

Dritter Abschnitt.

Das subjektive Recht.

Erstes Kapitel.

Das subjektive Recht überhaupt.

§ 27. Begriff und Wesen des subjektiven Rechts¹.

I. Begriff. Subjektives Recht ist der Inbegriff der Rechtsverhältnisse oder, da die Rechtsverhältnisse aus Befugnissen und Pflichten bestehen, der Befugnisse und Pflichten. Sind die Rechtssätze Willensbestimmungen, so sind die Rechtsverhältnisse Willensbestimmtheiten. Das subjektive Recht ist also der Inbegriff äußerer Willensbestimmtheiten, die durch Rechtsnormen gesetzt sind.

II. Wesen. Das Wesen des subjektiven Rechts ergibt sich aus seinem Verhältniß zum objektiven Recht.

1. Subjektives und objektives Recht ergänzen einander. Sie sind nur zwei Seiten derselben Gesamterscheinung und bleiben auch nach ihrer Entgegensetzung durch einander bedingt und bestimmt².

¹ Vgl. die § 15 Anm. 1 angeführten Schriften. Außerdem Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, Kiel 1866; E. Pfersche, Methodik der Privatrechtswissenschaft, Graz 1881; Schuppe, der Begriff des subjektiven Rechts, Breslau 1887; J. Clausius, das Merkmal der Macht im Begriff des subjektiven Rechts, Bonn 1890; Jellinek, das System der subjektiven öffentlichen Rechte, Freiburg 1892. Ferner Schey, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. VII 756 ff.; Leonhard ib. XI 1 ff.; L. Seuffert ib. XII 617 ff.; Kohler ib. XIV 1 ff.; Bernatzik, Arch. f. öff. R. V 193 ff.

² Ueber ihre ursprüngliche Ungeschiedenheit vgl. oben § 15 Anm. 2. — Viel Treffendes b. Bierling, Prinzipienlehre I 145 ff. (vgl. auch schon Kritik II 49 ff.), der jedoch den Gegensatz ganz verwischt.

Subjektives und objektives Recht sind gleich ursprünglich. Die Vorstellung von eignen und fremden Rechten und Pflichten ist nicht erst ein Erzeugniß der Einsicht, daß es einer Friedensordnung unter den Menschen bedarf, sondern sie entspringt unmittelbar im ältesten Rechtsgefühl. Allein sie kann nicht entstehen, ohne daß zugleich die Vorstellung einer die Willensinhalte anerkennenden und begrenzenden Norm vorhanden wäre. Das subjektive Recht darf auch heute weder, wie eine verbreitete moderne Ansicht meint, als bloße Schöpfung des objektiven Rechts aufgefaßt, noch umgekehrt, wie dies gewissen naturrechtlichen und radikalen Anschauungen entspricht, vor und über das Gesetz gestellt werden³.

Subjektives und objektives Recht sind Korrelatbegriffe. Rechte und Pflichten, die kein Rechtssatz bejaht, sind kein wirkliches Recht. Unser Rechtsbewußtsein kann freilich Rechte und Pflichten postulieren, die das bestehende objektive Recht ignoriert oder verneint: allein dann handelt es sich eben nur um Rechtsideale, die erst durch eine Aenderung der Rechtsordnung Realität erlangen. Andererseits wäre objektives Recht, das nicht Befugnisse und Pflichten setzte, ein leeres Spiel. Die einzelne Rechtsnorm kann freilich zunächst einen anderen Inhalt haben: immer aber ist sie wenigstens mittelbar auf die Determination von Rechtsverhältnissen gerichtet⁴.

Subjektives und objektives Recht sind von einander abhängig. Das objektive Recht ist, obschon nicht der Schöpfer, doch der Gestaltgeber und zwar der formell allmächtige Gestaltgeber des subjektiven Rechts. Die naturrechtliche Lehre von den unzerstörbaren Menschenrechten und Menschenpflichten verwechselt Rechtsidee und Recht. Materiell aber ist das objektive Recht an den Stoff, den es formt, gebunden; es findet die Willensinhalte vor und kann keine Rechtsverhältnisse hervorzaubern, die nicht in ihnen angelegt wären⁵.

³ Die Anhänger der reinen Befehlsnatur des objektiven Rechts erklären folgerichtig das subjektive Recht für eine reine Schöpfung des objektiven Rechts; vgl. z. B. Thon S. 147 ff., Merkel, Elem. S. 37 ff., Windscheid, Pand. § 37, Roguin S. 41 ff., Clausius S. 7. Folgerichtig müßten sie das subjektive Recht überhaupt verneinen, wie dies z. B. Pfersche a. a. O. gewagt hat. Vgl. gegen diese Einseitigkeit Dernburg, Pand. I § 39, Bekker, Pand. I § 18 Anm. c. Andererseits ist es verfehlt, das Dasein subjektiver Rechte vor dem Dasein einer Rechtsordnung anzunehmen; eine Rechtsordnung hat es von je gegeben, wenn sie auch vom ursprünglichen Bewußtsein nicht den Rechtsverhältnissen gegenübergestellt, sondern nur in und mit ihnen empfunden wurde.

⁴ Dies gilt von allen Rechtssätzen, die oben § 16 Anm. 5 als „deutende“ bezeichnet sind.

⁵ Auch in dieser Hinsicht werden von den Naturrechtstheorien einerseits

2. Das subjektive Recht kann gleich dem objektiven Recht abstrakt oder konkret gefaßt werden. Je mehr aber die ursprüngliche Ungeschiedenheit schwindet, desto deutlicher tritt in dieser Hinsicht ein Gegensatz zu Tage. Das objektive Recht wird immer entschiedener als abstraktes Recht ausgestaltet, so daß wir, indem wir Gesetzesparagrafen lesen oder hören, es zunächst von der abstrakten Seite her kennen lernen. Dagegen begegnet das subjektive Recht uns im Leben stets als konkretes Recht, das wir an konkreten Zuständen oder Vorgängen erleben oder beobachten. Wie aber die Praxis das objektive Recht konkret machen muß, um es auf das als Rechtsfall vor sie tretende konkrete Rechtsverhältniß anzuwenden, so muß die Wissenschaft die bunten Erscheinungen des Rechtslebens in die Sphäre der Abstraktion erheben, um das der abstrakten Norm entsprechende abstrakte subjektive Recht zu finden. Für die Praxis ist das Recht in abstracto, für die Wissenschaft das Recht in concreto nur Hilfsmittel, — dort als Urtheilsmotiv, hier als Beispiel.

3. Das subjektive Recht ist äußere Willensmacht oder Willensgebundenheit, Herrschen oder Beherrschtsein. Ist das objektive Recht Willensabgrenzung, so kann die Substanz des subjektiven Rechts nur determinirter Wille sein. Allein nicht leerer und zielloser Wille, sondern Wille, der von einem bestimmten Inhalt erfüllt und auf ein bestimmtes Ziel gerichtet ist! Den Inhalt jedes als Rechtsverhältniß anerkannten Willensverhältnisses bildet ein äußeres Lebensinteresse, ein ideelles oder materielles Gut, ein Antheil am menschlichen Kulturerwerb. Das Ziel aber aller dieser Willensverhältnisse ist Befriedigung geistiger und leiblicher Bedürfnisse, gesicherter Genuß von Lebensgütern, Theilnahme am menschlichen Kulturleben. Das Wesen des subjektiven Rechts wird gröblich verkannt, wenn es in die nackte Willensbestimmtheit verlegt wird, als seien deren Inhalt und Ziel außerhalb des Rechtsbegriffes stehende Dinge⁶. Die Rechte und Pflichten sind nicht bloße Schalen, die eine fremde Frucht bergen. Allein man wird dem Wesen des subjektiven

und den modernen Machttheorien andererseits die entgegengesetzten Extreme vertreten.

⁶ Zu dieser Einseitigkeit neigen Thon, Windscheid u. A., die den Charakter der Rechte und Pflichten als Willensmacht und Willensgebundenheit richtig bestimmen. Am schroffsten Roguin S. 112, dem das Recht eine bloße „enveloppe“ ist. Dagegen sucht Merkel a. a. O. S. 38 ff. diese Einseitigkeit zu vermeiden. In ihrer energischen Bekämpfung liegt ein Hauptverdienst von Jhering. Ebenso haben Dernburg und Kohler sie schlagend zurückgewiesen. Vgl. auch Regelsberger, Pand. § 14.

Rechts ebensowenig gerecht, wenn man es als „geschütztes Interesse“ definiert oder seinen Begriff auf den „Genuss“ abstellt⁷. Denn immer ist das Primäre in ihm Willensmacht und Willensgebundenheit. Hiermit steht es keineswegs im Widerspruch, daß Rechte und Pflichten Subjekten zugeschrieben werden, die zur Zeit eines rechtlichen Wollens nicht fähig sind. Denn immer handelt es sich um Willensmacht oder Willensgebundenheit, die für sie verwirklicht werden soll. Das Kind ist noch nicht Rechtssubjekt, weil sein Interesse gewahrt oder ihm Genuss verschafft wird: es ist erst deshalb und nur insoweit Rechtssubjekt, weil und inwieweit in seinem Namen Herrschaft zu üben oder zu erdulden ist⁸.

§ 28. Die Elemente des subjektiven Rechts.

I. Befugnisse und Pflichten. Die Grundbestandtheile des subjektiven Rechts sind einzelne Befugnisse und Pflichten.

⁷ So Jhering, Geist III § 61: Rechte sind rechtlich geschützte Interessen, Recht ist die Sicherheit des Genusses. Dernburg § 39: Recht im subjektiven Sinn ist der einer Person durch die Rechtsordnung gewährleistete Antheil an den Lebensgütern. Bernatzik S. 232 ff. u. 260 ff. erblickt zwar den Kern des Rechtes in einem Zweck, erklärt aber das Willensmoment für wesentlich, indem er nur einen Zweck, dessen Verwirklichung durch ein Wollendürfen sicher gestellt ist, als Recht gelten läßt.

⁸ Wenn immer wieder die Rechtsfähigkeit von Kindern und Wahnsinnigen für unvereinbar mit der Willensnatur des subjektiven Rechts erklärt wird, so wird dabei verkannt, daß die Rechtsordnung ihnen niemals Rechte und Pflichten zuschreiben würde, wenn sie nicht in ihnen Träger menschlicher Willenspotenz erblickte und achtete. In der That ist jedes menschliche Wesen, so bald und so lange es athmet, im natürlichen Sinne willensfähig. Indem das Recht mit der einen Hand dieser natürlichen Willensfähigkeit die Geltung in seinem Reiche entzieht, gewährt es mit der anderen Hand die Zuständigkeit einer durch rechtliche Mittel zu verwirklichenden Willenssphäre. Gerade weil das subjektive Recht Willensmacht und Willensgebundenheit ist, wird da, wo es an einem hinreichend entwickelten Willen fehlt, das Rechtssubjekt einerseits durch Versagung der Handlungsfähigkeit eingeschränkt und andererseits durch Einsetzung einer Willensvertretung ergänzt. Wendet man hiergegen ein, daß doch auch der unvertretene Willensunfähige Rechtssubjekt ist, so übersieht man, daß es niemals ganz an einer Vertretung fehlt, da die Gemeinschaft selbst kraft ihrer obervormundschaftlichen Funktion ihre hilflosen Glieder vertritt. Im Uebrigen ist ja freilich in einem solchen Falle der Zustand des subjektiven Rechts ein unvollkommener. Aber darum sucht auch die Rechtsordnung ihn zu beseitigen. Alle diese aus der Anerkennung willensunfähiger Subjekte hergeleiteten Skrupel würden die ungebührliche Rolle, die ihnen neuerdings eingeräumt wird, kaum spielen können, wenn die moderne Doktrin der ideellen Natur des Rechtes eingedenk bliebe und nicht immer bemüht wäre, die Geistesgebilde, die wir Rechte und Pflichten nennen, zu materialisiren.

Befugniss (Recht) ist Willensmacht, die durch eine gewährende Rechtsnorm gesetzt ist. Ihr Inhalt ist ein Dürfen. *zu dem die Macht*

Pflicht (Verbindlichkeit) ist Willensgebundenheit, die durch eine verpflichtende Rechtsnorm gesetzt ist. Ihr Inhalt ist entweder, falls die Norm gebietet, ein Sollen (positive Verbindlichkeit) oder, falls die Norm verbietet, ein Nichtdürfen (negative Verbindlichkeit). *(können)*

Befugnisse und Pflichten stehen in untrennbarem äußerem Zusammenhang: jeder Befugniss des Einen entspricht eine Pflicht eines Anderen oder Anderer und umgekehrt¹. Nach unserer nationalen Auffassung fordert die Gerechtigkeit, daß auch ein innerer Zusammenhang bestehe, daß womöglich kein Recht ohne Pflicht und keine Pflicht ohne Recht sei, daß in jeder Rechtsbeziehung Gegenseitigkeit walte. Hierbei handelt es sich freilich nur um eine Maxime, die nicht in jedem Einzelfalle und stets nur annähernd durchführbar ist. Allein dem kraftvollen Streben nach ihrer Verwirklichung verdanken zahlreiche deutsche Rechtsinstitute ihr eigenartiges Gepräge². *ein zu haben kann in dann eine Befugnis macht ist x) sowie eine Recht Befugnis*

Die Betrachtung des Rechtes im Ganzen darf nicht, wie dies zum Theil die Römer thaten, einseitig von den Befugnissen ausgehen. Die Pflichten sind keineswegs bloß Ausflüsse, sondern Korrelate der Befugnisse und haben ihre selbständige Herkunft und Bedeutung. Dies gilt auch für das Privatrecht, wiewohl, wie im öffentlichen Recht die Pflichten, so hier die Befugnisse in den Vordergrund treten. *= subj. Recht*

Doch ist für die Gliederung des Rechtssystems seit langer Zeit der Standpunkt der Befugnisse gewählt worden. Hieran ist jedenfalls im Privatrecht festzuhalten. Nur darf nie vergessen werden, daß in der Systematik unserer Privatrechte eben nur die eine Seite des subjektiven Rechts zum Ausdruck gelangt.

II. Rechtsverhältniss. Ein zusammenhängender Inbegriff von Befugnissen und Pflichten, der einem Lebensverhältniss entspricht, bildet ein Rechtsverhältniss. Die Wirklichkeit bietet eine unendliche Fülle konkreter Rechtsverhältnisse, deren jedes seine Individualität hat. Wird von einer Summe verwandter Rechtsverhältnisse das Typische abgehoben, so ergibt sich der Begriff eines abstrakten Rechtsverhältnisses, dessen Gegenbild im objektiven Recht der Begriff eines Rechtsinstitutes ist³.

¹ Richtig Merkel, Elem. S. 38. Vgl. auch Bierling, Prinzipienlehre I 169 ff. — A. M. Regelsberger § 16.

² Man denke z. B. an die deutschrechtliche Munt, an das Lehnrecht, an das Bergwerkseigenthum, an das Erfinderrecht u. s. w.

³ Ein Rechtsverhältniss in concreto ist z. B. die Ehe zwischen A und B, die Handelsgesellschaft C, D u. Co, das Pachtverhältniss zwischen E und F am

x) vgl. aber die bloße Befugnis, die kein subj. Recht i. e. S. ist

Die Rechtsverhältnisse sind einfach oder zusammengesetzt. Zusammengesetzte Rechtsverhältnisse bestehen aus mehreren Rechtsverhältnissen, die in irgend einer Weise von einander gesondert und zugleich zu einem einheitlichen Gesamtrechtsverhältniß verbunden sind⁴. Eine vom deutschen Recht eigenartig ausgeprägte und vom modernen Recht festgehaltene Bildungsart zusammengesetzter Rechtsverhältnisse ist die Unterscheidung zwischen der inneren und äußeren Seite eines Verhältnisses, wobei die Beziehungen, die aus einer rechtlichen Verknüpfung von Subjekten unter ihnen entspringen, und die Beziehungen, die aus solcher Verknüpfung zwischen diesen Subjekten und Dritten erwachsen, mehr oder minder unabhängig von einander normirt sind, zuletzt aber gleichwohl Komponenten eines einheitlich angelegten Rechtsverhältnisses bleiben⁵.

III. In dem Inbegriff der Rechtsverhältnisse offenbart sich das Rechtsleben.

§ 29. Die Rechte.

I. Struktur der Rechte. Jede Befugniß fordert ihrem Begriff nach gewisse Bestandtheile, die jedoch auf verschiedene Weise zusammengefügt werden können. Von dem Verfahren, das hierbei eingeschlagen wird, hängt die Struktur der Rechte ab.

1. Damit ein Recht da sei, muß zunächst ein Subjekt gesetzt werden, von dem ausgesagt wird, daß ihm eine Willensmacht

Landgut X, — ein Rechtsverhältniß in abstracto die Ehe, die offene Handelsgesellschaft, die Landgüterpacht. Vgl. Thöl, Einl. § 41, Beseler, D.P.R. § 5, Unger, Syst. I 2 Anm. 4, Stobbe, D.P.R. I § 35, Regelsberger § 13. — Mit diesem Gegensatz hängt die alte Unterscheidung der *essentialia*, *naturalia* und *accidentalia* des Rechtsverhältnisses zusammen: Bestandtheile, die dem konkreten Rechtsverhältniß nicht fehlen dürfen, wenn es unter das abstrakte fallen soll, sind *essentialia*; Bestandtheile, die auch fehlen können, aber mit dem abstrakten Typus übereinstimmen, sind *naturalia*; Bestandtheile, die vom Typus abweichen und also die individuellen Züge des konkreten Rechtsverhältnisses bilden, sind *accidentalia*.

⁴ Vgl. Bierling, Kritik II 140 ff., Prinzipienlehre I 309 ff.

⁵ Vgl. Brunner in v. Holtzendorffs Encykl. I 270, Gierke, Genossenschaftstheorie S. 446. Diese Erscheinung begegnet namentlich bei Genossenschaften und bei Gemeinschaften zur gesammten Hand, bei Vertretungsverhältnissen (nach innen vom Auftrag abhängige, nach außen von ihm unabhängige Vollmacht), bei Haftungsverhältnissen (z. B. nach innen antheilmäßige, nach außen solidarische Haftung), aber auch bei der Lehnsträgerschaft, den Salmannen, den Werthpapieren u. s. w. Am kräftigsten hat sie das Handelsrecht ausgebildet.

eigne. Die Annahme subjektloser Rechte ist ein Widerspruch in sich selbst¹. Zum Rechtssubjekt aber eignet sich nur ein durch Rechtssatz als Träger eines freien Willens anerkanntes Wesen.

2. Mit diesem Subjekt wird, sobald ihm ein Recht zugeschrieben wird, ein Prädikat verbunden, das unendlich mannichfach lauten kann, immer aber in ein Machthaben ausmünden muß. Geeignet hierzu ist jedes Machthaben, das eine Herrschaft im Bereiche der äußeren Freiheit begründet.

3. Ein solches Machthaben fordert nothwendig ein von seinem Subjekte verschiedenes Objekt², das zunächst nichts Anderes sein kann, als beherrschter freier Wille³. Zu einem Rechtsobjekt in diesem Sinne eignet sich nur ein durch Rechtssatz als Träger eines freien Willens anerkanntes Wesen, mithin ein Wesen, das auch Rechtssubjekt sein kann und in dem Augenblick, in dem es als Objekt einer Befugniß gesetzt wird, zugleich als Subjekt der entsprechenden Pflicht erscheint⁴.

¹ A. M. Bekker, Pand. I 58, Regelsberger, Pand. § 15, Windscheid, Pand. I § 49 Anm. 3 u. die dort Genannten; vgl. aber Jhering, Jahrb. f. Dogm. X 390 ff., Dernburg, Pand. I § 49. Insofern die Lehre von den subjektlosen Rechten sich auf die Unwirklichkeit der Verbandspersonen stützt, ist sie später zu widerlegen. Im Uebrigen ist zweierlei richtig. Erstens, daß die Anknüpfung von Rechten und Pflichten an ein Subjekt den Wegfall dieses Subjektes überdauern und umgekehrt eine Vorausverknüpfung von Rechten und Pflichten mit einem künftigen Subjekt stattfinden kann; allein hier fehlt es keineswegs an einem Subjekt, vielmehr wird nur eine Nachwirkung oder eine Vorwirkung der Persönlichkeit anerkannt, wobei dann die Rechtsverhältnisse während der Uebergangszeit in verschiedener Weise konstruiert werden können; vgl. unten § 41 I, 63 I 2, 70 III. Zweitens, daß es vom Dasein eines Subjektes unabhängige rechtliche Beschaffenheiten und Verknüpfungen von Objekten giebt; allein das sind keine Rechte und Pflichten, sondern von der Rechtsordnung zubereitete Unterlagen von Rechten und Pflichten.

² Dagegen nimmt Bekker, Pand. I 50 ff., objektlose Rechte an. Wenn er aber als Beispiele das Bürgerrecht und die Testirfähigkeit anführt, so ist dort der Staat das Objekt, während es sich hier, falls überhaupt um ein Recht, um ein gegen Jedermann gerichtetes Recht an der eignen Person handelt. Vgl. Bierling, Prinzipienlehre I 239 ff.

³ So mit Recht Merkel, Elem. S. 39; vgl. auch Thon S. 161 ff., Windscheid I § 38 ff., Bierling, Kritik II 177 ff., Prinzipienlehre I 239 ff. Dagegen hält die herrschende Lehre an der Auffassung des dinglichen Rechts als einer vom Dasein eines Verpflichteten unabhängigen Beziehung zwischen Person und Sache fest; vgl. z. B. Dernburg, Pand. I § 22 Anm. 5, Bekker I § 20. Ebenso der Entwurf; vgl. über die verfehlten praktischen Folgerungen aus dieser Auffassung Gierke, Entw. S. 282.

⁴ Roguin S. 76 ff. will die verpflichteten Personen überhaupt nicht als Objekte, sondern als „passive Subjekte“ denken. Allein nun gelangt er zu

Binding, Handbuch. II. 3. I: Gierke, Deutsches Privatrecht. I.

Das verpflichtete Subjekt kann auf doppelte Weise bestimmt werden. Entweder richtet sich das Recht gegen Jedermann, so daß an sich das verpflichtete Subjekt unbestimmt ist, jedes vom Berechtigten verschiedene Rechtssubjekt aber verpflichtet wird, sobald es in den für den Berechtigten abgegrenzten Machtbereich geräth⁵. Oder das verpflichtete Subjekt ist von vornherein bestimmt, indem dem Berechtigten ein einziger Verpflichteter oder eine fest bestimmte Mehrheit von Verpflichteten gegenübersteht. Hieraus ergibt sich der Unterschied absoluter und relativer Rechte. Dieser Unterschied ist jedoch kein unvermittelter Gegensatz, läßt vielmehr mancherlei Kombinationen von Elementen der einen und der anderen Art offen⁶.

4. Zu diesen drei Grundbestandtheilen muß bei jedem Recht mindestens noch ein vierter Bestandtheil hinzutreten, der sich als Beziehungsgegenstand des Rechtes bezeichnen läßt. Bei den absoluten Rechten bedarf es, damit der leere Rahmen eines Rechtes gegen Jedermann mit einem bestimmten Inhalte erfüllt werde, der Einfügung eines Gegenstandes, in Bezug auf welchen der Berechtigte über andere Willen herrschen soll. Bei den relativen Rechten muß die Herrschaft des Berechtigten durch Abgrenzung der Beziehungen, in denen der Verpflichtete beherrscht werden soll, näher bestimmt werden, weil ein schlechthin beherrschter Wille nicht mehr freier Wille und sein Träger nicht mehr Subjekt einer Pflicht wäre. Möglicherweise schieben sich noch weitere Bestandtheile ein. Insbesondere kann bei den relativen Rechten die Bestimmung des Herrschafts-

einer sehr willkürlichen Bestimmung des „Objekts“ (S. 49 ff.). Und bei den Gewaltrechten an der Person verläßt er seinen Standpunkt und verwandelt die unterworfenen Person aus einem passiven Subjekt in ein bloßes Objekt, so daß in unerträglicher Weise alle Gegenseitigkeit verschwindet (S. 258 ff.).

⁵ Die nicht unberechtigten Einwürfe gegen die Vorstellbarkeit eines Rechtes „gegen jeden Weltbürger“, „gegen eine ungezählte Menge, die nichts von uns und unserem Recht wissen kann und niemals etwas davon wissen wird“ (vgl. z. B. Dernburg I § 39 Anm. 9), erledigen sich durch diese den wirklichen Sachverhalt ausdrückende Fassung.

⁶ Absolute Rechte können sich in intensiverer Weise, als gegen andere Verpflichtete, gegen einen bestimmten Verpflichteten richten, wie z. B. begrenzte dingliche Rechte gegen den jeweiligen Eigenthümer der Sache. Sie können auch in der Richtung gegen manche Dritte (z. B. gegen den redlichen Erwerber) versagen. Relative Rechte können zugleich in gewissem Umfange absolute Rechte sein, wie z. B. das Recht des Vaters am Kinde neben den Kindespflichten eine Pflicht jedes Dritten, das Kind dem Vater nicht zu entziehen, begründet. Ja zuletzt haben alle relativen Rechte in irgend einem Grade absolute Geltung; auch das Forderungsrecht muß, wie z. B. das Anfechtungsrecht verkürzter Gläubiger zeigt, von Dritten respektirt werden.

bereiches über fremden Willen wieder mit Hülfe der Einschaltung eines entfernteren Beziehungsgegenstandes (z. B. des Leistungsgegenstandes einer Obligation) erfolgen.

Diese zur Bestimmung des Rechtsinhaltes unentbehrlichen Bestandtheile lassen sich in verschiedener Weise vorstellen. Sie können namentlich entweder als mittelbare Objekte hinter oder als unmittelbare Objekte vor die Verpflichteten gerückt werden. So ist z. B. für das Eigenthum die doppelte Denkform einer Herrschaft über Jedermann in Bezug auf eine Sache oder einer Herrschaft über eine Sache gegenüber Jedermann möglich. Und eine Forderung auf Herausgabe einer Sache kann als Herrschaft über eine Person in Bezug auf eine Handlung oder als Herrschaft über eine fremde Leistung gegenüber einer Person oder etwa auch als Herrschaft über eine Sache gegenüber einer zu ihrer Leistung verpflichteten Person gedacht werden. Bei der Auswahl unter den möglichen Denkformen ist der rechtbildende Menscheng Geist nicht immer gleichmäßig verfahren, hat aber stets die anschaulichere und lebendigere Betrachtungsweise vorgezogen. Uebereinstimmend ist namentlich im Rechtsbewusstsein aller Völker der Begriff der absoluten Rechte dergestalt ausgeprägt worden, daß die unbestimmte Menge der Verpflichteten in den Hintergrund geschoben und der Beziehungsgegenstand als unmittelbares Objekt des Rechts gefaßt ist. Die Rechtswissenschaft hat nicht die Aufgabe, einer einheitlichen logischen Schablone zuliebe die lebensvollen Gedankengebilde, die das Gemeinbewusstsein in der Arbeit von Jahrtausenden gestaltet hat, zu zersetzen⁷. Sie hat ihre Begriffe aus dem Vorstellungsinhalte des geschichtlich gewordenen Rechtsbewusstseins zu schöpfen und die in ihm eingelebten Denkformen als ein Stück der geistigen Wirklichkeit zu achten.

So ist auch bei der Eintheilung der Rechte statt des farblosen Satzes, daß jedes Recht Herrschaft von Willen über Willen ist, die

⁷ Darum sind die Versuche, das dingliche Recht in ein persönliches Recht gegen Jedermann umzudenken, nicht zu billigen. Wird gar in Verkennung der realen Fülle des Rechtsinhaltes (vgl. oben § 27 Anm. 6) der vom dinglichen Recht gewährleistete Sachgenuss aus dessen Begriff ganz eliminirt und diesem Recht nur ein negativer Inhalt gegeben, so entsteht ein vollkommenes Zerrbild. Ebenso verfehlt ist das Bemühen, innerhalb des farblosen Gattungsbegriffes der absoluten Rechte den engeren Begriff der dinglichen Rechte ganz aufzulösen; so neuerdings die im Uebrigen sehr viel Treffendes enthaltende Schrift von E. Fuchs, *Das Wesen der Dinglichkeit*, Berlin 1889. Aehnlich auch Oertmann, *Jahrb. f. Dogm.* XXXI Nr. 8. — Umgekehrt darf man nicht mit Bierling, *Prinzipienlehre* I 244 ff., bei allen Arten von Rechten dem Beziehungsobjekte die gleiche maßgebende Stellung einräumen.

hergebrachte Betrachtungsweise zu Grunde zu legen, die bei der Struktur der einzelnen Rechte ungleichmäßig verfährt und insbesondere ihr Objekt nach verschiedenen Gesichtspunkten bestimmt.

II. Eintheilung der Rechte nach dem Objekt⁸. Vor Allem ist daher als systematische Grundeintheilung die Unterscheidung der Rechte nach ihrem Objekte festzuhalten. Sie führt zur Annahme von drei Hauptklassen der Rechte:

1. Rechte an der eignen Person (Persönlichkeitsrechte). Hierher gehören alle Rechte, die dem Berechtigten den Genuß eines persönlichen Gutes oder die Bethätigung einer persönlichen Kraft allen anderen Personen gegenüber gewährleisten. Als unmittelbares Objekt erscheint ein Bestandtheil der eignen Persönlichkeitssphäre, bezüglich dessen dem Berechtigten Herrschaft und somit Macht zur Untersagung fremder Eingriffe zugesprochen wird. Verpflichtetes Subjekt ist Jedermann. Diese Rechte sind also absolute Rechte⁹.

2. Rechte an Sachen (Sachenrechte, dingliche Rechte). Dies sind die Rechte, die dem Berechtigten die Herrschaft über einen als Sache ausgeschiedenen Bestandtheil der äußeren Güterwelt allen anderen Personen gegenüber verschaffen. Als unmittelbares Objekt wird eine Sache vorgestellt, bezüglich deren dem Berechtigten Herrschaft und somit Macht zur Untersagung fremder Eingriffe zuerkannt wird. Verpflichtetes Subjekt ist Jedermann. Auch diese Rechte sind also absolute Rechte¹⁰.

3. Rechte an anderen Personen (persönliche Rechte im objektiven Sinn des Wortes). Diese Rechte gewähren sämmtlich

⁸ Viel Treffendes hierüber bei K. Kärger, *Zwangsrechte*, ein Beitrag zur Systematisirung der Rechte, Berlin 1882. Doch entfernt sich seine eigne Systematisirung (S. 191 ff.) in unnöthiger Weise von den geschichtlich entwickelten Vorstellungsformen. Manches Gute auch bei Roguin S. 191 ff., dessen Kategorien aber zum Theil unangemessen und durchaus nicht erschöpfend sind. — Die nachfolgende Klassifikation lehnt sich so viel wie möglich an das hergebrachte juristische Denken an.

⁹ Näheres über das Wesen dieser Rechte unten Buch II Abschn. I Kap. 4. Vorläufig sei nur bemerkt, daß nach der dort zu rechtfertigenden Auffassung zu den Persönlichkeitsrechten auch die von Kärger a. a. O. von ihnen abgeordneten „Zwangsrechte“ (einschließlich der „Aneignungsrechte“ und „Gewerberechte“) und die von Roguin S. 308 ff. ausgeschiedenen „Monopolrechte“ gehören; daß ferner die von Kohler u. A. zu einer selbständigen Klasse erhobenen „Immaterialgüterrechte“ nur Ausflüsse von Persönlichkeitsrechten sind und von diesen so wenig losgerissen werden dürfen, wie die Familiengüterrechte von den Familienrechten.

¹⁰ Von ihnen unten Buch II Abschn. II.

zunächst eine Macht über eine andere Persönlichkeitssphäre. Allein sie sind unter sich von sehr ungleicher Beschaffenheit.

a. Rechte auf eine Handlung (Obligationenrechte). Erschöpft sich die Herrschaft des Berechtigten über den Verpflichteten in der rechtlichen Macht, eine wirthschaftlich werthvolle Leistung zu fordern, so wird mindestens heute als unmittelbares Objekt nicht die Persönlichkeit als solche, sondern die zu leistende Handlung aufgefaßt. Die Leistungspflicht wird also objektivirt und als etwas Gegenständliches vom verpflichteten Subjekte losgelöst. Dahinter steht dann die fremde Persönlichkeit, die erst unmittelbar von der auf ihre Handlung gerichteten Herrschaft des Berechtigten ergriffen wird. Bezieht sich die geschuldete Leistung auf eine Sache, so bleibt diese entfernteres Objekt. Diese Rechte sind durchweg relative Rechte¹¹.

b. Rechte an fremder Persönlichkeit (Personenrechte). Andere Rechte gewähren dem Berechtigten eine Macht über eine fremde Persönlichkeit als solche. Als unmittelbares Objekt erscheint hier eine Person, die jedoch immer nur in Bezug auf einen bestimmt abgegrenzten Bestandtheil ihrer Persönlichkeitssphäre beherrscht wird. Erst als Ausflüsse des Rechtes an der Person ergeben sich Rechte auf gewisse Handlungen dieser Person und zum Theil auch Rechte an Sachen. Hierher gehören heute vor Allem die Familienrechte¹². Aber auch andere Gemeinschaftsrechte müssen insoweit hierher gestellt werden, als der deutschrechtliche Gedanke einer personenrechtlichen Gemeinschaft sich behauptet hat¹³. Dagegen sind zahlreiche früher anerkannte Rechte dieser Klasse, wie die personenrechtlichen Beziehungen zwischen Lehnsherrn und Vasallen, Gutsherrn und Hörigen oder Dienstherrn und Gesinde, ganz oder fast ganz aus dem geltenden Recht verschwunden¹⁴. Alle diese Rechte

¹¹ Von ihnen unten Buch II Abschn. III.

¹² Von ihnen unten Buch II Abschn. IV. Zweierlei ist hierbei insbesondere vom Standpunkte des germanischen Rechts zu beachten. Erstens, daß nach deutscher Auffassung alle Familienrechte gegenseitig sind, mithin nicht blos (wie Roguin S. 258 ff. ausdrücklich behauptet, Andere stillschweigend annehmen) ein Personenrecht des Vaters am Kinde und des Mannes an der Frau, sondern auch ein Personenrecht des Kindes an Vater und Mutter und der Frau am Manne besteht. Zweitens, daß nach deutscher Auffassung die Familiengüterrechte nicht besondere Sachen- und Forderungsrechte, sondern sachen- und obligationenrechtliche Bestandtheile eines vom Personenrecht durchherrschten und gebundenen einheitlichen Rechtsverhältnisses sind.

¹³ Davon unten Buch II Abschn. I Kap. 3.

¹⁴ Von den Resten solcher Personenrechte wird im Gesinderecht und Lehnrecht gehandelt werden.

wenden sich zunächst als relative Rechte gegen ein bestimmtes verpflichtetes Subjekt, fordern aber in zweiter Linie als absolute Rechte Achtung von Jedermann¹⁵.

c. Rechte einer Verbandsperson an ihren Gliedpersonen und der Gliedpersonen an ihrer Verbandsperson (innere Körperschaftsrechte). Aus der sozialrechtlichen Ordnung der Gemeinheiten entstehen durchaus eigenartige Rechte, die insoweit, als sie überhaupt dem Privatrecht angehören, eine besondere Kategorie der Privatrechte bilden. Ihr unmittelbares Objekt ist für die Gesamtperson das ihr eingeordnete Glied, dessen Persönlichkeitssphäre in bestimmten Beziehungen der Herrschaft der Gesamtperson unterworfen ist, und für die Gliedperson das ihr übergeordnete Ganze, an dessen Persönlichkeitssphäre sie in gewissem Umfange Theil hat. Sie sind also gleich Familienrechten und anderen Rechten an fremder Persönlichkeit in ihrem Kerne Personenrechte, während erst aus ihrer Entfaltung Rechte auf Handlungen und an Sachen hervorgehen. Von allen anderen Privatrechten aber unterscheiden sie sich dadurch, daß hier die Personen nicht neben einander, sondern in einander gedacht werden. Ihre Struktur wurzelt daher bereits in dem Vorstellungskreise, der seine volle Ausbildung im öffentlichen Rechte erfährt¹⁶.

d. Rechte am Rückstande einer weggefallenen Person (Nachlaßsrechte). Soweit die Herrschaftssphäre einer Person das Dasein derselben (als ihr „Nachlaß“ oder ihre „Hinterlassenschaft“) überdauert, sind für andere Personen Rechte auf Eintritt in die leer gewordene Subjektsstelle begründet. Unmittelbares Objekt solcher Rechte ist irgendwie das Residuum einer Persönlichkeit. Mittelbar werden durch sie in mannichfach verschiedener Weise Sachen und Handlungen der Herrschaft des Berechtigten unterstellt. Sie sind ihrer Anlage nach absolute Rechte, da die ehemalige Person, über deren Nachlaß sie Macht geben, nicht als verpflichtetes Subjekt gedacht werden kann. Hierher gehört vor Allem das Erbrecht¹⁷. Ebenso aber sind hierher die Anrechte an der Hinterlassenschaft einer Verbandsperson zu rechnen¹⁸.

¹⁵ Vgl. oben Anm. 6.

¹⁶ Von diesen Rechten, die in der Systematik der Privatrechte meist ganz übergangen werden, müßte streng genommen erst am Schluß des Privatrechtssystems gehandelt werden, soll aber aus Zweckmäßigkeitsgründen in der Lehre von den Verbandspersonen überhaupt Buch II Abschn. I Kap. 2 die Rede sein.

¹⁷ Davon Buch II Abschn. V.

¹⁸ Davon Buch II Abschn. 1 Kap. 2.

III. Eintheilung der Rechte nach dem Subjekt. Mit der Unterscheidung der Rechte nach dem Objekt kreuzen sich Unterscheidungen nach dem Subjekt, die jedoch in unserer Systematik zurücktreten.

1. Unter Umständen hat die Beschaffenheit des Subjektes rechtliche Bedeutung. So kann es darauf ankommen, ob das Subjekt eines Rechtes eine Einzelperson, eine Personenmehrheit oder eine Verbandsperson und hier wieder, ob eine private oder öffentliche Verbandsperson ist.

