

Werk

Titel: Archiv für die civilistische Praxis

Ort: Tübingen ; Leipzig

Jahr: 1880

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1880_0013|log4

Kontakt/Contact

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

✉ info@digizeitschriften.de

I.

Zur Lehre vom Besitzeswillen.

Von

Mandry.

I.

Ist der redliche Finder einer verlorenen Sache deren juristischer Besitzer?

Die Antwort auf diese Frage ist nicht ganz ohne praktische Bedeutung. Zwar rechtfertigt auch die Bejahung derselben nicht, den Finder durch Fortsetzung seines Verhältnisses zur Sache schließlich deren Eigenthum erwerben zu lassen: aber um die ihm aus den Händen gekommene Sache wieder zurückzuerhalten, fehlen demselben, ist er nicht juristischer Besitzer, nicht ganz selten die erforderlichen Rechtsmittel¹⁾.

Wie diese Antwort lauten muß, ist dem ersten Anscheine nach kaum zweifelhaft. Der redliche Finder will die Sache nicht für sich aufnehmen und haben, sondern für den Verlierer: denn er ist gewillt, sie demselben, sobald er nur seinen Namen erfährt, herauszugeben. Gehört nun *Animus rem sibi habendi*, Aneignungswille oder wie anders man den Besitzeswillen mit Rücksicht auf dessen Beziehung zur Person des Ergreifenden bezeichnen mag, zu den Voraussetzungen des Erwerbes juristischen Besitzes, so kann der redliche Finder nicht juristischer Besitzer sein.

1) Einen einschlagenden Rechtsfall referirt das württembergische Gerichtsblatt (herausgegeben von K ü b e l) im Jahrgange 1878 No. 12 vgl. auch S e u f f e r t Archiv XXI. No. 15.

Aber ist dieses nächstliegende und soweit zu sehen nirgends beanstandete Resultat²⁾ nicht dazu angethan, wenigstens unter dem Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit Bedenken zu erregen? Wird von der Aufnahme durch den Finder abgesehen, so hört der Verlierende zweifellos auf zu besitzen: wenn auch nicht mit dem Augenblicke des Abhandenkommens der Sache, so doch sobald solche als wirklich verloren anzusehen ist z. B. sobald das dem Abhandenkommens unmittelbar folgende Nachsuchen und Nachfragen erfolglos geblieben ist.

L. 3 § 13, L. 25 pr. vgl. auch L. 13 pr. *adquir. poss.* 41, 2.

Erwirbt nun der Finder weder sich noch dem Verlierenden den Besitz der verloren gewesenen Sache, so entbehrt solche überhaupt jeden Besitzeschutzes und zwar während der ganzen Zeit, in der sie sich bei dem redlichen und redlich bleibenden Besitzer befindet, also möglicher Weise durch Jahre und Jahrzehente hindurch. Die Unzuträglichkeiten dieses Mangels jeden Besitzeschutzes liegen auf der Hand und sind selbstverständlich nur um so größer, je weniger hier, so lange der Verlierende unbekannt bleibt, der Eigenthumschutz in Betracht kommen kann.

Incongruenz zwischen den Anforderungen der Zweckmäßigkeit und den anscheinenden Resultaten der juristischen Logik ist überall Grund genug, diese Resultate erneuter Prüfung zu unterwerfen: in verstärktem Maße, wenn, wie hier, die Quellen selbst in parallelgehenden Fällen die Incongruenz betonen und möglichst zu beseitigen suchen.

L. 1 § 20 *adquir. poss.* 41. 2. . . . *alioquin si dicamus per eos non adquiri nobis possessionem, qui nostro nomine accipiunt, futurum, ut neque is possideat cui res tradita sit, quia non habeat animum possidentis, neque is qui tradiderit, quoniam cesserit pos-*

2) Auch die Spezialarbeiten über das „Finden“ (De Ibrück in *Jherings Jahrb.* III. No. 1, *G i m m e r t h a l* im *civil. Archiv* LII. S. 521 f.) gehen theils ausdrücklich theils stillschweigend hievon aus. vgl. außerdem z. B. *R a n d a* Besitz (3. Aufl.) S. 13 Note 13, S. 116 Note 12.

sessione. vgl. außerdem den § 4 derselben Lex., dann L. 34 pr. h. t.

Da den Ausgangspunkt für die vorausgesetzte Entscheidung der aufgeworfenen Frage der angebliche Mangel des Besitzeswillens bildet, hat selbstverständlich die Prüfung derselben vor Allem diesen Animus ins Auge zu fassen.

Kann nun der Finder für den Verlierer den Besitz erwerben wollen? Unbeanstandet in dem Sinne, daß er sich selbst zum Besitzer macht, um dereinst dem Verlierer die Sache übergeben zu können; ebenso zweifellos dagegen nicht in dem Sinne, daß er dem Verlierenden entweder den vorhandenen Besitz erhalten oder neuen in dessen Person direkt entstehenden Besitz erwerben, also zur Fortsetzung oder zum Erwerbe des in der Person des Verlierenden bestehenden oder entstehenden Besitzes »operam dumtaxat accomodare« (L. 1 § 20. h. t.) »ministerium praestare« (L. 18 pr. h. t.) würde — wenigstens in all den Fällen, in welchen der Finder nach der Sachlage davon ausgehen muß, daß die Sache, also auch deren Besitz, wirklich verloren ist. Denn wenn und weil der Finder weiß oder zu wissen glaubt, daß der Verlierende nicht mehr Besitzer ist, kann er nicht dessen Besitz fortsetzen wollen; ebensowenig aber kann er denselben wiederum direkt zum Besitzer der verlorenen Sache machen wollen, da er sich ja bewußt sein muß, nicht mit direktem rechtlichem Effekt für Jemanden, der ihm keine Vollmacht gegeben hat, handeln zu können.

Hiernach ist — im Gegensatz zu der den Ausgangspunkt bildenden, anscheinend unzweifelhaften Annahme — gerade die Existenz des Besitzeswillens in der Person des redlichen Finders, also auch juristischer Besitz desselben zu statuieren.

Aber freilich setzt diese Argumentation voraus, daß es zulässig ist, rücksichtlich des Besitzeswillens zu unterscheiden zwischen dem unmittelbar und direkt Gewollten und dem materiellen Zwecke der diesem unmittelbaren Wollen zu Grund liegt, zwischen dem Wollen, wie es bei vorhandener Vollmacht heißen würde, des direkten und des indirekten Stellvertreters (des Stellvertreters und des Ersatzmannes). Daß so unterschieden werden darf, läßt sich zwar nicht unmittelbar und für den

Finder beweisen: denn mit dem Verhältnisse des Finders zur Sache beschäftigen sich, soweit zu sehen, die römische Quellen überhaupt nicht. Dagegen steht ja jene Scheidung sonst, namentlich auch bei dem Eigenthumserwerbe und hiemit bei dem Besitzerwerbe durch einen Bevollmächtigten, fest, und ist vorläufig nicht abzusehen, warum sie nicht hier ebenso zulässig und selbst nothwendig sein sollte als in anderen Fällen (vgl. Näheres unten unter III. 1 S. 14 f.).

Die weitere, ebenso unerlässliche Voraussetzung ist, daß es nicht möglich ist, den Verlierer durch den Finder Besitz erwerben zu lassen. Da Vollmacht außer Frage steht, könnte an Erwerb des Besitzes für den Verlierer nur gedacht werden, wenn die in den Quellen im Vordergrund stehende Möglichkeit ins Auge gefaßt würde, bei in der eigenen Person vorhandenem *Animus Corpore* eines Vertreters Besitz zu erwerben. Denn unter diesem Gesichtspunkte wird anscheinend nicht weiter verlangt, als daß der Vertretene die Absicht hat, durch einen Anderen Besitz zu erwerben, dieser Andere aber die von ihm ergriffene Innehabung für jenen Ersten ausüben will.

L. 3 § 12 und L. 1 § 19 u. 20 adq. poss. L. 53 adq. rer. dom. vgl. auch Paulus Rec. Sent. V. 2 § 1.

Nun will der Verlierende, wenigstens wenn er sich die Möglichkeit denkt daß die verlorene Sache von einem Dritten gefunden wird, sicherlich, daß der Finder redlicher Finder sei d. h. die Sache für ihn aufnehme: nichts Anderes aber als die Sache für den Verlierenden aufzunehmen beabsichtigt in Wirklichkeit der redliche Finder — also sind anscheinend in beiden Personen die nöthigen Entschlüsse vorhanden. Daß Verlierer und Finder gegenseitig Namen und Person nicht kennen, steht der angedeuteten Argumentation nicht unbedingt entgegen: zeigt doch L. 30 § 6 adq. poss. daß Besitz auch bei solcher Unkenntniß möglich ist. Allein was in den Fällen der L. 30 § 6 cit.

si ego tibi commodavero, tu Titio qui putet tuum esse . . .

si colonus meus fundum locaverit aut is apud quem
deposueram apud alium rursus deposuerit . . .

gleichmäßig vorhanden ist, nämlich die ununterbrochene, wenn auch dem einzelnen Beteiligten im Einzelnen unbekannt bleibenden Verbindung zwischen dem Besitzeswillen des Commodanten, Locator, Deponenten und dem tatsächlichen Haben des zweiten, dritten, noch entfernteren Commodatars, Conductors, Depositaris, fehlt im vorliegenden Falle zweifellos: ohne diese Vermittelung aber kann von einem tatsächlichen, durch eine andere Person ausgeübten Haben der Sache Seitens derjenigen Person, um deren juristischen Besitz es sich handelt, nicht die Rede sein.

II.

Ähnlich wie bei dem Finder ist die Sachlage wenn ein *unbeauftragter Geschäftsführer* (*Negotiorum gestor*) eine Sache für den Dritten an sich nimmt. Auch hier liegt der Gedanke nahe, daß der Gestor, weil nicht für sich, sondern für den Geschäftsherrn handelnd, nicht juristischer Besitzer werden könne: auch hier aber ergeben sich Fälle in welchen diese Annahme auf möglicher Weise lange dauerndes Fehlen jeden Besitzes und Besitzschuzes, also auf ein in hohem Grade unzweckmäßiges Resultat hinführt.

Ob hier wie im Falle des Finders eine gegentheilige Aufstellung sich rechtfertigen läßt und ob immer oder nur unter bestimmten näheren Voraussetzungen? kann nicht ununtersucht bleiben: einmal weil das rechtliche Verhältniß zwischen Verlierer und Finder nicht mit Unrecht unter den Gesichtspunkt der *Negotiorum gestio* gebracht wird, ohne Beantwortung der Frage nach dem Besitzerwerbe des Gestor also das Problem unter I nicht als definitiv gelöst angesehen werden kann; dann aber auch um der eigenen Bedeutung der anderen unter die *Negotiorum gestio* zu subsumirenden Fälle willen³⁾.

3) Spezielle Bemerkungen über den Besitzerwerb bei *Negotiorum gestio* finden sich bei *Chambon* die *Negotiorum gestio* (1848) S. 164 f. („durch den *Animus negotium alieni gerendi* falle die Möglichkeit weg,

Bei Seite bleiben selbstverständlich alle die Fälle von *Negotiorum gestio* bei welchen Sach- und Besitzerwerb gar nicht in Frage steht, darunter auch diejenigen, in welchen der Gestor die nicht aus dem Besitze des Geschäftsherrn gekommene Sache auf- und an sich nimmt, um sie weiter zu bewahren zc. zc.: denn daß hier dem Gestor der Besitz nicht erworben wird, kann nicht zweifelhaft sein.

In allen übrigen Fällen d. h. überall wo es sich darum handelt daß der Gestor eine Sache die nicht im Besitze des Geschäftsherrn ist für solchen erwerbe, scheint nun dieselbe Argumentation gerechtfertigt zu sein, wie bei dem Finder: der Gestor muß wissen daß er, weil es an Vollmacht, hier außerdem noch zweifellos am Besitzeswillen in der Person des Geschäftsherrn fehlt, dem letztern den juristischen Besitz nicht erwerben kann; will er dennoch für solchen erwerben, so kann er dieß nur in der Weise thun, daß er zunächst sich selbst zum Besitzer machen will und macht.

Indessen liegt die Sache doch nicht so einfach, wie es hiernach scheinen möchte.

1. Ueberall wo der Besitzerwerb auf Grund von Tradition Seitens des bisherigen Besitzers vor sich gehen soll, drängt sich die Frage auf, ob und in wie weit die quellenmäßige Betonung des Willens des Tradenten die namentlich in der L. 13 donat. 39. 5 hervortritt:

. . . nam et si procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi adquirat, ille quasi sibi adquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi acquirit.

nöthigt und berechtigt, über den Besitzerwerb statt unter dem

selbst Besitzer zu werden“) und bei *Zimmermann* die Lehre von der stellvertretenden *Negotiorum gestio* (1876) S. 220 f. („bis zur Ratihabition sei — bei stellvertretender *negotiorum gestio* — der seitherige Zustand als fortdauernd zu behandeln d. h. bei der Tradition der Tradent, bei der Occupation Niemand Besitzer“). In der übrigen Literatur wird fast nur die Frage, ob auch bei dem Besitzerwerbe durch Gestor die Ratihabition zurückwirke, behandelt vgl. die Cit. bei *Windscheid* Band. I. § 155 Note 10 * *Randa* Besitz (3. Aufl.) § 20 Note 16.

Gesichtspunkte des Willens des Erwerbers unter dem des Willens des Tradenten zu entscheiden.

Die Betonung des Tradentenwillens⁴⁾ kann keinenfalls bewirken, daß bei unbeauftragtem Handeln des unmittelbaren Erwerbers der Dominus Besitzer würde. Denn welches auch der Grund derselben sein mag: daß die Richtung des Tradentenwillens den Mangel der Vollmacht beziehungsweise des Besitzeswillens des Dominus zu beseitigen vermöchte, ließe sich um der mehrfachen Abweichung von der Rechtsconsequenz willen die hierin liegen würde nur bei zweifellos redenden Quellenstellen annehmen. Solche Quellenstellen nun finden sich nicht — denn in L. 20 § 2 *adquir. dom.*

Si ego et Titius rem emerimus eaque Titio et quasi meo procuratori tradita est, puto mihi quoque quaesitum dominium

ist Titius durchaus nicht nothwendig als eine ohne Wissen und Willen des Mitkäufers besitzergreifende Mittelsperson d. h. als *Negotiorum gestor* in Bezug auf Besitzerwerb gedacht — wohl aber ist nicht selten in Stellen, die zweifellos nicht einen Bevollmächtigten, sondern einen unbeauftragten Vermittler voraussetzen, der Erwerb wenigstens des Eigenthums für den Dominus aufs Bestimmteste in Abrede gezogen.

L. 43 § 1 *furtis* 47. 2; L. 23. (M.) *neg. gestis* 3. 5;

L. 58 *solut.* 46. 3.

Eine andere Frage ist, ob nicht von jenem Standpunkte aus der Gestor, den der Tradent nicht als Gestor, sondern als für sich selbst handelnd ansieht, ohne weitere Rücksicht auf seinen eigenen *Animus* nothwendig als Besitzer anzuerkennen ist? Die Frage ist nicht anders zu beantworten als bei einer mit Vollmacht versehenen Mittelsperson, weil, wo es sich um Erwerb für letztere handelt, die Voraussetzungen des Erwerbes für den Dominus nicht in Betracht kommen können. Die Antwort aber muß, wenigstens für die Regel, verneinend ausfallen.

4) Literatur vgl. bei Windscheid *Pand.* § 155 Note 7 und *Randa* *Besitz* (3. Aufl.) § 20 Note 27; dazu *Brinz* (2. Auflage) I. S. 520 u. 521.

Demn Stellen welche diese Frage direkt entscheiden würden, gibt es nicht⁵⁾; es handelt sich also um einen Rückschluß aus der Bestimmung daß bei zweifelloser Richtung des Traditionswillens auf den Dominus dieser ohne Rücksicht auf den Willen der Mittelsperson erwerbe bezw. um analoge Verwerthung dieser Bestimmung. Beruht nun solche auf Zweckmäßigkeits-erwägungen d. h. ist sie im Interesse und zum Schutze des Geschäftsherrn gegeben, so kann von einer Anwendung, welche den Geschäftsherrn vom Erwerbe ausschließen würde, selbstverständlich nicht die Rede sein. Beruht sie dagegen, was wohl richtiger angenommen wird⁶⁾, auf der Erwägung, daß der Empfänger, der dem ausgesprochenen Willen des Tradenten gegenüber keinen Widerspruch einlegt, diesen Willen sich aneigne, so ist Anwendung auf den vorliegenden Fall zwar nicht ausgeschlossen, indessen nur bei entsprechender Gestaltung der Sachlage zulässig: letztere aber ist keineswegs ohne Weiteres vorhanden, wenn weder Tradent noch Apprehendent ausdrücklich oder stillschweigend eine dritte Person hereinziehen, fehlt vielmehr überall, wo nicht der Tradent in unzweifelhafter Weise dem Empfänger seine Absicht zu erkennen gegeben hat, ihn und nur gerade ihn (unter Ausschluß eines etwaigen Auftraggebers u. s. f.) zum Besitzer beziehungsweise Eigenthümer zu machen, also sicherlich in der weitaus überwiegenden Anzahl aller Fälle.

Der Gedanke, der in der L. 13 don. seinen schärfsten Ausdruck gefunden hat, hindert also für die Regel die Anwendung

5) Brinz Pandekten (2. Aufl.) S. 522 beruft sich auf L. 59 adquir. poss. 41. § und L. 2 C his qui a non dom. 7. 10. Allein die beiden Stellen sind doch nur dann hieher beweisend, wenn angenommen wird, daß die Unterscheidung zwischen Stellvertreter und Ersatzmann, die in ihnen nicht erwähnt wird, auch nicht aus anderen Stellen herübergenommen werden dürfe.

6) Die Stelle, welche der L. 13 don. entgegensteht: L. 37 §. 6 dom. adquir. kann allerdings nicht auf einen gegentheiligen Fall d. h. auf Tradition bei offen vorliegendem Dissens bezogen werden (Erner Rechtszwerb durch Tradition S. 136 Note 39; Brinz Pandekten I. S. 521): dieß hindert aber nicht, in der L. 13 don. eine auf Rechtsprinzipien und zwar auf dem Donell-Bremerschen Prinzipie beruhende Entscheidung zu sehen.

der allgemeinen Grundsätze und der aus solchen sich ergebenden Folgesätze auf den durch Tradition vermittelten Besitzerwerb des Gestor nicht.

Ist dem so, so steht der vor Ziff. 1 entwickelten Argumentation d. h. der Annahme daß der Wille des Gestor sich nur auf eigenen Besitzerwerb richten könne, folgeweise der Besitz ihm, dem Gestor, erworben werde, anscheinend Nichts entgegen — anscheinend: denn in Wirklichkeit führen für gewisse Fälle die allgemeinen Grundsätze selbst auf ein anderes Resultat.

Will nämlich der Tradent seinen Besitz nicht beziehungsweise noch nicht aufgeben und ist dieses dem Empfänger erkennbar, so kann nicht angenommen werden, daß letzterer die Absicht des Besitzerwerbes habe ⁷⁾. Der Tradent aber will im Zweifel seinen Besitz erst für den Fall und auf den Zeitpunkt des Erwerbes durch den Dominus aufgeben, wenn er weiß, daß der Empfänger unbeauftragter Geschäftsführer und auch nicht vorübergehend für sich zu erwerben gewillt ist. So fassen wenigstens die Quellen, und zwar sicherlich mit Recht, die Sache auf, wenn sie in L. 34 pr. *adquir. poss.* u. L. 18 de vi 43. 16 den präsenten beziehungsweise unbedingten Besitzaufgabeentschluß negiren, folgeweise den Besitz nicht verloren gehen lassen, einmal in Folge des Zusammenhanges jenes Entschlusses mit dem Uebertragungswillen und dann weil in den in Frage stehenden Fällen der Tradent weiß, daß der Besitzerwerb nicht unmittelbar an seine Erklärung sich anschließen kann, vielmehr zeitlich zurückgeschoben, ja selbst der Natur der Sache nach noch unsicher ist:

L. 18 cit. . . quia nemo eo animo esset, ut possessionem omitteret propter emptorem, quam emptor adeptus non fuisset.

L. 34 pr. cit. . . . sed non puto errantem adquirere :

7) Dieß ist scharf, wenn auch in Beschränkung auf »*possessionis*« *traditio*, Uebergabe des bloßen Besitzes, betont von B r i n z Pandekten (2. Aufl.) I. S. 510 u. 511; vgl. C s m a r c h *Vacuae Possessionis Traditio* S. 50 f.

ergo nec amittet possessionem qui quodammodo sub condicione recessit de possessione (vgl. auch L. 38 § 1 adq. poss.).

Gleiches auch für den umgekehrten Fall anzunehmen d. h. für den Fall, daß der Tradent den Gestor als bevollmächtigten Stellvertreter ansieht, geht nicht an: denn in solchen Fällen glaubt der Tradent seine Uebertragungsabsicht unmittelbar zu realisiren, will also auch, was seiner Seits hiezu erforderlich ist, nämlich das Aufhören seines Besitzes, unbedingt und alsbald. Auch dieß ist in den Quellen und zwar in der L. 18 § 1 adq. poss. klar zum Ausdruck gekommen; diese Stelle sagt nämlich in Beziehung auf einen Besitzer, der unmittelbar übergibt (nicht die Ermächtigung zur Aneignung der nicht in praesentia befindlichen Sache gibt, wie in den oben angeführten Leg. 18 und 34) und zwar einem Empfänger übergibt, welcher nach seiner, des Tradenten Ansicht, in der Lage und gewillt ist, unmittelbar zu erwerben⁸⁾:

illud enim ridiculum est dicere quod non aliter vult quis dimittere quam si transferat: immo vult dimittere, quia existimat se transferre.

2. Nicht bloß bei dem auf Tradition beruhenden, sondern bei jedem Besitzerwerbe Seitens eines Gestor kann die Frage entstehen, ob nicht die Möglichkeit der Ratihabition Seitens des Dominus beziehungsweise die eigenthümliche Wirkung dieser Ratihabition den Besitzerwerb in der Person des Gestor ausschließt.

Die Möglichkeit der Ratihabition auch in den Fällen, in welchen die unbeauftragte Geschäftsführung im Erwerbe des Besitzes besteht, ist nicht zu beanstanden.

L. 42 § 1 adq. poss. Procurator . . illi (domino)

8) Daß zwischen den im Texte angeführten Stellen in der Regel unlöslicher Widerspruch angenommen wird, ist bekannt: W i n d s c h e i d Pandekten §. 156 Note 10; B r i n z Pandekten (2. Aufl.) § 141 S. 523 f.; K a n d a Besitz (3. Aufl.) § 22 S. 488 fl. Dasselbst auch die verschiedenen Vereinigungs-Versuche, unter denen der D e r n b u r g's (Preuß. Privatrecht § 155 Note 12) von der im Texte vertretenen Auffassung ausgeht.

adquiri possessionem: quod si sua sponte emerit, non nisi ratam habuerit dominus emptionem. Vgl. auch Paul. Rec. Sent. V. 2. § 2.

Ebenso wenig nach Maßgabe derselben Stelle, daß diese Ratihabition den Erwerb des Besitzes für den dominus ohne nochmalige Uebertragung beziehungsweise ohne selbständige Besitzergreifung Seitens des Letzteren zur Folge hat. Aber allerdings nöthigen andere Quellaussprüche,

L. 59. acquir. dom. L. 135 §. 2. V. O. 45. 1 u. a. m. welche bei vorhandenem Mandate Uebertragung Seitens der Mittelsperson an den Geschäftsherrn verlangen, den letzteren Satz zu beschränken: denn daß Ratihabition nicht weiter zu bewirken vermag, als eine von Vorneherein vorhandene Vollmacht bewirkt hätte, versteht sich von selbst. Dementsprechend wird denn auch die Schranke und nähere Voraussetzung dieselbe sein müssen, wie bei Besitzerwerb Seitens einer bevollmächtigten Mittelsperson d. h. wie diese den Besitz nur dann direkt dem Geschäftsherrn erwirbt, wenn sie bei der Ergreifung gerade dieß beabsichtigt, so kann auch die Ratihabition den Geschäftsherrn nur dann unmittelbar zum Besitzer machen, wenn der Gestor bei der Besitzergreifung nicht sich, sondern den Geschäftsherrn zum Besitzer machen wollte. Kommt der Ratihabition nur unter dieser Voraussetzung Bedeutung für den Besitzerwerb zu, so ist es, um dieß gelegentlich zu bemerken, auch unbedenklich, ihr wie auf anderen Gebieten rückwirkende Kraft beizumessen⁹⁾. Denn, wenn auch Stellen wie L. 22 § 3 capt. 49. 15 L. 43 § 2 acquir. dom. u. a. m. nicht in zweifelloser Weise darthun, daß die römischen Juristen bei possessio im Gegensatz zu proprietas Rückziehung zugelassen haben, läßt sich doch aus der faktischen Natur des Besitzverhältnisses ein ausschlaggebender Grund gegen diese Rückziehung nicht ableiten; die Gestaltung des Erwerbsaktes selbst aber wäre nur

9) Die Literatur über diese ziemlich lebhaft besprochene Frage vgl. bei Windscheid § 155 Note 10^a, dazu Zimmermann Stellvertret. Neg. gestio S. 220 f.; Brinz 1. Aufl. I. S. 1622; Meißneider Besitz u. Besitzschutz S. 288; Randa (3. Aufl.) §. 20 Note 16 (S. 458).

dann ein Hinderniß, dann aber allerdings ein unüberwindliches Hinderniß, der Rückziehung, wenn der Dominus den nöthigen Besitzeswillen haben müßte, folgeweise die Ratihabition nicht als solche, sondern als nachträgliches Hinzukommen dieses prinzipalen Requisites zu betrachten wäre. Ist dieß nicht der Fall, ist vielmehr als der schließlich vom römischen Rechte erreichte Standpunkt anzusehen, daß der Besitzerwerb durch Mittelspersonen entweder das erforderliche Wollen in der Person des Dominus und Ausübung des tatsächlichen Habens durch die Mittelsperson oder Vollmacht beziehungsweise Ratihabition Seitens des Dominus und Wollen wie Haben in der Mittelsperson voraussetzt¹⁰⁾, so ist dieses Hinderniß wenigstens für alle die Fälle nicht vorhanden, in welchen der Erwerb in der jetzt angedeuteten Weise vor sich geht.

Dem Besitzerwerbe des Gestor selbst steht hienach die Möglichkeit und die Wirkung der Ratihabition im Allgemeinen nicht entgegen: kömmt ja doch die Ratihabition überall wo der Gestor zunächst sich, nicht dem Dominus, den Besitz erwerben will (für den Besitzerwerb) gar nicht in Frage. Aber ergibt sich nicht aus der Möglichkeit, den Besitz so zu erwerben, daß er mit der Ratihabition des Dominus solchem unmittelbar und mit rückwirkender Kraft erworben wird, die Unzulässigkeit der

10) So wenig zu bezweifeln ist, daß das römische Recht die Mittelsperson bei dem Besitzerwerbe zunächst als Gehilfen in Erwerb und Ausübung der tatsächlichen Seite auffaßt und folgeweise den maßgebenden Besitzeswillen in der Person des Geschäftsherrn verlangt (vgl. auch einen bestätigenden Satz des Slavenrechtes in *m e i n e m* Familiengüterrecht I. S. 78 f.), so wenig sollte beanstandet werden einer Seits daß im ausgebildeten römischen Rechte auch Generalmandat zum Besitzerwerbe hinreicht anderer Seits daß im Generalmandate kein *Animus possidendi* zum Ausdruck kömmt. Ist dieß richtig, so ist das römische Recht, wenn auch nicht zu klarer Formulirung, so doch zur Anerkennung des im Texte enthaltenen Satzes gekommen. vgl. namentlich *Z i m m e r m a n n* Stellv. Neg. gestio S. 90 f. Die herrschende Theorie betrachtet allerdings nebeneinander Generalmandat als genügend und eigentliche Stellvertretung (gleichzeitig nach der objectiven und subjectiven Seite hin) als unzulässig: *W i n d s c h e i d* Pand. § 155 Ziff. 1^b, *K a n d a a. a. D.* § 20 S. 455 f. und die daselbst angeführten Schriftsteller; dagegen mit Recht nam. *B r i n z* Pand. 2. Aufl. § 140 f.

vor und unter Ziff. 1. mehrfach entwickelten Argumentation, die zu dem Resultate gelangt, daß der Gestor der Natur der Sache nach zunächst sich selbst zum Besitzer machen wolle? Die Frage ist zu verneinen: denn die Möglichkeit der Ratihabition beseitigt ja in keiner Weise die Thatsache, daß der Dominus durch die Besitzergreifung Seitens des Gestor nicht unmittelbar Besitzer werden kann und wird, die Sache also, wenn der Gestor nicht sich, sondern den Dominus zum Besitzer machen würde, bis zur Ratihabition außer allem Besitzeschutz stehen würde. Raum aber bleibt auch dann noch zur Genüge für die in den Quellen constatirte Ratihabition, wenn angenommen wird, daß der Gestor überall wo er nicht sich als unbeauftragten Vertreter dem Tradenten zu erkennen gibt, sich selbst zum Besitzer macht. Und auch die angeführten Quellenstellen (L. 42 § 1 *adquir. poss.* vgl. auch *Pauli Rec. Sent. V. 2. § 2*) sprechen ihrer nächstliegenden Auslegung nach von solchen Fällen: wenigstens setzen sie in ihrem ersten Theile (bei vorhandener Vollmacht) unmittelbaren Erwerb des Besitzes für den Geschäftsherrn voraus, was, wenn auch nicht ausschließlich so doch am Zweifellosesten, dann eintritt, wenn der bevollmächtigte Stellvertreter als solcher sich gerirt und erwirbt (Ziff. 1. auf S. 6 f.)¹¹⁾

vgl. auch L. 23. (M.) *negotiis gestis* 3. 5.

Hienach hindert in allen Fällen in denen der unbeauftragte Geschäftsführer nicht als solcher unbeauftragter Geschäftsführer dem Tradenten gegenüber auftritt weder die Betonung des Tradentenwillens in den Quellen noch die Möglichkeit der Genehmigung durch den Dominus, daß aus der bei unbeauftragter Geschäftsführung vorhandenen Sachlage auf die Absicht des Gestor, sich selbst den Besitz zu erwerben, rückgeschlossen, also auch Erwerb des Besitzes für den Gestor angenommen wird.

III.

Der Finder soll nach den Ausführungen unter I. immer, der Gestor der eine Sache für den Dominus erwirbt nach

11) So, was die Bedeutung und Möglichkeit der Ratihabition betrifft, *Shering Jahrbücher* I. S. 324 f., nam. S. 333 Note 58.

den Ausführungen unter II. wenigstens in der Regel juristischer Besitzer sein.

Wie verträgt sich dieß mit Wesen und Inhalt des Besitzeswillens? ¹²⁾

In Vergleichung mit der gewöhnlichen Auffassung des Besitzeswillens scheint vor Allem

1. das Moment des „für sich selbst“ Haben s, des »sibi habere¹³⁾ sowohl bei dem Finder als bei dem Gestor zu fehlen. Denn nicht um seiner selbst, sondern um des Verlierenden willen nimmt der redliche Finder die Sache auf, nicht für sich, sondern für den Dominus erwirbt der Gestor.

Indessen liegt auf der Hand, daß, wenn es zulässig und geboten ist, auch bei dem Besitzerwerbe zwischen mittelbarer und unmittelbarer Stellvertretung, zwischen dem Erwerber als Ersatzmann und als Stellvertreter im eigentlichen Sinne zu scheiden, das „für sich selbst“ Erwerben und Haben nicht vom schließlichen materiellen Zwecke und Resultate, sondern eben von dem Erwerbe des Besitzes als solchen verstanden werden muß d. h. daß „für sich“ im Sinne der Besitzeslehre erwirbt, wer zunächst selbst Besitzer werden will, auch wenn er „für einen Andern“, genauer gesagt: in der Absicht, den Besitz nachträglich diesem Andern zu überlassen, selbst Besitzer werden will.

Was sich fragen kann, ist nur, ob nicht etwa das „für sich selbst“ Erwerben in einem Sinne, der mit jener Scheidung und dieser näheren Bestimmung unverträglich ist, ein Requisite des Besitzeserwerbes bildet.

Für die Verneinung dieser Frage mögen zunächst diejeni-

12) Die verschiedenen Ansichten über Wesen und Inhalt des Besitzeswillens ergeben sich aus Savigny Besitz § 9 (7. Ausg. S. 108 f., nam. S. 133 f., vgl. dazu die Rudorff'schen Zusätze auf S. 603, 606 f.); Kanda Besitz § 1 (3. Auflage S. 12 f., nam. Note 12, 14, 17, 20, 24) dann § 12 (Seite 367 f.); Meißcheider Besitz und Besitzschutz (1876) § 3 u. 4.

13) In irgend welcher Formulirung findet sich dieses Moment, soweit zu sehen, in allen neueren Darstellungen betont, vgl. z. B. Brinz Pand. (2. Aufl.) S. 495 f.: „wer für sich und schlechthin für sich hat, ist, soweit von seinem Willen abhängt, Besitzer. . .“

gen Stellen angeführt werden, auf Grund deren jetzt allgemein angenommen wird, daß bei dem Erwerbe wie des Eigenthumes so auch des Besitzes zwischen directer und indirecter Vertretung unterschieden werden müsse (L. 59. *adquir. rer. dom.*, L. 2. *Cod. his qui 7. 10. u. a. m.*)¹⁴). Aber unbedingt entscheidend sind diese Stellen wenigstens dann und insoweit nicht, wenn und soweit es sich in ihnen direkt um Erwerb des Eigenthums, um Erwerb des Besitzes dagegen nur insofern handelt, als der Eigenthümerwerb nach Lage der betreffenden Fälle durch Erwerb des Besitzes vermittelt werden muß: denn möglich wäre immerhin, daß der Besitzeswillen in solchen Fällen nur deswegen unbeanstandet bleiben würde, weil der Erwerber vorübergehend Eigenthümer werden will.

Indessen kann dieses Bedenken, das schon an sich nicht schwer wiegt, feinenfalls entgegengehalten werden der L. 1. § 20. *adquir. poss.*:

Per procuratorem tutorem curatoremve possessio nobis adquiritur. cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente ut operam dumtaxat suam accomodarent, nobis non possunt adquirere (vgl. den weiteren Inhalt der Stelle oben auf S. 2).

Demn diese Stelle spricht direkt vom Erwerbe des Besitzes. Dieselbe ist aber außerdem von besonderer Bedeutung hierher, weil sie unmittelbar die zwei verschiedenen Wege bezeichnet, die eine Mittelsperson (*procurator, tutor, curator*) bezüglich des Besitzerwerbes einschlagen kann: nämlich *operam dumtaxat suam accomodare* (*scilicet alienae possessioni* vgl. L. 18. *pr. cit.*) oder *suo nomine nancisci possessionem* — womit, wenigstens im Zusammenhange der Stelle und von vorneherein auf Mittelspersonen bezogen, nichts Anderes gesagt sein kann, als: die Mittelsperson wird thätig entweder indem sie bei dem Besitzerwerbe des Geschäftsherrn und zum Behufe der Herbeiführung desselben Dienste leistet oder indem sie zunächst sich selbst (*suo nomine*), wenn auch im Interesse

14) *Windscheid* Pand. I. § 155 N. 6 u. aus der daselbst angeführten Literatur namentlich *Shering* Jahrb. für Dogm. I. S. 324 f.

des Geschäftsherrn (als procurator etc.), den Besitz erwirbt.

Vgl. auch L. 18. pr. adquir. poss.; L. 31. § 2. usurp. et usuc. 41. 3. u. a. m.¹⁵⁾.

Kann hiernach nicht bezweifelt werden, daß die Quellen auch in Beziehung auf den Besitzerwerb die Scheidung zwischen direkter und indirekter Stellvertretung zulassen, so ist es nicht möglich, daß der Besitzeswille in sich ein Moment enthalten sollte, das nöthigen würde, den Erwerb und das Haben der Sache in nothwendiger Beziehung zu den Interessen des Erwerbers zu denken. Dem entspricht es denn aber auch durchaus, daß die Quellen bei der Erwähnung des Besitzeswillens nirgends die Beziehung auf die eigenen Interessen des Erwerbers hervorheben, nirgends »animus rem sibi habendi« zum Besitzererbe verlangen¹⁶⁾, sich vielmehr begnügen, dem animus possidendi die Absicht der Hilfeleistung zu dem Besitzererbe eines Anderen entgegenzustellen (L. 1 § 20, L. 18 pr. cit.).

15) Die L. 1 § 20 adquir. poss. wird zur Constatirung des Gegensatzes zwischen Besitzerwerb durch Stellvertreter und Erbsmänner namentlich von J h e r i n g Jahrb. I. 329 f. verwendet, dabei aber das »suo nomine« mit „auf eigenen Namen“ übersetzt, also vom Hervortreten der Erbsmannsqualität im Geschäfte verstanden — im Zusammenhange damit daß Jhering überhaupt dieses Hervortreten der Qualität des Handelnden in den in Frage stehenden Akten in den Vordergrund stellt. Indessen beanstandet Jhering selbst nicht (S. 334), daß »suo nomine« nicht überall auf Erklärung bei und im Geschäfte — Stellen des Geschäftes auf den Namen — hinweist; (vgl. auch die Wendung »peculiari nomine« die zweifellos nicht geschäftliches Hervortreten des Willens für das Peculium zu erwerben bedeutet: m e i n Familiengüterrecht II. S. 118, 121 f.). — Uebrigens will und kann, obwohl im Texte zu besonderer Betonung keine Veranlassung vorliegt, selbstverständlich nicht beanstandet werden, daß ein nicht erkennbar gewordenes Wollen auch auf dem Gebiete des Besitzerwerbs für das Recht bedeutungslos ist und daß es einer Seits die etwaige Erklärung des Interessenten anderer Seits die objective Sachlage ist, aus der auf den Willen rückgeschlossen werden kann und muß. Zu Jhering und theilweise gegen dessen einseitige Betonung des äußeren Momentes vgl. B r e m e r Gießener Zeitsch. N. F. XX. S. 25 f., nam. S. 43 f., K a n d a Besitz (3. Aufl.) S. 470 f. (mit weiteren Literaturangaben); neuestens auch eine Bemerkung von B i t e l m a n n Irrtum und Rechtsgeschäft (1879) S. 249 Note 217.

16) Dieß constatirt schon B ö c k i n g Pandekten § 123 N. 7; vergl. auch B r i n z Pand. (2. Aufl.) I. S. 495.

Nicht zu leugnen ist allerdings, daß es bei solcher Auscheidung der Beziehung des Animus possidendi auf die eigenen Interessen möglich ist, dem Effekte nach eine Art interimitischen Besitzübergangs herbeizuführen. Indessen vor Allem nur dem Effekte nach: denn überall setzt der Erwerb die Aufgabe des Besitzes in der Person des bisherigen Besitzers voraus, ist dieser Erwerb also wie jeder Besitzerwerb originärer Natur; weiterhin nur bei besonders gestalteter Sachlage d. h. wenn aus der Sachlage zweifellos resultirt, daß der bisherige Besitzer den Besitz aufgeben, ein Anderer aber solchen formell für sich, materiell für den bisherigen Besitzer erwerben will — wie ja auch die Möglichkeit, Eigenthum interimitisch zu übertragen, keineswegs dazu geführt hat, ohne ganz besondere Anhaltspunkte Eigenthumsübergang anzunehmen, wenn es sich dem materiellen Zwecke nach nur darum handelt, eine Sache zur Aufbewahrung oder zur vorübergehenden Benützung zu übertragen. Dieß vorausgesetzt aber ist jene Möglichkeit in den Quellen dadurch ausdrücklich zur Anerkennung gekommen, daß solche bei dem Sequester, der ja nichts Anderes als ein Depositär ist, unbedenklich Besitzerwerb annehmen und zwar annehmen ohne die Andeutung irgend welcher Anomalie in den Voraussetzungen des Besitzerwerbes, namentlich im Besitzeswillen, vielmehr einfach im Zusammenhange und auf Grund des Willens der Interessenten d. h. weil und wenn der Deponent den Besitz aufgibt, damit der Sequester solchen erwerben kann.

L. 39 *acquir. poss.*: Interesse puto qua mente apud sequestrum deponitur res. nam si omittendae possessionis causa, et hoc aperte fuerit approbatum. . .

L. 17. § 1. *depositi* 16. 3 . . id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat.

Wäre in den anderen Fällen des sog. abgeleiteten Besitzes, bei dem Faustpfandgläubiger und bei dem Precariisten, nicht Fortdauer des Erfindungsbesitzes in der Person des Verleihenden beziehungsweise des Verpfänders vom römischen Rechte angenommen worden, so könnten wohl auch sie zum Belege für die hier vertretene Auffassung angeführt und zugleich

aus ihr erklärt werden d. h. es könnte angenommen werden, der Besitzerwerb jener Personen sei dadurch ermöglicht, daß der Verpfänder und Verleihende ihrer Seite die *possessio* aufgeben, damit Gläubiger und Precarist den Besitz ergreifen können, dieser Besitz selbst aber sei Besitz mit regulärem Besitzeswillen, nicht mit der beschränkten Absicht die Sache soweit zu haben als sie der Pfandgläubiger beziehungsweise der Precarist haben muß. Neben jener Anerkennung fortdauernden Besitzes in der Person des Verpfänders und Verleihers ist indessen diese Auffassung unmöglich und die Anomalie des Verhältnisses nicht in Abrede zu ziehen¹⁷⁾.

Nicht viel weniger bedenklich sind dem ersten Anscheine nach die unter I. und II. gewonnenen Resultate im Verhältnisse

2. zu demjenigen Momente in der Definition des Besitzeswillens, welches durch Vergleichung mit dem Eigenthume und Eigenthumswillen hervorgehoben zu werden pflegt: mit der Dualität des Besitzeswillens als *animus domini* (dominantis), als faktischer Eigenthumswille, als Aneignungswille¹⁸⁾.

17) Brinz Pand. (2. Aufl.) I. § 139 betont mit vollem Rechte, daß nicht im Besitze des Gläubigers zc., sondern in der Fortdauer des Erzfizungsbesitzes des Verpfänders zc. die Anomalie enthalten sei, gibt aber freilich daneben zu, daß auch eine Eigenthümlichkeit jenes von ihm sogen. anvertrauten Besitzes vorliege und im Mangel des regulären Willens („nicht als sein eigen haben wollen“) zu suchen sei. Letzteres kann wenigstens für den Sequester nicht zugegeben werden; ebenso nicht, daß die vorhandene Incongruenz durch den Begriff der Uebertragung oder des Anvertrauens des Besitzes beseitigt werde — so willkommen auch die mehrfache Hinweisung auf das fiduziarische Eigenthum ist (Brinz a. a. O. S. 495, S. 518). Im Uebrigen vergl. Literatur und Ausführungen bei Savigny Besitz (7. Aufl.) S. 131 f., 606 f., 661 f.; Windscheid Pand. I. § 149 R. 7; Randa Besitz (3. Aufl.) § 1 Note 24.

18) Die neueren Darstellungen heben durchaus dieses Moment in irgend einer Weise hervor: so Arnolds Pand. § 135 2. Hälfte, Windscheid Pand. § 149, Brinz Pand. (2. Aufl.) § 135, Randa Besitz (3. Aufl.) S. 10 f., 369 f. — während in den ersten Jahrzehnten nach dem Erscheinen des Savigny'schen Besitzes und im Gegensatze zu solchem allerdings mehrfach die Beziehung des Besitzes zum Eigenthumswillen negiert wurde: vgl. die Literatur bei Savigny Besitz (7. Aufl.) S. 133 f. u. S. 606 f.

Verstanden wird unter diesen Bezeichnungen und hervor- gehoben durch sie keineswegs immer das Gleiche. Es sind vielmehr verschiedene, wenn auch sich berührende Richtungen des Besitzeswillens, verschiedene Momente im Inhalte dessel- ben, die hiebei ins Auge gefaßt und theilweise, allerdings ohne scharfe Trennung oder wohl auch in absichtlich gleichzeitiger Geltendmachung, durch jene Qualifizierung zu Requiriten des Besitzeswillens erhoben werden.

Der Willen, Eigenthümer zu sein und in diesem Sinne Eigenthum auszuüben, kann selbstverständlich nicht in Frage kommen.

Dagegen läßt sich eine Richtung des Willens denken, bei welcher die Beziehung zwischen Besitzes- und Eigenthumswillen selbständige Bedeutung haben, der Eigenthumswillen gewisser Maßen einen integrirenden Bestandtheil des Besitzeswillen bilden würde, ohne mit dem Willen Eigenthümer zu sein zusammen- zufallen. Sie muß in denjenigen Darstellungen gemeint sein, die aus dem Animus domini ableiten, daß der Besitzer „keinen anderen besser Berechtigten über sich anerkennen wolle“¹⁹⁾. Denn die thatsächliche Negation jeder besseren Berechtigung eines Anderen an der Sache d. h. des Eigenthums eines An-

und bei Windscheid Band. § 149 Note 7. Daß die abweichenden Aus- führungen überall von dem sog. abgeleiteten Besitze ausgehen und im we- sentlichen Hinblick auf ihn den Besitzeswillen zu struiren versuchen, dann daß sie nirgends das „für sich Haben“, scharf ins Auge fassen, namentlich den Unterschied zwischen direkter und indirekter Vertretung nicht verwer- then (dies auch Warnkönig im civil. Arch. XIII. 167 f., dessen Bemer- kungen im Uebrigen der richtigen Auffassung nahe kommen) ist wohl der hauptsächlichste Grund der völligen Unwirksamkeit diese Opposition. Der neuestens wieder eingelegte Widerspruch (V a n W e t t e r Traité de la pos- session p. 9, 13; dann K i n d e l in Gruchots Beiträgen XXIII. S. 68 f.) erscheint theils als eine Wiederholung älterer Formulierungsversuche und geht zum anderen Theile von abweichenden Grundanschauungen aus.

