenthums in die öffentlichen Bücher eingetragen werden müssen ¹²⁾, so wie die Aufhebung aller gesetzlichen Hypotheken und die Abänderung mehrerer Vorschriften des Code civil ¹³⁾.

7) Jourdan in der *Themis ou bibliothèque du jurisconsulte*, livraison 25. p. 240. Tom. VI, p. 193. VII. p. 53.

8) *Du danger de prêter sur hypothèque et d'acquérir des immeubles, ou vues d'amélioration du régime hypothécaire par Decourdemanche*. Paris 1829.

9) *Recherches sur le crédit foncier*. Paris 1829.

10) In *Annales de législation et de jurisprudence*. Paris 1829. p. 163.

11) Ueber die Einrichtung *Annales*, I. c. p. 203.

12) Vorschläge, in den *Annales* p. 219.

13) *Annales* p. 219. 225.

In einem interessanten Aufsatze ¹⁴⁾ zählte Foelix 25 Hauptgebrechen der französischen Hypothekenverfassung auf, indem er zeigte, daß nach dem Gesetzbuche für den Gläubiger keine Sicherheit bestehe. — In neuerer Zeit wurde die Nothwendigkeit der Umgestaltung des französischen Hypothekenwesens immer allgemeiner in Frankreich erkannt. Decourdemanche ¹⁵⁾ zeigte in einem neuen, mehr an die bestehende Gesetzgebung sich anschließenden Aufsatze die Fehler des jetzigen Systems, schilderte die Nachtheile der gesetzlichen und gerichtlichen Hypotheken und der Zulässigkeit der generellen Pfänder, so wie vorzüglich die Folgen des Mangels der Transcription und legte nun ein vollständiges Project eines Hypothekengesetzes vor ¹⁶⁾. Ein besonderes Verdienst gebührte dem Präsidenten Troplong. Geistvoll und practisch, mit den Legislationen des Auslandes vertraut, hatte er in der Vorrede zu seinem, der Entwicklung des jetzigen Hypothekenrechts gewidmeten Werke ¹⁷⁾ die Fehler der französischen Hypothekengesetzgebung geschildert, vorzüglich die Nachtheile des Mangels des Gesetzes, daß die Veränderungen des Grundeigenthums eingetragen werden müssen, nachgewiesen, die Unbestimmtheit der Redaction mancher Artikel des Code und die Fehler der Proceedur dargethan ¹⁸⁾; zu beklagen ist nur, daß Troplong in seinem Systeme noch die Legalthypotheken der Ehefrauen und Mündel, die er vertheidigte ¹⁹⁾, beibehalten wollte. Eine Auszeichnung unter den neueren Schriften verdient die Schrift von Mon-

14) In der kritischen Zeitschrift für ausländische Gesetzgebung und Rechtswissenschaft von Mittermaier u. Zacharia. II. Bd. nro. 2. S. 48.

15) In der revue encyclopédique Novembre 1832. p. 273. 298.

16) In revue encyclop. l. c. p. 300 etc.

17) Le droit civil expliqué, des privilèges et hypothèques par Troplong. Paris I — IV. vol.

18) In der Vorrede p. XXXIV — LVI.

19) Préface l. c. p. LXI — LXVII.

galvy²⁰⁾, der 16 Vorschläge zur Verbesserung des Hypothekengesetzes vorlegte, und unter diesen verlangte, daß der Staat für die Hypothekenbewahrer, wenn diese nicht zahlen könnten, die Haftung übernehme, daß alle Veränderungen des Grundeigenthums in öffentliche Bücher eingetragen, zweierlei Hypothekenregister, eins nach den Namen der Schuldner, das andere nach den Grundstücken, eingeführt, alle Legalhypotheken nur durch Eintragung wirksam, die Generalhypotheken abgeschafft, die Nothwendigkeit der zehnjährigen Erneuerung der Hypotheken aufgehoben, und manche Fehler in dem Verfahren verbessert werden sollen. — Eine interessante Arbeit über die Verbesserung der Hypotheken liefert auch Wolowski²¹⁾, indem er die Hauptfehler des Code umständlich entwickelte und in den bisher abgedruckten Artikeln besonders die Nothwendigkeit der Transcription der Veränderungen des Grundeigenthums, und die Aufhebung der ohne Eintragung wirksamen Legalhypotheken nachwies. — In Bezug auf diese letztere erkannte man in Frankreich, daß wenn man den im Gesetze den Ehefrauen und Pupillen gegebenen Schutz aufheben wollte, das öffentliche Interesse verlange, für diese Personen auf andere Weise zu sorgen, und Beachtung verdient in dieser Hinsicht ein in Form eines Gesetzesentwurfs gemachter Vorschlag²²⁾ zur Sicherstellung der Vermögensrechte der Pupillen und der Ehefrauen. Der Entwurf dehnt zu diesem Zwecke die Rechte und Pflichten des Familienraths aus, giebt dem Friedensrichter größere Rechte, z. B. die Berathschlagungen dieses Familienraths dem Staatsprocurator zu übersenden, fordert, daß die Schuldner der

20) *Mémoire sur les moyens de mettre à l'abri de tout recours les acquéreurs d'immeubles et de concilier avec les besoins des emprunteurs les garanties que les prêteurs ont droit d'exiger.* Par Mongalvy. Paris 1834.