2. Wichtiger sind im Bereiche des Privatrechts die Unterschiede in der Bestimmtheit des Subjektes¹⁹.

a. Regelmäßig ist das Subjekt unmittelbar bestimmt, so daß das Recht einer Person als solcher zusteht²⁰. Derartige Rechte sind dann entweder als „höchst persönliche Rechte“ schlechthin an diese Person gebunden²¹ oder auf andere Personen übertragbar. Im zweiten Falle sind sie entweder nur der Ausübung nach oder auch der Substanz nach übertragbar²²; ferner entweder nur veräußerlich

¹⁹ Mit der Frage nach der Bestimmtheit des Subjektes darf nicht die Frage nach dessen Gewißheit oder Ungewißheit verwechselt werden. So wird durch die Ungewißheit, ob ein Vermögen noch einem Verschollenen oder (wo der Erbanfall von Rechtswegen erfolgt) schon einem Erben und welchem Erben gehört, das Subjekt nicht unbestimmt, da in jedem Augenblick ein bestimmtes Subjekt vorhanden ist. Ebenso bewirken Schwebezustände durch die Ungewißheit ihres Ausganges keine Unbestimmtheit des Subjektes, da nachträglich sich herausstellt, wer während der Schwebe das Subjekt gewesen ist. Darum ist z. B. die Offenhaltung von Rechten für ein erhofftes künftiges Rechtssubjekt zwar auf ein ungewisses, aber nicht auf ein unbestimmtes Subjekt gerichtet.

²⁰ Hierher gehören natürlich auch Rechte, die einer begrenzten Menge von Personen, einer jeden in gleicher Weise, gegen denselben Verpflichteten zustehen. Solche Rechte sind nicht nur im öffentlichen Recht zahlreich ausgebildet (z. B. die allgemeinen Rechte der Staatsbürger gegen den Staat oder der Gemeindebürger gegen die Gemeinde), sondern begegnen auch im Privatrecht; so z. B. die Rechte sämtlicher Mitglieder oder einer Mitgliederklasse innerhalb eines körperschaftlichen Verbandes, die Anwartschaftsrechte sämtlicher Familien-genossen bei einem Familienfideikommiss, die Nacherrechte sämtlicher Gemeinde- oder Landesgenossen bei der Mark- oder Landlosung.

²¹ So viele (aber nicht alle) Persönlichkeitsrechte, so regelmäßig (aber namentlich im älteren Recht nicht ausnahmslos) die Familienrechte, so die Nacherrechte, so alle Erbrechte, so im Zweifel die Mitgliedschaftsrechte, so manche Forderungsrechte.

²² Nur der Ausübung nach übertragbar sind z. B. die Regalien, die Leibeigenschaft, die Urheberrechte; nach römischem, aber nicht nach heutigem Recht auch die Forderungsrechte.

oder nur vererblich oder sowohl veräußerlich wie vererblich²³; endlich entweder nur beschränkt oder unbeschränkt übertragbar²⁴.

b. Es giebt aber auch Privatrechte, deren Subjekt nur mittelbar bestimmt ist, indem darüber, wer berechtigt ist, ein unpersönlicher Thatbestand entscheidet. Insbesondere findet diese Bestimmung vielfach durch das Mittel einer körperlichen Sache statt, so daß das Recht als zunächst mit dieser Sache und erst durch sie mit einer Person verknüpft erscheint. Dahin gehören die mit einer Liegenschaft verbundenen sogenannten „subjektiv dinglichen Rechte“ oder „Realrechte“²⁵. Ebenso aber die an einer beweglichen Sache haftenden Rechte, unter denen die Rechte aus Werthpapieren die wichtigsten sind²⁶.

c. Möglich sind endlich auch Rechte mit unbestimmtem Subjekt²⁷. Denn an sich ist, wie ein Recht gegen Jedermann, so eine Pflicht gegen Jedermann vorstellbar²⁸. Indefs neigt das heutige Recht nicht zur Ausprägung derartiger Privatrechte, sucht vielmehr in solchen Fällen die Berechtigung an eine die unbestimmte Menge der Begünstigten vertretende öffentliche Verbandsperson, sei es nun an die Ortsgemeinde oder an den Staat, zu knüpfen²⁹.

²³ Unvererblich, obschon veräußerlich, ist z. B. der Nießbrauch; unveräußerlich, obschon vererblich, kann z. B. die Mitgliedschaft in einer Aktiengesellschaft sein.

²⁴ Die Beschränkungen der Uebertragbarkeit sind von unübersehbarer Mannichfaltigkeit. Dahin gehören auch die verschiedenen Modalitäten der quantitativen und qualitativen Theilbarkeit oder Untheilbarkeit.

²⁵ Von ihnen unten Buch II Abschn. I im Sachenrecht.

²⁶ Unter diesem Gesichtspunkt wird von den Werthpapieren unten Buch II Abschn. I im Sachenrecht gehandelt werden.

²⁷ Dahin gehören nicht die in Anm. 20 bezeichneten Rechte. Doch liegt z. B. bei den dort erwähnten Näherrechten eine relative Unbestimmtheit des Subjektes des aus dem Näherrecht fließenden Lösungsrechtes im Einzelfall vor.

²⁸ Man denke z. B. an die Pflicht des Eigenthümers eines öffentlichen Weges zu dessen Offenhaltung für Jedermann; oder an die Pflicht jedes Grundeigenthümers zu gewissen Sicherheitsvorkehrungen zu Gunsten Jedermanns (Sachsensp. II Art. 38). — Auch kann ein öffentliches Angebot an Jedermann (z. B. bei der Auslobung) zwar noch keine fertige Verbindlichkeit, aber eine Gebundenheit ans Wort gegen jeden Zugreifenden erzeugen.

²⁹ Die Praxis erkennt das „Publikum“ nicht als Rechtssubjekt an, läßt aber die Gemeinde oder den Staat zum Erwerbe von Rechten im Interesse des Publikums und zur Vertretung solcher Interessen im Civilprozeß zu; Vgl. O.A.G. Kiel 18. März 1863 b. Seuff. XII Nr. 11 (dazu Gierke, Genossenschaftstheorie S. 216 Anm. 3); auch R.Ger. 23. Nov. 1880 IV Nr. 38, 6. Okt. 1885 XIV Nr. 54. Aehnlich bezüglich der „Ortsarmen“ R.Ger. 21. Okt. 1887 XIX Nr. 49.

§ 30. Das Rechtssubjekt.

I. Begriff. Was Subjekt von Rechten und Pflichten sein soll, muß vom objektiven Recht als hierzu befähigt anerkannt sein. Die Fähigkeit, Rechtssubjekt zu sein, heißt Persönlichkeit. Aus ihrer Anerkennung durch Rechtssatz fließt das Recht der Persönlichkeit, das die Grundlage aller einzelnen Rechte und Pflichten ist. Ein Wesen, dem das Recht der Persönlichkeit zusteht, ist im Rechtssinne Person.

II. Arten. Das objektive Recht kann kraft seiner formellen Allmacht an sich beliebige Dinge, jedoch seiner Idee gemäß und mit Aussicht auf wirklichen Erfolg nur Träger von freiem Willen zu Personen stempeln.

Unserem heutigen Bewußtsein erscheinen ausschließlich Menschen als zu Rechtssubjekten geeignete Willensträger.

Auf früheren Kulturstufen werden nicht selten auch übermenschliche und untermenschliche Wesen personifiziert. Auch im älteren deutschen Recht begegnen hiervon Spuren. Denn einerseits wurden Gott und die Heiligen als Rechtssubjekte in irdische Verhältnisse eingeführt¹. Andererseits wurden Thiere in einzelnen Beziehungen wie Personen behandelt² und selbst leblose Sachen hier und da Rechtssätzen unterstellt, die an eine graue Vorzeit mahnen, in der man an ihre Beseelung glaubte³. Schon früh indeß verloren solche Ueberlebssel ihre ernsthafte Bedeutung⁴, und die in

¹ Gierke, Genossenschaftsr. II 526 ff.; Heusler, Inst. I 208 u. 314 ff. — Ueber das ältere römische Recht Gierke a. a. O. III 62 ff.

² Gierke, Humor S. 23 ff.; O. Hammer, Die Lehre vom Schadensersatz nach dem Sachsensp. u. den verwandten Rechtsqu. (Unters. z. d. St. u. R. Gesch. XIX), Breslau 1885, S. 86 ff.; Brunner, Ueber absichtslose Missethat im altdeut. Strafr., Sitzungsber. der Berl. Akad. XXXV (1890) S. 834 ff. (Forschungen zur Gesch. des deut. u. franz. R., Stuttgart 1894, S. 512 ff.), D.R.G. II 555 ff. — Die eingehende Untersuchung von K. v. Amira, Thierstrafen und Thierprozesse, Innsbruck 1891, verhält sich ablehnend gegen die Annahme einer „Personifikation“ der Thiere im älteren Recht. Selbstverständlich sind Thiere niemals den Menschen als Vollpersonen gleichgestellt worden! Allein unbestreitbar hat die Vorstellung der Thiere als willensfähiger Wesen, deren Wille eine analoge rechtliche Bedeutung wie menschlicher Wille haben könne, Rechtssätze theils hervorgetrieben theils ermöglicht. In den Regeln über Haftung für Thiere wirkt sogar unverkennbar eine gemeinarische Rechtsbildung solcher Herkunft nach.

³ Vgl. z. B. I. Ribuaria 70, 1. Weiteres hierher Gehörige bei Brunner, Ueber absichtslose Missethat, S. 840 ff.

⁴ So wendet sich das Recht der Thiere ins Humoristische oder Sagenhafte,

der Rechtssprache fortdauernden Wendungen, die mit ihnen zusammenhängen, verblafsten zu bildlichen Ausdrücken⁵. Denn immer hat das lebendige und volkstümliche Recht nur Willensträger als Rechtssubjekte anerkannt und demgemäß jene älteren Vorstellungen fallen lassen, sobald einerseits die grobsinnliche Hineinziehung überirdischer Willensmächte in den Rechtsverkehr aufhörte, andererseits die Vermenschlichung von Thieren und leblosen Körpern verschwand. Niemals dagegen hat es Dinge, denen es selbst keine Willensmacht andichtete, zu Rechtssubjekten erhoben. Insbesondere handelt es sich da, wo von einer leblosen Sache im Bewußtsein ihrer Leblosigkeit ausgesagt wird, daß sie Rechte oder Pflichten habe, ausübe oder erfülle, von vornherein nur um eine bildliche Ausdrucksweise⁶. Auch unser mittelalterliches Recht hat, so sehr es bei den durch Sachen vermittelten Rechten und Pflichten die handlichen und sinnlich packenden Redeformen liebt, die den Sachen selbst und namentlich den Grundstücken Rechtssphären und Rechtshandlungen zuschreiben, niemals im Ernste das Rechtsobjekt mit dem Rechtssubjekt vertauscht⁷. Vielmehr gehört die ernst gemeinte Personifikation des Leblosen lediglich einer künstelnden Doktrin an. Diese hat freilich Sachen verschiedener Art zu Personen zu stempeln versucht: Grundstücke⁸, Gerechtsame⁹, Vermögensinbegriffe¹⁰, ja sogar Papier-

Gierke, Humor S. 61 ff., die Thierstrafen und Thierprozesse werden zu Spielereien, u. s. w.

⁵ Schon im Mittelalter verloren z. B. Ausdrücke wie „Eigenthum des heiligen Petrus“ ihren ursprünglichen Sinn und dienten nur noch zur Bezeichnung eines Anstaltseigenthums. — Ebenso wurde auch da, wo von der naiven Annahme thierischer Rechtssubjektivität nicht mehr die Rede war, der Sprachgebrauch festgehalten, nach dem ein Thier Rechte und Pflichten hat, eine Schuld auf sich läßt, Buße, aber nicht Wette verwirkt (Sachsensp. II Art. 40 § 3) u. s. w.

⁶ So bei den römischen Bezeichnungen „praedium dominans“ und „praedium serviens“ in der Servitutenlehre oder „rei obligatio“ im Pfandrecht.

⁷ Ausführlich darüber Gierke, Genossenschaftsr. II 71 ff. u. 92 ff.

⁸ So „bei Servituten und unseren deutschen subjektiv-dinglichen Rechten“ Heise, Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts, 3. Ausg. Heidelberg 1819, § 98 Anm. 15, u. Böcking, Pandekten, 5. Aufl. Bonn 1861, § 62. Ferner bei Reallasten L. Duncker, Die Lehre von den Reallasten, Marburg 1837, S. 61, Wolff D.P.R. S. 274. Manche auch bei der modernen Hypothek. Näheres im Sachenrechte.

⁹ So bei der Personifikation von Würden (dignitates) und Aemtern (Gierke a. a. O. III 271 Anm. 73–74), der „Krone“ u. s. w.; vgl. auch unten § 60 Anm. 6.

¹⁰ Noch heute faßt die herrschende Meinung Stiftungen als personifizierte Vermögensmassen auf; hiergegen ist später Stellung zu nehmen. — Auch die

fetzen¹¹. Alle solche Personifikationen aber sind, wenn man sich nicht etwa des Rückfalles in animistische Vorstellungen erkönnen will, nur unter Preisgabe jedes festen und gesunden Begriffes des Rechtssubjektes haltbar¹². Die deutsche Rechtswissenschaft muß mit ihnen reinen Tisch machen. Sie muß jedoch, um die Probleme, die zu solchen Verirrungen verleitet haben, zu lösen, den in der Welt der Rechtsobjekte auftauchenden Erscheinungen mehr, als in der romanistischen Jurisprudenz üblich ist, gerecht werden und namentlich die vom deutschen und modernen Recht ausgebildeten Beziehungen zwischen Sachen und Sachen unbefangen würdigen¹³.

Menschen also sind die einzigen Rechtssubjekte. Die Menschen aber können entweder als Einzelne oder als Verbände das Recht der Persönlichkeit haben. Der einzelne Mensch ist heute ausnahmslos Person; er ist daher auch schon Person, wenn in ihm erst die Anlage zu einem vernünftigen Wollen im Bereiche der äußeren Freiheit vorhanden ist, und bleibt Person, wenn diese Anlage sich niemals

Konstruktion des Fiskus als Vermögenspersonifikation taucht immer wieder auf; vgl. unten § 61. — Sodann wird vielfach die ruhende Erbschaft, bei der das römische Recht den Fortbestand der persona defuncti bis zu ihrer Uebernahme durch den Erben fingirt, vielmehr als personifizirtes Vermögen behandelt; vgl. über diese für das deutsche Recht, das keine hereditas jacens kennt, unerhebliche Frage Gierke a. a. O. III 105 Anm. 238 und die dort Angeführten, auch S. 362 Anm. 28; seitdem bes. Regelsberger § 75 III. — Weiter hat man im Handelsrecht das kaufmännische Geschäft zum Rechtssubjekt zu erheben versucht (vgl. z. B. Endemann, Das deutsche Handelsrecht, 3. Aufl. [1876] § 15 u. 17, v. Völckerndorff in Endemanns Handb. I 188 ff.); oder auch die „Firma“ (z. B. Kuntze, Z. f. d. g. H.R. VI 197); vgl. hiergegen Gierke, Genossenschaftstheorie S. 456 ff., Behrend, H.R. § 37 Anm. 6 u. § 40 Anm. 7, Stobbe, D.P.R. I 434. — Auch sonst operirt man oft bei Vermögensmassen, Fonds, Kassen u. s. w., die in objektiver Sonderung einem bestimmten Zwecke dienen, mit dem Begriff einer eignen Rechtssubjektivität. — Sogar in neuere Gesetze ist diese Verwirrung eingedrungen; so ist in C.Pr.O. § 19 von „Vermögensmassen“, die „als solche“ parteifähig sind, im R.Ges. v. 31. Mai 1891 (und ebenso im Preufs. Ges. v. 20. Juli 1883) § 4 von „Vermögensmassen“, die als Gläubiger in das Reichs- (oder Staats-) Schuldbuch eingetragen werden können, die Rede.

¹¹ Vgl. unten die Lehre von den Werthpapieren.

¹² Am weitesten gieng in dieser Richtung Bekker, Jahrb. f. Dogm. XII 1 ff., indem er den Begriff des Rechtssubjekts völlig in die Begriffe des „Genießers“ und „Verfügers“ auflöste; er hat aber jetzt Pand. I § 19 seinen Standpunkt dem Vorstellungsinhalte des geschichtlich entwickelten Rechtsbewußtseins wesentlich näher gerückt und insbesondere dem Jagdhunde Tiras und der Stute Bellona ihre berühmt gewordene Rechtssubjektivität feierlich wieder entzogen. — Vgl. gegen diese Richtung auch Bernatzik, Arch. f. öff. R. V 251 ff.

¹³ Vgl. unten Buch II Abschn. II Kap. 1.

entwickelt oder der vernünftige Wille vor dem leiblichen Tode zeitweise oder dauernd wieder entschwindet¹⁴. Der menschliche Verband ist auch heute nicht immer, wenn er an sich als Träger eines einheitlichen Gemeinwillens dazu geeignet wäre, als Person anerkannt¹⁵. Personen sind also nach heutigem Recht sämtliche einzelne Menschen und gewisse menschliche Verbände.

Die Persönlichkeit ist ein Rechtsbegriff, der kraft einer vom Rechtsbewußtsein vollzogenen Abstraktion durch Heraushebung eines Theilinhaltendes der Wirklichkeit zu Stande kommt¹⁶. Sie deckt sich nicht mit irgend einer sinnlich wahrnehmbaren Totalität in der Erscheinungswelt; sie ist weder greifbar noch sichtbar. Man sieht dem einzelnen Menschen nicht an, ob er Person ist oder nicht (z. B. Sklave), und was man an ihm sieht, ist nicht seine Persönlichkeit¹⁷. Nicht minder unsinnlich, aber auch nicht minder wirklich, ist die Verbandspersönlichkeit¹⁸.

III. Subjektsgemeinschaften. Einzelpersonen und Verbandspersonen sind die einzigen Personen, die unser Recht kennt¹⁹. Personen können aber nicht bloß für sich, sondern auch gemeinsam berechtigt oder verpflichtet sein. Nimmt eine Mehrheit von Personen die Stelle des Rechtssubjektes ein, so ist ein doppeltes Verhältniß möglich.

1. Die Subjekte bleiben getrennt. Dann entsteht entweder überhaupt keine Gemeinschaft, indem das Recht oder die Pflicht, sobald eine Mehrheit von Subjekten eintritt, nach thatsächlich getrennten (reellen) Theilen in völlig gesonderte Rechte oder Pflichten zerfällt. Oder es entsteht doch nur eine objektive Gemeinschaft, indem ein inhaltlich gleiches Recht oder eine inhaltlich gleiche Pflicht jedem einzelnen Subjekte entweder zu einem bloß gedachten (ideellen) Theile oder ganz (solidarisch) oder in irgend einem zu gemeinsamer Ausübung oder Erfüllung nöthigenden Konkurrenzverhältnisse mit den Rechten oder Pflichten der anderen Subjekte zugeschrieben wird.

¹⁴ Vgl. unten § 40 ff. und oben § 27 Anm. 8. Eine sonderbare Verirrung ist es, wenn Bierling, Kritik II 84 u. Prinzipienlehre I 122 u. 210 ff., Kinder und Wahnsinnige für „fingirte“ Rechtssubjekte erklärt.

¹⁵ Vgl. unten § 59.

¹⁶ Zutreffend hierüber Regelsberger I § 56.

¹⁷ Daher ist auch der übliche Ausdruck „physische“ Person mit dem Gegensatz der „juristischen“ Person schief und besser zu vermeiden.

¹⁸ Hiervon unten § 58 u. 59.

¹⁹ Durch die Erscheinungen der Vorwirkung und Nachwirkung der Einzelpersönlichkeit und der Verbandspersönlichkeit (vgl. oben § 29 Anm. 1) werden natürlich keine neuen Personenklassen ins Leben gerufen.

Die Personen als solche werden durch keines dieser Gemeinschaftsverhältnisse verbunden²⁰.

2. Die Subjekte sind verbunden. Eine Personenmehrheit kann jedoch auch in der Weise berechtigt oder verpflichtet sein, daß die Personen selbst als verbunden und in dieser Verbundenheit als Subjekt gedacht werden. Dann liegt nicht blos eine objektive Gemeinschaft, sondern eine Subjektsgemeinschaft vor. Die Personen sind hinsichtlich der gemeinschaftlichen Sphäre nicht mehr völlig von einander getrennt, sondern irgendwie mit einander verschmolzen und geeint. Sie bilden keine Verbandsperson, aber eine Personeneinheit. Derartige Verhältnisse hat das römische Recht nicht ausgeprägt, dagegen das deutsche Recht von je in mannichfacher Weise ausgestaltet. Von den deutschrechtlichen Personengemeinschaften muß im Personenrecht gehandelt werden²¹.

§ 31. Das Rechtsobjekt.

I. Begriff. Rechtsobjekt ist jede Person, insoweit sie der Willensmacht einer anderen Person unterworfen ist. Da aber eine Person stets in demselben Umfange, in dem sie Objekt einer Befugniß ist, als Subjekt einer Pflicht erscheint, bleibt sie in jedem Rechtsverhältniß Rechtssubjekt und wird nur als solches vorgestellt.

Rechtsobjekt im technischen Sinne ist daher nur das unpersönliche Objekt eines Rechtes.

Ein unpersönliches Ding, dem die Rechtsordnung die Fähigkeit zuschreibt, Rechtsobjekt zu sein, heißt Sache (im weiteren Sinn)¹. Zur Sache eignet sich jeder Bestandtheil der äußeren Güterwelt, der im Verhältniß der Menschen zu einander einer für andere Willen bindenden Willensherrschaft unterworfen werden kann.

Der Begriff der Sache ist ein Rechtsbegriff, der gleich dem Begriff der Person auf einer vom Rechtsbewußtsein vollzogenen Ab-

²⁰ Ob überhaupt eine objektive Gemeinschaft und welche Art derselben eintritt, richtet sich vornehmlich nach der Beschaffenheit der Rechte und Pflichten in dem Punkte der sogen. „Theilbarkeit“. Vgl. G. Rümelin, Die Theilung der Rechte, Freiburg u. Tübingen 1883, Regelsberger, Pand. I § 51 VI, u. die dort Anm. 16 angef. weiteren Schriften.

²¹ Vgl. unten Buch II Abschn. I Kap. 3.

¹ Preuß. L.R. I, 2 § 1; Oesterr. Gb. § 285. Dagegen will der Entw. den Namen „Sache“ auf körperliche Sachen einschränken und die Sache im weiteren Sinn „Gegenstand“ nennen; vgl. hiergegen Gierke, Entw. S. 44 ff. — Abweichend Regelsberger § 94 u. 96, Bierling, Prinzipienlehre I 256 ff.

straktion beruht und immer nur einen Theilinhalt der Wirklichkeit in sich aufnimmt. Er deckt sich daher nicht mit dem Begriff eines Naturgegenstandes². Es giebt Naturgegenstände, die keine Sachen sind, weil sie sich der menschlichen Willensherrschaft überhaupt entziehen, wie z. B. die Gestirne, die Wolken, das offene Meer. Alle Naturgegenstände aber sind Sachen nur in ihren der rechtlichen Beherrschung zugänglichen Beziehungen, nicht in ihrer sinnlichen Totalität, nicht in ihrer wechselnden physikalischen und chemischen Beschaffenheit, nicht in ihrem rein naturgesetzlichen Verhalten.

II. Arten der Sachen.

1. Man unterscheidet „körperliche“ und „unkörperliche“ Sachen.

a. Körperliche Sache heisst ein räumlich begrenztes Stück der äusseren Güterwelt in der Totalität seiner zu rechtlicher Beherrschung geeigneten Beziehungen. Der Name ist nicht genau und verleitet leicht zur Verwechslung der Sache im Rechtssinn mit dem Naturgegenstande. Wo daher der Rechtsbegriff der körperlichen Sache in Frage steht, muß dieser Unterschied beachtet werden³. Der Ausdruck „Sache“ wird im Leben nicht selten auf körperliche Sachen eingeschränkt; auch im Sprachgebrauch der Wissenschaft und der Gesetze erscheint die körperliche Sache als „Sache im engeren Sinn“⁴.

b. Unkörperliche Sache ist ein ideell begrenzter Ausschnitt aus den zu rechtlicher Beherrschung geeigneten Beziehungen der äusseren Güterwelt. Die unkörperliche Sache empfängt ihre Begrenzung und damit ihr gesondertes Dasein erst durch den Umfang und Inhalt des Rechtes, als dessen Gegenstand sie gedacht wird. Hieraus erklärt es sich, daß nicht nur vielfach für die unkörperliche

² Dies wird, wie von den Römern selbst, so von vielen Romanisten noch immer gründlich verkannt; am gründlichsten von Windscheid, Pand. I § 137 (mit seiner Unterscheidung „real existirender“ und bloß „gedachter“ Gegenstände von Rechtsverhältnissen), dem aber der Entw. durchweg folgt. Das deutsche Recht faßte schon früh den Sachbegriff zwar minder abstrakt, aber auch minder materialistisch; Gierke, Genossenschaftsr. II 62.

³ Richtig führt das R.Ger. XVII Nr. 61 aus, daß es auf die Lebensanschauung ankomme und daher z. B. der elektrische Strom, obschon er im naturwissenschaftlichen Sinne nicht Körper, sondern Kraft ist, als Gegenstand des Rechtsverkehrs eine „körperliche Sache im Rechtssinn“ (nach Pr. L.R. I, 2 § 3) sein könne. A. M. Ludwig, Z. f. H.R. XXXV 31 ff.

⁴ Im Preufs. L.R. I, 2 § 3 wird der Begriff der „Sache im engeren Sinne“ auf solche unkörperliche Sachen ausgedehnt, die vermöge der ihnen verliehenen Selbständigkeit Gegenstand eines dauernden Rechtes sein können, also z. B. liegenschaftliche Gerechtsame, Erfindungspatente (R.Ger. XXXI 56 u. 298), Kuxe (R.Ger. XXVIII Nr. 55) u. s. w.

Sache derselbe Name wie für das an ihr bestehende Recht gebraucht wird⁵, sondern daß im Leben, in der Wissenschaft und in der Gesetzgebung geradezu der Begriff der unkörperlichen Sachen mit dem Begriff der Rechte zusammengeworfen zu werden pflegt⁶. Daß dies unzulässig ist, liegt auf der Hand. Denn das Recht als Herrschaft kann nicht mit dem Gegenstande dieser Herrschaft identisch sein⁷. Doch ist gegen die Beibehaltung des ungenauen Sprachgebrauches nichts einzuwenden, sobald nur die zu Grunde liegende Verwechslung erkannt und jede irrige Folgerung aus ihr vermieden wird⁸.

Nicht bei jedem Rechte, dessen Gegenstand keine körperliche Sache ist, liegt eine unkörperliche Sache vor; und nicht immer erschöpft sich, wo eine unkörperliche Sache vorhanden ist, in ihr die gegenständliche Seite des Rechts. Vielmehr ist der Gegenstand eines Rechtes nur insoweit unkörperliche Sache, als er nach den in der Rechtsordnung ausgeprägten Lebensanschauungen als ein unpersönliches und in solcher Trennung von der Person in sich selbst werthvolles äußeres Gut vorgestellt werden kann⁹.

Unkörperliche Sache ist vor Allem stets der Gegenstand eines begrenzten Rechtes an einer körperlichen Sache. Denn das begrenzte

⁵ Im älteren deutschen Recht bezeichnete man überhaupt vielfach das Recht und dessen Gegenstand mit demselben Namen; wie *eigen*, *erbe*, *lehn*, *leibzucht*, *zins*, *gült*, *vogtei* u. s. w., so hatten *gerechtigkeit*, *rechtsame*, *freiheit* u. s. w. diese doppelte Bedeutung. Auch heute werden z. B. „Nießbrauch“, „Forderung“, „Hypothek“, im Volksmunde ja aber auch „Eigenthum“ und „Besitz“ in beiderlei Sinne gebraucht.

⁶ So bekanntlich bei den Römern (Gaj. Inst. II § 12–14, pr. § 1–2 Inst. II, 2, dazu Arnold, Kultur u. Recht der Römer S. 144 ff.) und folgeweise auch in der romanistischen Jurisprudenz, die sich erst neuerdings davon losgesagt hat. Ebenso vielfach im älteren deutschen Recht, ohne daß freilich die Annahme Heuslers, Inst. I 330 u. 336 ff., gerechtfertigt wäre, man habe allgemein gewisse „Rechtsame“ nur als Objekte von Rechten, dagegen die Objekte einfacher „Rechte“ niemals als unkörperliche Sachen vorgestellt; vgl. unten § 81 Anm. 13. Ferner im Pr. L.R. II, 1 § 2, Code civ. Art. 516 ff., Oest. Gb. § 292.

⁷ Gierke, Entw. S. 44 ff.

⁸ Im römischen Rechte führte der materialistische Sachbegriff insbesondere zur Auffassung des „Eigenthums“ als eines den Sachkörper gewissermaßen absorbirenden und darum einerseits nur an körperlichen Sachen denkbaren, andererseits von allen anderen Rechten spezifisch verschiedenen Rechts. Diese Auffassung, von der sich die Romanisten nicht trennen können und die der Entw. verewigen will, ist dem deutschen Rechte fremd; vgl. unten die Lehre vom Eigenthum.

⁹ Hiermit berühren sich die Untersuchungen von Bekker, Pand. I 50 ff. über den „objektiven Rechtsbestand“, der im Nothfall für sich allein bestehen kann; zum Theil auch Jhering, Passive Wirkungen der Rechte, Jahrb. f. D. X Nr. 8.

dingliche Recht ergreift im Gegensatz zum Eigenthum, das auf die körperliche Sache in ihrer Totalität gerichtet ist, diese nur in einzelnen Beziehungen.

Unkörperliche Sache kann auch ganz oder theilweise der Gegenstand eines Rechtes an der eignen Person sein. Er kann es insoweit sein, als er sich von der Person gesondert vorstellen läßt und in dieser Gesondertheit einen selbständigen Werth hat, mithin ein äußeres, obschon unsinnliches Gut bildet. So ist bei einem ausschließlichen Aneignungsrecht oder Gewerbeerecht der monopolisirte Thätigkeitsbereich (Jagd, Fischerei, Gewerbebetrieb bestimmter Art), beim Urheberrecht das Geisteswerk, beim Erfinderrecht die Erfindung, beim Markenrecht das Persönlichkeitszeichen, ja selbst beim Firmenrecht die Firma, nicht dagegen beim Recht auf Leben das Leben, beim Recht auf Ehre die Ehre oder beim gewöhnlichen Namenrecht der Name als unkörperliche Sache vorstellbar¹⁰. Bis zu welchem Grade aber die objektive Selbständigkeit solcher unleiblichen Güter anerkannt werden soll, ist eine vom positiven Recht zu entscheidende und keineswegs überall gleichmäÙig entschiedene Frage¹¹.

Unkörperliche Sache kann endlich auch der Gegenstand eines persönlichen Rechts sein. Als unkörperliche Sache erscheint insbesondere der Gegenstand der Forderungsrechte, deren Wesen gerade darin besteht, daß die geschuldete Handlung als eine an sich selbst werthvolle Leistung vom verpflichteten Subjekt unterschieden und somit als ein äußeres Gut objektivirt wird. Dagegen kann bei den persönlichen Rechten, deren Gegenstand eine andere Person als solche ist, niemals dieser Gegenstand selbst, sondern immer nur der Gegenstand der aus solchen Rechten abgeleiteten Rechte an Sachen oder Handlungen als unkörperliche Sache vorgestellt werden¹². Bei manchen Personengemeinschaften und Verbandspersonen überwiegt indess in der Struktur des Theilhaberrechts oder Mitgliedschaftsrechts der auf

¹⁰ Dies ist der richtige Kern der Lehre vom „Immaterialgüterrecht“. Doch liegt kein Grund vor, den Ausdruck „Sache“ hier mit „Gut“ zu vertauschen. Vgl. auch Bekker, Z. f. vgl. R.W. II 19 ff. u. Pand. I 63 ff., der aber seinerseits überhaupt nur diese Klasse von „unkörperlichen Sachen“ anerkennen will.

¹¹ Man denke z. B. an die abweichenden Grundsätze der verschiedenen Handelsgesetzbücher hinsichtlich der Uebertragbarkeit der Firma.

¹² So im Familienrecht die Nutzung am Frauengut oder Kindergut oder die verwandtschaftliche Alimentationspflicht; so im Handelsgesellschaftsrecht der Antheil am Gesellschaftsvermögen und die aus ihm entspringenden Forderungen; so im Genossenschaftsrecht die aus der Mitgliedschaft fließenden Nutzungen und Forderungen und umgekehrt die der Genossenschaft gegenüber begründeten dinglichen Lasten und Beitragsschulden der Mitglieder.

einen Bestandtheil der äußeren Güterwelt gerichtete Inhalt dergestalt, daß dadurch die rechtliche Behandlung des ganzen Rechtes bestimmt und somit seinem Gegenstande im Ganzen der Typus einer unkörperlichen Sache aufgeprägt wird¹³.

Eine wichtige Folge des Begriffes der unkörperlichen Sache besteht darin, daß so weit, wie dieser Begriff reicht, auch der Begriff der Rechte an Sachen erstreckt werden kann. Hieraus ergeben sich die ungenau als „Rechte an Rechten“ bezeichneten Verhältnisse: Nießbrauch, Pfandrecht, Näherrecht, nach deutscher Auffassung aber genau so gut auch „Eigenthum“ an einer dinglichen Rente, einer Hypothek, einem Geisteswerk, einem Gesellschaftsantheile, einer Mitgliedschaft, einer Forderung¹⁴.

Wird in dieser Weise der Gegenstand eines Rechtes als unkörperliche Sache objektivirt, so ist damit zugleich ausgesagt, daß da, wo dem Rechte eine seinen Werth begründende Pflicht entspricht, auch der Gegenstand dieser Pflicht als ein vom verpflichteten Subjekt lösliches Objekt gedacht werde. Von der Verbindlichkeit als solcher wird somit die durch sie auferlegte „Last“ oder „Schuld“ unterschieden¹⁵. Sie erscheint als Kehrseite einer unkörperlichen Sache und drückt für das verpflichtete Subjekt gewissermaßen ein negatives wirtschaftliches Gut, einen Minusantheil an der äußeren Güterwelt aus.

2. Die Sachen sind entweder Sachindividuen oder Sachinbegriffe.

a. Sachindividuen sind körperliche oder unkörperliche Sachen,

¹³ So z. B. bei den Schiffsparten, Kuxen, Aktien; vgl. unten § 64 u. 80.

¹⁴ In der umfangreichen Litteratur über die „Rechte an Rechten“ (vgl. Bekker, Pand. I 64 ff., Windscheid, Pand. I § 48a u. die hier in Anm. 1 Angeführten, Regelsberger § 94 IV, Bierling, Prinzipienlehre I 270 ff.) wird meist zwischen dem Recht und der unkörperlichen Sache nicht gehörig unterschieden. Gleichwohl ist gerade hier diese Unterscheidung unentbehrlich. Denn auf der einen Seite hat aller darauf verwandte Scharfsinn ein „Recht am Recht“ nicht vorstellbar zu machen vermocht. Auf der anderen Seite dürfen die lebendigen Gebilde, die das geltende Recht unbestreitbar im Sinne einer Erstreckung des Sachenrechts über den Kreis der körperlichen Sachen hinaus gestaltet hat, nicht umgedeutet, sondern müssen aus ihrem eignen Geist und somit als Sachenrechte begriffen werden.

¹⁵ „Last“ nennen wir den Gegenstand einer durch das Mittel einer Sache, „Schuld“ den Gegenstand einer unmittelbar mit der Person verknüpften Verpflichtung. Doch ist die Terminologie keine feste. Wo der Gegenstand einer Pflicht nicht als ein von der verpflichteten Person trennbares Gut vorstellbar ist, wie bei einer Treu-, Schutz- oder Gehorsamspflicht, sprechen wir weder von „Last“ noch von „Schuld“.

die das Recht als in sich geschlossene einheitliche Rechtsobjekte behandelt¹⁶. So lange ein Sachindividuum als solches besteht, sind dessen Bestandtheile ihrerseits nicht Sachen, sondern nur Sachtheile.

Die Abgrenzung der Sachindividuen gegen einander vollzieht das Recht im Anschluß an die auf natürlicher Grundlage geschichtlich entwickelten Lebensverhältnisse und Lebensanschauungen. Auch bei den körperlichen Sachindividuen ist diese Abgrenzung nur zum Theil (wie bei den Thieren) durch die Natur unbedingt gegeben, im Uebrigen durch menschliche Einrichtungen und Verkehrsgewohnheiten bestimmt¹⁷. Die Sachindividuen besitzen daher für das Recht nicht dieselbe innere Unzugänglichkeit und Unzerlegbarkeit, wie die Personenindividuen. Vielmehr können sie nicht nur auf die mannichfachste Weise sich durch Theilung in mehrere Sachen oder durch Verbindung in bloße Sachtheile verwandeln, sondern auch während ihres Bestandes als mehr oder minder zusammengesetzte Einheiten betrachtet werden¹⁸. Insoweit dies geschieht, sind auch an bloßen Sachtheilen besondere Rechtsverhältnisse möglich, wie sie in gewissem Umfange sogar das römische Recht gelten läßt, in größerer Fülle das deutsche Recht entwickelt hat¹⁹.

¹⁶ Dafs die rechtliche Individualisirung sich nicht blos auf die körperlichen, sondern auch auf die unkörperlichen Sachen bezieht, wird oft übersehen. Auch die unkörperliche Sacheinheit ist zum Theil vor aller rechtlichen Normirung gegeben, wird aber immer erst durch die Rechtsordnung als Rechtsobjekt individualisirt und abgegrenzt (z. B. ein Kunstwerk als Gegenstand des Urheberrechts, eine Erfindung als Gegenstand des Patentrechts). Auch ihre Bestandtheile sind nur Sachtheile, nicht Sachen für sich. Auch sie ist untheilbar oder in verschiedenem Maf und verschiedener Art theilbar, kann durch Theilung in mehrere selbständige Sachen zerfallen (z. B. eine Forderung) und durch Vereinigung zum Sachtheil werden. Auch sie ist „einfach“ oder in mancherlei Sinn „zusammengesetzt“. Auch bei ihr endlich begegnet ein dem Verhältnifs von Muttersache und „Frucht“ entsprechendes Verhältnifs, wie dies der Begriff der „bürgerlichen Früchte“ ausdrückt.

¹⁷ So vor Allem bei der Individualisirung der Grundstücke; aber auch bei der Behandlung von Körnermengen, Erdhaufen, Flüssigkeiten u. s. w. als Sacheinheiten; nicht minder bei der Begriffsbestimmung der zusammengesetzten Sachen und ihrer Abgrenzung gegen Sachinbegriffe.