19) S a v i g n y Besitz (7. Auflage) S. 110. Ob J h e r i n g von seiner Grundanschauung des Besitzes aus nicht zu einem derartigen d. h. direkten, nicht bloß parallelisirenden Hereinziehen des Eigenthumswillens gelangt, läßt sich, da die in Aussicht gestellte Behandlung des Animus possi- dendi (Jahrb. IX. S. 2. 165 u. 166; 2. Separat-Auflage S. 2, 91) nicht erschienen ist, mit voller Sicherheit nicht sagen.

deren setzt voraus, daß der Besitzer entweder sich selbst für den Eigenthümer hält oder wenigstens in einem Verhältnisse zur Sache steht, das ihn veranlassen muß, Dritten gegenüber sich selbst als Eigenthümer zu behaupten und zu geriren. Wäre diese Auffassung berechtigt, so ließe sich mindestens bei dem Finder ein Besitzeswillen nicht annehmen: ist doch der Finder, anders als der Dieb und Räuber, zweifellos nicht gewillt, die Existenz fremden Eigenthumes und die Ziehung der Consequenzen aus solchem thatsächlich zu negiren. Nun fehlt es keineswegs an Gründen, welche es erklärlich erscheinen lassen würden, wenn das römische Recht den Besitzeswillen in dieser Weise mit dem Eigenthumswillen, genauer: mit dem Eigenthumsbehauptungswillen, in Verbindung gebracht und nur denjenigen Detentor als Besitzer anerkannt hätte, der gewillt ist sich selbst als Eigenthümer zu behaupten. Der muthmaßliche Zusammenhang, in welchem die Ausbildung des Besitzesbegriffes mit den Interdicta retinendae possessionis und die Bildung dieser Interdicta wiederum mit dem alten Eigenthumsprozesse steht, dann die Thatsache, daß der Erwerb des Besitzes fast nur im Zusammenhange mit dem Erwerbe des Eigenthums (Erfizung etc.) Bedeutung gewinnt und auch in dieser Richtung genetische Zusammenhänge wahrscheinlich genug sind, mögen hiefür angeführt werden. Allein wie dem auch sei: daß der Besitzeswille nicht diesen Eigenthumsbehauptungswillen zur Grundlage und zum Inhalte hat, ergibt sich mit Sicherheit daraus, daß, soweit zu sehen, in keiner einzigen unter den zahlreichen Stellen, welche des Besitzeswillen direkt erwähnen, solcher in irgend einer Weise als Eigenthumswille bezeichnet, die Bezeichnung »animus possidendi« vielmehr zweifellos nicht bloß der technische sondern der nahezu ausschließlich gebrauchte und nur mit gleichbedeutenden Bezeichnungen abwechselnde Ausdruck für den Besitzeswillen ist ²⁰⁾.

²⁰⁾ Savigny a. a. O. § 7 N. 2 (S. 111) macht selbst darauf aufmerksam, daß die Bezeichnung in den Institutionen und Pandekten nicht vorkomme, sondern nur bei den Griechen. Später ist sich für die Bezeichnung, wenn auch nicht gerade für den Gebrauch derselben mit dem im Texte erwähnten Sinne, auf einzelne Quellenstellen berufen worden

Denn wenn der *Animus domini* nicht bloß geeignet sein soll, über Inhalt, Umfang und Richtung des *Animus possidendi* erklärende Auskunft zu geben, wenn er vielmehr geradezu einen integrierenden Bestandtheil des letzteren bildet, können ihn die Quellen, wollen sie ihn postuliren, unmöglich consequent ignoriren. Aber auch Rechtsätze, die auf Postulirung eines *Animus domini* beziehungsweise des Besitzeswillens in dem angeführten Sinne zurückweisen, finden sich nicht vor und im Besitze des Sequester liegt, darf solcher nur als regulärer Besitz betrachtet werden, was zu begründen oben (S. 17) versucht worden ist, überdieß ein direkter Gegenbeweis gegen jene Annahme.

In den neueren und neuesten Darstellungen, welche die Beziehung des Besitzeswillens zum Eigenthumswillen festhalten und solchen definiren als: Willen die Sache „als eigen“ „wie eigen“ zu haben, als „faktischen Eigenthumswillen“, als „Aneignungswillen“ (vgl. die Citate oben in Note 18), findet sich denn auch in der Hauptsache nicht die so eben erwähnte Auffassung, macht sich vielmehr überall das Bestreben geltend, nur Inhalt und Umfang des Besitzeswillens durch eine Parallele mit dem Willen den der Eigenthümer hat oder haben darf zu charakterisiren.

Und zwar sind es zwei verschiedene Momente, die in solcher Weise betont werden wollen.

(Mudorff zu Savigny No. 31 auf S. 603; Brinz Pand. § 135 S. 495). Allein überall in den betreffenden Stellen handelt es sich um besondere Beziehungen, welche die Verwendung der betreffenden Worte erklären und es unmöglich machen, in ihnen eine Charakterisirung des Besitzeswillens zu sehen: so in L. 22 § 1 nox. act. 9. 3 u. L. 2 C. furtis 6. 2 um die Noxalhaftung, der nicht jeder Besitzer, auch nicht jeder juristische Besitzer, vielmehr nur Derjenige unterliegt, der die Möglichkeit der Noxae deditio hat; in der L. 3 § 7 uti poss. 43. 17 um die Qualifizirung der Superfizies und des Superfiziarbesizes (vgl. zu dieser Stelle Degenkolb Platzrecht u. Miethe S. 78, 223 f.). In der von Fhering (Jahrb. IX. 168, 2. Separatausgabe S. 193) angeführten L. 2. C. acquir. poss. 7. 32 aber ergeben die maßgebenden Worte allerdings, daß, wenn ein Detentor sich eine Zeit lang nach allen Richtungen als Dominus einer Sache gerirt hat, dessen juristischer Besitz über allen Zweifel erhaben ist, nicht dagegen, daß es überhaupt zum juristischen Besitze erforderlich ist »omnia ut dominum gessisse«.

Einmal die Richtung des Besitzeswillens auf die eigene Person und die eigenen Interessen, das „für sich selbst Habenwollen“ des Erwerbers. Soweit es sich darum handelt, ergibt sich die Tragweite und Bedeutung beziehungsweise die Bedeutungslosigkeit für die spezielle Frage, die hier ventilirt wird, aus den Erörterungen unter Ziff. 1 (S. 14 f.).

Weiterhin der Ausschluß desjenigen Willens aus dem Besitzeswillen, der die Sache bloß nach einzelnen Richtungen und Seiten ihrer Brauch- und Benützbareit erfasst. Da die Scheidung des Eigenthumes von den Jura in re aliena darin besteht, daß letztere die Sache nur nach einzelnen Richtungen hin ergreifen, ist es erklärlich, obgleich in Wirklichkeit durch die Quellen nicht unterstützt, wenn gerade hierauf durch die Anlehnung an den Eigenthumswillen hingewiesen werden will²¹⁾. Die Thatfache selbst aber, daß der Besitzeswillen die Sache nicht bloß nach einzelnen Richtungen hin ergreifen dürfe, steht, die nähere Untersuchung dieses partiellen Ergreifens zunächst vorbehalten, fest. Fehlt es nun nicht an diesem Requisite bei dem Finder, für den es sich nur darum handelt, die Sache zu bewahren und der sich, wenn er die Sache konsumirt oder veräußert, einer Widerrechtlichkeit schuldig macht, also als redlicher Finder solches Behandeln und Gebrauchen nicht beabsichtigen kann? vielleicht auch bei dem Gestor, der Besitzer und (wenn überhaupt) Eigenthümer nur im Interesse des Dominus und für solchen geworden ist und durch anderwärts Verwenden der Sache wenigstens möglicher Weise tenent wird? Die Frage wäre zweifellos zu bejahen, wenn sich aus der angeführten Schranke als positiver Inhalt des Willens ergeben würde „sich jede Einwirkung (auf und über die Sache) bis zur Zerstörung möglich machen zu wollen“²²⁾. Es ist aber, wenn der Besitz des Sequester keine anomale Natur hat, nicht bloß die Unrichtigkeit dieser letzteren Formulirung, sondern zugleich direkt die Berechtigung

21) So namentlich von Windscheid Pand. I. § 149 bei und in Note 2—9.

22) Brunß Besitzklagen S. 296.

erwiesen, die aufgeworfene Frage zu verneinen: denn zweifellos als bei dem Sequester ist die Beschränkung des Animus possidendi auf das Haben und Bewahren der Sache in keinem der angeführten Fälle. Jene Voraussetzung ist nun allerdings bestritten: indessen wenn richtig ist, daß der Procurator in Ausführung des ihm gewordenen Mandates Besitzer und Eigenthümer werden kann, was allgemein zugegeben ist (vgl. auch oben S. 15), ist die Unzulässigkeit jener positiven Formulirung und hiemit die Verneinung der den Finder und Gestor betreffenden Frage nicht minder dargethan. Kann doch ein Mandatar, der in Ausführung seines Mandates Besitzer (in der Regel auch Eigenthümer) wird, ohne Widerspruch mit dem Mandate und somit ohne eigene Verhaftung nichts Anderes wollen, als die Sache dem Geschäftsherrn zu bewahren und schließlich auszufolgen; eine mit dem Mandate im Widerspruch stehende Absicht aber darf bei der auf Grund desselben stattfindenden Besitzergreifung ohne besondere Anhaltspunkte, die der concrete Fall bieten müßte, nicht angenommen werden.

Bei solcher Auffassung läßt sich freilich der zunächst als richtig zugegebene und nicht bestreitbare Ausschluß desjenigen Willens, der die Sache nur nach einzelnen Richtungen und Seiten der Brauchlichkeit ins Auge faßt, nur so verstehen, daß hiemit die Absicht eines Benützens der Sache, welches das Haben der Sache selbst nicht mit sich bringt, von dem (für den Sachbesitz) erforderlichen Besitzeswillen ausgeschieden wird. Denn in den Fällen, für welche hier juristischer Besitz behauptet wird (Mandatar, Sequester, Gestor, Finder) richtet sich überall der Besitzeswillen auf das Haben der Sache selbst, nicht bloß auf theilweises Benützen derselben, wie etwa bei der Ausübung von Prädialservituten am benachbarten Grundstücke.

Über ist diese Scheidung und überhaupt die Annahme, daß, sobald sich der Wille auf das Haben der Sache richtet, die Absicht beschränkter Benützung den Besitzeswillen nicht ausschließe, verträglich mit der Behandlung des Depositars Commodatars Pächters im römischen Rechte? Auf der einen Seite ist es zweifellos, daß diese Personen nicht juristischen Besitz haben,

L. 3 § 20, L. 10 § 1, L. 12 pr., L. 52 pr. ad-
 quir. poss. 41. 2; L. 8. comm. 13. 6; L. 1 § 22 de
 vi 43. 16; L. 6 § 2 prec. 43. 26 u. a. m.

auf der anderen Seite benützen sie nicht etwa die in fremder Detention befindliche Sache, sondern haben nicht minder die Sache selbst, wie irgend eine der oben angeführten Personen.

Es liegt nahe, die Erscheinung, daß dieselben die Sache haben und doch nicht juristische Besitzer sind, aus der Richtung ihres Willens nur auf das Bewahren oder nur auf den Gebrauch beziehungsweise auf einzelne Seiten des Gebrauches zu erklären²³). Allein wie bei solcher Erklärung die entgegengesetzte Behandlung des Mandatars, der die Sache im Auftrage des Mandanten, aber mit Wirkung für sich selbst in Besitz nimmt, des Sequesters u. s. f. sich rechtfertigen soll, ist nicht abzusehen. Nichts hindert dagegen, die bloße Detention und den Mangel des juristischen Besitzes daraus zu erklären, daß der Deponent (Commodant, Vermiether) keinerlei Veranlassung hat, indem er die Sache übergibt beziehungsweise überläßt, den juristischen Besitz aufzugeben, der Depositär (Commodatar, Miether) aber die schließlich gewollte Behandlung der Sache ebenfogut herbeiführen kann, wenn er den Besitz des Deponenten (Commodanten, Vermiethers) fortsetzt, als wenn er sich eigenen Besitz gegen dessen Willen und gegen die objective Sachlage aneignet.

L. 8 commodati 13. 6. Rei commodatae et possessionem et proprietatem retinemus.

L. 17 § 1 depositi 16. 3. Rei depositae proprietas apud deponentem remanet: sed et possessio . . .

Darin also liegt der Grund der verschiedenen Entscheidung, daß in den einen Fällen ein juristischer Besitz vorhanden ist der durch den Erwerber fortgesetzt werden kann, in den anderen dagegen nicht²⁴).

23) Windscheid § 149 bei und in Note 2 f.; Brinz Pand. I. S. 495 (in Beziehung auf Pächter, Commodatar, Precarist, Usufructuar, Superfiziär und Emphyteuta).

24) So in der Hauptsache schon Savigny Besitz § 23 (7. Aufl.

Merding's behandeln nun die Quellen ebenso wie den Miether 2c. auch den Missus in possessionem (L. 10 § 2 adquir. poss.) und namentlich den Usufructuar (L. 12 pr. u. L. 52 pr. adq. poss., L. 6 § 2 precario): allein die Möglichkeit, diese Personen in Beziehung auf die Fortsetzung des Besitzes (anders wäre es bei dem Erwerbe) als Vertreter des Proprietars anzusehen, kann auch hier nicht in Abrede gezogen werden, weder aus begrifflichen Gründen noch nach den Quellen, die unbedenklich dem Proprietar während der Detention des Usufructuars den Besitz zuschreiben, also davon ausgehen daß letzterer den Besitz für erstern fortsetze.

L. 52 adquir. poss. . . . neque impediri possessionem si alius fruatur.

Und sie behandeln weiterhin nicht ebenso den Faustpfandgläubiger und den Precaristen: allein einfach deswegen nicht, weil, um die Beziehung dieser Personen zur Sache rechtlich zu schützen, die Zuweisung der Besitzeschutzmittel an solche nöthig erscheinen mußte — eine Zuweisung die möglicher ja wahrscheinlicher Weise ursprünglich dadurch vermittelt und in Uebereinstimmung mit dem zu Grunde liegenden Prinzipie gebracht wurde, daß der Sachbesitz des Gläubigers und des Verleihenden als aufgegeben betrachtet wurde (vgl. hierüber oben auf S. 17 f.)²⁵⁾, jedenfalls aber unmöglich macht, den Gläubiger und Precaristen einfach als Vertreter des Schuldners und Verleihers in Ausübung des Besitzes zu behandeln.

So läßt sich aus dem angeblichen Requisite des *animus domini* nichts anderes von effectiver Bedeutung festhalten als was auch aus dem Requisite des *animus rem sibi habendi* abgeleitet wurde (Ziff. 1): daß nämlich der Apprehendent die Absicht haben muß, selbst Besitzer zu werden.

§. 282 f.). Die spätere Doctrin erschwert sich das Verständniß der Besitzlosigkeit des Pächters u. s. f. zum guten Theile dadurch, daß sie das „für sich“ Haben des juristischen Besitzers als Haben „in eigenem Interesse“ auffaßt; denn an eigenem Interesse fehlt es natürlich dem Pächter, Usufructuar u. s. f. nicht.

25) Daß das *Interdictum de precario* der im Texte berührten Hypothese nicht entgegensteht, ergibt sich aus Brun's Besitzfragen S. 180 f.

Daß diese Absicht am Zweifellosesten vorhanden ist, wenn der Eigenthümer oder wer sich für solchen hält beziehungsweise Eigenthum erwerben will die Sache thatsächlich an sich nimmt, ist freilich selbstverständlich. Eine andere Conjunktion zwischen Besitzeswillen und Eigenthumswillen ist dagegen nicht anzunehmen.

Sind diese Ausführungen (III) richtig, so stehen Wesen und Inhalt des Besitzeswillens den Antworten, die unter I. und II. auf die speziellen Fragen nach dem Besitzerwerbe des Finders und des Gestor gegeben wurden, nicht entgegen.

Ob jene Voraussetzung zutrifft, ob also das „Räthsel des Besitzeswillens“ seiner Lösung etwas näher gebracht ist, mögen Andere beurtheilen. Zu diesem Behufe sollen die allgemeineren Resultate, zu welchen die Erörterung gelangt zu sein glaubt, in folgenden Sätzen zusammengefaßt werden:

Der Besitzeswille trifft inhaltlich vollständig zusammen mit dem Animus detinendi d. h. ist nichts anderes als der Wille die Sache zu haben.

Dieser Wille macht, das nöthige thatsächliche Verhältniß zur Sache vorausgesetzt, den Apprehendenten zum juristischen Besitzer, sobald solcher durch sein Ergreifen und Haben weder den juristischen Besitz eines Anderen fortsetzen noch einem Andern solchen Besitz erwerben will.

Wird der Besitzeswille (Animus possidendi) im Gegensatz zum Detentionswillen gedacht, so begründet den Unterschied nur diese Absicht, sich selbst zum juristischen Besitzer zu machen.

Ob der Apprehendent, von jenem Vertretungswillen abgesehen, die Sache haben will für sich und in eigenem Interesse oder für einen Dritten und in dessen Interesse, behufs der Ermöglichung jeder denkbaren Einwirkung auf die Sache oder behufs der Verfolgung begrenzter Zwecke, unter Anerkennung oder unter Verneinung fremden Eigenthums, ist für die Entstehung des juristischen Besitzes in der Person des Ergreifenden, hiemit auch für den Animus possidendi gleichgültig.

II.

Zur Lehre vom Miteigenthum.

Von

Herrn Dr. Fr. Eisele

Professor in Freiburg.

Die folgenden Blätter sollen durch Berichtigung einiger irriger Sätze, welche von Steinlechner, dem neuesten Bearbeiter dieser Lehre¹⁾ aufgestellt worden sind, sowie durch Beseitigung einiger Einwendungen, welche gegen die von diesem Schriftsteller im Anschluß an Windscheid vertheidigte Theorie des Miteigenthums erhoben worden sind, einen Beitrag liefern zur Verständigung über den römischen Miteigenthumsbegriff.

Für die richtige Bestimmung dieses Begriffes ist von erheblicher Bedeutung eine richtige Auffassung des Wesens der sog. Intellectualtheilung²⁾; obwohl gerade das Beispiel Stein-

1) Dr. Paul Steinlechner, das Wesen der iuris communio und iuris quasi communio. Erste Abtheilung: Revision der Lehre von der Theilbarkeit und Untheilbarkeit auf dem Rechtsgebiete; zweite Abtheilung: das Miteigenthum in seinen principiellen Einzelbeziehungen. Innsbruck 1876. 1878.

2) Daß übrigens von dieser nicht, wie in den Pandektenlehrbüchern meistens geschieht (vergl. z. B. die von Arndts, Keller, Puchta, Windscheid), bei der Lehre von den Sachen und deren Theilbarkeit zu handeln sei, ist einleuchtend, sobald man nur erwägt, daß die sog. Intellectualtheilung bei theilbaren Sachen sogut vorkommt, wie bei untheilbaren.

Lechner's zeigt, daß man über den ersten im Ganzen richtig denken, und doch das zweite unrichtig formuliren kann. Diese Bedeutung beruht aber insbesondere darauf, daß von der Lösung der Frage: welchen Sinn haben die partes indivisae? die Antwort auf die andere Frage: welchen Sinn hat die Regel duorum (vel plurium) in solidum dominium esse non potest? abhängig ist. Ein Blick auf die Literatur zeigt nun zwar, daß man gewöhnlich diesen Weg nicht eingeschlagen, vielmehr sich alle erdenkliche Mühe gegeben hat, das Wesen der Intellectualtheilung so zu bestimmen, daß es mit einem von vorneherein als zweifellos feststehend erachteten Sinne jener apodiktischen Regel nicht in Widerspruch gerathe. Der hier — übrigens auch von Steinlechner — eingenommene Ausgangspunkt empfiehlt sich aber schon deshalb, weil wir zur Feststellung der Bedeutung der partes indivisae die unmittelbare Anschauung des im Leben oft genug vorkommenden Verhältnisses zu Hilfe nehmen können.

Ueber das Wesen der Intellectualtheilung stellt Steinlechner (I, S. 163; vgl. S. 79 ff.) folgende Sätze auf: „die gedachte Theilung bezieht sich ebenso auf das Recht, wie auf dessen Object; sie ist bei beiden nur der Schein einer Theilung, in Wahrheit aber die Negation der wirklichen Theilung. In den betreffenden Verhältnissen besteht nur eine wirkliche Theilung des Werthes von Recht resp. Object unter den concurrirenden Subjecten; diese Werththeilung aber, auf die Sache resp. das Recht projicirt, erzeugt den Schein einer hier Statt findenden Theilung“. Hiemit reproducirt Steinlechner im Wesentlichen dasjenige, was Windscheid in der dritten Auflage seiner Pandekten (§ 140, bes. Note 4) über denselben Gegenstand gesagt hat. Zwar kommen bei Steinlechner gelegentlich Wendungen vor, welche als das, worauf sich die Theile beziehen, etwas Allgemeineres angeben, z. B. II S. 22 den Nutzen, den ökonomischen Erfolg; allein wir müssen dieselben gegenüber der resumirenden Formulirung, wie sie soeben angegeben wurde, um so mehr für zufällige Abweichungen halten, als Steinlechner Windscheid überall ausdrücklich nach der 3. Auflage citirt und damit die

wesentlich verbesserte Formulirung der 4. Auflage § 142, wonach durch die partes der Maßstab (? gemeint ist das Verhältniß) bezeichnet wird, nach welchem den Berechtigten der wirtschaftliche Nutzen der Sache gebührt, stillschweigend verwirft. Diese ausschließliche Beziehung der Intellectualtheilung auf den Werth der Sache ist es vor Allem, welche neueren Schriftstellern (Eck, doppelseitige Klagen S. 93 f. gegen Windscheid; Göppert in der Münchener krit. Vierteljahrsschrift 14 S. 549; Eck daselbst 19 S. 237 gegen Steinlechner) als unhaltbar erschienen ist, und zwar mit vollem Recht. Um jedoch diesen Punkt richtig stellen zu können, ist es zweckmäßig, vorher einen andern zu erledigen.

Steinlechner behandelt die Werththeile als wirkliche, reale Theile³⁾. Stellen wir also die Frage so: was ist beim Miteigenthum getheilt, d. h. getheilt kraft der Thatfache, daß das Rechtsverhältniß des Miteigenthums vorliegt, und abgesehen von allem Anderen, was etwa zu diesem Verhältniß noch hinzutreten kann?

Darauf kann keine andere Antwort gegeben werden, als diese: es ist lediglich Nichts getheilt (vergl. auch Brinz Pand. I (2. Aufl.) § 131 bes. S. 478). Dagegen insbesondere, daß der Werth getheilt sei, berufen wir uns einfach auf die Anschauung. Ein nicht realisirter Werth kann nicht getheilt sein, sondern höchstens als getheilt gedacht werden. Daß aber der Werth einer Sache kraft der Existenz des Miteigenthumsverhältnisses noch nicht realisirt ist, bedarf keines Beweises. Nicht einmal zum Zweck der Auseinandersetzung braucht er unter allen Umständen realisirt zu werden: nämlich dann nicht, wenn diese durch Realtheilung erfolgt. Was aber

3) So auch Windscheid in der 3. Aufl. seiner Pandekten a. a. O.: man spricht von Theilen einer Sache auch da, wo nicht der Körper einer Sache getheilt ist, sondern der Werth“. Auch in dieser Beziehung zeigt die 4. Auflage einen wesentlichen Fortschritt, den sich Steinlechner nicht hat aneignen wollen. Dagegen stimmt mit Windscheids § 142 der 4. Aufl. nicht § 169^a derselben, wo es noch heißt: „was wirklich zwischen ihnen (den Miteigenthümern) getheilt ist, ist der wirtschaftliche Nutzen der Sache“.

vom Werth zu sagen ist, gilt auch vom Ertrag; wenn die Miteigenthümer eines Grundstücks dasselbe unbebaut liegen lassen und auch nicht verpachten, weil sie sich nicht einigen können, so existirt ein Ertrag nicht, kann also auch nicht getheilt werden, geschweige denn getheilt sein.

Steinlechner ist zu der Behauptung einer wirklichen Theilung des Werths, entgegen demjenigen was die unmittelbare Anschauung des Verhältnisses lehrt, lediglich auf Grund eines durchaus nicht stichhaltigen Raisonnements gelangt. Er sagt (I, 79): die intellectuelle Theilung habe, soweit sie sich auf die Sache beziehe, die Bedeutung einer Scheintheilung. „Dieser Schein einer Theilung der Sache muß nothwendig einen Grund haben, und dieser Grund kann nur in der wirklichen Theilung von etwas Anderem gelegen sein, welche dann im Geiste projicirt wird“. In dieser Argumentation ist sowohl die Prämisse falsch, als die daraus gezogene Folgerung nicht zwingend. Zugegeben, daß bei Miteigenthum der Schein einer Sachtheilung vorliege, so muß dieser Schein mit Nichten einen objectiven Grund haben; er könnte seinen Grund ebenso gut in dem Subjecte haben. Und Falls er sogar einen objectiven Grund hätte, so brauchte dieser nicht gerade ein gegenwärtiges Getheiltsein von irgend etwas Anderem zu sein. Es ist aber auch keineswegs richtig, daß die Intellectualtheilung die Bedeutung einer Scheintheilung habe. Wie nichts getheilt ist, so scheint auch nichts getheilt, am allerwenigsten die Sache. Es will uns scheinen, als habe Steinlechner die Begriffe Schein und Vorstellung confundirt. Denn allerdings kann folgendes gesagt werden: es ist von partes die Rede, folglich ist auch die Vorstellung von Theilen vorhanden. Zweifellos ist auch, daß diese Vorstellung ihren Grund haben muß. Sie hat ihn aber nicht darin, daß etwas getheilt ist, sondern darin, daß das Miteigenthum mit innerer praktischer Nothwendigkeit eine Theilung postulirt. Diese künftige, früher oder später unvermeidliche Theilung (unvermeidlich auch nach der Stellung, die das röm. Recht den Miteigenthümern im Verhältniß zu einander anweist) ist es, welche

sich, um bei dem von St. gebrauchten Bilde zu bleiben, in die Vorstellung schon gegenwärtig projecirt.

Die Redeweise der Quellen, soweit sie wenigstens die Beschaffenheit der in Rede stehenden partes etwas näher bestimmen, ist unschuldig an dem weitverbreiteten Irrthum, daß etwas getheilt sein müsse. Denn ihre partes indivisae können, wenn man beim nächsten Wortsinne bleibt, nichts anderes sein, als nicht realisirte Theile („Antheile“ nennt das Brinz a. a. D.); und partes pro indiviso, Theile für ein (zur Zeit noch) Ungetheiltes oder Theile im Zustande des Ungetheiltheits bedeuten ebendasselbe. Ja sogar die übliche moderne Bezeichnung dieser partes ist hier nicht, wie das von manchem schiefem terminus technicus gilt, die Quelle oder der Stützpunkt unrichtiger Auffassung, sondern auch sie ist ganz sachgemäß und dazu angethan, um aus ihr den wirklichen Sachverhalt zu eruiren. Nach dem Ausdruck Ulpian's in l. 5 pr. de stip. serv. (45, 3), daß die Miteigenthümer intellectu magis partes habeant quam corpore⁴⁾, hat man bekanntlich die jetzt übliche Bezeichnung „intellectuelle Theile“ gebildet, Statt deren auch der Ausdruck „ideelle Theile“ gebraucht wird. Auch dieß besagt, daß die Theile (vorläufig) nicht realisirt sind, daß sie nur erst in der Vorstellung („in der Idee“ nach dem vulgären Gebrauch des Wortes) vorhanden sind. Während man aber richtig von intellectuellen Theilen spricht, bestimmt man ihre Bedeutung fortwährend so, als hieße es (reale) Theile eines Intellectuellen.

Es gereicht der hier vertheidigten Ansicht nur zur Bestätigung, wenn wir einen Blick auf neueste Ausführungen über die Bedeutung der partes beim Miteigenthume werfen; zugleich wird darin das, was oben über die Theilung des Werths und des Ertrags gesagt wurde, seine Ergänzung rücksichtlich einer angeblichen Theilung der Sache oder des Rechts finden.

4) Der Ausdruck scheint entlehnt zu sein von Papinian l. 66 § 2 leg. II: plures in uno fundo dominium iuris intellectu, non divisione corporis obtinent. Allein es ist zu beachten, daß Ulpian bestimmt, in welchem Sinne die Miteigenthümer partes habent, Papinian dagegen, wie Mehrere an einem und demselben fundus Eigenthum haben.

Göppert erklärt (a. a. D.), bei seiner früheren Meinung beharren zu müssen, wonach „die Sache getheilt ist, die condomini Eigenthum an den Sachquoten haben, deren gemeinschaftliche Verkörperung die res communis ist“. Daß nun die Sache im gewöhnlichen Sinne dieses Wortes, die res corporalis, getheilt sei — das Getheiltsein ebenfalls im gewöhnlichen Sinne genommen —: das kann Göppert nicht haben behaupten wollen. Die in diesem Sinne sich ergebenden partes würden auch, von allem Andern abgesehen, einer gemeinschaftlichen Verkörperung durch die res communis weder bedürfen, noch fähig sein; Theile, die eine Verkörperung erfahren sollen, müssen nothwendigerweise etwas Unkörperliches sein. Das sind die partes indivisae uns freilich auch; aber Göppert erklärt seine Sachquoten für Eigenthumsobjecte, und das sind uns die partes indivisae nicht. Ob nun aber G. sich seine Sachquoten als ideelle Theile der körperlichen, physisch ungetheilten Sache denkt, oder ob er sich neben der physischen Sache eine ideelle Sache denkt, und diese letztere getheilt sein läßt, ist im Grunde gleichgiltig: auf alle Fälle ist hier die unentbehrliche sachenrechtliche Basis, die res corporalis als Rechtsobject, verlassen; durch die statuirte „gemeinschaftliche Verkörperung“ der gedachten Sachquoten in der res communis wird dieser Mangel nicht gehoben, vielmehr wird die Sache dadurch lediglich unklar gemacht.

Ed ist in seiner Besprechung der ersten Abtheilung von Steinlechners Schrift (a. a. D. S. 236 f.) bei der zur Zeit herrschenden Theorie, daß das Recht, oder, was im Wesentlichen dasselbe sei, der Inhalt des Rechts unter den Gemeinschaftern getheilt sei, stehen geblieben. Von seinen Argumenten wäre jedenfalls das gewichtigste dieses: „wenn das Eigenthum den einzelnen Genossen weder ungetheilt, noch auch gar nicht zusteht, so bleibt eben nichts andres übrig, als jedem einen Antheil daran zuzuschreiben“, — wenn nur die erste Voraussetzung richtig wäre! Einer Theilung, wie sie bei den nomina vorkommt, stellt sich, so fährt Ed fort, die physische Einheit der Sache in den Weg; für das Eigenthumsrecht ist das aber gleichgiltig: die divisio wird durchgeführt, soweit der Sach-

körper nicht davon berührt wird. Danach bedeutet für Cđ pro parte indivisa „zu einem a n d e r S a c h e noch nicht realisirten Theile“; das Eigenthum des Miteigenthümers „ist noch gebunden, beschränkt durch die Verbindung seines Gegenstandes mit dem Gegenstande anderer Eigenthumsrechte“. Aus diesen Worten können zwei verschiedene Auffassungen des Miteigenthums entnommen werden, von denen die eine so unannehmbar ist, wie die andre. Ist Gegenstand des Eigenthumsrechts des Miteigenthümers die ungetheilte körperliche Sache, so ist dieser Gegenstand mit den Gegenständen des Eigenthums der übrigen Miteigenthümer nicht so fast verbunden, als vielmehr identisch, und wir hätten sonach, da nach Cđ die Eigenthumsrechte der Miteigenthümer verschieden sind, *plura dominia an einer und derselben Sache!* Ist aber nicht die Sache Object des Eigenthumsrechts der Miteigenthümer, dann kann es — da ja Cđ das reale Getheiltsein der Sache leugnet, wie es denn auch gar nicht behauptet werden kann — nur ein ideeller Sachtheil oder ein Theil einer ideellen Sache sein. Damit wäre dann wieder, wie bei Göppert, die sachenrechtliche Basis verloren, und die *res corporalis* würde bei dieser Auffassung genau genommen gar nicht Eigenthumsobject sein; also würde auch wohl Veranlassung vorliegen, zu der gemeinschaftlichen Verkörperung der Sachquoten seine Zuflucht zu nehmen. Wenn endlich Cđ sagt: eine Rechtsstellung, welche an allen den Inhalt eines Rechts bildenden Befugnissen einen Antheil gewähre, könne gar nicht besser, denn als Antheil am Recht oder Theil eines Rechts bezeichnet werden, so müssen wir fragen: hat denn der Miteigenthümer an der Veräußerungs- Verpfändungs- Vindicationsbefugniß (diese führt Cđ S. 236 a. a. D. als Eigenthumsbefugnisse an) einen Drittels-, Viertels- u. s. w. Theil oder Antheil? Wir meinen: er hat nicht *partem vindicationis*, sondern *vindicationem partis* u. s. w.

Wenn uns also der Augenschein lehrt und überdem die Quellen es bestätigen, daß die partes in keiner Beziehung realisirt sind: so werden wir wohl thun, dabei stehen zu bleiben, vorbehaltlich übrigens einer kurzen Auseinandersetzung

über den Sinn, den es hat, wenn von Veräußerung, Verpfändung, Vindication einer pars die Rede ist.

Getheilt kraft des Bestehens des Miteigenthumsverhältnisses an und für sich ist Nichts. Aber es muß und es wird einmal getheilt werden, und zwar ist es lediglich das Miteigenthumsverhältniß selbst, welches mit innerer Nothwendigkeit zur Theilung drängt. Auf diese künftige unausbleibliche Theilung beziehen sich die partes, aber auch auf jede Theilung, welche vor der gänzlichen Auseinandersetzung in Bezug auf die res communis unter Miteigenthümern vorkommen kann. Man kann kurz sagen: die partes geben das Verhältniß an, nach welchem die Miteigenthümer zu theilen haben; damit ist ihre Bedeutung erschöpft⁵⁾. Uebrigens ist es ganz gleichgiltig, in welcher Weise die Theilung zum Zweck der Auseinandersetzung bewerkstelligt wird, und was vor dieser Definitivtheilung unter den Miteigenthümern kraft der bestehenden communio zur Theilung gebracht wird und wie oft dies der Fall ist. Es wäre daher auch nicht richtig, wenn man an die Stelle des Satzes: der Werth ist getheilt, den andern setzen wollte: die partes beziehen sich auf die künftige Werththeilung. Sie beziehen sich vielmehr auch auf den Ertrag — gleichviel ob dieser nur einmal, bei der definitiven Auseinandersetzung, oder aber, bei längerem Bestehen des Miteigenthums, öfter, z. B. jährlich, oder vierteljährlich (bei Vermietung eines gemeinschaftlichen Hauses) zur Vertheilung kommt, und überhaupt auf jeden ökonomischen Nutzen der Sache, wie das Windscheid jetzt (4. Aufl. S. 142) richtig hervorhebt. Ebenso beziehen sich

5) Man könnte meinen, die partes haben auch die Bedeutung, anzugeben, nach welchem Verhältniß eine ausfallende pars den Andern accrescere. Diese Function ist aber eine von der oben angegebenen nicht verschiedene. Wenn von 3 Miteigenthümern der eine wegfällt, so theilen in Wahrheit die beiden Uebrigen ganz nach demselben Verhältniß wie vorher, nur ist das, was sie theilen, ein Mehr. Wenn a zu $\frac{1}{2}$ b zu $\frac{1}{3}$ c zu $\frac{1}{6}$ Miteigenthümer ist, so theilen b u. c die Hälfte so, daß b noch einmal soviel bekommt als c; nach dem Wegfall von a theilen sie nach ganz demselben Verhältniß das Ganze.

die partes aber auch auf Impensen, und auf Lasten die auf der Sache ruhen, wie z. B. Steuern. Aber auch das genügt noch nicht: die partes beziehen sich ganz ebensogut auf die Sache selbst, Falls dieselbe theilbar ist ⁶⁾. Kurz, die partes beziehen sich auf Alles, was überhaupt theilbar ist; dazu gehört aber das Eigenthumsrecht gerade nicht, als welches zwar, bei gleichzeitiger Verringerung seines Objects, vervielfältigt werden kann, dagegen eine Theilung nach Quoten aus dem einfachen Grunde nicht zuläßt, weil es als solches keine Extension hat (denn von der Erstreckung des Eigenthumsrechts in der Zeit ist bei der Quotentheilung keine Rede).

Wenn es sich mit den partes in der angegebenen Weise verhält, und wenn auch von einer qualitativen Theilung des Eigenthumsrechts ebenso wenig die Rede ist und sein kann, wie von einer Mehrheit von dominia an einer und derselben ungetheilten Sache: so bleibt für das Miteigenthumsverhältniß nur die Formulirung übrig, daß ein und dasselbe Eigenthumsrecht an derselben ungetheilten Sache gleichzeitig mehreren Subjecten zustehet. Daß dies juristisch denkbar sei, ist von Eck (a. a. D. S. 233) ausdrücklich zugestanden, und kann auch nicht bestritten werden, da im Begriff des subjectiven Rechtes nichts enthalten ist, was die gleichzeitige Beziehung auf mehrere Subjecte ausschloße. Wenn aber Eck meint, es werde bei dieser Begriffsbestimmung des Miteigenthums auf dem Gebiet der dinglichen Rechte der Unterschied zwischen solidarischer Berechtigung Mehrerer (z. B. mehrerer Usquare) und Mitberechtigung Mehrerer pro partibus (indivisis) verwischt, so ist dies nicht richtig und Ecks eigene Bemerkungen (ibid.) beweisen das Gegentheil. Richtig ist nur dies, daß Steinlechner die Frage: wann findet bei dinglichen Rech-

⁶⁾ Vollständig richtig Brinz a. a. D. Aber auch Eck S. 237: „die Quote dient zur Bezeichnung des Verhältnisses, zu welchem dem Miteigenthümer die Erträgnisse der Sache zukommen, und dereinst bei der Sachtheilung eventuell ein reelles Stück zu überweisen ist“. Ist dies die Bedeutung der partes, wozu für dieselben noch eine andere unter Preisgebung sachrechtlicher Fundamentalsätze auffuchen?

ten solidarisches Berechtigung Mehrerer, wann Mitberechtigung pro partibus indivisis Statt, mittelst einer Regel beantwortet hat, bei deren Durchführung sich allerlei Schwierigkeiten ergeben; dies fällt aber gegen die Richtigkeit der Bestimmung des Miteigenthumsbegriffs gar nicht ins Gewicht.

Eine weitere Frage ist, ob die gleichzeitige Beziehung ein und desselben Eigenthumsrechts auf mehrere Subjecte nicht etwa dem Begriff des Eigenthums widerstreite? Es ist das Moment der Ausschließlichkeit, welches hier in Betracht kommt. Wird dies Moment in die Definition des Eigenthums aufgenommen, so geschieht dies gewöhnlich in dem Sinne, daß der Eigenthümer Kraft seines Rechts jeden Miteigenthümer von Beherrschung der Sache auszuschließen befugt sei. Ob die Ausschließlichkeit in diesem Sinne als wesentliches Begriffsmoment des Eigenthums gegenüber den iura in re aliena zu halten sei, haben wir hier nicht zu untersuchen; genug, daß sie dem aufgestellten Begriff des Miteigenthums nicht entgegensteht, denn kein Miteigenthümer ist Nicht-Eigenthümer. Würde aber die Ausschließlichkeit als wesentliches Begriffsmerkmal des Eigenthumsrechts in dem Sinne behauptet, daß an einer Sache nur Einem Eigenthum zustehen könne, so würden wir die Richtigkeit dieser Behauptung gerade mit Rücksicht auf das Miteigenthum bestreiten müssen. Das wäre dann ein Principienstreit, aus dem nur durch Untersuchung der Detailbestimmungen über das Miteigenthum herauszukommen wäre: führten diese — worüber unten einiges zu bemerken sein wird — auf gleichzeitige Beziehung desselben ungetheilten Eigenthums auf Mehrere, so könnte es nicht zweifelhaft sein, daß das zuletzt erwähnte Begriffsmoment, hätte man es je in die Definition des Eigenthums aufgenommen, fallen zu lassen sei.

Von der Seite des Allgemeinen her hätte also die obige Begriffsbestimmung Nichts zu besorgen. Sie durch Herbeiziehung ähnlicher Erscheinungen im Gebiete des Privatrechts zu stützen, müssen wir aber ablehnen. Am wenigsten glücklich gewählt scheint uns in dieser Beziehung Steinlechners Vergleichung des Miteigenthums mit der Correalobligation

(I. S. 116 ff.), nicht blos deshalb, weil es offenbar aussichtslos ist, eine bestrittene Materie mit einer andern ebenso bestrittenen in Verbindung zu bringen, sondern auch deshalb, weil bei dem Streit über die Correalobligationen etwas ganz Anderes in Frage steht, als bei dem Streit über das Miteigenthum. Dort ist das Ausgeschlossensein von partes, positiv gesprochen das »in solidum« (petere posse, debere) der feste Punkt, und die Frage ist: eine obligatio oder mehrere Obligationen? Gerade umgekehrt steht beim Miteigenthum das, wenigstens bei den Meisten, außer Frage, daß an einer Sache nur ein Eigenthum möglich ist, und die Streitfrage ist die: ist dies Eigenthumsrecht auf die mehreren Subjecte ganz und ungetheilt, oder nach Theilen, und in welchem Sinne nach Theilen bezogen? Weit zutreffender würde ein anderes Verhältniß zur Vergleichung herbeigezogen werden: das Miterbenverhältniß; hier würde es aber vor Allem nöthig sein, den noch keineswegs völlig ins Klare gestellten Begriff des römischen Erbrechts (im subj. Sinne) zu gewinnen⁷⁾.

Wir bleiben sonach innerhalb der Grenzen des Miteigenthums. Wird nun hier nicht unsre Ansicht über das juristische Wesen dieses Verhältnisses durch einen klaren Ausspruch der Quellen ein für allemal abgethan? Es läßt sich nicht leugnen: wenn wir unsre obige Formel für die Begriffsbestimmung des Miteigenthums an römische Terminologie anlehnen wollten, so würden wir etwa auch sagen können: Miteigenthum ist Eigenthum Mehrerer an derselben Sache in solidum⁸⁾. Nichts ist daher natürlicher, als daß, wenn es heißt duorum in solidum dominium esse non posse (l. 5 § 15 commod.), ohne Weiteres vorausgesetzt wird, es sei damit eben jener Miteigenthumsbegriff gemeint und verneint; und ein Blick auf

7) Vollständig einverstanden können wir uns nur mit derjenigen Auffassung der Universalsuccession erklären, welche Mandry Familiengüterrecht I S. 117 f. andeutet; ähnlich Hölder, Institutionen S. 218. — Vgl. übrigens unten die Schlußbemerkungen.

8) Dies ~~verkennt~~ auch Brinz^M (Band. 2. Aufl. § 131): „die Gemeinschaft hat eine Solidarität im Gefolge“, die Genossen sind „aus dem Miteigenthum selbst gemeinschaftlich-solidarisch berechtigt“.

die Literatur unseres Themas lehrt, daß dieses so verstandene Axiom das Haupthinderniß war, welches jedesmal, wenn die richtige Ansicht zum Durchbruch kommen wollte, sich dem mit Erfolg in den Weg stellte⁹⁾.

Dagegen muß nun aber zweierlei mit Entschiedenheit geltend gemacht werden. Erstens: daß, wenn selbst der angegebene Satz den gegen unsern Miteigenthumsbegriff gewendeten Sinn hätte, dies für uns nicht unbedingt maßgebend sein könnte: zweitens: daß jener Satz den vermeintlichen Sinn gar nicht hat.

Was zunächst den ersten Punkt betrifft, so ist soviel wohl unzweifelhaft: der Satz *duorum in solidum dominium esse non potest* ist kein positiver Rechtsatz, sondern ein juristischer Lehratz, eine *regula iuris*, d. h. aber: ein Product des abstrahirenden Denkens. Die einzelnen das Miteigenthum betreffenden positiven Rechtsätze sind es, aus welchen jener Lehratz abstrahirt wurde und allein abstrahirt werden konnte; *ex iure fit regula* und nicht umgekehrt. Maßgebend für den Begriff des Miteigenthums ist aber das gesetzte Recht, die Gesamtheit der das Miteigenthum betreffenden Detailbestimmungen, soweit nicht bei einer derselben ersichtlich ist, daß aus bestimmten Gründen etwas *contra tenorem rationis* festgesetzt ist. Wäre es also wirklich an dem, daß unser Lehratz den angegebenen Sinn hätte, so müßte er sich immerhin die Prüfung gefallen lassen, ob er mit dem *ius* (in dem bezeichneten Sinne) im Einklang stehe; wäre dies nicht der Fall, so hätten wir, da das *ius* keinesfalls zu ändern ist, nur die Wahl,

9) Man höre z. B. Girtanner (Jahrb. f. Dogmat. III S. 241): „es würde auch im Wesentlichen nichts ändern, wenn man sagen wollte: Miteigenthum sei das Recht an der ganzen körperlichen Sache, aber beschränkt durch das Recht (Eigenthum) aller andern *condomini*; denn wenn das nicht bloß ein anderer Ausdruck für das . . . unstatthafte *dominium plurium in solidum* sein sollte“ u. s. w.; oder G. (doppelseit. Klagen S. 94): „wichtiger noch ist, daß Windscheids Begriffsbestimmung, wie jede, welche das Eigenthum für ungetheilt erklärt, im Wesentlichen wieder zu dem alten *condominium (sic) plurium in solidum* hinführt“.

an die Stelle der als falsch erkannten regula die richtige zu setzen, oder aber auf Heraussetzung des den concreten Rechtsfäden zu Grunde liegenden Allgemeinen, d. h. aber auf wissenschaftliche Erfassung der betr. Rechtsfäden zu verzichten.

Wir brauchen jedoch keine Wahl zu treffen. Der Satz *duorum in solidum dominium esse non potest* hat keineswegs die Bedeutung, welche man annimmt, wenn man den von uns vertheidigten Begriff des Miteigenthums mit jenem Satz für unvereinbar erklärt. In *solidum* ist, insofern *solidus* (vgl. *ἅλος* und *sol-ennis*) die Bedeutung „ganz“ hat, zunächst die Negation des *pro parte* oder *in partem*; welche nähere positive Bedeutung aber das *in solidum* habe, bestimmt sich nach dem Sinne des dadurch negirten *pro parte*¹⁰⁾. Sind die *partes indivisae*, so kann das *in solidum* nicht dieselbe Bedeutung haben, welche es hat, wenn die ihm gegenübergestellten *partes* realisirte Theile sind. Wenn nun aber das *pro partibus indivisis* eine Rechtsgemeinschaft involvirt und auf eine künftige Theilung hinweist, so ist es eben auch Rechtsgemeinschaft und künftige Theilung, was durch *in solidum* negirt wird. *Dominium in solidum* sagt also, wenn als Gegensatz das *dominium pro partibus indivisis* gedacht ist — und dies ist in l. 5 § 15 cit. allerdings der Fall — nur soviel: es ist kein Miteigenthum vorhanden; wird daher die Möglichkeit eines *dominium in solidum* für Mehrere geleugnet, so ist damit darüber, was im Falle des Miteigenthums möglich oder nicht möglich sei, gar nichts ausgesagt. Wir können auch so sagen: *dominium pro parte* heißt Miteigenthum, *dominium in solidum* folglich Allein-Eigenthum. Recht deutlich stehen sich so die Ausdrücke gegenüber in l. 8

10) Keineswegs durchgängig richtig ist es, wenn Steinlechner I, 97 sagt: der Gegensatz von *in solidum* und *pro parte* drücke die Möglichkeit der mehrfachen resp. der theilweisen Realisirung des Inhalts eines Rechts aus. Bei Solidar- und Correalobligationen bedeutet *in solidum teneri* die Verhaftung auf das Ganze der Leistung, nicht auf eine mehrmalige Leistung. Ebenso unrichtig heißt es ebenda: „die Römer drücken mit dem Worte *solidum* immer die Unbeschränktheit des Inhalts eines Rechts aus“.