21) *Revue de législation et de jurisprudence.* Paris 1835. I. Heft p. 35. IV. Heft p. 276.

22) In der *Revue de législation.* 1835. II Tom. Heft 4. p. 241.

Archiv f. Civil. Recht. XVI:1. Bd. 3. S.

Pupillen, wenn sie gültig zahlen wollen, das Geld bei einer öffentlichen, im Gesetze bestimmten Kasse consigniren müssen; es wird vorgeschlagen, daß in Bezug auf Gelder, die den Ehefrauen gehören und in die eheliche Gütergemeinschaft nicht kommen, der Ehemann sie nur mit Consens seiner Frau in Empfang nehmen kann, und daß beim Mangel dieses Consenses das Geld, ebenso wie das Mündelgeld, bei der öffentlichen Kasse consignirt werden muß; daß ferner die Ehefrauen keine Obligation im Interesse ihres Ehemanns übernehmen können, wenn es nicht in einer Notariatsacte geschieht, und daß, wenn eine Frau zum Vortheil ihres Ehemanns solche Verpflichtungen übernimmt oder Zugeständnisse macht, sie eine Legalthypothek auf die Güter ihres Ehemanns erwirbt. — Auf ähnliche Weise wie in Frankreich ist auch in den Rheinprovinzen von Practikern ²³⁾ die Nothwendigkeit der Umgestaltung des Hypothekengesetzes besonders durch Einführung der Publicität der Transcription des Grundeigenthums, Aufhebung der Legalthypotheken u. ausgesprochen worden ²⁴⁾. Klagen dieser Art konnten denjenigen, die mit der Gesetzgebung der Länder beschäftigt waren, in welchen der französische Code noch galt, nicht unbekannt bleiben, und interessant ist es nun, zu beobachten, wie in diesen Ländern die Legislation für die Verbesserung thätig zu seyn bemüht war. In Genf wurde in dieser Hinsicht ein am tiefsten eingreifender Gesetzesentwurf vorgelegt ²⁵⁾, und der damit zugleich vorgelegte Bericht von Girod enthält die wichtigsten Betrachtungen und Vorschläge über Hypothekenwesen. Es ist zu be-

23) J. B. Schenk Beiträge zur Reform der rhein. bürgerlichen Gerichtsordnung. Bonn 1833. S. 159.

24) So sprechen auch die Motive des von dem Appellationsgerichte in Zweibrücken bearbeiteten Gesetzesentwurfs (S. 33) aus, daß der Auftrag zur Vorlage des Gesetzesentwurfs veranlaßt worden sey durch die allgemeinen, wiederholten und gegründeten Klagen über die Mangelhaftigkeit des bestehenden Hypothekensystems.

25) *Projet (présenté par le conseil d'état) de la loi relative à l'acquisition, à la conservation et à la publicité des droits réels sur les immeubles.* Genève 1827.

dauern, daß der Entwurf, dem wir freilich nicht ganz zustimmen, noch nicht Gesetzeskraft erhalten hat. Der Entwurf geht von der Nothwendigkeit aus, daß ein öffentliches Register über alle Eigenthumsveränderungen bestehe, in welches, jedoch nur um das Verhältniß zu Dritten zu constatiren, die Uebertragung des Eigenthums eingetragen werden soll, und zwar wenn dieß durch ein Geschäft unter Lebenden oder durch Succession bewirkt wird. — Ferner wird ein Register für die Eintragung aller dinglichen Rechte gefordert, die das Eigenthum beschränken, daher Nießbrauch, Wohnungsrecht, Concessionen von mines, servitudes discontinuæ und die nicht in die Augen fallen, Pacht, antichrèse, und auf gleiche Weise alle Verhältnisse, welche die Dispositionsfähigkeit einer Person beschränken, z. B. Interdictionsurtheile. Der Entwurf giebt Legalhypotheken in 6 verschiedenen Verhältnissen, darunter auch den Ehefrauen und Minderjährigen (Entwurf Art. 85), allein sie wirken nur durch die Eintragung, und der Entwurf macht nun den Notar, der den Ehevertrag aufnahm, und die Pupillenkammer in Bezug auf den Pupillen dafür verantwortlich (95. 105). Die Lücke des Code in Bezug auf die Vormerkungen ist richtig ausgefüllt. Der Entwurf verlangt nicht die wörtliche Eintragung der Acte, sondern kurze Angabe des wesentlichen Inhalts. Statt der französischen gerichtlichen Hypothek giebt der Entwurf (219) dem Gläubiger nur ein Recht der Vormerkung. Die Nothwendigkeit der zehnjährigen Erneuerung ist aufgehoben. Die Verantwortlichkeit der Hypothekenbewahrer ist streng (303); um ihr aber Nachdruck zu geben, existirt eine caisse de garantie (307), aus welcher die Summen, für welche zu haften ist, bezahlt werden sollen.