¹⁸ Der Unterschied zwischen „einfachen“ und „zusammengesetzten“ Sachen ist ein flüssiger und hat nur insoweit rechtliche Bedeutung, als das Recht daran einen Unterschied in der Behandlung der Sachtheile knüpft; so richtig Dernburg, Pand. I § 68.

¹⁹ Vgl. über das römische Recht Windscheid, Pand. I § 138 u. 142, Dernburg a. a. O., Bekker, Pand. I § 71 Anm. e; über Entw. I § 782–788 Gierke, Entw. S. 297 ff. Im deutschen Recht gehören hierher vor Allem das Geschofseigenthum und das besondere Eigenthum an stehenden Früchten, wo-

Die Sachindividuen werden theils nach ihrer vom Recht als erheblich erachteten natürlichen Beschaffenheit theils nach den ihnen ausschließlich vom Recht verliehenen Eigenschaften in mancherlei Arten eingetheilt. Einige dieser Unterscheidungen sind für das deutsche Recht besonders bedeutungsvoll und müssen später besprochen werden²⁰.

b. Sachinbegriff ist eine zu einem größeren Sachganzen zusammengefaßte Mehrheit von Sachindividuen, die das Recht als einheitliches Rechtsobjekt anerkennt, ohne den einzelnen Sachindividuen die Eigenschaft besonderer Sachen zu entziehen. Ein Sachinbegriff kann aus körperlichen oder unkörperlichen oder beiderlei Sachen bestehen. Von solchen im deutschen Recht mannichfach ausgebildeten Sachganzen muß später die Rede sein²¹. Nur über den Begriff des Vermögens ist wegen seines Zusammenhanges mit allgemeinen Grenzfragen schon hier Einiges zu sagen.

III. Vermögen²². Der Begriff des Vermögens wird in doppeltem Sinne verstanden²³.

1. Im objektiven Sinne ist Vermögen ein Inbegriff körperlicher und unkörperlicher Sachen. Mithin ist das Vermögen einer Person der Inbegriff aller ihrer rechtlichen Herrschaft unterworfenen körperlichen und unkörperlichen Sachen, während alle ihre Lasten und Schulden als negative oder passive Vermögensbestandtheile („Passiva“) erscheinen²⁴. Innerhalb des Vermögens einer Person aber kann wieder ein irgendwie in sich zusammenhängender engerer Inbegriff von körper-

von später die Rede sein wird; zum Theil auch die Behandlung der Wohnungsmiethe.

²⁰ Vgl. unten Buch II Abschn. II Kap. 1. Dagegen wird die Lehre von dem Unterschiede vertretbarer und unvertretbarer, verbrauchbarer und unverbrauchbarer, theilbarer und untheilbarer Sachen, sowie die allgemeine Theorie der natürlichen und bürgerlichen Früchte den Pandekten überlassen.

²¹ Vgl. unten Buch II Abschn. II Kap. 1.

²² Vgl. Birkmeyer, Ueber das Vermögen im juristischen Sinn, Erlangen 1879; Bekker, Pand. I § 40—43; Regelsberger § 95 (der aber das Vermögen im objektiven Recht nicht anerkennt).

²³ Beide Bedeutungen werden unzulässig vermengt, wenn man (wie der Entw.) „Sachen“ und „Rechte“ in gleicher Weise als „Vermögensgegenstände“ oder „Vermögensbestandtheile“ bezeichnet und zusammenfaßt; Gierke, Entw. S. 44 ff.

²⁴ Für die deutsche und moderne Auffassung bedeutet „Vermögen“ regelmäßig die Einheit der Aktiva und Passiva, daher möglicher Weise auch eine negative GröÙe; nur in untechnischem Sinn ist „Vermögen“ bloß das „Aktivvermögen“ oder auch das nach Abzug der Schulden und Lasten verbleibende „Reinvermögen“. Anders in den römischen Quellen.

lichen und unkörperlichen Sachen mit dazu gehörigen Lasten und Schulden als ein besonderes Vermögen („Sondervermögen“) anerkannt sein²⁵. Das Vermögen im objektiven Sinne ist ein Sachganzes, das selbst als Rechtsobjekt vorgestellt werden kann.

2. Im subjektiven Sinne ist Vermögen der Inbegriff der einem Vermögen im objektiven Sinn entsprechenden Rechte und Verbindlichkeiten²⁶.

Zum Vermögen einer Person gehören also nicht alle ihre Rechte und Pflichten, sondern nur diejenigen Rechte und Pflichten, deren Gegenstand als körperliche oder unkörperliche Sache und eben deshalb als ein unpersönliches wirthschaftliches Gut vorgestellt wird. Mit der Abgrenzung des Sachbegriffs ist daher zugleich die begriffliche Abgrenzung der Vermögensrechte und Vermögenspflichten gegen andere Rechte und Pflichten gewonnen.

Der Kreis des Vermögensrechts deckt sich keineswegs mit dem Kreise des Privatrechts²⁷. Nicht alle dem Privatrecht und auch nicht etwa alle dem „reinen“ Privatrecht angehörige Befugnisse und Pflichten sind vermögensrechtlicher Natur²⁸ und nicht alle Vermögensrechte und Vermögenspflichten gehören dem Privatrecht an²⁹.

Auch ist die Abgrenzung des Vermögensrechts vielfach schwankend und wird im Einzelnen durch das positive Recht ungleich vollzogen. Viele Rechtsverhältnisse sind gemischter Natur. Vermögensrechte enthalten oder erzeugen persönliche Beziehungen, bei deren Regelung die Rechtsordnung den vermögensrechtlichen Gedankenkreis verläßt³⁰.

²⁵ Vgl. unten Buch II Abschn. II Kap. 1.

²⁶ Hinsichtlich der Zurechnung der Verbindlichkeiten gilt auch hier das in Anm. 24 Bemerkte.

²⁷ Die Einengung des privatrechtlichen Gesichtskreises auf Vermögensrechte hat in der romanistischen Doktrin manches Unheil angerichtet; so bei den juristischen Personen, den Gesellschaften, dem Urheberrecht.

²⁸ Nicht bloß die persönlichen Familienrechte und andere sozialrechtliche Bestandtheile des Privatrechts (oben § 4), sondern auch die obersten Individualrechte an der eignen Person sind keine Vermögensrechte. Unrichtig daher Sarwey a. a. O. S. 105 ff. u. 289 ff., E. Löning, Verwaltungsr. § 201 II, und insbesondere Sohm, Inst. § 19 (der „Privatrecht“ und „Vermögensrecht“ schlechthin identifizieren will und daher auch das persönliche Familienrecht nicht als Privatrecht gelten läßt). Richtig dagegen R.Ger. 4. Dez. 1884 XII Nr. 69 S. 283, auch ebenda Nr. 12 S. 51 u. XVIII Nr. 4 S. 18.

²⁹ So z. B. nicht das Recht auf Armenunterstützung, die Steuerpflicht, die Pflicht zur Zahlung einer Geldstrafe.

³⁰ Man denke z. B. an die im Lehnrecht enthaltene gegenseitige Treupflicht. Oder an die personenrechtliche Seite des Gesindevertrages, ja überhaupt jedes die

Nichtvermögensrechte umschließen oder enthalten vermögensrechtliche Bestandtheile, die von der Rechtsordnung mehr oder minder selbstständig werden und insoweit zum Vermögen gehören³¹.

Eine gemeinsame Eigenschaft aller Vermögensrechte ist der selbständige wirtschaftliche Werth ihres Objektes³². Darum sind sie im Gegensatz zu anderen Rechten in Geld schätzbar³³. Und darum bildet für noch so ungleichartige Vermögensrechte ihr Werth einen gemeinsamen Nenner, in dem sie zu einer Einheit zusammengefaßt werden können³⁴. Im Uebrigen haben die einzelnen Rechte, wie zu anderen Sacheigenschaften, so zum Werthe ihres körperlichen oder unkörperlichen Objektes eine mehr oder minder unmittelbare Beziehung, so daß gewisse Rechte wegen ihrer besonderen Richtung auf den Werth als Rechte am Werth oder „Werthrechte“ gedacht werden

ganze Arbeitskraft ergreifenden Dienstvertrages, wie sie in der modernen Regelung des Arbeitsvertrages mehr und mehr wieder Beachtung findet. Oder an die Einschränkung des vermögensrechtlichen Charakters von Forderungsrechten auf Gehalt, Alimente, Renten, Lohn u. s. w. durch Pfändungsverbote (C.Pr.O. § 749). Oder an das in dem Aktienrecht enthaltene Stimmrecht, dessen nichtvermögensrechtliche Natur jetzt die Verbote wider Kauf und Verkauf der Stimme (H.G.B. Art. 249 e u. 249 f) scharf zum Ausdruck bringen. Oder auch an die vielfach sich keineswegs im Vermögensinteresse erschöpfende Bedeutung des Eigenthums (z. B. an Liegenschaften, Kunstwerken, Familienerbstücken, Erinnerungszeichen), die z. B. da vom Recht beachtet wird, wo es auf den „Werth der besonderen Vorliebe“ (Pr. L.R. I, 2 § 115) ankommt.

³¹ So z. B. bei den Persönlichkeitsrechten nutzbare Gewerberechte, Verlagsrechte, Patente, Firmenrechte, Markenrechte u. s. w., im Familienrecht eheliche und elterliche Nutzungsrechte, im Gemeinde- und Genossenschaftsrecht nutzbare Sonderrechte der Mitglieder. Bringt aber das Kind in seinem Recht auf standesgemäßen Unterhalt schon ein Vermögen mit auf die Welt? Oder besitzt der Arme in seinem Anspruch auf Armenunterstützung ein Vermögen? Man wird diese Fragen kaum eindeutig beantworten können. Keinesfalls gehören die Rechte auf Mitgebrauch öffentlicher Sachen zum Vermögen, da es ihnen an der erforderlichen Selbständigkeit fehlt.

³² Ueber die juristische Seite des Werthbegriffes vgl. Goldschmidt, Handb. II (2. Aufl.) S. 70 ff., auch Beseler, D.P.R. § 73; dazu Pr. L.R. I, 2 § 111–118, Oesterr. Gb. § 302–306, Entw. I § 220 (in Entw. II gestrichen). Für das Recht ist bald der „Gebrauchswerth“, der sich nach dem Maße der unmittelbaren Befriedigung wirtschaftlicher Bedürfnisse des Berechtigten durch die Sache bestimmt, bald der „Tauschwerth“, der sich nach der durch die Möglichkeit verkehrsmäßiger Verwerthung bedingten mittelbaren Verwendbarkeit der Sache zur Bedürfnisbefriedigung richtet, maßgebend.

³³ Ueber das Geld als Werthmesser vgl. unten Buch II Abschn. II Kap. 1.

³⁴ Ueber Vermögensbegriffe als Wertheinheiten Gierke, Genossenschaftstheorie S. 327 ff., 456 Anm. 1, 496 ff.

können³⁵. Auch unterscheiden sich die Vermögensrechte hinsichtlich ihrer „Verwerthbarkeit“, d. h. der Möglichkeit ihres Umsatzes in Geld. Denn wenn eine Verwerthung in diesem Sinne auf dem doppelten Wege der Uebertragung oder der Ausübung erfolgen kann, so sind zwar manche Vermögensrechte (z. B. Geldforderungsrechte und Hypotheken) sowohl durch Uebertragung wie durch Ausübung, andere dagegen (z. B. das Eigenthum) nur durch Uebertragung, wieder andere (z. B. ein Altentheilsrecht) nur durch Ausübung und manche endlich (z. B. eine Fideikommissanwartschaft) überhaupt nicht verwerthbar.

Zweites Kapitel.

Das Werden des subjektiven Rechts.

§ 32. Im Allgemeinen.

I. Rechtsvorgänge¹. Subjektives Recht entsteht, verändert sich und vergeht. Eine bloße Veränderung liegt vor, wenn das Subjekt, der Inhalt oder das Objekt des Rechtes ganz oder theilweise wechselt, gleichwohl aber das Recht als dasselbe Recht, das vorher bestanden hat, vorgestellt wird. Der wichtigste Fall der Veränderung ist der Uebergang von einem Subjekt auf das andere Subjekt, der dann, wenn er sich durch eine darauf gerichtete Handlung vollzieht, Uebertragung heißt. Mit dem Uebergange kann sich zugleich eine Veränderung des Rechtsinhaltes oder des Rechtsobjektes, insbesondere durch Theilung oder Vereinigung, verbinden. Neben der lediglich auf Veränderung des Rechtes gerichteten „translativen“ Uebertragung steht die „konstitutive“ Uebertragung, durch die ein Theilinhalt des Rechtes ausgesondert und als selbständiges Recht

³⁵ So das Pfandrecht und insbesondere die moderne Hypothek und Grundschuld; die Antheilsrechte der Handelsgesellschafter und der Aktionäre; das Pflichttheilsrecht des gemeinen Rechts.

¹ Vgl. bes. Bekker, Pand. I § 30 ff., Windscheid I § 63 ff., v. Schey, Ueber Rechtsverwandlungen, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. VII 746 ff., VIII 110 ff., Regelsberger, Pand. I § 118 ff. — Da das Folgende in die Pandekten gehört, wird hier nur kurz zu einer Reihe begrifflicher Fragen Stellung genommen, deren Beantwortung für die spätere Behandlung deutschrechtlicher Lehren entscheidende Bedeutung hat.

konstituiert, mithin gleichzeitig ein fortbestehendes Recht (Mutterrecht) verändert und ein neues Recht (Tochterrecht) erzeugt wird. Umgekehrt verbindet sich bei der „restitutiven“ Uebertragung in Folge der Wiedervereinigung von Tochterrecht und Mutterrecht mit dem Vorgange der Veränderung eines Rechtes der Vorgang des Unterganges eines anderen Rechtes.

Für das Subjekt bedeuten Entstehung, Uebergang und Untergang der Rechte den Erwerb und Verlust von Rechten. Der Erwerb ist ein ursprünglicher (originärer), wenn er durch die ganz neue Entstehung eines Rechtes stattfindet, ein abgeleiteter (derivativer), wenn er durch irgend eine Form von Rechtsnachfolge (Succession) in das Recht eines anderen Subjektes zu Stande kommt². In ent-

² Der Begriff der Rechtsnachfolge wird, von der mehrfach erfolgten grundsätzlichen Anfechtung des ganzen Gedankens der Succession (z. B. bei Neuner S. 116 ff. u. Bierling, Kritik II 94) zu schweigen, sehr verschieden bestimmt und begrenzt. Erwägt man, daß einerseits mit dem Subjektwechsel noch eine anderweite Veränderung des Rechts verknüpft sein kann, andererseits die Identität des Rechtes im Wechsel seiner Bestandtheile stets etwas rein Gedankenmäßiges ist, so wird man an dem Begriffe der Rechtsnachfolge überall festhalten, wo dies der geschichtlich entwickelten Lebensanschauung entspricht. Man wird daher einerseits eine besondere Art der Rechtsnachfolge auch bei der „konstitutiven“ Uebertragung annehmen, weil das Tochterrecht aus dem Mutterrecht abgeleitet ist (Bekker I 110, Dernburg, Pand. I § 81, Regelsberger § 120; a. M. Hölder, Pand. I 186). Und man wird andererseits eine Rechtsnachfolge auch in solchen Fällen zugestehen, in denen der Nachfolger mehr Recht erwirbt, als sein unmittelbarer Rechtsurheber selbst hatte; also z. B. bei der Ersetzung und vor Allem bei dem deutschrechtlichen Erwerbe von Eigenthum, dinglichem Recht und Forderungsrecht durch den redlichen Erwerber, der kraft des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs, der Beschränkungen der Fahrnißklage oder des Formalismus der Werthpapiere ein stärkeres Recht als sein Urheber zu erlangen vermag. Wenn hier Goldschmidt, Z. f. d. g. H.R. XXVIII 110 ff. u. XL 267, Syst. 152 ff., Carlin, Niemand kann auf einen Anderen mehr Recht übertragen als er selbst hat, Gieslen 1882, Stobbe, D.P.R. III 204, und Andere vielmehr einen „successiven Originärerwerb“ annehmen, weil der Satz „nemo plus juris transferre potest quam ipse habet“ ein unantastbares Gebot der Logik sei, so übersehen sie, daß die Rechtsordnung dem durch das Grundbuch oder die Inhabung oder das Papier äußerlich legitimierten Veräußerer eben eine formale Verfügungsmacht verleiht, kraft deren er unter Umständen fremdes Recht zu übertragen im Stande ist. Auch bleibt doch der typische Fall immer der Erwerb vom wirklich Berechtigten. In den Ausnahmefällen tritt die gleiche Wirkung ein, weil zu Gunsten des redlichen Erwerbers das Recht mit dem Wechsel seines Subjektes sich zugleich inhaltlich verstärkt, gewisse Mängel abstreift oder überhaupt erst durch Attraktion des bisher noch bei einem Anderen verbliebenen Rechtsinhaltes seinen immerhin schon vorhandenen äußeren Rahmen erfüllt. Man wird daher auch nicht mit Dernburg, Pand. I § 81, u. Heck,

sprechender Weise kann der Verlust eines Rechtes entweder durch dessen Uebergang auf ein anderes Subjekt oder durch dessen einfachen Untergang erfolgen.

II. Thatbestände³. Alle derartigen Vorgänge in der Welt des subjektiven Rechts treten ein, sobald im Leben gewisse äußere Thatbestände oder sog. „juristische Thatsachen“ verwirklicht sind, an die sie das objektive Recht als Rechtsfolgen anknüpft.

Diese rechtsgestaltenden Thatbestände zerfallen in zwei Gruppen, jenachdem sie in freien Willensbethätigungen (Handlungen) der betheiligten Subjekte bestehen oder nicht. In dem einen oder anderen Falle nimmt das objektive Recht zu dem Werden des subjektiven Rechts eine grundsätzlich verschiedene Stellung ein. Denn da das objektive Recht sich an die Menschen als Träger freier Willen wendet, gesteht es überall da, wo es an Handlungen Rechtsfolgen knüpft, dem Willen der Betheiligten eine schöpferische Kraft zu und ordnet somit die Rechtsverhältnisse nur mittelbar⁴. Wo es dagegen Rechtsfolgen aus anderen Thatbeständen entspringen läßt, begründet, verändert oder zerstört es unmittelbar oder doch ohne Vermittlung der Willensfreiheit der Betheiligten Rechte und Pflichten. Im Gegensatz zum römischen Recht, das die Gestaltung der Privatrechtsverhältnisse so viel wie irgend möglich auf den freien Willen der Einzelnen zurückführte, räumt das heutige Recht kraft seines deutsch-

Z. f. d. g. H.R. XXVII 281, in solchen Fällen zwar eine „Succession“, aber im Gegensatz zur „abgeleiteten“ oder „derivativen“ eine „unverbundene“ oder „originäre Succession“ annehmen dürfen. Denn immer bildet irgend ein mindestens formales Recht des unmittelbaren Vorgängers das Verbindungsmittel, durch das die Kontinuität des Rechtes im Wechsel der Subjekte hergestellt wird, und seine Uebertragungshandlung ist gewissermaßen der Kanal, der auch das Recht mittelbarer Vorgänger dem Erwerber zuleitet.

³ Auch die Lehre von den „juristischen Thatsachen“ wird in den Pandekten behandelt; vgl. jetzt vor Allen Bekker, Pand. II, ferner bes. Savigny, Syst. III 1 ff., Windscheid I § 67 ff., Dernburg I § 79 ff., Regelsberger § 118 ff.

⁴ So verkehrt die früher nicht selten mehr oder minder verhüllt sich geltend machende Anschauung war, als könne der Wille unabhängig von der Ermächtigung der Rechtsordnung Rechtsverhältnisse erzeugen (vgl. dagegen z. B. Pernice, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. VII 472 ff., u. Bülow, Arch. f. c. Pr. LXIV 29), so ungesund sind die modernen Versuche (bes. von Lotmar, Ueber causa im römischen Recht, München 1875, Schloßmann, Der Vertrag, Leipzig 1876, Lenel, Jahrb. f. Dogm. XIX 153 ff.), den freien Willen seiner spezifischen Wirksamkeit bei der Gestaltung der Rechtsverhältnisse zu entkleiden und demgemäß zuletzt jeden inneren Unterschied zwischen Handlungen und beliebigen anderen Thatbeständen und bei den Handlungen zwischen Rechtsgeschäften und Delikten aufzuheben.

rechtlichen Zuges dem Willen der Subjekte bei der Hervorbringung der Rechtsverhältnisse eine weit beschränktere Macht ein⁵. Aber darum versagt es doch da, wo es die Willensfreiheit schalten läßt, dem Willen mit nichts die schöpferische Kraft! Jenseits dieses Gebietes freilich empfindet es weder Anlaß noch Bedürfnis, nach Art des römischen Rechtes durch Analogie oder Fiktion eine Willensgrundlage der Rechtsfolgen herzustellen⁶.

Die Handlungen, durch die die Subjekte sich selbst Rechte und Pflichten erschaffen, sind vornehmlich „Rechtsgeschäfte“ und „unerlaubte Handlungen“⁷. Rechtsgeschäfte sind vom Recht gebilligte Willensäußerungen, denen die Kraft zuerkannt ist, eine vom Handelnden gewollte Gestaltung seiner Rechtsverhältnisse hervorzubringen. Unerlaubte Handlungen sind vom Recht mißbilligte Willensbethätigungen, die den Handelnden mit Rechtsfolgen beladen, die in einer seinem Willen entgegengesetzten Richtung liegen. Wo immer Handlungen als solche mit rechtgestaltender Kraft ausgerüstet sind, kommen hinter dem äußeren Thun oder Unterlassen innere Seelenzustände in Betracht, von denen entweder überhaupt das Dasein einer Handlung oder deren rechtliche Wirkung abhängt: Wollen und Nichtwollen; Wissen, Nichtwissen und Irrthum; redliche und unredliche Gesinnung; Arten und Grade des Verschuldens⁸.

Rechte und Pflichten entstehen und endigen aber auch für die Subjekte durch Thatbestände, die von ihrem Wollen unab-

⁵ Vgl. oben § 4; Dernburg, Pand. I § 80.

⁶ Deshalb sind z. B. die römischen Kategorien der „Quasikontrakte“ und „Quasidelikte“ und die fingirten stillschweigenden Verträge, Cessionen u. s. w., so viel noch immer mit ihnen operirt wird, für uns ebenso unbrauchbar wie überflüssig.

⁷ Außerdem giebt es noch andere Handlungen, durch die der Handelnde Rechte erwirbt oder verliert. In der Streitfrage über den Umfang des Begriffes des „Rechtsgeschäftes“ wird man zwar für eine möglichst weite Grenzziehung eintreten müssen. Nicht bloß Okkupation, Dereliktion und Spezifikation, sondern auch Besitzergreifung und Besitzaufgabe sind Rechtsgeschäfte (vgl. gegen die abweichende Konstruktion des Entw. I Gierke, Entw. S. 300 ff.). Allein die ein Urheberrecht erzeugende Geistesthat ist kein Rechtsgeschäft (vgl. unten § 86 III). Ebenso wenig eine die Eigenthumsverhältnisse verändernde Vermischung oder die Einstreuung fremden Samens in den Boden. Hier ahert sich auch die Regelung der Rechtsfolgen dem Verfahren der Rechtsordnung bei der Anknüpfung von Rechtsfolgen an ungewollte Thatbestände.

⁸ Von diesem Allen handeln die Pandekten; was hier über Rechtsgeschäfte zu sagen ist, wird in § 33, was über unerlaubte Handlungen, im Obligationenrecht gesagt werden.

hängig sind⁹. Vielfach knüpft die Rechtsordnung unmittelbar an das Dasein eines Zustandes oder Vorganges privatrechtliche Folgen an; dann sprechen wir von „gesetzlichen“ Rechten und Pflichten¹⁰. In anderen Fällen greifen öffentlichrechtliche Handlungen richterlicher oder verwaltender Gemeinschaftsorgane in die Gestaltung der Privatrechtsverhältnisse ein, mögen sie nun für sich allein oder in einem irgendwie geordneten Zusammenwirken mit Handlungen der Beteiligten Rechte und Pflichten setzen oder aufheben. Hierbei begegnet dann wiederum der wichtige Unterschied zwischen „konstitutiver“ und „deklarativer“ obrigkeitlicher Thätigkeit, jenachdem die Rechtsordnung dem in dieser Thätigkeit sich offenbarenden Gemeinwillen eine schöpferische Kraft bei der Gestaltung des subjektiven Rechts zuschreibt oder lediglich die autoritative Feststellung der aus Handlungen der Beteiligten oder aus anderen Thatbeständen entspringenden Rechtsfolgen überweist¹¹.

§ 33. Rechtsgeschäfte¹.

I. Wesen. Als Handlungen, die das subjektive Recht dem Willen der Handelnden gemäß zu gestalten bestimmt und befähigt sind, bestehen die Rechtsgeschäfte in mannichfach ungleichen Willensäußerungen, die theils durch nackte Willenserklärungen theils durch „Realakte“, bei denen die Willenserklärung mit einem thatsächlichen

⁹ Solche Thatbestände sind natürlich auch die „Scheinhandlungen“ (Bekker II § 85) und die im Rechtssinne nicht als Handlungen geltenden Handlungen „Handlungsunfähiger“. Ebenso fremde Handlungen, die einem Anderen ohne sein Wollen ein Recht verschaffen, wie z. B. für den „von Rechts wegen“ die Erbschaft erwerbenden Erben die Erbeseinsetzung des Erblassers oder für den Verletzten die unerlaubte Handlung.

¹⁰ Vgl. unten § 34.

¹¹ Konstitutiv ist z. B. die Bestellung zum Vormunde, die Großjährigkeitserklärung, die Verleihung des Adels; deklarativ die Eintragung ins Grundbuch oder ins Handelsregister, die Todeserklärung des gemeinen Rechts, die heutige Verleihung des Bergwerkseigenthums. In vielen Fällen bestehen Zweifel, die bei den einzelnen Rechtsinstituten gelöst werden müssen.

¹ Aus der fast durchweg romanistischen Litteratur über Rechtsgeschäfte seien hier neben den grundlegenden Ausführungen von Savigny's, Syst. III, u. den Darstellungen der Pandektenlehrbücher (bes. Wächter I § 73 ff., Windscheid I § 69 ff., Dernburg I § 91 ff., Bekker II § 89 ff., Regelsberger I § 135 ff.) nur einige neuere Schriften hervorgehoben, die sich mit den im Folgenden berührten allgemeinen Fragen eingehend beschäftigen, in ihrer Beantwortung aber freilich weit auseinander gehen. So neben den in § 32 Anm. 4 angef. Werken v. Lotmar u. Schloßmann; Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkungen, Berlin 1877; Windscheid, Wille u. Willenserklärung,

Eingriff in die Außenwelt untrennbar verbunden ist, erfolgen². Alle diese Handlungen sind nicht bloß auf rechtliche, sondern auf wirtschaftliche, soziale und sittliche Wirkungen gerichtet, erreichen aber ihren Lebenszweck nicht oder doch nicht vollständig, wenn sie nicht ihren Rechtszweck erreichen. Dagegen ist es gleichgültig, ob im einzelnen Fall der Wille des Handelnden den Rechtszweck vornehmlich oder nur nebenbei oder überhaupt nicht zum Gegenstande der Aufmerksamkeit macht, ob dem Bewußtsein des Handelnden der angestrebte Rechtserfolg genau gegenwärtig ist oder nur in unbestimmtem Bilde vorschwebt, ob im weiteren Verlaufe gewollte Rechtswirkungen ausbleiben oder ungewollte eintreten. Denn nur auf das Typische kommt es hier wie überall in der Rechtsordnung an.

II. Arten. Unter den kaum erschöpflichen Eintheilungen der Rechtsgeschäfte sind hier nur einige kurz zu erwähnen.

1. Man unterscheidet einseitige und zweiseitige (genauer mehrseitige) Rechtsgeschäfte, je nachdem der beabsichtigte Rechtserfolg durch die Willenserklärung einer einzigen Person oder Personen-

Leipzig 1878; Zitelmann, Irrthum u. Rechtsgeschäft, Leipzig 1879, sowie H. 7–10 der Beiträge von Bekker u. Fischer; Leonhard, Der Irrthum bei nichtigen Verträgen nach röm. R., Berlin 1882 u. 1883; Eneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung u. Anfangstermin, Marburg 1889. Ferner in den Jahrb. f. Dogm. die Abhandlungen v. Bekker XII 31 ff., Bähr XIV 393 ff., Kohler XVI 91 ff., 325 ff., XVIII 129 ff., XXVIII 166 ff., Zitelmann XVI 24 ff., Lenel XIX 153 ff., Hartmann XX 1 ff.; in der Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. die Abh. v. Pernice VII 465 ff., Schloßmann VII 543 ff., Kohler XIII 287 ff.

² Alle Rechtsgeschäfte sind also „Willenserklärungen“. Aber nicht alle rechtlich erheblichen Willenserklärungen sind Rechtsgeschäfte. Denn wenn Rechtsgeschäft eine zur Erzeugung eines Rechtsverhältnisses bestimmte und befähigte Handlung ist, so sind zunächst, wo sich eine rechtsgeschäftliche Handlung aus mehreren Willenserklärungen einer Person oder mehrerer Personen zusammensetzt, diese Willenserklärungen für sich nicht Rechtsgeschäfte, sondern nur Elemente eines Rechtsgeschäfts. Keine Rechtsgeschäfte sind dann ferner die lediglich eine Aenderung in der rechtlichen Beschaffenheit eines Rechtsobjektes (z. B. Pertinenzqualität, Beweglichkeit, Zugehörigkeit zum Handelsvermögen) erwirkenden Handlungen. Keine Rechtsgeschäfte aber auch die eine Körperschaft oder Stiftung konstituierenden Willensaktionen als solche, da sie kein Rechtsverhältnis, sondern ein Rechtssubjekt erzeugen. Keine Rechtsgeschäfte endlich die sämtlichen auf Herstellung eines einheitlichen Gemeinwillens oder Gemeinschaftswillens gerichteten inneren Willensvorgänge einer Körperschaft oder Gemeinschaft, die Beschlüsse von Versammlungen oder kollegialen Behörden, die Willenseinigungen zwischen verschiedenen Organen einer Verbandsperson u. s. w. Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 133 ff., 565 ff., 714 ff. — Aus anderen Gründen sind obrigkeitliche Handlungen auch dann, wenn sie Rechtsverhältnisse setzen, keine Rechtsgeschäfte, vgl. oben § 32 Anm. 11.

mehrheit zu Stande kommt oder nur durch das Zusammenwirken von Willenserklärungen mehrerer Personen oder Personenmehrheiten erreichbar ist³. Die einseitigen Rechtsgeschäfte zerfallen wieder in zwei Klassen, indem die Willenserklärung, durch die sie konstituiert werden, entweder schlechthin für sich besteht oder einem bestimmten Erklärungsempfänger gegenüber abgegeben werden muß⁴. Mehrseitige Rechtsgeschäfte sind vor Allem, aber nicht ausschließlich die Verträge (Gedinge)⁵. Vertrag ist die Willenseinigung über ein unter den Beteiligten herzustellendes Rechtsverhältnis. Der Vertragsbegriff durchzieht das ganze Rechtsgebiet: es giebt personenrechtliche, sachenrechtliche, obligationenrechtliche, familienrechtliche, im deutschen Recht auch erbrechtliche Verträge und neben den privatrechtlichen Verträgen Verträge des öffentlichen Rechts⁶.

³ Zweifellos kann nicht bloß eine Einzelperson oder Verbandsperson, sondern auch eine Personenmehrheit sowohl ein einseitiges Rechtsgeschäft vollziehen wie als Vertragstheil auftreten, mag sie nun (wie Handelsgesellschaften, Kollektivvorsteher oder Kollektivprokuristen) schon in sich geeint sein oder sich (wie Miteigenthümer behufs einer Substanzverfügung oder mehrere Bürgen bei Uebernahme einer Gesamtbürgschaft) ad hoc einigen. Für solche Fälle will jetzt Kuntze, *Der Gesamttakt, ein neuer Rechtsbegriff* (Festgaben für Müller, Leipzig 1892, S. 29 ff.), den besonderen Rechtsbegriff des „Gesamttaktes“ aufstellen, den er aber auch auf die durchaus ungleich gearteten Fälle der Körperschaftsgründung (oben Anm. 2) und manches Andere erstreckt. Ein solcher Sammelbegriff dürfte sich kaum als sehr fruchtbar erweisen. Jedenfalls ist bei Rechtsgeschäften die Gesamtwillenserklärung der „Parteigenossen“ nur der Willenserklärung einer Einzelpartei gleichwerthig und modifiziert den rechtsgeschäftlichen Typus so wenig, wie die zur Vollständigkeit einer Parteierklärung etwa erforderliche Genehmigung einer anderen Privatperson oder einer Behörde.

⁴ In die erste Klasse gehören z. B. letztwillige Verfügungen, Fideikommissstiftungen unter Lebenden, Aneignungshandlungen, Derelictionen und andere einseitige Verzichte u. s. w.; in die zweite Klasse Kündigungen, Mahnungen, Anfechtungshandlungen, Proteste, bindende Offerten u. s. w. Den Geschäften der zweiten Art schenkt der Entw. besondere Beachtung; den schleppenden Namen des Entw. I („einseitiges Rechtsgeschäft, dessen Wirkung davon abhängt, daß es gegenüber einem Beteiligten vorgenommen wird“) ersetzt Entw. II durch kürzere Bezeichnungen (vgl. § 150: „einseitiges, einem Anderen gegenüber vorzunehmendes Rechtsgeschäft“). Zitelmann schlägt vor, von „empfangsbedürftigen Willenserklärungen“ zu reden.

⁵ Keine Verträge, obschon mehrseitige Rechtsgeschäfte, sind z. B. wechselseitige Testamente; Beseler, D.P.R. S. 172. Vgl. auch Bekker, Pand. II 87, der aber ungehöriger Weise Körperschaftsbeschlüsse hineinmengt. — Regelsberger § 148 bestreitet, daß es andere zweiseitige Rechtsgeschäfte als Verträge gebe.

⁶ Die Aufstellung allgemeiner Regeln über Verträge ist ziemlich unfruchtbar. Meist handelt es sich dabei um Sätze, die von den Verträgen des Ob-

2. Nach dem Inhalt kann man rechtsbegründende, rechtsverändernde und rechtsaufhebende Geschäfte unterscheiden, zu denen aber die bloß auf Erhaltung oder Feststellung von Rechtsverhältnissen gerichteten Geschäfte hinzutreten⁷. Zu den lediglich rechtsbegründenden Geschäften gehören ursprüngliche Erwerbsgeschäfte, reine Verpflichtungsgeschäfte, Ermächtigungsgeschäfte, Zuwendungen von Todes wegen. Rechtsverändernde Geschäfte sind vor Allem die Veräußerungsgeschäfte, deren Inhalt die Uebertragung von Recht auf ein anderes Subjekt ist. Unter den rechtsaufhebenden Geschäften sind neben den Erfüllungsgeschäften die Verzichte von besonderer Wichtigkeit. Der Verzicht ist ausschließlich darauf gerichtet, ein Recht des Handelnden ganz oder theilweise zu zerstören⁸. Bewirkt er gleichzeitig Rechtserwerb eines Dritten, so ist dies nicht unmittelbare Wirkung des Verzichts, sondern Wirkung eines durch ihn ausgelösten Thatbestandes; bei dem sogenannten „Verzicht zu Gunsten eines Dritten“ ist daher die Nennung des Begünstigten nur eine entweder unwirksame oder überflüssige Angabe des Beweggrundes⁹. Zum Verzicht ist theils eine einseitige Willenserklärung ausreichend theils ein Vertrag erforderlich¹⁰. Es giebt unverzichtbare wie unveräußerliche Rechte¹¹; unverzichtbar sind natürlich die Pflichten

ligationenrechts abstrahirt und auf andere Verträge nur theilweise übertragbar sind. Man vgl. z. B. auch Entw. II § 116—127: was soll man mit den Bestimmungen über Antrag und Annahme, Verträge unter Abwesenden, Versteigerung u. s. w. bei familienrechtlichen Verträgen anfangen? Wir handeln daher von diesen Dingen im Obligationenrecht.

⁷ Vgl. über derartige Geschäfte Bekker, Pand. II § 105, 107, 109—111. Freilich können Bestätigungen, Vergleiche, Anerkenntnisse u. s. w. auch Rechte begründen, verändern oder aufheben, aber sie thun es nicht immer und jedenfalls nicht mit begrifflicher Nothwendigkeit.

⁸ Je nach der Beschaffenheit des aufgegebenen Rechts wirkt der Verzicht „absolut“ (z. B. Dereliktion, Verzicht auf ein Markenrecht oder Erfinderrecht, Erbverzicht) oder „relativ“ (z. B. Erlaß oder Stundung einer Forderung).

⁹ Soll ein Anderer als der von Rechts wegen Berufene das aufgegebene Recht erwerben, so bedarf es eines Uebertragungsgeschäftes; Wächter, Pand. I 338, Beseler, D.P.R. S. 174, Bekker, Pand. II § 108 Anm. c.

¹⁰ Vgl. Fritz, Arch. f. civ. Pr. VIII 389 ff., Wächter I 335 ff., Pr.L.R. I, 16 § 380 u. 392, Sächs. Gb. § 134.

¹¹ Unverzichtbar ist heute das Recht der Persönlichkeit mit seinen wesentlichen Ausflüssen (auch bei Verbandspersonen, Gierke, Genossenschaftstheorie S. 849); unverzichtbar ist nach röm. u. französ. R., aber nicht nach deut. R. das Erbrecht; unverzichtbar sind die Ansprüche der Versicherten nach den Arbeiterversicherungsgesetzen (Krankenvers.Ges. v. 15. Juni 1883 § 80, Unfallvers.Ges. v. 6. Juli 1884 § 99 u. 5. Mai 1886 § 120, Inval.- u. Altersvers.Ges. v. 22. Juni 1889 § 147), die noch nicht erworbenen Ersatzansprüche aus dem Reichshaft-

und darum auch die mit Pflichten durchmischten Rechte, sofern nicht die Pflichten lediglich als unselbständige Ausflüsse oder Einschränkungen der Rechte erscheinen¹².

3. Von mehrfacher Bedeutung für das deutsche Recht ist der Unterschied entgeltlicher und unentgeltlicher Geschäfte. Bei jenen wird ein Rechtserwerb durch ein dafür gebrachtes vermögensrechtliches Opfer erkaufte oder ein Rechtsverlust durch einen dafür erworbenen vermögensrechtlichen Vortheil ausgeglichen, bei diesen ohne ein unmittelbares derartiges Aequivalent Recht erworben oder aufgegeben¹³.