§ 1 de lib. causa 40, 12: si plures sibi dominium servi vindicent, dicentes esse *communem* . . . ceterum si unusquisque suum esse *in solidum, non in partem* dicat etc.¹¹⁾. Wenn es also heißt duorum in solidum dominium esse non potest, so können wir das auch so wiedergeben: Zwei können an derselben Sache Eigenthum nur als Miteigenthümer haben. Wer etwa einwenden möchte, das sei doch gar zu selbstverständlich, der sehe sich doch die l. 3 § 5 de adq. vel. am. poss. (41, 2) an, wo nicht Ulpian, sondern Paulus gewiß nicht minder selbstverständliche Sätze, betreffend die possessio duorum in solidum, anführt.

Wir wenden uns zu den speciellen das Miteigenthum betreffenden Rechtsätzen, und fragen nach der in denselben zum Ausdruck gelangenden Grundanschauung. Es kann nicht in Abrede genommen werden, daß eine Reihe solcher Sätze aus derjenigen Begriffsbestimmung des Eigenthums, wonach das eine Eigenthum an der Sache gleichzeitig und ungetheilt auf mehrere Subjecte bezogen ist, auf die einfachste und ungezwungenste Art abgeleitet werden kann. Das hat man denn auch zugestanden, das Zugeständniß aber durch allerlei Mittel zu einem unpräjudicirlichen zu machen gesucht. So z. B. durch die Bemerkung, daß die betreffenden Sätze sich wohl auch auf andre Weise erklären lassen¹²⁾. Dergleichen Bemängelungen sind ganz und gar unsubstantiirt, und verdienen eine Widerlegung schon deshalb nicht, weil eine solche gar nicht möglich ist. Man gebe ein anderes Princip an, aus dem heraus die Specialentscheidungen getroffen worden seien; dann wird sich prüfen lassen, welcher Auffassung der Vorzug gebührt. Auch mit der Art und Weise, wie C. d. (a. a. D. Bd. 19. S. 233) die von Windscheid als Bestätigungen des Begriffs angeführten Einzelentscheidungen zu beseitigen versucht, können wir uns nicht einverstanden erklären. Er sagt von denselben: sie seien „sämmlich dem Sclavenrecht entnommen, und dürften vielmehr auf Zweckmäßigkeitsrück-

11) Vgl. auch l. 15 C. fam. herc. 3, 36, wo *dominium pro solido* einfach für Miteigenthum steht.

12) So der Recensent Steinlechner im Literar. Centralblatt.

ten zurückzuführen sein“. Das Letztere müssen wir als eine nicht näher begründete Behauptung auf sich beruhen lassen; was aber den ersten Theil dieser Bemerkung betrifft, so ist er nicht richtig, denn die Haftung der Miteigenthümer in solidum gegenüber einer Noxallage beschränkt sich nicht auf den Fall, wo die *res communis* ein Slave ist (und überdies kommen noch mehrere von Windscheid nicht angeführte Sätze in Betracht, die ebenfalls nicht dem Slavenrecht entnommen sind); und zweitens ist er an sich unerheblich, denn es ist völlig gleichgültig, an welchem Concreten das Allgemeine zur Erscheinung kommt.

Es sind aber die von Windscheid (I, § 169ⁿ. Note 5, Quellenbelege daselbst) angeführten Sätze die folgenden: was ein im Miteigenthum stehender Slave dem einen der Eigenthümer nicht erwerben kann, erwirbt er dem andern ganz (wir fügen bei: auch dann, wenn theilweiser Erwerb möglich wäre); ebenso erwirbt er für einen Eigenthümer das Ganze, wenn er für ihn allein erwerben will; wenn von den Miteigenthümern eines Slaven der Eine denselben freiläßt, so verliert er *partem suam, eaque accrescit socio*; endlich die schon erwähnte Solidarhaftung der Miteigenthümer gegenüber einer *actio noxalis*. Die Beweisraft dieser Detailsätze für den von Windscheid aufgestellten Miteigenthumsbegriff noch näher darzulegen, wäre ganz überflüssig, da dies von Steinlechner in ausführlicher und gründlicher Weise geschehen und gegnerischerseits Nichts vorgebracht ist, was jene Beweisraft zu erschüttern vermöchte.

Dagegen müssen wir bei einem andern, von Steinlechner ins Feld geführten Rechtsatz etwas verweilen, weil derselbe von G^l, wie früher (doppelseit. Klagen S. 94), so auch jetzt noch (Kr. Viertelj. Schr. 19 S. 232 f.) für die gegentheilige, herrschende Ansicht verwerthet wird. Dieser Satz betrifft die Möglichkeit der Dereliction einer *pars pro indiviso*, und ist ausgesprochen in l. 3 pro derel. (41, 7) von Modestinus:

An pars pro derelicto haberi possit, quaeri solet. et quidem si in re communi socius partem suam reliquerit,

eius esse desinit, ut hoc sit in parte quod in toto: atquin totius rei dominus efficere non potest, ut partem retineat, partem pro derelicto habeat.

Ed argumentirte früher (doppelt. Klagen Note 329) so. „offenbar will hier Modestinus die Herrenlosigkeit (pro derelicto haberi) in dem ersten Fall für möglich, in dem zweiten für unmöglich erklären. Durch Accrescenz aber würde dieselbe in allen Fällen gleichmäßig ausgeschlossen sein. Darum können auch die Worte ut hoc sit in parte nicht bloß den Eigenthumsverlust des Derelinquenten ausdrücken wollen“. Es dürfte aber in unserer Stelle, wenn irgend etwas, vielmehr das offenbar sein, daß von Herrenlosigkeit nirgend ein Wort gesagt wird, sondern nur von Dereliction. Oder vielmehr genauer: von der Folge der Dereliction ist allerdings ein einziges Mal die Rede; gerade da ist aber höchst vorsichtig eine Fassung gewählt, welche die Frage: ob herrenlos oder nicht, offen läßt: *pars eius esse desinit*. Damit erscheint aber die ganze Argumentation als hinfällig. Neuerdings legt Ed (Kr. B. J. Schr. S. 232) nur noch auf die Worte ut hoc sit in parte quod in toto Gewicht, und es wird sein Gedankengang hierbei wohl dieser sein: wenn der Miteigenthümer die Sache derelinquirt, so ist dieselbe herrenlos; wenn nun die Stelle sagt, es gelte in Bezug auf die pars eines Miteigenthümers dasselbe, was bei Miteigenthum, so ist damit indirect gesagt, daß die derelinquirte pars auch herrenlos werde. Haben wir hiemit die Meinung Eds getroffen, so würden wir ihm Folgendes entgegenen. Das hoc weist zurück auf das unmittelbar Vorhergehende *si socius partem suam reliquerit, eius esse desinit*. Das *eius esse desinit* paßt auf zwei verschiedene Fälle: sowol auf den, wo in Folge der Dereliction Seitens des Miteigenthümers die Sache herrenlos wird, als auf den andern, wo die Dereliction zwar Eigenthumsverlust für den Derelinquenten, nicht aber Herrenlosigkeit der Sache (oder einer pars) zur Folge hat. Warum hat Modestin diesen Ausdruck gebraucht, wenn er nur an die eine von beiden Möglichkeiten dachte und gerade für diese eine Möglichkeit einen bestimmten Ausdruck zur Verfü-

gung hatte? Zu der Annahme, Modestin habe den weiteren Ausdruck absichtlich gebraucht, stimmt auch das *reliquerit*, neben welcher Lesart des Florentinus sich das *dereliquerit* der Vulgathandschr. wie eine wohlfeile Correctur der Glossatoren ausnimmt; Modestin wird das Wort *dereliquerit* gerade deshalb vermieden haben, weil sich an dasselbe schon damals die Vorstellung der Herrenlosigkeit gar zu leicht angeschlossen. Sodann halten wir *Et* von seinem eigenem Standpunkt entgegen: herrenlos soll nach seiner Meinung werden die *pars pro indiviso*, und das ist nach ihm ein Theil des Rechts. Herrenlosigkeit wird aber nur prädicirt von Sachen, es könnte also, wenn Modestin die Herrenlosigkeit einer *pars* hätte behaupten wollen, nur ein Sachtheil gemeint sein. Gesezt aber, *Et* wollte sich zu den Sachquoten Göpperts bekehren, so sagen wir noch dieses. Kann der Miteigenthümer in dem Sinne *derelinquiren*, daß seine Sachquote herrenlos wird, so wird die Sache, zwei Miteigenthümer zu gleichen Theilen vorausgesetzt, zu $\frac{1}{2}$ herrenlos, zu $\frac{1}{2}$ gehört sie nach wie vor dem andern Miteigenthümer. Das ist ganz dasselbe Resultat, welches durch *Dereliction* einer *pars* herbeizuführen dem Alleineigenthümer unmöglich sein soll. Es würde also in dem Schlußsatz unsrer Stelle der Nachdruck auf *totius rei dominus* zu legen und zu denken sein: was der Miteigenthümer zu Stande bringen kann, vermag der Alleineigenthümer nicht; und insofern hätte Modestin auch sagen können: *ut hoc non sit in toto quod in parte*. Vergebens sehen wir uns nach einem Grunde dafür um, weshalb der Alleineigenthümer ein Resultat nicht solle herbeiführen können, welches, wenn es vom Miteigenthümer herbeigeführt werden kann, an sich als möglich und unter Umständen zweckdienlich anerkannt werden müßte. Vielmehr scheint uns, es sei dem Alleineigenthümer das fragliche Können abgesprochen, weil das betreffende Resultat als solches keinem vernünftigen Zwecke dienen kann. Entweder man will eine Sache haben, oder man will sie nicht haben; ein vernünftiges Motiv, aus welchem man eine Sache nur halb haben, oder nur halb nicht haben wollen sollte, können wir uns wenigstens nicht denken. Wird aber das frag-

liche Können nur dem Meieigenthümer abgesprochen, so wird es deshalb sein, weil nur bei ihm das *partem derelinquere* dies zweckwidrige Resultat herbeiführen würde, nicht aber bei dem Miteigenthümer, und weil das *partem derelinquere* bei diesem einen andern Sinn hat, als bei jenem. Wenn der Miteigenthümer seine *pars* derelinquirt, so heißt das: er will von der Sache überhaupt nichts; er gibt sein Eigenthum an der Sache in toto auf, und das kann er auch, weil er es hat. Es erhellt, daß, wenn der Miteigenthümer sein Miteigenthum aufgibt, dies mit dem Grundsatz nicht in Widerspruch tritt, daß der Eigenthümer die Sache nicht theilweise derelinquieren kann; und es zeigt sich, daß die l. 3 cit. von Steinlechner nicht mit Unrecht als Bestätigung der Windscheid'schen Theorie in Anspruch genommen worden ist.

Es wird ferner auch von C. (Krit. Viert. J. Schr. N. F. II. S. 121) anerkannt, daß folgende Rechtsätze (für welche die Quellenbelege herzusetzen unnöthig ist) die Theorie von der Ungetheiltheit des Eigenthums bestätigen: eine Servitutklage ist für jeden Miteigenthümer des *praedium dominans* gegen jeden Miteigenthümer des *praedium serviens* in solidum begründet; die hinsichtlich einer *pars* erfolgende *confusio* des Eigenthums am herrschenden und dienenden Grundstück hebt die Servitut nicht auf, da die dienende Sache immer noch hinsichtlich des andern Miteigenthümers *res aliena* ist¹³⁾.

Mit dem bisher Angeführten sind aber die den Grundsatz zur Ausführung bringenden Rechtsätze noch keineswegs erschöpft. Vor allem müssen wir hieher zählen die Regel in *re communi neminem dominorum iure facere quidquam invito altero posse* l. 28 *comm. div.* (10, 3). Wenn zur Motivierung des in der Regel statuirten *ius prohibendi* gesagt wird: *in re enim pari potiore causam esse prohibentis con-*

13) Also nicht bloß gegenüber einer fremden Eigenthumsquote findet die Servitut hier Statt, sondern gegenüber einer *res aliena*. Es muß daher dieser Fall aus dem von Hartmann für seine Rechte an eigener Sache (S. 31 f.; Jahrb. f. Dogm. 17 S. 93 f.) zusammengebrachten casuistischen Material ausgehoben werden.

stat, so stimmt das mit unserem Miteigenthumsbegriff aufs Vollständigste überein. Jedem Miteigenthümer steht ein und dasselbe Eigenthum an derselben Sache zu: das ist die *par res*, und sie liegt auch dann vor, wenn die *partes* noch so ungleich sind. Wenn aber das Recht getheilt ist, oder wenn jeder Miteigenthümer Eigenthum an einer Sachquote hat, und nun die Theile oder Quoten verschieden sind, wie kann da noch von *par res* die Rede sein? Von Beschränkung unfres Satzes auf gemeinschaftliche Slaven ist übrigens keine Rede, und ebensowenig ist daran zu denken, daß derselbe auf Zweckmäßigkeitgründen beruhe. Vielmehr ist er praktisch so unzweckmäßig, daß er überhaupt nur erträglich ist, weil neben ihm als Correctiv der Satz steht, daß jederzeit von jedem der Miteigenthümer (nicht etwa blos von der Majorität, oder wenigstens einer größeren Minorität) auf Theilung provocirt werden kann; so unzweckmäßig, daß man sich denselben anders, als aus der consequenten Durchführung eines formal-juristischen Princips, jedenfalls überall da nicht wird erklären können, wo das *facere in re* der gemeinschaftlichen Sache keinen Nachtheil oder gar Vortheil bringt, und dem andern *socius* daraus keine Nöthigung zu einer Vermögensaufopferung erwächst.

Auf Zweckmäßigkeitgründen dagegen beruhen die von Eck (a. a. O. Bd. 19. S. 237) angerufenen Bestimmungen neuerer Gesetzbücher, wonach überhaupt, oder doch in gewissen Fällen der Wille der Majorität für die gemeinschaftliche Sache maßgebend ist. Daß solche Bestimmungen für den römischen Begriff des Miteigenthums Nichts ergeben, liegt auf der Hand. Wenn aber Windscheid (§ 169ⁿ. Note 7) meint, es sei mit dem Begriffe des Miteigenthums (gedacht ist dabei an den des römischen) nicht unvereinbar, daß für gewisse Verfügungen über die Sache die Majorität der Antheile entscheide, so müssen wir das bestreiten. Hierbei werden übrigens zwei Fragen wohl auseinander zu halten sein: kann überhaupt Majorität entscheidend sein, und: wie wird die Majorität berechnet? Die erste Frage greift über das Miteigenthumsverhältniß hinaus und kann in gleicher Weise für jede privat-

rechtliche Gemeinschaft gestellt werden; ihre Entscheidung hängt zuletzt davon ab, ob das Princip der Geltung des Individualwillens im Privatrecht mit größerer oder geringerer Energie durchgeführt wird. Die zweite Frage aber würde für das Miteigenthum näher so zu formuliren sein: bestimmt sich die Majorität nach der Zahl der Miteigenthümer oder nach der Größe ihrer partes? Ist es das Eigenthumsrecht als solches, welches zur Verfügung berechtigt, und steht dieses Recht nach dem Miteigenthumsbegriff, den Windscheid aufstellt, und den auch wir für den römischen halten, jedem socius in ganz gleicher Weise zu, so scheint damit nur die Berechnung der Majorität nach der Zahl der Eigenthumssubjecte vereinbar zu sein.

Es muß aber auf den in Rede stehenden Grundsatz um so größeres Gewicht gelegt werden, als die Größe der partes, welche für das Verhältniß der Mitgenthümer untereinander sonst, d. h. überall da maßgebend ist, wo es auf Grund des gemeinschaftlichen Eigenthums etwas zu theilen oder einen gemeinschaftlichen Erwerb zu machen gilt, hier sogar den Genossen gegenüber unerheblich ist; und dies hat seinen Grund eben darin, daß zu den gedachten Verfügungen das Eigenthumsrecht an sich und abgesehen von der *magnitudo dominii* (wie es in l. 5 § 1 *damn. inf.* heißt) die Befugniß giebt.

Nach außen ist, soweit das Eigenthumsrecht zu gewissen andern Handlungen legitimirt, die *magnitudo dominii* erst recht bedeutungslos. So finden wir es in Bezug auf *missio in possessionem* wegen verweigerter *cautio damni infecti*. *Si plures domini sint aedium*, sagt Ulpian in l. 40 § 4 *ht.*, *qui damni infecti sibi prospicere volunt, nec quisquam eis damni infecti caveat, mittendi omnes in possessionem erunt, et quidem aequalibus partibus, quamvis diversas portiones dominii habuerint*; vgl. l. 5 § 1 *eod.* Das hat man sich genauer so zu denken: da jedem Miteigenthümer ein und dasselbe Eigenthum ungetheilt zusteht, so hat auf Grund des Eigenthums auch jeder das Recht, die *missio* zu verlangen und zwar in *solidum*; partes entstehen hier erst *concurso*, und diese sind, wie überall wo partes *concurso fiunt*, *aequales*.

Auch der folgenden, wie es scheint noch wenig beachteten Entscheidung liegt schwerlich eine andere Auffassung des Miteigenthums zu Grunde, als eben die hier vertheidigte. Ulpian sagt in l. 6 § 6 comm. div. (10, 3):

Si quis in communem locum mortuum intulerit, an religiosum fecerit, videndum. Et sane ius *quidem inferendi in sepulcrum unicuique in solidum competit*, locum autem purum alter non potest facere religiosum.

Wir erklären diese Entscheidung ganz einfach so: da jeder Miteigenthümer Eigenthümer in solidum — nicht in dem l. 5 § 15 commod. abgelehnten, sondern in dem oben entwickelten Sinne — ist, so muß ihm auch das Recht der Beerdigung in Bezug auf das Grundstück, dessen Eigenthümer pro parte er ist, in solidum zustehen. Wie aber will die herrschende Doctrin diese Entscheidung rechtfertigen? Man erwäge doch nur auch Folgendes. Es ist ein auch für Ulpian unannehmbares Resultat, daß der eine Miteigenthümer durch seine illatio mortui das gemeinsame Grundstück zu einer res extra commercium machen und so das Recht der anderen Miteigenthümer zerstören könne. Hätte er vom Wesen des Miteigenthums eine Ansicht gehabt, wie sie von Ed oder Gypert vertreten wird, so wäre ja nichts einfacher gewesen, als auf Grund derselben so zu sagen: das ius mortuum inferendi hat nicht der Einzelne, sondern nur die Gesamtheit der Miteigenthümer; und zwar der Einzelne deshalb nicht, weil er, als Eigenthümer bloß einer pars, es in solidum nicht haben kann, und es andrerseits unmöglich ist, einen Todten pro parte zu inferiren. Statt dessen bequemt sich Ulpian lieber zu dem Zugeständniß, daß eine an und für sich berechnigte illatio mortui den betreffenden locus gleichwohl nicht zu einem locus religiosus mache! Wir meinen: ein stärkeres Argument könne dafür, daß die römischen Juristen unsere Ansicht über das formelle Wesen des Miteigenthums theilten, kaum beigebracht werden.

Noch eine andere Stelle von Ulpian — demselben Ulpian, welcher uns das Axiom duorum in solidum dominium esse non potest überliefert hat — beweist für das Vorhandensein

derselben Anschauung wenigstens indirect. Es ist dies l. 10 pr. aq. pluv. arc. 39, 3:

Si autem plures sint eiusdem loci domini ¹⁴⁾, unde aqua ducitur, omnium voluntatem esse sequendam non ambigitur: iniquum enim visum est, voluntatem unius ex modica forte portiuncula domini praeiudicium sociis facere.

Es handelt sich um Einräumung des ius aquae ducendae Seitens der Eigenthümer des Grundstücks ubi aqua oritur, vgl. l. 8 cod. Auf den ersten Anblick könnte es nun scheinen, als werde in unsrer Stelle ein Satz statuiert, der dem in der l. 28 comm. div. ausgesprochenen Grundsatz widersprechen würde: daß nemlich, wenn nur einer der socii der Ertheilung des Wasserleitungsrechts sich widersetze, der Wille der Uebrigen den Ausschlag zu geben habe. Diese Auslegung erweist sich aber als unhaltbar, einmal weil dazu das omnium nicht paßt ¹⁵⁾, sodann, weil die rechtliche Möglichkeit, daß einer der condomini durch seinen Widerstand die Einräumung eines Wasserrechts hindern kann, an und für sich, und abgesehen von besondern Verumständungen, doch nur demjenigen Nachtheil bringt, der das ius aquae ducendae zu haben wünscht, nicht aber sociis praeiudicium facit: es bleibt ja vielmehr Alles wie es war, und das Grundstück servituttfrei. Der Sinn ist vielmehr dieser: nur alle socii zusammen können dem gemeinschaftlichen Grundstück die Servitut auflegen (*omnium voluntatem esse seq.*), nicht ein Einzelner; denn das würde zu der Unbilligkeit führen, daß der Wille des einen socius etwas dem

14) In dieser Wendung kommt das Wesen des Miteigenthums zu ganz correctem Ausdruck. Von jedem der mehreren socii gilt, daß er dominus fundi ist; der Identität des Objectis entspricht hier nothwendig die Identität des Rechts, des dominium. Ganz correct daher auch Papi nian in l. 66 § 2 leg. II: plures in uno (d. h. „an einem und demselben“) fundo dominium — obtinent.

15) Es kann zwar omnes wohl einmal heißen omnes praeter unum, es muß sich aber dann dieser Sinn aus dem Vorhergehenden ergeben, z. B. wenn es heißt non intellegere quod omnes intellegunt. In unsrerer Stelle kommt der unus hintennach, und Niemand kann schon bei omnium an ihn denken.

Rechte der andern socii Nachtheiliges, eine dingliche Belastung des gemeinsamen fundus, herbeiführen könnte. Wenn nun aber hier auf die *aequitas* recurriert wird, so wird etwas Anderes als das nach der *iuris subtilitas* sich Ergebende gedacht sein, und dies kann, soll Ulpian mit sich selbst in Uebereinstimmung bleiben, nur dem entsprechen, was in der zuvor besprochenen Stelle ausdrücklich gesagt war: das Recht, eine Wasserleitungs-servitut zu bestellen, hat, Kraft des ihm an dem fundus als Ganzem zustehenden Eigenthums, jeder der mehreren Miteigenthümer in *solidum*; die *aequitas* aber erfordert (weil eben auch die andern socii ebendasselbe Recht haben), daß erst die Einwilligung Aller Effect habe.

Dagegen können wir uns nicht davon überzeugen, daß die Verpflichtung des Schuldners einer *pars*, mit dieser auch die inzwischen durch *Adjudication* hinzuertorbene andere *pars* dem Gläubiger zu tradiren, bezw. die entsprechende Verpflichtung des Gläubigers, die *adjudicirte pars altera* zu übernehmen, eine Consequenz aus dem hier vertretenen Miteigenthumsbegriff sei, und folglich für denselben beweise, wie dies Steinlechner will (II, 113 ff.). Darin zwar müssen wir St. völlig Recht geben, daß von juristischer *Accession* (Zhering) oder *accessorischem Commodum* (Mommser) nicht die Rede sein könne, und zwar deshalb nicht, weil aus jenen Gesichtspunkten zwar ein Recht des Gläubigers, keineswegs aber auch eine Pflicht desselben zur Uebernahme und vollends eine Pflicht zur Uebernahme mit Ersatz dessen wozu der Schuldner im Theilungsverfahren *condemnit* worden ist, erklärt werden kann (Steinl. ib. S. 119 f.). Wenn aber Steinlechner sagt (ib. S. 124): der geschuldete Gegenstand selbst hat eine Veränderung erfahren und wird daher in dieser Veränderung geschuldet; aus der *pars* ist das *totum* geworden, daher auch dieses zu leisten — so scheint uns hinwiederum *Qd* im Recht zu sein, wenn er einwirft (XXI S. 120): wäre dies richtig, so müßte es auch dann zutreffen, wenn die Entstehung des *totum* nicht auf Rechtsnothwendigkeit, sondern z. B. auf freiwilligem Erwerb beruhte. Wir unsererseits glauben der Sache und den Quellen in folgender Weise gerecht zu werden.

Die fragliche Bestimmung wird auf die *aequitas* zurückgeführt l. 13 § 17 *empti vend.* und l. 78 § 4 *de iure dot.* Damit ist eigentlich schon das Urtheil über die Auffassung von Steinlechner gesprochen, nach welcher jene Bestimmung vielmehr die Consequenz eines juristischen Begriffs ist. Welches nun aber die entscheidenden Aequitätsgründe seien, das ist in den Quellen in genügender Weise nicht ausgesprochen; Einzelheiten derselben, die hieher gehören, werden sich aber, gleichsam als *disiecta membra* eines nicht ausgesprochenen Grundmotivs, den folgenden Erwägungen ungezwungen einfügen lassen. Es ist auszugehen von der Thatsache, daß das römische Miteigenthum, man mag es nun formell construiren wie man will, Kraft seiner positiv-praktischen Gestaltung ein Verhältniß ist, aus dem Jeder, sobald es angeht, herauszukommen sucht, ein Verhältniß also, in welches Jemanden gegen seinen Willen hineinzuzwingen oder in welchem Jemanden festzuhalten nicht die Absicht der Rechtsordnung sein kann. Wenn nun ein *socius* seine *pars* verkauft hat, so wollte er jedenfalls in der *communio* nicht bleiben. Der Käufer dagegen mußte sich sagen, daß er in eine *communio* eintrete. Daher ist es billig, daß der Verkäufer, wenn ihm *ohne sein Zutun*¹⁶⁾ die andere *pars* adjudicirt wird, auch die Uebernahme dieser von dem Käufer beanspruchen kann; andernfalls käme er ja wieder in eine *communio*, an die er, als er verkaufte, gar nicht dachte und die vielleicht noch unangenehmer ist als diejenige, aus der er heraus wollte. Das ist zunächst billig für den Verkäufer; für den Käufer aber ist es nicht unbillig: wäre er mit dem *socius* des Verkäufers in *communio* getreten, so hätte ihm auch die ganze Sache adjudicirt werden können¹⁷⁾. Soweit

16) Mehr als dies wollen die Worte (*haec pars*) *beneficio alterius* (*venditori accessit*) nicht sagen. *Beneficio alterius partis* heißt eben: von wegen der andern *pars* (vgl. *beneficio furis* l. 46 pr. *de furt.* 47, 2). Auf ein accessorisches *Commodum* können diese Worte nur den führen, der übersieht, daß das *beneficio* gar nicht zu der adjudicirten, sondern zu der ursprünglich innegehabten *pars* in Beziehung gesetzt ist, und daß es nur die angegebene ganz abgeschwächte Bedeutung hat.

17) *Aequum est enim eandem esse condicionem emptoris, quae*

ist nun aber erst die Uebernahmepflicht des Käufers erklärt. Sein Uebernahmerecht ist ebenso einfach zu motiviren. Er hat als seinen *condominus* bei Abschluß des Geschäfts nicht den Verkäufer, sondern dessen *socius* in Aussicht genommen, und sonach ist es billig, ihn nicht zu einer *communio* mit jenem zu zwingen; und dem Verkäufer hinwiederum geschieht nicht unbillig, wenn man ihn zur Hergabe auch der adjudicirten *pars* gegen Entschädigung verpflichtet, weil er durch die Veräußerung seiner *pars* an den Tag legte, daß ihm überhaupt an der Sache nicht so viel gelegen sei als an deren Werth: denn durch den Verkauf beraubte er sich ja, soweit an ihm lag, der Möglichkeit, durch *Adjudication* Eigenthümer der ganzen Sache zu werden.

Hat dagegen der Verkäufer selbst auf Theilung provocirt, so hat er etwas gethan, bei dem er sich die Möglichkeit, die Sache adjudicirt zu bekommen und so *socius* seines Käufers zu werden, nicht verhehlen konnte. Es liegt daher in diesem Fall kein Grund vor, ihm gegenüber den Käufer zur Uebernahme des Ganzen zu verpflichten. Was dagegen den Käufer betrifft, so kommt er hier gerade so gut, wie in dem Falle, wo dem Verkäufer die *andre pars* ohne sein Zuthun adjudicirt ist, in eine *communio* mit dem Verkäufer, ohne daß er, der Käufer, dies wollte oder voraussehen konnte. Wir sind daher der Meinung, daß er allerdings auch in diesem Falle berechtigt ist, gegen Entschädigung Uebergabe der ganzen Sache zu verlangen: in den Quellen finden wir nichts, was dem entgegenstände¹⁸⁾.

futura esset, si cum ipso actum esset communi dividundo, sagt *Ulpian* in l. 13 § 17 cit.; die Darlegung im Texte dürfte zeigen, daß damit die Sache noch lange nicht erschöpft ist.

18) *Mommsen* (Erörterungen aus dem Obligationenrecht, Heft I S. 60 f. u. Note 14) stellt die Verpflichtung des Verkäufers, den adjudicirten Theil herauszugeben, für diesen Fall in Abrede, und zwar deshalb, weil in den einschlägigen Stellen überall der Schuldner als der in der *Ao comm. divid. verkla gte* Theil erscheine. Die Thatfache ist richtig, aber sie erklärt sich so: es ist in allen diesen Stellen das Recht auf die

Die Redeweise der Quellen, wonach ein Miteigenthümer *partem vindicat*, seine *pars* verpfändet, verkauft und dgl., sollte gegen die richtige Auffassung des Miteigenthums keine Bedenken erregen. Vor allem ist hier Folgendes zu erwägen. Als die römischen Juristen anfiengen, ihr Recht in wissenschaftlicher Weise zu erfassen, fanden sie größtentheils eine feste Terminologie schon vor, welche, im praktischen Leben und so zu sagen instinctmäßig entstanden, zwar sehr oft dem Wesen der Sache völlig adäquat ist, aber doch nicht immer; und zwar, wie zu erwarten, namentlich da nicht, wo das formell-juristische Wesen eines Verhältnisses mit den praktischen Ergebnissen desselben nicht harmonirt, und daher nicht durch die unmittelbare Anschauung, sondern nur im Wege der Reflexion und Abstraction erfaßt werden kann. Auch in solchen Fällen haben die römischen Juristen, unseres Erachtens ganz mit Recht, die hergebrachte Terminologie beibehalten. So ist es mit dem Ausdruck des *Accrescens*, und ebenso mit den oben angegebenen Redewendungen der Quellen. In diesen bedeutet *pars* daselbe, was *dominium pro parte* (oben S. 39), d. i. aber: Miteigenthum, Eigenthum welches außer dem *Vindicirenden*, *Verkaufenden* u. s. w. auch noch andere *Subjecte* hat. Zum Ueberfluß ist uns eine alte Definition von *pars* überliefert, welche gerade dies besagt; es ist die bekannte *l. 25 § 2 V. S. Q. Mucius ait, partis appellatione rem pro indiviso significari*; denn wenn *res* Sache und Eigenthum ist, so ist *res pro ind.* Sache die im Miteigenthum steht und Miteigenthum.

Uebrigens fehlt es auch nicht an Stellen, in denen als Object der Verfügung des Miteigenthümers schlechtweg die Sache angegeben wird, z. B. *l. 6 § 8 comm. div. si fundus*

adjudicirte pars als ein beiderseitiges, sowol dem Käufer, als Verkäufer zustehendes, verstanden. Dies trifft aber, wie gezeigt, nur zu, wenn Verkäufer nicht Provokant war. — Was aber Kommissen von seinem Standpunkte aus eigentlich zu einer entgegengesetzten Entscheidung hätte bestimmen müssen, ist dies, daß das angebliche *commodum* ein *commodum ex re* ist, gleichviel ob der Verkäufer auf Theilung provocirt hat oder nicht; wenigstens ist nicht einzusehen, inwiefern das *Provociren* für die *Adjudicatio* maßgebend sein sollte.

communis nobis sit sed pignori datus a me — ex pacto vendere eam rem creditor potest. Bei solchen wol gleichfalls dem Gebrauch des täglichen Lebens entstammenden Ausdrücken subintelligirten die Juristen das Erforderliche.

Dagegen erfordern zwei Punkte, von denen aus gegen die Theorie von der Ungetheiltheit des Miteigenthums Einwendungen erhoben worden sind, eine eingehendere Besprechung: die Möglichkeit einer *plus petitio* Seitens des vindicirenden Miteigenthümers und die Art und Weise, wie Theilungsgeschäfte zwischen Miteigenthümern charakterisirt werden, sowie das Erforderniß der *traditio* als Bedingung des Eigenthumsübergangs von dem einen Miteigenthümer auf den andern (vgl. *G. a. a. D.* XIX S. 232, XXI (N. F. II) S. 118. 119 f.).

Der erste dieser beiden Punkte verdient ein genaueres Eingehen, insbesondere auf die Quellen, auch deshalb, weil er in den bisherigen Erörterungen über das Miteigenthum immer zu kurz gekommen ist. Es wird nun zunächst auszuscheiden sein der Fall, wo der Miteigenthümer seinen *socius* zum Gegner hat; daß er diesem gegenüber eine *plus petitio* begehen kann, dürfte zu Bedenken gegen die erwähnte Auffassung des Miteigenthums keinen Anlaß geben. Damit scheiden auch Stellen aus, wie I. 3 § 2 l. 5 § 1 I^o 76 § 1 R. V. (6, 1), l. 8 § 1 *comm. div.* (10, 3), aus welchen sich zwar zweifellos ergibt, daß der Kläger nur *partem* vindicirt, wo aber überall der andere Miteigenthümer Proceßgegner ist. Aber wie ist es gegenüber Dritten? Zunächst sagt Gajus 4, 53 ganz allgemein, es werde eine *plus petitio re* begangen, si is, cuius ex parte res est, totam eam aut maiore ex parte suam esse intenderit. Er sagt nicht, daß dies blos dann der Fall sei, wenn die Vindication gegenüber einem Miteigenthümer Statt finde; aber seine Worte schließen das doch auch nicht aus, und er hatte, auch wenn die *pluspetitio* auf den zuerst gesetzten Fall beschränkt war, an dieser Stelle keine dringende Veranlassung, die Beschränkung zu erwähnen. Immerhin wird es wohlgethan sein, sich nach anderweitigen Entscheidungen der Quellen umzusehen. Und zwar wird schon die Feststellung ge-

nügen, daß der dominus ex parte auch dann, wenn er einen Dritten zum Proceßgegner hatte, partem vindicirt hat; daraus dürfen wir, wenn nicht aus der Besonderheit des Falls sich ein anderer Grund hiefür darbietet, folgern, daß er auf die vindicatio partis sich beschränken mußte, und zwar wegen der Gefahr der pluspetitio. Zunächst bietet sich dar l. 8 R. V.:

Pomponius libro trigesimo sexto probat, si ex aequis partibus fundum mihi et tecum communem tu et L. Titius possideatis, non ab utrisque quadrantes petere me debere, sed a Titio qui non sit dominus totum semissem. aliter atque si certis regionibus possideatis eum fundum: nam tunc sine dubio et a te et a Titio partes fundi petere me debere . . . et ideo te quoque a Titio quadrantem petere debere. Diese Stelle liefert aber deshalb kein zweifelloses Resultat, weil der Grund, weshalb von Titius die Hälfte vindicirt wird, in dem Umstand liegt, daß Titius nur zur Hälfte Besitzer ist, und weil in den übrigen in der Stelle supponirten Fällen der condominus an dem Proceße activ oder passiv wenigstens mitbetheiligt ist — entweder ich vindicire von Titius und dem andern Miteigenthümer, oder dieser und ich vindiciren gemeinschaftlich von Titius. Dagegen dürfte entscheidend sein l. 30 lib. causa 40, 12: Duobus petentibus hominem in servitatem pro parte dimidia separatim u. s. w. Man kann hier freilich fragen: wie konnte der Prätor den beiden Miteigenthümern gestatten, separatim vorzugehen? Warum zwang er sie nicht, miteinander zu klagen, wie das jedenfalls zu Gajus Zeit (unsre Stelle ist von Julian) schon üblich war (l. 9 § 1 eod.) und später durch Senatsbeschluß (l. 8 § 1 eod.) eingeschärft wurde? Man könnte geneigt sein, sich dies daraus zu erklären, daß jeder der beiden Miteigenthümer eben in solidum die rei vindicatio angestellt habe, so daß der Prätor in iure von dem Miteigenthumsverhältniß nichts gewahr wurde, und könnte danach auf die Vermuthung kommen, daß pro parte dimidia sei erläuternder Zusatz der Compileratoren. Doch ist das zu wenig sicher, und es tritt Ausschlag gebend hinzu eine Constitution Diocletians, l. 16.

C. R. V. 3, 32): si in area communi domum aliquis extruxit, hanc vobis communem iuris fecit ratio. cuius portionem ab eo, qui bona fide possidens aedificavit, si velis vindicare et rel. und etwa noch l. 6 pr. R. V. (Paulus): si in rem aliquis agat, debet designare rem, et utrum totam an partem et quotam petat.

Es ist sonach dem oben angeführten Satz des Gajus ganz unbedenklich allgemeine Geltung zuzugestehen. Nun fragt es sich aber, ob hierin ein entscheidendes Argument gegen unsere Theorie zu finden ist, und diese Frage muß aus folgenden Gründen verneint werden. Alle angeführten Stellen stehen auf dem Standpunkt des Formularprocesses, in specie also der formula petitoria. Der Vindicant beansprucht hier nicht bloß Feststellung seines Eigenthumsrechts, sondern auch praktische Realisirung desselben: Restitution der Sache, der Früchte u. s. w. Steht nun in der Intentio der Formel die vindicirte Sache schlechtweg, so wird damit, da die Restitutionsklausel sich auf die Intentio zurückbezieht (neque eam rem N^{us} A^o restituat) auch Restitution der Sache u. s. w. in solidum verlangt: das aber hat der Miteigenthümer, wenn schon er Subject des einen und ungetheilten Eigenthumsrechts ist, nicht zu beanspruchen. Es mußte daher die Formel einen Zusatz erhalten, aus dem erhellte, daß Kläger Restitution nur zu dem Theile verlange, der ihm zukommt. Die Intentio fundum Aⁱ esse ex parte (dimidia z. B.) leistete das vollständig. Sie besagt eben dies: Kläger sei Eigenthümer des fundus, aber nur Miteigenthümer, und er beanspruche daher Restitution nur zu dem Theil, zu welchem an dem ökonomischen Effect des Eigenthumsrechts zu participiren er berechtigt sei. Den Einwand: dem Beklagten, der gar nicht Eigenthümer sei, würde ja doch kein Unrecht geschehen, wenn er auch die ganze Sache herausgeben müßte, und gegen eine etwaige Vindication des andern Miteigenthümers sei er geschützt, weil er, wenn er die Sache dem zuerst klagenden Miteigenthümer herausgab, sine dolo zu besitzen aufgehört habe, können wir nicht gelten lassen. Denn ob pluspetitio vorliegt oder nicht, wird nicht relativ, sondern absolut, d. h.

lediglich nach dem Umfang des klägerischen Rechts beurtheilt; und wollte man sich selbst auf den anderen Standpunkt stellen, so wäre der Beklagte jedenfalls dann, wenn er die aestimatio in solidum gezahlt hätte, einer nochmaligen Vindication unbilliger Weise ausgesetzt.

Was den zweiten der oben hervorgehobenen Punkte angeht, so werden die betreffenden Einwendungen von C. d. (a. a. D. XIX., S. 232) so formulirt: „wenn jeder Miteigenthümer das ganze dominium hätte, so würde die Abfindung eines Mitberechtigten nicht eine Succession, sondern die Beseitigung einer faktischen Schranke, höchstens einer drohenden Decreſcenz — darstellen; die Römer aber charakterisiren jenes Geschäft bekanntlich als emptio resp. permutatio — während doch emptio rei suae non valet, und quod meum est mihi dari non potest. Desgleichen bedürfte es dann zum Theilungsvertrage nicht der Tradition, die doch in l. 15. C. fam. herc. 3, 36 als Bedingung des Eigenthumsübergangs bezeichnet wird.“ Was zunächst das Argument »emptio rei suae non valet« betrifft, so ist es freilich wahr, daß der abfindende Condominus Eigenthümer ist; aber der Abzufindende ist das nicht minder. Die res communis ist für den Abfindenden sowohl sua als aliena, und weil sie auch letzteres ist, emptio valet. Dasselbe ist mutatis mutandis auch von Abfindung mittelst eines Tauschgeschäfts zu sagen. Wer uns einwenden wollte, eine Sache könne nicht zugleich eigen und fremd sein, der würde etwas behaupten, was zwar für das Allein-Eigenthum (Solitar-Eigenthum) wahr ist, nicht aber für das Miteigenthum, und er würde außer Acht lassen, daß man, um die Unvereinbarkeit einer Theorie mit irgend einem feststehenden Rechtsfaß darzuthun, sich vor Allem ganz correct auf den Standpunkt dieser Theorie stellen muß. Unser supponirter Gegner könnte aber weiter sagen: nun gut, sofern die res eine aliena ist, emptio valet; aber sofern sie sua est, emptio non valet; kann denn etwa ein Kauf zugleich gültig und ungültig sein? oder erklären ihn die Römer pro parte für gültig, pro parte für ungültig? Dem gegenüber werden wir nun allerdings zu erklären haben, wie es kam, daß man bei der

Charakterisirung des Auseinanderseßungsgeschäfts nur die eine Seite in Betracht zog, daß man davon abstrahirte, daß der Abfindende Eigenthümer ist, und nur darauf sah, daß der Abzufindende es auch ist.

Die Frage nach der rechtlichen Natur des Theilungsgeschäfts wurde häufig disjunctiv so formulirt: Consolidation (Accrescenz) oder Permutation (Succession)? Bei dergleichen Fragestellungen ist es immer gut, sie zuerst auf ihre Richtigkeit zu untersuchen; in diesem Falle gebührt Steinlechner das Verdienst, die Fragestellung als verfehlt erkannt und nachgewiesen zu haben (II., 96 ff., besonders S. 100 ff.), daß ja ganz wohl ein Uebertragungsgeschäft vorliegen könne, dessen Effect Consolidation ist, z. B. dann, wenn der Nießbraucher seinen Nießbrauch dem dominus proprietatis cedirt. Auch wir wollen diesen Fall zum Ausgangspunkt unsrer Betrachtung nehmen. Wenn der Nießbraucher sein Recht dem Eigenthümer cedirt, so findet etwas Aehnliches Statt, wie in dem andern Falle, wo der Eigenthümer einem Andern einen Nießbrauch bestellt: das was der Erwerber erhält und das was der Verkäufer aufgibt, ist formell nicht ein und dasselbe. Der Nießbraucher giebt auf ein dingliches Recht, (und dem entspricht die Bezeichnung *cedere usumfructum*); der Eigenthümer erhält nicht ein dingliches Recht, sondern die Freiheit seines Eigenthums vom Nießbrauch. Es geht bei diesem Vorgang das Recht des Nießbrauchers nicht einfach unter, aber auch nicht einfach über, sondern es geht nur formell unter, materiell aber geht es in dem Rechte des Eigenthümers auf, und insofern, als der Eigenthümer ein anderes Subject ist als der Nießbraucher, allerdings auch über¹⁹⁾. Wird eine derartige *cessio ususfructus* gegen Zahlung einer Geldsumme versprochen, so läßt sich dies Geschäft zwar als Kaufvertrag bezeichnen; dagegen kann das Object dieses Kaufvertrags mit einem einfachen Ausdruck nur einseitig, d. h. nur in der Weise bezeichnet werden, daß man sich auf den Standpunkt des einen

19) Daher die von Steinlechner beliebte Herbeiziehung der *confusio* mehr zur Verwirrung als Aufklärung dient.

Contrahenten stellt und den des andern ignorirt. Das Object ist vom Standpunkt des Verkäufers ein Nießbrauch, vom Standpunkt des Käufers Befreiung seines Eigenthums. Es ist nicht correct, wenn Steinlechner von eben diesem Falle (S. 101) sagt: richtiger werde als Gegenstand des Vertrags bezeichnet die Befreiung von der dem Eigenthum bisher anhaftenden Beschränkung; denn in dieser Weise kann der Vertragsgegenstand nur von dem Standpunkte dessen, dem *ususfructus ceditur*, bezeichnet werden, und es leuchtet wenigstens ohne Weiteres nicht ein, warum eine einseitige Bezeichnung richtiger sein solle, als eine andere, deren Unrichtigkeit doch auch nur in ihrer Einseitigkeit besteht. Ist es aber, gleichviel aus welchem Grunde, einmal üblich geworden, das Object des Geschäfts von dem einen der beiden Standpunkte aus zu bezeichnen, so ist es ganz natürlich, daß auch das Handeln des andern Contrahenten von diesem Standpunkt aus angesehen und charakterisirt wird. Wäre es also in dem besprochenen Fall üblich geworden, das Geschäft, wodurch Jemand sich verpflichtet, gegen Zahlung von Geld dem Eigenthümer den Nießbrauch zu cediren, als Verkauf des Nießbrauchs an den Eigenthümer zu charakterisiren, so wäre es sehr natürlich gewesen, wenn man nun auch vom Eigenthümer gesagt hätte: er kaufe dem Fructuar den Nießbrauch ab.

Wir reihen hier noch einen andern Fall an, der sich von dem uns beschäftigenden zwar dadurch unterscheidet, daß dabei nicht ein Rechtsgeschäft in Frage steht, der demselben aber auf der andern Seite um deswillen näher steht, als der vorhin besprochene Fall, weil es sich hier auf beiden Seiten um Eigenthum handelt. Wenn die dem A gehörige Pflanze in das Grundstück des B gesetzt wird und dort anwurzelt, so hat zwar ohne Zweifel der A sein Eigenthum verloren, der B aber hat genau genommen an der Pflanze kein Eigenthum erworben, sondern, wie die Pflanze *pars fundi* geworden, so ist das Eigenthum an der Pflanze in dem Eigenthum am fundus auf- und untergegangen; vom Standpunkt des B könnte man also den Vorgang nur als Erweiterung des Eigenthums (oder seines praktischen Gehaltes) durch Erweiterung seines

Objects bezeichnen²⁰⁾. Dasselbe gilt von der *alluvio* und, mit einer gewissen Einschränkung rücksichtlich des Materials, von der *inaedificatio*. Es ist nun aber für die römische Anschauung in diesen Fällen der Eigenthumsverlust des Einen im Vordergrund gestanden, und von diesem Standpunkt aus haben sie dann auch die andere Seite des Vorgangs als *Eigenthums erwerb* bezeichnet, obwohl dies, wie bemerkt, nicht correct ist. So sagt *Gajus* l. 7 § 1 *adq. rer. dom.*: *quod per alluvionem agro nostro flumen adiecit, iure gentium nobis acquiritur*; § 12 *cod.*: *illius fit aedificium, cuius et solum est*; § 13: *si alienam plantam in meo solo posuero, mea erit . . . meam effici arborem*. Es kann dieser Ausdrucksweise nur Verschub geleistet haben, daß die Römer das Eigenthumsrecht mehr nach seinen praktischen Ergebnissen ins Auge fassen, als sie sich um eine theoretisch-correcte sach-rechtliche Auffassung kümmern.