Im Königreich Sardinien erging am 16. Julius 1822 ein Gesetz über Hypotheken (aus 185 §§.). Man bemerkt leicht, daß das französische Hypothekengesetz die Grundlage bildet und leider oft wörtlich abgeschrieben worden ist ²⁶⁾.

26) Eine Schrift darüber unter dem Titel: Regio edita 16 luglio

Die Legalhypotheken sind selbst noch ausgedehnt; es existirt (S. 17. 23) eine solche Hypothek für den Fiskus an dem Vermögen der Verwalter, für die Gemeinden, Corporationen, für Ehefrauen, Descendenten, Minderjährige, Legatarien. Nach Art. 39 bedürfen die Hypotheken der Ehefrauen und der Descendenten keiner Inscription. Nur bei der Conventionalhypothek gilt die Vorschrift der Specialität (50). Die Hypotheken behalten ihre Wirksamkeit 15 Jahre lang, wenn sie nicht erneuert werden; nur mehrere Legalhypotheken bedürfen keiner Erneuerung (47). Der Notar, welcher ein Rechtsgeschäft, durch welches Ehefrauen oder Mündel Legalhypothek erwerben, aufnimmt, muß für die Einschreibung sorgen. In Bezug auf die Führung der Register schreibt das Gesetz besondere Formen vor. — Richtiger als das sardinische Gesetz hatte die polnische Gesetzgebung²⁷⁾, welche im Wesentlichen sonst der Französischen nachgebildet ist, die Nothwendigkeit erkannt, die Legalhypotheken, welche das Gesetz zwar den Ehefrauen und Minderjährigen verleiht²⁸⁾, der Eintragung zu unterwerfen, und dafür, daß dieß gehörig geschehe, zu sorgen²⁹⁾.

Eine besondere Wichtigkeit für jeden, der die Verbesserung kennen lernen will, deren die französische Hypothekengesetzgebung fähig ist, verdient die Legislation von Holland. Schon im Jahr 1825 war den Generalstaaten der Entwurf des Gesetzes zur Berathung vorgelegt. Die Reden der Kammermitglieder Nicolai, Crombrugghe, Stypkens u. a. enthalten die trefflichsten Erörterungen der Nachtheile der französi-

1822 sulla pubblicità e specialità delle ipoteche col confronto delle leggi romane, francesi etc. opera. del V. Gallenga. Torino 1828.

27) Civilcodex für das Königreich Polen. Erstes Buch v. 1825. Uebersetzt von Falz. Breslau 1826.

28) Civilgesetzbuch Art. 205. 451.

29) Gesetz über Privilegien und Hypotheken in der Uebersetzung von Falz S. 151.

schen Einrichtung. Die Stimmen aller ausgezeichneten Mitglieder sprachen sich aus gegen die gesetzlichen Hypotheken und gegen die gerichtlichen Pfandrechte nach dem französischen Rechte, ebenso gegen die Generalhypotheken, gegen die Nothwendigkeit der Erneuerung der Hypotheken, gegen die französischen Grundsätze über Purgation der Pfandrechte von Seiten des dritten Besitzers und gegen den Mangel der Vorschriften über Nothwendigkeit der Transcription des Eigenthumsübergangs. Nach langen Berathungen kam endlich der XX. Titel des Civilgesetzbuchs der Niederlande von den Hypotheken zu Stande (Art. 1239 — 1294). Die eben zuvor bezeichneten Fehler waren darin vermieden, das Gesetzbuch kam damals nicht zur Anwendung; die politischen Verhältnisse, welche die Trennung Belgiens von Holland herbeiführten, wirkten auch hier. In Belgien wurde dieser Theil der Legislation nicht wieder aufgenommen, in Holland dagegen begannen 1833 wieder die Berathungen über das Civilgesetzbuch und 1834 insbesondere über das Hypothekenrecht³⁰⁾; das Staatsblad vom 28. April 1834 verkündigte endlich das Hypothekengesetz³¹⁾. Das Gesetz baut consequent auf den Grundsätzen der Publicität und Specialität fort. Gesetzliche, gerichtliche Generalhypotheken sind im Gesetze verschwunden. Um die Minderjährigen zu sichern, erklärt das Gesetz (441), daß der Vormund schuldig ist, Hypothek wegen seiner Verwaltung bis zum Belaufe einer Summe zu bestellen, welche der Cantonsrichter nach Erwägung aller Umstände fixirt; gegen diese Fixirung findet Refurs an das Bezirksgericht Statt (444). Die Summe kann, je nachdem das Vermögen des Pupillen sich später vermehrt oder vermindert, erhöht oder ver-

30) Zeitschrift für ausländische Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Band VII. S. 491 — 497.