4. Man unterscheidet materielle (kausale, individualisirte) und abstrakte Rechtsgeschäfte, jenachdem zum Wesen und Bestande des Geschäftes die Verwirklichung des seinen Rechtsgrund bildenden materiellen Zweckes gehört oder das Geschäft unabhängig von seinem Rechtsgrunde besteht¹⁴.

5. Eine Fülle von Abwandlungen erfahren die Rechtsgeschäfte durch Nebenbestimmungen: Bedingungen, Zeitbestimmungen, Zwecksetzungen¹⁵.

III. Erfordernisse. Erfordernisse eines Rechtsgeschäftes sind die Thatbestandsmomente, die verwirklicht sein müssen, damit die normaler Weise mit ihm bezweckten Rechtsfolgen voll eintreten. Ein Rechtsgeschäft, das alle Erfordernisse erfüllt, ist „gültig“. Das fehlerhafte oder „ungültige“ Rechtsgeschäft ist indess nicht immer wirkungslos. In vielen Fällen besteht es, ist aber „anfechtbar“, so daß es durch bestimmte Handlungen, sei es von Betheiligten sei es von dritten Anfechtungsberechtigten, umgestoßen werden kann. In anderen Fällen ist es „nichtig“. Auch das nichtige Geschäft aber ist nicht immer „absolut“, sondern mitunter nur ge-

pflichtgesetz v. 7. Juni 1871 (§ 5), die Ansprüche der Aktiengesellschaft aus der Gründerverantwortlichkeit in den ersten drei Jahren (H.G.B. Art. 213d) u. s. w.; vgl. auch Pr.L.R. I, 16 § 400—401.

¹² Darum läßt schon II F. 38 den Verzicht des Vassallen auf das Lehen zu. Ebenso kann man durch Verzicht auf einen Kux oder eine Aktie sich zugleich der Mitgliedschaftspflichten entschlagen; unrichtig daher hinsichtlich der Aktie R.Ger. 22. Juni 1886 XVII Nr. 2.

¹³ Auch die Verzichte können unentgeltlich oder entgeltlich sein; Pr.L.R. I, 16 § 393—395.

¹⁴ Abstrakte Verträge begegnen nicht blos im Obligationenrecht, sondern auch im Sachenrecht, haben jedoch auf beiden Gebieten eine ungleiche Bedeutung.

¹⁵ Diese Lehre ist ganz den Pandekten zu überlassen; vgl. Windscheid § 86 ff., Dernburg § 105 ff., Bekker II § 113 ff., Regelsberger § 151 ff.

wissen Personen gegenüber und somit „relativ“ nichtig. Und bisweilen wird auch das nichtige Geschäft bis zur autoritativen Feststellung der Nichtigkeit als bestehend behandelt. In mannichfacher Weise sind daher auch Mängel der Rechtsgeschäfte heilbar¹⁶.

Je nach dem beabsichtigten Erfolge und dem dafür gewählten rechtsgeschäftlichen Typus sind die Erfordernisse der Rechtsgeschäfte mannichfach verschieden. Gewisse Erfordernisse aber sind allen Rechtsgeschäften gemeinsam.

Erforderlich ist stets ein rechtlich zulässiger Inhalt. Unzulässig ist nicht bloß ein durch die Rechtsordnung ausdrücklich mißbilligter, sondern auch ein der sittlichen Ordnung widerstreitender und nicht etwa von der Rechtsordnung ausdrücklich gebilligter Inhalt¹⁷. Denn das Recht will seiner Idee nach Unsittliches nicht verwirklichen helfen; die Anschauungen über das Sittliche aber wechseln

¹⁶ Diese Lehre gehört gleichfalls in die Pandekten. Bemerkt sei nur, daß der (im Entw. II § 110—115 festgehaltene) Unterschied zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit sich auch im älteren deutschen Recht findet. So bedurfte es stets einer gerichtlichen Anfechtung, um die Wirkungen einer äußerlich formgerechten gerichtlichen Handlung zu beseitigen; die Anfechtung erfolgte entweder durch einfache „Widersprache“ (so nach Sachsensp. II Art. 42 § 2 u. 44 § 1 gegen die Auflassung von Grundeigenthum, III Art. 32 § 7 gegen die Selbstergebung des Erblassers in Unfreiheit, II Art. 12 § 10 gegen einen Urtheilsvorschlag) oder durch „Schelte“ (Urkunden-, Zeugen-, Urtheilsschelte). Dagegen waren z. B. Rechtshandlungen des Friedlosen (Sachsensp. II Art. 38 § 2—3), Gelübde in der Gefangenschaft (Sachsensp. III Art. 41 § 1) oder formwidrige Geschäfte nichtig. Es gab auch Fälle einer bloß „relativen“ Nichtigkeit; vgl. z. B. Sachsensp. II Art. 52 § 1 und die Fälle der *actio revocatoria* im Lehnrecht und im Recht der Stammgüter (dazu Dernburg I 287, Entw. II § 102—103 und unten § 93 Anm. 30 u. § 95 Anm. 95).

¹⁷ Rechtsgeschäfte mit gesetzlich verbotenem Inhalt sind der herrschenden Meinung nach im Zweifel nichtig (R.Ger. XVI Nr. 19 u. XVII Nr. 67, Entw. II § 100), oft aber nach dem erklärten oder erkennbaren Gesetzesgedanken gültig oder nur anfechtbar (vgl. F. Endemann, Ueber die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze nach gem. R., Leipzig 1887); Rechtsgeschäfte mit unsittlichem Inhalt sind dagegen stets nichtig (so auch Entw. II § 103). Darum kann einerseits auch bei einem verbotenem Geschäft die Frage nach seinem sittlichen Werth auftauchen. Andererseits muß diese Frage verstummen, soweit das Gesetz selbst einen Geschäftsinhalt legitimirt. So ist z. B., wo das Gesetz die Höhe der Zinsen schlechthin der freien Vereinbarung anheimstellt, zwar nicht jede Möglichkeit der Verwerfung eines wucherischen Geschäftes als unsittlich abgeschnitten (vgl. R.O.H.G. XXI Nr. 25 S. 72 ff., R.Ger. XXV Nr. 36 S. 179, Seuff. XLVII Nr. 264), wohl aber die Höhe der Zinsen allein niemals zur Begründung der *turpitude* ausreichend. Wollte man diese Schranke nicht anerkennen, so würden zahlreiche sittlich wie wirthschaftlich verwerfliche Ausbeutungsgeschäfte, Rückkaufgeschäfte, Miethsverträge, Grundstücksspekulationen,

nach Volk und Zeit¹⁸. Entscheidend ist, soweit das Recht der sittlichen Werthung Raum läßt, das sittliche Gesamtbewußtsein der Gegenwart¹⁹.

Erforderlich ist ferner stets eine auf Verwirklichung dieses Inhaltes gerichtete Willensbethätigung einer Person oder mehrerer Personen. Zur rechtsgeschäftlichen Willensbethätigung gehört ordnungsmäßige Willensbildung und Willensäußerung. Die Willensäußerung kann durch ausdrückliche Willenserklärung (in Worten oder Zeichen) oder durch ein anderweites Willen kundgebendes Thun („stillschweigende Willenserklärung“) oder unter Umständen durch bloßes „Schweigen“ erfolgen. Sie ist aber Willensäußerung nur, soweit sie wirklich Gewolltes zum Ausdruck bringt. Mithin wird sie durch Mängel der inneren Willensbildung zu etwas Anderem, als was sie zu sein scheint²⁰. Das ältere deutsche Recht neigte gleich anderen jugendlichen Rechten dazu, aus einem typischen äußeren Thatbestande ohne Zulassung des Gegenbeweises das ihm regelmäÙig entsprechende innere Verhalten zu folgern und daher auch im rechtsgeschäftlichen Verkehr den Erklärenden beim Worte zu nehmen²¹.

Börsengeschäfte u. s. w., die unsere heutige Rechtsordnung sanktionirt, ohne Weiteres von den Gerichten als nichtig behandelt werden können, während doch gegen solche Auswüchse der Vertragsfreiheit nur die Gesetzgebung helfen kann.

¹⁸ So sind uns einerseits die mittelalterlichen Vorstellungen fremd geworden, nach denen alles Zinsennehmen, jeder „Vorkauf“, die „Ungerechtigkeit“ von Waare oder Preis, die Uebervorthellung des Genossen durch Wettbewerb u. s. w. schlechthin verwerflich waren (vgl. V. Gramich, *Verfassung und Verwaltung der Stadt Würzburg* vom 13. bis zum 15. Jahrh., Würzburg 1882, S. 35 ff.). Andererseits verwerfen wir unbedingt viele im älteren deutschen Recht gültige Selbstbeschränkungen der persönlichen und wirthschaftlichen Freiheit, wie z. B. Ergebung in Knechtschaft oder Gefangenschaft (Pr.L.R. I, 4 § 13), Versprechen der Ehelosigkeit (Pr.L.R. I, 4 § 10–12), Verpfändung der Ehre und namentlich auch übermäßige Einschränkungen der Gewerbefreiheit (vgl. *Gewerberecht*).

¹⁹ Vgl. Kohler, *Die Ideale im Recht*, Arch. f. bürgerl. R. V 161 ff., wo indess das Kulturideal der Gegenwart eine zu individualistische Farbe trägt.

²⁰ Da die Lehre von den Willensmängeln in die Pandekten gehört, kann auch auf die in neuerer Zeit so viel umstrittene allgemeine Frage nach dem Verhältniß von Wille und Erklärung beim Rechtsgeschäft hier nicht eingegangen werden. Doch ist eine Stellungnahme zu ihr nicht zu umgehen. Ist man im praktischen Ergebniss auch heute wohl einig, daß sowol die reine „Willentheorie“ wie die reine „Erklärungstheorie“ undurchführbar ist, so bedarf es doch einer Entscheidung über den prinzipiellen Ausgangspunkt.

²¹ Dies drücken zahlreiche deutsche Rechtssprüche aus: „ein Mann ein Wort“, „das Wort muß stehen“, „Worte haben Macht“, „wenn das Wort

Im heutigen Recht hängt grundsätzlich das Zustandekommen des Rechtsgeschäftes von einer gehörigen und mit der Erklärung übereinstimmenden Willensbildung ab²². Doch wird auch heute die Berufung auf Willensmängel, von den Eigenthümlichkeiten gewisser Formalgeschäfte ganz abgesehen, nach deutscher Rechtsanschauung durch zwei Maximen eingeschränkt. Einerseits wird der Erklärende beim Worte genommen, wo seine Lossagung vom Worte wider Treu und Glauben verstieße²³. Andererseits muß, wer durch seine wegen eines Willensmangels unwirksame Erklärung einem Anderen, der sich nach den Regeln des redlichen Verkehrs auf sie verlassen durfte, einen Schaden verursacht hat, diesen Schaden selbst dann, wenn ihn kein Verschulden trifft, ersetzen²⁴.

Erforderlich ist endlich nicht bei allen, aber bei manchen Geschäften eine besondere Form der Willenserklärung.

IV. Form. Das ältere deutsche Recht besaß einen großen Reichthum an Geschäftsformen. Nach der Aufnahme der fremden Rechte geriethen dieselben in Verfall, während es nur in geringem Maße gelang, römische Geschäftsformen bei uns einzubürgern. So trat ein Zustand der Unsicherheit und Verwilderung ein, dem im gemeinen Recht nur theilweise die Reichsnotariatsordnung abhalf. In umfassenderer Weise suchten die Landesgesetze durch Formvorschriften den einheimischen Geschäftsformalismus festzuhalten und fortzubilden. Bei einzelnen Rechtsgeschäften hat das neuere Reichsrecht derartige Formvorschriften einheitlich durchgeführt. Auch haben sich manche alte Formen in der Volkssitte erhalten.

Im heutigen Recht ist daher für rechtsgeschäftliche Willenserklärungen eine besondere Form zwar der Regel nach nicht er-

von der Zunge ist, ist der Mann gebunden“ u. s. w.; Graf u. Dietherr VI Nr. 9—27. Vgl. dazu Heusler, Inst. I 60 ff.

²² Dieses Prinzip ist, wie es den großen Gesetzbüchern zu Grunde liegt (Pr.L.R. I, 4 § 1 ff., Oest. Gb. § 869 ff., Sächs. Gb. § 88 ff.), auch in seiner gemeinrechtlichen Geltung durch die neueren Angriffe nicht erschüttert. Auch der Entw. II § 91 ff. will es festhalten.

²³ Dies ist in der Praxis ziemlich allgemein anerkannt; vgl. R.Ger. 24. Okt. 1882 Str.S. VII Nr. 38, Seuff. XL Nr. 274, XLI Nr. 4, XLIII Nr. 249, XLV Nr. 4. Auch Entw. II § 91, 93 u. 98 Abs. 2 enthält Bestimmungen, die auf diesem Gedanken beruhen.

²⁴ Hierüber besteht in Theorie und Praxis noch keine Einigkeit. Zum richtigen Ergebniss gelangt das R.Ger. XXVIII Nr. 3 S. 16—24. Ebenso Entw. II § 97, jedoch mit einer inkonsequenten Ausnahme in Abs. 2 S. 2. Dagegen ordnete Entw. I § 97 Abs. 2—3, § 99 u. 101 die Folgen vom Deliktsstandpunkt aus (vgl. Gierke, Entw. S. 166 ff.), den auch das Pr.L.R. I, 4 § 56 u. 79 (dazu R.Ger. VIII Nr. 63) einnimmt.

forderlich, jedoch in vielen Fällen gesetzlich vorgeschrieben. Ueberdies kann vertragsmäÙig die Anwendung einer Form bedungen werden. Und überaus häufig wird aus freien Stücken von einer Form Gebrauch gemacht. Die gesetzliche Form ist im Zweifel ein für den Bestand des Geschäftes wesentliches Erforderniß, so daß ihre Verabsäumung Nichtigkeit bewirkt²⁵. Zahlreiche Formvorschriften legen indess der Form eine geringere Bedeutung bei²⁶. Auch bei der gewillkürten Form spricht die Vermuthung dafür, daß von ihrer Beobachtung das Zustandekommen des Geschäftes abhängen soll²⁷. Die freiwillig angewandte Form ist niemals ein Geschäftserforderniß, entbehrt aber keineswegs des rechtlichen Werthes. Vielmehr dient sie theils (wie z. B. der Handschlag) zur genauen Feststellung des Zeitpunktes der Willenseinigung, theils und heute vornehmlich zur Sicherung des Beweises. Doch sind die im älteren deutschen Recht wurzelnden Sätze, die an die Wahrung einer bestimmten Form überhaupt die Beweisbarkeit eines Geschäftsabschlusses knüpften, mit der Aufhebung der gesetzlichen Beweisregeln weggefallen²⁸.

Unter den einzelnen deutschrechtlichen Geschäftsformen sind hier einige hervorzuheben, die das ganze Rechtsgebiet durchziehen²⁹.

1. Sinnbilder³⁰. Ursprüngliche Hauptform war die Verwendung altherkömmlicher Symbole, an deren Unsinnliches versinnlichende oder Abwesendes vergegenwärtigende Bedeutung sich eine bestimmte rechtswirkende Kraft knüpfte. In das heutige Recht haben nur wenige sinnbildliche Handlungen, wie der Zuschlag bei der Ver-

²⁵ Beseler, D.P.R. S. 178. Sächs. Gb. § 100. Schweiz. O.R. § 9. Entw. II § 91 Abs. 2. Ebenso für Verträge Pr.L.R. I, 5 § 109, während für Handlungen überhaupt nach I, 4 § 40—41 die gegentheilige Vermuthung gilt.

²⁶ Mitunter hängt von der Anwendung der Form die Klagbarkeit ab (Pr.L.R. I, 5 § 155). In anderen Fällen steigert die Form die Wirkungen des Geschäftes (z. B. H.G.B. Art. 310). Umgekehrt sind oft mit der Verabsäumung der Form Rechtsnachtheile verknüpft (z. B. H.G.B. Art. 125 Abs. 2, Art. 46 Abs. 1, Art. 163 Abs. 2). Auch giebt es civilrechtlich ganz bedeutungslose Formen, deren Vernachlässigung nur Straffolgen hat (so meist die Stempelung).

²⁷ So Entw. II § 104 Abs. 2 S. 2 u. für Verträge Schweiz. O.R. Art. 14. Anders Sächs. Gb. § 823 u. für Handelsgeschäfte R.O.H.G. VII 92 u. R.Ger. b. Seuff. XLVII Nr. 216.

²⁸ E.G. zur C.Pr.O. § 14 Nr. 12, R.Ger. X Nr. 77. So besonders Code civ. Art. 1341.

²⁹ Von den Vertragsformen wird im Obligationenrecht, von anderen Formen bei den einzelnen Rechtsverhältnissen gehandelt werden.

³⁰ Grimm, R.A. S. 109 ff.; Reyscher, Ueber die Symbolik des germ. Rechts, Tübingen 1833; Heusler, Inst. I 68 ff.

steigerung oder der Handschlag, einen Rest von rechtlicher Bedeutung hinübergerettet.

2. Formeln³¹. Mit den Sinnbildern verbanden sich ehemals feste feierliche Worte und Wendungen, von deren Gebrauch die Wirksamkeit der Willenserklärungen abhieng. Auch hiervon sind nur geringe Reste übrig, wie die Eidesformel oder die Wechselklausel.

3. Zeugenziehung. Im alten deutschen Recht war bei vielen Rechtsgeschäften die Zuziehung von Zeugen erforderlich oder doch üblich, weil der Beweis mit rechtsförmlich (bei den Bayern am Ohr) gezogenen Geschäftszeugen von jeher zugelassen wurde, während der Beweis mit Zufallszeugen ursprünglich ausgeschlossen war³². Der Abschluß vor Zeugen ist bis heute eine sehr verbreitete Geschäftsform geblieben. Als gesetzliches Erfordernis findet sich heute die Zuziehung von Geschäftszeugen meist nur in Verbindung mit anderen Formen³³.

4. Schriftlichkeit. Seit der Ausbildung des Urkundenwesens wurde die Errichtung einer Urkunde (Handfeste) bei wichtigeren Rechtsgeschäften üblich und zum Theil schon in den Volksrechten geboten³⁴. Ursprünglich war freilich die Schriftlichkeit keine selbständige Geschäftsform, da die Privaturkunde entweder nur als eine den Zeugenbeweis sichernde Aufzeichnung über einen vor Zeugen erfolgten mündlichen Geschäftsabschluß erschien oder zugleich als Mittel einer sinnbildlichen Handlung, des durch Geben und Nehmen der Urkunde vollzogenen Urkundungsaktes, diente³⁵. All-

³¹ Grimm, R.A. S. 31 ff., 605; Heusler a. a. O.

³² Siegel, Geschichte des deut. Gerichtsverfahrens, Gießen 1857, S. 164 ff.; Brunner, Zeugen- und Inquisitionsbeweis der karol. Zeit, Wien 1866, S. 11 ff., die Entstehung der Schwurgerichte, Berlin 1872, S. 49 ff.; v. Bethmann-Hollweg, Der germ.-rom. Civilprozeß im M.A., Bonn 1868, I 170, 381; Planck, Das deut. Gerichtsverfahren im M.A., Braunschweig 1872, S. 69 ff. — Vgl. l. Sal. t. 1 § 3, t. 45—50, l. Rib. t. 48, 50, 59 u. 60, l. Burg. t. 60 u. 88, ed. Liutpr. 15, l. Alam. I c. 1, l. Bajuv. I c. 1, XV c. 2 § 1 u. c. 12—13, XVI; Sachsensp. I Art. 8 § 3. — Ueber den Leitkauf vgl. unten das Obligationenrecht.

³³ So bei der Eheschließung vor dem Standesbeamten, dem gemeinrechtlichen Privattestament und manchen privilegierten Testamentsformen, sowie gemeinrechtlich (R.N.O. v. 1512 § 3, dagegen nach dem Preufs. Ges. v. 15. Juli 1890 § 4—6 und anderen Partikularrechten nur noch in Ausnahmefällen) bei Notariatsakten.

³⁴ L. Rib. tit. 48 u. 59; l. Burg. t. 88; l. Bajuv. I c. 1, XV c. 2 § 1, c. 12—13; l. Alam. t. 1—2 u. 18.

³⁵ Brunner, Carta und notitia, Berlin 1877; Zur Rechtsgeschichte der röm. u. germ. Urkunde, I, Berlin 1880; R.G. I 395 ff. — Vom Urkundungsakte ist bei den Werthpapieren und der Auflassung zu handeln.

mählich jedoch gewann mit der Erweiterung des Urkundenbeweises die Schrift als solche einen rechtlichen Werth³⁶, der in erhöhtem Maße der besiegelten Urkunde („Brief und Siegel“) zukam³⁷. In neuerer Zeit wuchs die Bedeutung der Schriftform. Bei vielen Geschäften wurde sie zum gesetzlichen Erforderniß erhoben³⁸. Neben der einfachen Schriftform wurden aus alten und jungen Keimen mancherlei gesteigerte Schriftformen entwickelt³⁹.

5. Notarielle Form. Einer selbständigen Beweiskraft erfreute sich stets die öffentliche Urkunde⁴⁰. Insoweit daher amtliche Urkundspersonen bestellt waren, durch deren Beurkundung ein Schriftstück öffentlichen Glauben empfing, bot sich in ihrer beglaubigten Beurkundung eine besondere Geschäftsform dar⁴¹. Seitdem das in Italien erhaltene und fortgebildete Notariat in Deutschland auf-

³⁶ Bresslau, Forschungen zur deut. Gesch. XXVI 1 ff., Handbuch der Urkundenlehre, Leipzig 1889, I 476 ff.; Planck a. a. O. II 193 ff. Vgl. kl. Kaiserr. II Art. 27; Brünner Schöffensatzungen b. Rössler, Die Stadtrechte von Brünn, Prag 1852, S. 399–400. — Ueber die Entwicklung der Theilzettel (carta partita) vgl. Bresslau, Handb. I 502 ff., Schröder, R.G. S. 673.

³⁷ Bresslau, Handb. I 510 ff., 923 ff.; Schröder, R.G. S. 673 ff. Vgl. Schwabensp. (L.) c. 36 u. 159. — Wenn auch Zeugen in den Urkunden regelmäßig noch aufgeführt wurden, so waren sie doch nicht mehr wesentlich; vgl. Schwabensp. (L.) c. 36: *briefe sint bezzer danne geziuge*; Münchener Stadtr. Art. 53: *umb wen man brief hat, der bedarff chains zeugen*.

³⁸ Insbesondere als Vertragsform, wovon später zu handeln ist. Ueber Bedeutung und Arten der Schriftform im Allgemeinen vgl. Franken, D.P.R. I 130 ff.

³⁹ Die höchste Steigerung der Schriftform begegnet bei dem Wechsel und anderen modernen „Skripturobigationen“, indem hier das Rechtsverhältniß überhaupt nur so zu Stande kommt, wie es geschrieben steht; vgl. unten. Potenzierte Schriftformen aber finden sich auch sonst sowohl im Handelsrecht (z. B. die Handelsbücher nach H.G.B. Art. 28 ff., die Zeichnungsscheine über Aktien nach Art. 175 c, der Frachtbrief nach Art. 391 ff.) wie im gemeinen bürgerlichen Recht (z. B. das eigenhändige Testament).

⁴⁰ Nach fränkischem Recht war ursprünglich nur die Königsurkunde, nach langobardischem Recht jede Gerichtsurkunde eine öffentliche Urkunde; schon im Mittelalter erlangten auch in Deutschland alle Gerichtsurkunden öffentlichen Glauben; vgl. Brunner, Das Gerichtszeugniß u. die fränkische Königsurkunde, Berlin 1873; Bresslau, Handb. I 476 ff.; Schröder, R.G. S. 253 ff., 672 ff. Zum Theil wurde auch anderen Personen das Recht gewährt, mit ihrem Siegel fremde Urkunden zu beglaubigen; Schwabensp. (L.) c. 159.

⁴¹ Bresslau a. a. O. S. 536 ff. u. 551 ff.; Brünner Schöffebuch Art. 480 b. Rössler a. a. O. S. 223. Doch ist die Ausstellung von Gerichtsbriefen und Stadtbriefen meist nicht selbständige Geschäftsform, sondern Beurkundung eines vor Gericht oder Rath mündlich vollzogenen Geschäfts; später wird sie vielfach zum Anhang der Eintragung in die Gerichts- oder Stadtbücher.

genommen und den Notariatsurkunden öffentlicher Glaube zugestanden war⁴², verbreitete sich namentlich die notarielle Geschäftsform⁴³. Sie wurde gemeinrechtlich durch die Reichsnotariatsordnung von 1512 geregelt⁴⁴, ist aber heute im Wesentlichen durch die Landesgesetze normirt⁴⁵. Bei vielen Geschäften ist durch das geltende Reichs- und Landesrecht ihre Anwendung theils unbedingt theils mit Wahlrecht zwischen ihr und der gerichtlichen oder auch einer anderen Form vorgeschrieben⁴⁶.

6. Gerichtlichkeit. Viele Geschäfte wurden bei uns von je vor den Gerichten vollzogen. Der gerichtliche Abschluß war zum Theil nothwendig⁴⁷, zum Theil des Beweises wegen sehr rätlich⁴⁸. In den Städten wurde vielfach der Rath zum Träger der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Nach der Aufnahme der fremden Rechte wurde die gerichtliche Form nicht nur festgehalten, sondern von den meisten Partikularrechten im Sinne staatlicher Bevormundung des Rechtslebens für einen stets wachsenden Kreis von Rechtsgeschäften gefordert. Dabei wurde sowohl durch die Umwandlung der Gerichtsverfassung als auch durch die veränderten Beweggründe der Gesetzgebung eine im Einzelnen überaus bunte und ungleichartige Umbildung der gerichtlichen Formen erwirkt. In neuerer Zeit sind hierin manche Einschränkungen und Vereinfachungen durchgeführt. Doch begegnet auch heute die gerichtliche Form in sehr verschiedener Gestalt und Bedeutung. Zum Theil wird das Gericht nur als öffentliche Urkundsbehörde thätig, mag nun die Handlung der Betheiligten (wie die Auffassung) vor Gericht vorzunehmen sein oder ihre nachträgliche Beglaubigung durch das Gericht ausreichen⁴⁹. Zum Theil aber hat das

⁴² Ueber die Geschichte des Notariats vgl. Brefs-lau a. a. O. S. 460—475; Oesterley, Das deutsche Notariat, Hannover 1842 u. 1845.

⁴³ Brefs-lau a. a. O. S. 549 ff.

⁴⁴ N.S. II 151 ff.; dazu die lehrreiche Darlegung der Praxis des vorigen Jahrh. b. Gerstlacher X 1947 ff.

⁴⁵ Z. B. Preuß. Ges. v. 11. Juli 1845, 8. März 1880 u. 15. Juli 1890, Bayr. v. 10. Nov. 1861, Oesterr. v. 25. Juli 1871; andere b. Hinschius, Art. „Notariat“ in Holtzendorffs Rechtslex. II 895.

⁴⁶ Vgl. Gengler, D.P.R. S. 394 ff. — Gleich steht nach R.Ges. v. 8. Nov. 1867 § 16—17 die Beurkundung durch deutsche Konsuln im Auslande. — Verwandt mit der notariellen Form ist die Beurkundung durch die Handelsmäkler nach H.G.B. Art. 71—73 u. 76.

⁴⁷ Z. B. l. Sal. t. 46, l. Rib. t. 59 § 1, ed. Rot. 172 u. 224, Sachsensp. I Art. 52 § 1.

⁴⁸ Sachsensp. I Art. 7 u. 18 § 2, Stat. v. Duderstadt Art. 57 (Gengler, Cod. jur. mun. I 927), Magd. Fr. II 10, Gosl. Stat. S. 72 Z. 13.

⁴⁹ Die bloße gerichtliche „Verlautbarung“ oder „Fertigung“ ist im Zweifel

Gericht zugleich als Träger obrigkeitlicher Gewalt mitzuwirken, so daß erst durch die gerichtliche Bestätigung, der eine Prüfung der Sachlage vorangeht, das Geschäft zu Stande kommt⁵⁰.

Mit dem gerichtlichen Abschluß ist die für manche Geschäfte vorgeschriebene Eingehung vor einer anderen öffentlichen Behörde (z. B. die Eheschließung vor dem Standesbeamten), mit der gerichtlichen Bestätigung die geforderte Bestätigung einer anderen Behörde (z. B. des Oberbergamtes bei der Vereinigung oder Theilung von Bergwerken) verwandt.

Bei einzelnen Rechtsgeschäften (z. B. vielfach bei der Ausgabe von Geldpapieren und bei der Errichtung von Familienfideikommissen) ist sogar landesherrliche Bestätigung nothwendig.

7. Eintragung in öffentliche Bücher. Frühzeitig wurden in den geistlichen Grund- und Gerichtsherrschaften Abschriften oder Auszüge der auf ihren Besitzstand bezüglichen Geschäftsurkunden in Bücher zusammengetragen, Register dazu angelegt und Verzeichnisse der abhängigen Höfe und der von ihnen geschuldeten Abgaben und Dienste verfertigt. Auch bei den weltlichen Gerichtsherren und Gemeindebehörden kamen derartige Register und Verzeichnisse, Sal-, Flur-, Lagerbücher u. s. w. auf. In den Städten wurden überall Stadtbücher geführt, in die alle vor Rath oder Gericht verlaublichen Geschäfte eingetragen wurden. Mehr und mehr wurden dann hier die Bücher nach Geschäftsarten gesondert und namentlich für die auf Liegenschaften bezüglichen Geschäfte entweder einheitliche Grundbücher, wie sie schon im 12. Jahrhundert in den Schreinsbüchern der Kölner Parochien begegnen, oder neben einander getrennte Verlaßbücher (Erbebücher) und Schuld-, Pfand- und Rentenbücher (mitunter auch getrennte Pfand- und Rentenbücher) angelegt. In diesen Büchern wurden dann wieder die Einträge nach örtlichen Bezirken gesondert und schließlich (am frühesten in Danzig) alle dasselbe Grundstück betreffenden Rechtsveränderungen auf demselben Blatte zusammengeschrieben. Erfolgt anfanglich solche Bucheinträge nur des Beweises wegen, so trat schon im Mittelalter an manchen Orten die Umbildung ein, daß die Eintragung ein gesetzliches Form-

vor jedem an sich geeigneten Gericht zulässig; Preufs. A.G.O. II, 1 § 9, L.R. II, 17 § 48 u. Anh. § 147. Vielfach aber muß der gerichtliche Geschäftsabschluß vor dem zuständigen Gericht (der Sache oder der Person) erfolgen; Preufs. A.G.O. II, 1 § 3—6, L.R. II, 17 § 57. Vgl. Gengler, D.P.R. S. 393.

⁵⁰ Hier handelt es sich um mehr als eine bloße Formvorschrift, darum muß stets das zuständige Gericht thätig werden, Pr.L.R. II, 17 § 55. Vgl. Gengler S. 398, Beseler, D.P.R. S. 177.

erforderniß für die Begründung oder Uebertragung des Rechtes wurde⁵¹.

Außer den Grundbüchern erlangten manche andere Bücher einen mehr oder minder umfassenden öffentlichen Glauben und wurden in Folge hiervon für die Feststellung von Rechtsverhältnissen bedeutungsvoll. Insbesondere wurden in den meisten Genossenschaften Mitgliederverzeichnisse (Matrikeln, Register) geführt, in die alle Veränderungen im Mitgliederbestande und die für die Rechte und Pflichten der Mitglieder erheblichen Thatfachen und Vorgänge unter Anknüpfung von Rechtswirkungen eingetragen wurden. Aus solchen Anfängen giengen zum Theil öffentliche Bücher hervor, wie namentlich aus den Gildebüchern der Kaufleute sich die Handelsregister (Gesellschafts-, Prokuren-, Zeichenregister) entwickelten⁵². Andererseits wurzeln hier die in ihrer Wirkung auf das Mitgliedschaftsverhältniß beschränkten Genossenschaftsbücher, wie die Gewerkenbücher, die Aktienbücher, die Deichregister u. s. w.

Nach der Aufnahme der fremden Rechte gerieth die dem gemeinen Recht unbekannte Einrichtung der öffentlichen Bücher vielfach in Verwirrung und Verfall. Doch wurde sie in einzelnen Partikularrechten gepflegt und bewahrte auch in der Verkümmernng ausreichende Lebenskraft, um sich in neuerer Zeit zu einer der wichtigsten Institutionen des deutschen Privatrechts zu erheben. Im Einzelnen aber haben die Bucheinträge bei den verschiedenen Rechtsgeschäften eine sehr ungleiche rechtliche Bedeutung⁵³.

⁵¹ Ueber die Geschichte der Grundbücher im Mittelalter vgl. Homeyer, Die Stadtbücher des Mittelalters, insbesondere das Stadtbuch von Quedlinburg, Berlin 1860; Stobbe, D.P.R. I § 67; Planck a. a. O. II 199 ff.; Randa, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. VI 81 ff.; Brunner, R.G. I 399 ff.; Breslau a. a. O. I 551 ff.; Schröder, R.G. S. 675 ff.; Aubert, Grundbøgenes Historie i Norge, Danmark og tildels Tyskland, mit einem Resumé in deutscher Sprache, Kristiania 1892, theilweise übersetzt und bearbeitet von Doublier, Z. f. R.G. XXVII 1 ff. Unter den neuerdings erfolgten Veröffentlichungen von Stadtbüchern sind hervorzuheben: Höniger, Kölner Schreinsurkunden des 12. Jahrh., Bonn 1885 ff.; Höniger u. Stern, Das Judenschreinsbuch der Laurenztparre zu Köln, Berlin 1888; Fabricius, Das älteste Stralsundische Stadtbuch, Berlin 1872; Napiersky, Die Erbebücher der Stadt Riga, Riga 1888; Chr. Reuter, Das älteste Kieler Rentenbuch, Kiel 1893. Weitere Litteratur- u. Quellenangaben b. Stobbe a. a. O., Kraut, Grundr. § 12 III u. Schroeder Anm. 15.

⁵² Lastig, Entwicklungswege u. Quellen des Handelsrechts, Stuttgart 1887, S. 260 ff., Handb. des Handelsrechts v. Endemann I 344 ff., Florentiner Handelsregister des M.A., Halle 1883, Markenrecht u. Zeichenregister, Halle 1889, S. 165 ff.; Goldschmidt, Handb. I, 1, 1 S. 241.

⁵³ Von den Grundbüchern ist im Immobiliarsachenrecht, von Genossen-

V. Vertretung. Während manche rechtsgeschäftliche Willenserklärungen (z. B. Eheschließung oder Verfügung von Todes wegen) nur in Person abgegeben werden können, ist heute der Regel nach bei Rechtsgeschäften eine Vertretung zulässig. Die Vertretung kann sich auf die Erklärung des vom Vertretenen gebildeten Willens beschränken; ein solches bloßes Erklärungswerkzeug ist der Bote⁵⁴. Die eigentliche Stellvertretung jedoch erstreckt sich zugleich auf die Willensbildung.

Das Prinzip der freien Stellvertretung war ursprünglich so gut dem deutschen wie dem römischen Recht fremd⁵⁵. Allein das deutsche Recht kannte seit alter Zeit eine Fülle von Vertretungsverhältnissen, die kraft genossenschaftlicher oder herrschaftlicher Verbundenheit zur gerichtlichen und außergerichtlichen Thätigkeit für Andere beriefen. In diesen Vertretungsverhältnissen waren die später gesonderten Begriffe der Darstellung eines Verbandsganzen durch sein Haupt oder Glied und der Vertretung einer Person durch eine andere Person anfänglich ungeschieden enthalten⁵⁶. Sie bargen daher in sich gleich-

schaftsregistern im Körperschaftsrecht, von Staatsschuldbüchern bei den Werthpapieren, von der Zeichenrolle beim Markenrecht, von Musterregistern beim Urheberrecht, von der Patentrolle beim Erfinderrecht, von Handelsregistern im Handelsrecht, von Schiffsregistern im Seerecht zu handeln.

⁵⁴ Die Willenserklärung durch einen Boten ist insoweit zulässig, als sie nicht durch die geforderte Form der Erklärung ausgeschlossen wird; der bloße Bote braucht nicht willensfähig, sondern nur erklärungsfähig zu sein.

⁵⁵ Heusler, Inst. I 203 ff.

⁵⁶ Wie einerseits die Repräsentation einer Gesamtheit durch ihre Machttäger zugleich als Vertretung sämtlicher Genossen und die Repräsentation der königlichen oder einer anderen herrschaftlichen Gewalt durch Beamte zugleich als Vertretung des Herrn erschien (Gierke, Genossenschaftsr. II 489 ff.), so vertrat andererseits der Muntwalt, der für seinen Hausangehörigen oder Schutzbefohlenen handelte, immer zugleich den von ihm als Haupt beherrschten Verband. Darum ist der Muntwalt Vertreter aus eigenem Recht, vertritt aber den Mündel überhaupt nur insoweit, als dieser dem Hausverbande eingegliedert ist. Die Auffassung Heuslers, daß eine Vertretung des Mündels überhaupt nicht stattfinde (Inst. I 123 ff., 203, II 449, 493 ff., 447 ff.), hängt mit seiner irrigen Deutung der Munt als reiner Gewaltbefugnis zusammen. Heusler selbst sagt mehrfach richtig, der Muntwalt trete als „Repräsentant seines Hauses“ auf: das Haus aber ist schon im ältesten deutschen Recht ein aus Haupt und Gliedern bestehender Personenverband, den das Haupt nach außen deckt, jedoch nicht (wie im römischen Recht) absorbiert. Weil die Ehefrau, die Kinder, die Schutzhörigen auch als Glieder des häuslichen Verbandes Personen sind, werden sie von dem Hausherrn, der für sein Haus einsteht, als Personen mitvertreten. Anders liegt die Sache bei Unfreien; es ist aber bezeichnend, wie in demselben Maße, in dem das Eigenthum an ihnen sich zur Herrschaft abschwächt, auch hier der Gedanke der Vertretung eindringt.

zeitig die noch unentwickelten Keime sowohl der sozialrechtlichen Organschaft wie der individualrechtlichen Stellvertretung. Aus ihnen gingen sodann einerseits die repräsentativen Funktionen körper-schaftlicher und anstaltlicher Organe⁵⁷ und die sich denselben annähernden Vertretungsverhältnisse kraft personenrechtlicher Gemeinschaft⁵⁸ hervor. Andererseits aber entwickelte sich aus ihnen allmählich eine Vertretung von Einzelpersonen durch Einzelpersonen. Die Vertretungsmacht des Muntherrn erweiterte sich zu einer wahren vormundschaftlichen Stellvertretung⁵⁹, aus der Repräsentation des Herrn durch Hausangehörige und Beamte entsprang umgekehrt eine dienstliche Stellvertretung⁶⁰. In Anlehnung an diese durch personenrechtliche Verbundenheit bedingte Stellvertretung bildete sich dann auch eine mehr und mehr verselbständigte Stellvertretung kraft rechtsgeschäftlicher Vollmacht aus⁶¹. So war bereits im 13. Jahrhundert bei uns im Allgemeinen das Prinzip der freien Stellvertretung anerkannt⁶², das seitdem trotz der Aufnahme des fremden Rechts in Geltung geblieben ist.