Hält man sich dieses gegenwärtig, so macht die zu erklärende Erscheinung von dem Standpunkt unseres Miteigenthumsbegriffs gar keine Schwierigkeit. Nach diesem ergibt sich, die Sache zunächst rein formell-juristisch angesehen, dieses. Der Veräußerer giebt auf sein Eigenthum, der Erwerber aber kann dieses Eigenthum nicht erwerben, und zwar deshalb nicht, weil er es schon hat. Würde man sich aber einmal auf den Standpunkt des Veräußerers, der Eigenthum verliert, stellen, so könnte es leicht geschehen, daß man auch vom Erwerber entsprechend sagte: er erhalte Eigenthum; und in der That finden wir diesen Ausdruck in Bezug auf den Erwerb der *pars* eines *socius* gebraucht in l. 52 § 10 *pro soc.*: *dominium insulae consequi*.

Wie aber die Römer den formell-juristischen Begriff des Miteigenthums zwar bei den das Miteigenthum betreffenden Rechtsätzen überall zu Grunde legen, denselben aber nirgend präcis formuliren, und in den technischen Ausdrücken vielmehr das positive praktische Ergebniß des Miteigenthums²¹⁾

20) Vgl. die Ausführungen *Bechmanns*: zur Lehre vom Eigenthums-erwerb durch *Accession* u. s. w. 1867.

21) Das negativ-praktische Ergebniß formulirt die l. 28 *comm. div.*

ins Auge fassen, so auch hier. Wenn sie zur Bezeichnung des Miteigenthums den Ausdruck *pars* brauchen, so zielt *pars* nicht, wie Steinlechner (II, 106) will, nur auf die Beschränkung des Rechts des Einen durch das gleiche (identische) Recht des Andern, sondern es steht vielmehr im Vordergrund das positive Ergebnis des Miteigenthums: der Antheil an allem ökonomischen Effect desselben — wenn schon demselben ein negatives Element insofern beigemischt ist, als eben *pars* die Negation des *totum* ist. Von diesem Gesichtspunkte aus handelt es sich dann aber für den Erwerber gar nicht einmal vorzugsweise um Consolidation (wie dies allerdings dann anzunehmen wäre, wenn man mit Steinlechner in der Bezeichnung *pars* hauptsächlich die Beschränkung finden würde), sondern wirklich um Succession: die *pars* des *condominus* in diesem Sinne geht nicht unter, sie geht auch in der *pars* des Erwerbers nicht auf, sondern sie geht auf ihn über; wie denn auch von eben diesem, nur nicht vom formell-juristischen, Standpunkt aus der Ausdruck *acrescere* sowohl für das Miteigenthum, als im Gebiet des Erbrechts, der Sache ganz entspricht.

Der Gedanke einer Succession wird aber auch noch durch eine andere Erwägung nahe gelegt. Wenn mehr als zwei Miteigenthümer sind, und der eine seinen Antheil an einen der Andern verkauft, so muß hier doch etwas Anderes vorliegen, als lediglich ganz objectiv die Beseitigung eines Mitberechtigten; denn diese müßte ja allen noch übrig bleibenden *condomini* zu Gute kommen. Sie kommt aber nur dem Einen, dem Käufer, zu Gute, und dieser erhält materiell alles das, was der Verkäufer hatte, nur erhält er formell kein Eigenthumsrecht, und zwar lediglich deshalb nicht, weil er schon Subject des mit dem Eigenthum des Verkäufers identischen Eigenthums ist.

Wir haben also das Resultat gewonnen: die Art und Weise, wie in den Quellen das Theilungsgeschäft zwischen Miteigenthümern charakterisirt wird, steht mit dem von uns als richtig angenommenen Miteigenthumsbegriff keineswegs im Widerspruch. Vom rein formellen Standpunkte aus ist zwar die Redeweise der Quellen nicht ganz genau, insofern sie ein-

seitig ist; gerade hiefür lassen sich aber völlig zutreffende, weil auf dem gleichen innern Grunde beruhende, Analogieen der römischen Ausdrucksweise nachweisen. Vom materiellen Standpunkt der praktisch-ökonomischen Betrachtungsweise dagegen erscheint die Redeweise der Quellen als völlig der Sache angemessen; und wenn hieraus gefolgert werden muß, daß bei Ausprägung der in Frage stehenden technischen Wendungen eben dieser Standpunkt eingenommen worden ist, so ergibt sich weiter, daß diese technischen Ausdrücke für oder gegen die formell-juristische Auffassung des Miteigenthums überhaupt nicht in Betracht kommen.

Ueber die rechtliche Bedeutung der Adjudication brauchen wir nichts Besonderes zu bemerken. Bezüglich dessen, was hier in Frage steht, gilt von diesem richterlichen Geschäft dasselbe, was von der vertragsmäßigen Theilung unter den socii gesagt ist. Wir bemerken nur, daß eine Ausdrucksweise, die dem *dominium insulae consequi* der l. 52 § 10 pro soc. entspricht, auch hier vorkommt; *debitori res fuerit adjudicata* l. 7 § 13 comm. div., *etiamsi adjudicatus fuerit* (scil. fundus) l. 6 § 8 eod. vgl. auch *cum totum hominem adjudicaverit* l. 6 § 9 eod.

Was aber das Erforderniß der *traditio* betrifft, so bemängelt C f an der betreffenden Auseinandersetzung von Steinlechner mit Recht, daß sie auf den Fall nicht passe, wo der veräußernde socius im Alleinbesitze ist. Wir sehen in diesem Erfordernisse einfach eine Consequenz der Auffassung, welche, auf die Seite des Veräußernden sich stellend, in dem Theilungsgeschäft eine Eigenthumsübertragung sieht: der eine socius veräußert Eigenthum in materiellem und in formell juristischem Sinne; wenn man nun um deswillen, daß der Erwerb dem Veräußerer zwar nicht formell, aber doch materiell succedit, auch in Bezug auf den Erwerb Erwerb von Eigenthum statuirte, so war es nur consequent, hiefür auch das Erforderniß der Tradition aufzustellen, gleichviel ob der Veräußerer Alleinbesitz oder nur Mitbesitz hatte.

Neuerdings ist ²²⁾ noch besonderes Gewicht gelegt worden

22) Von Regelsberger in einer Anzeige des zweiten Theils der

auf einen dritten Punkt: daß eine Servitut für ein gemeinschaftliches Grundstück nicht von Einem der Miteigenthümer, sondern nur von allen zusammen erworben werden kann.

Erwägt man, daß jeder einzelne Miteigenthümer zur *confessoria actio* legitimirt ist, und daß die wichtigste civile Begründungsform für Prädialservituten, die in *iure cessio*, auch nichts anderes ist, als eine von dem Erwerber angestellte *confessoria*: so glaubt man zunächst, vor einer Antinomie zu stehen. Man könnte dann geneigt sein, diese beiden Erscheinungen getrennt von den übrigen zu behandeln und zu sagen: das Gewicht der einen für die hier vertheidigte Begriffsbestimmung des Miteigenthums wird durch das Gewicht, welches der andern in entgegengesetzter Richtung zukommt, aufgehoben, und es scheiden folglich beide aus dem Kreise der für die Feststellung des Miteigenthumsbegriffs in Betracht zu ziehenden Specialfälle aus. Es bliebe dann zu unsern Gunsten immer noch ein ganz erklecklicher Ueberschuß. Mit einer solchen Lösung könnten wir uns jedoch in keiner Weise befreunden. Es zeigt denn auch nähere Ueberlegung sofort, daß die beiden anscheinend sich widersprechenden Entscheidungen nur ein Beleg mehr sind für die Wahrheit, daß die Römer über der Form niemals die Sache, und was sie verlangt, außer Acht gelassen haben. Hier haben sie nicht übersehen, daß in dem einen Falle der rechtliche Zustand lediglich erhalten, in dem andern dagegen derselbe geändert werden soll. Daß Jemand zu jenem legitimirt sein kann, ohne es zu diesem zu sein, hat an sich gar nichts Befremdendes; was Anstoß erregt, ist vielmehr dies, daß ein Miteigenthümer zu einer solchen Aenderung, die zum Vortheil des gemeinschaftlichen Grundstücks gereicht, nicht legitimirt sein soll. Von diesem Gesichtspunkt aus argumentirt denn auch Regelsberger, wenn er (a. a. D. S. 747) sagt: „Ich frage: welcher Nachtheil kann denkbarer Weise einem Miteigenthümer daraus erwachsen, daß sein Rechtsgenosse für

Schrift von Steinlechner, in Grünhuts Zeitschrift Bd. VI S. 742 ff. Als das betreffende Heft dieser Zeitschrift erschien, war die vorstehende Abhandlung im Mscr. nahezu vollendet; dieser Abschnitt ist nachträglich noch eingeschaltet worden.

das gemeinsame Grundstück eine Dienstbarkeit erwirbt? Sollte ihm dieselbe nicht erwünscht sein, so ist er ja nicht genöthigt, von ihr Gebrauch zu machen. Sein Eigenthumsantheil wird aber gewiß durch die Anknüpfung einer Grunddienstbarkeit nicht entwerthet“. Demgemäß ist Regelsberger der Ansicht, daß für den in Rede stehenden Satz Billigkeits- oder Zweckmäßigkeitserückichten gar nicht denkbar seien (S. 748), woraus dann allerdings zu folgern wäre, daß derselbe aus einer von der unsrigen abweichenden Construction des Miteigenthums heraus erklärt werden müsse.

Wäre es richtig, daß Servitutenerwerb für ein Grundstück eine Aenderung an demselben involvire — wie Steinlechner (II, 207) nach dem Vorgange von Eivers behauptet —, so müßte die Deduction Regelsbergers unbedenklich als irrelevant bezeichnet werden: denn der Satz in re communi neminem dominorum iure facere quidquam invito altero posse ist mit Nichten etwa dann unanwendbar, wenn das, was der eine socius vornehmen will, den andern keinen Nachtheil bringt. Aber uns will eben das nicht einleuchten, daß Erwerb einer Servitut für ein gemeinschaftliches Grundstück ein facere in re communi im Sinne der l. 28 comm. div. sei. Was ist dann aber Regelsberger zu erwiedern? Nichts — falls die Servitut unentgeltlich erworben wird. Aber sollte denn Regelsberger glauben, man bekomme Servitutrechte, die man durch Vertrag erwirbt — nur um solche handelt es sich ja — regelmäßig umsonst? Zweifelsohne ist das Gegenteil die Regel, und es ist somit der Fall des entgeltlichen Erwerbs, von dem man ausgehen muß, wenn man den in Rede stehenden Rechtsatz durch Rückichten der Billigkeit und Zweckmäßigkeit erklären will. Gerade für diesen regelmäßigen Fall — die Ausnahme des unentgeltlichen Erwerbs ist einfach unberücksichtigt geblieben; wie oft wird es denn vorkommen, daß gerade einem Miteigenthümer schenkungsweise eine Prädialservitut bestellt wird? — gerade für diesen Fall sind aber dergleichen Rückichten unschwer zu entdecken.

Zuzugeben ist, daß durch Erwerb einer Prädialservitut

allemal dem fundus, und somit jedem der Miteigenthümer, ein Vortheil verschafft wird — andernfalls würde ja die Servitut als Prädialservitut gar nicht bestellt werden können; — aber nicht jeder Preis ist für eine Servitut objectiv angemessen, und selbst einen objectiv angemessenen Preis zahlt nicht jeder Grundstückseigenthümer. Mancher wird für eine Servitut überhaupt nichts ausgeben wollen, weil er es auch ohne eine solche machen zu können glaubt. Hätte es nun ein Miteigenthümer in der Hand, allein für das gemeinschaftliche Grundstück eine Servitut zu erwerben, wie würde sich in dem regelmäßigen Falle des entgeltlichen Erwerbs die Sache weiter gestalten? Es sind hier nur drei Möglichkeiten denkbar. Entweder: die übrigen socii acceptiren den Servituterwerb beizustehen, lassen aber den Erwerber allein für Bezahlung des Preises²³⁾ sorgen; das wäre offenbar unbillig. Oder: der Erwerber kann von den andern Miteigenthümern antheiligen Ersatz des Preises, den er gezahlt hat, verlangen; das wäre abermals unbillig, denn auf diese Weise könnte ein Miteigenthümer, namentlich ein solcher dessen pars nur eine ganz unbedeutende ist, in bedenklicher Weise über den Geldbeutel der andern verfügen. Oder endlich: dem Erwerber ist antheilig zu ersetzen nicht der Preis, den er gezahlt hat, sondern der für die Servitut angemessene Preis. Diese Bestimmung wäre zwar der Billigkeit gemäß, aber im höchsten Grade unzweckmäßig. Denn da hier, bei der Werthung einer Servitut, subjective Momente in umfassender Weise in's Spiel kommen, so wäre Streit über die Angemessenheit des Preises unvermeidlich, und überdies in sachgemäßer Weise schwer zu erledigen, da eine rein objective Werthung in den meisten Fällen äußerst schwierig ist²⁴⁾. Es würde denn auch, bei fol-

23) Der Einfachheit wegen ist hier und im Folgenden nur von Kauf die Rede.

24) Daher denn das preussische Gesetz über den Anschlag und die Erhebung der Gerichtskosten vom 10. Mai 1851 § 11 Prädialservituten, sofern sie nicht auf bestimmte Nutzungen gerichtet sind, zu den Prozeßobjecten rechnet, die keiner Schätzung nach Gelde fähig sind — was freilich zu weit geht.

cher rechtlicher Normirung der Sache, wohl kaum ein Miteigenthümer den Erwerb einer Servitut gegen Entgelt riskiren, ohne sich vorher der Zustimmung seiner Genossen zu versichern. Sonach ergiebt sich, daß sowohl Billigkeit als Zweckmäßigkeit der uns beschäftigenden Bestimmung zur Seite stehen. Weil der Servitutenerwerb inter vivos meist ein entgeltlicher ist, ein solcher aber, wenn von einem Miteigenthümer vorgenommen, allemal auf das Vermögen der socii eine Rückwirkung haben würde, deshalb soll er giltig nur durch alle gemeinschaftlich erfolgen. Und zwar der Erwerb, nicht schon das zu der Servitutbestellung verpflichtende Geschäft, weil nicht dieses, sondern jener es ist, welcher die Rückwirkung auf das Vermögen der socii hat: erst dadurch, daß die Servitut für das gemeinschaftliche Grundstück constituirt und dadurch dessen Werth erhöht ist, läßt sich eine Verpflichtung der socii zur antheiligen Tragung der Kosten begründen.

In manchen Fällen lassen sich, neben den angegebenen und für alle Fälle entgeltlichen Erwerbs zutreffenden Erwägungen, auch noch Billigkeitsrückichten andrer Art denken. Das Bestehen einer Servitut, für die man eine Vermögensaufopferung hat machen müssen, und die man eben darum auch wird ausnützen wollen, kann präjudicirlich sein für die Art der Bewirthschaftung des gemeinsamen Grundstücks²⁵⁾. Siehe man den einen der socii eine Servitut giltig erwerben, so könnte er auf einem Umweg erreichen, was er nach l. 28 comm. div. direct ohne Zustimmung sämmtlicher Genossen nicht erreichen könnte. Auch Aenderungen an dem corpus der Sache, die sonst gleichfalls nicht ohne Zustimmung aller socii vorgenommen werden könnten, sind wenigstens in einigen Fällen mit Ausübung einer Servitut gegeben.

Wir schließen mit einigen allgemeinen Betrachtungen.

Es mag sein, daß die rechtliche Gestaltung des römischen Miteigenthums bestimmt worden ist durch die Beschaffenheit

25) Auch hier trifft also Ulpian's Wort in l. 10 pr. de aq. et aq. pl. zu: iniquum visum est, voluntatem unius ex modica forte portiu-
 ucula domini praeiudicium sociis facere.

Ab. 63. N. F. Ab. 13. §. 1.

desjenigen Verhältnisses, innerhalb dessen das Miteigenthum zuerst praktisch wurde. Dies dürfte das Verhältniß mehrerer Miterben gewesen sein; das Verhältniß mehrerer Collegatare ist ohne Zweifel erst später vorgekommen, und Miteigenthum auf Grund eines Societätsverhältnisses ist noch jünger. In dem Verhältniß, welches zwischen mehreren Miterben als solchen besteht, findet in der That etwas Aehnliches Statt, wie nach unserer Annahme in dem Verhältniß zwischen mehreren Miteigenthümern, ob man nun das *ius succedendi in locum defuncti* als ein Recht im subjectiven Sinne, oder, was wir für richtiger halten, als eine bloße Befugniß, als ein rechtliches Können auffaßt²⁶⁾: jedenfalls ist dies Recht oder diese Befugniß, da sowohl das *succedere*, als die Qualität des *defunctus* als Rechtssubject keine Theilung zuläßt, etwas Untheilbares, und kann daher Jedem von mehreren Berufenen nur ganz und ungetheilt zustehen; Theile ergeben sich auch hier erst da, wo von dem praktischen Ergebniß des *succedere* die Rede ist. Man könnte also vom rechtsgeschichtlichen Standpunkt vielleicht sagen: das Miteigenthumsverhältniß, wie es im römischen Recht gestaltet ist, sei nur das sachenrechtliche Nachbild des Miterbenverhältnisses. Auf der andern Seite muß aber anerkannt werden, daß der römisch-rechtliche Begriff des Miteigenthums, der von uns angenommen wird, auch dann, wenn man ihn rein aus den das römische Eigenthumsrecht beherrschenden Principien heraus construirt hätte, genau ebenso hätte ausfallen müssen. Es ist ein unwandelbarer Grundsatz des römischen Eigenthumsrechts, daß, wie an mehreren getrennten körperlichen Sachen nicht ein Eigenthum Statt finden kann, so an einer Sache nicht mehrere Eigenthumsrechte, sondern nur eines: *quot res, tot dominia*. Will man diesen sonst überall durchgeführten Grundsatz nicht aufgeben, und doch zulassen, daß *plures in una re dominium*

26) Im praktischen Ergebniß handelt es sich um die für einen concreten Fall gegebene Fähigkeit, einen Erwerb zu machen, durch *Succedere in locum defuncti*. Man beachte nun, daß das *commercium*, auch eine bloße Fähigkeit zu erwerben, (nur generell ertheilt) von Ulpian (fr. 19, 5) definiert wird als *emendi vendendique invicem ius*.

obtinent (l. 66 § 2 leg. II.), so kann das Eigenthum dieser plures nur ein identisches, ein und dieselbe ganze Sache ergreifendes sein. Dagegen kann allerdings gesagt werden: es sei immerhin möglich, daß beim Miteigenthum, welches auch sonst abweichende Erscheinungen darbietet, auch der oben angegebene Grundsatz nicht durchgeführt sei. Wenn aber, wie nicht bestritten werden kann, eine Reihe von das Miteigenthum betreffenden Specialbestimmungen auf eben dieselbe formelle Gestaltung des Miteigenthums hinführt, welche sich als Consequenz aus einem allgemeineren sachenrechtlichen Princip ergibt, so wird jene Ausflucht doch wohl zu verwerfen sein, jedenfalls solange bis die Unmöglichkeit des hier vertheidigten Begriffs dargethan ist.

Miteigenthum ist uns die gleichzeitige Beziehung eines und desselben ungetheilten Eigenthums auf mehrere Subjecte. Nur bei dieser Auffassung findet, wie auch von Steinlechner betont worden ist, eine wahre Rechtsgemeinschaft der socii Statt. Das Recht des A ist auch das Recht des B, und Jeder kann zum Andern sagen: was dein ist, ist mein, und was mein ist, ist dein. Durch die andern Theorien wird die *communio* in Wahrheit negirt. Vorab durch die von Göppert, wonach jeder Genosse nicht nur sein besonderes Theilrecht, sondern für dasselbe auch sein besonderes Object, die Sachquote, hat. Aber auch die herrschende Theorie ist von diesem Vorwurf nicht freizusprechen. Mit dem Rechts-Theil ist auch schon die Separation da: das $\frac{1}{2}$ Eigenthum des A ist ein andres, als das $\frac{1}{2}$ Eigenthum des B; die Summe beider ist (oder soll wenigstens sein) das Eigenthum an der Sache. Die dem Rechte nach schon vollzogene Separation ist es allerdings noch nicht hinsichtlich des unmittelbaren Objectes des Rechts: aber — müssen wir mit Paulus ²⁷⁾ fragen — *quae communio iuris separati intellegi potest?*

Vom Standpunkt der Zweckmäßigkeit aus beurtheilt empfiehlt sich der soeben formulirte Miteigenthumsbegriff allerdings nicht. Man kann sagen: ein dieser Begriffsbestimmung

27) l. 19 § 2 comm. div., nach Mommsens auf die Basil. sich stützender Emendation.

entsprechendes Verhältniß ist praktisch nicht realisirbar, oder es ist nur realisirbar bei solchen socii, in deren wechselseitigen Beziehungen jeder Egoismus vernichtet ist; solches aber kann kein Recht verlangen, und das römische Recht wird das letzte sein, es zu verlangen. Das ist ganz richtig; aber gegen die Richtigkeit des angegebenen Begriffs beweist es nichts. Dagegen spricht für die Richtigkeit desselben die unbestreitbare Thatsache, daß das römische Miteigenthum, auch ganz abgesehen davon wie man seinen Begriff formuliren möge, ein ganz und gar unpraktisches Verhältniß ist, schon ganz allein um der in l. 28 comm. div. enthaltenen Bestimmung willen. Diese Bestimmung allein schon macht, daß das Verhältniß überhaupt nur so lange leidlich und haltbar ist, als die socii sich vertragen — und schon in diesem Worte zeigt sich, daß das Miteigenthum ein obligatorisches Element in sich trägt und praktisch genommen nicht auf sich selber stehen kann. Das römische Recht will aber Niemand befehlen, sich mit einem Andern zu vertragen; es befiehlt das nicht einmal dem selbstgewählten socius gegenüber. Daher ist das Miteigenthum im römischen Recht mit ganz verschwindenden (übrigens wiederum sachlich begründeten) Ausnahmen (z. B. l. 19 § 1 comm. div.) ein bloßer Uebergangszustand, auf dessen Beseitigung die Genossen bekanntlich gar nicht einmal definitiv verzichten können. Das römische Recht ist, kann man sagen, diesem Verhältniß gegenüber rath- und hilflos, sofern es mit demselben nichts Rechtes anzufangen weiß; „fort damit“ ist bei den daraus entstehenden Unzuträglichkeiten das ultimum refugium. Das ist ein vollgiltiger Beweis dafür, daß das Miteigenthum so, wie es ist, gestaltet worden ist nicht aus Rücksichten der Zweckmäßigkeit heraus — die greifen nur von außenher moderirend ein — sondern Kraft der Consequenz formell-juristischer Principien. Dem Hinausstreben aus bestehendem Miteigenthum entspricht völlig die Scheu vor kommandem, das Bestreben, schon das Entstehen dieses Verhältnisses, wo es nicht wenigstens indirect gewollt wird, zu verhüten, wie wir es oben bei den Rechtsfällen, betreffend das Schulden einer pars, gefunden haben, und wie es auch in andern Bestim-

mungen zu Tage tritt, z. B. bei der *datio in solutum* einer individuellen Sache für eine irrig zu hoch angenommene Schuld, l. 26 § 4 *de cond. ind.* Auch die Entscheidung der l. 47 § 1 *de minor.* (4, 4) gehört hieher, und ist nicht mit Steinlechner (II, 114 Note 2) unter den Gesichtspunkt der l. 57 *de contr. empt.* zu bringen.

Das Hindrängen des römischen Rechts auf Beseitigung des Miteigenthumsverhältnisses erklärt sich aber nicht bloß aus den praktischen Unzuträglichkeiten des Letztern; es hat mit diesen seine Quelle in dem eigenthümlichen Wesen des Miteigenthums selbst. Jedes selbständige dingliche Recht hat die Tendenz in sich, sich zu realisiren, und so auch das Miteigenthum. Durch diese Tendenz ist aber beim Miteigenthum vermöge seiner innersten Natur jene scheinbar entgegenstehende Tendenz auf Theilung unmittelbar gegeben. Denn voll und ganz und unabhängig von dem Einvernehmen mit den *socii* vermag sich das Miteigenthum nur so zu realisiren, daß es sich zugleich vernichtet — vernichtet der Form nach, realisirt dem Inhalt nach; die verschiedenen möglichen Arten, wie sich die *socii* auseinandersetzen können, sind ebensoviele Formen der Realisirung dessen, was in dem Rechte jedes Theilhabers an praktischem Eigenthumsgehalt steckt. Man wende nicht ein, der einzelne Genosse könne, ohne die andern zu fragen, seine *pars* gegen Entgelt veräußern, und so sein Miteigenthum auch ohne Vernichtung realisiren: denn es geht, wenn er sein Miteigenthum so realisirt, dieses wenigstens für ihn unter. Ist nun aber die Theilung wesentlich zugleich Realisirung des Miteigenthums, so scheinen *Brinz* und Andere im Recht zu sein, wenn sie die *actio communi dividundo*, soweit sie auf Theilung geht, aus dem Miteigenthum als solchem unmittelbar entspringen lassen²⁸⁾, und sie nicht auf eine *obligatio* der *socii* basiren. Die Gegenbemerkung *Cass* (doppelt. Klagen S. 100): „ein Recht über eine bestimmte Person auf Leistung

28) Ob die Verfasser der justinianischen Institutionen dies gemeint haben, als sie im § 20 *Inst. de act. 4, 6* die *act. comm. div.* als eine *tam in rem quam in personam* gerichtete charakterisirten, mag hierfüglich dahingestellt bleiben.

beziehungsweise Duldung ist immer eine Obligation“ kann man allenfalls gelten lassen, und auch davon absehen, daß die Leistungs- bzw. Duldungspflicht des Miteigenthümers immer einen etwas absonderlichen, insbesondere auch keinen von vorneherein bestimmbareren Inhalt haben wird; aber es liegt doch auf der Hand, daß sie den Streit gar nicht entscheidet: denn die Frage, ob der Anspruch des socius auf Theilung ein obligatorischer sei, ist völlig identisch mit der, ob sich derselbe als „ein Recht über die Person“ der andern socii auffassen lasse.

Auf dem berührten Auseinandersein von Form und praktischem Inhalt — formell Solidarität, inhaltlich Partialität — scheint uns im letzten Grunde die Abnormität des Miteigenthums (vgl. Steinlechner II, 141 Note 3) zu beruhen, und diese Abnormität macht es erklärlich, wie man so vielfach die *petitio principii* übersehen konnte, welche in der Behauptung liegt, der hier verteidigte Miteigenthumsbegriff enthalte in sich einen logischen Widerspruch. Unter dieser Abnormität muß nun aber in erster Linie die gemeinschaftliche Sache selbst leiden, wie dies von Donellus (*comm. iur. civ.* 9, 11, 5) unter Bezugnahme auf l. 2 § 1 C. *quando et quib. deb.* (10, 35)²⁹⁾ vortrefflich auseinandergesetzt wird. Auch von Sachen gilt das Wort: Niemand kann zweien Herren dienen. Aus diesem Gesichtspunkt ergibt sich das leitende Motiv für die Statuirung der Verpflichtung der Genossen zum Ersatz von Verwendungen für die gemeinschaftliche Sache. Sie hat den Zweck, der aus der Eigenartigkeit des Miteigenthums gar zu leicht sich ergebenden gänzlichen Vernachlässigung der gemeinsamen Sache entgegenzuwirken dadurch, daß es einem auch nicht zu Liberalitäten aufgelegten socius möglich gemacht wird, sich der Sache anzunehmen. Insofern liegt sie allerdings im wohlverstandenen Interesse aller Genossen (Thering, *Jahrb. f. Dogm.* X, S. 337); daß dadurch auch das Fortbestehen der

29) *Naturale quippe vitium est negligi quod communiter possidetur, utque se nihil habere qui non totum habeat arbitretur, denique suam quoque partem corrumpi patiat, dum invidet alienae.*

Gemeinschaft ermöglicht werden solle (welches Motiv von Jhering (nach S. 336 unten) daneben angenommen zu sein scheint), vermögen wir mit der Stellung, die das römische Recht sonst zum Miteigenthumsverhältniß einnimmt, nicht zu vereinigen.

Zum Schlusse sei noch ein vergleichender Blick auf das öffentliche Recht gestattet. In der Art und Weise, wie im römischen Staatsrecht die beiden Consuln zu Trägern des einen untheilbaren imperium gemacht sind, erkennen wir eine im Princip ganz genau übereinstimmende publicistische Parallele des römischen Miteigenthums, wie wir in dem Verhältniß mehrerer Miterben eine privatrechtliche Parallele gefunden haben — auch das Verhältniß mehrerer Tutoren könnte noch herbeigezogen werden, welches wieder mehr Aehnlichkeit mit dem publicistischen Verhältniß zeigt. Jeder der beiden Consuln hat ein und dasselbe imperium voll und ganz. Wir sehen daher hier wie beim Miteigenthum, daß einer den andern völlig lahm legen kann; das ius intercedendi des einen Consul gegen den andern entspricht genau der Bestimmung der l. 28 comm. div. beim Miteigenthum. Bon partes ist hier aber nicht die Rede, weil für die Träger des imperium als solche irgend welcher ökonomischer Erfolg nicht in Frage kommt. Auch dies Verhältniß war in seiner principiellen Structur genau ebenso unpraktikabel, wie das Miteigenthum; da aber ein Analogon der actio communi dividundo hier ebenso unmöglich war, als, bei der Zweizahl der Subjecte, irgend welche collegiale Organisation, so mußte man eben mit äußerlichen Behelfen (Turnus in der Amtsführung, Loos) über Schwierigkeiten hinwegzukommen suchen. Beim Miteigenthum aber ist eben darum, weil jeder socius nach Belieben aus der Gemeinschaft austreten kann, auch von irgend welchem Surrogat einer Organisation keine Spur zu finden; es ist daher in den vorstehenden Erörterungen eine Widerlegung der früheren Versuche, die Schwierigkeiten des römischen Miteigenthumsbegriffs von der Subjectseite aus, z. B. durch Auffassung aller Miteigenthümer als eines idealen Subjects, zu lösen, nicht für erforderlich erachtet worden.

III.
Wille und Willenserklärung¹⁾.

Eine Studie.

Von

Herrn Geh. Rath B. Windscheid,

Professor in Leipzig.

§ 1.

Nach der zur Zeit herrschenden Ansicht ist eine Willenserklärung nichtig, wenn das in derselben als gewollt Bezeichnete von dem Erklärenden nicht wirklich gewollt ist. Das Wirkende, das die beabsichtigte Rechtswirkung Erzeugende, sagt man, ist zwar nicht der Wille in seiner Innerlichkeit, aber auch nicht die Erklärung in ihrer Aeußerlichkeit, sondern eben die

1) Das Folgende ist der wörtliche Abdruck eines im Juni 1878 veröffentlichten akademischen Programms. Da dieses Programm von mir und von dem Drucker wiederholt begehrt worden ist, ohne daß dem Begehren genügt werden konnte, so darf ich wohl annehmen, daß mit dem Wiederabdruck einigem Bedürfnis begegnet wird. Von Neuem das Wort über die behandelte Frage zu nehmen, halte ich zur Zeit nicht für angemessen. Ich füge nur die Angabe der inzwischen erschienenen Literatur und eine Ergänzung in Betreff der vorher erschienenen hinzu.

Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht S. 358—366. 1878.

Rohler, Jahrb. f. Dogm. XVI S. 325—356. 1878.

Bitelmann das. XVI S. 357—436 fg. 1878.

Derf., Irrtum und Rechtsgeschäft S. 229. 235 fg. 255 fg. 1879.

Fr. Momje n, Erörterungen aus dem Obligationenrecht II S. 93—113 und (zu S. 32 fg.) S. 175 fg. 1879.

Erklärung des Willens, die Einheit von Wille und Erklärung. Die Erklärung ohne Wille hat ebenso wenig rechtliche Wirkung, wie der Wille ohne Erklärung. Beweise dafür, daß dieß in der That die herrschende Meinung ist, wird man von mir nicht verlangen.

In der neueren Zeit aber tauchen Stimmen auf, die bereits nicht mehr vereinzelt genannt werden dürfen, welche der Erklärung als solcher, unabhängig davon ob sie die Trägerin eines wirklich vorhandenen Willens ist, in größerem oder geringerem Maße Wirkung beizulegen geneigt sind. Es gehören hierher, der Zeitfolge nach geordnet, folgende Schriftsteller.

Regelsberger, Civilrechtliche Erörterungen I S. 17—23. 1868.

Röver, über die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen. 1874.

Bähr, über Irrungen im Contrahiren, Jhering's Jahrb. XIV S. 393—427. 1875.

Schloßmann, der Vertrag S. 85—140. 1876.

Hölder, kritische Vierteljahrschrift XVIII S. 175 fg. 1876²⁾.

Schall, der Parteinille im Rechtsgeschäft. 1877.

Das diesen Schriftstellern Gemeinsame ist, daß sie der den wirklichen Willen nicht ausdrückenden Willenserklärung Wirkung für den Fall beilegen, daß derselbe als der Ausdruck des wirklichen Willens nach dem gemeinen Verständniß oder dem Verständniß des oder der der Willenserklärung Gegenüberstehenden erscheint. Im Uebrigen weichen sie von einander ab in Betreff des Umfanges, in welchem dieser Satz gelten soll. Schall stellt ihn für alle Willenserklärungen auf, Röver nur für Willenserklärungen unter Lebenden, von Regelsberger und Bähr wird er auf Verträge, von Schloßmann auf obligatorische Verträge beschränkt. Ein fernerer Punkt, in Betreff dessen zwischen den genannten Schriftstellern

2) Dieser Schriftsteller hat seine Ideen am Wenigsten ausgeführt, und verwendet sie nur zur Construction der bedingten Willenserklärung.

keine vollständige Uebereinstimmung besteht, wird unten (§ 11) bezeichnet werden.

Ich will im Folgenden versuchen, festzustellen, welches Gewicht den für die neue Ansicht beigebrachten Gründen beizulegen sein möchte, und ob und welche Gründe gegen dieselbe sprechen.

Um welche Fragen es sich hierbei im Einzelnen handelt, ist bekannt; ich darf kurz daran erinnern.

a) Es kann vorkommen, daß Jemand ein nicht Gewolltes als gewollt erklärt in dem Bewußtsein, daß er es nicht will, z. B. er spricht im Scherz, oder zu Lehrzwecken, oder auf der Bühne, ferner gehören hierher die Fälle der Simulation und der Mentalreservation.

b) Oder derjenige, welcher eine Willenserklärung abgibt, hat kein Bewußtsein davon, daß das in derselben als gewollt Bezeichnete von ihm nicht gewollt ist, er befindet sich im Irrthum. Endlich gehört

c) auch der Fall hierher, wo eine dem wirklichen Willen entsprechende Willenserklärung hinterher in rechtlich zulässiger Weise zurückgenommen worden ist. Die Thatsache der Erklärung ist stehen geblieben, aber die Erklärung ist des in ihr enthaltenen Willens entleert worden. —

Im Folgenden ist nur von ausdrücklichen Willenserklärungen die Rede. In dem Falle, welchen man mit dem Ausdrucke stillschweigende Willenserklärung bezeichnet, wird auf den Willen einer Person geschlossen aus Handlungen dieser Person, welche dieselbe nicht zu dem Ende vorgenommen hat, um ihren Willen zu erklären. Man ist darüber einverstanden, daß über die Frage, ob dieser Schluß gerechtfertigt sei oder nicht, objective Grundsätze entscheiden, und daß Niemand sich darauf berufen kann, daß ein an und für sich nicht gerechtfertigter Schluß von ihm dennoch gezogen worden sei. Die ausdrückliche Willenserklärung besteht in der Hervorbringung von Zeichen, welche zu dem Ende gemacht werden, um bei Andern das Bewußtsein zu erregen, daß derjenige, von welchem die Zeichen ausgehen, einen bestimmten Willen habe, und welche zur Hervorbringung dieses Bewußtseins an und für sich ge-

eignet sind: wenn sich nun herausstellt, daß nichtsdestoweniger der Wille, auf welchen die Zeichen hinweisen, nicht vorhanden ist, kann dann derjenige, welcher sich auf die Zeichen verlassen hat, verlangen, daß für ihn das nicht Gewollte als gewollt gelte? Dieß ist die hier zu beantwortende Frage.

§ 2.

Es liegt der Gedanke nahe, daß vielleicht die herrschende Meinung nicht tief genug in den Begriff der Willenserklärung eingedrungen sein möchte, und daß eine genauere Erforschung dieses Begriffes das Irrige derselben ergeben werde. In der That haben Schloßmann und Schall es unternommen, auf diesem Wege ihre Ansicht zu rechtfertigen. Aber ich glaube nicht, daß ihnen dieß gelungen ist.

Bei beiden genannten Schriftstellern findet sich folgender Gedankengang³⁾. Man nennt die Willenserklärung eine Handlung. Handlung ist Willensäußerung, Willensverwirklichung. Hiermit glaubt man bewiesen zu haben, daß die von der Willenserklärung erzeugte rechtliche Wirkung das Product des Willens des Urhebers der Willenserklärung sei. Aber das ist Täuschung, man begeht damit, wie Schloßmann sagt, eine „Subreption“. Derjenige Wille, welcher in der Willenserklärung verwirklicht wird, ist gerichtet nicht auf Hervorbringung einer Aenderung in der Rechtswelt, sondern auf Hervorbringung einer Aenderung in der Sinnenwelt. Er ist gerichtet auf Hervorbringung der durch den Gehör- oder Gesichtssinn wahrnehmbaren Zeichen, durch welche bei Anderen das Bewußtsein von dem Vorhandensein eines auf eine Veränderung in der Rechtswelt gerichteten Willens hervorgerufen werden soll. Dieser letztere Wille ist aber nicht „das Bewußtsein von einem in der Realisirung begriffenen Triebe, sondern er ist ein Trieb, dessen Befriedigung erst als Erfolg der abgeschlossenen Handlung gehofft wird, er ist nicht mehr als ein Wunsch⁴⁾“. Er ist „ein unfasßbares metaphysisches

3) In der Grundlage übereinstimmend ist auch Sölder.

4) Schloßmann S. 136.

Etwas, nicht ein Agens, sondern ein Zustand, dessen Vorhandensein im Inneren des Handelnden von uns auf Grund der Schlüsse, welche wir aus seiner Handlung ziehen, angenommen wird ⁵⁾“. Wie wäre es denkbar, daß ein Seelenzustand dieser Art dadurch, daß er offenbart wird, Anknüpfungspunkt für rechtliche Folgen werden könnte?

Diese Argumentation macht Anspruch darauf, tiefer in den Begriff der Willenserklärung eingedrungen zu sein als die herrschende Meinung, und steht doch ganz auf dem Boden der herrschenden Meinung. Doch muß ich mich mit Vorbehalt ausdrücken, wenn ich hier von herrschender Meinung rede, da es sich um einen Gegensatz handelt, welcher wohl nicht Allen zu allen Zeiten scharf zum Bewußtsein gekommen sein möchte. Ich glaube mich aber nicht zu täuschen, wenn ich annehme, daß die Meisten, oder jedenfalls Viele, sich das bei der Willenserklärung stattfindende Verhältniß in der Weise vorzustellen geneigt sind, daß die Bedeutung der Willenserklärung darin aufgehe, Willens m i t t h e i l u n g zu sein, Mittheilung von dem Vorhandensein eines hinter der Erklärung liegenden, von ihr getrennten Willens. Also so: das Wirkende ist der Wille; aber der Wille ist ein innerer Seelenzustand und entzieht sich als solcher der unmittelbaren Wahrnehmung Anderer; er kann der Wahrnehmung Anderer zugänglich gemacht werden nur durch Setzung von Wahrnehmbarem, welches einen Schluß auf das Vorhandensein des inneren Seelenzustandes erlaubt; dies ist die Aufgabe der Willenserklärung. Die Willenserklärung ist nichts als Erkenntniß- und Beweismittel für den Willen. Gegen diese Auffassung ist die Argumentation von S c h l o ß m a n n und S c h a l l gerichtet. Ich halte aber diese Auffassung für irrig.

Das Wollen als innerer Seelenzustand ist dem Rechte gleichgültig. Es ist dem Rechte gleichgültig nicht bloß deswegen, weil das Recht keine Kunde von demselben hat, sondern deswegen weil seine Dualität ihm nicht genügt. Die Willensbewegung, welche im Innern beschloffen bleibt, ist eine unfer-tige; sie ist eine Welle, welche von der nächsten Welle ver-

⁵⁾ S c h a l l S. 16.

schlungen wird. An eine solche Willensbewegung knüpft das Recht Folgen nicht an; es knüpft Folgen an nur an die aus der Person hinausgesetzte, an die der Außenwelt hingeebene Willensbewegung. Die hinausgesetzte, die der Außenwelt hingeebene Willensbewegung, das ist die Willenserklärung. Die Willenserklärung ist auch Mittheilung von einem vorhandenen Willen, nur nicht von einem von der Willenserklärung getrennten, sondern von einem in ihr enthaltenen, nicht von einem vergangenen, sondern von einem gegenwärtigen Willen. Sie ist daher mehr als Mittheilung des Willens, sie ist der Ausdruck des Willens. Sie ist der Wille in seiner sinnenfälligen Erscheinung. In der Willenserklärung wird nicht bloß der auf Setzung der sinnlich wahrnehmbaren Zeichen gerichtete Wille verwirklicht, sondern zugleich der auf die Hervorbringung der rechtlichen Wirkungen gerichtete Wille. Zunächst zwar wird der auf Setzen der sinnlich wahrnehmbaren Zeichen gerichtete Wille verwirklicht; aber der diesen Willen Verwirklichende weiß, daß die Rechtsordnung aus den von ihm gesetzten Zeichen bestimmte Folgen hervorgehen läßt, und deswegen verwirklicht er auch den auf diese Folgen gerichteten Willen. Wer behauptet, daß in der Willenserklärung nur der auf Setzung der Zeichen gesetzte Wille verwirklicht werde, nicht aber der auf Hervorbringung der rechtlichen Wirkungen gerichtete Wille, muß auch behaupten, daß in dem Geben von Gift zum Zweck der Lebensberaubung nur der Wille verwirklicht werde, daß das Gift in den fremden Körper eindringen solle, nicht aber der Wille, daß der fremde Körper leblos werden solle. Daß in jenem Falle die Kräfte, welche in Bewegung gesetzt werden, Kräfte der Rechtsordnung sind, in diesem Fall physische Kräfte, kann keinen Unterschied machen.

Da vorhin von der Schrift Schloßmann's die Rede gewesen ist, so bemerke ich ausdrücklich, daß es nicht meine Absicht ist, diesem Schriftsteller in die von ihm unternommene Beweisführung⁶⁾ zu folgen, daß das „Willensdogma“ auch einen „Widerspruch“ enthalte. Ich halte es für einen gefundenen

6) S. 88 fg.

Gedanken, „daß der Staat dem Bürger innerhalb gewisser Grenzen volle Autonomie in seiner Vermögens- und seiner Familiensphäre einräumt“, und daher die Gebote desselben als Rechtsgebote anerkennt. Die hervorgehobenen Worte sind Worte von Schloßmann selbst⁷⁾, welcher dem Willen auf dem Gebiete der letztwilligen Verfügung, ferner bei der Eigentumstradition, bei der Freilassung, beim Precarium, beim „Erwerb von Rechten“ rechtszeugende Kraft bereitwillig zugesteht. Warum die Rechtsordnung mit einem Factor, mit welchem sie bei Willenserklärungen anderen Inhalts operirt, nicht auch bei obligatorischen Verträgen sollte operiren können, ist mir unerfindlich. Aber, wie gesagt, es ist nicht meine Absicht, auf diese Frage des Näheren einzutreten; ich halte eine Discussion über dieselbe für unfruchtbar. Ich verlasse überhaupt jetzt den Boden dieser abstracten Betrachtungen, und wende mich einem Gebiete zu, welches uns greifbare Gestaltungen darbietet.

§ 3.

Dieses Gebiet ist das Gebiet der Verkehrsinteressen. Für den neuen Lehrsatz wird mit Energie das Bedürfniß des Verkehrs geltend gemacht. Das Bedürfniß des Verkehrs verlange, daß Jeder sich auf eine ihm gegenüber abgegebene Willenserklärung verlassen können. Dieß ist der Standpunkt von Regelsberger, von Bähr, und im Wesentlichen auch der von Höver.

Ich bin nun weit davon entfernt, die Bedeutung der hiermit geltend gemachten Instanz zu verkennen. Das Recht ist nicht um seiner selbst willen und nicht um des durch seine Erkenntniß gewährten Vergnügens willen da. Es soll menschliche Bedürfnisse befriedigen und die Erreichung menschlicher Zwecke ermöglichen. Ich bestreite auch keinen Augenblick, daß es eine außerordentliche Erleichterung für den Verkehr ist, wenn die Trägerin und Vermittlerin des Verkehrs, die menschliche Willenserklärung, ein möglichst festes und unbezweifel-

7) S. 93.

bares rechtliches Dasein hat, wenn ihr rechtliches Gepräge so scharf ist, daß Jeder sich mit Leichtigkeit darüber unterrichten kann, ob das, was er erhält, nur ein Scheinwerth ist oder ein wirklicher Werth, wenn der Empfänger einer Willenserklärung beruhigt darüber sein kann, daß der Schluß, welchen er aus der seinen Sinnen wahrnehmbaren Erscheinung auf das Vorhandensein eines Willens zieht, richtig ist. Es ist hinzuzufügen, daß das moderne Recht eine entschiedene Neigung zeigt, den guten Glauben gegenüber der Wirklichkeit in der Weise zu begünstigen, daß es dem guten Glauben von dem Vorhandensein einer Thatsache die gleiche Wirkung beilegt, wie der Thatsache selbst. Hervorragende, Jedermann bekannte Züge dieser Neigung sind der öffentliche Glaube des Grundbuchs und der dem gutgläubigen Erwerber einer beweglichen Sache in größerem oder geringerem Maße gewährte Schutz. Alles dieses ist so wahr, als möglich. Gleichwohl glaube ich zwei Bemerkungen machen zu dürfen.