31) Der Text des Gesetzes ist zu finden in Foelix *Revue étrangère* 1834. Band I. p. 641. Ferner in der Zeitschrift für ausländ. Gesetzgebung 7 Band, S. 440. und in den (unten not 49 anzuführenden) Entwürfen eines Hypothekengesetzes für Rheinbaiern S. 515 — 512.

mindert werden (445—46). Die Bestellung dieser Hypothek, (bei welcher das Gesetz weise zwischen verschiedenen Mitteln den Vormund wählen läßt), geschieht kostenfrei (450). Da die allgemeine Gütergemeinschaft ³²⁾ nach dem Civilgesetzbuche die Regel bildet, so kann ohnehin seltener von Hypothekprivilegien der Ehefrau die Rede seyn. Das Gesetz gestattet aber abweichende Eheverträge, erklärt jedoch, daß alle solche Verträge, wodurch die Gütergemeinschaft ganz oder theilweise ausgeschlossen werden soll, in das öffentliche Buch eingeschrieben werden müssen, wenn sie gegen Dritte wirken sollen ³³⁾. Für die Minderjährigen und die Ehefrauen sorgt das Hypothekengesetz (Art. 1248), durch die Vorschrift, daß für sie auch ohne Einwilligung des Schuldners die Hypothekeneinschreibung durch Urtheil angeordnet werden kann, und daß die Ehefrau hierzu keine Beistandsleistung ihres Ehemannes braucht. Eine Hypothek ist nur gültig, wenn sie in die Bücher inscribirt ist, wenn die Güter, auf denen sie bestellt wird, und die Summe wofür, bestimmt ausgedrückt worden (1251—55). Der Tag der Einschreibung (auf die Stunde wird nicht gesehen) bestimmt den Rang der Hypotheken. Die Eintragung wird einfach durch die Vorlage von zwei Borderux bewirkt (1261), sie bleibt wirksam ohne Erneuerung (1265). Weit zweckmäßiger als in Frankreich sind die Rechte der Gläubiger gegen dritte Besitzer mit den Interessen der letztern vereinigt (1271—1280.) Der Gläubiger hält sich an das in den Händen des Dritten befindliche verhypothecirte Gut, wenn der Dritte nicht die geschehene Tilgung der Schuld oder nachweisen kann, daß der ursprüngliche Schuldner noch soviel zur Zahlung der Forderung hinreichende, gleichfalls verhypothecirte

32) S. den Text den Gesetzes in der Zeitschrift für ausländische Gesetzgebung VI. Bd. S. 465.

33) Civilgesetzbuch v. 1830 Art. 280. Gesetzbuch von 1834 Tit. VIII. Art. 14.

te, Immobilien besitze. Das Purgationsverfahren ist weit gerechter als im Code civil regulirt (1282). Die Verantwortlichkeit der Hypothekenbewahrer ist strenger als in Frankreich bestimmt (1293). Vorzüglich erhält diese neue Hypothekengesetzgebung erst eine Grundlage durch die Vorschriften über Eigenthumsübergang, indem Art. 710 erklärt, daß die Tradition und Eigenthumsübergang bei Immobilien nur durch die Eintragung in die öffentlichen Bücher geschieht.

Zu den Gesetzgebungen, welche als Fortbildung und Verbesserung der französischen Hypothekarlegislation erscheinen, gehört auch die badische. In Baden wurde im Jahr 1809 der französische Code civil als Gesetzbuch eingeführt; da man aber dasselbe den bestehenden Einrichtungen anzupassen suchte, so entstanden auch in der Hypothekargesetzgebung manche Veränderungen. Consequent dem alten germanischen Grundsatz über Nothwendigkeit der gerichtlichen Auflassung, hatte sich in den Provinzen, aus welchen Baden bestand, die Einrichtung erhalten, daß der Eigenthumsübergang in die bei den Gemeinden geführten öffentlichen Bücher eingetragen werden müsse; das zweite Constitutionsedict von 1807 sicherte den Gemeinden dies Recht zu, und bei Einführung des Gesetzbuchs von 1809 behielt man den Grundsatz bei, indem in einem Zusatz zum Landrechte vorgeschrieben wurde, daß der ³⁴⁾ Käufer einer Liegenschaft das Eigenthum daran nicht geltend machen, auch keine Pfandverschreibung darauf geben kann, wenn er nicht seine Erwerbung in das Grundbuch hat eintragen lassen ³⁵⁾. Auf diese Art war in Baden das System der Transcription sanctionirt, welches in Frankreich das Ge-

34) Art. 1583 a. S. auch Art. 1626 a.