Soweit eine Stellvertretung überhaupt zulässig war, wirkte sie im deutschen Recht stets unmittelbar für und wider den Vertretenen⁶³. Daneben war freilich die sogenannte mittelbare Stell-

⁵⁷ Vgl. über ihre Entwicklung Gierke, Genossenschaftsr. II 489 ff., 809 ff., 884 ff. Heute muß die Vertretung der Verbandsperson durch ihre Organe von der Stellvertretung grundsätzlich gesondert werden; darüber unten § 59 II 4.

⁵⁸ Gierke a. a. O. S. 943, 949, 952 ff., Genossenschaftstheorie S. 350 Anm. 1, 352, 381 ff., 418, 587 ff.; Heusler, Inst. I 236, 245 ff. Auch diese Verhältnisse fallen nicht unter den gewöhnlichen Stellvertretungsbegriff: vgl. unten § 80 V 5 u. § 81 V.

⁵⁹ Heusler, Inst. II 501 ff. Vgl. auch über die Vertretung des Gesindes durch den Herrn G. Hertz, Die Rechtsverhältnisse des freien Gesindes nach den deut. Rechtsq. des M.A., Breslau 1879 (Unters.H. 6), S. 37 ff.

⁶⁰ Vgl. über die Vertretung des Herrn durch das Gesinde Hertz a. a. O. S. 51 ff., über die aus der Hausgemeinschaft hervorgegangene Verpflichtungsmacht der Handlungsgehilfen (famuli und factores) M. Weber, Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im M.A., Stuttgart 1889, S. 81.

⁶¹ Die Ertheilung einer Vollmacht war, wie schon die dabei üblichen Symbole und Namen zeigen, ursprünglich entweder Bestellung eines Muntherrn (Heusler, Inst. I 204 ff.) oder Uebertragung eines Dienstantes (Schröder, R.G. S. 108 u. 457, Heusler a. a. O. S. 206, Sachsensp. II Art. 42 § 3). Auf die Entstehung aus einer Selbstergebung in Muntherrschaft weisen auch manche Züge des Institutes der Salmannen zurück (Heusler a. a. O. S. 220).

⁶² Heusler a. a. O. S. 210–211. Vgl. auch Sachsensp. III Art. 40 § 3.

⁶³ Stobbe, D.P.R. III § 170 Anm. 2, meint, daß die Geltung dieses Prinzips schon im älteren deutschen Recht sehr wahrscheinlich, aber nicht nachweisbar sei. Indefs ist es ausdrücklich z. B. im kl. Kaiserr. II c. 29 bezeugt

vertretung niemals ausgeschlossen⁶⁴. Allein sie ist in Wahrheit gar keine Stellvertretung und hat auch bei uns nicht wie bei den Römern als Ersatz für eine solche gedient. Der deutschrechtliche Gedanke der unmittelbaren Stellvertretung hat sich gegenüber dem römischen Recht, das ihn bis zuletzt grundsätzlich verwarf, siegreich behauptet⁶⁵. Ihm huldigen nicht nur die großen Gesetzbücher der Neuzeit⁶⁶, sondern er beherrscht auch das heutige gemeine Recht⁶⁷. Demgemäß wird durch jede rechtsgeschäftliche Handlung, die ein Stellvertreter ausdrücklich oder erkennbarer Weise für den Vertretenen im Bereiche seiner Vertretungsmacht vornimmt, er selbst überhaupt nicht, der Vertretene aber unmittelbar berechtigt und verpflichtet⁶⁸. Hierbei liegt die Anschauung zu Grunde, daß der Vertreter, weil durch Gesetz oder Rechtsgeschäft ihm eine dem Vertretenen zuständige Willensmacht anvertraut ist, als Willenswerkzeug des Vertretenen fungirt⁶⁹. Darum bestimmen sich die rechtlichen

und wird überall sonst offenbar vorausgesetzt. Auch mußte es sich nothwendig aus dem personenrechtlichen Wesen der deutschen Stellvertretung ergeben.

⁶⁴ Sie ist im Kommissionsgeschäft, dessen Anfänge dem Mittelalter angehören (Goldschmidt, Handb. I, 1, 1 S. 331), zu einem besonderen handelsrechtlichen Institut ausgebildet worden.

⁶⁵ Vgl. Buchka, Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, Rostock 1852; Savigny, Obl.R. II 21 ff.; Laband, Z. f. d. g. H.R. X 183 ff.; Zimmermann, Die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio, Straßburg 1876; Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung nach röm. R. mit Berücksichtigung des österr. R., Wien 1885; Wächter, Pand. I 407 ff.; Windscheid, Pand. I § 73–74; Dernburg, Pand. I § 117–119; Regelsberger, Pand. I § 159–164; Stobbe, D.P.R. III § 170. Ueber die Anerkennung der direkten Stellvertretung in der mittelalterlichen Jurisprudenz vgl. auch Gierke, Genossenschaftsr. III 224 ff. u. 309.

⁶⁶ Bayr. Landr. IV c. 9 § 7; Pr. L.R. I, 13 § 85, 153; Code civ. Art. 1997, 1998; Sächs. Gb. § 788, 1317; Schweiz. O.R. Art. 36–37.

⁶⁷ Für das Handelsrecht ist er gesetzlich durch H.G.B. Art. 42, 298, 502 ausgesprochen. Im Uebrigen ist er gewohnheitsrechtlich anerkannt; R.Ger. II Nr. 43, VI Nr. 60, Obst.L.G. f. Bayern Seuff. XXXVI Nr. 120, XLI Nr. 280. Natürlich legt ihn auch Entw. II § 134 ff. zu Grunde.

⁶⁸ Eine actio institoria oder quasi institoria kann daher nicht mehr stattfinden; R.Ger. II Nr. 43.

⁶⁹ Diese Auffassung entspricht der geschichtlichen Entwicklung des deutschrechtlichen Prinzips aus personenrechtlichen Verhältnissen, die eine Erweiterung der Persönlichkeitssphäre des Vertreters durch einen ihr einverleibten Bestandtheil der Persönlichkeitssphäre des Vertretenen bewirken. Sie wird auch in den für die gemeinrechtliche Theorie sehr einflußreich gewordenen Sentenzen ausgedrückt, die in das Corpus juris canonici Aufnahme fanden: „potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum“ und „qui facit per alium, est perinde, ac si faciat per se ipsum“; Reg. 68 u. 72 in VI^o de R.J. 5, 12. —

Wirkungen der Vertretungshandlung ausschließlich nach der Person des Vertretenen⁷⁰. Dagegen sind die Erfordernisse der gehörigen Bildung und Erklärung des rechtsgeschäftlichen Willens zunächst nach der Person des Vertreters zu beurtheilen⁷¹. Auch für das rechtsgeschäftliche Verschulden seines Vertreters muß der Vertretene voll eintreten⁷².

Die Vertretungsmacht des Stellvertreters beruht auf gesetzlicher Ermächtigung oder rechtsgeschäftlicher Vollmacht. Die Vollmacht ist stets frei widerruflich⁷³, kann aber nach deutschem Recht mit Wirksamkeit für die Erben ertheilt werden⁷⁴. Ein Mangel an Vollmacht wird durch nachträgliche Genehmigung geheilt⁷⁵. Bei der

Ueber andere Auffassungen vgl. Windscheid § 73 Anm. 16^b, Regelsberger § 159 V.

⁷⁰ Nur auf seine Fähigkeit zum Eintritt in das beabsichtigte Rechtsverhältniß kommt es an; nur nach seiner Person entscheidet sich die Frage, ob ein Handelsgeschäft vorliegt; beschränkte Handlungsfähigkeit des Vertreters in eignen Angelegenheiten steht, wenn er nur überhaupt handlungsfähig ist, der Wirksamkeit des Geschäftes nicht entgegen (Entw. II § 135). — Da die Rechtswirkungen nur und erst beim Geschäftsherrn eintreten, ist auch ein Geschäftsabschluß, den der Vertreter für den Vertretenen mit sich selbst für sich oder einen anderen Vertretenen vollzieht, rechtlich möglich und, soweit nicht arglistig verfahren ist, gültig; Römer, Z. f. d. g. H.R. XIX 67 ff., R.Ger. VI Nr. 3, O.L.G. Hamb. Seuff. XLV Nr. 164. Ausführlich (jedoch mit abweichender Konstruktion) M. Rümelin, Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters nach gemeinem Recht, Freiburg 1888. Gegen die Zulässigkeit R.O.H.G. VIII 393. Entw. II § 149 will den Geschäftsabschluß des Vertreters mit sich selbst nur im Falle ausdrücklicher Gestattung und ohne solche bei bloßer Erfüllung einer Verbindlichkeit zulassen.

⁷¹ So auch Entw. II § 136 Abs. 1. Aber auch auf Wollen und Wissen des Vertretenen kommt es jedenfalls insoweit an, als derselbe bei der Willensbildung mitwirkt; Mitteis a. a. O. S. 272, Dernburg I § 117 Anm. 10, Entw. II § 136 Abs. 2.

⁷² Goldschmidt, Z. f. d. g. H.R. XVI 287 ff.; Gierke, Genossenschaftstheorie S. 801 Anm. 2; R.O.H.G. VI Nr. 91 S. 412; R.Ger. Seuff. XLI Nr. 204.

⁷³ Ein Verzicht des Vollmachtgebers auf sein Widerrufsrecht ist unwirksam; R.Ger. III Nr. 53; Schweiz. O.R. Art. 40.

⁷⁴ Pr. L.R. I, 13 § 186 u. 190; Oest. Gb. § 1022; Sächs. Gb. § 1324; O.A.G. Wolfenbüttel Seuff. XI Nr. 239. Bei der handelsrechtlichen Vollmacht wird sogar Erstreckung auf die Erben vermuthet; Pr.L.R. I, 13 § 191, D.H.G.B. Art. 54 u. 297, Schweiz. O.R. Art. 428.

⁷⁵ Eine solche rückwirkende Genehmigung war schon dem älteren deutschen Recht bekannt. Sie spielte eine große Rolle, so lange die Stellvertretung nur beschränkt zulässig war. Auch wurde sie öfter größerer Sicherheit wegen beim Abschluß eines Geschäftes mit einem Vertreter dem Dritten besonders verbürgt; Heusler, Inst. I 210.

Bestimmung des Umfanges der Vertretungsmacht wird im heutigen Recht die dem deutschen Recht entstammende Unterscheidung zwischen äußerer und innerer Seite der Vollmacht vielfach bedeutungsvoll⁷⁶. Soweit sie durchgeführt ist, kann der Vertreter Dritten gegenüber mit rechtlicher Wirkung für den Vertretenen Handlungen vornehmen, die nicht vorzunehmen er dem Vertretenen gegenüber verpflichtet ist. In diesem Sinne bewirkt unter allen Umständen die Kundmachung einer Vollmacht zu Gunsten des Dritten, der sich auf diese Kundmachung verlassen hat und verlassen durfte, eine ihr entsprechende und von nicht kundgemachten Einschränkungen unabhängige Vertretungsmacht⁷⁷. Darüber hinaus ist zum Theil der Umfang von Vollmachten bestimmter Gattung durch das objektive Recht präsumtiv festgestellt, so daß jede innere Beschränkung, die das gesetzliche Maß der Vertretungsmacht mindert, nach außen nur Wirkung hat, insoweit sie dem Dritten bekannt geworden ist⁷⁸. Die höchste Steigerung endlich erfährt diese Trennung der Vollmacht von dem inneren Verhältniß bei der unbeschränkbaren Formalvollmacht des Handelsrechts (Prokura), deren etwaige Einschränkungen selbst dann nach außen bedeutungslos sind, wenn sie der Dritte kennt⁷⁹. Auf demselben Gedanken beruht es, daß die einmal begründete Vertretungsmacht selbst dann, wenn die Vollmacht dem Vertretenen gegenüber erloschen ist, Dritten gegenüber so lange fortbesteht, als sie mangels gehöriger Kundmachung auf diesen Fortbestand vertrauten und vertrauen durften⁸⁰.

Wer als Vertreter ohne Vollmacht oder jenseits der Grenzen seiner Vollmacht handelt, wird nach deutscher Rechtsanschauung, falls das Geschäft mit dem Vertretenen mangels nachträglicher Ge-

⁷⁶ Vgl. oben § 28 Anm. 5, Gierke, Genossenschaftsth. S. 701 ff. Auf diesem Gedanken beruhte namentlich schon das im alten deutschen Recht vielverzweigte Institut der Treuhänder.

⁷⁷ Gierke a. a. O. S. 703 Anm. 1. Dagegen kann sich der Dritte auf den Wortlaut der Vollmacht nicht berufen, wenn der Vertreter gegen den ihm (dem Dritten) bekannten Willen des Vertretenen handelt (R.Ger. XV Nr. 47) oder offenbar und für ihn erkennbar die Vollmacht mißbraucht (O.L.G. Hamb. Seuff. XLI Nr. 183).

⁷⁸ Vgl. H.G.B. Art. 47, 50, 495—500. Analog beim Korrespondentrheder; H.G.B. Art. 460—463.

⁷⁹ H.G.B. Art. 42—43; Behrend H.R. § 52 Anm. 15. Analoge unbeschränkbare Vertretungsmacht begegnet bei der handelsrechtlichen Vertretung der Gesellschaft durch den Gesellschafter und bei Körperschaftsorganen.

⁸⁰ Pr. L.R. I, 13 § 168; Oesterr. Gb. § 1026; H.G.B. Art. 46; Schweiz. O.R. Art. 41 u. 44; Entw. II § 138 Abs. 2, 139—142.

nehmung nicht zu Stande kommt, auch ohne eignes Verschulden dem Dritten, der sich auf das Vorhandensein von Vertretungsmacht verlassen hat und verlassen durfte, seinerseits haftbar⁸¹. Diese Haftung ist gemeinrechtlich dahin festgestellt, daß der Dritte nach seiner Wahl den Stellvertreter auf Schadensersatz belangen oder bei der abgegebenen Willenserklärung, gleich als sei sie in eignem Namen abgegeben, festhalten kann⁸².

VI. Auslegung. Während bei der Auslegung der Rechtsgeschäfte nach älterem Recht das gebrauchte Wort oder Zeichen entscheidet⁸³, gilt heute die Regel, daß der Richter nicht am Buchstaben haften, sondern den wahren Willen der Beteiligten erforschen soll⁸⁴. Doch muß einerseits auch hierbei stets die Rücksicht auf

⁸¹ Diese Haftung beruht auf dem deutschrechtlichen Prinzip der Haftung aus Schadensverursachung und setzt daher kein Verschulden voraus; Gierke, Entw. S. 171, Regelsberger, Pand. I 600. Anders nach der Theorie, die den Begriff der culpa in contrahendo zu Grunde legt; vgl. Laband a. a. O. S. 232 ff., Mitteis a. a. O. S. 104 ff., Dernburg, Pand. II § 10, auch R.Ger. 21. Okt. 1881 Bd. VI Nr. 72. Gegen diese Verengerung der Haftung erklärt sich aber mit Recht R.Ger. 3. Okt. 1890 b. Seuff. XLVI Nr. 93. Ebenso v. Hahn zu H.G.B. Art. 55, Behrend, H.R. § 51. Ferner auf Grund der Fiktion eines stillschweigenden Garantievertrages, deren es aber durchaus nicht bedarf, Windscheid § 74 Anm. 8, Bähr, Jahrb. f. Dogm. VI 392, Motive zum Entw. I 244. Auch Wendt b. Endemann I § 73, der eine obligatio ex lege annimmt. — Die Haftung muß aber nicht bloß wegfallen, wenn der Dritte den Mangel an Vertretungsmacht kannte, sondern auch, wenn er ihn kennen mußte (a. M. Behrend a. a. O. S. 358 Anm. 5). — Die Klage gegen den Scheinvertreter ist niemals die ursprüngliche Vertragsklage, sondern eine Klage aus der schädigenden Handlung dessen, der ohne Vertretungsmacht sich als Vertreter benahm; darum muß Kläger den Mangel an Vollmacht behaupten und beweisen, R.Ger. XVIII Nr. 32, anders Entw. II § 146 Abs. 1. — Auch ein gesetzlicher Vertreter (Muntwalt) kann sich als „falsus procurator“ haftbar machen; R.Ger. Seuff. XLII Nr. 279.

⁸² Dieses Wahlrecht giebt H.G.B. Art. 55 u. 298 Abs. 2, W.O. Art. 95, Sächs. Gb. § 789; ebenso aber die Praxis des gemeinen bürgerlichen Rechts, R.Ger. VI Nr. 60. An sich ist nur ein Anspruch auf Schadloshaltung begründet, wie ihn Pr. L.R. I, 13 § 9, 96, 128 u. 171 und Schweiz. O.R. Art. 48 gewähren. Entw. II § 146 will der Regel nach das Wahlrecht, jedoch gegen den mit dem Mangel an Vertretungsmacht unbekannten Vertreter nur einen durch das negative Vertragsinteresse begrenzten Schadensersatzanspruch und gegen einen in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Vertreter überhaupt keinen Anspruch geben.

⁸³ Für das ältere deutsche Recht drücken die oben Anm. 21 angeführten Rechtssprüchwörter zugleich diese Auslegungsregel aus.

⁸⁴ H.G.B. Art. 278; Code civ. Art. 1156; Schweiz. O.R. Art. 16; Entw. II § 90; Seuff. VI Nr. 324, XLII Nr. 286. Strenger an den Wortlaut binden die Auslegung Pr.L.R. I, 4 § 65–74 u. I, 5 § 252 ff., Sächs. Gb. § 809. Vgl.

Treu und Glauben beachtet werden⁸⁵. Andererseits gewinnt bei Formalgeschäften der Wortlaut der Erklärung erhöhte Bedeutung.

§ 34. Gesetzliche Rechte.

I. Ueberhaupt. Wenn das objektive Recht unmittelbar Befugnisse oder Verbindlichkeiten setzt, verknüpft es dieselben regelmäßig in abstrakter Weise mit einer unbestimmten Menge gleichartiger Thatbestände. Die abstrakten gesetzlichen Rechte zerfallen wieder in allgemeine und besondere, jenachdem sie allen Rechtssubjekten oder nur einem besonderen Kreise zugedacht sind. Besondere gesetzliche Rechte sind z. B. die mit dem weiblichen Geschlecht, der Altersunreife, der Zugehörigkeit zu einem Geburts- oder Berufsstande, dem Besitz eines Ritterguts verknüpften Ausnahmerechte. Insoweit sie in Begünstigungen bestehen, werden sie auch „Privilegien“ im weiteren Sinne genannt (z. B. privilegia minorum, Standesprivilegien, Privilegien der Abgeordneten, Privilegien der milden Stiftungen).

Das objektive Recht kann aber auch in konkreter Weise Befugnisse oder Verbindlichkeiten unmittelbar an einen einzelnen Thatbestand knüpfen. Dann liegt ein „Privilegium“ im engeren und technischen Sinne vor. Von solchen Privilegien, die von den Privilegien im weiteren Sinne scharf zu trennen sind¹, ist hier noch zu reden.

II. Privilegien².

1. Begriff. Das entscheidende Begriffsmerkmal des eigentlichen Privilegs liegt darin, daß hier Rechtssatz und Rechtsverhältniß

Brinz, Pand. (1. Aufl.) S. 1572 ff., Regelsberger b. Endemann II 386 ff., Dernburg, Pand. I § 123.

⁸⁵ Regelsberger a. a. O. S. 391; Dernburg Pand. I § 124; R.O.H.G. X 11 ff. Hiermit hängt auch H.G.B. Art. 279 zusammen; ebenso zahlreiche besondere Auslegungsregeln der neueren Gesetzbücher.

¹ Vgl. Preuß. O.V.Ger. VI 119, R.Ger. IV Nr. 61, XVII Nr. 55 (Privileg i. w. S. die Befreiung der Beamten von Gemeindesteuern, Privileg i. e. S. die Steuerfreiheit der einzelnen hochadligen Familie). Dazu Unger, Oest. P.R. I 581 ff.

² Aus der überreichen älteren Litteratur sind hervorzuheben: Gebauer, *Singularia de privilegiis*, Göttingen 1740; Wasmuth, *De privilegiorum natura etc.*, Göttingen 1787; Glück I § 98—100, II § 101—110; Hufeland, *Geist des röm. R.* I 211 ff.; Thibaut, Pand. § 29—32 u. 40. Von neueren Bearbeitungen der Lehre vgl. Wächter, Württ. P.R. II § 2—3, 22, 50, 122; Schlayer, *Z. f. C.R. u. Pr. N.F.* XII 58 ff.; Gerber, *Ges. Abh.* I Nr. 13; Unger I 587 ff.

sich decken. Deshalb wird auch der Name „Privileg“ sowohl im objektivrechtlichen wie im subjektivrechtlichen Sinne gebraucht. Die Privilegien als Rechtsverhältnisse bestehen meist in Rechten und begründen daher Vorrechte der durch sie begünstigten Subjekte vor anderen Subjekten, mögen sie nun als „affirmative“ Privilegien eine besondere Befugnis ertheilen (z. B. ein Gewerberecht) oder als „negative“ Privilegien eine Freiheit von einer allgemeinen Pflicht aussprechen (z. B. eine Steuerfreiheit). Der Begriff des Privilegs ist aber auch anwendbar, wenn ein Rechtssatz für einen konkreten Fall durch Auferlegung einer besonderen Pflicht oder Entziehung eines allgemeinen Rechts ein dem betroffenen Subjekt nachtheiliges Ausnahmeverhältniß schafft (*privilegia odiosa*). Zu den Privilegien gehören auch die durch Dispensationen von einer abstrakten Rechtsnorm gesetzten Ausnahmerechte³.

2. Bedeutung. Im Mittelalter überwucherten allmählich die Privilegien derartig das allgemeine Recht, daß ein großer Theil des gesammten öffentlichen und Privatrechts in ständischen und korporativen, realen und personalen Privilegien zur Erscheinung kam. Besonders eingehend beschäftigt sich mit den Privilegien das kanonische Recht, an das sich auch die von der Rechtswissenschaft sorgfältig ausgebildete Privilegentheorie anlehnte. Der moderne Staat eröffnete, um die Konzentration der Staatsgewalt einerseits und die staatsbürgerliche Gleichheit andererseits durchzusetzen, gegen das ererbte Privilegienwesen einen mehrhundertjährigen Kampf, in dem ihn die Jurisprudenz durch eine namentlich unter der Einwirkung des Naturrechts mehr und mehr privilegienfeindlich gewandte Lehre unterstützte. Zahlreiche Privilegien des älteren Rechts sind heute beseitigt. Andererseits sind aber ganze Klassen von Privilegien (z. B. Privilegien gegen Nachdruck, Erfinderprivilegien, Aktiengesellschafts-oktrois u. s. w.) vielmehr dadurch untergegangen, daß die von ihnen verliehenen Ausnahmerechte sich zu allgemeinen Rechten erhoben haben. Schon diese Beobachtung spricht dafür, daß die Privilegien niemals ganz entbehrlich sind. In der That werden stets Bedürfnisse auftauchen, die nur durch eine dem Einzelfall angepaßte konkrete Normsetzung befriedigt werden können. So sind denn auch heute

II 312 ff.; Pfaff u. Hofmann, Komm. I 305–352; Beseler, D.P.R. § 50; Brinz, Pand. 2. Aufl. I § 69–72; Windscheid I § 135–136 a; Dernburg, Pand. I § 85; Regelsberger, Pand. I § 30; Hinschius, Kirchenrecht III 805 ff.

³ Ueber Dispensationen vgl. Hinschius a. a. O. III 789 ff., E. Meier, Art. „Dispensationsrecht“ in Holtzendorffs Rechtslexikon.

nicht nur alte Privilegien in Kraft geblieben, sondern auch Neuverleihungen von Privilegien keineswegs selten.

3. Begründung. Da die Begründung eines Privilegs Normsetzung ist, erfolgt sie durch einseitigen Akt eines zur Rechts-erzeugung berufenen Gemeinschaftsorganes. Geht ein Vertrag voraus, so ist derselbe stets nur Beweggrund, niemals Begründungstitel⁴. Ebenso verhält es sich mit einer für den Erwerb des Privilegs gemachten Gegenleistung⁵.

Eine unbeschränkte Privilegiengewalt hat nur der Staat. Im Bereiche seiner Satzungsgewalt aber kann auch ein anderer Verband (z. B. die Kirche) Privilegien ertheilen.

Die staatliche Privilegiengewalt ist Bestandtheil der Gesetzgebungsgewalt. Im Mittelalter stark zersplittert, konzentrierte sie sich später bei dem Kaiser und den Landesherren. Mit der Ausbildung der absoluten Monarchie steigerte sich auch in dieser Richtung die landesherrliche Gewalt zur Allgewalt, wurde indess einigermaßen durch die Autorität der Gerichte gemildert, die unter Berufung auf die römische Reskriptenlehre die *exceptio sub- et ob-reptionis* gegen erschlichene Privilegien zuließen⁶. Im heutigen Verfassungsstaat können grundsätzlich Privilegien (und somit auch Dispensationen) nur durch die Gesetzgebungsorgane in Gesetzesform ertheilt werden⁷. Doch ist in bedeutendem Umfange dem Landesherren, wie ihm überhaupt nicht alle Macht einseitiger Rechtsetzung entzogen ist, die Befugnis zur Privilegienverleihung ohne Mitwirkung der Volksvertretung verblieben⁸. Auch wird nicht selten durch ein

⁴ Die ältere Theorie unterschied „*privilegia legalia*“ und „*conventionalia*“; auch im Pr.L.R. Einl. § 56 ist noch vom Erwerbe „durch einen lästigen Vertrag“ die Rede. Vgl. aber Kierulff, Theorie I 69, Seuff. XIX Nr. 213. Aus dem Verträge entsteht daher auch nie eine Klage auf Verleihung des Privilegs.

⁵ Die ältere Theorie knüpfte an die Unterscheidung von *privilegia gratuita* und *onerosa* wichtige Rechtsfolgen an.

⁶ Heute kann nur der Privilegienertheiler, nicht der Richter das erschlichene Privileg für ungültig erklären. Anders noch Seuff. VIII Nr. 108, IX Nr. 245, auch Windscheid § 136 Anm. 7. Vgl. aber Seuff. XIII Nr. 4, Schlager a. a. O. S. 88.

⁷ Sei es durch Spezialgesetz (wie z. B. das Notenprivileg der Reichsbank durch R.Ges. v. 14. März 1875 § 16), sei es durch Ausnahmebestimmungen in einem allgemeinen Gesetz (wie z. B. die Steuerbefreiungen im Preuss. Einkommensteuerges. v. 24. Juni 1891 § 3 Z. 1 u. 2; vgl. auch R.Ger. XXX Nr. 59).

⁸ In welchem Umfange, ist eine vielfach streitige Frage, die aus dem positiven Staatsrecht des einzelnen Staates nach Maßgabe des Herkommens zu entscheiden ist. Mit Privilegien und Dispensationen darf man aber nicht landes-

Gesetz die Krone oder eine Verwaltungsbehörde ausdrücklich zur Verleihung gewisser Privilegien ermächtigt⁹.

Gleiche Kraft mit Gesetz oder Satzung hat auch bei der Begründung von Privilegien das Gewohnheitsrecht¹⁰. Ueberdies kann der Nachweis gehöriger Verleihung durch Unvordenklichkeit ersetzt werden¹¹.

4. Inhalt. Privilegien können den verschiedenartigsten öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Inhalt haben. Dem Objekte nach sind die Privilegialrechte bald Rechte an der eignen Person, bald Rechte an anderen Personen, bald Sachenrechte. Hinsichtlich der Art ihrer subjektiven Zuständigkeit sind sie Realrechte oder Personalrechte¹² und im zweiten Fall bald höchst persönliche, bald

herrliche Verleihungen von Ehrenrechten (Beseler, D.P.R. § 50 Anm. 7) und landesherrliche Gnadenakte (Laband, Arch. f. öff. R. VII 179 ff.) verwechseln, die überhaupt keine Rechtssetzungsakte sind.

⁹ Die Verleihung erfolgt hier kraft delegirter Gesetzgebungsgewalt, bleibt also Normsetzung (*constitutio personalis*) und schafft eine *lex specialis*. Das Gegentheil behauptet Windscheid § 136. Allein dies beruht auf der Hineinziehung von Fällen, in denen ein Privileg überhaupt nicht vorliegt, sondern das Gesetz unmittelbar eine Klasse besonderer Rechte begründet und einem Verwaltungsorgan nur die deklaratorische Feststellung der Voraussetzungen eines solchen Rechts im Einzelfall überweist. Die Grenze ist freilich flüssig, zumal im Laufe der Zeit die Auffassung oft gewechselt hat; vgl. z. B. über die landesherrliche Ertheilung von Korporationsrechten, die einst als Privileg erschien, heute nicht mehr als solches gelten kann, Gierke, Genossenschaftstheorie S. 115–120.

¹⁰ Ein Gewohnheitsrecht kann sich für ein dauerndes Einzelverhältniß bilden und somit einen sich in der Setzung eines Rechtsverhältnisses erschöpfenden Rechtssatz (Privileg im objektiven Sinn) hervorbringen; Seuff. II Nr. 251, III Nr. 1, 256, X Nr. 4, XIV Nr. 193, XIX Nr. 104 II, R.Ger. XI Nr. 43; Regelsberger § 30 Anm. 9. In den Entscheidungen, die dies verneinen, wird die Erzeugung eines solchen Rechtssatzes mit der unmittelbaren Begründung von Rechtsverhältnissen, die freilich nur durch Verjährung möglich ist, verwechselt; so b. Seuff. I Nr. 3, II Nr. 122, IX Nr. 116, XI Nr. 2, XIX Nr. 1, 104 I, XXXVI Nr. 172. Andererseits darf die Verjährungslehre hier nicht (wie dies nicht selten in der Praxis und auch in der angef. Entsch. des R.Ger. geschieht) hineingezogen werden.

¹¹ Denn die Unvordenklichkeit begründet, da sie stets die Vermuthung rechtmäßiger Entstehung hervorbringt, bei einem auf andere Weise nicht zu erwerbenden Recht die Vermuthung der Entstehung durch *lex specialis*. Im Uebrigen dagegen kann durch Verjährung zwar unter Umständen ein gleiches Recht wie sonst durch Privileg, niemals aber ein Privileg erzeugt werden. Vgl. Dernburg, Preuß. P.R. I § 23 Anm. 8–9.

¹² Die ältere Theorie nahm daneben noch „*privilegia mixta*“ an, verstand aber darunter sehr Verschiedenes; vgl. z. B. Leyser spec. II Nr. 2, Hufeland a. a. O. S. 253, Wächter II 335, Hinschius a. a. O. S. 809. Gegen

beschränkt oder unbeschränkt vererbliche, bald sogar veräußerliche Rechte. Immer aber unterstehen sie, einmal begründet, an sich den gleichen Regeln, wie andere Rechte derjenigen Kategorie, in die sie ihrem Inhalt nach gehören¹³. Nur kommt bei der Bemessung ihrer Tragweite der Grundsatz zur Anwendung, daß Ausnahmebestimmungen streng auszulegen sind¹⁴.

5. Beendigung. Privilegien erlöschen auf zweierlei Weise. Denn einmal kann das Privileg als Recht gleich anderen Rechten sein Ende erreichen, womit dann zugleich das Privileg als Rechtssatz gegenstandslos wird. Zweitens kann das Privileg als Rechtssatz gleich anderen Rechtssätzen aufgehoben werden, womit dann zugleich das ihm entspringende Recht erlischt.

a. Das Privileg als Recht endet in derselben Weise, in der dieses Recht enden würde, wenn es auf irgend einem anderen Wege entstanden wäre. Somit gelten für die Beendigung von Privilegien durch Wegfall des Subjektes oder Objektes, Eintritt einer Endfrist oder Resolutivbedingung, Verzicht, Verjährung u. s. w. weder eigenthümliche noch für alle Privilegien gleichförmige Regeln¹⁵. Die ältere Theorie bildete jedoch, indem sie in den Privilegialrechten eine besondere Klasse von Rechten erblickte, für sie eine Reihe besonderer Erlöschungsgründe aus. So nahm man an, daß jedes Privileg durch Nichtgebrauch untergehe¹⁶. Heute besteht Einverständniß, daß der

diesen Begriff schon Thibaut § 30; vgl. auch Dernburg, Pand. I § 85 Anm. 5, Pfaff u. Hofmann S. 337. — Bei Neuern begegnet eine besondere Klasse von „*privilegia causae*“; z. B. bei Wächter II 336, Unger I 589, Windscheid § 135, Pfaff u. Hofmann S. 336. Dieser Begriff ist aber bei richtiger Begrenzung des Privilegienbegriffs (den z. B. Pfaff u. Hofmann maßlos ausdehnen) wesentlichlos.

¹³ Oesterr. Gb. § 13: Die einzelnen Personen oder auch ganzen Körpern verliehenen Privilegien und Befreiungen sind, insofern hierüber die politischen Verordnungen keine besonderen Bestimmungen enthalten, gleich den übrigen Rechten zu beurtheilen. Dazu Unger I 593 ff., Pfaff u. Hofmann S. 337 ff. In der älteren Theorie wurde dies gröblich verkannt.

¹⁴ Die ältere Theorie leitete hieraus eine Anzahl fester Interpretationsregeln her, die oft dem wirklichen Sinn der Privilegien Gewalt anthaten. Vgl. Wasmuth a. a. O. c. 1 § 13, J. H. Boehmer, Exerc. I, 14 c. 2 § 9 ff., Leyser sp. 11, Glück § 99–100, Pr. L.R. Einl. § 54–58. Solche Regeln sind nur mit Vorsicht zu gebrauchen; so auch die, daß die einer Person verliehenen Privilegien im Zweifel unvererblich, vererbliche im Zweifel nur auf Nachkommen vererblich sind. Doch darf man den Grundsatz der strengen Auslegung nicht mit Hinschius S. 815 u. Pfaff u. Hofmann S. 340 ganz verwerfen.

¹⁵ Pr. L.R. Einl. § 63–69; Dernburg, Preuß. P.R. I § 25; Hinschius III 817 ff.; Unger II 317 ff.; Pfaff u. Hofmann S. 314 ff.

¹⁶ Ueber die Geschichte dieser Theorie vgl. Hinschius III 823, Beseler, D.P.R. § 50 Anm. 16, Pfaff u. Hofmann S. 344 Anm. 229.

Nichtgebrauch hier keine anderen Wirkungen als bei gleichartigen Rechten beliebiger Herkunft hat¹⁷. Man stellte ferner die Lehre von der Verwirkung jedes Privilegs durch Mißbrauch auf¹⁸. Heute kann gemeinrechtlich die früher den Gerichten beigelegte Befugniss, ein Privileg wegen Mißbrauchs für verwirkt zu erklären, nicht mehr anerkannt werden; vielmehr erscheint der Mißbrauch nur als Anlaß zu einem gesetzgeberischen Eingriff und als Rechtfertigungsgrund für die hierbei etwa beliebte Versagung jeder Entschädigung¹⁹. Dagegen wird in Partikularrechten die Verwirkung durch Mißbrauch noch als ein den Privilegien eigenthümlicher Erlösungsgrund behandelt²⁰. Allgemein endlich betrachtete man als besondere Beendigungsart der Privilegien den Widerruf. In Wahrheit fällt der Widerruf, falls er nicht auf Grund eines bei der Verleihung gemachten Vorbehaltes stattfindet²¹, lediglich unter den Gesichtspunkt der gesetzgeberischen Aufhebung²².

b. Das Privileg als Rechtssatz wird durch einen dies ausprechenden Rechtsetzungsakt beseitigt. Zu einem solchen ist in allen Fällen der staatliche Gesetzgeber, irgend ein anderes Gemeinschaftsorgan dagegen nur kraft gesetzlicher Ermächtigung befugt²³. Im Uebrigen gelten hierbei die allgemeinen Regeln über gesetzliche Aufhebung wohlverbodener Rechte. Somit entspricht es der Gerechtigkeit, daß für den Wegfall des Privilegs eine Entschädigung ge-

¹⁷ Vgl. außer den in der vor. Anm. Genannten schon Hufeland a. a. O. I 274 ff., Fritz, Z. f. C.R. u. Pr. IV 201 ff., Schlayer a. a. O. S. 95, Unger, II 320 ff.

¹⁸ Unter Berufung auf c. 24 X de priv. 5, 33: quia privilegium meretur amittere, qui permissa sibi abutitur potestate. Vgl. Leyser spec. 11 Nr. 4, Glück II § 109, Mühlensbruch, Doctr. pand. I § 81, Puchta, Pand. § 31.

¹⁹ Kierulff I 59; Wächter, Württ. P.R. II 832 ff.; Dernburg, Pand. I § 85 Anm. 13. — Anders kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung; vgl. z. B. R.Ges. v. 14. März 1875 § 50: Entziehung des Notenprivilegs einer Privatbank durch Richterspruch wegen Mißbrauchs.

²⁰ Pr. L.R. Einl. § 72 (Richterspruch); auch Bayr. L.R. I c. 2 § 16.

²¹ In diesem Falle erscheint er als Eintritt einer Resolutivbedingung.

²² In der älteren Theorie wurde dies dadurch verdunkelt, daß die Stellung des Privilegienertheilers als Gesetzgeber von seiner sonstigen Machtstellung nicht unterschieden wurde. Heute liegt auch in dem Widerruf durch ein sonst nicht zur Gesetzgebung berufenes Organ die Ausübung von Gesetzgebungsgewalt.

²³ Diese Ermächtigung folgt nicht ohne Weiteres aus der Ermächtigung zur Ertheilung des Privilegs.

währt werde²⁴. Geschieht dies aber nicht, so ist eine Klage auf Schadloshaltung nicht begründet²⁵.