Die eine geht dahin, daß man denn doch alle Ursache hat, mit der Begünstigung des guten Glaubens im Verkehr vorsichtig zu sein. Sie ist ein zweischneidiges Schwert. Man wird nicht vergessen dürfen, daß man, was man mit der einen Hand gibt, mit der anderen Hand nimmt. Gewiß ist es für denjenigen, welcher erwerben soll, sehr angenehm, wenn er erwirbt, trotzdem daß eine Thatsache, welche seinen Erwerb rechtfertigen würde, nicht vorhanden ist, bloß deswegen, weil er in gutem Glauben angenommen hat, sie sei vorhanden. Aber in gleichem Maße ist es für denjenigen, welcher durch den Erwerb des Anderen verliert, empfindlich, wenn er verliert, obgleich eine seinen Verlust rechtfertigende Thatsache nicht vorhanden ist. Daß ein Fremder über meine Sache verfügt, ist keine Thatsache, welche meinen Eigenthumsverlust gerecht erscheinen läßt; nichts destoweniger soll sie meinen Eigenthumsverlust herbeiführen, damit die Interessen eines Dritten nicht geschädigt werden. Allerdings habe ich den Trost, daß vielleicht in einem andern Falle einem Eigenthümer sein Eigenthumsrecht zu meinen Gunsten genommen wird, damit meine Interessen nicht geschädigt werden. Aber jedenfalls ist in dem

einen oder dem anderen Falle begangen worden, was die Rechtsordnung selbst als Ungerechtigkeit anzuerkennen nicht umhin kann: also eine Compensation von Ungerechtigkeiten. Was im Besonderen den uns hier beschäftigenden Fall angeht, so wird es Niemand für an und für sich gerecht erklären wollen, daß ich verliere, obgleich ich nicht habe verlieren wollen, bloß deswegen, weil der Schein meines Willens vorhanden ist. Verliere ich nach der Bestimmung des Rechtes dennoch, so wird mir damit ein Opfer auferlegt, von dem doch wohl zu überlegen ist, ob es nicht für den Zweck, welcher damit erreicht werden soll, zu groß ist. Ich fürchte, man begibt sich mit der einseitigen Betonung des Interesse des Empfängers einer Willenserklärung auf eine abschüssige Ebene, auf welcher man zu Resultaten gelangt, welche das Rechtsgefühl beleidigen. Bähr⁸⁾ nimmt keinen Anstand, den Aussteller eines wider seinen Willen in Cours gelangten Wechsels dem gutgläubigen Indossatar und allen dessen Nachindossataren haften zu lassen, den Aussteller einer entwendeten Quittung für verpflichtet zu erklären, die auf die Quittung von dem gutgläubigen Schuldner geleistete Zahlung anzuerkennen. Ich wüßte nicht, wie die Konsequenz abgelehnt werden soll, daß auch derjenige, auf dessen Namen ein Wechsel oder eine Quittung gefälscht worden sind, verhaftet sei bez. die geleistete Zahlung anerkennen müsse. Das Interesse des Indossatars und des Schuldners ist in diesem Falle das gleiche, wie in jenen beiden oben genannten Fällen. Man wird vielleicht sagen, daß in dem Fälschungsfall gar keine Erklärung vorliege, sondern nur der Schein einer solchen, während in jenen beiden anderen Fällen jedenfalls eine Erklärung abgegeben sei. Aber ich glaube nicht, daß das Letztere richtig ist; die schriftliche Erklärung ist nicht eher abgegeben, bis der Schreiber sich des Geschriebenen entäußert hat⁹⁾. Auffallender Weise will Bähr den Fall anders entscheiden, wo Jemand, welcher ein Darlehen gegen Aushändigung eines zu

8) S. 413 fg.

9) Vgl. zu dem Gesagten auch Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. XXIII S. 306. 307.

seinen Gunsten ausgestellten Schuldscheins zugesagt hat, dem Unterzeichner des Schuldscheins denselben, ohne das Darlehn gegeben zu haben, entwendet und einem Dritten cedirt; der Dritte soll in diesem Fall, „auch wenn er im besten Glauben sich befand“, keine Forderung gegen den Unterzeichner haben; „denn der Cessionar kann niemals mehr Rechte erwerben, als sein Cedent hatte“. Ich nenne diese von Bähr gegebene Entscheidung auffallend; denn auf dem Standpunkte, auf welchen er sich gestellt hat, muß, wie mir scheint, Recht oder Nichtrecht des Uebertragenden vollkommen gleichgültig erscheinen. Der Erwerber darf nicht getäuscht werden; ich glaube nicht, daß es consequent ist, ihm zwar das Sichverlassen auf das Dasein des Willens zu gestatten, nicht aber das Sichverlassen auf das Dasein des Rechtes. Mit Sinnen wahrnehmen kann er das Recht so wenig, wie den Willen.

§ 4.

Stünde es aber auch vollkommen fest, daß das Bedürfnis des Verkehrs mit unabweislicher Nothwendigkeit einen Rechts-satz des Inhalts erheische, daß Jedermann sich auf die Zuverlässigkeit einer ihm hingegebenen Willenserklärung müsse verlassen können, so würde damit immer noch nicht bewiesen sein, daß ein solcher Rechts-satz wirklich vorhanden sei. Das Bedürfnis des Verkehrs ist keine Rechtsquelle. Auch würde ich den Schriftstellern, welche den neuen Lehr-satz vertheidigen, Unrecht thun, wenn ich aussprechen wollte, daß sie dieß verkannt haben¹⁰⁾. Sie haben es nicht unterlassen, sich nach anderen Beweismitteln umzusehen.

So beruft sich im Besonderen Röver auf die „Natur der Sache“¹¹⁾. Die Willenserklärungen unter Lebenden seien bestimmt, Bindemittel zu sein; ein Bindemittel sei unbrauchbar, wenn man ihm seine Haltbarkeit nicht ansehen könne; es sei nicht anzunehmen, daß das Recht ein unbrauchbares Bindemittel hingeben wolle, so lange es ein besseres Bindemittel

10) Vgl. übrigens auch unten § 15.

11) S. 17 fg.

gebe; ein solches besseres Bindemittel sei eben die Willenserklärung als solche, unabhängig ob ihr der wirkliche Wille entspricht oder nicht. Aber ich fürchte, diese Argumentation trägt nicht weit. Denn wenn man auch darüber hinwegsehen will, daß die Brauchbarkeit eines Bindemittels weniger davon abhängt, daß es für haltbar gehalten wird, als davon, daß es haltbar ist: so ist doch die wirkliche „Natur der Sache“ keine andere als die, daß für die Rechtsverhältnisse einer Person maßgebend ist ihr Wollen, nicht aber der Schein ihres Wollens. Wenn die Rechtsordnung sich mit dem Schein des Wollens begnügt, so wird sie dafür ihre Gründe haben. Aber jedenfalls folgt sie, indem sie dieß thut, nicht mehr der Natur der Sache, sondern läßt sich durch die Rücksicht auf die Zweckmäßigkeit bestimmen; ihre Vorschrift ist nicht mehr Folgerung aus anerkannten Principien, der Ausdruck der ratio iuris, sondern Segung neuen Rechtes utilitatis causa, welches neue Recht eben nur deswegen Recht ist, weil es »auctoritate constituentium introductum est«¹²⁾.

Bei B ä h r¹³⁾ findet sich die Erwägung, „daß jeder Contrahirende sich sagen muß, daß sein innerer Wille von dem Gegenüberstehenden nur nach der äußeren Erscheinung dieses Willens bemessen werden kann, und daß er, indem er den Gegenüberstehenden veranlaßt, auf Grund dieser äußeren Erscheinung seines Willens ein Rechtsverhältnis einzugehen, auch in diese äußere Erscheinung seines Willens als für dieses Rechtsverhältnis maßgebend einwilligt“. Hiernach gäbe es gar keine Willenserklärung mit nicht gewolltem Inhalt; das in der Willenserklärung als gewollt Bezeichnete wäre immer, wenn auch nicht in der Entfaltung, doch in einer Einhüllung, und wenn auch nicht in erster Linie, doch eventuell, wirklich gewollt. Aber ich kann mir nicht denken, daß es B ä h r entgehen sollte, wie kühn, um nicht mehr zu sagen, der von ihm aufgestellte Satz ist. Es wird ja nicht bestritten werden dürfen, daß in

12) L. 14 D. de legib. 1. 3.

13) S. 400. Auch B ä h r verweist im Vorbeigehn (S. 401) auf die Natur der Sache. Es ist nicht klar, ob er dabei mehr die im Text bezeichnete Ausführung, oder mehr das Verkehrsbedürfnis im Sinne hat.

einem gegebenen Falle diejenige Auslegung, welche Bähr als maßgebend hinstellt, durch die Umstände dieses Falles gerechtfertigt sein kann; aber daß dies immer der Fall sein sollte, muß ich auf das Entschiedenste bestreiten. Man bedenke nur: auch wenn der Urheber einer Willenserklärung keine Ahnung davon hat, daß dieselbe möglicherweise ein nicht Gewolltes zum Ausdruck bringen könne, soll er dennoch bereit sein, sich ihr zu unterwerfen, er soll bereit sein, einen Willensinhalt für sich als maßgebend anzuerkennen, an dessen Möglichkeit er nicht gedacht hat? Auch scheint Bähr selbst zu seiner Aufstellung kein volles Vertrauen zu haben; denn er fügt hinzu: wir seien „kraft dieses Momentes berechtigt, und zum Schutz des bonafide-Verkehrs geradezu genöthigt, . . . die Annahme des Willens, sei es selbst mittelst einer Fiction, unter Umständen schon an die äußere Erscheinung des Willens zu knüpfen“. Mittelst einer Fiction; das heißt also: auch wenn wir erkennen, daß der Wille nicht vorhanden ist, nehmen wir ihn als vorhanden an — aus Rücksicht auf die Bedürfnisse des Verkehrs.

§ 5.

Man sieht, aus Erwägungen allgemeiner Natur läßt sich für die Geltung des neuen Lehrsatzes nichts gewinnen. Es ist Zeit, daß wir den Quellen näher treten, und Mancher möchte vielleicht der Meinung sein, daß wir dieß schon zulange veräußert haben.

Da zeigt sich nun, daß die neue Ansicht nicht nur durch keinen Anspruch der Quellen¹⁴⁾ ausdrücklich anerkannt ist, sondern daß ihr umgekehrt Ansprüche und Entscheidungen der Quellen entgegenstehen, welche zu beseitigen schwer, ja theilweise unmöglich sein möchte.

1) In L. 3 D. de reb. dubiis 34. 5 heißt es: »qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur«.

¹⁴⁾ Es ist hier nur vom gemeinen Rechte die Rede. Was die neueren Gesetzgebungen angeht, s. § 16.

Röber¹⁵⁾ setzt dieser Stelle entgegen, daß sie nur von letztwilligen Erklärungen rede. Beweis ist dafür nicht erbracht. Allerdings ist der Titel *de rebus dubiis* vorzugsweise ein erbrechtlicher Titel, aber nicht ausschließlich, s. l. 9. 13. 17. 18. 22. 27. Daß ferner in dem 14. Buche der *quaestiones* des Paulus, aus welchem Buche die Stelle entnommen ist, nicht bloß von erbrechtlichen Dingen die Rede war, zeigen l. 45 D. de adm. et per. 26. 7. l. 41 D. de re iud. 42. 1. Schall, welcher sich mit der von Röber vorgeschlagenen Auskunft nicht begnügen kann, da er seinen Satz auch für letztwillige Verfügungen aufstellt, sucht sich in einer Weise zu helfen, die ich mit seinen eigenen Worten referiren will, damit ich nicht Gefahr laufe, ihm Unrecht zu thun. Er sagt¹⁶⁾: „Die m. E. richtige und allein befriedigende Interpretation kann in folgender Uebersetzung gegeben werden: wer einen andern Rechtsgeschäftsbestand verwirklicht, als er will, sagt das, was das Wort bedeutet, nicht mit rechtlicher Wirkung, weil er nicht will, aber auch das nicht, was er will, weil er das nicht ausspricht“. Meinerseits will ich zugeben, daß die Beweisführung mit Quellaussprüchen so allgemeiner Art, wie der hier fragliche, immer etwas Mißliches hat, da die Möglichkeit nicht geleugnet werden kann, daß der Ausspruch aus seinem Zusammenhang losgerissen und dadurch zu einer ihm an und für sich nicht zukommenden Tragweite erhoben worden sei.

2) In l. 57 D. de O. et A. 44. 7 wird gesagt, daß wenn bei einem Vertrage »error aliquis intervenit, ut aliud sentiat puta qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit«, der Vertrag nichtig sei. In anderen Stellen wird im Besonderen ausgesprochen, daß der Vertrag nichtig sei; wenn jede der vertragsschließenden Parteien an einen verschiedenen Gegenstand denke, § 23 I. de inut. stip. 3. 29. l. 83. § 1 l. 137 § 1 D. de V. O. 45. 1, l. 9 pr. D. de contr. emt. 18. 1. Ebenso bei Irrthum über die Substanz der Sache (wobei hier dahingestellt bleiben kann, was unter Substanz der

15) S. 31.

16) S. 58.

Sache zu verstehen ist), l. 9 § 2 l. 11. 14. 41 § 1 D. de contr. emt. 18. 1. Gegen die Beweiskraft dieser Stellen wird Folgendes eingewendet¹⁷⁾.

a) Es wird behauptet, sie seien nicht nothwendig von dem Fall zu verstehen, wo bei Uebereinstimmung der Erklärungen ein Contrahent die Erklärung des andern Contrahenten mißverstanden habe; es sei auch die Annahme möglich, daß sie den Fall im Auge hätten, wo die Erklärungen der Contrahenten auseinandergehen, und der Irrthum darin bestehe, daß jeder Contrahent sich über den Inhalt der von dem anderen Contrahenten abgegebenen Erklärung täusche. Diese Annahme ist schon an und für sich wenig wahrscheinlich. Wenn es in l. 9 pr. D. de contr. emt. heißt: »si . . . ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti«, so weist dieser Ausspruch schon seinem Wortlaute nach auf eine Differenz bloß der Willen, nicht auch der Erklärungen hin; jener andere Gedankeninhalt hätte folgendermaßen ausgedrückt werden müssen: si ego te fundum mihi vendere putarem Cornelianum, tu me emere Sempronianum putasti. Wird dann hinzugefügt: »idem est, si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem vendere putasti«, so legt die sonst ganz überflüssige Hinweisung auf die Abwesenheit des Kaufgegenstandes den Gedanken nahe, daß die für denselben gewählte Bezeichnung von dem einen Contrahenten anders verstanden worden sei, als von dem anderen. Und diese Annahme wird zur Gewißheit, wenn man in l. 83 § 1 D. de V. O. den Fall, um welchen es sich handelt, so bezeichnet findet: »si Stichum stipulatus de alio sentiam tu de alio«, oder gar in § 23 I. de inut. stip. folgendermaßen: »si hominem Stichum a te stipulatus quis fuerit, tu de Pamphilo senseris, quem Stichum vocari crederis«. Ferner ist jeder Gedanke an die Möglichkeit einer Differenz der Erklärungen in dem in l. 14 D. de contr. emt. bezeichneten Fall ausgeschlossen, wo

17) Röver S. 39 fg., Schloßmann S. 115, Schall S. 52 fg. Was Bähr angeht s. den folgenden §, was Regelsberger § 11.

beide Contrahenten sich über die Substanz des Kaufgegenstandes irren.

b) Es wird ferner geltend gemacht, in den genannten Stellen sei „das Erforderniß der Erkennbarkeit für den Contrahenten zu ergänzen“, also es werde vorausgesetzt, daß die wahre Willensmeinung des irrenden Contrahenten dem anderen Contrahenten nicht verborgen sei. Hiergegen ist zu bemerken, daß dann die Verfasser der Stellen gerade den eigentlichen Grund ihrer Entscheidung verschwiegen, dagegen das für ihre Entscheidung Gleichgültige hervorgehoben haben würden. Denn gleichgültig soll ja nach der Ansicht, welche ihnen zugeschrieben wird, die Differenz zwischen Wille und Erklärung sein, sie soll es nur in dem Falle nicht sein, wo die Differenz dem anderen Contrahenten erkennbar ist. Wer diese Ansicht hegt, wird es dem möglich sein, eine Willenserklärung aus dem Grunde für ungültig zu erklären, weil der Wille der Erklärung nicht entspricht? Oder bildet es etwa die Regel, daß der Irrthum der einen vertragschließenden Partei der anderen offenbar sei, und ist das Gegentheil nur Ausnahme? Sodann: wenn eine vertragschließende Partei den Irrthum der anderen erkennt, wozu wird sie dann überhaupt einen Vertrag abschließen? Etwa in der Absicht, die andere Partei bei ihrem Worte festzuhalten, wo sie doch weiß, daß ihr dieß rechtlich nicht gestattet ist, oder, wenn sie es nicht weiß, von unredlicher Absicht geleitet wird? Ist die unredliche Absicht etwas so Regelmäßiges, daß sie stillschweigend vorausgesetzt werden darf?

c) Nur um die üble Lage zu kennzeichnen, in welcher sich die neue Lehre gegenüber den Quellen befindet, will ich kurz angeben, welches Auskunftsmittel R ö v e r für möglich gehalten hat. Consensus bezeichne in den Quellen regelmäßig den Consens der E r k l ä r u n g e n; die Gefahr liege nahe, „daß man einen Satz, in welchem von Willen in der Bedeutung von Willenserklärung die Rede ist, und welcher nur richtig ist, wenn man das den Willen bezeichnende Wort von einer Willenserklärung versteht, nun gelegentlich, wo es gerade so paßt, auch einmal in dem Sinne nimmt, als spräche er von dem

Willen an sich“. Dieser Gefahr seien die Verfasser der genannten Stellen unterlegen.

3) Nach l. 5 C. plus val. 4. 22 und l. 10 C. de don. 8. 54 kommt kein Vertrag zu Stande durch Unterzeichnung der Vertragsurkunde, über deren Inhalt sich der Unterzeichnende irrt: er glaubt, es sei in derselben von Miethe die Rede, während sie von Kauf spricht, oder von Schenkung des Grundstücks A, während nach Inhalt der Urkunde das Grundstück B geschenkt wird. Nun will ich die abstracte Möglichkeit nicht leugnen, daß bei dieser Entscheidung Kenntniß der anderen Vertragspartei von dem Irrthum des Unterzeichnenden vorausgesetzt werde, oder gar Betrug der anderen Vertragspartei (wie R ö v e r für l. 5 cit. behauptet). Die genannten Stellen enthalten Rescripte (von Diocletian und Maximian) und bei Rescripten bleibt es ja immer möglich, daß die entscheidenden Thatsachen nicht vollständig referirt seien. Aber zu bemerken ist denn doch auch hier, daß in beiden Rescripten nicht nur das Wissen des anderen Contrahenten nicht genannt, sondern umgekehrt das Nichtwollen des Unterzeichnenden ausdrücklich als Grund der Entscheidung angegeben wird. In l. 5 cit. heißt es: es kommt kein Kaufvertrag zu Stande, weil der Unterzeichnende einen Miethvertrag gewollt hat, und es kommt kein Miethvertrag zu Stande, weil der andere Contrahent einen Kaufvertrag gewollt hat. In l. 10 cit. wird die Entscheidung mit den Worten eingeleitet: »Nec ignorans nec invitus quisquam donat«. R ö v e r¹⁸⁾ (die andern genannten Schriftsteller sprechen von diesen Stellen nicht) hat auch hier einen ganz besonderen Gedanken. »Ignorans und invitus ist auch derjenige, der gezwungen eine Urkunde unterschreibt, ohne ihren Inhalt zu kennen, so wie auch derjenige, ohne dessen Wissen und Willen, d. h. ohne dessen Auftrag, ein anderer etwas thut“. In diesem Sinne also sei der Satz: nec ignorans nec invitus quisquam donat wahr; man dürfe sich nicht wundern, wenn er „nun auch einmal fälschlich da gebraucht wird, wo er diesen allein richtigen Sinn nicht haben kann, sondern wo

18) S. 44 fg.

man das *invitus* von demjenigen verstehen muß, der das nicht will, was er zu wollen erklärt“¹⁹⁾.

§ 6.

Bähr hat es unterlassen, auf die im Vorstehenden behandelten Quellaussprüche einzugehen. Er hat kein Bedürfnis empfunden, nachzuweisen, wie dieselben mit seiner Theorie in Einklang zu setzen seien. Es findet sich bei ihm die Bemerkung²⁰⁾, daß „die Hauptkraft der beiderseitigen Gründe überhaupt nicht in der Argumentation aus den Quellen“ liegt. Bähr wird gewiß nicht der Meinung sein, daß diese Bemerkung genügt, um die in den Quellen enthaltenen Gegengründe, falls solche vorhanden sind, zu beseitigen. Es ist also hier in seiner Beweisführung eine Lücke.

Andererseits beruft sich Bähr aber nun doch wieder auf die Quellen. Der von ihm aufgestellte Satz, sagt er, sei, wenn auch in den Quellen nirgends allgemein ausgesprochen, doch den Römern nicht fremd. Es seien im römischen Recht eine Anzahl von Anwendungsfällen dieses Satzes enthalten. Das in dieser Bezeichnung von Bähr Vorgebrachte²¹⁾ darf auf eine sorgfältige Prüfung Anspruch machen.

Der erste Fall, auf welchen sich Bähr beruft, ist der bekannte Fall, wo ein Gläubiger seinen Willen dahin erklärt hat, daß sein Schuldner mit befreiender Wirkung einem Dritten leisten dürfe, dann seinen Willen zurücknimmt oder stirbt, und der Schuldner in Unkenntnis dieser Thatsachen dem Dritten dennoch leistet. Der Schuldner wird hier nach der Entschei-

19) Ich berufe mich nicht auf l. 3 § 2 D. de O. et A. 44. 7, weil die Fälle dieser Stelle (Scherz- und Lehrfall) unzweifelhaft so gedacht sind, daß der andere Contractant das Nichtwollen kennt. Für den Fall der Simulation ist dieß sicher. Ebenjowenig will ich l. 18 § 1 und l. 32 D. de R. C. 12. 1 geltend machen, da es für die in diesen Stellen bezeichneten Fälle das Nächstliegende, jedenfalls Naheliegende, ist, Dissens der Erklärungen anzunehmen.

20) S. 399 Note 6.

21) S. 401 fg.

dung der Quellen²²⁾ frei. Ich halte es für ein Verdienst Bähr's, diese Entscheidung in den Zusammenhang der uns beschäftigenden Frage gestellt zu haben; daß aber durch sie die Frage im Sinne Bähr's gelöst sei, kann ich nicht zugeben. Ich mache in dieser Beziehung auf zweierlei aufmerksam.

a) Die Entscheidung der Quellen setzt voraus, daß eine dem wirklichen Willen entsprechende Erklärung einmal vorhanden gewesen sei: sind wir berechtigt, sie auf den Fall zu übertragen, wo eine solche Erklärung nie vorgelegen hat? Man wird sagen, der Irrthum, kraft dessen ein Schuldner annehme, es sei eine dem wirklichen Willen entsprechende Willenserklärung des Inhalts, daß er sich durch Leistung an einen Dritten befreien könne, abgegeben worden, könne unter Umständen in gleicher Weise entschuldbar sein, wie der Irrthum, kraft dessen er den Fortbestand des wirklich erklärten Willens annehme, und ich will das nicht bestreiten. Aber andererseits wird man doch nicht so weit gehen dürfen, den Schuldner in jedem Fall befreit werden zu lassen, wo er in entschuldbarem Irrthum einer zum Empfang nicht berechtigten Person geleistet hat. In einer Reihe von Quellenstellen wird der in gutem Glauben einem zum Empfang nicht Berechtigten leistende Schuldner auf die Rückforderung des Geleisteten verwiesen, oder es wird geradezu ausgesprochen, daß der Schuldner nicht befreit werde²³⁾. Von einer Unterscheidung zwischen entschuldbarem und unentschuldbarem Irrthum ist hier keine Rede, einer Unterscheidung, welche um so näher gelegen hätte, da es sich um die Begründetheit der *condictio indebiti* handelt. Jedenfalls also wird hier eine Grenze zu ziehen sein, und ich für meinen Theil möchte im Besonderen in dem Fall, wo der Schuldner auf eine gefälschte oder dem Gläubiger entwendete Vollmacht leistet,

22) L. 12 § 2 l. 32 i. f. l. 34 § 3 l. 38 § 1 D. de solut. 46. 3, l. 26 § 1 D. mand. 17. 2, l. 19 § 3 D. de don. 39. 5; l. 18. 32. 35. 51 D. de solut. 46. 3, l. 3 C. eod. 8. 43, l. 26 § 8 D. de cond. ind. 12. 6, § 10 I. de mand. 3. 27.

23) L. 34 § 4 l. 58 pr. D. de solut. 46. 3, l. 80 § 7 D. de furt. 47. 2, l. 8. C. de cond. ind. 4. 5.

weil hier nicht einmal eine Erklärung vorliegt, Befreiung nicht eintreten lassen ²⁴⁾).

b) Das Hauptgewicht aber lege ich auf Folgendes. Die hier fragliche Entscheidung setzt voraus, daß derjenige, welcher sich über den Inhalt des fremden Willens täuscht, in Folge dieser Täuschung eine Aufopferung gemacht habe. Diese Aufopferung soll er nicht verlieren, und damit er sie nicht verliere, wird ihm das dafür erhoffte Äquivalent gegeben, obgleich er nach dem wirklichen Willen des Urhebers der Willenserklärung keinen Anspruch darauf hat. Zu diesem Ende wird, um mit Bähr zu reden, der nicht vorhandene Wille als vorhanden „fingirt“, aber auch nur zu diesem Ende. Die l. 15 D. mand. 17. 2 gibt die actio mandati contraria, welcher die eintretende Befreiung des Schuldners entspricht, deswegen »ne damno adficiatur is qui mandatum suscepit«, und ebenso wird in § 10 I. de mand. 3. 27 als Grund der actio mandati contraria angegeben: »alioquin iusta et probabilis ignorantia tibi damnum adferret«. An diesem Erfordernisse der eingetretenen Vermögensaufopferung muß bei jeder Ausdehnung der fraglichen Quellenentscheidung festgehalten werden; es fallen zu lassen, wäre reine Willkür. Hält man aber daran fest, so gelangt man bei Verträgen, welche auf Gewährung eines Ersatzes für eine zu machende Aufopferung nicht gerichtet sind, nicht zur Gültigkeit des Vertrags, sondern höchstens zum negativen Vertragsinteresse. Ob die Verpflichtung zur Leistung des negativen Vertragsinteresse sich wirklich aus der hier besprochenen Entscheidung rechtfertigen läßt, ist eine an diesem Punkte nicht zu erörternde Frage; die Verpflichtung, den nicht abgeschlossenen Vertrag zu erfüllen, läßt sich aus derselben nicht rechtfertigen. Der Käufer, oder Verkäufer, der Miether oder Vermiether, welcher Vollziehung des Vertrages verlangt, will nicht zurückerlangen, was er verloren hat, er will erlangen, was er noch nicht gehabt hat. Er will

24) Vgl. Bähr S. 415. 415. und aus den Quellen noch l. 1 § 32 dep. 16. 3, l. 31 § 1 D. de R. C. 12. 1, l. 39 D. de don. i. v. e. u. 24. 1.

es erlangen gegen eine von ihm zu machende Aufopferung; aber diese Aufopferung dünkt ihm geringer, als was das zu Erlangende für ihn werth ist, sonst würde er es nicht fordern. B ä h r selbst ist geneigt, von seinem Satz eine Ausnahme zu machen für den Fall, wo derselbe dazu führen würde, einer Vertragspartei einen „reinen Gewinn“ zu verschaffen. Ich weiß nicht, ob nicht B ä h r mit diesem Zugeständniß seinem Satz den Boden unter den Füßen weggezogen hat. Auch wer einen entgeltlichen Vertrag abschließt, will, wenn auch keinen reinen Gewinn machen, doch seine Lage verbessern, sonst würde er den Vertrag nicht abschließen. Zwischen der reinen Vermögensverminderung und der reinen Vermögensvermehrung steht in der Mitte der Austausch von Gütern, welcher der Person vortheilhaft ist oder erscheint. Auch wer die Vollziehung eines solchen Austausches verlangt, will sich einen Vortheil verschaffen, von welchem der Andere durch sein Widerstreben bekundet, daß er für ihn ein Nachtheil sei. B ä h r erinnert an andere Entscheidungen des römischen Rechts²⁵⁾, durch welche dem guten Glauben Schutz gewährt werde zwar nicht zu Gunsten des unentgeltlichen, wohl aber des entgeltlichen Erwerbes. Aber diese Entscheidungen beziehen sich auf Fälle, in denen der entgeltliche Erwerber, wenn ihm kein Schutz gewährt würde, das Erworbene mitsammt seiner Gegenleistung verlieren oder zu verlieren Gefahr laufen würde und davon ist im vorliegenden Fall keine Rede²⁶⁾.

§ 7.

Nicht anders als mit dem bisher besprochenen Fall verhält es sich mit dem zweiten Fall, in welchem B ä h r eine Anwendung des von ihm behaupteten Satzes sieht. Es ist der Fall des Institor, aus dessen Geschäften derjenige, welcher ihn

25) L. 4 § 29. 31 D. de dol. exc. 44. 4. L. 6 § 11 D. quae in fraud. cred. 42. 8.

26) Den gleichen Sinn hat das von B ä h r ferner angezogene Preussische Gesetz über den Eigenthums-Erwerb vom 5. Mai 1872 § 9. Weiter geht allerdings das Preussische Gesetz über die Erbbescheinigungen vom 12. März 1869 § 6.

angesezt hat, haftet trotz der Zurücknahme oder Beschränkung der dem Institor durch die Ansetzung erteilten Ermächtigung, wenn diese Zurücknahme oder Beschränkung nicht gehörig zur Kunde gebracht worden ist²⁷⁾. Ich sage, es verhalte sich mit diesem Fall nicht anders als mit dem zuvor betrachteten. Denn auch in diesem Fall handelt es sich einmal um das Aufhören eines Willens, welcher früher vorhanden gewesen ist, und sodann um Schutz gegen Vermögensverlust. Die Aufopferung, welche in diesem Falle gemacht worden ist, besteht darin, daß einem Menschen Credit gegeben worden ist, welchem kein Credit gegeben worden sein würde, wenn nicht angenommen worden wäre, daß hinter ihm ein Zahlungsfähiger als zweiter Schuldner stehe.

§ 8.

Bähr hat sich nicht darauf beschränkt, Anwendungsfälle des von ihm behaupteten Satzes aus dem römischen Recht namhaft zu machen; er fügt andere Anwendungsfälle hinzu²⁸⁾, die zwar nicht im römischen Recht ausdrücklich anerkannt seien, die aber „so sehr in der Natur der Dinge liegen, daß wohl Niemand sich ihrer Anerkennung verschließen wird“.

Hierher rechnet Bähr zuerst den Fall, wo Jemand eine Vollmacht zu einem nur allgemein bezeichneten Geschäft ausstellt, daneben aber dem Bevollmächtigten besondere Instructionen gibt; er müsse die nach dieser Vollmacht vorgenommenen Handlungen seines Bevollmächtigten gegen sich gelten lassen, wenn sie auch der erteilten Instruction nicht entsprächen. Muß er es wirklich? Ich glaube, es wird unterschieden werden müssen. Wie liegt der Fall? Durch die Ausstellung der Vollmacht ist erklärt worden, daß der Vertrag so, wie der Vorzeiger der Vollmacht denselben abschließen werde, dem Willen des Vollmachtgebers entspreche; hinterher, oder vielleicht gleichzeitig, wird das Gegentheil erklärt. In einem solchen Fall kann nun möglicherweise dem Aussteller der Vollmacht Arglist

27) L. 11 § 2—5 D. de inst. act. 14. 3.

28) S. 402 fg.

zur Last fallen. Dann liegt ein besonders gearteter Fall der Mentalreservation vor. Jemand erklärt (durch den Mund seines Bevollmächtigten) etwas für seinen Willen, wovon er weiß, daß es sein Wille nicht ist. Von der Mentalreservation spreche ich hier nicht; sie wird sogleich einer besonderen Betrachtung unterzogen werden, und auch Bähr spricht von derselben abge sondert. Der Fall ist also hier so zu denken, daß der Aussteller, wenn auch vielleicht unüberlegter Weise, doch in gutem Glauben, der ausgestellten allgemeinen Vollmacht eine beschränkende mündliche Instruction hinzufügt. Dann aber sehe ich auch keinen Grund ein, weshalb der von dem Bevollmächtigten gegen die Instruction abgeschlossene Vertrag für den Aussteller der Vollmacht verbindlich sein sollte. Er ist doch eben nicht mit seinem Willen abgeschlossen worden, und die Behauptung, daß er dennoch an denselben gebunden sei, weil der andere Contrahent habe annehmen müssen, daß der Vertrag mit seinem Willen abgeschlossen werde, ist eben — Behauptung. Wir kommen damit nicht weiter. Es wird natürlich vorausgesetzt, daß der andere Contrahent nicht etwa Ersatz für eine Aufopferung verlange, die er deshalb gemacht hat, weil er sich auf das Zustandekommen des Vertrags verlassen hat, sondern eben Erfüllung, also z. B. Erfüllung eines ihm günstigen Vergleichs, welchen er mit dem Bevollmächtigten auf Grund der schriftlichen Vollmacht abgeschlossen hat.

Eine fernere Anwendung des von ihm behaupteten Satzes sieht Bähr in dem Fall, wo Jemand eine Urkunde unterschreibt, und hinterher sich darauf beruft, er habe dieselbe oder einzelne Stellen darin nicht gelesen und nicht gekannt; mit diesem Einwand werde er gar nicht gehört. Ich wiederhole das vorhin ausgesprochene Bedauern, daß Bähr es nicht für angezeigt gehalten hat, diese seine Behauptung gegenüber l. 4 C. plus vadere und l. 10 C. de don. zu rechtfertigen. Uebrigens soll nicht geleugnet werden, daß unter Umständen in der That der Unterzeichner einer Urkunde sich nicht damit vertheidigen kann, daß er den Inhalt der Urkunde ganz oder theilweise nicht gekannt habe. So namentlich in dem Fall nicht, wo nachgewiesen werden kann, daß es seine Absicht gewesen ist,

sich dem Inhalt der Urkunde, von welcher Art er auch sein möge, zu unterwerfen. Ferner kommt in Betracht der mögliche Einfluß einer ihm zur Last fallenden Verschuldung, wovon unten im Besonderen gesprochen werden wird. Aber um besondere Umstände dieser Art handelt es sich hier nicht. Hier steht lediglich zur Frage, ob die bloße Thatsache, daß die andere Vertragspartei in gutem Glauben angenommen habe, daß der Unterzeichner den Inhalt gekannt habe, genügt, um den Unterzeichner haftbar zu machen, und das kann nicht zugestanden werden.

§ 9.

Des Weiteren beruft sich B ä h r auf folgende zwei Fälle. Wer mit einer öffentlichen Anstalt contrahire, welche die Bedingungen ihrer Vertragsschließung in Statuten, Regulativen, oder auch in den von ihr ausgegebenen Urkunden, Billeten u. s. w. veröffentlicht habe, sei an diese Bedingungen gebunden, sollte er auch die Veröffentlichung nicht gekannt und deswegen in dem Glauben gestanden haben, auf andere Bedingungen zu contrahiren. Ferner: wenn bei einer öffentlichen Versteigerung die Vertragsbedingungen vor Beginn der Versteigerung durch Vorlesen bekannt gemacht worden seien, so könne ein später Hinzukommender sich nicht darauf berufen, daß er die Bedingungen nicht gekannt habe.

In Beziehung auf diese beiden Fälle habe ich zu bemerken, daß ich die von B ä h r gegebene Entscheidung nicht beanstande. Ich glaube, daß B ä h r Recht hat, wenn er die gegebene Entscheidung als durch das Rechtsgefühl mit zwingender Nothwendigkeit geboten ansieht. Aber nöthigt uns dieses Rechtsgefühl, den von B ä h r vertheidigten Satz anzunehmen? Wenn wir der Gründe, welche uns zu der bezeichneten Entscheidung treiben, uns bewußt zu werden versuchen, finden wir für dieselbe keine andere Rechtfertigung, als in dem Satze, daß das, was eine Vertragspartei in gutem Glauben als von der anderen Partei gewollt annimmt, für die rechtliche Beurtheilung wirklich gewollt sei? Ich glaube nicht. Zunächst wird gewiß, wer jene Entscheidung trifft, durch die Erwägung ge-

leitet werden, daß es unbillig sein würde, wenn der Versteigerer, die öffentliche Anstalt zc. dadurch in Schaden gerathen sollte, daß sich der Vertrag als nicht bindend für den anderen Contrahenten herausstellt. Sofort wird er sich dann zum Bewußtsein bringen, daß diese Instanz nicht maßgebend sein könne, da es sich um den Ersatz eines Schadens, welchen der Versteigerer zc. erleiden würde, wenn der Vertrag nicht aufrecht erhalten würde, nicht handele, sondern um die Aufrechterhaltung des Vertrags schlechthin. Er wird sich aber hierauf Antwort geben mit der Frage, ob nicht angenommen werden müsse, daß, wer in der bezeichneten Weise bietet, der Post oder der Eisenbahn etwas zur Beförderung übergibt, dieß in dem Sinne thue, daß er sich den von der Post und der Eisenbahn aufgestellten Bedingungen, welche dieselben auch sein mögen, unterworfen haben wolle. Wenn dann die Erwägung sich aufdrängt, daß dieß nicht nothwendig sei, daß es immerhin möglich sei, daß der Bietende zc. an aufgestellte Bedingungen gar nicht gedacht habe, so wird darauf die Antwort bereit sein, daß in einem solchen Benehmen jedenfalls eine so grobe Fahrlässigkeit liege, daß es aus diesem Grunde billig sei, daß der Bietende zc. an dem Vertrage festgehalten werde. Endlich wird auch die Betrachtung sich geltend machen, daß es sich hier handele um ein Tasagen auf eine Willenserklärung, deren näherer Inhalt durch eine öffentliche Bekanntmachung angegeben worden ist, und der Entscheidende wird sich fragen, ob nicht gerade hierin die eigentliche Rechtfertigung für die sich ihm aufdrängende Entscheidung gefunden werden müsse. Er wird sich erinnern an l. 11 § 3 D. de inst. act. 14. 3, wo es heißt, daß der Geschäftsherr aus der Ausstellung des Institor nicht hafte, wenn er seinen Willen, nicht haften zu wollen, durch öffentliche proscriptio bekannt gemacht habe. »Certe si quis dicat, ignorasse literas vel non observasse quod propositum erat, cum multi legerent cumque palam esset propositum, non audietur«. Muß man nicht annehmen, daß wer zum Publicum redet, wo er im gegebenen Fall nach rechtlicher Anerkennung zum Publicum reden darf, eben dadurch für die Annahme des Rechts jeden Einzelnen aus dem Publikum zum Wissenden mache?

Und alle diese Momente — freiwillige Unterwerfung, Verschuldung, Oeffentlichkeit der Vertragsproposition — sollen nun gestrichen werden, und wir sollen bereit sein, uns zu sagen, daß wir die gleiche Entscheidung treffen würden, auch wenn keines derselben vorhanden wäre? Ich halte das für unmöglich.

§ 10.

Anders als mit den bisher betrachteten Fällen verhält es sich mit einem ferneren Fall, welchen Bähr für sich anführt, den Fall der Mentalreservation, oder, wie man sich auch ausdrückt, der einseitigen Simulation. Es ist dieß der Fall, wo Jemand zum Zweck der Täuschung des Gegenüberstehenden etwas als gewollt erklärt, was er nicht will.

Ich betrachte es als einen nicht zu leugnenden Satz, daß die Mentalreservation unwirksam ist, d. h. daß der Urheber einer Willenserklärung sich nicht mit der Berufung auf eine Mentalreservation vertheidigen kann²⁹⁾. Ist damit nun die Wirksamkeit einer Willenserklärung ohne Willen anerkannt?

Es kommt darauf an, wie man über den Grund der Unwirksamkeit der Mentalreservation denkt. Es gibt zwei Ansichten über diesen Grund, nach welchen in jener Unwirksamkeit eine solche Anerkennung nicht liegt.

Die erste dieser Ansichten findet den Grund der Unbeachtlichkeit der Behauptung einer Mentalreservation darin, daß diese Behauptung nicht bewiesen werden könne. Das Recht legt also nach dieser Ansicht der abgegebenen Erklärung deswegen Wirkung bei, weil es den Schluß aus derselben auf das Vorhandensein des als Wille Erklärten für unwiderleglich hält. Diese Ansicht habe ich selbst früher geäußert; ich vertheidige sie nicht mehr³⁰⁾. Der Beweis, daß in Folge einer

29) Obgleich, wie man weiß, dieser Satz in den Quellen des römischen Rechts nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, und eine päpstliche Decretale (c. 26 X. de spons. 4. 1) gegen ihn entschieden hat („woraus aber gewiß Niemand geneigt sein wird, ein Rechtsprincip zu bilden," Savigny System III § 134 Note a).

30) Gegen dieselbe ausführlich Röver S. 49 fg.

Mentalreservation das als gewollt Erklärte nicht gewollt sei, wird immer schwierig, aber unter Umständen nicht unmöglich sein. Und wie, wenn der Gegner der Behauptung der Mentalreservation nicht widerspricht?

Die zweite jener Ansichten geht dahin, daß die Behauptung einer Mentalreservation einen logischen Widerspruch enthalte, und deswegen von selbst hinfällig sei. Trotz dieser Behauptung stehe es sofort fest, daß der geleugnete Wille wirklich vorhanden gewesen sei. Diese Ansicht hat einen energischen Vertreter in K o h l e r³¹⁾ gefunden. Sie fußt auf derjenigen Auffassung der Willenserklärung, welche ich selbst oben als die richtige vertreten habe; aber diese Auffassung ist in ihr auf eine Spitze getrieben, welche nach meiner Ansicht unhaltbar ist. Die Willenserklärung, sagt K o h l e r, ist Willensaction; es ist unmöglich, daß eine Willensaction zugleich sei, und nicht sei; daß der Wille zugleich agire und nicht agire, ist „ebenso unmöglich, als es ist, daß der Mörder einen Streich führt und nicht führt“. Nichts kann richtiger sein als dieses. Aber die Frage ist ja eben die, ob bei der Mentalreservation eine Willensaction stattfindet, d. h. eine Willensaction in der Richtung auf Hervorbringung der in der Erklärung bezeichneten rechtlichen Wirkungen. Was bei der Mentalreservation ganz unzweifelhaft stattfindet, ist eine Willensaction in der Richtung auf Hervorbringung der Erklärung. Hier paßt der Vergleich K o h l e r's. Wer mit Bewußtsein eine Erklärung abgibt, kann ebensowenig sagen, daß er die Erklärung nicht gewollt habe, wie der Mörder, welcher mit Bewußtsein den Streich führt, sagen kann, daß er den Streich nicht gewollt habe. Auch eine Willensaction in der Richtung auf Hervorbringung der in der Erklärung bezeichneten rechtlichen Wirkungen kann bei der Mentalreservation stattfinden. Aber damit sie wirklich stattfinde, ist erforderlich, daß der Urheber der Willenserklärung Bewußtsein davon habe, daß die Rechtsordnung trotz der Mentalreservation an seine Erklärung rechtliche Wirkungen anknüpft. Hat er dieses Bewußtsein nicht, so hat er eben nur die Er-

31) Jahrb. f. Dogm. XVI S. 90 fg.

Ab. 63. N. F. Ab. 13. S. 1.

klärung gewollt, nicht auch die rechtlichen Folgen derselben. Die Hauptsache aber ist, daß auch dieses Bewußtsein nur möglich ist unter der Voraussetzung, daß der Rechtsatz bereits besteht, von dem gefragt wird, aus welchem Grunde ihn die Rechtsordnung eingeführt habe, der Rechtsatz, daß die Mentalreservation unwirksam ist. Nun kann man aber den Grund der Einführung eines Rechtsatzes nicht in einer Thatsache sehen, welche nicht vorhanden ist, wenn der Rechtsatz nicht vorhanden ist.

Der Grund der Unwirksamkeit der Mentalreservation liegt also weder darin, daß das behauptete Nichtwollen unbeweisbar, noch darin, daß es unmöglich ist. Sondern er liegt darin, daß die Mentalreservation eine Lüge enthält, und Niemand sich zu seiner Verteidigung darauf berufen darf, daß er gelogen habe. Man könnte nun zwar sagen wollen, daraus, daß Jemand einem Andern mit Bewußtsein die Unwahrheit sage, folge nur seine Verpflichtung zum Ersatz des aus seiner Lüge dem Andern erwachsenen Schadens, es folge daraus nicht seine Verpflichtung, das Unwahre als wahr gegen sich gelten zu lassen. Es ist auch die Berechtigung dieser Entgegensetzung im Principe anzuerkennen, also anzuerkennen, daß in der Festhaltung des Lügenden an seinem Worte ein Sprung liegt. Aber dieser Sprung läßt sich durch die Analogie von Quellenentscheidungen rechtfertigen. In l. 30 § 1 D. de A. E. V. 18. 1, heißt es, daß derjenige, welcher mir eine fremde Sache wissend, daß sie eine fremde Sache sei, verkauft, mir hafte »in id quanti mea intersit meam esse factam«, also auf das Erfüllungsinteresse. Ebenso gibt einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse l. 57 § 1 D. de contr. emt. 18. 1 dem Käufer eines durch Brand zerstörten Hauses, wenn der Verkäufer die Zerstörung kannte, der Käufer nicht (vorausgesetzt daß wenigstens noch ein Theil des Hauses steht, welche Voraussetzung aber die Beweisraft der Stelle für die hier vorliegende Frage nicht abschwächt). Einen anderen Einwand gegen die hier vertretene Ansicht macht K o h l e r. Er ist daher genommen, daß die erzwungene Willenserklärung nicht nichtig sei, während doch die Täuschung des Gegners erlaubt sein

müsse zum Zwecke der Selbstvertheidigung. Das soll nicht geleugnet werden; aber es muß bemerkt werden, daß im Falle des Zwanges das Nichtwollen des Gezwungenen in keiner Weise sicher ist, vielmehr umgekehrt bis auf Weiteres dabei stehen geblieben werden muß, daß das als gewollt Erklärte auch gewollt sei, daß der Erklärende sich durch den Zwang zum Wollen habe bestimmen lassen, und nicht bloß zur Erklärung. Läßt sich aber das Nichtwollen nachweisen, so glaube ich, daß in diesem Falle allerdings die erzwungene Willenserklärung für nichtig erklärt werden müsse, wie denn bekanntlich auch die herrschende Meinung diese Entscheidung in I. 6 § 7 D. de A. v. O. H. 29. 2 findet³²⁾.