35) Das Landrecht spricht von Gewährung, allein diese ist wohl nur die dem Ortsgerichte obliegende Prüfung der Erfordernisse der Eintragung und die ortsgerichtliche Bestätigung. Ist die Eintragung geschehen, so ist anzunehmen, daß die Gewährung schon vorausgegangen war. Veff über die dinglichen Rechte an Liegenschaften. S. 50 — 98.

seß vom 11. Brumaire Jahr VII. ausgesprochen hatte, und das Hypothekensystem erhielt dadurch eine bessere Grundlage³⁶⁾. Damit war auch eine Abänderung in der Führung der Pfandbücher verbunden. Statt der französischen großen Bezirke, für welche Hypothekenbewahrer angestellt waren, hatte man in Baden kleine Bezirke, in so ferne in jeder Gemeinde dem Ortsgerichte, d. h. dem Gemeinderathe die Führung der Pfandbücher, die Schätzung und Prüfung der Verhältnisse, und die Eintragung in die bei der Gemeinde zu haltenden Pfandbücher obliegt. Die Urkunde selbst wird in Baden von dem Amtsevisorate, welchem die nöthigen Urkunden des Ortsgerichts vorzulegen sind, ausgefertigt³⁷⁾. Dadurch wurde es den Gemeinden, welche die Verhältnisse der Schuldner und der zu verpfändenden Güter am besten kannten, möglich gemacht, den Credit der Gemeinde durch zweckmäßige, treue Besorgung der Hypothekenbücher zu wahren. Verbunden war, im Interesse der Gläubiger, damit die Vorschrift³⁸⁾, daß dieß Ortsgericht für die Richtigkeit seiner Zeugnisse verantwortlich und für allen Schaden aus Unrichtigkeiten, die es hätte vermeiden können, zur Entschädigung verpflichtet sey. Leider hatte der badische Gesetzgeber in Bezug auf das Hypothekensystem selbst alle Fehler des französischen Rechts beibehalten; die Legalhypotheken bestanden fort, obwohl zwar durch Gesetze³⁹⁾ gewissen Behörden aufgetragen war, die Interessen der Ehefrauen und der Minderjährigen durch

36) Treffurt, System des badischen Civilrechts S. 127.

37) Instruction für die Pfandschreibereien des Großherzogthums Baden v. 6. Sept. 1822.

38) Landrecht von 1809 Art. 2127. a.

39) Vom 10. März 1810, vom 18. April 1810. Beß über die dinglichen Rechte an Eigenschaften, insbesondere über die Bewahrung derselben durch Eintragung. Karlsruhe 1831 S. 115. (ein sehr treffliches Buch).

Eintragung der Hypotheken in das Pfandbuch zu besorgen. Man hatte ferner die Generalhypotheken, so weit sie der Code kennt, und das mangelhafte französische Purgationsverfahren beibehalten; eine Verbesserung der Gesetzgebung lag nur in der Einführung einer gewissen Art von Vormerkungen ⁴⁰⁾ und in der später angeordneten Aufhebung ⁴¹⁾ der Nothwendigkeit der 10jährigen Erneuerung der Pfandrechte. Obwohl zwar durch die oben angeführte Einrichtung, daß die Transcription der Eigenthumsveränderungen im Grundbuche nothwendig ist, und dadurch, daß die Gemeinden das Hypothekenwesen besorgen, manche Fehler des französischen Systems in Baden vermieden sind, so ist doch die badische Hypothekengesetzgebung noch sehr mangelhaft, und zwar a) durch eine den Bedürfnissen nicht entsprechende Einrichtung des Amtsrevisorats ⁴²⁾, als jener Behörde, welche die Ausfertigung der Pfandurkunden besorgt, und bei Hypothekenaussinandersetzungen, Erbtheilungen, Vermögensübergaben das Geschäft zu leiten hat; b) durch den mangelhaften Zustand der Bücher, die nicht auf gehörigen Grundlagen gebaut sind ⁴³⁾, durch den Mangel von Vorschriften über die Schätzung der Güter, wobei nur zu oft die Rücksicht, daß dem Mitbürger, der Geld bedarf, geholfen werden müsse, die Unterpfandsbehörde bewegt, weit über den wahren Werth zu schätzen, und dadurch den Gläubiger zu täuschen; d) durch ungenügende Vorschriften über die Verantwortlichkeit der Unterpfandsbehörden ⁴⁴⁾ die leider wissen, daß die Haftung häufig nur

40) Zusatz des Landrechts zum Art. 2199 a — d.

41) Durch Gesetz vom 19. August 1819.

42) Die Nothwendigkeit und Ausführbarkeit der Reform der Amtsrevisorate, oder Gesetzesentwurf betr. die Notariate. Freiburg 1835.

43) Eine Instruction zur Führung gehöriger Bücher erging an einzelnen Orten, z. B. in Heidelberg am 12. Juny 1831.