Von abweichenden Gesichtspunkten gieng die ältere Theorie aus²⁶. Sie gestattete grundsätzlich die Wiederverziehung verliehener Privilegien durch den Gesetzgeber, ohne denselben hierbei an die Schranken zu binden, die sie sonst zum Schutz wohlervorbener Rechte aufrichtete. Denn sie betrachtete die Privilegien als rein positive Gebilde, denen die auch für den Gesetzgeber verbindliche naturrechtliche Sanktion des Eigenthums und der Verträge nicht zu Gute komme. Dieses Prinzip aber ermäßigte sie dann wieder durch zahlreiche Ausnahmen, über deren Umfang lebhaft und ununterbrochen gestritten wurde. Allgemein wurde bei privilegia conventionalia, die ja eben als Verträge gelten sollten, eine justa causa für den einseitigen Widerruf gefordert, vielfach aber überhaupt die Aufhebung von Privilegien nur aus überwiegenden Gründen des Gemeinwohls zugelassen. Auch wurde mindestens bei privilegia onerosa, häufig auch in anderen Fällen dem Privilegirten ein Anspruch auf Entschädigung gewährt. Heute haben nicht nur alle diese doktrinen Sätze, sondern sogar die aus ihnen hervorgegangenen Gesetzesbestimmungen ihre unmittelbare Anwendbarkeit eingebüßt²⁷.

§ 35. Zeitablauf.

I. Ueberhaupt. Der Zeitablauf wird für die Entstehung, Veränderung oder Beendigung von Rechtsverhältnissen in Gestalt von Terminen oder Fristen wirksam, die entweder durch Rechtsgeschäft oder durch behördliche Verfügung oder unmittelbar durch Rechtsnorm gesetzt werden.

II. Berechnung der Zeit¹. In allen solchen Fällen gelten

²⁴ Vgl. Pfaff u. Hofmann S. 348 ff. — Eine Anwendung im Preufs. Einkommensteuerges. v. 24. Juni 1891 § 4.

²⁵ Seuff. II Nr. 123, XI Nr. 182, XV Nr. 74, XIX Nr. 213, XLI Nr. 111, XLVI Nr. 164. Abweichend I Nr. 311, XI Nr. 182, XVI Nr. 186.

²⁶ Vgl. Gierke, Joh. Althusius S. 272 Anm. 21 u. 295 Anm. 75, Genossenschaftsr. III 620; Hinschius III 818 ff.; Pfaff u. Hofmann S. 348 Anm. 243.

²⁷ Denn sie beruhen einerseits auf der Voraussetzung, daß der Landesherr alleiniger Gesetzgeber sei, andererseits auf der Vorstellung, daß die Gesetzgebungsgewalt in formell bindende Schranken gebannt werden könne. Auch die Bestimmungen des Pr.L.R. Einl. § 70—71 sind nicht mehr unmittelbar anwendbar; vgl. Dernburg, Preufs. P.R. I § 26 zu 2.

¹ Vgl. Savigny, Syst. IV § 171 ff.; Wächter, Württ. P.R. II § 117 ff.;

für die Berechnung der Zeit feste Auslegungsregeln, die zum großen Theil dem römischen Recht entstammen, in einigen Punkten aber durch Gewohnheitsrecht und neuere Reichs- und Landesgesetze auf Grund deutscher Anschauungen umgestaltet sind.

1. Im deutschen wie im römischen Recht werden im Zweifel die Tage als untheilbare Zeiteinheiten gerechnet, so daß Beginn und Ende einer Frist mit Anfang und Ablauf eines Tages zusammenfallen². Doch wird im Gegensatz zum römischen Recht der Tag des Ereignisses, das eine Frist in Lauf setzt, nicht mitgezählt³. Der Schalttag gilt heute als besonderer Tag⁴.

2. Fristen nach Wochen oder Monaten (zu denen auch solche nach Monatsmehrheiten, wie Vierteljahr, Halbjahr oder Jahr, gehören) werden nach deutscher Sitte nicht wie nach römischem Recht in Tage aufgelöst, sondern kalendermäßig berechnet. Eine solche Frist läuft also mit der Wiederkehr des durch seine Benennung oder Zahl dem Tage des Anfangsereignisses entsprechenden Tages ab. Fehlt in dem Endmonat dieser Tag, so endet die Frist mit dem Ablauf des letzten Monatstages. Dagegen beträgt der halbe Monat fünfzehn Tage, die bei zusammengesetzten Fristen zuletzt gezählt werden. Auch gilt als Mitte des Monats stets dessen fünfzehnter

Unger II § 103 ff.; Windscheid, Pand. I § 163 ff.; Dernburg, Pand. I § 88 ff.; Regelsberger I § 124—125; Beseler, D.P.R. § 51; Stobbe, D.P.R. I § 68. — Ueber älteres deut. R. Heusler, Inst. I § 53 ff.

² Doch tritt statt dieser sog. „Civilkomputation“ auch heute die „Naturalkomputation“, bei der es auf den genauen Zeitpunkt innerhalb eines Tages ankommt, in vielen Fällen ein; so überall, wo von der Priorität eines Ereignisses (z. B. Geburt oder Tod), einer Anmeldung (z. B. zum Grundbuch oder Zeichenregister) oder einer Geltendmachung (z. B. beim Nacherrecht) eine Rechtswirkung abhängt. — Ueberdies ist zu beachten, daß die Ausnützung einer Frist bis zum letzten Augenblick durch die Beschränkung von Rechtshandlungen auf die Geschäftsstunden (H.G.B. Art. 332), Proteststunden (R.O.H.G. XVII 55), Amtsstunden u. s. w. vielfach abgeschnitten wird. — Die römische Unterscheidung von *tempus continuum* und *tempus utile* hat heute nur noch geringe Bedeutung; vgl. Beseler § 51 IV; ein modernes *tempus utile* sind aber z. B. die zwei Protesttage der W.O. Art. 41.

³ W.O. Art. 32, H.G.B. Art. 328, C.Pr.O. § 199. Nach Erk. des R.Ger. v. 8. Febr. 1884 Seuff. XXXIX Nr. 290 gilt dies kraft gemeinen Gewohnheitsrechts bei allen Prozeß- und Vertragsfristen, desgleichen bei allen reichsgesetzlichen Verjährungsfristen (z. B. nach Reichshaftpflichtges. § 8); vgl. auch R.Ger. in C.S. XXVI Nr. 2 (Anwendung auf die Frist der Konk.O. § 23 Z. 2). — Ebenso Entw. II § 155 (jedoch mit einer Ausnahme hinsichtlich des Geburtstages bei Berechnung des Lebensalters).

⁴ O.L.G. Rostock 24. Juni 1880 Seuff. XXXIX Nr. 5.

Tag. Diese Berechnungsart ist in die neueren Gesetzbücher übergegangen⁵. Doch hat auch die römische Berechnungsart, nach der der Monat stets 30 Tage beträgt, in manche Gesetze Eingang gefunden⁶.

3. Als Jahr galt im deutschen Recht statt des gemeinen Jahres für viele Rechtsverhältnisse ein besonderes Gerichtsjahr, das abgekürzt „Jahr und Tag“ hieß und meist ein Jahr sechs Wochen und drei Tage betrug⁷. Doch wurde nicht überall unter „Jahr und Tag“ dieselbe Frist verstanden⁸. Wo daher diese Bezeichnung heute noch begegnet, muß bei ihrer Deutung auf den örtlichen Gebrauch zurückgegangen werden⁹.

4. Fällt ein Termin oder der letzte Tag einer Frist auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag, so tritt, da an solchen Tagen die Geschäfte ruhen sollen, im Zweifel an dessen Stelle der nächste Werktag¹⁰.

5. Seit dem 1. April 1893 gilt in Deutschland statt der Zeitbestimmung nach dem örtlichen Stande der Sonne eine einheitliche „gesetzliche Zeit“, die für alle Rechtsverhältnisse maßgebend ist. Es ist die mittlere Sonnenzeit des fünfzehnten Längengrades östlich von Greenwich (R.-Ges. v. 12. März 1893).

III. Verjährung¹¹. Eine besondere Rolle spielt der Zeit-

⁵ Pr.L.R. II, 8 § 855–857; Sächs. Gb. § 83–84; W.O. Art. 32; H.G.B. Art. 327–328. Auch Entw. II § 156–157 u. 160.

⁶ R.K.G.O. v. 1555 t. II Art. 30 § 4. Oesterr. Gb. § 902. Für Verjährungsfristen auch Pr.L.R. I, 9 § 550, was aber nicht verallgemeinert werden darf; vgl. R.Ger. VII Nr. 77, XXVII Nr. 70; anders R.Ger. IV Nr. 82.

⁷ Diese Frist bedeutet den Zeitraum für drei echte und drei gebotene Dinge; gegen die abweichende Erklärung von Sohm, Z. f. R.G. XIV 58 ff., u. Heusler, Inst. I 57 ff., vgl. Schröder, R.G. 1. Aufl. S. 672 Anm. 63, u. Stobbe § 68 Anm. 7. Ueber Ursprung und Entwicklung der Frist vgl. jetzt Fockema-Andreae in der Z. f. R. G. XXIV 75 ff.

⁸ Vgl. Stobbe § 68 Anm. 7–11. Mitunter wurde der Ausdruck wörtlich genommen; anderswo bedeutet er ein Jahr einen Monat und drei Tage; oft ein Jahr sechs Wochen ohne den Zuschlag von drei Tagen.

⁹ Das Pr.L.R. I, 3 § 49 will darunter ein Jahr und 30 Tage verstehen. Vgl. Reyscher, Württ. P.R. I § 117; Unger II 291 Anm. 17.

¹⁰ Pr.L.R. I, 3 § 48; W.O. Art. 92; H.G.B. Art. 329–330; Seuff. XLI Nr. 233. Auch Entw. II § 228 will die Versäumnis des Entw. I in diesem Punkte (Gierke, Entw. S. 173) gut machen.

¹¹ Unterholzner, Ausführliche Entwicklung der gesamten Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten, Leipzig 1828; 2. Aufl. (Schirmer) 1858. Savigny, Syst. IV § 178, 199, V § 237 ff. Unger II § 104, 119 ff. Windscheid, Pand. I § 105 ff. Dernburg, Pand. I § 144 ff., Preufs. P.R. I § 163 ff. Regelsberger, Pand. § 126 u. 181 ff. Stobbe, D.P.R. I § 68 II–IV. Roth, D.P.R. I § 87. Gengler, D.P.R. § 47.

ablauf bei den als Verjährung zusammengefaßten Instituten. Denn hier gewinnt die Zeit kraft ihrer zugleich verdunkelnden und heiligenden Macht, deren tief im menschlichen Wesen begründeter Anerkennung sich keine Rechtsordnung entziehen kann, einen spezifischen Einfluß auf die Gestaltung der Rechtsverhältnisse.

1. Dem älteren deutschen Recht war, wenn von den unter römischem Einfluß getroffenen Bestimmungen einzelner Volksrechte und Kapitularien abgesehen wird¹², sowohl eine eigentliche Ersitzung wie eine wahre Klagenverjährung fremd. Den Ersatz hierfür bildete neben der nachher zu besprechenden Wirkung der Unvordenklichkeit das weit verbreitete Rechtsinstitut der Verschweigung¹³. Dasselbe beruht auf dem Gedanken, daß Jeder, der einen ihm bekannten Zustand als unrechtmäßig anzufechten in der Lage ist, ihn in rechter Frist auf rechte Weise anfechten soll, wenn er nicht sein Anfechtungsrecht für immer verlieren will. Die rechte Frist beträgt in den meisten Fällen Jahr und Tag¹⁴. Sie läuft entweder von Rechts wegen oder kraft eines richterlichen Aufgebots. Doch beginnt sie regelmäßig erst mit erlangter Kunde und zu Ungunsten Abwesender oder Unmündiger mit der Rückkehr oder dem

¹² Von den Volksrechten enthalten nur solche, die auf römischem Boden entstanden sind, derartige Bestimmungen; so I. Burg. 79; Antiq. 277 u. I. Wisig. X, 2 c. 3; ed. Rot. 228, Grim. 4, Liutpr. 54, 70, 78, 105, 115. Unter den Königsgesetzen gehören hierher Decret. Childeb. II d. a. 596 c. 3 (M.G.L. Sect. II Vol. I 15) u. Chlotharii II c. 13 (ib. 19).

¹³ Das Institut ist in seinem Kern zweifellos altgermanisch. Vollkommen ausgebildet begegnet es in I. Sal. tit. 45 als Verschweigung des Widerspruchsrechts gegen den Erwerb des Gemeinderechts durch einen Anzügling binnen Jahresfrist; genau so z. B. noch Oeffn. v. 1468 b. Grimm, W. I 42 Z. 1. Verschweigung liegt anscheinend auch in ed. Rotar. c. 361 u. Liutpr. 96 vor. Deutlich ausgesprochen ist jedenfalls der Gedanke der Verschweigung binnen Jahr und Tag in den Cap. leg. add. d. a. 818—819 c. 11 (M.G. a. a. O. 283) und dem Cap. d. a. 825 c. 11 (ib. 331), sowie in den übereinstimmenden Stellen des lib. Pap. Lud. c. 16 u. Loth. I c. 31 (M.G.L. IV 530 u. 544).

¹⁴ Eine kürzere Frist begegnet bei Fundsachen, an denen das Eigentum nach Sachsensp. II Art. 37 und anderen Quellen schon in 6 Wochen verschwiegen wird, während manche Rechte auch hier an der Frist von Jahr und Tag festhalten; Laband, Vermögensrechtliche Klagen S. 131 Anm. 14. — Dagegen wird vielfach eine sehr viel längere Frist für die Geltendmachung des Erbrechts an Liegenschaften gewährt: 30 Jahre und Jahr und Tag nach sächs. R. (Sachsensp. I Art. 29, Richtst. Landr. Art. 23 § 7, 27 § 2), 30 Jahre und 1 Tag nach österr. Quellen (Wiener Stadtr. Art. 89, Steiermärk. L.R. Art. 83). Durch Ausdehnung dieser Frist auf alle Ansprüche an Grundstücken entstand die sächsische Verjährung von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen; Haubold, P.R. § 276c, Heimbach, Part. P.R. § 239, Gengler, D.P.R. S. 162.

Eintritt der Mündigkeit zu laufen und wird durch „echte Noth“ in ihrem Laufe gehemmt¹⁵. Auf rechte Weise erfolgt die Anfechtung nur durch rechtsförmlichen Widerspruch¹⁶, der in den meisten Fällen als „rechte Widersprache“ vor Gericht erhoben werden muß¹⁷. Wer in der ihm gesetzten Frist solchen Widerspruch nicht erklärt, wird mit seinem Widerspruchsrecht präkludirt; er hat sich verschwiegen und muß nun für immer schweigen. Haben sich alle Anfechtungsberechtigten verschwiegen, so ist der fragliche Zustand überhaupt unanfechtbar. Die Verschweigung ähnelt also in ihrem Ausgangspunkte der praescriptio, in ihrer schließlichen Wirkung der usucapio.

Ihre Anwendungsfälle waren überaus mannichfach. Eine besondere Rolle spielte sie bei der Entstehung der rechten Gewere an Liegenschaften. Sodann gab es eine Verschweigung der Erbsprüche an dem vom Richter als erbloses Gut eingezogenen Nachlaß und an dem mit Beschlag belegten Vermögen des Verbrechers. Weiter eine Verschweigung des Lehnerbrechts und der Lehnfolge an einen neuen Herrn. Auch eine Verschweigung der Rechte an Fundsachen, sowie an den über See eingeführten Gegenständen. Zum Theil auch eine Verschweigung von Schuldforderungen. Endlich eine Verschweigung des Herrenrechtes, wo in den Städten der Satz „die Luft macht frei“ galt, und eine Verschweigung der Freiheit, wo auf dem Lande der umgekehrte Satz „die Luft macht eigen“ durchgedrungen war¹⁸.

2. Mit der Aufnahme der fremden Rechte zog in Deutschland die römisch-kanonische Verjährungslehre ein. Doch verschwand das Institut der Verschweigung keineswegs spurlos, sondern lebte im Aufgebotsverfahren fort¹⁹. Im Uebrigen erhielten sich die älteren deutschen Rechtssätze nur auf einzelnen Rechtsgebieten, wie im Lehnrecht und beim Netherrecht. Vielfach aber wirkte in den Partikularrechten das überlieferte einheimische Recht auf die Einzelheiten der sehr bunten Bestimmungen über Verjährung und nament-

¹⁵ Sachsensp. I Art. 28, Richtst. L.R. Art. 27 § 3, Magd. Fr. I, 7 d. 4, 12 d. 3, II, 2 d. 3; Laband a. a. O. S. 298; A. Schmidt, Echte Noth, Leipzig 1888, S. 195 ff. — Oft aber schneidet in solchen Fällen der Ablauf der Frist von 30 Jahren und Jahr und Tag (oder von 30 Jahren und einem Tage) jede Entschuldigung ab; vgl. Stobbe I § 68 Anm. 29.

¹⁶ Ein solcher ist die „testatio“ in l. Sal. tit. 45.

¹⁷ Sachsensp. I Art. 28, II Art. 31 § 2, Art. 42 § 2, Art. 44 § 1.

¹⁸ Von den einzelnen Fällen der Verschweigung muß, soweit dies zum Verständniß des heutigen Rechts erforderlich ist, bei den einzelnen Rechtsinstituten gesprochen werden. Eine Zusammenstellung liefert Stobbe I § 68 S. 650 ff.

¹⁹ Vgl. unten § 38. — Das neueste Recht knüpft auch in anderen Fällen wieder an die Verschweigung an; vgl. z. B. unten § 95 Anm. 95.

lich auf die Verjährungsfristen ein²⁰. Und vor Allem waren es germanische Rechtsanschauungen, die den unter ihrem Einfluß schon im kanonischen Recht durchgeführten Gedanken stützten, daß die Verjährung ein einheitliches Rechtsinstitut sei und Ersitzung, Klagenverjährung und Verlust der Rechte durch Nichtgebrauch als „erwerbende“ und „erlöschende Verjährung“ dessen Unterarten bildeten. Diese Auffassung gieng in die Gesetzbücher über²¹. Dagegen ist sie im gemeinen Recht wieder zurückgedrängt²².

IV. Unvordenklichkeit²³.

1. Geschichte. Im deutschen Recht trat von je, soweit das formell ausgebildete Institut der Verschweigung die Anfechtung eines Zustandes nicht ausschloß, aushelfend und ergänzend die allgemeine Rechtsanschauung ein, daß ein Zustand, der seit unvordenklicher Zeit nach Art eines Rechtszustandes unwidersprochen bestanden hat, als solcher Anerkennung und Schutz verdient. Insbesondere wird in Weisthümern und Urkunden oft die Rechtmäßigkeit eines Verhältnisses darauf gestützt, daß dasselbe seit langer Zeit, seit zwei Menschenaltern, über Menschengedenken hinaus bestehe, daß Niemand sich selbst eines anderen Zustandes erinnere, noch auch durch seine Vorfahren von einem solchen Kunde habe²⁴. Ein formell aus-

²⁰ Vgl. Eichhorn, D.P.R. § 177; Roth, Bayr. C.R. II 195 ff., D.P.R. I 475 ff.; Gengler, D.P.R. S. 162; Stobbe, D.P.R. I § 68 Anm. 32.

²¹ Pr.L.R. I, 9 § 500 u. 501, Oesterr. Gb. § 1451 u. 1453, Code civ. Art. 2219.

²² Auch das Sächs. Gb. kennt keinen einheitlichen Begriff der Verjährung. Ebenso wenig der Entw., der überhaupt nur eine „Anspruchsverjährung“ (Entw. II § 161—190) und eine Eigenthumsersitzung an beweglichen Sachen (Entw. II § 851—859) noch gelten lassen will; vgl. Gierke, Entw. S. 173 ff., 322, 341 u. die dort angef. Schriften. — In unserem Rechtsbewußtsein wird sich die Vorstellung eines einheitlichen Rechtsinstitutes der Verjährung nicht leicht ausrotten lassen! Doch ist im deutschen Privatrecht hiervon nicht näher zu handeln, vielmehr die Klagenverjährung ganz den Pandekten zu überweisen, die Ersitzung und die Erlöschung von Rechten durch Nichtgebrauch im Sachenrecht zu berühren.

²³ Buchka, Der unvordenkliche Besitz, Heidelberg 1841. Friedländer, Die Lehre von der unvordenklichen Zeit, Marburg 1843. Pfeiffer, Prakt. Ausf. II 1 ff., VII 175 ff., Z. f. D.R. VIII 1 ff. Unterholzner a. a. O. § 140 ff. Savigny, Syst. IV § 195 ff. Windscheid, Pand. I § 113. Dernburg, Pand. I § 160. Bekker, Pand. I § 39. Regelsberger, Pand. § 127. Beseler, D.P.R. § 52. Stobbe, D.P.R. I § 69. Roth, D.P.R. I § 88. Erdmann, Liv-, Est- u. Curl. P.R. I § 57. Verh. des XVI. deut. Juristent. I 117 ff., 241 ff., 310 ff. (Gutachten von Strohal, Leonhard u. Pann), II 52 ff., 322 ff.

²⁴ Vgl. Grimm, W. I 52, 349 § 16, 397 ff., 646, II 503, III 4, 9, 189, 303

gebildetes Institut konnte sich freilich daraus nicht gestalten, weil man in Folge der mangelhaften Scheidung von subjektivem und objektivem Recht die Unvordenklichkeit mit dem örtlichen Gewohnheitsrecht als „Herkommen“ zusammenwarf²⁵. Wohl aber war der Stoff vorhanden, aus dem die Jurisprudenz ein selbständiges Rechtsinstitut geformt hat²⁶. Sie stützte sich dabei auf einzelne Stellen des römischen Rechts, in denen der „vetustas“ oder dem Zustande „cujus memoria non extat“ Schutz gewährt wird²⁷ und auf die Verallgemeinerung dieses Gedankens im kanonischen Recht²⁸. Auch in deutschen Reichsgesetzen fand die Wirkung der unvordenklichen Zeit mehrfach Anerkennung²⁹. So entstand ein gemeinrechtliches Rechtsinstitut. Dagegen verhalten die neueren Gesetzbücher sich gegen das ganze Institut ablehnend und schaffen nur zum Theil in anomalen Verjährungsarten einen Ersatz³⁰. Hierbei macht sich auf dem Gebiete des subjektiven Rechts dieselbe Richtung geltend, die auf dem Gebiet

§ 43, 868 Z. 1, V 17 § 10, 67 § 53, 333 § 25, 434, 444, 466 § 10, 613; VI 74, 212, 214 § 1, 240, 579 § 5, 654, 718, 749 § 18; Urk. b. Lörseh u. Schröder Nr. 153, 175, 190. Andere Beispiele b. Buchka a. a. O. S. 3 ff., Friedländer a. a. O. II 7 ff. Vorzugsweise bei den Rechtsverhältnissen am Gemeinlande, den Rechten des Grundherrn, den Verpflichtungen zu Abgaben und Diensten, den Regalgerechtigkeiten u. s. w. findet die Berufung auf Unvordenklichkeit statt.

²⁵ Gierke, Genossenschaftsr. II 462–464.

²⁶ Gegen den deutschrechtlichen Ursprung des Instituts wendet sich Pfeiffer, Z. f. D.R. VIII 1 ff.; vgl. aber Buchka a. a. O., Friedländer a. a. O., Beseler a. a. O., Stobbe § 69 Anm. 4 u. 7, Regelsberger § 127 Anm. 1.

²⁷ Bei öffentlichen Wegen, Wasserläufen und Wasserleitungen; l. 3 pr. D. de loc. et intin. publ. 43, 7, l. 1 § 23, l. 2 pr., l. 26 D. de aqua pluvia 39, 3, l. 3 § 4 D. de aqua quot. 43, 20; dazu Savigny a. a. O. § 196–197, Leonhard a. a. O. S. 243 ff.

²⁸ C. 1 in VI^o de praescript. 2, 13; auch c. 21, 26 X de V. S. 5, 40. Vgl. Unterholzner § 143, Savigny § 198.

²⁹ A. B. c. 8, c. 28 § 5; R.A. v. 1548 § 56, 64; R.A. v. 1576 § 105; I.P.O. Art. 5 § 27, Art. 15 § 2.

³⁰ Das Pr. L.R. hilft in einigen Fällen durch eine fünfzigjährige Verjährung (I, 9 § 655–663), hinsichtlich des Adels und des Domänenbesitzes durch eine vierundvierzigjährige Verjährung (II, 9 § 19, II, 14 § 39), im Uebrigen durch den Schutz des Besitzes im „Normaljahre“ 1740 gegenüber dem Fiskus (I, 9 § 641–647, II, 9 § 18); vgl. Dernburg, Preufs. P.R. I § 179–180. Abgeschafft ist das Institut im Code civ. Art. 691 (Zachariä § 774a), im österr. R. (Unger II 256), im Sächs. Gb. Auch der Entw. will es beseitigen; vgl. Gierke, Entw. S. 179 ff.

des objektiven Rechts gegen das Gewohnheitsrecht ankämpft³¹. Auf Unvordenklichkeit beruht im Grunde die Legitimität unseres gesamten Rechtszustandes; und die Annahme, daß das im Dunkel der Vorzeit Gewordene rechtmäßig geworden sei, fließt unmittelbar aus der Rechtsidee.

2. Wesen. Ihrem Wesen nach ist die Unvordenklichkeit eine Rechtsvermuthung, welche dahin lautet, daß ein seit unvordenklicher Zeit nach Art eines Rechtsverhältnisses bestehender Zustand zu irgend einer Zeit auf rechtmäßige Weise begründet sei. Bis zum Beweise des Gegentheils wird angenommen, es sei ein ausreichender Entstehungsgrund vorhanden und nur durch den Zeitablauf verdunkelt. Durch gerichtliche Feststellung wird diese Vermuthung zur unumstößlichen Gewissheit erhoben.

Demgegenüber wurde in der älteren Theorie die Unvordenklichkeit als eine Art der Verjährung behandelt, ihr also die Wirkung beigelegt, ein bisher nicht vorhandenes Rechtsverhältniß zu erzeugen³². An dieser Auffassung halten auch heute einzelne Schriftsteller fest³³. Allein schon seit dem vorigen Jahrhundert drang in der Wissenschaft mehr und mehr die richtige Ansicht durch³⁴, die heute auch in der Praxis durchweg zur Herrschaft gelangt ist³⁵. Sie entspricht der ursprünglichen deutschen Anschauung und dem inneren Gedanken der ganzen Einrichtung. Aussprüche des kanonischen Rechts und frühere Uebungen fallen hiergegen um so weniger ins Gewicht, als der Begriff der Verjährung dabei vielfach in einem sehr weiten und unbestimmten Sinne genommen und kaum jemals im

³¹ Man vgl. nur die bei Leonhard a. a. O. S. 269 ff. angeführten Argumente älterer und neuerer Gegner des Instituts. Für Beibehaltung jetzt auch Regelsberger § 127 IV.

³² Den Anhalt hierfür bot die Wendung „*tanti temporis praescriptio . . . cujus contrarii memoria non existat*“ in c. 1 in VI^o 2, 13. Ebenso sprechen die Reichsgesetze von Praescription, z. B. R.A. v. 1548 § 56. Auch im Bayr. L.R. II c. 4 § 9 findet sich diese Auffassung; dazu Kreittmayr Anm. 1 („*species praescriptionis*“).

³³ Unterholzner I § 147; Friedländer II 63; Pfeiffer, Prakt. Ausf. II 80 ff., VII 232 ff.; Windscheid § 113 Anm. 4; Roth § 88 I; Beseler S. 192—193; Leonhard a. a. O. S. 272; Pann a. a. O. S. 325.

³⁴ J. H. Boehmer, Jus eccl. prot. II t. 26 § 35—45, bes. § 39; Wernher, Obs. for. I, 4 o. 4; Thibaut, Ueber Besitz und Verjährung, Jena 1802, S. 185; Savigny § 201; Buchka § 6; Stobbe § 69 Anm. 2; Dernburg, Pand. I § 160 Anm. 10; Bekker a. a. O. S. 128—129; Regelsberger § 127 I.

³⁵ Seuff. I Nr. 169, IX Nr. 120, XI Nr. 113, XIV Nr. 9, XVII Nr. 5, XXVIII Nr. 197, 198, 247, XXXI Nr. 12, XLIV Nr. 244; R.Ger. X Nr. 74.

Ernst die Folgerung gezogen wurde, daß das als unvordenklich festgestellte Recht neues und nicht vielmehr uraltes Recht sei.

3. Erfordernisse. Damit Unvordenklichkeit vorliege, ist zweierlei erforderlich.

a. Ein Zustand muß nach Art eines Rechtszustandes bestanden haben, so daß sich die in ihm wiederkehrende Uebung als Rechtsausübung darstellte³⁶. Dagegen bedarf es weder eines Titels noch des Nachweises der Gutgläubigkeit³⁷.

b. Dieses Verhältniß muß ununterbrochen seit unvordenklicher Zeit dauern, so daß die Kunde eines anderen Zustandes aus dem Gedächtniß der Menschen entschwunden ist. Hierzu gehört nach altem Gerichtsgebrauch ein positives und ein negatives Moment. Das erste besteht in der Erinnerung des lebenden Geschlechts, daß der Zustand stets so und nicht anders war³⁸. Das zweite liegt darin, daß das lebende Geschlecht auch durch seine Vorfahren nicht von einem anderen Zustande unterrichtet ist³⁹. Man spricht daher von dem „Gedächtniß zweier Menschenalter“. Dabei wird gemeinrechtlich auf Grund des kanonischen Rechts das Menschenalter zu vierzig Jahren gerechnet⁴⁰.

³⁶ Seuff. XXII Nr. 14, XXXVI Nr. 182 („im Bewußtsein der Rechtsausübung“), XLVIII Nr. 191; R.Ger. VIII Nr. 34, XVII Nr. 29, XXIV Nr. 31. Die Berufung auf Unvordenklichkeit bleibt daher erfolglos, wenn die Ausübung einer Herrschaft oder die Unterlassung einer Leistung nur als Ausfluß von Vergünstigung oder Anmaßung erschien.

³⁷ Pfeiffer, Prakt. Ausf. II 28 ff., VII 197 ff.; Bekker a. a. O. S. 130—131.

³⁸ Seuff. XI Nr. 12, XIX Nr. 121, XXXVII Nr. 130 (wo das O.L.G. Celle hieraus folgert, daß ein Rechtszustand, über den das lebende Geschlecht eigne Wahrnehmungen nicht machen konnte, wie der Rechtszustand vor der Säkularisation, nicht auf Unvordenklichkeit gestützt werden kann); R.Ger. X Nr. 47.

³⁹ Pfeiffer a. a. O. II 26 ff., 35 ff., 38 ff., VII 201 ff.; Seuff. XIX Nr. 121; R.G. X Nr. 47. Auch eine durch Mittheilungen der Vorfahren über Erzählungen ihrer Vorfahren überlieferte gegentheilige Erinnerung darf nicht vorliegen; Seuff. XVII Nr. 6, Friedländer II 74 ff., Beseler § 52 Anm. 18, Stobbe § 69 Anm. 13. A. M. Savigny IV 535.

⁴⁰ C. 1 in VI^o de praescr. 2, 13; Pfeiffer a. a. O. II 21 ff., 37, VII 193 ff.; Savigny IV 520 ff.; Seuff. XX Nr. 12. Das Sachsenrecht begnügt sich mit 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen; Kind, Quaest. for. III c. 62; Haubold, Lehrb. § 373. — Diese Zeitbestimmung hat indeß regelmäfsig nur für den positiven Bestandtheil der Unvordenklichkeit (das letzte Menschenalter) eine praktische Bedeutung. Hinsichtlich des negativen Bestandtheils ist sie an sich unanwendbar, da der Mangel gegentheiliger Erinnerung sich ins Unbegrenzte zurückerstreckt; nur da, wo ausnahmsweise der Nachweis des negativen Moments

4. Anwendungsgebiet. Auf Unvordenklichkeit kann jedes Rechtsverhältniß gestützt werden, bei dem eine fortdauernde Rechtsausübung möglich und rechtmäßige Entstehung denkbar ist. Das Institut findet daher so gut bei privatrechtlichen wie bei öffentlich-rechtlichen Verhältnissen Anwendung⁴¹.

Fortdauernde Rechtsausübung ist nicht, wie die Verjährungstheorie anzunehmen gedrängt wird, mit Besitz im technischen Sinne gleichbedeutend⁴². Vielmehr ist, wenn dabei von „*immemorialis possessio*“ gesprochen wird, das Wort im weitesten Sinne zu verstehen. Dingliche Rechte jeder Art⁴³, Zwangs- und Bannrechte⁴⁴, Regalgerechtsame⁴⁵, Befreiungen von Lasten und Abgaben⁴⁶, aber auch Persönlichkeitsrechte, wie z. B. Adel, Namen- und Wappenrechte, Korporationsrechte⁴⁷, desgleichen Forderungsrechte auf wiederkehrende Leistungen⁴⁸ können durch Berufung auf Unvordenklichkeit dargethan werden.

Die Möglichkeit rechtmäßiger Entstehung ist nicht nach der heutigen, sondern nach der ehemaligen Rechtsordnung zu

durch den auf einen längeren Zeitraum gerichteten positiven Nachweis ersetzt wird (vgl. unten Anm. 52), wird auch für das vorige Menschenalter die Zeitbestimmung praktisch.

⁴¹ Savignys Versuch, das Institut auf publizistische Verhältnisse einzuschränken (S. 483 ff., 510 ff.), hat in der Theorie nur bei Friedländer II 67 ff. und in der Praxis ganz vereinzelt (Seuff. XIV Nr. 112) Anklang gefunden; dagegen Seuff. XIX Nr. 120, XXVIII Nr. 8. — Nicht minder verfehlt ist die b. Seuff. I Nr. 170 angenommene umgekehrte Ansicht, daß Unvordenklichkeit bei publizistischen Verhältnissen ausgeschlossen sei.

⁴² Unrichtige Verengerungen aus diesem Gesichtspunkt b. Seuff. I Nr. 183, XIV Nr. 111, Beseler Anm. 25. — Auch die Annahme, daß Besitz bis zur Klageerhebung erforderlich sei (Seuff. XIV Nr. 14, XXIII Nr. 208, Roth § 88 Anm. 20), hängt damit zusammen; vgl. gegen sie Seuff. XI Nr. 12, XXIII Nr. 209.

⁴³ So Eigenthum (Seuff. VI Nr. 144); Servituten (Seuff. V Nr. 250, XLVII Nr. 188), insbesondere auch da, wo ihre ordentliche Ersitzung ausgeschlossen ist, *servitutes discontinuae* (Trierer Landr. t. 22 § 14, Pfeiffer II 114 ff., VII 254 ff.); Reallasten (Pfeiffer VII 259 ff., Seuff. IX Nr. 201, XIII Nr. 127, XVI Nr. 173, XXXI Nr. 202, R.Ger. X Nr. 47).

⁴⁴ Pufendorf, Obs. jur. un. II 216, 383, 385; Kind, Quaest. for. III c. 62; Pfeiffer VII 264 ff. — Bezüglich des Pferchrechtes Seuff. I Nr. 4.

⁴⁵ Pfeiffer VII 248 ff.; Seuff. XXVIII Nr. 189, XXXIII Nr. 282, XLVIII Nr. 191; R.Ger. XXIV Nr. 31 (Fischereigerechtigkeit).

⁴⁶ Seuff. I Nr. 171, V Nr. 55, XXXI Nr. 202, XLIV Nr. 244.

⁴⁷ Gierke, Genossenschaftstheorie S. 25 Anm. 1, 833.

⁴⁸ Seuff. I Nr. 4, VII Nr. 5, 269, IX Nr. 120, XLVI Nr. 84; R.Ger. XXVI Nr. 30.

beurtheilen⁴⁹. Rechtsverhältnisse aber, die nach geltendem Recht nicht bloß nicht neu entstehen, sondern überhaupt nicht bestehen können, werden auch durch Unvordenklichkeit nicht geschützt⁵⁰.

5. Beweis. Wer sich auf Unvordenklichkeit beruft, muß das Dasein ihrer sämtlichen Erfordernisse als Thatsächliches beweisen. Ein unmittelbarer Beweis ist nur durch die Bekundung von Zeugen zu erbringen, die bejahrt genug sind, um sich ein Menschenalter zurück zu erinnern⁵¹. Doch läßt ein alter Gerichtsgebrauch auch den Beweis durch Urkunden zu, falls diese über den Zustand während der beiden letzten Menschenalter positive Auskunft geben⁵².

Der Gegenbeweis ist unverschränkt⁵³. Er kann sich auf eine entgegengesetzte Erinnerung⁵⁴, einen bestimmten Anfang des Zustandes⁵⁵ oder eine Unterbrechung desselben⁵⁶ richten.

⁴⁹ Seuff. XXVIII Nr. 198 (unrichtig referirt b. Regelsberger § 127 Anm. 6).

⁵⁰ Pfeiffer II 101 ff., VIII 251 ff.; Seuff. X Nr. 131, XXXIII Nr. 107; Wächter, Württ. P.R. II 822 ff.

⁵¹ Ein bestimmtes Lebensalter ist nicht erforderlich; Beseler § 52 Anm. 28, Stobbe § 69 Anm. 14. Früher forderte man bald 54 Jahre (Catzenelnb. L.O. VI, 1 § 18, Bayr. L.R. II c. 4 § 9), bald nur 50 (Pfeiffer II 49 ff., VII 207 ff., Savigny IV 521 ff., Seuff. III Nr. 116).

⁵² Pfeiffer II 55 ff., VII 218 ff.; Seuff. VII Nr. 6, XI Nr. 12, XXIX Nr. 8. Streng genommen ist hier nicht Unvordenklichkeit erwiesen, sondern als Ersatz eines solchen Beweises der Nachweis eines sehr langen Bestandes zugelassen. — Die herrschende Meinung läßt auch den Beweis durch Schiedseid zu; Seuff. IX Nr. 121, XIV Nr. 272, XXVI Nr. 106; Savigny IV 525, Buchka S. 51 ff., Beseler § 52 Anm. 30 (anders früher), Roth § 88 Anm. 33, Bekker a. a. O. S. 132. Doch ist dieses Beweismittel mit der früheren Kasseler Praxis zu verwerfen; Pfeiffer II 59 ff., VII 221 ff.

⁵³ Unterholzner a. a. O. S. 527 ff.; Pfeiffer II 67 ff., VII 226 ff.; Savigny IV 525 ff.; Bekker a. a. O. S. 131—132.

⁵⁴ Seuff. XVII Nr. 6.