Es ist also mit Bähr anzuerkennen, daß das Recht, indem es der Mentalreservation die Wirksamkeit abspricht, einer Willenserklärung ohne Willen Wirkung beilegt. Aber es thut dieß auch für einen ganz präcis abgegrenzten Fall — für den Fall der Arglist des Urhebers der Willenserklärung.

§ 11.

Hiermit ist fester Boden in der hier zu untersuchenden Frage gewonnen. Der Umstand allein, daß der Empfänger einer Willenserklärung, welcher der wirkliche Wille nicht entspricht, in gutem Glauben angenommen hat, daß sie der Ausdruck des wirklichen Willens sei, reicht nicht hin, um ihm das Recht zu geben, die Willenserklärung als gültig zu behandeln; es muß hinzukommen, daß den Urheber der Willenserklärung eine Schuld treffe. Und was die erforderliche Qualität dieser Schuld angeht, so ist nun zunächst festgestellt, daß der Urheber der Willenserklärung haftet im Falle der Arglist.

Da erhebt sich nun die Frage: haftet er nur im Falle der Arglist? Haftet er nicht auch im Falle der Nachlässigkeit? Angestreift ist diese Frage bereits im Vorstehenden worden; hier ist sie zu beantworten.

Ehe ich ihre Beantwortung versuche, will ich bemerken,

32) — »qui fallens adicit hereditatem«. So hier und ebenso Schloßmann Lehre vom Zwange S. 46 fg., erklären jetzt fallens = heimlich.

daß die im Eingang dieser Abhandlung genannten Schriftsteller theilweise ihrerseits geneigt sind, den von ihnen aufgestellten Satz, daß die Erscheinung des Willens gleich dem Willen wirke, auf den Fall zu beschränken, daß den Urheber der Willenserklärung eine Schuld trifft. Insofern also die aufgeworfene Frage zu bejahen sein möchte, würde sich im Resultate eine Uebereinstimmung zwischen der Ansicht jener Schriftsteller und der hier vertretenen herausstellen. Was die einzelnen Schriftsteller angeht, so macht keine Concession Schall, ebensowenig Röver, obgleich derselbe bei der Deduction sich darauf beruft, daß es unbillig sein würde, den irrenden Contrahenten auch im Falle der Unentschuldbarkeit seines Irrthums frei zu lassen. Bähr³³⁾ hält fest an dem Thering'schen Begriff der culpa in contrahendo: „dem Erklärenden muß die äußere Erscheinung des Willens zuzurechnen sein, ohne daß es freilich auf ein eigentliches Verschulden im gewöhnlichen Sinne ankommt“. „Der leitende Gedanke scheint mir der: mag auch der Erklärende relativ sehr unschuldig sein, so ist doch der ihm Gegenüberstehende noch weit unschuldiger“. Bei Schloßmann findet sich³⁴⁾ die Bemerkung, daß „das Erforderniß der Erkennbarkeit für den Mitcontrahenten . . . zuweilen durch den Nachweis der Entschuldbarkeit des Irrthums ersetzt werden kann“. Am weitesten geht Regelberger; er will im Falle des Irrthums Verhaftetsein des Urhebers der Willenserklärung nur dann eintreten lassen, wenn demselben grobe Nachlässigkeit zur Last fällt.

Wie also ist die aufgeworfene Frage zu beantworten? Wir folgen am besten dem von Regelberger vorgezeichneten Weg, und sprechen zuerst von dem Fall grober Nachlässigkeit (lata culpa).

Es wird bekanntlich von neueren Schriftstellern eindringlich dagegen gewarnt³⁵⁾, die lata culpa ohne Weiteres dem

33) S. 407.

34) S. 115.

35) Wächter Württemb. Privatr. II § 112 Note 12. Unger Oesterr. Privatr. II § 102 Note 20. Goldschmidt Lucca-Pistoja=

dolus gleichzustellen. Diese Warnung hat auch gewiß ihre volle Berechtigung was die Uebertragung der einem dolösen Verhalten gedrohten Strafen angeht. Von der andern Seite geht man aber zu weit, wenn man die Gleichstellung von dolus und lata culpa auf den Fall beschränken will, wo es sich um die Verhaftung des Schuldners in einer bereits constituirten Obligation handelt³⁶⁾. Hiergegen sprechen folgende Quellenentscheidungen, in welchen theilweise die lata culpa sogar einer auf den dolus gesetzten Strafe unterworfen wird.

1) Von der auf das Doppelte gehenden Klage gegen den im Testamente freigelassenen Sklaven, welcher vor Antritt der Erbschaft, also zu einer Zeit, wo er noch Sklave war, eine Erbschaftssache entwendet oder beschädigt hat, heißt es in l. 1 § 2 D. si is qui test. 47. 4: »Non alias tenebitur iste libertus, quam si dolo quid dissipasse proponatur. Culpa autem negligentiaque servi post libertatem excusata est, sed culpa dolo proxima dolum repraesentat«.

2) Die Strafe der Absetzung (suspecti remotio) trifft nach l. 7 § 1 D. de susp. tut. 26. 10 nicht bloß den ungetreuen Vormund, sondern tritt ein auch »si fraus non sit admissa, sed lata negligentia, qui ista prope fraudem accedit«³⁷⁾.

3) Mit dem mensor wird nach römischer Vorstellung kein Contract abgeschlossen, weder locatio et conductio, noch mandatum. Daher die gegen ihn gewährte Klage »dolum malum tantum exegit: visum est enim satis abundeque coerceri

Actien-Streit S. 20. 81. F h e r i n g Jahrb. f. Dogm. IV S. 12. v. B a r in Grünhuf's Zeitschr. IV S. 66.

36) Vgl. auch B i n d i n g Normen II S. 383 fg., welcher Schriftsteller freilich der Ansicht ist, daß die Quellen mit dem Ausdruck lata culpa nicht eine Art der Nachlässigkeit, sondern einen Fall des Vorzuges bezeichnen. Ich theile diese Ansicht nicht, kann dieß aber hier nicht näher ausführen.

37) Andere Stellen lassen sie eintreten in Folge von culpa oder negligentia überhaupt, § 6 I. de susp. tut. l. 26, l. 9 D. eod. 5. 43, l. 2 § 41 D. ad SC. Tert. 38. 17. Vgl. R u d o r f f Recht der Vormundschaft III S. 192. 199.

mensorem, si dolus malus conveniatur eius hominis, qui civiliter obligatus non est«. Es ist also kein Anspruch gegen ihn begründet, wenn er »imperite versatus est« oder »negliger«. »Lata culpa plane dolo comparabitur«. L. 1 § 1 D. si mentor 11. 6.

4) Der Verkäufer einer Erbschaft soll nach l. 2 § 5 D. de H. v. A. V. 18. 4 Ersatz geben für Verminderungen der Erbschaft, welche er dolo malo vorgenommen hat. Dann wird hinzugefügt: »sed et si non dolo malo sed lata culpa admisserit aliquid, utique tenebitur«. Dieser Ausspruch bezieht sich nicht auf Verminderungen, welche nach dem Verkauf vorgenommen worden sind, sondern auf Verminderungen vor dem Verkauf der Erbschaft, also aus einer Zeit, wo ein Obligationsverhältnis für den Erben noch nicht bestand. Nach dem Verkauf haftet der Erbe wegen omnis culpa, und s. § 3 i. f. eod.: »sed et rerum ante venditionem donatarum pretia praestari aequitatis ratio exigit«.

5) Die actio ad exhibendum geht bekanntlich auch gegen denjenigen qui dolo desiit possidere. Zu l. 9 § 4 D. ad exh. 10. 4 wird nun der Fall behandelt, daß Geldstücke dem Einen zum Nießbrauch vermacht sind, einem Andern bedingt zum Eigenthum, und der Erbe dem Nießbraucher die Geldstücke herausgibt, ohne sich die Nießbrauchscautio bestellen zu lassen. Es wird dem Eigenthumslegatar nach eingetretener Bedingung die actio ad exhibendum gegen den Erben gegeben »quasi dolo fecerit quo minus possideret; dolus autem in eo est, quod cautionem exigere supersedit a fructuario effectumque est, ut legatum tuum evanesceret, cum iam nummos vindicare non possis«³⁸⁾. Die Klage gegen den argentarius auf Edition seiner Bücher gibt l. 8 pr. D. de edendo 2. 13 ausdrücklich auch im Fall der »culpa dolo proxima«.

Auf Grund dieser Entscheidungen glaube ich, darf mit der Anerkennung nicht zurückgehalten werden, daß wir im Sinne der Quellen handeln, wenn wir auch in dem hier vorliegenden Falle die grobe Nachlässigkeit und Unbedachtsamkeit der

38) Vgl. D e m e l i n Exhibitionspflicht S. 190.

Arglist gleichstellen, und wegen derselben den Urheber einer den wirklichen Willen nicht ausdrückenden Vertragserklärung haften lassen, wie wegen Arglist. Wir gehen damit weiter, als daß wir den Urheber der Willenserklärung bloß zum Ersatz des von ihm verursachten Schadens verpflichteten; wir verpflichten ihn zur Erfüllung eines Versprechens, welches er nicht gegeben hat. Aber damit legen wir ihm immer noch keine eigentliche Strafe auf; wir wollen ihm kein Uebel anthun zur Vergeltung für ein begangenes Unrecht. Wir verlangen von ihm die Befriedigung einer in dem anderen Contractanten erregten Erwartung. Die Thatsache dieser Erwartung allein ist uns kein hinreichender Grund, denjenigen, aus dessen Handlung sie geschöpft worden ist, als Vollenden zu behandeln, obgleich er nicht gewollt hat; in Verbindung mit einer demselben zur Last fallenden groben Verschuldung wächst sie uns zu einem genügenden Grund heran.

Hiernach würde ich namentlich auch im Fall des s. g. unechten Irrthums für den Fall, daß derselbe auf grober Nachlässigkeit beruht, Verpflichtung des Irrthenden zur Erfüllung des Vertrages annehmen. Daß es im Fall des s. g. unechten Irrthums nicht der Irrthum ist, welcher den Vertrag ungültig macht, ist kein Gegengrund. Man sagt: weil nicht der Irrthum es ist, welcher den Vertrag ungültig macht, sondern die Nichtübereinstimmung zwischen Wille und Erklärung, kann es auf die Qualität des Irrthums nicht ankommen. Nach der hier vertretenen Auffassung liegt die Sache aber so, daß das Recht denjenigen, von dem es anerkennt, daß er nicht gewollt hat, wegen einer gewissen Dualität des Irrthums als Vollenden behandelt³⁹⁾. Was sodann den Fall des Scherzes angeht, so würde ich zwar nicht so weit gehen, denjenigen, der

39) Die in § 5 besprochenen Quellenstellen dürfen keine Schwierigkeit machen; sie tragen die Regel vor, und nehmen auf den, immerhin nicht gewöhnlichen, Ausnahmefall keine Rücksicht. *Regelsberger* S. 20. Wenn aber dieser Schriftsteller umgekehrt einen Beweis für den im Text aufgestellten Satz in l. 11 pr. und l. 43 § 1 D. de contr. emt. 18. 1 finden will, so kann ich dem nicht beistimmen. Die von *Andern* angeführte l. 15 § 1 eod. gibt *Regelsberger* selbst auf.

zum Scherz mit einem Andern einen Vertrag abschließt, wenn dieser den Scherz mißverstanden hat und nach Lage der Umstände mißverstehen mußte, unter allen Umständen für haftbar zu erklären. Aber den von *Jhering* ⁴⁰⁾ berichteten Fall, wo Jemand über den Markt gehend sämtliche daselbst befindliche Fuder Heu gekauft hatte und vor das eben verlassene Haus hatte fahren lassen, würde ich keinen Anstand nehmen, zu entscheiden wie *Jhering* thut, nämlich dahin, daß der Käufer den Vertrag zu erfüllen habe. Und ferner ist es, wenn Jemand eine Urkunde unterzeichnet, ohne sich über den Inhalt derselben vergewissert zu haben, wenngleich nicht nothwendig, doch außerordentlich nahe liegend, daß ihm dabei eine grobe Nachlässigkeit zur Last fällt, und in diesem Falle würde auch ich ihn für haftbar erklären ⁴¹⁾.

§ 12.

Dagegen sehe ich für den weiter gehenden Satz, daß der Urheber einer den wirklichen Willen nicht ausdrückenden Vertragserklärung auch im Falle gewöhnlicher Nachlässigkeit (*levis culpa*) zur Erfüllung des Vertrages verpflichtet sei, keinen Anhalt. Ich muß dabei stehen bleiben, daß dieser Satz sich für das gemeine Recht nicht begründen läßt. Mit ihm treten wir hinaus aus dem Gebiet der *lex lata* und hinüber in das Gebiet der *lex ferenda*. Daß ein Gesetzgeber zur Aufstellung desselben kommen könne, läßt sich begreiflich finden; daß er zur Aufstellung desselben kommen müsse, ist zu leugnen. Die Frage ist einfach diese: stellt der Gesetzgeber das Interesse des *bona-fide*-Verkehrs so hoch, daß er zu Gunsten desselben schon der gewöhnlichen Nachlässigkeit ein Opfer auferlegen will? Hier hört die juristische Deduction auf, und es beginnt die praktische Erwägung.

Auf dem Boden des positiven Rechts läßt sich im Fall der gewöhnlichen Nachlässigkeit dem in seiner Erwartung Getäuschten, wenn überhaupt, nur helfen mit dem Begriff des

40) *Jahrb. f. Dogm.* IV S. 74.

41) *Vgl.* S. 25.

negativen Vertragsinteresse. Nun ist, wie bekannt, die quellenmäßige Begründetheit dieses Begriffs alles Andere eher als unbestritten, und es ist nicht meine Absicht, in dieser Abhandlung, welche ohnehin über die erlaubten Grenzen hinauszuschwellen droht, auf diese Frage näher einzugehen. Aber folgende Bemerkungen mögen mir gestattet sein. Zuerst, daß diejenigen, welche auf Grund der Verkehrsinteressen die Verpflichtung zur Erfüllung des Vertrages wollen eintreten lassen, am Allerwenigsten sich gegen das negative Vertragsinteresse erklären sollten; können die Vertragsinteressen das Mehre leisten, so sind sie auch das Mindere zu leisten im Stande. Wenn man sodann gegen das negative Vertragsinteresse auch die „Inpraktikabilität“ dieses Begriffes, d. h. die Schwierigkeit des durch denselben geforderten Beweises, geltend gemacht hat, so ist zu antworten⁴²⁾, einmal daß diese Schwierigkeit denn doch durch die neue Reichsproceßgesetzgebung in bedeutendem Grade gemindert worden ist, namentlich aber, daß dieser Grund viel mehr ein Grund für den Gesetzgeber ist, der sich fragt, ob er mit dem Begriff des negativen Vertragsinteresse operiren soll, als ein Einwand gegen die Geltung dieses Begriffes im bestehenden Recht. Endlich sei noch hingewiesen auf die mögliche Unterstützung, welche der Begriff des negativen Vertragsinteresse aus dem, was die Quellen über die fortbauende Wirksamkeit einer Willenserklärung nach fortgefallenem Willen bestimmen, zu ziehen im Stande ist. Diese Unterstützung hat allerdings eine zwiefache Voraussetzung. Zuerst, daß man es nicht für unerlaubt hält, der Willenserklärung mit fortgefallenem Willen die Willenserklärung, welcher von vorn herein der wirkliche Wille nicht entsprochen hat (oder welche aus einem sonstigen Grunde ungültig ist), gleichzustellen. Sodann, was allerdings ein größerer Sprung ist, daß man in gleicher Weise das, was die Quellen nur für die directe Veranlassung zu einer Vermögensaufopferung bestimmen, auf die indirecte überträgt. Der Schluß wäre also näher dieser: wer in gutem Glauben annimmt, eine Vermögensauf-

42) Vgl. auch *Dernburg Preuß. Privatr. II* S. 164 Note 1.

opferung mit dem Willen eines Andern zu machen, wird behandelt, als habe er sie mit dem Willen desselben gemacht; also wird auch derjenige, welcher annimmt, daß ein Wille vorhanden sei, welcher die Vermögensaufopferung (nicht genehmigt, sondern) unschädlich erscheinen läßt, behandelt, als sei jener Wille vorhanden.

§ 13.

Es ist jetzt noch die Frage zu beantworten, welche Consequenz sich aus der hier vertretenen Ansicht für die Auslegung der Vertragserklärungen ergibt. *Jhering*⁴³⁾ hat den Satz aufgestellt, die „logische Interpretation“ beruhe darauf, daß der wahre Willensinhalt erkennbar sei, und, wie vom Richter, so auch vom anderen Theil hätte erkannt werden können und müssen; der Richter dürfe solche Thatsachen und Umstände, welche zwar den wirklichen Willen des Redenden außer Zweifel setzen, aber dem Gegner nicht bekannt waren oder bekannt zu sein brauchten, nicht berücksichtigen, er habe m. a. W. nicht die Frage zu entscheiden: was war der wirkliche Sinn der Erklärung des Redenden, sondern, wie mußte der Gegner nach den ihm vorliegenden Umständen sie auffassen. Ich habe mir in meinem Lehrbuche die Aufstellung *Jhering*'s angeeignet, indem ich gesagt habe: „Jeder Contrahent hat ein Recht auf die Erklärung des andern Contrahenten in demjenigen Sinn, in welchem er sie auffassen mußte“⁴⁴⁾. *Bähr*⁴⁵⁾ und *Schlömann*⁴⁶⁾ haben nicht unterlassen, diese Aeußerungen gegen die hier vertretene Ansicht ins Feld zu führen. Sie haben geltend gemacht, daß es inconsequent sei, für die Frage, was gewollt sei, die Auffassung des andern Contrahenten für maßgebend zu erklären, nicht aber für die Frage, ob etwas gewollt sei. Die Begründetheit dieses Einwandes ist anzuerkennen. Er fällt aber hin mit dem Satz, von welchem er hergenommen ist, und dieser Satz ist nicht

43) Jahrb. f. Dogm. IV S. 71.

44) Lehrbuch des Pandektenrechts I § 84 zu Note 11.

45) S. 405.

46) S. 119 fg.

anzuerkennen; jedenfalls nehme ich den Irrthum, dessen ich mich schuldig bekenne, hiermit ausdrücklich zurück. Was an dem aufgestellten Satz richtig ist, ist Folgendes. Jeder Contractant hat ein Recht darauf, daß seine Auffassung des Sinnes der gegnerischen Erklärung zu Grunde gelegt werde, wenn es sich um Beantwortung der Frage handelt, wozu er consentirt habe; er hat consentirt nur zu demjenigen Willensinhalt, welchen er in der gegnerischen Erklärung gefunden hat. Aber er hat dadurch, daß er zu der gegnerischen Erklärung in einem Sinne consentirt hat, in welchem sie nicht abgegeben worden ist, kein Recht darauf erworben, daß dieselbe in diesem Sinne ausgeführt werde. Seine Auffassung des Sinnes der gegnerischen Erklärung entscheidet darüber, worauf er, aber nicht darüber, worauf der Gegner gebunden sei. Der in Folge seiner irrigen Auffassung des Sinnes der gegnerischen Erklärung sich ergebende Dissens kann sich nun möglicherweise auf einen wesentlichen Punkt des Vertrages beziehen; dann ist der Vertrag nichtig⁴⁷⁾. Bezieht er sich auf einen wesentlichen Punkt des Vertrages nicht, so besteht der Vertrag, und über den Punkt, über welchen eine Vereinbarung nicht vorliegt, entscheidet die gesetzliche Regel, wenn es eine solche gibt. So weit trotz des Dissenses noch Consens vorhanden ist, muß natürlich der Wille der Parteien ausgeführt werden⁴⁸⁾.

47) Hierher gehört der von Bähr (S. 418 Note 25) angezogene Fall, wo Jemand Indigo zu einem gewissen Preise für das Pfund „pr. dortiges Gewicht“ gekauft hatte, nicht wissend, daß im Verkaufsort inzwischen ein leichteres Pfund eingeführt worden war. Das OLG. zu Cassel entschied für Nichtigkeit des Vertrages (StrippeImann OLG.-Entscheid. V S. 145, Seuff. Arch. II 273 und XVI. 34). Im Sinne Bähr's hätte der Käufer verurtheilt werden müssen, das leichtere Pfund zu bezahlen.

48) Beispiel: es ist bei dem Verkaufe eines Grundstücks ausgemacht worden »accedere Stichum servum«: Käufer und Verkäufer denken Jeder an einen anderen Stichus. L. 34 pr. D. de contr. emt. 18. 1 entscheidet »eum Stichum deberi quem venditor intellexerit«. Ganz richtig. Es liegt kein Consens über einen der mehreren Stichi vor, wohl aber Consens über einen Slaven. Also generische Obligation, für welche die Regel gilt, daß der Schuldner die Wahl hat.

§ 14.

Es ist bisher nur von Vertragserklärungen die Rede gewesen, von Willenserklärungen, welche einem Andern zum Zweck des Abschlusses eines Vertrages hingegeben werden. Für letztwillige Verfügungen wird, wie oben bemerkt wurde, die Geltung der neuen Lehre, abgesehen von Schall, nicht in Anspruch genommen. Auch das hier der neuen Lehre für den Fall der Arglist und der groben Nachlässigkeit gemachte Zugeständniß entbehrt für letztwillige Verfügungen allen Grundes. Denn dieses Zugeständniß steht auf dem gleichen Boden, wie die neue Lehre, auf dem Boden der Berücksichtigung des berechtigten Vertrauens auf die Zuverlässigkeit eines Verkehrsinstrumentes, nur daß sie diese Berücksichtigung bloß beschränkt eintreten läßt. Die letztwillige Verfügung aber ist kein Verkehrsinstrument. Zweifelhaft könnte man sein in Betreff einseitiger Verfügungen, welche nicht letztwillige sind, und im Besonderen in Betreff der Antretung und Ausschlagung einer Erbschaft. Jedoch ist es sicherer, auch diese den Vertragserklärungen nicht gleichzustellen. Sie sind jedenfalls nicht zum Zwecke des Gebrauchs hingegeben.

§ 15.

Man wird noch Auskunft darüber wünschen, ob die neue Lehre nicht auch in der Praxis vertreten sei. Bähr hat sich auf eine Reihe von Urtheilen oberster deutscher Gerichtshöfe berufen, in welchen entschieden ist, daß der Unterzeichner einer Urkunde sich nicht damit vertheidigen könne, daß ihm der Inhalt derselben unbekannt gewesen sei⁴⁹⁾. Durchmustert man aber die Motive dieser Urtheile, so stellt sich heraus, daß dieselben sehr verschieden sind. Zu dem Urtheil des OAG. zu Dresden vom Jahr 1854 im Seuffert'schen Archiv VIII. 26 ist das Hauptmotiv die freiwillige Unterwerfung des Unterzeichners unter den ihm unbekanntem Inhalt der Urkunde,

49) Abweichend Seuffert's Archiv XXXI. 110 (Dl. zu Stuttgart). Vgl. auch das. XIX. 14 (DlG. zu Cassel).

und nur nebenbei wird erwogen, daß „jedenfalls Kläger es nicht zu verantworten hat, dafern Beklagter unterschrieben haben sollte, ohne sich jedes Einzelnen bewußt zu sein, was der Gesamtinhalt des Contractes besage“. In dem Urtheil des OAG. zu Cassel vom 21. October 1859 bei *Seuffert* XIV. 16 wird erwogen, daß „des S. Angabe, es sei ihm der Inhalt der Urkunde nicht vorgelesen worden, bei eigener Kenntniß Geschriebenes zu lesen, keine Beachtung verdiene“. Es scheint damit auf eine Verschuldung des S. hingewiesen zu sein; er hätte lesen sollen. In dem Urtheil des OAG. zu Berlin bei *Seuffert* XXIV. 30 heißt es einfach, es müsse „angenommen werden, daß ein Jeder, welcher eine Urkunde unterzeichnet, dieselbe auch gelesen und demgemäß durch die Unterzeichnung sich angeeignet habe“. Auf die „Gefährdung des von keiner Verschuldung betroffenen Mitcontrahenten, der in gutem Glauben die Urkunde annahm“ und „die unabwiesliche Anforderung für die Sicherheit des Urkundenverkehrs“ wird abgestellt in dem Urtheil des OAG. zu Berlin vom 26. Januar 1874 bei *Seuffert* XXIX. 229, jedoch daneben betont „die aus der Unterzeichnung einer ihrem Inhalte nach unbekanntes Urkunde schlechthin resultirende eigene Verschuldung des Ausstellers“. In aller Schärfe ist die Ansicht *Bähr's* ausgesprochen in den Motiven des vom OAG. zu Berlin am 30. October 1873 in einer *Holstein'schen* Sache abgegebenen Urtheils bei *Seuffert* XXIX. 215. Jemand hatte eine Bürgschaftsurkunde, welche auf 600 Thaler lautete, unterzeichnet, weil sie ihm als auf 600 Mark lautend vom Schuldner vorgelesen worden war. Der Beweis hiefür war erbracht, nichtsdestoweniger verurtheilte ihn das OAG. auf 600 Thaler. Die im *Seuffert'schen* Archiv und bei *Bähr* mitgetheilte Begründung⁵⁰⁾ lautet folgendermaßen. „Im Rechtsverkehr kann der innere Wille nur Bedeutung gewinnen durch die Zeichen, mit denen er sich zu erkennen gibt, und es beruht alle Rechtsordnung gerade auf der Zuverlässigkeit der

50) Deren Fassung übrigens, wie *Bähr* bemerkt, nicht von ihm herrührt.

Zeichen, wodurch Menschen allein in lebendige Wechselwirkung treten können. Daher kann die Nicht-Uebereinstimmung des inneren Willens mit einer klaren und unzweideutigen Willenserklärung nur dann störend auf das Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts einwirken, wenn sie dem, mit welchem contractirt wird, erkennbar geworden ist. Es würde auch jede Sicherheit des Verkehrs und allen guten Glauben untergraben, wenn die zum Zweck der Eingehung eines Vertrags in bündigster Form abgegebene Willenserklärung einfach mit dem Nachweis beseitigt werden könnte, daß sie nicht mit dem wirklichen Willen in Uebereinstimmung gestanden⁵¹⁾. Als ich oben (S. 81) die Worte hinschrieb: das Bedürfnis des Verkehrs ist keine Rechtsquelle, frug ich mich, ob etwas so Selbstverständliches gesagt werden dürfe, ohne eine Entschuldigung hinzuzufügen, daß es überhaupt gesagt werde. Der genannte oberste Gerichtshof sieht eine hinreichende Rechtfertigung des von ihm seiner Entscheidung zu Grunde gelegten Satzes darin, daß ohne ihn die Sicherheit des bona-fide-Verkehrs untergraben werden würde. Bähr führt noch aus, in wie übler Lage der Gläubiger gewesen sein würde, wenn er sich, wie das die zweite Instanz wollte, mit dem negativen Vertragsinteresse hätte begnügen müssen, und schließt seine Ausführung mit den Worten: „Dem gegenüber kam in der Entscheidung der höchsten Instanz die hier vertheidigte Rechtsauffassung zur Anwendung. Es muß dem Rechtsgefühl des geneigten Lesers anheimgestellt bleiben, ob er nicht durch diese Entscheidung das Bedürfnis praktischer Gerechtigkeit in höherem Maße gelöst findet“. Ich fürchte, Rechtsgefühl und das Bedürfnis praktischer Gerechtigkeit sind für die positive Geltung eines Rechtssatzes sehr ungenügende Grundlagen. Entscheidungen dieser Art sind übrigens von großem Interesse. Sie eröffnen einen Blick in das Werden des Gewohnheitsrechts. Der Richter ent-

51) Im Folgenden wird nur noch erwogen, daß ein die *exceptio doli* begründender Sachverhalt nicht dargelegt sei, und daß es sich nicht um eine mit der Klage zu erzielende Bereicherung, sondern um Abwendung eines Vermögensverlustes handele.

scheidet, wie er entscheidet, nicht deswegen weil er für seine Entscheidung in den Bestimmungen des von ihm anzuwendenden Rechts einen Anhalt findet, sondern weil er nicht anders kann. Er bringt in seiner Entscheidung das Recht, welches in ihm lebt, zum Ausdruck, und ist überzeugt davon, daß er damit das Rechte thut. Bleibt sein Vorgehen nicht vereinzelt, und folgen andere Richter dem gleichen Drange, so ist das Gewohnheitsrecht fertig.

§ 16.

Ueber das Verhältniß der neueren Gesetzbücher zu dem in dieser Abhandlung besprochenen Lehrsatz bemerke ich Folgendes.

Das Preussische Landrecht, der Code civil und das Sächsische bürgerliche Gesetzbuch stehen durchaus auf dem Boden der auch jetzt noch herrschenden Ansicht. Der Code civil⁵²⁾ sagt einfach und ohne weitere Hinzufügung: »Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n' a été donné que par erreur«⁵³⁾. Das Preussische Landrecht und das Sächsische Gesetzbuch⁵⁴⁾ erklären die nicht ernstliche Willenserklärung und diejenige, welche in Folge eines Irrthums in einem wesentlichen Punkte mit dem wirklichen Willen nicht übereinstimmt, für ungültig, und geben dem anderen Contrahenten, welcher sie für gültig gehalten hat, nur einen Anspruch auf Schadenersatz⁵⁵⁾.

Dagegen findet sich im Oesterreichischen Gesetzbuch der Satz anerkannt⁵⁶⁾, daß der Vertrag „besteht“, „wenn der versprechende Theil selbst und allein an seinem wie immer gearteten Irrthum Schuld ist, es wäre denn, daß dem anneh-

52) Art. 1109.

53) Ebenso das Züricher Gesetzbuch § 926. „Ein wesentlicher Irrthum eines oder beider Contrahenten verhindert das Zustandekommen des Vertrags“.

54) A. L. R. I. § 4. § 52—56. 75—79. Sächf. bürg. Gesetzbuch § 91. 95. 843. 844.

55) Das Sächsische Gesetzbuch nur im Fall des Irrthums, das Preussische auch im Fall des Scherzes.

56) Art. 876.

menden Theile der obwaltende Irrthum offenbar aus den Umständen auffallen mußte". Unger⁵⁷⁾ nennt diese Vorschrift eine „bedauerliche“, und bemerkt, dieselbe sei „ebensowenig in theoretischer Beziehung zu rechtfertigen, als in legislativer zu billigen“.

Was die Entwürfe angeht, so findet sich keine Spur des neuen Lehrsatzes in dem Hessischen Entwurf (1853), dem Bayerischen Entwurf (1861), und ebensowenig in den Entwürfen des Schweizerischen Obligationenrechts von 1875, 1877 und 1878. Auch der Dresdener Entwurf (1864) behandelt den Irrthum schlechthin als Richtigkeitsgrund, macht jedoch (Art. 52) bei dem Erforderniß der Ernstlichkeit der Willenserklärung den Zusatz, daß sich der Erklärende auf den Mangel der Ernstlichkeit nur dann berufen könne, „wenn dem anderen Theil bekannt war, oder wenn er nach den Umständen erkennen konnte, daß die Willenserklärung keine ernstliche gewesen sei“.

57) Oesterr. Privatr. II S. 123.

IV.

**Ueber die Anwendung der Verpfändung auf
servitutes urbanae.**

Von

Herrn Dr. E. Hölder

Professor in Greifswald.

Daß die in L. 12 D. de pignoribus statuirte Anwendung der Verpfändung auf Prädialservituten einen Verstoß gegen den Grundsatz ihrer Unveräußerlichkeit nicht enthalte, darf wohl heutzutage als ziemlich allgemein anerkannt gelten. Entsteht doch im Falle jener Stelle ein Servitutenrecht erst durch den Pfandverkauf, wogegen nur scheinbar einen Widerspruch enthält die Bezeichnung der verkauften Servitut als einer vorher vom Pfandgläubiger besessenen (eis servitutibus creditor utatur . . et . . vendere eas vicino liceat). Indem es dieselbe Dienstbarkeit ist, welche zunächst dem Gläubiger gegenüber factisch und dann dem Käufer gegenüber zu Recht besteht, ist diese Identität eine solche nicht des Rechtes, sondern seines mit dem entsprechenden Besitzverhältnisse ihm gemeinsamen Inhaltes, wie denn jedes Recht zum entsprechenden Rechtsbesitze nicht im Verhältnisse des Objectes, sondern in dem des gleichen Inhaltes und Umfanges steht; der Servitutenbesitz ist ein Verhältniß, dessen thatsächlicher Inhalt und Umfang gleichkommt dem der entsprechenden Servitut zukommenden rechtlichen Inhalte und Umfange. Läßt sich hienach die Ver-

pfändung einer Prädialservitut d. h. die Ermächtigung zu ihrer Bestellung im Wege des Pfandverkaufes verbinden mit der sofortigen Einräumung des entsprechenden Servitutensbesitzes an den Pfandgläubiger, so ist andererseits nicht abzusehen, warum diese Verbindung eine nothwendige und die Verpfändung nicht auch ohne solche Besitzeinräumung möglich sein sollte. Erklärt sich aber L. 12 cit. nicht darüber, ob diese Möglichkeit wirklich besteht, so ist dieselbe zwar nicht ausdrücklich aber implicite anerkannt in der unmittelbar vorhergehenden L. 11 § 3, wo es heißt: *Jura praediorum urbanorum pignori dari non possunt; igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint.* Wenn hier für servitutes urbanae aus der Unmöglichkeit der Verpfändung mit Besitzeinräumung die der hypotheca abgeleitet wird, so ist der Schluß nicht nur ein naheliegender, sondern vom Standpunkte der justinianischen Compilation aus, welche diesem Ausspruche Marcians jenen anderen des Paulus unmittelbar folgen läßt, ein unabweislicher, daß bei rusticae servitutes die Verpfändung wie mit so auch ohne Besitzeinräumung möglich sei ¹⁾. Was aber die entgegengesetzte Behandlung der urbanae servitutes betrifft, so fragt sich 1. weshalb gibt es bei ihnen keinen Pfandbesitz und 2. inwiefern folgt daraus die Unmöglichkeit jeder sie betreffenden Verpfändung?

Die Unterscheidung der servitutes in rusticae und urbanae wird bekanntlich in der doppelten Weise verwendet, daß darunter verstanden werden theils die im einzelnen Falle theils die vermöge ihres Inhalts in der Regel mit Grundstücken der einen oder anderen Gattung verbundenen Servituten. Soweit aber Verschiedenheiten der rechtlichen Behandlung an jene Unterscheidung sich knüpfen, ist sie unstreitig im letzteren Sinne zu verstehen; niemand wird z. B. annehmen wollen, daß eine servitus tigni immittendi dann ohne usucapio libertatis ver-

1) Zugleich schließt die unmittelbare Aufeinanderfolge beider Stellen, durch welche urbanae und rusticae servitutes einander entgegengesetzt werden, die Annahme aus, daß beide Stellen in einem verschiedenen Sinne von Servitutenverpfändung reden.

jähre, wenn das betr. Gebäude zu einem Landgute gehört. Auf die Frage aber, welche Beschaffenheit denn die Servitut zur städtischen oder ländlichen mache, bedarf es um so mehr einer bestimmten Antwort, da die Zahl der einzelnen Servituten keine geschlossene ist. Der einzige neuere Schriftsteller, welcher bisher — nach dem Vorgange älterer — versucht hat, die Rustical- und Urbanalservituten durch ihren Inhalt zu bestimmen, ist Bangerow (Pand. § 339 Num. II). Er unterscheidet servitutes habendi, prohibendi und faciendi; die Servituten der beiden ersten Classen erklärt er für urbanae, die der letzten für rusticae. Die geringe Beachtung, welche diese Theorie gefunden hat, erklärt sich hauptsächlich daraus, daß sie keinen Zusammenhang zwischen den Prädicaten des städtischen und ländlichen einerseits und den angeblich durch sie bezeichneten Kategorien des Servituteninhaltes andererseits nachzuweisen vermocht hat. So richtig aber sodann diese Lehre bezüglich der negativen Servituten ist, welche in der That sämmtlich zu den urbanae gehören, so unzureichend und undurchführbar ist ihre Unterscheidung der servitutes habendi und faciendi. Nur bei der servitus aquaeductus, meint Bangerow, könnte ein Zweifel bestehen, ob sie nicht als serv. habendi anzusehen sei. Was er aber zur Zerstreung dieses Zweifels beibringt, daß es bei ihr nicht sowohl auf das habere des rivus als auf die Leitung von Wasser ankomme, das ließe sich mit demselben Recht von der unzweifelhaft städtischen servitus stillicidii sagen. In der That ist es nicht das habere schlechthin, sondern ein habere besonderer Art, was die affirmativen Urbanalservituten characterisirt, indem dieses habere in dem des praedium dominans enthalten ist; urbanae servitutes sind „die negativen und die im Zustande des servituthabenden Gebäudes sich verkörpernden“ (Hölder Instit. d. R. R. S. 116 B). Während das Landgrundstück theils der Erzeugnisse fremden Bodens, vor allem aber vermöge seiner so häufigen Entfernung von den öffentlichen Wegen und Gewässern der Möglichkeit des Transportes von Menschen, Vieh und Wasser über die Nachbargrundstücke bedarf — daher iter, actus via, aquaeductus die Prototypen

der Feldservituten —: so erscheint es umgekehrt als wesentliches Bedürfnis des in der Enge der Stadt gelegenen Grundstückes so zu sagen die Ellbogen frei zu haben; Raum, Licht und Luft sind daher die Bedürfnisse, welchen die städtischen Dienstbarkeiten dienen und zwar die affirmativen so gut als die negativen. Die durch die Servitut geregelte Beziehung zum Nachbar ist auf dem Lande wesentlich die positive der nachbarlichen Muthilfe, des gegenseitigen Auf-einander-angewiesen-seins, in der Stadt wesentlich die negative des Aufeinanderstoßens und der drohenden Collision; positive Dienstleistung ist es was das Landgrundstück, Freiheit der eigenen Entfaltung, was das städtische vom dienenden Nachbargrundstück fordert.

Die Richtigkeit dieser Entwicklung wird dadurch nicht alterirt, daß nicht jedes städtische Grundstück in der Stadt, nicht jedes ländliche auf dem Lande liegt. Wie die Servitut eine ländliche oder städtische ist, wenn sie Bedürfnisse befriedigt, die vorwiegend auf dem Lande oder in der Stadt sich fühlbar machen, so ist dasjenige Grundstück ein ländliches oder städtisches, für welches nach seiner wirthschaftlichen Bestimmung solche Bedürfnisse bestehen, sei es vermöge seiner Lage auf dem Lande oder in der Stadt, oder trotz seiner Lage in der Stadt oder auf dem Lande. Wie man vielfach es wunderbar findet, daß Servituten durch ihren Inhalt als rusticae oder urbanae sich charakterisiren sollten, obgleich sie eben so gut mit einem praedium urbanum als rusticum verbunden sein können; so könnte man es ebenso unmotivirt finden z. B. Wohnhäuser als praedia urbana zu bezeichnen, obgleich es deren auf dem Lande eben so gut gibt als in der Stadt. Sind aber die städtischen Servituten solche, deren vorwiegend städtische Grundstücke oder vorwiegend Wohngebäude und Baupläge bedürfen, so ist dabei nicht zu übersehen, daß ein vorwiegend städtisches Bedürfnis ist nicht nur die Befriedigung der speziell für die Stadt bestehenden Interessen, sondern ebenso die Befriedigung der für jedes Grundstück vorhandenen, für das städtische aber weniger leicht ohne besondere rechtliche Sicherung ihre Befriedigung findenden Interessen. So ist Licht und Luft dem Land-

gute nicht minder wesentlich als dem Wohngebäude; wohl aber besteht für jenes weit weniger die Gefahr der Verkümmernng und daher das Bedürfnis rechtlicher Sicherung dieser Güter. Ebenso ist umgekehrt das Interesse der Communication für das praedium urbanum ebenso vorhanden wie für das rusticum, pflegt aber für jenes durch seine Lage an der öffentlichen Straße ohne Servituten Befriedigung zu finden.

Die angedeutete Eigenthümlichkeit der städtischen Servituten kommt zum rechtlichen Ausdruck darin, daß es einen ihnen correspondirenden eigenen Servitutenbesitz nicht gibt; daß der Besitz derjenigen städtischen Servituten, quae in patiendo consistunt, nicht ein eigener ist neben dem des praedium dominans, sondern enthalten ist im Besitze des Gebäudes als eines über die Grenze des Nachbargrundstückes herrührenden, ist in unserer Litteratur schon mehrfach hervorgehoben worden; weniger scheint dagegen beachtet zu werden, daß den lediglich ein facere verbietenden Servituten ein Besitz überhaupt nicht entspricht. Wie sie aber den Berechtigten zu keinerlei uti befugen, so entspricht ihnen auch keinerlei usus, welcher wie jeder Besitz ein positives Verhältniß zum Besitzobjecte ist. Wäre doch sonst, wer einer freien Aussicht mit dem Entschlusse sich erfreut keinerlei Verkümmernng derselben sich gefallen zu lassen, Besitzer einer Servitut an allen Grundstücken, durch welche eine solche Verkümmernng möglicherweise droht. Daß im Widerspruch damit irgendwie vom römischen Rechte ein juristischer Besitz negativer Servituten anerkannt wäre, läßt sich nicht behaupten, insbesondere ist dies nicht der Fall in den beiden von Savigny angeführten Stellen (L. 15 D. de op. nov. nunt. 39, 1 und L. 45 de damno inf. 39, 2). Wenn sodann Savigny auch den Besitz der negativen Urbanalservituten auffaßt als enthalten im Besitze des Hauses, wenn er sagt: „wer z. B. das jus tigni immittendi oder altius non tollendi besitzt, hat eigentlich nur den Besitz eines Hauses, so oder anders modificirt“, so liegt auf der Hand, daß diese Behauptung auf das zweite Beispiel nicht paßt, indem am Zustande meines Hauses durch Erhöhung des Nachbarhauses nicht mehr verändert wird als etwa an dem meines

Landgutes durch Zerstörung der über das Nachbargrundstück mir zustehenden Straße oder Wasserleitung.

Aus dem Bisherigen ergibt sich für negative Servituten die Unmöglichkeit eines Pfandbesizes als einfache Consequenz des Umstandes, daß es einen solchen Servituten entsprechenden Besitz überhaupt nicht gibt. Dieselbe Unmöglichkeit ergibt sich sodann zwar nicht als eine rechtliche, aber als eine praktische für die übrigen urbanae servitutes. Um diese Unmöglichkeit einzusehen, darf man nur die in L. 12 geschilderte Bestellung eines Servitutenfaustpfands auf eine servitus urbana anwenden. Also A soll z. B. in einem Loche seiner Hauswand einen Balken seines Hauses stecken haben und dann soll er durch Pfandverkauf dem B das Recht bestellen einen Balken seines Hauses in jenem Loche stecken zu lassen. Während das Gehen über mein Grundstück sowie jeder andere Inhalt ländlicher Dienstbarkeiten für eine ganze Reihe von Grundstücken von Werth sein kann, hat jene städtische Servitut Bedeutung nur für ein ganz bestimmtes gerade am bestimmten Punkte an das meinige grenzendes Grundstück, so daß hier auch die durch die rechtliche Unveräußerlichkeit des Servitutrechtes nicht ausgeschlossene Uebertragung des Servituteninhaltes ohne Sinn ist. Ist hiemit die Unanwendbarkeit des Besitzpfandes auf urbanae servitutes hinreichend erklärt, so fragt sich noch mit welchem Rechte Marcian daraus die Unmöglichkeit jeder auf sie bezüglichen Verpfändung ableitet. Beruht nun bei negativen Servituten die Unanwendbarkeit des Besitzpfandes auf der Unanwendbarkeit des Besitzbegriffes, so ist jener Schluß ohne weiteres gerechtfertigt, falls jede Servitutenverpfändung durch die Möglichkeit eines Servitutenbesizes bedingt ist, falls n. a. W. die durch jene dem Gläubiger eingeräumte Servitutenbestellung durch quasi-traditio sich vollzieht. Daß nun während die Aelteren die Verpfändung der L. 12 als Bestellung einer Servitut an den Pfandgläubiger und den Pfandverkauf als Veräußerung jener Servitut aufzufassen pflegten, nimmt neuerdings G. p. p. e. r. t. (in diesem Arch. Bd. 49 S. 300. ff.) zwar gleichfalls an, daß in der Person des Gläubigers eine Servitut begründet werde, betrachtet aber

die Servitutenbestellung durch den Pfandgläubiger nicht etwa im Wege der in jure cessio vollzogen werden konnte, bedarf kaum der Erwähnung, da die in jure cessio nur durch den Eigenthümer selbst und nicht durch einen von ihm zur Servitutbestellung Ermächtigten vorgenommen werden konnte. Außer jenem civilrechtlichen Bestellsacte gab es die prätorischen der pactio und stipulatio einerseits, der quasi-traditio andererseits. Derjenige Servitutenbesteller aber, welcher den ersten Weg einschlug, mußte durch stipulatio die volle Garantie dafür übernehmen, daß der Erwerber von keiner Seite im Genusse des eingeräumten Servituteninhaltes gestört werde. So wenig nun der Pfandverkäufer einer Sache gleich einem sonstigen Verkäufer die volle Garantie für das habere licere übernimmt und übernehmen kann, so wenig war jener Weg der Servitutenbestellung für den Gläubiger practicabel, so daß ihm kein anderer modus der Bestellung übrig blieb als die quasi-traditio. War aber diese wie der Begriff der quasi-possessio auf negative Servituten nicht anwendbar, so erscheint

den Pfandverkauf nicht als eine besondere, sondern als eine durch Veräußerung des praedium dominans vollzogene Veräußerung der Servitut. Nach ihm enthalten

1. die Worte eis servitutibus creditor utatur nothwendig die Bestellung eines Serviturrechtes, da sie nur dessen Ausübung bezeichnen könnten; vgl. aber dagegen L. 5 § 3, L. 7 de it. 43, 19. In L. 7 cit. bedeutet der Ausdruck suo iure und ius fundi possedisse offensichtlich nur die Ausübung des Servituteninhaltes kraft eigener Machtvollkommenheit und nicht die Ausübung eines Serviturrechtes.
2. Die Worte si vicinum fundum habeat, welche nur eine Bedingung des Serviturrechtes können angeben, wollen, da ihre Beziehung auf ein Serviturrecht eine unerträgliche Trivialität ergäbe, sollen überhaupt nicht eine Bedingung des dem Gläubiger zur Sache zukommenden Verhältnisses angeben, denn es heißt: der Gläubiger soll sich der Servitut bedienen, falls er nemlich ein benachbartes Grundstück hat, so soll damit nur gesagt sein, daß die Servitut nur dem Gläubiger selbst und nicht einem späteren Erwerber jenes Grundstückes zustehen solle.
3. Heißt es: eis servitutibus creditor utatur et, si . . . pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat, so soll nicht nur jener Verkauf der Servitut ein Verkauf des betr. Grundstückes, sondern auch jener creditor ist diesem vicinus — den Göppert als Verkäufer sagt — identisch sein; dieses schwerlich in Uebereinstimmung mit dem Wortlaute der Stelle.

jede Verpfändung bezüglich derselben dadurch ausgeschlossen, daß der einzige zur Vollziehung des Pfandverkaufes zu Gebote stehende Act auf sie keine Anwendung litt. In Beziehung auf affirmative Urbanalservituten dagegen war der Vollzug des Pfandverkaufes durch quasi-traditio zwar nicht rechtlich unmöglich; es hatte aber eine zu ihm ermächtigende Verpfändung praktisch kaum einen Sinn. Nicht nur wäre in einem solchen Falle die Verkaufsgelegenheit und damit der Werth des Pfandrechtes äußerst beschränkt, sondern auch der allein zu Gebote stehende Bestellungsact der quasi-traditio höchst unpraktisch. Wer z. B. seinen Erker oder Balkon über das Grundstück des Nachbarn herüberraigen, wer sein Gebäude theilweise auf der Mauer des Nachbarn ruhen lassen möchte, der bedarf des betr. Rechtes schon, um jene Anlage errichten zu können; ihm ist unmöglich gedient mit einer bis zu ihrer Errichtung widerruflichen Gestattung, so daß auch für die Bestellung affirmativer Urbanalservituten durch den Pfandgläubiger die beiden Wege sich unpraktisch erweisen, auf welchen nach prätorischem und justinianischem Rechte die Einräumung eines Servituteninhaltes allein zur unwiderruflichen wird.