44) S. darüber Beck über die dinglichen Rechte an Liegenschaften S. 215. Annalen der badischen Gerichtshöfe. Jahrg. 1833. S. 281, 338, 341. Jahrg. 1834. S. 213, 225.

auf dem Papiere steht; e) durch die fehlerhafte Einrichtung der Unterpfandsbehörde. In dieser Beziehung machen wir auf die oben ⁴⁵⁾ angeführten Verhandlungen der badischen Ständeversammlung von 1831 aufmerksam, wo vorgeschlagen war, in jeder Gemeinde eine eigene Unterpfandsbehörde zu wählen. Wir werden unten bei unsern Vorschlägen auf die damals gemachten Anträge zurückkommen.

Eine nicht uninteressante neue Hypothekengesetzgebung ist die päpstliche vom Jahr 1834 ⁴⁶⁾. Man bemerkt leicht, daß der Verfasser des Gesetzes im Wesentlichen der französischen Hypothekengesetzgebung folgt ⁴⁷⁾; allein das Gesetz enthält auch so viel Abweichungen und Verbesserungen, daß die Mittheilung derselben den Lesern willkommen seyn wird. — Zu den Gegenständen, die hypothekirt werden können, ist auch das dominium utile gerechnet (§. 104). Die Legal- und gerichtlichen Hypotheken sind beibehalten, allein alle diese Hypotheken müssen, wenn sie wirksam seyn sollen, in die öffentlichen Bücher inscribirt werden (114). Legalthypotheken oder Titel zur Hypothek sind, außer den im Code civil bewilligte noch dem Fiscus, den Gemeinden, Kirchen, öffentlichen Anstalten gegeben (117). Die gerichtliche Hypothek findet sich noch in größerem Umfang als in Frankreich (120). Die Legalthypotheken der Frauen in Bezug auf die dos, welche ihnen von gewissen Verwandten bestellt werden muß, muß auf Betreiben der Personen, die die Frau dotiren müssen, eingetragen werden (132). Diejenigen Verwandten und Notarien die den Act errichteten, und die Inscription un-

45) Im vorigen Hefte S. 160.

46) In der Sammlung: Regolamento legislativo e gindixario, per gli affari civile emanato Dall santità di nostro signore Gregorio. Pupa XVI. con motproprio. Del 10. Nov. 1834. Roma 1834. Tit. VII. voe I. p. 18.

47) Fast alle Definitionen sind wörtlich aus dem Code civil genommen.

terlassen, haften in solidum, und die Verwandten müssen dann doppelt dotiren. Die Legalhypothek der Ehefrau am Vermögen der Ehegatten, wird auf Betreiben des Ehemanns und des Notars inscribirt; der Ehemann kann sonst zu jeder Zeit während der Ehe zur Herausgabe der dos angehalten werden (133). Die Hypothek der Minderjährigen wird auf Betreiben der Vormünder, der Gerichtsscretäre und Notarien, die die Vormundschaftsbestellung besorgen, eingeschrieben, mit strengen Strafen der Unterlassung (134). Auch die Verwandten der Personen, denen das Gesetz die Hypothek bewilligt, können Inscription fordern (135). Das Gesetz läßt auch Generalhypotheken zu (144). Die eingeschriebene Legalhypothek der Ehefrau am Vermögen des Ehemanns behält ihre Wirkung während des Lebens der Frau und drei Monate nach ihrem Tode; die Hypothek zum Vortheil der Minderjährigen ist wirksam während der Dauer der Vormundschaft und 6 Monate nach Beendigung derselben (161). Der Hypothekenbewahrer muß von Amtswegen alle 10 Jahre nach der Bestellung der H. sie in die Bücher eintragen. — Alle andern inscribirten Hypotheken verlieren ihre Kraft 10 Jahre nach ihrer Einschreibung (165). Alle Rechtsgeschäfte, wodurch das Eigenthum von Liegenschaften auf Andere übertragen wird, mit Einschluß der Schenkungen, müssen in die öffentlichen Register eingetragen werden (183), und zwar wird der ganze Act eingeschrieben. — Die Hypothek, welche der Veräußerer wegen des rückständigen Kaufpreises hat, muß von dem Hypothekenbewahrer ex officio eingetragen werden (188). Die Wirkung der Unterlassung einer nothwendigen Transcription ist die, daß sie gegen Dritte nicht wirkt (189). Gegen dritte Besitzer macht der Hypotheksgläubiger die actio hypothecaria geltend (193). Das interdictum salvianum besteht nicht mehr. Wenn der ursprüngliche Schuldner noch Güter hat, die für die Schuld verhypothecirt sind, so steht dem dritten Besitzer der übrigen Güter das beneficium excussionis zu, die Fälle ausgenommen,