⁵⁵ Seuff. XIX Nr. 121, XXII Nr. 13 u. 14. Liegt jedoch der nachgewiesene Anfang des Zustandes mehr als zwei Menschenalter zurück, so ist die Unvordenklichkeit nur ausgeschlossen, wenn die Entstehung als unrechtmäßig dargethan und zugleich der spätere Zustand als unmittelbare Fortsetzung dieses unrechtmäßigen Beginnes erwiesen wird; denn sonst bleibt immer noch für die Vermuthung einer rechtmäßigen Entstehung in unvordenklicher Zeit Raum.

⁵⁶ Seuff. IX Nr. 252; R.Ger. X Nr. 47, XXII Nr. 38. In diesen Erkenntnissen wird aber anerkannt, daß einzelne konträre Handlungen, erfolglos gebliebene Protestationen und Verbote und vorübergehende Besitzstörungen die Unvordenklichkeit nicht unterbrechen.

Drittes Kapitel.

Ausübung und Schutz des subjektiven Rechts.

§ 36. Ausübung der Rechte.

I. Im Allgemeinen. Ausübung eines Rechtes ist die seinem Inhalt entsprechende Thätigkeit. Sie kann im Gebrauch oder Verbrauch des Rechtes bestehen. Die Ausübungshandlungen können rein thatsächliche Akte oder Rechtsgeschäfte sein. Ausübung ist auch die Verfügung über das Recht durch Veräußerung und die Geltendmachung des Rechtes durch Realisirung.

Die Ausübung der Privatrechte hängt regelmäfsig vom freien Belieben ab. Pflichten müssen erfüllt, Rechte können ausgeübt oder nicht ausgeübt werden¹. Doch zieht in vielen Fällen der Nichtgebrauch den Verlust oder die Einschränkung des Rechtes nach sich. Indem das deutsche Recht derartige Wirkungen des Nichtgebrauches selbständig ausgebildet hat², giebt es dem Gedanken Ausdruck, dafs auch die Privatrechte zuletzt dem Einzelnen nicht blos als Mittel eigner Bedürfnisbefriedigung, sondern zugleich als Mittel für die Erfüllung sozialer Aufgaben verliehen sind.

Der Berechtigte kann ferner sein Recht auf beliebige Weise ausüben. Verpflichtet ihn auch das Sittengesetz zu rechtem Gebrauch, so gewährt doch das Rechtsgesetz mit der Freiheit des Gebrauches zugleich die Freiheit des Mißbrauches. Doch kann nach deutscher Anschauung die Rechtsordnung dem Mißbrauch der Rechte dann nicht mit verschränkten Armen zusehen, wenn derselbe entweder durch ein Uebermafs von selbststüchtiger Ausnützung einer Befugnis das Gemeinwohl gefährdet oder durch nutzlose Schädigung Anderer dem Zweck des Rechtes Hohn spricht. Darum werden manche Rechte

¹ Die Ausübung kann sittliche Pflicht, sie kann aber auch sittlich indifferent, ja es kann die Nichtausübung sittliche Pflicht sein. Dies muß gegen Jherings Kampf ums Recht immer wieder betont werden.

² Neben Verschweigung und erlöschender Verjährung (oben § 35) gehören hierher manche später zu besprechende Erscheinungen; so im Erfinderrecht, beim Bergwerkseigenthum, auch im Jagdrecht (insoweit die Jagd nicht ruhen darf); aus dem älteren Recht z. B. die Vorschriften über Verwirkung des Eigenthums an städtischen Gebäuden durch Nichtwiederherstellung, über Wiederbesetzung wüster bäuerlicher Stellen, über Verlust von Meiergütern durch Nichtbebauung.

durch Mißbrauch verwirkt³. Sodann zielen zahlreiche gesetzliche Einschränkungen des Gebrauches der einzelnen Rechte auf Verhütung ihres Mißbrauches⁴. Und allgemein ist der Mißbrauch der Rechte zur Chikane unzulässig, so daß Niemand ein Recht, statt zu eigenem Nutzen, lediglich zum Schaden eines Anderen ausüben darf⁵. Dieser Satz ist nicht nur in Partikularrechten ausgesprochen⁶, sondern muß auch auf Grund beständiger deutscher Uebung für gemeinrechtlich erachtet werden⁷.

II. Ausübungsbefugniss. Für die Ausübung eines Rechts ist an sich das Dasein des Rechtes sowohl erforderlich wie ausreichend. Doch kann einerseits eine Rechtsausübung, der in Wahrheit kein Recht zu Grunde liegt, rechtliche Wirkungen haben und schliesslich kraft Verjährung das ihr entsprechende Recht erzeugen. Andererseits begegnet vielfach eine im deutschen Recht zum Theil eigenartig ausgebildete Trennung der Ausübungsbefugniss vom Recht.

1. Während die Ausübung mancher Rechte nur in Person statt-

³ Pr.L.R. Einl. § 107, I, 23 § 17; über Mißbrauch von Privilegien oben § 34 Anm. 18–20.

⁴ In der Lehre von den Beschränkungen des Grundeigenthums, im Forst-, Jagd-, Wasser- und Bergrecht, im Familienrecht, bei den Beschränkungen der Vertragsfreiheit u. s. w. wird von solchen Einschränkungen der Rechtsausübung, in denen ein scharfer Gegensatz des deutschen Rechts zum römischen Recht hervortritt, gehandelt werden.

⁵ Chikane liegt nicht bloß (wie Windscheid, Pand. I § 121 Anm. 3 meint) dann vor, wenn der Berechtigte an der Ausübung seines Rechtes schlechthin kein eignes Interesse hat, sondern schon dann, wenn er zwar von der Ausübung einigen Vortheil erwarten kann, jedoch nicht diesen, sondern einen weit überwiegenden Schaden Anderer herbeizuführen beabsichtigt; so richtig Seuff. X Nr. 222.

⁶ Pr.L.R. I, 6 § 36–37, I, 8 § 27–28, früher auch II, 20 § 516; vgl. auch Lüb. R. III, 12 Art. 7, Hamb. Stadtr. II, 20 Art. 8.

⁷ Die Romanisten streiten, ob sich ein allgemeines Chikaneverbot aus den römischen Quellen herleiten läßt; dafür Windscheid I § 121 Anm. 3, Dernburg I § 41, Regelsberger, Pand. I 230 und überhaupt die herrschende Meinung; dawider Wächter, Württ. P.R. I 169, II 194 ff., Unger I 616, Jhering, Jahrb. f. Dogm. VI 104 ff., Bekker, Pand. I 69. Allein jedenfalls ist durch die mit der deutschen Rechtsanschauung übereinstimmende ältere Theorie und Praxis ein Gewohnheitsrecht erzeugt, das auch in der neueren gemeinrechtlichen Praxis trotz einzelner Abweichungen (z. B. Seuff. XXI Nr. 192) anerkannt geblieben, wenngleich vielfach in sehr restriktiver Weise gehandhabt ist; vgl. Seuff. X Nr. 222, XXXI Nr. 117 u. 118, XXXII Nr. 204, XXXV Nr. 273, XXXVII Nr. 242. — Der Entw. gewährt Chikanefreiheit; vgl. dagegen Gierke, Entw. S. 183, Verh. des Preuss. Landesökonomiecollegiums v. 1889 S. 492 ff.

finden kann⁸, ist im Zweifel die Ausübung der Privatrechte auch durch Vertreter zulässig⁹. Ist der Berechtigte zur Ausübung unfähig, so ist überhaupt nur eine Ausübung durch Vertreter möglich¹⁰.

2. Die Befugnis zur Ausübung eines Rechtes kann an das Dasein gewisser weiterer Voraussetzungen oder an das Nichtdasein gewisser Hindernisse gebunden sein. So lange dann das Recht nicht ausgeübt werden kann, gilt es als ruhendes Recht¹¹.

3. Vielfach ist die Befugnis zur Ausübung eines Rechtes, sei es überhaupt oder sei es in dieser oder jener Richtung, von einem besonders gestalteten Nachweise des Rechtes abhängig. Im deutschen und modernen Recht sind hierfür mehr oder minder formale Mittel der Legitimation durch Urkunden oder Bucheinträge ausgebildet¹². Hier kann dann der Berechtigte, so lange ihm die Legitimation fehlt, sein Recht nicht ausüben. Dagegen kann ein Anderer, falls er die Legitimation besitzt, nicht blos befugter Weise, sondern in größerem oder geringerem Umfange auch unbefugter Weise das Recht gebrauchen oder verbrauchen. Der Berechtigte muß insoweit, als der Nichtberechtigte die Ausübungshandlung, die er nicht vornehmen durfte, kraft seiner Legitimation vornehmen konnte, die geschehene Ausübung als wirksam anerkennen.

III. Kollision der Rechte¹³. Eine Kollision von Rechten

⁸ So die Ausübung mancher (aber nicht aller) Persönlichkeitsrechte und Familienrechte, einzelner dinglicher Rechte (z. B. Nacherrechte) und Forderungsrechte, der Stimmrechte in Körperschaften (jedoch z. B. in Aktiengesellschaften nach H.G.B. Art. 190 nur, falls das Statut die Vertretung ausschließt).

⁹ Vgl. über diese über den Begriff der Stellvertretung bei Rechtsgeschäften (oben § 33 V) hinausreichende Vertretung Bekker, Pand. I § 23.

¹⁰ Dies kommt nicht nur bei Bevormundeten, sondern auch in anderen Fällen vor; so kann z. B. das Statut einer Aktiengesellschaft Frauen zur Ausübung ihres Stimmrechts durch Vertreter uöthigen.

¹¹ So ruhen Realrechte, so lange dem Eigenthümer des berechtigenden Grundstücks eine zur Ausübung erforderliche persönliche Eigenschaft fehlt; vgl. unten Buch II Abschn. II Kap. 1. Ebenso ruhen oft Stimmrechte in Fällen der Interessenkollision; unten § 65 Anm. 27. Man denke ferner an die Trennung des Jagdausübungsrechtes vom Jagdrecht.

¹² So vor Allem die Legitimation durch Werthpapiere und durch das Grundbuch; auch die Legitimation durch andere öffentliche Bücher, durch das Aktienbuch, das Gewerkenbuch u. s. w.

¹³ Thibaut, Versuche II 14 ff.; Böcking, Pand. I 128; Wächter, Württ. P.R. II § 76, Pand. I § 96; Unger I § 70; Kierulff I 230 ff.; Windscheid, Pand. I § 121; Dernburg, Preufs. P.R. I § 36, Pand. I § 42; Bekker, Pand. I § 24; Regelsberger I § 55. — Bayr. L.R. I c. 2 § 16 Nr. 8–9, I c. 7 § 30; Pr.L.R. Einl. § 95–98; Sächs. Gb. § 130.

Binding, Handbuch. II. 3. I: Gierke, Deutsches Privatrecht. I.

liegt vor, wenn mehrere Rechte an demselben Objekt derartig zusammentreffen, daß sie entweder überhaupt nicht oder doch nicht in vollem Umfange ausgeübt werden können, ohne einander das Objekt ganz oder theilweise zu entziehen¹⁴. Bei einem solchen Widerstreit geht stets das stärkere Recht dem schwächeren vor¹⁵. Sind aber die Rechte gleich stark, so entscheidet mangels anderer gesetzlicher Lösung des Konfliktes die Praevention in der Ausübung¹⁶. Doch neigt das deutsche Recht in höherem Malse als das römische dazu, in allen Fällen, in denen dies thunlich ist, vielmehr durch gegenseitige Einschränkung der Ausübungsbefugniss, durch verhältnismässige Theilung von Nutzen und Schaden oder durch Abwechselung im Genuß einen billigen Ausgleich herbeizuführen¹⁷. Neuere Gesetzbücher haben an Stelle der Praevention den Ausgleich zum prinzipalen Grundsatz erhoben¹⁸. Als letztes Auskunftsmittel muß, wo die sonstigen Regeln versagen, das Loos entscheiden¹⁹.

¹⁴ Verschieden davon ist die Konkurrenz von Rechten; sie liegt vor, wenn das objektive Recht zur Erreichung desselben Erfolges mehrere Rechte gewährt, von denen aber nur eines ausgeübt werden soll; Windscheid I § 121 Anm. 9—11; Bekker a. a. O. Beil. III; Regelsberger I § 180.

¹⁵ Pr.L.R. Einl. § 95. Vgl. Graf u. Dietherr I Nr. 273 („das grössere Recht hebt das niedere auf“) u. 274. Die stärkere Kraft eines Rechtes kann auf seiner inneren Beschaffenheit oder auf äußerer Bevorzugung (z. B. Vorzugsrechte im Konkurse) oder auf höherem Alter (besonders bei dinglichen Rechten) oder auf irgend einem sonstigen Grunde beruhen. Ein allgemeines Prinzip, das von der älteren Theorie aufgestellt wurde und in das Preuss. L.R. Einl. § 96 aufgenommen ist, lautet dahin, daß im Zweifel der, der durch die Ausübung eines Rechtes einen Vortheil sucht, dem nachstehen muß, der nur einen Schaden von sich abzuwenden strebt. Dieses Prinzip entspricht deutscher Rechtsanschauung und kommt jedenfalls in einer Reihe einzelner moderner Rechtsätze (insbesondere bei der Kollision unentgeltlicher und entgeltlicher Erwerbstitel) zur Geltung.

¹⁶ Vgl. die Rechtssprüche b. Graf u. Dietherr I Nr. 279—286, von denen namentlich das „Wer zuerst kommt, mahlt zuerst“ einen über seine ursprüngliche Bedeutung hinausreichenden Sinn gewonnen hat. Deutschrechtliche Anwendungsfälle begegnen z. B. bei gleich starken Nacherrechten, bei Bannrechten, zum Theil auch bei Gemeindennutzungsrechten.

¹⁷ Diese Neigung wurde z. B. bei der Ordnung des Allmendgenusses, bei der Regelung der Grundgerechtigkeiten in ihren Kollisionen mit einander und mit dem Grundeigenthum, in allem Gemeinschaftsrecht, im Gewerberecht u. s. w. stets wirksam. Vgl. auch die Theilung der gleichen Gewere nach Sachsensp. III Art. 21, Lehn. Art. 40 § 2, Richtst. Landr. Art. 26 § 6, Lehn. Art. 29 § 5. Vollkommen durchgedrungen ist das Theilungsprinzip im Konkursrecht.

¹⁸ Pr.L.R. Einl. § 97; Sächs. Gb. § 130, 529.

¹⁹ Das Loos wurde einst beim Loosordal, bei der Vertheilung von Aeckern, Wiesen und Allmendgärten, auch bei Erbtheilungen viel gebraucht; vgl. Graf

§ 37. Schutz der Rechte durch Klagen.

I. Die Gerichtshülfe überhaupt¹. Das subjektive Recht wird durch den ihm gewährten staatlichen Schutz gegen Verletzung oder Gefährdung vollendet. Der staatliche Schutz der Privatrechte liegt vor Allem in der Gerichtshülfe, die ihnen auf dem gerade für sie ausgebildeten und daher regelmässig ihnen und nur ihnen geöffneten Wege des Civilprozesses zu Theil wird². Die Gerichtshülfe zielt zunächst auf endgültige Feststellung der Rechtsverhältnisse durch autoritativen Wahrspruch (Urtheil). Sodann aber richtet sie sich erforderlichen Falles auf die thatsächliche Verwirklichung der Rechte durch Entfaltung staatlicher Machtmittel (Zwangsvollstreckung).

Im heutigen Staate besteht ein allgemeiner Anspruch auf Gerichtshülfe. Dieser Anspruch ist öffentlichrechtlicher Natur und geht gegen den Staat als solchen³. Er tritt jedoch in den Dienst des Privatrechts, so dass hier das subjektive öffentliche Recht durchaus nur als Mittel des subjektiven Privatrechts erscheint. Im Verhältniss des Berechtigten zu dem privatrechtlich Verpflichteten stellt sich daher der Anspruch auf Gerichtshülfe als ein machtvorstärkender Bestandtheil und die wirkliche Anrufung der Gerichtshülfe als eine Ausübung der privatrechtlichen Befugniss dar. Demgemäss hängt auch der Gebrauch dieses Mittels vom freien Belieben des Berechtigten ab, und nur auf seinen Antrag und in den Grenzen seines

u. Dietherr V Nr. 203 u. 204: „Das Loos stillt den Hader“. Es ist auch im heutigen Recht nicht mit Bekker I 75 auf die römischen Anwendungsfälle einzuschränken. Vgl. Sächs. Gb. § 130, dazu § 529, 764, 2498; auch Pr.L.R. I, 9 § 317, I, 12 § 394, I, 17 § 28.

¹ Bülow, Lehre von den Prozeßsachen u. Prozeßvoraussetzungen, Gießen 1868; Arch. f. civ. Pr. LXII 75 ff., LXIV 8 ff. Degenkolb, Einlassungszwang und Urtheilsnorm, Leipzig 1877. Sohm, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. IV 467 ff. Fischer, Recht und Rechtsschutz, in Bekkers und Fischers Beitr. H. VI. Wach, Civilproz. I 19 ff. Laband, Staatsr. II 338 ff. Hänel, Staatsr. I 177 ff. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, Freiburg 1892, S. 118 ff. Franken, D.P.R. I § 15. Regelsberger, Pand. § 191 ff.

² Ueber Ausnahmen oben § 4 Anm. 11—12.

³ Die früher oft verkannte publizistische Natur des Rechtsschutzanspruches ist namentlich durch die in Anm. 1 angeführten Schriften klar gestellt worden. Mit ihr hängt zusammen, dass das Recht auf Beschreitung des Rechtsweges unverzichtbar ist; R.O.H.G. XXI Nr. 31. Zulässig dagegen ist vertragsmäßiger Ersatz des Richterspruchs durch Schiedsspruch; C.Pr.O. § 851 ff.

Antrages wird ihm Gerichtshilfe gewährt⁴. Man kann den Rechtsschutzanspruch passend als ein publizistisches Zubehör des Privatrechts bezeichnen. Das subjektive Privatrecht kann zwar ohne ihn bestehen, wird aber erst durch ihn zu einem vollkommenen Recht ergänzt⁵. Der Rechtsschutzanspruch seinerseits ist formell ein besonderes Recht, hat aber bestimmungsmäßig dem Privatrecht zu dienen⁶. Beide zusammen bilden ein Ganzes, dessen rechtliche Beschaffenheit sich nach dem privaten Hauptrecht richtet, während das ihm zugehörige öffentliche Recht für dieses Ganze nur einen unselbständigen Bestandtheil bedeutet⁷.

II. Klagen⁸. Die Gerichtshilfe wird vor Allem durch Klage in Bewegung gesetzt. Unter Klage versteht man sowohl Klagerecht als Klagehandlung. Die Klagehandlung gehört dem Civilprozeß an. Dagegen ist das Klagerecht als wichtigste Erscheinungsform des Anspruches auf Gerichtshilfe der Schlufsstein im Aufbau des materiellen Privatrechts. Die ganze Struktur der Privatrechte hängt daher in wesentlichen Punkten von der Gestaltung der Klagerechte ab.

⁴ Dies gilt für die Herbeiführung sowohl des Urtheils wie der Urtheilsvollstreckung. Dagegen ist das rechtskräftige Urtheil als solches ein der Parteidisposition entzogener autoritativer Staatsakt; vgl. O. Bülow, Absolute Rechtskraft des Urtheils, Arch. f. c. Pr. LXXXIII 1 ff.

⁵ Schon wenn ihm der Anspruch auf Gerichtshilfe nur theilweise versagt ist, erscheint es als ein unvollkommenes Recht.

⁶ Auch der Unberechtigte vermag einen Prozeß hervorzurufen. Hieraus darf aber nicht, wie dies Manche thun, die volle Unabhängigkeit des Rechtsschutzanspruches vom Recht gefolgert werden. Denn nur zum Schutze wirklich vorhandener Rechte ist dieser publizistische Anspruch gegen den Staat verliehen, jeder andere Gebrauch desselben ist Mißbrauch und wird als solcher, soweit nicht die Gerichtshilfe in Folge der ihr wie jeder menschlichen Einrichtung anhaftenden Unvollkommenheit fehlerhaft funktioniert, schließlich zurückgewiesen.

⁷ So wahrt auch sonst die Pertinenz, für sich betrachtet, ihre rechtliche Besonderheit und nimmt doch, als Stück eines Ganzen angesehen, an den Eigenschaften der Hauptsache Theil. Auf der Verkennung dieses Verhältnisses beruhen manche moderne Uebertreibungen der aus dem publizistischen Wesen des Rechtsschutzanspruches abgeleiteten Konsequenzen.

⁸ Ueber das ältere deutsche Recht vgl. Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters, Königsberg 1869; Planck, Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter, Braunschweig 1879, I 339 ff.; Heusler, Inst. I 384 ff.; Schröder, R.Ger. S. 348 ff., 728 ff. Ueber das römische und gemeine Recht vgl. Wächter, Württ. P.R. II 411 ff., Pand. I § 98 ff.; Windscheid, Die actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts, Düsseldorf 1856, Pand. I § 43 ff.; Dernburg, Pand. I § 127 ff. Ueber den Einfluß des deutschen Rechts auf das heutige gemeine Recht vgl. Maurenbrecher, D.P.R. I § 197—199; Renaud, D.P.R. I § 82 ff.; Beseler, D.P.R. I § 53; Franken a. a. O.

Das ältere deutsche Recht gieng von der Auffassung aus, daß aus jeder Rechtsverletzung, sofern nicht etwa eine Ausnahme gemacht sei, ein Klagerecht entspringe. Klage ist ihm, wie der Name sagt, Beschwerde über Rechtskränkung und Bitte um richterliche Abhülfe⁹. Darum unterblieb einerseits die Ausprägung des Klagerechts zu einer besonderen Befugniss. Andererseits gab es keinen zur Grundlage eines Klagensystems geeigneten Unterschied der Klagerechte. Das deutsche Klagensystem war vielmehr auf die verschiedene Beschaffenheit der Klagehandlungen gebaut. Man theilte die Klagen vor Allem nach dem Inhalt des Klagebegehrens ein¹⁰. Hiermit kreuzten sich formale Unterschiede der Klagen nach Art und Schwere des erhobenen Vorwurfes¹¹. Dagegen war die Beschaffenheit des verletzten Rechts für die Charakterisirung der Klage an sich unerheblich und kam erst im Verlaufe des Prozesses zur Sprache¹².

Umgekehrt bestand eine Haupteigenthümlichkeit des römischen Rechts in der Ausbildung eines besonderen Systems der Klagerechte. Das Klagerecht wurde als „actio“ verselbständigt und vom „jus“ gelöst. Nicht ohne Weiteres entspricht dem jus eine actio, vielmehr muß die actio durch einen eignen Rechtssatz begründet sein. Andererseits können demselben jus mehrere actiones anhängen. So schiebt sich vor das System der Rechte das Aktionensystem als ein reich gegliederter neuer Bau von Befugnissen, in denen die Rechte erst wahrhaft lebendig werden und ihre Eigenart entfalten.

Nach der Rezeption wurde das römische Aktionensystem bei uns als geltendes Recht behandelt. Eine wirkliche Auferstehung von den Todten hat es indess niemals gefeiert. Im Grunde blieb es ein gelehrter Zierrath, mit dem man Bücher und Akten schmückte. Schon durch die Schaffung einer beliebigen Anzahl von actiones utiles und durch die Erweiterung mancher römischer Kategorien, wie der der Kondiktionen und der actio in rem scripta, raubte man ihm

⁹ Ursprünglich waren daher alle Klagen poenaler Natur; Brunner, R.G. II § 120.

¹⁰ Peinliche, bürgerliche, gemischte Klagen; Klagen um Gut, die wieder in solche um Eigen, um Lehn, um Fahrniß, um Erbschaft zerfallen, und Klagen um Schuld.

¹¹ So vor Allem bei den Klagen um Gut der Unterschied zwischen schlichter Klage und Anefangsklage. Unter den peinlichen Klagen nehmen die Klagen mit Gerichte eine besondere Stellung ein.

¹² Der von Heusler a. a. O. versuchte Nachweis, daß das deutsche Recht den Gegensatz zwischen dinglicher und persönlicher Klage nicht nur gekannt, sondern bewußt ausgeprägt habe, kann nicht als erbracht gelten. Vgl. dagegen auch Pflüger, Arch. f. c. Pr. LXXIX 425 ff.

seine eigentliche Bedeutung. Mit der Zulassung unbenannter Klagen neben den benannten gab man es im Kerne preis¹³. Heute ist jedenfalls in unserem Rechtsleben die römische *actio* völlig abgestorben. Hieran werden auch die Versuche, einen Theil ihres Wesens in dem Begriffe eines zwischen Recht und Klage in der Mitte schwebenden „Anspruchs“ neu zu beleben, schwerlich etwas ändern¹⁴.

Nach heutigem Recht ist somit das Klagerecht ein selbstverständliches und unabgesondertes Zubehör des subjektiven Privatrechts. Es ist mit jedem überhaupt anerkannten Recht verknüpft, sofern es ihm nicht (wie z. B. vielfach bei Spiel und Verlöbniß) ausnahmsweise entzogen ist. Ja es ist grundsätzlich dadurch erweitert, daß nicht bloß aus jeder (verschuldeten oder unverschuldeten) Rechtsverletzung eine Klage auf Befriedigung (Erfüllung oder Ersatz) und unter Umständen aus thatsächlicher Rechtsgefährdung eine Klage auf Sicherung entspringt, sondern auch aus bloßer Rechtsbedrohung durch gegnerische Rechtsbestreitung oder Rechtsanmaßung, insofern der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, eine Klage auf alsbaldige Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses (oder der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde) erhoben werden kann¹⁵. Darum bedarf die Klage keiner Benennung und wird durch unrichtige Benennung nicht unwirksam: es genügt, wenn sie einen zureichenden Klagegrund ergibt und ein der Rechtslage entsprechendes Klagebegehren stellt. Hiermit sind alle im formalen Aktionenrecht wurzelnden Unterschiede der Klagerechte, wie insbesondere die Unterschiede zwischen *actiones directae* und *utiles* und

¹³ Vgl. Bayr. Landr. I c. 2 § 19: „Klagen, welche zwar keinen gewissen Namen, gleichwohl aber in denen Rechten, Statuten, Gebräuchen oder Freyheiten guten Grund haben, werden *condictiones ex Lege, Statuto, Consuetudine vel Privilegio* benamset, und sind von der nämlichen Wirkung wie die benannten *Actiones*“.

¹⁴ Gegen die Verwendung des von Windscheid aufgestellten Anspruchsbegriffes im Entw. I vgl. Gierke, Entw. S. 40 ff. u. die dort S. 43 Anm. 1 Angeführten; vgl. auch Dernburg, Pand. I § 39 u. § 127 Anm. 7. Doch hält Entw. II § 161 ff. an der Ersetzung der heutigen gemeinrechtlichen Klagenverjährung durch eine „Anspruchsverjährung“ fest. Ausführlich vertheidigt u. entwickelt den Anspruchsbegriff, der doch auch bei ihm nichts als ein Rest der römischen *actio* bleibt, Regelsberger I § 52—53.

¹⁵ C.Pr.O. § 231. Vgl. Weismann, Die Feststellungsklage, Leipzig 1879; Kohler, Prozessrechtliche Forschungen, Berlin 1889, S. 63 ff.; Wach, Der Feststellungsanspruch, Leipzig 1889; Franken a. a. O. S. 140 ff. — Mit der sog. negativen Feststellungsklage sind die gemeinrechtlichen *provocationes ad agendum* in Wegfall gekommen.

zwischen *actiones stricti juris* und *bonae fidei*, in Wegfall gekommen¹⁶. Dagegen haben die römischen Eintheilungen der Aktionen für uns insoweit einen praktischen Werth behalten, als sie in der Differenzirung der Klagerechte die ungleiche innere Beschaffenheit der durch sie geschützten Rechte zum Ausdruck bringen. So ist der Gegensatz dinglicher und persönlicher Klagen in unser Rechtsbewußtsein übergegangen.

Aehnlich verhält es sich heute mit den als Vertheidigungsmittel gegen Klagen gegebenen Einreden, sowie mit den Gegeneinreden gegen Einreden. Die Einrede gehört als Einredehandlung dem Prozeß an, ist dagegen als Einrederecht ein selbstverständliches und unabgesondertes Zubehör des subjektiven Privatrechts. Mithin hat das durch das römische Aktionensystem hervorgerufene römische System der selbständigen Exzeptionen seine formale Bedeutung eingebüßt. Es hat aber insoweit praktischen Werth behalten, als in dem Begriff der *exceptio* die eigenartige Beschaffenheit eines durch Einrede geschützten materiellen Rechts zum Ausdruck gelangt¹⁷. Hierbei ist zu beachten, daß der Schutz durch Einrede über den Schutz durch Klage vielfach hinausreicht. Manche Rechte können ihrer Natur nach überhaupt nicht durch Klage, sondern nur durch Einrede geltend gemacht werden. Auch einem von Hause aus klagbaren Recht aber kann nach Verlust des Klagerechts noch ein Einrederecht zu Gebote stehen, so daß es als unvollkommen geschütztes Recht fort dauert¹⁸.

¹⁶ Alle Klagen sind heute „direkt“, alle (selbst die Wechselklage) sind „bonae fidei“. Auch der römische Begriff der „*condictio*“ ist antiquirt. Nicht minder der Begriff der „*actiones arbitrariae*“. Von den Poenalklagen ist später zu reden. — Daß für gewisse Rechtsverhältnisse besondere Prozeßarten offen stehen (Urkundenprozeß, Wechselprozeß, Mahnverfahren) oder vorgeschrieben sind (Verfahren in Ehesachen und Entmündigungssachen), begründet keinen Unterschied der Klagerechte.

¹⁷ Auf die vielerörterte Streitfrage, ob und in welchem Sinne der Begriff der *exceptio* noch Geltung hat, kann hier nicht näher eingegangen werden. Bei unbefangener Betrachtung unseres Rechtslebens dürfte nicht zu leugnen sein, daß die Unterscheidung zwischen Bestreitung des Klagegrundes und Abwehr des Klagerechts durch Berufung auf ein Gegenrecht, wie sie auch im deutschen Recht sich schon während des Mittelalters entwickelt hat, uns geläufig ist. Andererseits muß aber nachdrücklich betont werden, daß das Einrederecht stets nur in der Geltendmachung eines materiellen Rechtes bestehen kann, mag dieses nun (wie bei der Einrede der Aufrechnung oder Zurückbehaltung) ein positives oder (wie bei der *exceptio doli*) ein negatives Recht sein.

¹⁸ Dies ist namentlich der Fall, wenn die Klage verjährt ist. Denn die Einreden sind der Regel nach unverjährbar. Vgl. auch H.G.B. Art. 349 Abs. 3. — Gegen die abweichende Regelung im Entw. vgl. Gierke, Entw. S. 175.

III. Der Prozeß. Durch das gerichtliche Streitverfahren werden nicht nur neue und eigenthümliche Rechtsverhältnisse begründet, die als Prozeßrechtsverhältnisse ein eignes Reich bilden, sondern auch die Privatrechtsverhältnisse mannichfach affizirt. Hiervon wird herkömmlicher Weise in den Pandekten gehandelt¹⁹. Doch sind auf die heute geltenden Grundsätze über die materiellrechtlichen Wirkungen des Prozesses deutschrechtliche Anschauungen keineswegs ohne Einfluß geblieben²⁰. Einige hierher gehörige Erscheinungen werden bei einzelnen Rechtsinstituten zu beachten sein²¹.

Fast durchweg aus germanischer Wurzel stammt die heutige Ordnung der Zwangsvollstreckung, durch die auf Grund eines rechtskräftigen oder für vorläufig vollstreckbar erklärten Endurtheiles dem Berechtigten mittels Staatshülfe Befriedigung verschafft wird²². Für die Gestaltung unseres Privatrechts ist in dieser Hinsicht zweierlei von besonderer Wichtigkeit. Einmal die Tendenz des geltenden Rechtes, dem Berechtigten, soweit dies irgend thunlich ist, unmittelbar das ihm Gebührende zu verschaffen und namentlich auch Handlungen und Unterlassungen des Verpflichteten zwangsweise zu verwirklichen²³. Sodann die Ausbildung der gerichtlichen Pfandnahme und Pfandveräußerung, wobei vor Allem die durchgreifende Unterscheidung zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen mit dem ganzen Aufbau des deutschen Privatrechts innigst zusammenhängt²⁴.

¹⁹ Besonders eingehend z. B. bei Dernburg, Pand. I § 151 ff., Regelsberger I § 194 ff.

²⁰ So z. B. vermöge Nachwirkung des germanischen Beweisrechts in Bezug auf Beweislast und Beweisbarkeit; ferner bezüglich der Wirkungen der Rechtshängigkeit; insbesondere aber in Bezug auf den Umfang und die Tragweite der materiellen Rechtskraft des Urtheils und dessen Wirkung für und wider Dritte. Einiges hierüber bringt Franken a. a. O. S. 142 ff.

²¹ So in der Lehre von den Genossenschaften, den Persönlichkeitsrechten, dem Besitz, dem Grundbuchrecht, dem ehelichen Güterrecht.

²² C.Pr.O. § 644 ff.

²³ Vgl. über die Erzwingung von Handlungen und Unterlassungen C.Pr.O. § 773—777; dazu die Bestimmung, daß eine dem Schuldner durch Urtheil aufgelegte Willenserklärung mit Eintritt der Rechtskraft des Urtheils ohne Weiteres als abgegeben gilt (§ 779); ferner die Sicherung des Zwanges zur Herausgabe von Sachen durch den Zwang zum Offenbarungseide (§ 769). Auf die executio ad faciendum ist im Forderungsrecht zurückzukommen.

²⁴ C.Pr.O. § 708—768. Vom Pfändungspfandrecht und der Realisirung des Faustpfandrechts ist in der Lehre vom Fahrnißpfand, von Zwangshypotheken, Zwangsverwaltung und Subhastation im Hypothekenrecht zu handeln. Bedeu-

Germanischer Herkunft ist ferner das geltende Konkursrecht, in dem sich mit der Ordnung des zur Ausgleichung kollidirender Ansprüche an ein unzureichendes Vermögen bestimmten Verfahrens eine Fülle materieller Rechtssätze über die Wirksamkeit der zusammenstoßenden Privatrechte mischt. Doch wird das materielle Konkursrecht in die Darstellung des Konkursprozesses einbezogen und ist daher hier nur insoweit, als dies unumgänglich ist, bei den einzelnen Rechtsinstituten zu berühren²⁵.

§ 38. Sicherungsmittel der Rechte.

Es giebt eine Reihe selbständiger Rechtsinstitute, die der Sicherung von Privatrechten dienen. Von ihnen sind einige hier aufzuführen, weil sie im deutschen Recht eine eigenartige Ausbildung erfahren haben oder eine besondere Anwendung finden.

I. Rechtsverwahrung¹. Rechtsverwahrung oder Protestation ist eine einseitige Willenserklärung, die ein Recht gegen die ihm nachtheiligen Folgen einer eignen oder fremden Handlung sichern soll. Eine Unterart ist der Vorbehalt (Reservation), durch den die Auslegung einer eignen Handlung als Verzicht ausgeschlossen wird. Die Rechtsverwahrung bedarf oft einer besonderen Form². Auch wo eine solche nicht vorgeschrieben ist, muß sie jedenfalls ausdrücklich und mit der den Umständen entsprechenden Feierlichkeit und Oeffentlichkeit erfolgen. Unwirksam ist sie, soweit sie dem allein möglichen Sinn oder der rechtlich nothwendigen Wirkung einer Handlung oder Unterlassung widerspricht³.

Eine besondere Bedeutung haben die Rechtsverwahrungen da erlangt, wo ihre Eintragung in öffentliche Bücher stattfindet. So

tungsvoll für das Privatrecht sind auch die Grenzen der Pfändbarkeit (C.Pr.O. § 715 u. 749); soweit dabei nicht bloß der allgemeine Gesichtspunkt einer Kompetenzwohlthat, sondern die besondere Beschaffenheit der für unpfändbar erklärten Sachen und Rechte in Betracht kommt, ist dies bei den einzelnen Privatrechtsverhältnissen zu erwähnen.

²⁵ Vgl. überhaupt Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts, Stuttgart 1891; über das ältere deutsche Recht Stobbe, Zur Geschichte des älteren deutschen Konkursprozesses, Berlin 1888.

¹ Pr. L.R. I, 14 § 466–469. Sächs. Gb. § 139–143. — Vgl. Beseler, D.P.R. I § 54 I; Wächter, Württ. P.R. II § 53, Pand. I § 82; Bekker, Pand. II § 111.

² Nach Pr. L.R. I, 14 § 466 sogar im Zweifel gerichtlicher Form.

³ „Protestatio facto contraria“. Vgl. Seuff. III Nr. 76, XXXVI Nr. 259, XXXVII Nr. 93.

namentlich im Grundbuchrecht. Eigenthümlich sind die Proteste des Wechsel-, Handels- und Seerechts, bei denen sich mit dem Zweck der Rechtsverwahrung ein beweisrechtlicher Zweck verknüpft⁴.

II. Sicherheitsleistung⁵. Unter Sicherheitsleistung (Kautio) im technischen Sinne versteht man ein Rechtsgeschäft, durch das einem Betheiligten die Gewähr geboten wird, daß sein Recht nicht verletzt, andernfalls aber ihm Ersatz verschafft werden werde. Zur Sicherheitsleistung kann man durch Rechtsgeschäft oder Gesetz oder richterliche Verfügung verpflichtet sein. Wer dazu verpflichtet ist, muß eine zur Deckung des möglichen Schadens ausreichende „Realkautio“ leisten. Hierbei hat er die Wahl zwischen der Einräumung geeigneter Pfandrechte und der Stellung tüchtiger Bürgen. Neuere Gesetze lassen indess die Sicherheitsleistung durch Bürgschaft nur in Ermangelung anderer Sicherungsmittel zu⁶ und begrenzen überdies den Kreis der zur Pfandsicherung tauglichen Gegenstände⁷. Kann der Verpflichtete eine Realkautio nicht aufbringen, so soll sie nach der älteren gemeinrechtlichen Praxis und manchen Partikularrechten durch eidliches Versprechen (*cautio iuratoria*) ersetzt werden⁸.

III. Arrest. Dem Prozeßrecht gehört die Sicherung gefährdeter Rechte durch richterlich verfügbaren Arrest (Kummer, Besatz) an. Dieses dem römischen Recht unbekannte Rechtsinstitut hat sich aus deutschrechtlicher Wurzel im gemeinen Civilprozeß entwickelt und ist jetzt in der Civilprozeßordnung eingehend geregelt⁹.