Gilt es nun aus dem Ausgeführten die Consequenzen für das heutige Recht zu ziehen, so kann dies nicht geschehen ohne Stellung zu nehmen zu der Streitfrage, ob dieses zur Servitutenbestellung quasi-traditio erfordere. Wird aber nach justinianischem Rechte die pactio zur unwiderruflichen, wenn entweder ein Garantievertrag mit ihr verbunden oder die tatsächliche Realisirung des Servituteninhaltes eingetreten ist, so folgt an sich aus der unterbliebenen Reception jenes Garantievertrages nur, daß heutzutage nicht mehr durch ihn, sondern nur noch durch quasi traditio Servituten entstehen, indem die nach R. R. bestehende Alternative der Stipulation und Tradition durch Wegfall jener erloschen ist. Dieser Schluß setzt aber voraus, daß jene Alternative für sämtliche Servituten bestand und diese Voraussetzung ist falsch, da wie wir gesehen haben die quasi-traditio bei negativen Servituten geradezu unmöglich und bei den übrigen urbanae wenigstens unpraktisch ist. Indem nun für diejenigen Servituten, für welche nur

der Weg der *pactio* und *traditio* offen stand, nicht etwa eine neue Form sich ausgebildet hat, sind wir allerdings berechtigt, aus dem Wegfall der *stipulatio* zu schließen, daß anstatt der römischen *pactio et stipulatio* jetzt die bloße *pactio* genügt. Muß aber jetzt die bloße *pactio* da genügen, wo sie nach R. R. nur in Verbindung mit der weggefallenen *Stipulation* und nicht auch mit der noch möglichen *quasi-traditio* eine *Servitut* erzeugt, so genügt sie selbstverständlich in allen Fällen, da die *Stipulation* ja in dem Sinne weggefallen ist, daß die bloße *Vereinbarung* jetzt dieselbe Wirkung hat, welche sie nach römischem Rechte in Verbindung mit jener hatte.

Genügt aber so die bloße *Vereinbarung* zur *Bestellung* von *Servituten*, so sind dadurch alle *Rechtsätze* weggefallen, welche das *Erforderniß* der *quasi-traditio* zur *Voraussetzung* hatten. Wurzelte also die *Unanwendbarkeit* der *Verpfändung* auf *Urbanalservituten* in der *Unanwendbarkeit* der *quasi-traditio*, so ist sie für uns weggefallen und gilt heutzutage für alle *Prädialservituten* die *Möglichkeit* ihrer *Verpfändung* im Sinne der *Ermächtigung* des *Pfandgläubigers* zu ihrer *Bestellung* im Wege des *Pfandverkaufes*.

V.

Wiederaufnahme des Verfahrens und Urtheilsnichtigkeit nach der Reichsivilprozeßordnung.

Von

Herrn Dr. Theod. Schwalbach

in Straßburg.

Sowohl die Motive als die Commentare zur R.C.P.O., auch Fittings „Reichsivilproceß“, nehmen eine innere Verschiedenheit der beiden zur Wiederaufnahme eines rechtskräftig beendeten Verfahrens dienenden Klagen, der „Nichtigkeitsklage“ und der „Restitutionsklage“ an; eine Verschiedenheit, die dem Gegensatz der querela nullitatis (insanabilis) und der in integrum restitutio contra rem judicatam im gemeinen Civilproceß entspreche. Der Grund der Zusammenfassung beider Rechtsbehelfe als „Wiederaufnahme des Verfahrens“ sei, daß beide im Unterschied von den „Rechtsmitteln“ (Berufung, Revision, Beschwerde) gegen rechtskräftige Endurtheile gerichtet sind, und „äußerlich“ übereinstimmen, nämlich denselben processualen Grundsätzen folgen. Außer der „inneren“ Verschiedenheit beider wird noch hervorgehoben, daß die Nichtigkeitsklage eine stärkere Wirkung habe¹⁾.

Nach dieser stärkeren Wirkung der Nichtigkeitsklage, — um den einfacheren Punkt vorwegzunehmen —, wird man sich in

1) Motive zu § 517 des Entwurfs, Commentare zu § 541 des Gesetzes.

unserem Gesetze vergeblich umsehen. Beide Klagen haben, wenn sie siegreich durchgeführt werden, erneute Verhandlung der bereits rechtskräftig entschiedenen Sache, soweit sie von dem Anfechtungsgrunde betroffen wird, zur Folge²⁾. Ihre Wirkung ist also ganz dieselbe. Freilich wird in den Fällen der Nichtigkeitsklage³⁾ der Anfechtungsgrund regelmäßig das Verfahren in weiterem Umfang ergreifen als in den meisten Fällen der Restitutionsklage⁴⁾; ein begrifflicher Unterschied besteht jedoch nicht. Daß die Nichtigkeitsklage, wenn sie durchdringt, die Restitutionsklage gegenstandslos mache, ist nicht zu bestreiten, beweist aber keine größere Macht jener. Denn würde, wo beide Klagen begründet sind, die Restitutionsklage durchgeführt, so machte ebenfalls das neue Urtheil die Nichtigkeitsklage gegenstandslos, und nur Mängel des erneuten Verfahrens könnten noch zu einer Nichtigkeitsklage wie zu einer Restitutionsklage Anlaß geben. Die Vorschrift des §. 541 Abs. 2:

Werden beide Klagen von derselben Partei oder von verschiedenen Parteien erhoben, so ist die Verhandlung und Entscheidung über die Restitutionsklage bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Nichtigkeitsklage auszu-
 sehen.
 verleiht weder der Nichtigkeitsklage eine stärkere Wirkung, noch läßt sie auf das sonstige Vorhandensein einer solchen schließen. Sie ordnet lediglich die Reihenfolge, in der verschiedene, gleichwerthige Gründe zur Wiederaufnahme des Verfahrens verhandelt und erledigt werden sollen. Zunächst ist die Frage zur Entscheidung zu bringen, ob überhaupt das Gericht vorschriftsmäßig besetzt, kein ausgeschlossener oder abgelehnter Richter betheiligt, die Partei nach den Gesetzen vertreten war; und nur wenn diese Grundlagen des Verfahrens richtig befunden sind, kommt zur Verhandlung ob das Urtheil durch strafbare Handlungen herbeigeführt, oder durch das Nichtbenutzbarsein einer Urkunde bedingt wurde.

Die stärkere Wirkung der Nichtigkeitsklage dürfte sonach

2) C. P. O. § 553.
 3) § 542 Nr. 1-4.
 4) § 543 Nr. 1-7.

unfindbar sein; wie steht es aber mit ihrem inneren Gegensatz zur Restitutionsklage? Paßt auf beide in der That die Charakterisirung bei Wilimowski und Levy Commentar S. 418?

Während die Nichtigkeitsklage sich als ein Ausfluß des *jus strictum* darstellt, dazu bestimmt, die Folgen einer Sentenz zu beseitigen, welche nur den äußeren Schein eines richterlichen Urtheils für sich hat, in Wahrheit aber ein solches nicht ist oder nicht sein darf, ist die Restitutionsklage dagegen prätorischer Natur, ein Institut der *aequitas*, gegeben zur Beseitigung der Härten einer an sich formell und materiell richtigen Sentenz *ex justa causa restitutionis*.

Es ist unseres Erachtens völlig unzulässig diesen römischrechtlichen Gegensatz in die Bestimmungen der C.P.D. über die Wiederaufnahme hineinzutragen.

Wenn ein Urtheil, wogegen nach § 542 die Nichtigkeitsklage stattfindet, in Wahrheit kein Urtheil wäre, wenn es nichtig wäre in dem Sinne wie ein Rechtsgeschäft des Privatrechts, von dessen Erfordernissen eines fehlt, so bedürfte es der Nichtigkeitsklage überhaupt nicht. Gegen die Vollstreckung des Pseudo-Urtheils müßte dessen Nichtigkeit ebensowohl geltend gemacht werden können, wie die Nichtigkeit eines Wechsels gegen die Wechselklage. Ferner würde die nichtige Abweisung den Kläger nicht hindern, seine Klage zu erneuern, denn er könnte die *exceptio rei judicatae* durch den Hinweis auf die Nichtigkeit entkräften. Aber außer dieser römischen Art, sich auf die Nichtigkeit zu berufen, wäre durch C.P.D. § 251 auch die canonische Klage auf richterlichen Ausspruch, daß ein Urtheil nichtig sei, gewährt: man könnte auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer gegnerischen *actio judicati*, auf Feststellung der Consumtion oder Fortdauer einer judicirten Klage antragen.

Niemand wird glauben, daß dies nach der C.P.D. Rechtsens sei. Die Motive sagen, daß die im Entwurf aufgenommenen Gründe der Nichtigkeitsklage Mängel sind, welche die Grundlagen jedes Urtheils angreifen und darum nicht ausschließlich auf den Weg des „Rechtsmittels“ verwiesen werden können;

„die Nichtigkeitsgründe würden, wenn sie nur mit einem Rechtsmittel geltend gemacht werden könnten, bei allen in letzter Instanz ergangenen Urtheilen nicht gerügt werden können, obgleich diese als solche keine höhere Rechtsbeständigkeit in Anspruch nehmen können als andere Urtheile“⁵⁾. An eine Geltendmachung der „Nichtigkeit“ auf Grund des § 231 oder »incidenter«, (wie es im canonischen Proceß heißt), nämlich durch Einrede oder Replik wird nicht im entferntesten gedacht. Auch heißt es weiter⁶⁾:

„Der nothwendige Schutz der Rechtskraft der Urtheile erfordert die Bestimmung einer Nothfrist für die Erhebung der Klagen“.

Was würde aber die Nothfrist als zeitliche Beschränkung bei der Nichtigkeitsklage nützen, wenn die „Nichtigkeit“ auch nachher noch in obiger Weise vorgebracht werden dürfte?

Die geschichtliche Entwicklung der Nichtigkeitslehre hat folgenden Gang genommen: Nach römischem Recht war die Behauptung: *judicatum non esse* gegenüber *actio* oder *exceptio iudicati* nicht bloß zulässig, wenn gar kein Proceß geführt, kein Urtheil de eadem re gefällt worden war, sondern auch wegen gewisser schwerer Mängel des Urtheils, des vorhergegangenen Verfahrens oder seiner Grundlagen. Die eigenthümliche Folge dieser Mängel bestand gerade nicht in der Erzeugung einer Nichtigkeitsklage (wenigstens erscheint die *revocatio* in duplum und die spätere *querela*, falls es solche überhaupt als selbständige Klagen gab, mehr als secundäres Mittel, das zu dem naturgemäßen der incidenten Geltendmachung hinzutritt), sondern darin, daß sie die Appellation unnöthig machten (»quando provocare non est necesse«), weil eben das nichtige Urtheil der Rechtskraft gar nicht fähig war. Der gemeine deutsche Proceß übernahm aus dem canonisch-romanischen die der 30jährigen Klagenverjährung unterworfenen *querela nullitatis*, neben welcher Einrede und Replik der Nichtigkeit als unverjährbare Rechtsbehelfe beibehalten wurden⁷⁾.

5) Motive zu § 518 des Entwurfs.

6) zu § 524 des C.

7) Wehrell, System 3. Aufl. S. 784. Linde, Handbuch II § 264.

Nach dem J.N.M. von 1654, § 121, blieb betreffs der f. g. heilbaren Nichtigkeit zweifelhaft, ob nach Ablauf des Appellationsfatalis mit der Querel auch die anderweitige Rüge der betreffenden Mängel ausgeschlossen sein sollte, was das legislatorisch Richtige gewesen wäre und meist angenommen wird, oder ob, wie Linde⁸⁾ meint, nur die Querel auf das *decendium* beschränkt wurde, wofür sich anführen läßt, daß der J.N.M. seinem Wortlaut nach nicht aus *sententiae nullae* gültige Urtheile machen will, sondern nur betreffs Einlegung des Rechtsmittels die *sententia nulla* der *sententia iniqua* gleichstellt. Je zahlreicher die Nichtigkeitsgründe geworden waren, um so dringender erforderte aber die Rechtsicherheit eine Beschränkung in deren Geltendmachung. Particularrechte bestimmten für *incidente* Berufung auf Nichtigkeit eine Frist oder ließen mit der Querel auch Einrede und Replik verjähren⁹⁾. In Frankreich¹⁰⁾ hat sich schon früh die Regel des *palais* gebildet: *Les voies de nullité n'ont pas lieu en France, d. h. kein Urtheil ist an sich nichtig, es gibt keine Einrede oder Replik der Nichtigkeit, sondern nur Klage auf Cassation.* Im Code de procédure civile findet sich als einzige Ausnahme von diesem alten Satz der Art. 344:

Dans les affaires qui ne seront pas en état toutes procédures faites postérieurement à la notification de la mort d'une des parties seront nulles.

Von den neueren deutschen P.D. bestimmte schon die preußische A.G.D. I. Tit. XVI § 10:

Dagegen soll aber auch, so lange die Nullität eines (mit der Nullitätsklage) angefochtenen Erkenntnisses nicht rechtskräftig feststeht, dergleichen Erkenntniß alle Wirkungen eines rechtskräftigen *Judicati* haben.

Hier ist die einzige Ausnahme der Fall mangelnder Prozeß-

8) Handbuch II S. 549. 550.

9) Bayerische Gerichtsordnung (1520) Cap. XVI § 2. Württembergisches Landrecht Tit. LVI § 2. Hessische Proceßordnung von 1724. Ueber die österreichische Gerichtsordnung von 1781: Pratobevera Materialien VI S. 199.

10) Schind Comm. zur franz. Civilprozeßordnung III S. 599.

vollmacht. Die P.D. dieses Jahrhunderts kennen keine wichtigen Urtheile mehr, sondern nur noch revisible oder mittels Nichtigkeitsklage cassirbare. Art. 736 der württembergischen P.D. sagt ausdrücklich:

Nichtigkeitsgründe können vor den Gerichten nicht im Wege der Einrede oder Replik, sondern nur mittelst der Nichtigkeitsklage oder Berufung verfolgt werden.

Der neue Rechtsproceß zeigt uns einerseits die Revision, von der man schwerlich behaupten wird, daß sie es mit wahrhaft wichtigen Urtheilen zu thun habe, (denn sie finden wegen jeder unrichtigen Rechtsanwendung, jedoch nur gegen Berufungskennnisse der Oberlandesgerichte und nur in erwachsenen Sachen statt, ist auch wie die Berufung an einmonatliche Nothfrist gebunden), — andererseits die Nichtigkeitsklage. Die Revision läßt sich als eine auf Rechtsfragen beschränkte Appellation bezeichnen. Die Nichtigkeitsklage ist eine Klage auf Aufhebung eines rechtskräftigen Urtheils wie die Restitutionsklage. Von ipso jure platzgreifender Nichtigkeit ist keine Spur zu entdecken.

Nicht nur, wenn es einer Klage bedarf, um einem Urtheil seine Verbindlichkeit zu nehmen, sondern bereits wenn die vertheidigungsweise und replicatorische Berufung auf die Nichtigkeitsgründe auch nur zeitlich beschränkt ist, kann von wahrer Nichtigkeit nicht gesprochen werden. Die Heilung der Nichtigkeit, sowie ihre Verwandlung in Unfechtbarkeit, durch Zeitablauf, ist eine der unnatürlichsten Vorstellungen. Die leere Zeit kann durch ihr Dahinfließen nichts erzeugen: überall ist ein Handeln oder Unterlassen, ein Ereigniß oder Zustand, wofür eine bestimmte Dauer nothwendig sein mag, das rechtlich Wirkende. Wo kein Urtheil ist, entsteht durch den Ablauf einer Frist gewiß keines; dagegen kann die Unfechtbarkeit eines wirklichen Urtheils auf eine Frist beschränkt sein.

Die moderne Rechtsentwicklung hat nun die Nichtigkeitsgründe der Urtheile zu Unfechtungsgründen herabgesetzt und der Unfechtung zeitliche Grenzen gesetzt ¹¹⁾. Daß rechtswidrig

11) Sehr deutlich tritt dies in den Strafproceßordnungen hervor, wo die Begriffe und Namen der Berufung und der Nichtigkeitsbeschwerde

zustandegekommene Urtheile darum zunächst verbindlich sind und möglicherweise unumstößliche Geltung erlangen können, ist im Interesse der Rechtsgewißheit geboten. Das römische „System der Vitiosität“ (magistratus vitio creatus nihilo secius magistratus), dessen praktische Vorzüge, im Gegensatz zu dem „dogmatischen Schein des absoluten Nichtigkeitsystems“, Thering für Privat- und öffentliches Recht so glänzend beleuchtet hat, — das auch die katholische Kirche z. B. in der Lehre von der Irregularität und im Eherecht befolgt, — das von Gerber und Laband auf die Theorie der constitutionellen Gesetzgebung angewandt wird, — dasselbe sehen wir hier in der Beziehung auf Urtheile, für welche nicht minder als für Eigenthumsübertragungen, Verkehrsobligationen, Beamtenernennungen, Gesetzgebungsakte u. s. w. die Gültigkeit nur von wenigen, möglichst leicht erkennbaren Momenten abhängen darf. Dies bedeutet aber eine Verminderung der *Proceßvoraussetzungen*. Nach der C.P.D. ist für die Gültigkeit eines Urtheils geradezu die einzige Voraussetzung, daß es von einem Gericht gegen eine Partei ergeht: selbst das gegen eine gar nicht vertretene proceßunfähige Partei ergangene Urtheil ist nicht nichtig, sondern bloß anfechtbar, s. u. S. 130 f. Gerade bei Urtheilen ist ja ihr gesetzmäßiges Zustandekommen durch die Gerichtsverfassung im Allgemeinen vorzüglich verbürgt; wir haben solche Gerichte, daß die Gesetzgebung deren Urtheile für ausnahmslos gültig und auch in den schlimmsten Fällen bloß für anfechtbar erklären darf.

Die Verfasser der Commentare zur C.P.D. werden wohl, obgleich sie den Gegensatz des nichtigen und des unbilligen Urtheils durch die beiden Klagen zur Wiederaufnahme des Verfahrens repräsentirt finden, über die Geltendmachung der „Nichtigkeitsgründe“ derselben Ansicht sein wie wir. Nur Siebenhaar¹²⁾ gedenkt einer besonderen Kategorie „ipso jure nichtiger“ Urtheile, die auch im Reichsrecht noch vorkomme.

durcheinandergehen (Planck, System. Darstellung d. deutsch. Strafverf. § 173) und an andre als klagweise Geltendmachung der „Nichtigkeit“, etwa durch Nothwehr gegen die Urtheilsvollstreckung, nicht zu denken ist.

12) Comm. S. 524 f.

Sententiae nullae, so daß es keines Rechtsmittels bedarf, sollen die sein, welche an einem unheilbaren Mangel leiden, z. B. wenn das Gericht seine sachliche Competenz überschritten oder eine nicht vertretene proceßunfähige Person verurtheilt oder gegen verbietende Gesetze entschieden hat. So im Text des Commentars. In der Anmerkung sagt S.: „Ein ipso jure nichtiges Urtheil ist dasjenige, dessen Inhalt unzweifelhaft unrichtig ist oder gegen ein verbietendes Gesetz verstößt“. Die drei römischen Classen solcher Urtheile,

1) Urtheile, die etwas anordnen, was überhaupt nicht geschehen oder nicht Gegenstand einer Verpflichtung sein darf,

2) Urtheile, die Rechnungsfehler und dergl. enthalten,

3) Urtheile contra jus in thesi clarum, — seien die einzigen Kategorien ipso jure nichtiger Urtheile. Bleibt hiernach der Zweifel unlösbar, ob S. die im Text genannten anderen Fälle „unheilbarer Mängel“ mit hierherrechnen will oder nicht, so ist ihm doch jedenfalls schlechthin zu widersprechen. Was mangelnde Vertretung Proceßunfähiger betrifft, so schließt §. 542 Nr. 4 auch diesen Fall ein; es bedarf auch hier der Nichtigkeitsklage, s. u. S. 130 f. Warum aber die Ueberschreitung der sachlichen Competenz das Urtheil ipso jure nichtig machen soll, während die Ueberschreitung der räumlichen Competenz nicht einmal Grund zur Nichtigkeitsklage gibt, und auch ein unwortschriftsmäßig besetztes Gericht nicht ipso jure nichtig verfährt, bleibt unerklärt. Soll etwa der vom Amtsgericht unter Competenzüberschreitung Verurtheilte von der Berufung entbunden sein, das Urtheil ignoriren dürfen? Schreibfehler, Rechnungsfehler und ähnliche offenbare Unrichtigkeiten sind nach § 290 vom Gerichte zu berichtigen: es gilt also weder das fehlerhafte Urtheil als überhaupt nicht vorhanden, noch gilt ipso jure schon dasjenige Urtheil, welches nach Berichtigung des Fehlers herauskommt. Für Urtheile contra jus in thesi clarum würden zum Theil Berufung und Revision ausreichen. Von den höchsten Gerichtshöfen setzt der Gesetzgeber nicht voraus, daß sie jemals gegen einen bekannten und unstreitigen Rechtsatz entscheiden, und der Urtheile, die etwas Verbotenes oder nicht als Verpflichtung Uebernehmbares anordnen, gedenkt er ebenso

wenig, wie etwa des Falls, daß ein Gerichtshof betrunken, ein Richter geisteskrank oder taub sei. Bemerkenswerth ist, wie das französische Recht, während es nichtige Urtheile (mit der einen Ausnahme des Art. 344 f. o.) nicht kennt, Schieds-
sprüche nichtig sein läßt, wenn sie z. B. über die Partei-
anträge hinausgehen oder gegen den Schiedsvertrag verstoßen¹³⁾. Bei richterlichen Urtheilen wird dagegen ein ähnliches Vor-
kommen nicht als möglich berücksichtigt. Unsere C.P.O. ist in der Gleichstellung des Schiedspruchs mit dem Urtheil so
weit gegangen, daß sie selbst für jenen keine wahren Nichtig-
keits-, sondern nur Aufhebungsgründe aufstellt. Hierunter be-
finden sich folgende;

- wenn das Verfahren unzulässig war,
- wenn der Schiedspruch die Partei zu einer Handlung
verurtheilt, deren Vornahme verboten ist,
- wenn der Partei in dem Verfahren das rechtliche Gehör
nicht gewährt war,
- wenn der Schiedspruch nicht mit Gründen versehen ist.

Gilt schon ein Schiedspruch der an solchen Mängeln leidet, nicht als nichtig, so kann um so weniger ein mit staatlicher
Autorität ergangenes Urtheil um deren willen als nicht vor-
handen angesehen werden: die Nichterwähnung derselben unter
den Gründen der Nichtigkeitsklage bedeutet ihre Verweisung
in die Berufungs- und Revisionsgründe, nicht die Ipso-jure-
Wirkung, die ihnen zukommen müßte, wenn ihr wirkliches Vor-
kommen einige Wahrscheinlichkeit hätte. Somit kann die Mög-
lichkeit ipso jure nichtiger Urtheile nach dem Reichsproceßrecht
überhaupt nicht zugegeben werden.

Unsre eigene Auffassung der Nichtigkeitsklage, als einer
von der Restitutionsklage nicht wesentlich verschiedener Anfech-
tungsklage gegen gültige Urtheile, bedarf noch näherer Be-
stimmung. Zwischen dem Falle § 542 N. 4 und den übrigen
„Nichtigkeitsgründen“ (N. 1—3) besteht nämlich ein viel grö-
ßerer Gegensatz, als der angeblich so große zwischen Nichtig-
keits- und Restitutionsklage. In allen Fällen der letzteren

13) Code de proc. civ. Art. 1028.

und in den „Nichtigkeitsfällen“ Nr. 1—3 handelt es sich um ein gegen die Partei ergangenes und rechtskräftig gewordenes, für sie vorerst bindendes Urtheil. In dem Falle § 542 Nr. 4 dagegen besteht zwar ein Urtheil, aber da die Partei in dem vorangegangenen Verfahren nicht nach den Vorschriften der Gesetze vertreten war, ist es für sie zunächst nicht verbindlich. Gleichwohl ist es nicht in dem Sinne nichtig, als wenn es gar nicht vorhanden wäre. Denn erstens convalescirt es, (wie ein imperfektes Rechtsgeschäft durch einen ergänzenden Umstand), wenn die Partei die Proceßführung genehmigt¹⁴⁾ Zweitens verleiht ihm nach § 549, Abs. 3 die Zustellung an die betreffende Partei Gültigkeit: vom Tage der Zustellung an bedarf seine Verbindlichkeit keines weiteren positiven Momentes, sondern es ist nur Anfechtung binnen Nothfrist gestattet, wie in den andern Fällen der Nichtigkeitsklage und in denen der Restitutionsklage. Da nun in allen diesen andern Fällen der Wiederaufnahme des Verfahrens die Nothfrist erst nach Eintritt der Rechtskraft zu laufen beginnt¹⁵⁾, also bei *e r s t i n s t a n z l i c h e n* Urtheilen erst einen Monat nach Zustellung des Urtheils¹⁶⁾, außer bei denjenigen Verschäumnißurtheilen, gegen welche keine Berufung zulässig ist¹⁷⁾, — so kommt doch für alle Urtheile, mit Ausnahme der letztgenannten Kategorie, dasselbe heraus, was im Falle mangelnder Parteivertretung gilt: erst durch die Zustellung des Urtheils wird dieses soweit perfekt, daß ihm nach Ablauf der Rechtsmittelfrist Vollstreckbarkeit und nach Ablauf der Nothfrist für die Wiederaufnahme des Verfahrens Unanfechtbarkeit zukommt. Nur wenn ein mit „Rechtsmitteln“ nicht anfechtbares Urtheil (ein inappellables Verschäumnißurtheil der ersten, ein irrevifibles Verschäumnißurtheil der zweiten Instanz, letztinstanzliches Berufungs- oder Revisionsurtheil: § 474, § 529, § 507) Gegenstand der Nichtigkeitsklage wird, steht der Fall mangelnder

14) § 542. Nr. 4.

15) § 549, Abs. 2.

16) §§ 477. 514.

17) § 474.

Parteivertretung den übrigen praktisch so schroff gegenüber, daß dort, so lange das Urtheil nicht zugestellt wird, die Nichtigkeitsklage in alle Ewigkeit gestattet bleibt, hier aber die Wiederaufnahme nach 5 Jahren ausgeschlossen ist. Bei anderen Urtheilen hat das *Unterbleiben* der Zustellung in allen Fällen die Folge, daß die Wiederaufnahme des Verfahrens allezeit möglich bleibt, — und wenn die Zustellung erfolgt, ist gerade in dem ausgezeichneten Falle des § 542 N. 4 die Wiederaufnahmeklage enger begrenzt, als in den übrigen. Die Nothfrist läuft dann nämlich vom Tage der Zustellung an, in jenen anderen Fällen der Wiederaufnahmeklage dagegen erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist und nach erlangter Kenntniß des Anfechtungsgrundes. Für das zugestellte Urtheil ist also die Nothfrist der Nichtigkeitsklage gerade in dem Falle des § 542 N. 4, (wo man am ehesten wahre Nichtigkeit erwarten könnte, vgl. preussische N.G.D. I. Tit. XVI § 10), gleich den Rechtsmittelfristen auch *ratione initii* ein *tempus continuum*, während sonst die Nothfrist bei der Wiederaufnahme *ratione initii* utiliter berechnet wird und darauf der Charakter der Nichtigkeits- und Restitutionsklage als *außerordentlicher* Rechtsbehelfe beruht.

Mußten der Nichtigkeitsklage sowohl die stärkere Wirkung, als die Richtung gegen ein *nichtiges* Urtheil abgesprochen werden, so bleibt zu untersuchen, ob, trotz der daraus folgenden Gleichartigkeit derselben mit der Restitutionsklage, zwischen den Gründen beider Klagen solche Unterschiede bestehen, die deren Entgegensetzung rechtfertigen. Hier zeigt sich, daß die moderne Restitutionsklage mit der *restitutio in integrum contra rem judicatam* kaum noch zusammenhängt. Diese war die Anwendung der prätorischen Restitution auf Urtheile, die auf diesem Wege ebenso wie benachteiligende Rechtsgeschäfte oder sonstige Rechtsverluste des Privatrechts, aus Rücksicht auf bestimmte Eigenschaften und Zustände des benachteiligten Subjekts, deren Folge sie waren, rückgängig gemacht werden konnten. *Minor aetas* einerseits, bei *maiores* dagegen gerechtfertigte Abwesenheit und analoge Fälle schuldloser Versäumniß waren die *justae causae* der Restitution. Betreffs der

letzteren Classe ist fraglich, ob schon nach römischem Recht auch schuldlose Unkenntniß von Rechtsbehelfen und Beweismitteln Restitution begründen konnte. Bei den Fällen des § 543 handelt es sich dagegen in N. 1 bis 5 gar nicht um persönliche Zustände der Partei, sondern von einer Verfälschung der Urtheilsbildung, von rechtswidrigem, ja strafrechtswidrigem Zustandekommen der Entscheidung durch Falschheit, Urkundenfälschung, Bestechung, Rechtsbeugung, Betrug und dergl. Inwiefern es nun noch einen Sinn haben soll, ein solches Urtheil als „formell und materiell richtig“ und nur seiner Härte wegen aus Billigkeit aufhebbar zu bezeichnen und die Entscheidung eines nicht vorschriftsmäßig besetzten Gerichts, welche ja inhaltlich ganz dem Rechte gemäß sein kann, als nichtig, obwohl auch sie bloß durch Klage innerhalb der Nothfrist anfechtbar ist, bleibt unerklärlich. Auch stellen die sächsischen P.D.¹⁸⁾ und die A.G.D. Preußens die falschen Urkunden und Zeugenaussagen unter die Gründe der Nichtigkeitsklage. Zudem setzt nach § 544 die Restitutionsklage betreffs jener das Urtheil bedingenden Strafthaten eine rechtskräftige Verurtheilung voraus, sofern nicht derselben andere Gründe als Mangel an Beweis entgegenstehen, — ein Beleg dafür, wie wenig die subjektive Schuldlosigkeit der benachtheiligten Partei, wie vielmehr die objektive Verfälschung des Processes Anfechtungsgrund ist. In N. 6 des § 543 sind nicht Verbrechen die Grundlage des zu beseitigenden Erkenntnisses, sondern ein strafgerichtliches Urtheil, das nachmals als irrig aufgehoben worden ist. Es gilt die Folgen des irrthümlichen Strafurtheils auch für die indirekt dadurch benachtheiligte Civil-Partei wieder aufzuheben, den Widerspruch zwischen dem neuen strafgerichtlichen Urtheil und dem Civil-Urtheil zu beseitigen, allerdings im Interesse und auf Antrag der Partei, aber nicht um ihrer subjektiven Schutzwürdigkeit willen. Endlich ist selbst in N. 7 des § 543 nicht die schuldlose Unwissenheit oder Vertheidigungsunfähigkeit der Partei für die Zuständigkeit der Restitutionsklage entscheidend; denn nur wegen neu aufgefundener oder benutzbar

18) Binde, Handbuch II S. 180 f.

gewordener Urkunden (N. 7. a. „ein in derselben Sache erlassenes rechtskräftiges Urtheil“, b. „eine andere Urkunde“), also der objectivsten Beweismittel, wird die Restitutionsklage gegeben: nicht aus prätorischem Mitleid gegen die schuldlos unterliegende Partei wird sie in integrum restituit, sondern das Verfahren wird wieder aufgenommen, weil jetzt erst die zu einer richtigen Entscheidung nothwendigen Erkenntnismittel benutzbar geworden sind. Nur negativ kommt der subjektive Zustand der Partei in Betracht, indem sie im Falle des Verschuldens von der Restitutionsklage ausgeschlossen ist. (Nach der bairischen P.D. „Nichtigkeitsklage“, nicht „Wiederaufnahme des Verfahrens“, wenn das Urtheil gegen eine in der nämlichen Sache früher ergangene rechtskräftige Entscheidung verstößt! Art. 788).

Die prätorische in integrum restitutio ist von den modernen Gesetzgebungen auf dem privatrechtlichen Gebiete abgeschafft worden, weil sie zum Theil entbehrlich, ja schädlich war, zum Theil durch Institute normaleren Charakters ersetzt werden konnte. Unser neuer Civilproceß kennt eine wahre Wiedereinsetzung in den vorigen Stand¹⁹⁾ nur gegen die Versäumniß von Fristen innerhalb des Proceßes in Folge unabweidbarer Zufälle. Als Mittel gegen benachtheiligende Urtheile bietet er einerseits bei Versäumnißurtheilen den Einspruch der keine justa causa voraussetzt, andererseits die Restitutionsklage, die viel mehr und anderes voraussetzt, als die alte restitutio in integrum, nämlich objectiv verfälschte oder anderweitig qualifizirt mangelhafte Urtheilsgrundlagen, während das subjektive Moment, die Schuldlosigkeit der benachtheiligten Partei nur in dem einen Falle § 543 N. 7 noch von Bedeutung ist. Durch diese Umwandlung der Restitution, und durch die oben geschilderte Ersetzung der Nichtigkeit durch die Vernichtbarkeit, sind nun innerlich, nicht bloß äußerlich die schließlichen Gestalten, die zwei ganz verschiedene Rechtsinstitute angenommen haben, zusammengefloßen.

19) Ueber deren eigenthümliches Wesen s. die kurze Ausführung von Unger Oesterr. Privatr. II. § 134.

Der Unterschied zwischen Nichtigkeitsklage und Restitutionsklage wäre weder in deren Wirkung noch in ihren Gründen nachzuweisen: er findet sich nur in negativen Bedingungen ihrer Zulässigkeit. In den Fällen, wo die auf Wiederaufnahme des Verfahrens gerichtete Klage „Restitutionsklage“ genannt wird, ist sie nach § 542 nur gestattet, „wenn die Partei ohne ihr Verschulden außer Stande war, den Restitutionsgrund in dem früheren Verfahren, insbesondere durch Einspruch oder Berufung oder mittels Anschließung an eine Berufung geltend zu machen“. Die „Nichtigkeitsklage“ dagegen findet in den Fällen N. 2 und 4 des § 542 ohne derartige Bedingungen statt; in den Fällen N. 1 und 3 ist sie ausgeschlossen, wenn die „Nichtigkeit“ mittels eines „Rechtsmittels“ geltend gemacht werden konnte. Also auch hier kein diametraler Gegensatz zwischen beiden Klagen, sondern eine Abstufung zwischen drei Gruppen von Wiederaufnahmefällen. Daß das Verschulden der Partei bei der Nichtigkeitsklage niemals in Betracht kommt²¹⁾, hat übrigens eine doppelte praktische Bedeutung: Einmal kann Nichtigkeitsklage zulässig sein, obwohl die Partei durch eigene Schuld einen Rechtsbehelf veräußert hat, — (so betreffs des Einspruchs in allen Fällen der Nichtigkeitsklage, betreffs der „Rechtsmittel“ in den Fällen N. 2 und 4), — sodann aber kann die Nichtigkeitsklage ausgeschlossen sein, trotzdem die Partei ohne Schuld ein Rechtsmittel veräußerte, (so in den Fällen N. 1 und 3). Hierdurch wird aber die Ansicht wiederlegt, als ob in der Nichtrücknahme auf die Schuldllosigkeit der Partei der Natur des absolut nichtigen Urtheils im Gegensatz zum bloß unbilligen Rechnung getragen werden sollte.

Die Wiederaufnahme des Verfahrens ist, so können wir das Ergebnis zusammenfassen: erstens ein innerlich einheitliches Institut²²⁾, das keinen solchen Gegensatz wie den der

20) C.P.D. §§ 210. 211.

21) L. Seuffert Commentar, 5. Bemerkung zu § 542.

22) Und zwar ein rein processuales Institut, nicht wie die außerordentlichen Rechtsmittel des gemeinen Civilprocesses (Wegeß System

136 Sch w a l b a c h: Wiederaufnahme d. Verfahrens u. Urtheilsnichtigkeit.

Nichtigkeit und der Aufhebbarkeit in sich birgt, — zweitens ist sie in den Einzelheiten mehr differenzirt, als ihre Scheidung in Nichtigkeitsklage und Restitutionsklage andeutet, und diese Zweitheilung drückt in keiner Beziehung einen entscheidenden Gegensatz aus²³⁾.

3. Aufl. S. 669. 670) „aus dem Civilrecht in den Civilproceß übergegangen“. Darum darf man nicht mit Buchst Comm. S. 401 Anm. 6. die Nichtigkeitsklage wegen mangelnder Vertretung der Verjährung des bürgerlichen Rechts unterwerfen.

23) Billige Gleichbehandlung der allerwesentlichsten Mängel des Verfahrens, also der j. g. Nichtigkeiten, mit den „Restitutionsgründen“ findet bei der Anfechtungsklage gegen das Ausschlußurtheil des Aufgebotsverfahrens statt. § 834, N. 1—6.

VI.

**Die Sammlung der Entscheidungen des Reichs-
gerichts.**

Von

Degenkolb.

Zu den Verdiensten, welche sich zuerst das Bundes- so- dann das Reichsoberhandelsgericht um die deutsche Praxis und Rechtswissenschaft erworben haben, gehört ihre von Haus aus bethätigte, nie unterbrochene Sorge für die Herausgabe ihrer Entscheidungen. Das Reichsgericht tritt als Rechtsnachfolger des Reichsoberhandelsgerichtes in das nobile officium seines Vorgängers ein. Es wird die hohe Bedeutung auch dieser Aufgabe in ihrem vollen Schwergewicht ermessen. Für Allen die gedeihliche Fortentwicklung der Spruchsammlung am Herzen liegt, enthält der gegenwärtige Augenblick des Ueberganges die Aufforderung, ihre Bedenken gegen die bisher bestehende Einrichtung, ihre Wünsche für deren künftige Gestaltung unverzüglich mit Freimuth auszusprechen.

In diesem Sinn, als Zeichen ernstesten Interesses an einer Sammlung, deren Bedeutung für Praxis und Wissenschaft des deutschen Rechtes nicht hoch genug angeschlagen werden kann, wollen nachstehende Bemerkungen der Kenntnißnahme und Prüfung der beteiligten Kreise anempfohlen sein.

Unsere Bedenken und Wünsche betreffen

I. die Auswahl des Stoffes,

II. seine redaktionelle Gestaltung,

III. die äußere Gliederung, Ausrüstung und Vertretung der Sammlung.

I. Am 5. August 1870 ist das Bundesoberhandelsgericht eröffnet. Heute liegen nicht weniger als 24 Bände gedruckter Entscheidungen des Bundes- und Reichsoberhandelsgerichtes vor. Diese Fülle erklärt sich zu einem Teil aus der Aufnahme strafrechtlicher und prozessrechtlicher Entscheidungen neben civilrechtlichen, ferner von partikularrechtlichen Entscheidungen neben denen des Reichsrechtes und des gemeinen Rechtes, zu einem andern Teil aus der Ausführlichkeit in Mitteilung einzelner Entscheidungsgründe, endlich und selbstverständlich nicht am wenigsten aus der reichen Anzahl der aufgenommenen „Entscheidungen“. Solcher Reichthum ist in der Hauptsache mit großem Dank anzuerkennen. Indessen dürfte hier und da des Guten in der Aufnahme zu viel gethan und im Hinblick auf unsere mit Druckstoff überschwer beladene Zeit für die Zukunft eine noch strengere Sichtung des Mitzutheilenden zulässig und wenn zulässig dann auch geboten sein. Der Erwägung stellen wir noch einen anderen, oben bereits angedeuteten Punkt anheim. Er betrifft die Verbindung civilrechtlicher und nicht civilrechtlicher, reichsrechtlicher, gemeinrechtlicher und partikularrechtlicher Entscheidungen in einer und derselben Sammlung. Zweifellos läßt sich mancherlei zu Gunsten solcher Verbindung anführen. Der Uebersichtlichkeit des Rechtsstoffes, namentlich auch des partikularrechtlichen Rechtsstoffes scheint sie nicht eben förderlich. Sollte nicht die Abscheidung der nicht civilrechtlichen Entscheidungen zu einer besonderen Sammlung, die Ueberweisung partikularrechtlicher Entscheidungen an Zeitschriften des partikularen Rechts in Erwägung zu ziehen sein?

II. Der Kernpunkt unserer Wünsche betrifft die redaktionelle Gestaltung des in die Sammlung aufgenommenen Stoffes. Wir glauben bei der bisher befolgten Redaktionsmethode nach der einen Seite ein zu Viel, nach der andern ein zu Wenig wahrzunehmen: zu wenig in der Mitteilung des Rechtsfalles, zu viel in der Mitteilung einzelner Entscheidungsgründe.

Die Herausgeber der bis jetzt vorliegenden Sammlung sind der auch in anderen Spruchsammlungen hervortretenden Methode gefolgt, die Rechtsfälle mehr oder weniger in den Hintergrund zu schieben oder sie gänzlich wegzulassen, dagegen einzelne Entscheidungsgründe anscheinend in wörtlicher Vollständigkeit mitzuteilen. Daß dies im einzelnen Fall durchaus zutreffend ja geboten sein mag, soll nicht im Entferntesten bestritten werden. Noch mehr: für den Durchschnitt der Fälle wäre die vollständige Mitteilung des abgeurteilten Falles in allen seinen Verzweigungen überflüssig, also vom Standpunkt der dringend gebotenen Raum- und Zeitparniß aus von entschiedenem Uebel. Allein in seiner Beziehung zu den mitgeteilten Entscheidungsgründen sollte der Rechtsfall stets erkennbar sein. Und da wo der Rechtsfall in seiner Totalität ein Interesse gewährt, sollte er möglichst als Ganzes zur Anschauung gebracht werden. Diesen Anforderungen scheint die vorliegende Sammlung nicht durchweg zu entsprechen, vielleicht in Folge einer von der unfrigen verschiedenen Anschauung der Redaktoren über die den Spruchsammlungen obliegende Aufgabe. So selbstverständlich und einheitlich die Aufgabe auf den ersten Blick erscheint, so wenig ist sie es in der That. Vielmehr trägt sie von Haus aus ein Doppелеlement in sich, von welchem es sich eben fragt, ob einer seiner Bestandteile und welcher den Schwerpunkt der Gesamtaufgabe bilde?

Spruchsammlungen sollen die Gerichtspraxis zur Anschauung bringen. Die Praxis leistet ein Zweifaches. Einerseits — und dies ist die unmittelbare Aufgabe des einzelnen Richterspruchs — entscheidet sie den einzelnen Fall durch richterliche Saßung. Andererseits nimmt sie Stellung zu allgemeineren Rechtsfragen und wirft, sofern an einem einzelnen Fall die Zweifelhaftigkeit oder Hinfälligkeit bestehender juristischer Dogmen hervortritt, neue Fermente in die Rechtsbildung und Wissenschaft. Es liegt nahe die allgemeinere Bedeutung, das allgemeinere Interesse der Spruchpraxis überwiegend auf diese zweite Seite zu verlegen. Man gelangt dadurch zu überwiegender Berücksichtigung der s. g. Entscheidungsgründe. Ihre hohe Bedeutung erkennen wir in vollstem Maße an. Ihre

einseitige Berücksichtigung glauben wir beanstanden zu müssen. Entscheidungsgründe sind nicht die Entscheidung. In anderer Weise als das Gesetz über seinen Motiven steht, steht das richterliche Urteil über seinen Gründen, vollends über einzelnen aus dem Gesamtzusammenhang herausgerissenen Entscheidungsgründen. Die formulirten „Gründe“ tragen nicht weiter als die analytisch sondernde Verstandesthätigkeit zu tragen vermag. Den Zusammenhang des Ganzen, den Schlüsselstein des Gewölbes schafft nicht selten ein die einzelnen „Gründe“ überragendes — richtiger vielleicht, ein sie in ihrem relativen Gewicht bestimmendes Princip, welches auf intuitivem Wege durch die Totalanschauung des ganzen Falles wirkt und das pro und contra abstracter Erwägungen aus der Schwebel in die Entscheidung hinüberleitet. Dies undefinirbare Etwas, die konkrete aequitas des einzelnen Falles, ist das Schlüsselgeheimniß der juristischen Kunst, durch welches sich die richterliche Thätigkeit über das bloße Rechnen mit juristischen Begriffen hinaushebt. In dieser Kunst soll das höchste Gericht der Praxis vorangehen. Sie zur Anschauung zu bringen ist die eine, vielleicht die höchste Aufgabe der Sammlung, diejenige Seite, durch deren Pflege sie ihren Namen als eine Sammlung von Entscheidungen im eigentlichsten Sinne verdient. Ihr zu Liebe dürfte, sofern die Raumersparniß es bedingt, mancher „Entscheidungsgrund“ der Sache unbeschadet in verkürzter Gestalt zu bringen sein. Wenn wir für eine unseres Dafürhaltens bisher zu Unrecht in den Hintergrund geschobene Aufgabe der Sammlung eintreten, so halten wir und haben keinen Grund es zu verhehlen, zunächst eine oratio pro domo. Wir vertreten das Interesse der „Theorie“. Am 1. Oktober 1879 ist das Richteramt der Juristenfakultäten zu Grabe getragen worden. Vereinzelt Ausnahmen vorbehalten sind die deutschen Rechtslehrer von richterlicher Thätigkeit thatsächlich abgeschnitten. Die „Praktika“ geben dafür durchaus genügenden Ersatz. Und doch empfinden die Rechtslehrer von selbst, was Berufene und Unerufene ihnen tagtäglich predigen, den nothwendigen Zusammenhang ihrer Wissenschaft mit der Praxis, sie erkennen die ihnen obliegende Pflicht junge Ju-

risten für den praktischen Beruf heranzubilden. Die Aufgabe der Juristenfakultäten ist nach dieser Seite hin unverändert dieselbe geblieben. Ihre Lösung ist von Tag zu Tage mehr erschwert. Wo anders sollen die viel gescholtenen „Professoren“ den Zusammenhang mit der Praxis suchen als in der (vermittelten) Anschauung der ihnen selbst nicht zufließenden lebendigen Fälle, der ihnen der Selbstübung nach verschlossenen richterlichen Kunst? Und wo könnte ihnen eine reinere, ergiebigere Quelle lebendiger Anschauung fließen, als in den Entscheidungen des obersten Reichsgerichtes? Den hohen Werth der Entscheidungsgründe in wissenschaftlicher Beziehung und als Erscheinungsform allgemeiner Rechtsüberzeugungen können und werden die „Theoretiker“ nicht in Zweifel ziehen. Aber die Totalanschauung des Falles und die durch sie bedingte Entscheidung selbst wird ihnen durch Fragmente „aus den Gründen“, diesem stereotyp gewordenen Eingang der i. g. „Entscheidungen“ nicht ersetzt.