wo er sich selbst persönlich für die Schuld verpflichtete, oder wenn auf die vom Schuldner noch besessenen Gütern noch frühere Hypotheken haften, die den Werth der Güter in Anspruch nehmen (195). So oft der Gläubiger, der sich an die Güter des Schuldners hielt, nicht vollständig befriedigt wurde, verfolgt er sein Recht mit der Hypothekarklage gegen den Dritten. — Ueberall enthalten hier die Art. 197—203 über das Verhältniß des dritten Besizers, und Art. 204—19 über das Purgationsverfahren umständliche Vorschriften, die von dem französischen abweichen. Ein eignes Capitel (S. 239—57) handelt von der Publicität und der Löschung der Fideikommisslasten. Zur Vollziehung des Hypothekengesetzes wurde eine eigene Ordnung für die Hypothekenbeamten 10. Nov. 1834 erlassen ⁴⁸⁾. Darnach besteht in Rom und in jeder Stadt in welcher ein Civiltribunal ist, ein Hypothekenamt, bei welchem ein Hypothekenbewahrer angestellt ist. In Rom ist eine Generaldirection der Hypotheken. Die Caution des Hypothekenbewahrers ist 2000 Scudi, wenn der Hypothekenbezirk nicht mehr als 25,000 Einwohner hat, und steigt bis 10,000 Scudi, wenn der Bezirk mehr als 150,000 Einwohner enthält. Der Beamte muß 8 Register halten; 1) über die Depositen und die Exporten; 2) über Eintragungen der Hypotheken; 3) über Eigenthumsveränderungen; 4) über Eintragung der Pfändungsacte und der Zwangsveräußerungsurtheile; 5) über die Fideikommisslasten; 6) ein Repertorium das die Namen aller Schuldner und Besizer von hypothecirten Gütern enthält; 7) ein Register der Schuldner gegen welche Hypothekareinschreibungen vorkommen; 8) Register aller Summen die von Tag zu Tag die Beamten für ihre Amtspflicht erhalten. — Die Verordnung giebt umständliche Anweisungen über die Einrichtung der Register. — Eine merkwürdige

48) Editto del eminentissimo Signor Cardinale Gamberini, contenente le particolari disposizioni etc. Roma 1834 p. 3.

Erscheinung im Gebiete der Hypothekarlegislation ist der von dem Appellationsgerichte des bayerischen Rheinkreises bekannt gemachte Entwurf eines Hypothekengesetzes⁴⁹⁾. Da der Entwurf von Praktikern her stammt, welche aus Erfahrung die Gebrechen der Gesetzgebung kennen, so ist ihr Zeugniß, daß die französische Hypothekenlegislation keine Sicherheit den Darleihern gebe, von hoher Wichtigkeit. In den Motiven finden sich treffliche practische Bemerkungen über einzelne Rechtspuncte. Es wird ausgesprochen, daß in Frankreich keine Gewißheit existire, daß der Inhaber eines Grundstücks das Eigenthum desselben erworben habe; daher der Entwurf vorschreibt, daß alle Rechtsgeschäfte unter Lebenden, wodurch das Eigenthum oder die Nutznießung eines unbeweglichen Guts veräußert wird, nur durch Notariatsacte verbrieft und durch Eintragung in öffentliche Bücher zur Publicität gebracht werden müssen, und zwar so, daß bis zu dieser Transcription der Uebergang der veräußerten Rechte selbst unter den Contrahenten nicht stattfindet. Die Notarien müssen den aufgenommenen Act dem Rentamte, das mit der Führung der Veräußerungsbücher beauftragt ist, zur Transcription vorlegen. Den Rentämtern wollte man das Geschäft übertragen, weil (Motive S. 56) die Rentamtsbezirke von mäßigem Umfange sind, der Rentbeamte in der Buchführung geübt, und immer an Ort u. Stelle gegenwärtige Leute hat, und ohnehin sie es sind, bei denen die Registrirung geschehen muß. Den Notarien wollte man das Geschäft nicht übertragen (S. 60) weil dies mit dem Wesen des Notariats, das auf Vertrauen beruhen soll, nicht verträglich wäre, wenn nur einem bestimmten Notar das Geschäft übertragen wäre. Die Hypotheken-

49) Entwürfe zu einem verbesserten Hypotheken- und Zwangsveräußerungsgesetz für Rheinbaiern nebst Motiven. Zweibrücken 1835. Das Ganze enthält: S. 1—32 den Geszentwurf, Verbesserung des Hypothekenwesens betreffend; S. 33 Motive zum Gesetze; S. 185 Re-

buchführung muß aber einer andern Behörde übertragen werden, als die welche die Transcription besorgt; nach S. 58 brauche man die Hypothekenbezirke nicht zu verkleinern; für die Transcription soll außer der Stempelgebühr keine Abgabe an den Staat bezahlt werden (S. 77). Viel Treffliches ist S. 79 über Resolutionsrecht, S. 85 über Privilegien des Verkäufers gesagt. In Bezug auf Hypotheken behält der Gesetzesentwurf die Legalhypotheken zum Vortheil der Ehefrauen und Mündel bei, ohne sie an Inscriptionen zu binden (Motive S. 95); selbst nach Auflösung der Ehe oder der Tutel, wollte man nicht den Ehefrauen und Pupillen eine Frist zur Inscription setzen (S. 100). Die Motive S. 115 rechtfertigen auch die Nothwendigkeit der Erneuerung der Hypotheken nach 10 Jahren. Der Entwurf vereinfacht (Art. 31) die französischen Vorschriften über Löschung der Hypotheken. Nach den Vorschlägen der Kreisregierung in Speier sollten an dem Hypothekensystem weit durchgreifendere Veränderungen gemacht werden. Die Regierung, welche die Ursachen des Uebels gehörig erkennt, erklärt sich gegen die ohne Inscription wirksame Legalhypothek der Mündel, will aber die Legalhypothek der Ehefrauen fortbestehen lassen (S. 205); sie zeigt S. 212 der Nachtheile des Fortbestehens der gerichtlichen Hypothek mit der generellen Natur; sie schlägt (S. 214) die Aufstellung eines Hypothekenkatasters, die den Activ- und Passivstand jedes Eigenthümers nach Gemeinden aufnehmen würde, sie fordert kleinere Hypothekenbezirke (S. 215) und Anlegung von Bestandsregister in den Gemeinden (219), indem die Transcription in den Rentamtsbüchern nicht zureiche. Die Finanzkammer (S. 250) schlug vor, in jeder Gemeinde 6

ferat an das Plenum der Regierung des Rheinkreises; S. 255 Commissionssitzungsprotocoll der Regierung; S. 271 Entwurf des Gesetzes, die Zwangsveräußerung betreffend mit Motiven. Sämmtliche Entwürfe wurden auf Befehl Sr. Maj. des Königs bekannt gemacht, um die öffentliche Stimme über den Werth der Entwürfe zu hören.

Schätzleute aufzustellen, denen aber keine Verantwortlichkeit obliegen könne. — Unbezweifelt würde durch die Realisirung dieser Vorschläge schon viel für die Verbesserung des Hypothekenwesens im Rheinkreise geschehen; allein dem Uebel wird durch den Gesetzesentwurf gründlich nicht abgeholfen, und gegen einzelne Vorschläge erheben sich große Bedenkllichkeiten. Wir werden im nächsten Hefte auf die Prüfung der einzelnen Punkte zurückkommen, können aber hier nicht schon einige Bemerkungen unterdrücken. Daß alle Rechtsgeschäfte über Immobilien durch Notariatsurkunden verbrieft werden sollen, ist zu tadeln, weil dadurch den Bürgern ohne Noth ein neuer Zwang und Kosten aufgelegt werden; die Transcription kann, wie die Erfahrung anderer deutscher Länder beweist, eben sowohl bewirkt werden, wenn Privataacte vorgelegt werden. Vorzüglich dürfte dem Hypothekenwesen so lange nicht gründlich geholfen werden, so lange die großen Hypothekenbezirke fortbestehen, bei welchen die Gläubiger genöthigt werden, oft zu weit zu gehen, um die Geschäfte zu betreiben. Die Masse der Arbeiten macht es dem Hypothekenbewahrer nicht möglich, schnell alles zu expediren, daher Verzögerungen — die oft von dem schlauen Schuldner benützt werden können, unvermeidlich sind. Der Entwurf hat Unrecht, die Transcription selbst in der Art zu fordern, daß sonst der Eigenthumsübergang gar nicht unter den Contrahenten besteht; kein Gesetz soll dem Bürger weitere Beschränkungen auflegen, als die Noth erfordert. Nach dem System der deutschen Investitur galt immer der Vertrag unter den Contrahenten (mit Ausnahme einiger Particularstatute); nur wenn der Eigenthumsübergang gegen Dritte wirken soll, bedarf es der Publicität. Ferner wird immer die Consequenz verlegt seyn, so lange die Legalhypotheken ohne Inscription fortbestehen. Wir hoffen im nächsten Hefte, zeigen zu können, wie einfach die für sie angeführten Gründe sich widerlegen lassen, und wie die Erfahrung der Länder, wo man Inscription fordert, das beste

460 Mittermaier, über die Fortschritte u.

Zenguiß giebt. Mit Unrecht endlich läßt der Entwurf die vielfach störenden gerichtlichen Hypotheken mit der verderblichen generellen Natur fortbestehen. Legt man einmal Hand an die Hypothekengesetzgebung, so muß man auch die französ. Bestimmungen über die Wirkung auf dritte Besizer (Code 2166), und über die Purgation des Guts von Hypotheken mit dem nie zu rechtfertigenden Artikel 2184, und endlich die schon von Troplong in der Vorrede LXXVIII. gerügte fehlerhafte Redaction mehrerer Artikel des Code verbessern.

(Beschluß im nächsten Hefte.)