Es sind nicht die Theoretiker allein, in deren Interesse wir zu Gunsten der „Entscheidung“ gegenüber dem Ueberwiegen der einzelnen „Entscheidungsgründe“ eintreten. Praxis und Theorie haben auch hier ein gemeinsames Interesse. Denn auch der Praxis muß an möglichst zutreffender Einsicht in die Spruchthätigkeit des Reichsgerichts gelegen sein. Ein völlig zutreffendes Bild vermögen nur die Entscheidungen selbst zu geben. Wohin das ausschließliche Operiren mit abgerissenen Entscheidungsgründen in seiner Potenzirung zu führen vermag: das hat die Entwicklung des preussischen Rechts und seiner Wissenschaft an dem nachtheiligen Einfluß der i. g. „Präjudizien“ empfindlich genug erfahren.

III. Läßt sich rüchrsichtlich des ersten Punktes über seine Erheblichkeit, rüchrsichtlich beider bis jetzt besprochenen Punkte über die Richtigkeit der diesseits vertretenen Anschauungen streiten, so dürfte rüchrsichtlich des dritten Punktes, betreffend die Gliederung, äußere Ausrüstung und äußere Vertretung der Sammlung die Reformbedürftigkeit sich nicht in Frage ziehen lassen.

Die in den einzelnen Hesten zu Tage tretende Gliederung der bisherigen Sammlung bestimmte sich anscheinend ledig-

lich durch Zahl oder Gewicht der Bogen. Der Abschluß des Heftes war anscheinend eine Sache nicht der Redaktion, sondern des Buchbinders. Er klebte die gewiesene Bogenzahl zusammen, er umklebte sie mit einem gelben Deckel. Sache des Zufalls blieb es, ob der Deckel vollständige „Entscheidungen“ oder am Schluß das Fragment einer Entscheidung, ja das Fragment irgend eines angefangenen Satzes umschloß: der Zusammenhang des Ganzen lag im Deckel, nicht im Inhalt. Wozu dieses ästhetisch widerwärtige Chaos? Dem Buchbinder darf es gleich sein was sein Deckel beherbergt, der Leser braucht nicht, ja darf nicht dagegen unempfindlich sein. Möchte der hier gerügte Mißstand da und dort auch in andern Sammlungen auftauchen, er blieb ein Mißstand, ja ein Unfug; er darf am wenigsten in eine Sammlung übergehen, welche den Beruf hat, andern Sammlungen als Muster voranzuleuchten.

Die Ausrüstung der Sammlung zeigte seit Jahren einen mit dem eben bezeichneten Mißstand zusammenhängenden Mangel: den einzelnen Heften fehlte das Inhaltsverzeichnis. Endlich vermiften wir an der Sammlung die Angabe der Redaktion. Sie nannte nur die „Herausgeber“ und als solche die „Räthe des Reichsoberhandelsgerichts“. In Wahrheit nannte sie damit ein bloßes X. Eine Zeitschrift läßt sich nicht von „den Räten des Reichsoberhandelsgerichts“ herausgeben oder doch nur in dem Sinn, daß alle Mitglieder des Gerichts als gegebene Mithelfer oder Mitarbeiter erscheinen.

Die Redaktion kann nur in den Händen eines Einzelnen oder einer kleineren Gruppe liegen.

Das Interesse des Reichsgerichts erfordert es nicht minder, die Redaktionsorgane greifbar zu bezeichnen, als es ein gutes Recht der deutschen Juristen ist zu wissen, in wessen Händen und auf wessen Schultern die verantwortliche Redaktion der wichtigsten Spruchsammlung des deutschen Reiches in Wahrheit ruht. Sollte die bisherige Anonymität der Redaktion ihren Grund in einem vorbehaltenen beständigen Wechsel der Redaktionscommission oder der einzelnen Redaktoren haben, so würde sie nur zu ihrem Teil die Mangelhaftigkeit solcher

auf beständigen Wechsel gestellten Einrichtung offenbaren. Feste Ordnung und gute Schulung der Redaktion sind unerreichbar ohne stetige geschäftsführende verantwortliche Redaktoren.

N a c h s c h r i f t.

Wie wir erst nach begonnener Drucklegung obiger Bemerkungen erfuhren, haben öffentliche Blätter vor einiger Zeit eine uns nicht zu Gesicht gekommene Notiz über die künftige Gestaltung der reichsgerichtlichen Spruchsammlung gebracht. Hiernach (und nach dem was sonst verlautet) wäre dem Vernehmen nach

1. die oben zu I. angeregte Sonderung der Sammlung in mehrere teils nach Rechtsmaterien teils nach Rechtsgebieten (Reichsrecht, gemeines Recht, preußisches Recht, rheinisches Recht) gesonderte Sammlungen in Aussicht genommen,

2. dem Reichsgerichte (resp. dem betr. Senat) die Entschliessung über Aufnahme oder Nichtaufnahme der einzelnen Entscheidungen vorbehalten, endlich

3. die Niedersetzung einer (anonymen?) „Redaktionscommission“ beschlossen. Wir freuen uns vor Allem der gesicherten Fortsetzung der Sammlung. Wir halten ferner die geplante Sonderung im Wesentlichen für durchaus ersprießlich. Zweifel bleiben uns rücksichtlich der übrigen dem Vernehmen nach bevorstehenden Maßnahmen.

In einer Beziehung stimmen wir ihnen rückhaltlos bei: in der anscheinend beabsichtigten strengeren Sichtung des aufzunehmenden Stoffs, wie sie unzweifelhaft durch die vorbehaltene Entscheidung des Gerichts oder des betr. Senats über die Aufnahme von Entscheidungen gefördert wird. Der anscheinend geplante Weg zur Erreichung jenes Zieles ist bedenklich. Die unmittelbare Herausgabe der Sammlung sollte unser Dafürhaltens nicht zu einer Obliegenheit des Reichsgerichtes als solchen erhoben werden. Sie sollte es deshalb nicht, weil das Gericht sich damit eine von ihm nicht wohl lösbare Aufgabe stellt. Das Gericht kann auf dem Titelblatt als „Herausgeber“ figuriren. Es kann in Wirklichkeit nicht unmittelbarer Herausgeber sein.

Der einzige mit solcher Einrichtung verbundene Vorteil

wäre, soweit wir sehen, die durch sie erleichterte Möglichkeit, erforderlichen Falles die Redaktionscommission jederzeit zu wechseln. Aber dieser Vorteil dürfte durch schwerere Nachteile überwogen werden.

Die Sammlung bedarf einer verantwortlichen und eben deshalb einer nach Außen hervortretenden, nach Innen selbstständig beschließenden Redaktion. In dem Verantwortlichkeitsbewußtsein des selbständig Handelnden, nicht in der Kollektivweise anonymer und also nicht verantwortlicher Commissionen scheint uns hier wie anderwärts die sicherere Bürgschaft zweckentsprechenden Verfahrens zu liegen.

Eine ungenannte „Commission“ mag als Controllbehörde von Nutzen sein. Es mag ferner dem Gericht oder den einzelnen Senaten unbenommen bleiben, einzelne Entscheidungen zur Aufnahme zu überweisen. Das „Veto“ des Gerichts, richtiger die unmittelbar in seine Hand gelegte Auswahl des aufzunehmenden Stoffes überhaupt scheint uns weder geboten noch zweckmäßig. Andererseits glauben wir von der wirklichen Redaktion eine eingreifendere Thätigkeit fordern zu dürfen als die Redaktion der Spruchsammlung des Reichsoberhandelsgerichts sie anscheinend entfaltet hat. Ihre Thätigkeit hat sich nicht bloß auf die Auswahl der „Entscheidungen“, sondern ebenso auf deren Gestaltung und Verarbeitung für die Sammlung, endlich — wie schon hervorgehoben, auf zweckentsprechenden Abschluß, auf übersichtliche Gestaltung der einzelnen Hefte zu erstrecken. Wir denken uns als erforderlich

1. eine selbständige, verantwortliche, nach Außen kenntliche Redaktion, allenfalls
2. eine Controllbehörde aus der Mitte des Gerichts,
3. und vor Allem die Mithilfe aller am Gericht beteiligten Organe, der Richter, der Staats- und der Rechtsanwaltschaft durch Herbeischaffung des für die Sammlung geeigneten Stoffes.

Die Sammlung erfordert nicht wenig an Arbeit und an äußeren Mitteln. Mögen ihr auch die letzteren in dem Maße zu Teil werden, wie sie es verdient. Die deutsche Juristenwelt begrüßt die Spruchsammlung des Reichsgerichts mit vollem Vertrauen und lebhafter Sympathie.

VII.

Literatur.

1. Civilrechtliche Monographien.

Die Redaktion des civilistischen Archivs hat nach dem Plane dieser Zeitschrift für Literaturanzeigen nur einen relativ kleinen Raum zur Verfügung, muß sich also darauf beschränken, neben gelegentlichen eingehenderen Besprechungen einzelner Werke von Zeit zu Zeit die ihr vorliegenden neuen Erscheinungen anzuführen und, hauptsächlich unter dem Gesichtspunkte der Bedeutung derselben für die juristische Praxis, kurz zu charakterisiren.

Soll dieß in den folgenden Zeilen bezüglich der civilrechtlichen Monographien geschehen, so mag zunächst zurückverwiesen werden auf die im vorigen (62) Band enthaltenen ausführlicheren Besprechungen von

Ernst von Monroy, die vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte (1878),

August Sturm, das Negotium utiliter gestum (1878),

Moriz Wlassak, Zur Geschichte der negotiorum gestio (1879), durch Professor Krüger in Königsberg (S. 203 f., 206 f., 496 fg.) und

Karl Birkmeyer, Ueber das Vermögen im juristischen Sinne (1879). durch den Referenten (S. 361 f.).

Unter den weiter vorliegenden Schriften, die als civilrechtliche Monographien charakterisirt werden können, ist für die Praxis weitaus am bedeutendsten

Friedrich Mommsen, Ueber die Haftung der Contrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen (Braunschweig, C. A. Schwetschke und Sohn, 1879).

Dieß wird von vorneherein Jeder anzunehmen geneigt sein, der sich erinnert, wie außergewöhnlich rasch Mommsen's „Beiträge zum Obligationenrechte“ vor einem Vierteljahrhundert (1853—1855) Anerkennung in der Praxis und Einfluß auf dieselbe gewonnen haben. Das neue Schriftchen (215 S.), das sich zugleich als zweites Heft der „Erörterungen aus dem Obligationenrecht“ bezeichnet und hierdurch wohl die erfreuliche Aussicht auf weitere Mittheilungen eröffnen will, zeichnet sich denn auch

mindestens ebenso wie die angeführten älteren Schriften einer Seits durch die Fülle casuistischen Details aus, das theils dem justinianischen Gesetzbuche theils der neueren Rechtsprechung entnommen ist, anderer Seits durch die klare, präzise und sichere Beantwortung der aufgeworfenen Fragen, namentlich gerade der unmittelbar practischen Detailfragen. Sein Hauptinhalt ist durch den Titel bezeichnet und läßt sich des Näheren dahin bestimmen, daß Mommsen die Fhering'sche Culpa in contrahendo zurückzuweisen, die praktischen Inconvenienzen aber, die Fhering zur Aufstellung der Theorie von dieser culpa in contrahendo bestimmt haben, auf andere Weise zu beseitigen versucht: nämlich einmal dadurch, daß er in Unterscheidung der einzelnen Arten von obligatorischen Verträgen Momente aufzeigt, die ohne culpa zu Ersatzpflicht des einen Contrahenten gegen den Andern zu führen geeignet sind z. B. im Mandate die Auftragserteilung als solche, die zum Erfolge allen im Causalzusammenhange mit derselben stehenden Schadens nöthige, betont (S. 58 f.); weiterhin aber dadurch, daß er die schon in den Beiträgen (III. S. 347 f.) vertretene Ansicht von der Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus aufs Neue zu fundiren und gegen inzwischen erfolgten Widerspruch zu schützen unternimmt (S. 175 f.).

In der letzteren Beziehung berührt sich die Schrift Mommsen's mit einer andern civilistischen Arbeit der letzten Jahre, die zwar nicht in die Reihe der civilrechtlichen Monographien gestellt werden kann, auf die aber in diesem Zusammenhange deswegen aufmerksam gemacht werden mag, weil die Praxis solche um ihres Titels und ihres zunächst rechtsgeschichtlichen Inhaltes willen bei Seite liegen lassen könnte, hieran aber sehr Unrecht thun würde: nämlich mit dem zweiten Bande von A. Pernice *Marcus Antonius Labeo*, das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit (1878). Dieser zweite Band des umfassend angelegten Werkes beschäftigt sich ausführlich mit Grundbegriffen, die wenn auch nicht ausschließlich so doch ganz überwiegend auf dem Gebiete des Obligationenrechtes ihre Ausprägung erhalten haben und zur Anwendung kommen: namentlich mit Dolus, bona und mala Fides, Culpa, Diligentia diligentis, Casus, und sucht aufs Genaueste den Standpunkt zu fixiren, den die Juristen der classischen Zeit (die Beschränkung auf die Juristen des ersten Jahrhunderts der Kaiserzeit ist überwiegend, aus in der Natur des Stoffes liegenden Gründen, nicht festgehalten) in dieser Richtung eingenommen haben. Da nun überall in diesen Materien das heut zu Tage geltende Recht ausschließlich oder nahezu ausschließlich in den einschlagenden Digestenstellen, also eben in den Arbeiten der classischen Juristen, sein Fundament hat, ist es erklärlich, daß Untersuchungen, welche die einzelnen Fragmente unter dem Gesichtspunkte der geschichtlichen Entwicklung der Rechtsätze und theoretischen Aufstellungen ins Auge fassen und somit das gegenseitige historische Verhältniß der einzelnen Stellen in ganz anderer Weise als bisher möglich war feststellen, für das Verständ-

niß des heutigen Rechtes von sehr erheblicher Bedeutung sind. Um ein einzelnes Beispiel herauszunehmen: die zweifellos sehr praktische Frage, ob der Commodatar ohne Weiteres dem Commodanten den durch Diebstahl zugehenden Schaden zu ersetzen hat, wird entschieden sicherer als bisher beantwortet auf der Basis einer Untersuchung, die nachweist, daß die ältere römische Jurisprudenz allerdings vom Commodatar neben der Diligenz und geschieden von ihr Custodia und im Zusammenhange hie-mit Haftung für allen nicht durch vis major herbeigeführten Schaden verlangt hat, seit Julian aber die custodia unter den Gesichtspunkt der Diligenz gebracht worden ist (S. 353 f.). Zu übersehen ist freilich nicht, daß diese dogmengeschichtlichen Untersuchungen häufig genug schon Mangels ausreichender Notizen in dem Excerptenmaterial nicht zu sicheren Resultaten führen. Auch ist nach dem Plane des Werkes die Ziehung der Folgerungen für das justinianische beziehungsweise das heutige Recht überall unterlassen, übrigens in der Regel unschwer zu ergänzen.

Um eine für die Praxis nicht unwichtige Frage handelt es sich, wenigstens dem Titel nach, in dem Schriftchen von

G. F e l s (Rechtsanwalt in Varel): die Bestimmtheit des Kaufpreises im gemeinen Recht, unter Vergleichung neuerer Gesetzgebungen. (Berlin, Puttkammer und Mühlbrecht, 1878.)

Indessen beschäftigt sich dasselbe nicht, oder wenigstens nur nebenbei (S. 73—78), mit dem Versuche, die Grenzen für die Bestimmtheit des Kaufpreises auf dem Boden des heutigen Rechtes zu ziehen. Was den Verfasser interessiert und worauf er allein näher eingeht, ist die Untersuchung der Frage: ob im römischen Recht eine andere, strengere Bestimmtheit für den Kaufpreis als für andere vertragsmäßige Leistungen verlangt sei. Diese Frage aber, die derselbe in klarer und verständiger Weise, indessen ohne genügendes Eindringen in die geschichtliche Entwicklung und von zu enger Basis aus erörtert, ist für das heutige Recht bedeutungslos: denn daß die größere Bestimmtheit, die nach der Aufstellung des Schriftchens nicht bloß das classische, sondern auch das justinianische Recht verlangt haben soll, im heutigen Rechte nicht verlangt ist, gibt der Verfasser in Uebereinstimmung mit der in dieser Richtung so gut wie unangefochtenen Communis Opinio zu. Uebrigens ist richtig, daß die besondere Betonung der Bestimmtheit des Kaufpreises in den neueren Gesetzbüchern dieser communis opinio nicht entspricht, vielmehr als unberechtigtes, wenn auch wohl ungefährliches Aufrechterhalten einer spezifisch römisch-rechtlichen Bestimmung (beziehungsweise einer schon im römischen Rechte selbst nicht mehr passenden Definition) erscheint (S. 89 f.). In dieser Richtung, dann in der schon angezogenen Erörterung über „die verschiedenen Arten relativer Bestimmung des Kaufpreises nach heutigem Rechte“ (S. 73—78), endlich in den vom prozessualischen Standpunkte aus gemachten Bemerkungen über den „Kauf ohne Preisabrede“ (S. 83—88) ist immerhin Beachtenswerthes gesagt.

Nicht die Beantwortung einer einzelnen Frage, sondern die Darstellung eines ganzen Rechtsinstitutes in dessen gemeinrechtlicher Gestaltung nehmen sich zum Vorwurfe die Erstlingschriften von

Alfred Cohen, die Lehre des römischen Rechtes von der Schenkung von Todeswegen (München, Ernst Stahl, 1878) und von Gustav Hanaußel (Privatdozenten an der Universität Wien), die Lehre vom uneigentlichen Nießbrauch nach gemeinem Recht (Erlangen, Andreas Weichert, 1879).

Die erste dieser beiden Arbeiten, umfang- und inhaltreicher als die meisten Promotionschriften, führt unter sorgfältigem Eingehen auf die einzelnen Detailfragen fleißig und in weiter Ausdehnung die Ansichten der älteren und neueren Schriftsteller auf und mag hiedurch wie der Theorie so auch der Praxis ein nicht zu unterschätzendes Hilfsmittel bei Beschäftigung mit der controverse-reichen, seit langer Zeit monographischer Bearbeitung entbehrenden Lehre von der mortis causa Donatio darbieten. Es fehlt übrigens auch an eigenen d. h. nicht bloß kritisch referirenden Ausführungen nicht — so namentlich bezüglich der Fixirung des Perfectionsmomentes und connexer Fragen (S. 45 f, vgl. auch S. 99 f.). Sie sind in der Hauptsache von Brinz'schen Grundanschauungen getragen.

Die Habilitationschrift Hanaußel's, gereifter als die Promotionsarbeit Cohen's, unterscheidet sich von letzterer zunächst dadurch, daß die in der Lehre vom Nießbrauch an Rechten freilich besonders naheliegenden constructiven Fragen im Vordergrunde stehen. Ob und worin die einschlagenden Erörterungen, die sich an Exner anschließen, positive Förderung enthalten, und ob nicht die wichtigste Spezies des Nießbrauchs an Rechten, nämlich der Nießbrauch an Forderungen, nach der constructiven Seite hin durch eine selbstständige Untersuchung des Cessionbegriffes (in dieser Richtung ist auch die Ausdrucksweise gelegentlich sehr ungenau z. B. auf S. 62 „(daß) das Forderungspfandrecht im Verhältniß zum verpfändeten Schuldner eine Cession ist“) weiter zu fördern gewesen wäre, muß hier dahingestellt bleiben. Für die Praxis ist von Interesse, daß unter den einzelnen Fällen des Nießbrauchs an Rechten auch gewisse in den theoretischen Darstellungen für die Regel nicht berücksichtigte Gestaltungen: Nießbrauch an Erdre- und Inhaberpapieren einschließlich der Banknoten, Loose und Aktien au porteur, dann an Urheberrechten, an Geschäftsanteilen zc. aufgeführt und besprochen werden. Aber freilich bleibt durch das ganze Schriftchen hindurch der bei Weitem am häufigsten vorkommende Nießbrauch, nämlich der auf familienrechtlicher Stellung beruhende gesetzliche Nießbrauch sehr im Hintergrunde — eine Zurückziehung, die nicht bloß vom Standpunkte des heutigen, sondern auch des justinianisch-römischen Rechts aus und keineswegs ausschließlich um der praktischen Bedeutung des gesetzlichen Nießbrauchs willen zu bedauern ist.

Diesem ausschließlich auf römisch-rechtlicher Grundlage entstandenen

Schriften schließen sich zwei kleinere Werke an, welche dem praktischen Endzwecke nach sich mit österreichischem Rechte beschäftigen, aber unter so breiter Basirung der Ausführungen auf das gemeine Recht, daß sie den gemeinrechtlichen Monographie füglich angereicht werden können, nämlich

Ferdinand Proboški, die Verjährung nach österreichischem Rechte (Prag, S. Dominicus, 1878) und

Emil Strohal, Transmissio pendente condicione (Graz, Leuschner und Lubensky, 1879)

Bezüglich des ersteren Schriftchens soll übrigens nur bemerkt werden, daß es unzulässig erscheint, eine zwölf Jahre früher geschriebene Habilitationsschrift unverändert zu publiziren — jedenfalls dann, wenn der Verfasser, wie im vorliegenden Falle im „Vorwort“ ausdrücklich angeführt wird, inzwischen „in manchen Punkten“ eine veränderte Ansicht gewonnen hat. Schien es wünschenswerth, um einer bestimmten festgehaltenen Ansicht willen (es ist wohl die Ansicht gemeint, daß nach österreichischem Rechte nur Forderungrechte verjähren: S. 18 f.) zur Publication zu schreiten, so mochten die Erörterungen gerade über den in Frage stehenden Punkt veröffentlicht werden, nicht aber das ganze Opus in seinem unveränderten Bestande.

Die Schrift Strohals ist jedenfalls für das österreichische Civilrecht eine sehr beachtenswerthe Erscheinung, da sie die von ihr aufgeworfenen erbrechtlichen Fragen nach richtiger Methode untersucht und die gefundenen Antworten, die im Allgemeinen von den durch die sonst maßgebenden Auctoritäten, namentlich durch Unger gemachten Aufstellungen differiren, ebenso umsichtig als scharfsinnig begründet. Untersuchungen über gemeines Recht sind in ihr zwar nicht ex professo, wohl aber behufs der Lösung der dem österreichischen Rechte entnommenen Fragen angestellt: so über die Frage, warum nach römischem Rechte das aus einer bedingten Vermächtnißverfügung resultirende Recht vor Eintritt der Bedingung nicht auf die Erben des Vermächtnißnehmers übergehe (S. 25—46); namentlich aber über die Accrescenz bei Erbeinsetzung wie Vermächtniß (S. 90—138). Dieselben zeichnen sich durch Klarheit der Argumentation und Unbefangtheit der Auffassung aus und können auch neben der umfangreichen gemeinrechtlichen Literatur über die angeregten Fragen mit Fug Berücksichtigung beanspruchen, sind übrigens nicht von unmittelbarer Bedeutung für die Praxis in den Ländern des gemeinen Rechtes. Wohl aber können sie von Bedeutung sein für die Redaktion und das dereinstige Verständniß des deutschen Civilgesetzbuches. Denn die Einzelbestimmungen des österreichischen Gesetzbuches, mit denen sich Strohal beschäftigt, sind in ihrer Mehrzahl in dieses Gesetzbuch in unmittelbarem Anschlusse an Bestimmungen des römischen Rechtes, selbst in absichtlicher Wiederholung von solchen gekommen (vgl. z. B. S. 18 ff.) und dennoch, wenn die Ausführungen Strohals richtig sind, wesentlich anders als im gemeinen Rechte zu verstehen. Der Grund hievon aber ist die Adoption von Prin-

zipien im österreichischen Gesetzbuche, die von den Prinzipien des gemeinen Rechtes abweichen, für das neue Civilgesetzbuch aber, soweit bekannt, mindestens theilweise (z. B. die Vererblichkeit des durch Delation erworbenen Rechtes) ebenfalls in Aussicht genommen sind.

Endlich mag noch angeführt werden

Robert Buenger (Raths- und Hofgerichtsadvokat in Riga),
Zur Theorie und Praxis der Alimentationspflicht (Leipzig, Breitkopf
und Härtel, 1879).

Der Verfasser behandelt nicht bloß die auf Verwandtschaft begründete, sondern auch die auf Rechtsgeschäft (Vertrag, Vermächtniß) beruhende und die durch Beschädigung hervorgerufene Alimentationspflicht und legt seiner Darstellung nicht bloß das gemeine Recht, sondern auch eine Anzahl von Particularrechten zu Grunde. Er geht sehr fleißig und im Allgemeinen recht sorgfältig und verständig zu Werke, ohne freilich in der Benützung der Particularrechte, dann auch in der Anführung und Verwerthung der Literatur eine feste und sichere Methode zu befolgen beziehungsweise überall die wichtigsten und neuesten Quellen und Literaturerzeugnisse zur Hand zu haben. Prinzipielle Erörterungen z. B. die Erörterung der interessanten Frage, ob und inwieweit die Alimentationspflicht auf Grund ehelicher Verwandtschaft zu einer der familienrechtlichen Basis gegenüber selbständigen Obligation geworden ist (vgl. hierüber mein Familiengüterrecht I. S. 229 f.) fehlen ganz oder nahezu ganz. Und doch sind die prinzipiellen Ausgangspunkte häufig genug auch für die Entscheidung der praktischen Detailfragen von maßgebender Bedeutung: wie denn z. B. die richtige Beantwortung der eben berührten Frage den Verfasser wohl verhindert hätte, für die Alimentationspflicht auf Grund unehelicher Vaterschaft ohne Weiteres die Bestimmungen über die Alimentationspflicht zwischen ehelichen Verwandten analog zur Anwendung zu bringen und, um einen praktisch wichtigen Punkt hervorzuheben, auf solcher Grundlage im zugestandenen Widerspruche mit allen Landesrechten die passive Unvererblichkeit der erst angeführten Alimentationspflicht auszusprechen. Prinzipielle Auffassung hätte aber auch von Vorneherein das äußerliche Nebeneinanderstellen der auf Verwandtschaft und der auf Rechtsgeschäft, Delikt, und Quasidelikt u. s. f. beruhende Alimentationspflicht unmöglich gemacht und die erstere, deren Darstellung selbstverständlich den größten Theil des Werckens in Anspruch nimmt (S. 31—178 und zwar für die Alimentationspflicht des unehelichen Vaters allein S. 62—166), maßgebend in den Vordergrund treten lassen.

M a n d r y.

2. H. Buhl, Prof. in Heidelberg: Zur Rechtsgeschichte des deutschen Sortimentsbuchhandels. Heidelberg, 1879.

Die kleine, in vieler Beziehung interessante Schrift behandelt ein bisher ziemlich vernachlässigtes Gebiet des deutschen Handels- und Verkehrs-

rechts: die Entstehung des Sortimentebuchhandels und die allmälige Ausbildung der für denselben gegenwärtig geltenden Geschäftsformen. In der ersten Zeit nach Erfindung und Ausübung der Buchdruckerkunst beschäftigten sich die Buchdrucker und Verleger selbst mit dem Vertriebe der bei ihnen erschienenen Werke, theils am Orte ihres Geschäftssitzes, theils durch Filialen an bedeutenderen Plätzen, theils auf Reisen, welche sie zum Zweck des Verkaufes ihrer Verlagsartikel unternahmen; doch wurde es früh schon, gegen Ende des 15. Jahrhunderts üblich, daß die Buchhändler auch in anderem Verlage herausgekommene Werke vertrieben, bald als Commissionäre bald für eigene Rechnung und Gefahr. Vom Beginn des 16. bis etwa zur Mitte des 18. Jahrhunderts fand der buchhändlerische Betrieb seinen Mittelpunkt in dem Meßverkehr zu Frankfurt und Leipzig. Die Verleger erschienen auf diesen Messen persönlich, veräußerten ihre Werke direkt an das bücherfuchende Publikum und an andere Buchhändler, welche den Vertrieb an den Orten ihrer Niederlassung übernahmen; auch wurde auf den Messen ein sehr ausgedehnter Tauschverkehr zwischen den einzelnen Buchhändlern betrieben, über dessen geschäftliche und juristische Natur der Verfasser eine Reihe interessanter Nachrichten gesammelt hat; — auffallend ist, daß dieser Tauschverkehr, der ersichtlich mit vielen und großen Nachtheilen verbunden war, sich bis zur Mitte des vorigen Jahrhunderts erhalten konnte. Vom letzteren Zeitpunkt an brachen sich zahlreiche Veränderungen Bahn, welche allmählig dahin führten, dem Buchhandel seine heutige Verkehrsgestaltung zu ermöglichen. Nachdem schon im 16. und 17. Jahrhundert vielfach Buchhandlungen gegründet worden, welche feste Lager hatten und dafür sorgten, daß dem Publikum auch außerhalb des Meßverkehrs die neu erscheinenden Werke zugänglich wurden, trennte sich im 18. Jahrhundert Verlags- und Sortimentsgeschäft in der Weise, daß viele größere Firmen sich gar nicht mehr mit dem Einzelverkauf, insbesondere nicht mit dem fremden Verlagsartikel, sondern nur noch mit dem Verlage beschäftigten. Die Folge mußte die allmälige Beseitigung des Tauschverkehrs sein; der Verleger konnte eingetauschte Werke nicht verwerthen, weigerte sich daher, seinen eigenen Verlag gegen anderswo erschienene Werke abzugeben, forderte vielmehr Bezahlung in Gelde: **K a u f a u f f e s t e R e c h n u n g**. Da indeß der letztere den Sortimentern ein erhebliches Risiko aufbürdete, gegen dessen Uebernahme sich besonders die süddeutschen Buchhändler lebhaft sträubten, so gelangte man allmählig zur Einführung eines neuen Geschäfts, welches einerseits dem Verleger die Zahlung in baarem Gelde sicherte, andererseits dem Sortimenter jenes Risiko abnahm für den Fall der Unverkäuflichkeit der übernommenen Bücher. Dies ist das sog. **C o n d i t i o n s g e s c h ä f t**, in der Hauptsache ein Trödelvertrag, dessen Inhalt sich bekanntlich gewohnheitsmäßig dahin festgestellt hat: der Sortimenter kann die nicht auf feste Rechnung, sondern à condition bezogenen Bücher bis zur Ostermesse des nächsten Jahres dem Verleger

remittiren, muß aber, wenn er von dieser Befugniß keinen Gebrauch macht und nicht eine Verlängerung des Verhältnisses erfolgt, dem Verleger den festgesetzten Nettopreis zahlen. Das Aufkommen dieses Geschäfts erst hat die kräftige Entwicklung des Sortimentsbuchhandels ermöglicht, auf den gesammten buchhändlerischen Verkehr belebend eingewirkt, und für denselben eine Reihe von neuen Rechtsbildungen geschaffen, mit deren Darstellung die vorliegende Schrift sich zum Schluß beschäftigt. — Das kleine Werk ist leicht und lebendig geschrieben und ein willkommener Beitrag nicht nur zur Rechts-, sondern auch zur allgemeinen Kulturgeschichte.

D. Franklin.

3. Ab. Arndt, Justitiarius beim Oberbergamt in Halle und Privatdocent an der dortigen Universität: **Zur Geschichte und Theorie des Bergregals und der Bergbaufreiheit.** Halle, Pfeffer, 1879.

Die vorliegende umfangreiche Monographie wird nicht verfehlen, in weiteren Kreisen Aufsehen zu erregen, insofern der Verfasser, zum Theil im Anschluß an ältere Juristen, gegen die jetzt hinsichtlich der von ihm behandelten Lehren herrschenden Ansichten fast in allen Punkten Widerspruch erhebt. Bei der Bedeutung, welche diese Lehren für die Geschichte des Bergrechts und, mehr oder minder, auch für die Auffassung des geltenden Rechts in Anspruch nehmen, wird eine bald erscheinende Uebersicht über die Gesamtergebnisse der Schrift willkommen sein: — eine Erörterung der einzelnen streitigen Punkte kann an dieser Stelle nach den Aufgaben, welche sich unsere Zeitschrift gestellt hat, nicht erfolgen.

Als unbestritten hat in neuerer Zeit gegolten, daß das deutsche Bergrecht selbständig auf deutschem Boden erwachsen sei, genauer, daß die Berggewohnheiten des Mittelalters, auf denen auch unser heutiges Recht zum guten Theile noch beruht, einen deutschen Ursprung hätten. Dem entgegen stellt der Verfasser den Satz auf, daß die Deutschen nicht nur den Bergbau von den Römern erlernt, sondern von diesen auch die Bergwerksverfassung und Gesetzgebung entlehnt hätten (§. 20). Nach römischem Recht habe aber, mindestens in den Provinzen, Bergbaufreiheit bestanden, — der Grundeigentümer habe es sich gefallen lassen müssen, daß von anderen auch ohne seine Einwilligung Bergbau auf seinem Grundstück betrieben werde (§. 10, 213; siehe auch Thering in den Jahrbüchern für Dogmatik VI. 23 und Zweck im Recht I. 508) —, und auch die Auffassung sei dem römischen Recht bekannt gewesen, daß die Bergwerksmineralien, — die edleren Metalle, Marmor, Salz — zur Verfügung des Staats ständen (§. 15, 222); von den Bergwerken mußten Abgaben an den Fiskus entrichtet werden (decimas fisco repraesentent in l. 3 C. de metall. 11, 6); solche Abgaben seien aber auch in Deutschland von Beginn des Mittelalters vom König oder den von ihm beliebigen Personen

erhoben worden (§. 27—34) und dieses Recht auf die Abgaben sei damals als der wesentlichste Inhalt des Bergregals angesehen worden, wenn auch das Regal in jenem nicht vollständig aufgegangen sei (§. 50 fg.).

Wer von solchen Grundanschauungen über das römische Bergrecht, insbesondere aber über die Bedeutung des fremden Rechts für die Entwicklung des deutschen Bergrechts ausgeht, wird leicht zu Ansichten über die einzelnen Rechtsinstitute gelangen, welche allem bisher für richtig Erachteten widersprechen. Die Entstehung des Bergregals z. B. wird man auf das römische Recht zurückzuführen geneigt sein, wie dies denn auch in der That Seitens des Verfassers geschieht: „die ersten unzweideutigen Spuren des Bergregals finden sich gerade in den romanisirten Theilen Deutschlands“; „der germanische König wurde auch rücksichtlich der Bergwerke Besignachfolger des römischen Kaisers“; „wie das Grundsteuer-, Münz-, Markt-, Zoll-, ja selbst das Zunftwesen und die Städteverfassungen (!), die Zwangs- und Bannrechte aus dem römischen in das deutsche Recht übergegangen sind, wird sich dasselbe auch in Betreff der Bergwerke annehmen lassen“ (§. 222, 3). Im Einzelnen stellen sich nun die Ansichten des Verfassers zu den bisher ziemlich einstimmig vertretenen Meinungen in folgender Weise:

Das ältere deutsche Recht ist, so wird allgemein geglaubt, von dem Grundsatz ausgegangen, daß dem Eigenthümer des Grund und Bodens auch die Verfügung über die unter der Oberfläche vorkommenden Bergwerksmineralien zustehe. Diese Auffassung sei aber, sucht der Verfasser nachzuweisen, durchaus irrthümlich; sie stehe im Widerspruch mit den wirtschaftlichen Verhältnissen des deutschen Volks (§. 1) und mit dem Umstande, daß die Mineralien einen von der Oberfläche verschiedenen Gegenstand der Besteuerung gebildet hätten (§. 32 fg.); sie werde entkräftet durch die Thatfache, daß kein Fall bekannt sei, in welchem der Besitzer des Grundstückes ohne besondere Verleihung Bergbau betrieben habe (— die zur Erklärung dieser Thatfache dienenden Gründe hält der Verfasser für nicht beweisend §. 37 —), und die Urkunden, welche die Bergwerke ausdrücklich als Zubehör des Grund und Bodens bezeichnen, seien keineswegs im Sinne der herrschenden Meinung aufzufassen (§. 34 fgg.).

Ueber den Ursprung der Bergbaufreiheit herrscht Streit, doch hat in neuerer Zeit die von Achenbach und anderen vertretene Ansicht von der allmähigen, schrittweisen Verbreitung jener ziemlich allgemeine Anerkennung gefunden. Danach bestand die Bergbaufreiheit ursprünglich nur auf der bei Landansiedelungen zu allgemeiner Benützung offen gelassenen gemeinen Mark und auf solchen lokalen Gebieten, welche überhaupt nicht getheilt waren und über welche dem König die Grundherrschaft zugeschrieben wurde; auf diesen Gebieten entwickelte sich die Bergbaufreiheit gewohnheitsrechtlich und ging später mit dem gesammten Gewohnheitsrecht der Bergleute in die Bergordnungen über, jedoch in dem Sinne, daß sie für alle Grundstücke galt, während bis dahin dem Eigenthümer des

aufgetheilten Landes (im Gegensatz zur gemeinen Mark) das ausschließliche Recht zur Gewinnung der Bergwerksminerale zugestanden hatte. Diese Entwicklung verwirft der Verfasser vollständig (S. 22 fg., 213 fg.); er kehrt zu der, auch früher schon vertheidigten Ansicht zurück, daß die Bergbaufreiheit von Anfang an und hinsichtlich aller Grundstücke gegolten habe, daß mithin von jeher jeder berechtigt gewesen, ohne Erlaubniß des Grundeigenthümers nach Bergwerksmineralien zu suchen und die aufgefundenen sich anzueignen. Aber dieses Recht habe nur geübt werden dürfen „in Kraft des Regals“. Denn, führt der Verfasser, wieder abweichend von der gemeinen Lehre, aus, die Bergbaufreiheit gebührte nur dem Bergregalsherrn: er allein war ursprünglich Träger und Subjekt derselben, er allein konnte dieselbe auf andere übertragen (S. 52 fgg.).

Diese Ansicht hängt zusammen mit der Meinung, die sich der Verfasser über den Ursprung des Bergregals gebildet hat. Bekannt ist ja, daß man den Ursprung desselben in verschiedenen Verhältnissen gesucht und bald auf diesen, bald auf jenen Umstand besonderes Gewicht gelegt hat. Aber darin ist man doch einig, daß die Regalität nicht von Anfang an dagewesen, daß sie sich erst im späteren mittelalterlichen Recht ausgebildet habe. Dem entgegen reicht nach der Darstellung Mündt's der Ursprung des Regals in die älteste germanische Zeit hinauf: Chlodowech und Karl der Große haben es mindestens in demselben Umfange geübt wie die fränkischen Kaiser und die Hohenstaufen (S. 60). Nicht nur die ältesten Bergordnungen kennen das Regal (S. 56—94), sondern auch die bis zur Merowingerzeit hinaufreichenden Urkunden (S. 182 fgg.), ebenso die Rechtsbücher des 13. Jahrhunderts (S. 95 fgg.): die berühmte Stelle Esp. I. 35 will sagen, daß alle Bergwerksgüter ohne Ausnahme Regal sind, — ohne Genehmigung des Regalsherrn dürfen sie von Niemand, auch nicht vom Grundeigenthümer, gegraben werden und umgekehrt darf mit Genehmigung des Regalsherrn jeder die Mineralien suchen und gewinnen auch gegen den Willen des Eigenthümers der Oberfläche, — nur beim Silberbergbau sei aus besonderen Gründen die Zustimmung des letzteren erforderlich gewesen (S. 101, 3, 7 fgg.). Der wahre Ursprung des Regals ist aber in der altgermanischen Agrarverfassung zu suchen: der König war Eigenthümer an allem noch nicht aufgetheilten Land, er war auch Eigenthümer aller Bergwerksgüter, weil dieselben dem Ackerbenutzungsberechtigten nicht mit übertragen waren (S. 218); wo freilich volles Eigenthum an Grund und Boden anerkannt gewesen, könne der angegebene Umstand die Entstehung des Regals nicht erklären: da sei es eben zurückzuführen auf die fortdauernde Geltung römisch-rechtlicher Grundsätze. Ein gleich hohes Alter schreibt der Verfasser dem Salzregal zu (S. 120—81) und auch hierbei scheint derselbe an eine förmliche Succession der germanischen, fränkischen und deutschen Könige in die Rechte der römischen Imperatoren, an eine Continuität der regalen Berechtigungen von der Römerzeit her, zu denken (siehe z. B. S. 122).

Die juristische Natur des Regals bestimmt der Verfasser dahin, es bedeute privatrechtliches Eigenthum an den Bergwerkmineralien; aus diesem stammen alle und jede Befugnisse, welche dem Regalherrn zugeschrieben werden (§. 48 fg.). Also auch die Bergbaufreiheit. Diese ist zunächst ein dem Regalherrn zustehendes Recht, Bergbau auf die dem Regal unterworfenen Mineralien auch auf fremdem Grund und Boden zu treiben; ob das gleiche Recht auch anderen zustehen solle, bestimmt ausschließlich der Regalherr (§. 55); von seinem freien Ermessen hängt der Eintritt, der Umfang und die Wirksamkeit der Bergbaufreiheit in diesem Sinne ab (§. 224 fg.); nur das Bergregal, nicht die Bergbaufreiheit galt gemeinrechtlich, die letztere nur partikularrechtlich und niemals weiter als der Regalherr und gerade in seinem Interesse für gut befunden hatte (§. 261). Einleuchtend ist die große praktische Bedeutung dieser Auffassung für die Frage nach dem Erwerb des Bergwerkeigenthums (Erstfinderrecht, Muthung, Betrieb des Bergbaues durch den Regalherrn), welche denn auch vom Verfasser sehr eingehend erörtert wird (§. 223—69).

Was die rechtliche Natur der regalen Mineralien vor der Verleihung anbetrifft, so schließt sich Arndt der Meinung an, daß sie weder Theile des Grundeigenthums noch herrenlose Sachen seien, sie ständen vielmehr im Eigenthum des Regalherrn (§. 271). Das sog. Bergwerkseigenthum wird für Sacheigenthum, aber nicht an der Lagerstätte, sondern an den regalen Fossilien erklärt. Eigentümer war der Regalherr und für den mit dem Regal Beliehenen wurde nicht Eigenthum, sondern nur ein dingliches Recht an dem verliehenen Bergwerk begründet (§. 288).

Anderz, aber doch nur zum Theil anders, verhalte es sich nach dem jetzt (in Preußen u. s. w.) geltenden Recht. Die noch unverliehenen Mineralien seien weder rechtliche Bestandtheile des Grundeigenthums noch herrenlose Sachen, sondern der Staat sei Eigentümer derselben; aber „diese Mineralien sind nicht mehr fiskalische, sondern öffentliche Sachen: der Staat hat sie nicht mehr zu eigen, um sie ausschließlich für den Fiskus zu verwenden, sondern um über dieselben im Interesse der Gesamtheit nach Maßgabe des Gesetzes zu verfügen“ (§. 306). Wenn man dies nicht anerkenne, müsse doch wenigstens eine Fortdauer des Bergregals zugestanden werden in dem Sinne, daß alle Rechte an den Bergwerkmineralien (— mit selbstverständlichen Ausnahmen §. 308 fg. —) vom Staate ausgehen und Niemand kraft eigenen, jeder vielmehr nur kraft des ihm vom Staate verliehenen Rechts Bergwerke besitzen kann. Eine Folge des fortbestehenden Regals sei auch die Bergbaufreiheit, welche nicht weiter, aber auch, im Gegensatz zum früheren Recht, nicht weniger weit reiche als das Regal: sie kann weder in Ansehung gewisser Mineralien noch in Ansehung gewisser Distrikte ausgeschlossen werden. Das Bergwerkseigenthum entsteht erst

durch die Verleihung, der Fund giebt nur in gewissen Fällen ein Vorrecht zum Muthen und die Muthung gewährt weder bedingtes oder werdendes Eigenthum noch eine deutschrechtliche Gerechtigkeit (S. 303 fgg.). Das Bergwerkseigenthum endlich sei auch nach neuestem Recht Sacheigenthum: der Beliehene erhalte aber nicht mehr bloß, wie z. B. nach A. L. R., ein ius in re, sondern er hat und er allein hat das volle Eigenthum (S. 305 fg.).

Der wesentliche Inhalt des Werkes, soweit dasselbe deutsches Bergrecht betrifft, — einzelne Abschnitte sind auch den englischen Verhältnissen gewidmet —, dürfte im Vorstehenden genügend skizzirt sein. Daß die Ausführungen des Verfassers insgesammt Beistimmung finden könnten, ist nicht zu erwarten. Im Gegentheil, es wird an lebhaftem Widerspruch nicht fehlen. Und zwar wird sich derselbe nicht nur gegen einzelne Ausführungen über das geltende Recht richten, sondern auch und in viel höherem Maße gegen den geschichtlichen Theil des Werkes, der in der That mancherlei sehr gewagte Behauptungen und Deductionen enthält. Immerhin; das Buch ist mit großem Fleiße gearbeitet und in vieler Beziehung anregend; trifft es auch nicht immer das Richtige, so empfängt man doch über vieles Einzelne Belehrung; es wird Anlaß bieten zu neuen und weiteren Untersuchungen über die Gesamtheit der behandelten schwierigen Lehren, namentlich über eine Reihe der berührten Detailfragen, und ist, abgesehen von Anderem, schon aus diesem Grunde als ein werthvoller Beitrag zur Förderung der Wissenschaft zu bezeichnen.

Otto Franklin.