⁴ W.O. Art. 18, 20, 29, 41, 87—99; H.G.B. Art. 358, 572, 589, 597, 648, 690.

⁵ Pr. L.R. I, 14 § 178 ff. Sächs. Gb. § 136—138. Entw. II § 196—204. Vgl. Wächter, Württ. P.R. II § 52; Beseler, D.P.R. I § 54 II; Bekker, Pand. II § 105.

⁶ So das Sächs. Gb. § 136; ebenso Entw. II § 139 Abs. 2 u. 203. Bei der Prozeßkautio ist sie sogar nach C.Pr.O. § 101 ganz ausgeschlossen. — Das ältere deutsche Recht bevorzugte umgekehrt die Bürgschaft.

⁷ Sehr weit gieng hierin Entw. I § 196 (vgl. Gierke, Entw. S. 182); Entw. II § 199 hat den Kreis der Sicherungsmittel ausgedehnt. Zur Prozeßkautio eignen sich nach C.Pr.O. § 101 überhaupt nur Geld und Werthpapiere.

⁸ Vgl. Pr. L.R. I, 14 § 184 u. 194; Wächter a. a. O. S. 353—354. Auch das ältere deutsche Recht kannte eine gelobte Gewähr; vgl. z. B. Sachsensp. II Art. 15 § 2, III Art. 14 § 2.

⁹ C.Pr.O. § 796 ff. — Ueber das ältere deutsche Recht Meibom, Das deutsche Pfandrecht, Marburg 1867, S. 147 ff., Planck, Gerichtsverfahren II 358 ff. Der Arrest hat sich aus dem germanischen Zwangsvollstreckungsverfahren mit seinen verschiedenen Stufen entwickelt. Aus derselben Wurzel gieng die Verwendung der richterlichen Besitzeinweisung als Sicherungsmittel hervor; diese aber gehört so wenig wie die römische *missio in possessionem* dem geltenden Recht an.

Der dingliche Arrest besteht in der Beschlagnahme von Vermögensgegenständen behufs Sicherung der künftigen Befriedigung eines Rechts; er wird durch Pfändung vollzogen und erzeugt heute, abweichend vom älteren gemeinen Recht, jedoch übereinstimmend mit deutschrechtlichen Quellen, ein Pfandrecht des Arrestlegers¹⁰.

Daneben gibt es einen persönlichen Arrest, der behufs Sicherung der gefährdeten Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners durch Haft oder sonstige Beschränkung der persönlichen Freiheit vollzogen wird¹¹.

IV. Einstweilige Verfügung. Ein weiteres prozessrechtliches Sicherungsmittel ist die einstweilige gerichtliche Verfügung, die im Wege der Erhaltung eines bestehenden Zustandes oder der interimistischen Regelung eines streitigen Verhältnisses vorläufig eine angemessene Ordnung sichert, ohne dem endgültigen Urtheil vorzugreifen¹².

V. Sequestration. Die Sicherung der Rechte an einem Streitgegenstande durch Sequestration, d. h. durch vorläufige Einräumung der Gewahrsam an einen unbetheiligten Dritten, kann sowohl kraft Vereinbarung wie kraft einstweiliger gerichtlicher Verfügung erfolgen¹³.

VI. Inventar. Die Feststellung eines Vermögensbestandes durch Errichtung eines förmlichen Vermögensverzeichnisses (Inventars) ist vielfach vorgeschrieben oder doch rathlich, um theils den Vermögensinhaber wegen einer ihm obliegenden Verantwortlichkeit gegen zu weit gehende Ansprüche, theils Dritte wegen ihrer Ansprüche an das Vermögen gegen Verkürzung zu sichern¹⁴. Das Inventar bedarf im Zweifel zu voller Beweiskraft entweder der Anerkennung durch alle Beteiligten oder der öffentlichen Beglaubigung.

VII. Offenbarungseid (Manifestationseid). Soweit dem Inhaber eines Vermögensbegriffes eine Verpflichtung zur Offenlegung

¹⁰ C.Pr.O. § 810; dazu Meibom a. a. O. S. 177.

¹¹ C.Pr.O. § 798 u. 812. Die Sicherungshaft ist auch dem älteren deutschen Recht bekannt; Planck a. a. O. II 376 ff.

¹² C.Pr.O. § 814—822.

¹³ C.Pr.O. § 817 Abs. 2. Die Sequestration ist analog auf Personen anwendbar; c. 14 X de sponsalibus 4, 1.

¹⁴ Die Inventarisierung spielt eine wichtige Rolle beim Benefizialerben, bei der Vormundschaft, bei der ehelichen Errungenschaftsgemeinschaft; sie begegnet ferner bei den mit Restitutionspflicht verbundenen Nutzungsrechten an Vermögensbegriffen, bei jeder rechnungspflichtigen Vermögensverwaltung, im Konkurse (K.O. § 114); besondere Formen und Wirkungen hat sie im Handelsrecht (H.G.B. Art. 29—33, 91, 107).

des Vermögensbestandes obliegt, kann von ihm zur Sicherung der Vollständigkeit des anzufertigenden Vermögensverzeichnisses oder seiner sonstigen Angaben der Offenbarungseid verlangt und nöthigenfalls durch Haft erzwungen werden ¹⁵.

VIII. Siegelung. Um die Erhaltung eines Sachinbegriffes in seinem gegenwärtigen Bestande zu sichern, findet unter Umständen die Anlegung von Gerichtssiegeln statt ¹⁶.

IX. Oeffentliches Aufgebot ¹⁷. In mannichfacher Anwendung begegnet im heutigen Rechtsleben das gerichtliche Aufgebot, kraft dessen unbekannte oder an unbekanntem Orte weilende Personen öffentlich aufgefordert werden, binnen einer dafür gesetzten Frist etwaige Ansprüche bestimmter Art bei Vermeidung des Ausschlusses geltend zu machen. Seinem wesentlichen Zweck nach erscheint das Aufgebot als ein Sicherungsmittel der Rechte gegen ungewisse Ansprüche Anderer.

Das Institut wurzelt geschichtlich im altgermanischen Recht. Es steht in engem Zusammenhange mit der alten Verschweigung, für die in manchen Fällen die Grundlage erst durch ein richterliches Gebot geschaffen wurde, das Jeden, der zu widerreden habe, zur Rede aufrief ¹⁸. Im deutschen Mittelalter begegnet bereits in vielfacher Anwendung ein in der Regel dreimaliges öffentliches Aufgebot, das durch feierliche Verkündigung vor versammelter Gerichts- oder Kirchengemeinde vollzogen wurde und für Abwesende die Verschweigung der aufgerufenen Ansprüche in der Verschweigungsfrist nach sich zog ¹⁹. Nach der Aufnahme des römischen Rechtes, das in

¹⁵ Vgl. C.Pr.O. § 780 ff.; Konk.O. § 115. Dazu Entw. II § 699—700.

¹⁶ Der deutsche Gerichtsgebrauch hat namentlich die Siegelung im Sterbepause ausgebildet, die nach gemeinem Recht und den meisten Landesrechten nur in Fällen, in denen ein besonderes Bedürfnis der Sicherung vorliegt, nach manchen Landesrechten aber stets erfolgen soll. Vgl. Mittermaier, D.P.R. II § 465; Roth, Bayr. C.R. III § 348; Dernburg, Preufs. P.R. III § 214; Pr. L.R. I, 9 § 387, 460 ff., I, 12 § 247, 251, Pr. A.G.O. II, 5; Code civ. Art. 819—821; Entw. I § 2058 u. Motive V 541 ff. — Ueber Siegelung im Konkurse Konk.O. § 112.

¹⁷ E. A. Haase, Ueber Edictalladungen u. Edictalprozefs auferhalb des Konkurses, Leipzig 1817; Beseler, D.P.R. § 54 VI.

¹⁸ Vgl. oben § 35 III, 1.

¹⁹ Hierher gehört das Aufgebot gefundener Sachen (ed. Rotar. c. 343, l. Wisig. VIII t. 5 c. 6, Sachsensp. II Art. 29 u. 37 § 1, Richtst. L.R. Art. 12 § 2, 15 § 2); das Aufgebot nach vollzogener Auflassung (Verm. Sachsensp. I 31 d. 1, Laband, Vermögensr. Kl. S. 319 ff., Planck a. a. O. I 635); das Aufgebot des Pfandes vor der Uebereignung oder dem Verkauf (Magd. Fr. II, 2 § 2 u. 5, Gosl. Stat. S. 67 Z. 37, Billwärder R. Art. 36, Meibom, Pfandr. S. 61 ff., 107,

einigen freilich ganz anders gearteten Aufgebotsfällen einen Stützpunkt bot²⁰, wurde das Institut durch den Gerichtsgebrauch in einer dem veränderten Gerichtsverfahren angepaßten Gestalt unter dem Namen „Ediktalcitation“ festgehalten und fortgebildet²¹, in den Reichsgesetzen anerkannt²² und durch Landesgesetze eingehend geregelt²³.

Heute ist durch die Civilprozeßordnung ein gemeinrechtliches Verfahren in Aufgebotsachen hergestellt²⁴, das indess, von dem Aufgebotsverfahren behufs Kraftloserklärung gewisser Werthpapiere abgesehen, nur subsidiäre Geltung hat²⁵. Das Aufgebot wird auf gehörigen Antrag vom Gericht erlassen und muß insbesondere außer der Bezeichnung des Antragstellers und der Aufforderung zur Anmeldung der Ansprüche die Bestimmung eines Aufgebotstermins und die genaue Angabe der für die Nichtanmeldung bis zu diesem Termin angedrohten Rechtsnachtheile enthalten²⁶. Die öffentliche Bekanntmachung des Aufgebots erfolgt durch Anheftung an die Gerichtstafel

172); das Aufgebot des erblosen Nachlasses; das Aufgebot der Nachlassgläubiger (Stobbe, D.P.R. V § 285 Anm. 28); das Aufgebot zu amortisirender Urkunden (Stobbe a. a. O. III § 173 Anm. 51). — Auch das kirchliche Aufgebot der Verlobten (c. 3 X de claud. despons. 4, 3) hängt damit zusammen.

²⁰ L. 8 C. de remiss. pign. 8, 26; Nov. 112 c. 3.

²¹ So schon früh in der Praxis des Reichskammergerichts; Gaill, Pract. Obs. I obs. 57, Mynsinger, Sing. Obs. cent. II obs. 47. Später besonders in der sächsischen Praxis.

²² R. Not. O. v. 1512 II § 1 (in offen Edicts Weiße); Landfr. v. 1548 t. 14 § 1; R.K.G.O. v. 1555 I t. 38 § 2 (offen Brief).

²³ Chursächs. Mandat, die Edictalcitationen in Civilsachen außerhalb des concursus creditorum betreffend, v. 13. Nov. 1779; Preuß. A.G.O. I, 51 § 99—181; Oest. Gb. § 113, 277, 390, 397, 813—815.

²⁴ C.Pr.O. § 823—836 u. für das Aufgebot behufs Kraftloserklärung von Urkunden § 837—850.

²⁵ E.G. zur C.Pr.O. § 11. Zwingend sind die Vorschriften der Civilprozeßordnung über das Aufgebot von Wechseln und den im H.G.B. Art. 301—302 bezeichneten kaufmännischen Werthpapieren. Im Uebrigen gelten auch die Vorschriften über das Urkundenaufgebot nur subsidiär; C.Pr.O. § 837 Abs. 2. Jedoch sind die Vorschriften der §§ 843—848 auf andere Inhaberpapiere oder in blanco indossirte Orderpapiere, falls sie nicht über ein im Grundbuch eingetragenes Recht lauten, insoweit unbedingt anwendbar, als nicht durch Landesrecht noch andere oder schwerere Voraussetzungen für das Aufgebot aufgestellt sind; C.Pr.O. § 849.

²⁶ C.Pr.O. § 824. Die Frist muß mindestens 6 Wochen, beim Urkundenaufgebot mindestens 6 Monate nach der ersten Bekanntmachung im Reichsanzeiger betragen (§ 827 u. 847). Für Werthpapiere mit Zins- oder Gewinnantheilscheinen und für Urkunden mit späterer Verfallzeit sind besondere früheste Anfangspunkte der sechsmonatlichen Frist bestimmt (§ 843—846).

und Einrückung in öffentliche Blätter²⁷. Die gehörig angemeldeten Ansprüche werden zum Prozeß verwiesen²⁸. Gegen die nicht angemeldeten Ansprüche ergeht das Ausschlusurtheil²⁹.

Die materiellrechtlichen Voraussetzungen und Wirkungen des Aufgebotsverfahrens sind nur für einzelne Fälle reichsgesetzlich geordnet, im Uebrigen durch Landesgesetz bestimmt.

Voraussetzung ist vor Allem stets ein durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht als zum Aufgebot geeignet anerkanntes Rechtsverhältniß³⁰. Eine analoge Ausdehnung auf andere Fälle, in denen ein

²⁷ C.Pr.O. § 825 u. 842. Die Einrückung erfolgt in den Reichsanzeiger und sonstige für gerichtliche Bekanntmachungen bestimmte Blätter; sie wird in wichtigeren Fällen wiederholt; beim Urkundenaufgebot muß sie mindestens drei Mal stattfinden. Neben der Anheftung an die Gerichtstafel kommt auch Anschlag an der Börse vor; beim Urkundenaufgebot ist er, wenn eine Börse am Sitz des Aufgebotsgerichts besteht, vorgeschrieben. — Das ältere gemeine Recht begnügte sich mit dem öffentlichen Anschlag, der aber an mindestens drei von einander entfernten Gerichtsstätten („in dreier Herren Landen“) erfolgen sollte; Gaill a. a. O. Nr. 10, Landfr. v. 1548 t. 14 § 1, Haase I c. 1 § 2, Wetzell, Syst. des ord. Civilproz. (3. Aufl.) S. 916.

²⁸ Eine Anmeldung gilt noch als rechtzeitig, wenn sie zwar nach dem Schluß des Aufgebotstermins, aber vor Erlaß des Ausschlusurtheils erfolgt; C.Pr.O. § 828. Je nach Beschaffenheit des Falles wird entweder das Aufgebotsverfahren bis zur Entscheidung über das angemeldete Recht ausgesetzt oder dieses im Ausschlusurtheil vorbehalten; C.Pr.O. § 830.

²⁹ Vorher kann eine nähere Ermittlung angeordnet werden; C.Pr.O. § 829. Gegen das Ausschlusurtheil giebt es kein Rechtsmittel, aber eine Anfechtungsklage; C.Pr.O. § 834—835 u. 848.

³⁰ Vgl. C.Pr.O. § 823 Abs. 1: „nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen“. Hauptfälle sind: 1. Gläubigeraufgebote. Vor Allem das Aufgebot im Konkurse, das aber seinen eignen Regeln folgt. Ferner das Aufgebot der Nachlassgläubiger und Vermächtnisnehmer seitens des Benefizialerben, durch gemeines Gewohnheitsrecht ausgebildet (Seuff. IV Nr. 155, VII Nr. 110) und in den Partikularrechten näher geregelt. Die Natur eines Aufgebots, obschon ohne förmliches Aufgebotsverfahren, hat auch in Verbindung mit dem „gesperrten Jahr“ die öffentliche Aufforderung der Gläubiger bei der Liquidation von Aktiengesellschaften (H.G.B. Art. 243), eingetragenen Genossenschaften (R.Ges. v. 1. Mai 1889 § 80) und Gesellschaften mit beschränkter Haftung (R.Ges. v. 20. Apr. 1892 § 65). 2. Das Aufgebot behufs Todeserklärung; vgl. unten § 42 III. 3. Das Aufgebot behufs Kraftloserklärung von Werthpapieren und anderen Urkunden, das zum Theil reichsrechtlich zugelassen ist (W.O. Art. 73, H.G.B. Art. 305 Abs. 2, C.Pr.O. § 837 ff.), zum Theil auf landesrechtlicher Verstattung beruht; hiervon später. 4. Das Aufgebot dinglicher Rechte an einem Grundstück. Es findet namentlich bei der Neuanlegung von Grundbüchern oder Neueregulirung der Einträge statt. Ferner zur Herbeiführung der Löschung abgestorbener Einträge. Auch gehört hierher das partikularrechtlich ausgebildete Aufgebot unbekannter Lehn- und Fideikommissanwärter. 5. Das Aufgebot der gefundenen Sachen und des Schatzes; hiervon im Sachenrecht. 6. Das Aufgebot

Bedürfnis vorzuliegen scheint, ist unzulässig, da das Gericht ohne besondere Ermächtigung durch das objektive Recht Niemanden mittels Androhung von Nachtheilen zur Geltendmachung seiner Rechte nöthigen kann und überdies die Annahme, daß durch die öffentliche Bekanntmachung jeder Betheilte von dem richterlichen Gebot Kunde erhalten habe, auf einer Fiktion beruht. Weiter bedarf es des gehörigen Antrages eines Berechtigten unter Glaubhaftmachung der Thatsachen, aus denen sich einerseits das Recht des Antragstellers und andererseits das Bedürfnis einer öffentlichen Ladung ergibt³¹.

Die Wirkung ist Sicherung von Rechtsverhältnissen gegen die verschwiegenen Ansprüche durch Eintritt des angedrohten Rechtsnachtheiles. Je nach dem Zwecke des Aufgebotes aber ist dieser Rechtsnachtheil in den einzelnen Aufgebotsfällen von ungleicher Tragweite. Bei dem Aufgebot behufs Todeserklärung entsteht eine bis zur Widerlegung wirksame Vermuthung. In vielen Fällen wird derjenige, der sich nicht gemeldet hat, nur mit der Geltendmachung seines Rechtes unter den vorliegenden Umständen ausgeschlossen³². In anderen Fällen dagegen erfolgt der Ausschluß mit dem Rechte selbst³³.

§ 39. Schutz der Rechte durch Selbsthilfe.

I. Im Allgemeinen¹. Das germanische Recht verstattete ursprünglich in ausgedehntem Maße neben der Anrufung der Gerichts-

der Ansprüche an vergessenen Depositen. 7. Das Aufgebot der Erbrechte an einem Nachlaß behufs Feststellung der Erblosigkeit oder eines behaupteten Erbrechts. 8. Dazu das Aufgebot im Patentertheilungsverfahren; unten § 95.

³¹ Soweit spezielle Ladungen möglich sind und ausreichen, ist das Aufgebot unzulässig; vgl. Seuff. IV Nr. 155, IX Nr. 225, Sächs. Mand. v. 1779 § 2, Preuß. A. G.O. I 51 § 111. Der Antragsteller muß zur eidlichen Erhärtung seiner Angaben bereit sein (C.Pr.O. § 829 Abs. 2) und in manchen Fällen sich hierzu von vornherein erbieten (C.Pr.O. § 840 Z. 3).

³² So im Konkurse und bei den übrigen Gläubigeraufgeboten (Seuff. VII Nr. 110), bei dem Aufgebot der Erbrechte, nach manchen Rechten auch bei dem Aufgebot von Fundsachen.

³³ So bei dem Aufgebot dinglicher Rechte an Grundstücken (Seuff. VII Nr. 111), bei dem Urkundenaufgebot (C.Pr.O. § 848), gemeinrechtlich auch bei dem Aufgebot gefundener Sachen.

¹ Vgl. Maurenbrecher, D.P.R. I § 139 ff.; Renaud, D.P.R. I § 77 ff.; Puchta, Pand. u. Vorl. § 80; Böcking, Pand. I § 129; Unger, Oesterr. P.R. II § 111; Wächter, Württ. P.R. II 404 ff.; Windscheid, Pand. I § 123; Stobbe, D.P.R. I § 70; Dernburg, Pand. I § 123, Wendt, Das Faustrecht

hülfe den Rechtsschutz durch Selbsthülfe. Die langsame Eindämmung der Selbsthülfe bildete den Gegenstand eines unsere ganze Rechtsgeschichte erfüllenden Ringens.

Unter den eigenthümlichen Rechtsinstituten, die das germanische Recht auf dem Gebiete der Selbsthülfe ausgestaltete, nehmen Fehderecht und Pfändungsrecht die erste Stelle ein². Das Pfändungsrecht hat sich in gewissem Umfange erhalten und ist daher hier näher zu besprechen³. Dagegen ist das Fehderecht untergegangen, seitdem der ewige Landfriede von 1495 überall und für immer die Fehde verbot und jeden Anspruch aus Rechtsverletzung auf die Gerichtshülfe verwies⁴.

Nach der Aufnahme der fremden Rechte kam mehr und mehr die Ansicht auf, daß die Selbsthülfe an sich unzulässig sei. Das allgemeine Verbot der Selbsthülfe gieng in neuere Gesetze über⁵. Im gemeinen Recht wurden überdies die römischen Privatstrafen der unerlaubten Selbsthülfe zur Anwendung gebracht⁶. Ausnahmsweise wurde freilich auch jetzt Selbsthülfe gestattet. Doch wurde der Kreis dieser Ausnahmen vielfach in einem mit dem nationalen Rechtsgefühl unverträglichen Mafse verengt. Hiergegen trat in neuerer Zeit eine kräftige und theilweise sogar das Ziel überfliegende Gegenbewegung ein.

oder Besitzvertheidigung und Besitzverfolgung, Jena 1883; Bähr, Jahrb. f. Dogm. XXVI 257 ff.; v. Tuhr, Der Nothstand im Civilrecht, Heidelberg 1888; Regelsberger, Pand. § 190.

² Daneben war namentlich die Selbsthülfe behufs Einleitung eines besonderen gerichtlichen Verfahrens durch Festnahme des auf handhafter That mit Gerüfte bestätigten Verbrechers oder des Verfesteten und durch außergerichtliche Bemächtigung (Anefang, Unterwinden) von Sachen formell ausgebildet.

³ Vgl. unten II S. 338 ff.

⁴ Das ursprüngliche prinzipale Fehderecht zur Erlangung von Rache oder Sühne wegen Rechtsverletzung wurde schon durch die Volksrechte und die fränkischen Kapitularien mehr und mehr eingeschränkt und dauerte im späteren Mittelalter nur noch bei der Blutfehde fort. Um so üppiger entwickelte sich das subsidiäre Fehderecht wegen Rechtsverweigerung oder Ohnmacht des Gerichts, das alle Landfriedensordnungen bis zum ewigen Landfrieden zwar nach Fällen und Formen einengten, aber nicht grundsätzlich beseitigten.

⁵ Pr. L.R. Einl. § 78; Oest. Gb. § 19; Württ. Ges. v. 5. Sept. 1839 Art. 12; Sächs. Gb. § 179.

⁶ Also das decretum d. Marci (l. 7 D. ad leg. Jul. de vi priv. 48, 7, l. 13 D. quod met. c. 4, 2) und die l. 7 C. unde vi 8, 4; die in der letzteren enthaltene Androhung der Eigenthumsverwirkung, zu der auch c. 18 de praeb. in VI^o 3, 4 eine Analogie bietet, gieng in die R.K.G.O. v. 1521 t. 32 § 2 und den R.A. v. 1532 t. 3 § 15 über.

Heute ist grundsätzlich die Selbsthülfe als solche nicht unerlaubt⁷. Mit öffentlicher Strafe ist sie nicht bedroht, die römischen Privatstrafen aber sind völlig wieder abgestoßen⁸. Dagegen sind als Mittel der Selbsthülfe an sich keine sonst unerlaubten Handlungen erlaubt und keine sonst strafbaren Handlungen straflos. Hiervon giebt es jedoch Ausnahmen, indem in den Fällen, in denen man von „berechtigter Selbsthülfe“ spricht, gewaltsame Eingriffe in eine fremde persönliche oder sachliche Sphäre gestattet sind⁹.

Erlaubt ist eine derartige Selbsthülfe vor Allem als Selbstvertheidigung. Deshalb begründet eine durch Nothwehr gegen einen rechtswidrigen Angriff gebotene Handlung nicht nur keine strafrechtliche, sondern auch keine privatrechtliche Verantwortlichkeit¹⁰. In entsprechender Weise ist die zur Abwehr einer durch Thiere oder leblose Gegenstände drohenden Gefahr erforderliche Beschädigung oder Zerstörung fremder Sachen zulässig¹¹. Ein noch

⁷ Die ältere Ansicht, daß die Selbsthülfe als solche unerlaubt sei, ist freilich noch weit verbreitet; vgl. Unger, Böcking, Wächter, Stobbe a. a. O. Allein die richtige Auffassung hat schon Puchta a. a. O. überzeugend dargelegt; ebenso Wendt a. a. O. und Windscheid a. a. O. (der früher der Gegenmeinung folgte). Ihr will sich auch der Entw. anschließen; vgl. Motive I 352 ff.

⁸ Von den neueren Gesetzbüchern hat sie keines aufgenommen; in manchen Ländern wurden sie ausdrücklich abgeschafft (so durch Württ. Ges. v. 5. Sept. 1839); die gemeinrechtliche Praxis hielt nur theilweise an ihnen fest (z. B. Senff. XVI Nr. 191), während sie anderswo schwankte (ib. IX Nr. 158) oder die Anwendbarkeit verneinte (ib. XX Nr. 8). Nach der herrschenden Meinung, der sich das Reichsgericht angeschlossen hat (C.S. XI Nr. 50, XVIII Nr. 43), wäre jetzt ihre völlige Beseitigung durch das Reichsstrafgesetzbuch erfolgt. Diese Meinung ist unhaltbar, wie namentlich Binding, Strafr. I 318 u. 330, dargethan hat. Gleichwohl gehören die Privatstrafen der Selbsthülfe nicht mehr dem geltenden Recht an: das Reichsgericht hat nur mittels irriger Gesetzesauslegung eine längst in der Bildung begriffene desuetudo zum Abschlufs gebracht.

⁹ Doch darf der zur Selbsthülfe Berechtigte in keinem Falle mehr Gewalt anwenden, als zur Erreichung des Selbsthülfezweckes erforderlich ist; Sächs. Gb. § 185.

¹⁰ Sächs. Gb. § 178. Schweiz. O.R. Art. 56. Entw. II § 191 (I § 186).

¹¹ Sächs. Gb. § 182—183. Entw. II § 192 (I § 187), jedoch mit dem Vorbehalt, daß der Schade nicht außer Verhältniß zur Gefahr stehen und die Gefahr nicht vom Handelnden verschuldet sein darf. Das Pr. L.R. I, 9 § 155 gewährt dies Selbsthülferrecht nur dem, der von einem wilden Thiere angefallen wird; die Praxis aber nimmt keinen Anstand, es zu verallgemeinern. — Im Uebrigen wird dadurch, daß eine schädigende Handlung als im Nothstande begangen straffrei bleibt (Str.G.B. Art. 54), die privatrechtliche Ersatzpflicht noch nicht ausgeschlossen; Entw. II § 746 Abs. 2.

weiterreichendes Selbstvertheidigungsrecht besteht zum Schutz des Besitzes gegen Besitzstörungen¹².

Aber auch als Angriffsmittel ist Selbsthülfe durch Festnahme oder sonstige Vergewaltigung einer Person oder durch Wegnahme, Beschädigung oder Zerstörung einer Sache erlaubt, wenn obrigkeitliche Hülfe nicht rechtzeitig zu erlangen und ohne einen derartigen Eingriff ein unwiederbringlicher Nachtheil für das verletzte Recht zu besorgen ist¹³. Darüber hinaus erstreckt sich die Selbsthülfe im Wege der eigenmächtigen Pfändung.

II. Die eigenmächtige Pfändung¹⁴.

1. Geschichte. Dem deutschen Recht war die Privatpfändung durch Wegnahme von fahrender Habe sowohl als Befriedigungsmittel wie als Sicherungsmittel bekannt.

a. Die eigenmächtige Pfändung zur Befriedigung ist aus dem geltenden Recht verschwunden. Ursprünglich allgemein auf Grund eines rechtsförmlich abgelegten Schuldversprechens und daher namentlich auch auf Grund des Urtheilserfüllungsgelöbnisses

¹² Pr. L.R. I, 7 § 142—145; Oest. Gb. § 344; Sächs. Gb. § 181. Vgl. unten die Lehre von der Gewere.

¹³ Pr. L.R. Einl. § 78. Oest. Gb. § 19. In sehr weiter Fassung Sächs. Gb. § 179—180. Nach Entw. II § 193—195 soll eine derartige Selbsthülfe schon zulässig sein, wenn ohne sie Gefahr vorliegt, daß die Verwirklichung des Anspruches vereitelt oder wesentlich erschwert werde; sie soll aber nur zu alsbaldiger Einleitung des dinglichen oder persönlichen Arrestes dienen, so daß, wenn der Arrestantrag verzögert oder abgelehnt wird, die Rückgabe der Sache oder die Freilassung des Festgenommenen sofort zu erfolgen hat; auch soll, wer unberechtigt dies Selbsthülfemittel gebraucht, auch durch entschuldbaren Irrthum nicht von der Verpflichtung zum Schadensersatz befreit werden.

¹⁴ S. Stryck, Diss. de jure pignorandi, Francof. 1677; Leyser spec. 101 u. 595; Runde, D.P.R. § 222a u. 222b; Eichhorn, D.P.R. § 121 u. 123; Phillips, D. P.R. § 63—64; Mittermaier, D.P.R. I § 152; Maurenbrecher, D.P.R. I § 194—195; Wilda, Z. f. D. R. I 167 ff. (wo S. 178—179 Angaben über sonstige ältere Litteratur zu finden sind); Renaud, D.P.R. I § 78 u. 250; Beseler, D.P.R. I § 55; Gerber, D.P.R. § 69—71; Bluntschli, D.P.R. § 102—103; Gengler, D.P.R. § 76; Stobbe, D.P.R. I § 70; Roth, D.P.R. I § 89; Nägeli, Das germanische Selbstpfändungsrecht in seiner historischen Entwicklung mit besonderer Rücksicht auf die Schweiz, Zürich 1876; Samuelsohn, Wirkungen der Privatpfändung nach deutschem Recht, Breslau 1878. Ueber partikularrechtliche Gestaltungen Reyscher, Württ. P.R. I § 152; Heimbach, P.R. § 174 ff.; Roth, Bayr. C.R. I § 148; Förster-Eccius, Preufs. P.R. I § 49; Dernburg, Preufs. P.R. I § 123; Erdmann, Liv-, Est- u. Curländ. P.R. I § 59. Zur Geschichte besonders auch Meibom, Pfandr. S. 190 ff.; Sohm, Der Prozeß der lex Salica, Weimar 1867, S. 18 ff.; R. Loening, Der Vertragsbruch im deut. Recht, Straßburg 1876, S. 3 ff., 88 ff., 231 ff.; Heusler, Inst. II § 117; Schröder,

gestattet¹⁵, wurde die exekutive Privatpfändung schon in den meisten Volksrechten an richterliche Ermächtigung gebunden¹⁶ und sodann durch fränkische und deutsche Reichsgesetze grundsätzlich verboten¹⁷. Doch blieb sie in zahlreichen Fällen ausnahmsweise neben der richterlichen Pfändung zulässig. Abgesehen davon, daß bis zur Aufhebung des Fehderechts die Pfändung im Falle der Rechtsverweigerung ausgeübt wurde¹⁸, galt allgemein die vertragsmäßige Unterwerfung des Schuldners unter die außergerichtliche Pfändung durch die urkundliche Pfändungsklausel („mit und ohne Recht“) als wirksam¹⁹. In den Landfrieden wurde sogar oft das Pfändungsrecht wegen jeder „kundlichen, unlogbaren Schuld“ vorbehalten²⁰. Derartige Vereinbarungen kamen erst seit dem 18. Jahrhundert allmählich aus dem Gebrauch²¹. Länger noch erhielt sich das Pfändungsrecht wegen versessener Zinse und Gülden²², das ursprünglich

R.G. S. 86, 284 ff., 360 ff., 685; Brunner, R.G. I § 23 S. 183, II § 110 u. 123. — Quellenstellen b. Kraut, § 107—108.

¹⁵ So noch im langob. Recht; Ed. Rothar. c. 245, 251, 252, Liutpr. c. 15, 108—110. Vgl. Wach, Der Arrestprozeß in seiner geschichtlichen Entwicklung, Leipzig 1868, S. 1 ff.

¹⁶ So nach l. Sal. t. 50 u. 75, l. Burg. t. 19, 96 u. 107 c. 7, l. Bajuv. t. 13 c. 1 (pignora nemini liceat nisi per iussionem iudicis) u. 3 und anderen Volksrechten (Brunner, R.G. II 446 ff.).

¹⁷ Cap. de part. Sax. c. 25 (M.G.L. Sect. II Vol. I 70), Const. pac. a. 1235 c. 10 (M.G.L. II 430) und spätere Landfrieden (Wilda a. a. O. S. 189 Anm. 68); ebenso zahlreiche partikuläre Rechtsquellen. Doch erlosch nicht überall die Pfändnahme mit richterlicher Erlaubnis; Brunner, R.G. II 451 Anm. 36—37. Ja der Rügensch Landgebrauch erkennt noch im 16. Jahrh. in erheblichem Umfange die Privatpfändung um Schuld ohne jede richterliche Mitwirkung an, Delbrück, Z. f. D. R. XII 221 ff.; vgl. auch die schweizer. Quellen b. Loening a. a. O. 232 ff., Nägeli a. a. O. 45 ff., 50 ff., 63 ff., Stobbe I § 70 Anm. 38.

¹⁸ Meibom a. a. O. S. 220 ff., Loening a. a. O. S. 234, Stobbe a. a. O. S. 676.

¹⁹ Landfr. v. 1301 (M.G.L. II 476) u. spätere Landfrieden; vgl. Wilda a. a. O. S. 198 ff. u. 205 ff., Meibom S. 217 u. 220, Loening S. 237 ff., Stobbe S. 677. — Abweichend Heusler II 207 ff.

²⁰ Vgl. die Stellen b. Kraut § 107 Nr. 27—29. Während Wilda S. 198 ff. darin mit den meisten Aeltern einen besonderen Fall der erlaubten Privatpfändung erblickte, wird seit den Ausführungen von Meibom S. 211 ff. ziemlich allgemein angenommen, daß es sich nur um einen Fall des vereinbarten Pfändungsrechtes handelt. Vgl. auch Loening S. 234 Anm. 12.

²¹ Durch den ewigen Landfr. v. 1495 § 9 und den R.D.A. v. 1600 § 32 war ihre Wirksamkeit nicht in Frage gestellt; doch war dies in der Theorie nicht unbestritten; Wilda a. a. O. S. 206 ff.

²² Wilda S. 209 ff.; Meibom S. 204 ff.; Beseler S. 210; Stobbe S. 671 ff.

wohl Ausfluß der grundherrlichen Gewalt war, dann aber überhaupt dem Zinsherrn gegen den Zinsbauer²³, dem Vermiether gegen den Miether²⁴ und nicht selten auch dem Rentengläubiger gegen den Rentenschuldner²⁵ an der auf dem belasteten Grundstück befindlichen Fahrniß zustand²⁶. Doch ist heute auch dieses Pfändungsrecht, das auf dem Lande noch in unserem Jahrhundert vielfach in Geltung war, durchweg erloschen²⁷. Ebenso sind manche andere Fälle, in denen das ältere deutsche Recht theils wegen der Nothlage des Gläubigers, theils im Zusammenhange mit einer Herrschaftsbefugniss die eigenmächtige Pfändung um Schuld gestattete, heute veraltet²⁸.

²³ Vgl. bes. Sachsensp. I Art. 54 § 1; Richtst. Lehn. Art. 29 § 2—3; Landfriede v. 1281 § 59 (M.G.L. II 430); Brünner Schöffenh. c. 117 u. 236; Bremer Landr. b. Pufendorf, Observ. IV app. p. 73; Nürn. Ref. v. 1564 XXIII 9 Abs. 2; Tiroler L.O. II 63; Bayr. L.R. IV c. 7 § 28; andere spätere Quellen b. Wilda S. 214 ff.; schweiz. Quellen b. Nägeli S. 46 ff.

²⁴ Vgl. z. B. Verm. Sachsensp. II c. 4 d. 1, 6, 8—10; Lüb. R. (Hach Cod. III) Art. 311; Hamb. R. I, 9, IV, 15; Bremer Stat. v. 1428 I c. 47; Münchener Stadtr. Art. 292; Augsburger Stadtr. v. 1276 Art. 128 (Meyer S. 213); Wiener Stadtr. (Schuster) Art. 38; Rotenburger Stadtr. § 62 (Gengler, Deutsche Stadtrechte S. 385); Basler R. v. 1457 § 56 (Basler Rechtsq. I Nr. 148). Vgl. Trummer, Merkwürdige Erscheinungen in der Hamb. Rechtsgesch. II 102—126.

²⁵ Vgl. Gosl. Stat. S. 21 Z. 1 ff. u. S. 22 Z. 1 ff.; Verm. Sachsensp. a. a. O. d. 7; Brünner Schöffenh. c. 121; Schles. Landr. Art. 358 (Gaupp 195); Stralsunder Stadtb. (Fabricius) S. 156 Nr. 242; Freiburger Stat. Art. 20 (Schott III 159); Münchener Grundb.O. v. 1572 XII § 4. Dazu Stobbe, Z. f. D. R. XIX 199 ff.

²⁶ Die Pfändung darf nur „up der were“ stattfinden; Goslar. Sat. S. 22 Z. 1, Iglauer Stadtr. c. 95 (Tomaschek S. 294), Brünner Schöffenh. c. 120; Stobbe a. a. O. S. 201 ff. — Ueber die Ausdehnung des Pfändungsrechtes auf fremde Sachen in Höhe eines daran dem Gepfändeten zustehenden Rechtes vgl. Meibom S. 61 ff., Stobbe, D.P.R. I 672 ff.

²⁷ In den älteren Lehrbüchern des deutschen Privatrechts wird das Pfändungsrecht des Zinsherrn an ländlichen Grundstücken noch als geltendes Recht behandelt. Auch Beseler a. a. O. behauptet noch dessen partikularrechtliche Geltung. Doch dürfte sich kaum ein Partikularrecht, nach dem es noch praktisch wäre, nachweisen lassen; vgl. Stobbe a. a. O. Anm. 31.

²⁸ So das Pfändungsrecht des Wirthes wegen der Zeche (Wiener Stadtr. Art. 53—54, Grimm, W. I 125 ff., Nägeli S. 56, noch anerkannt im Zürch. Gb. § 871 [jetzt § 401]), des Gewinners im Spiel wegen der Spielschuld (Augsb. Stadtr. Art. 137, Wiener Stadtr. Art. 48), des Hirten wegen des Hirtenlohns (Grimm, W. IV 343), des Gesindes wegen des Lidlohns (Hertz, Die Rechtsverh. des freien Gesindes S. 95, Grimm, W. VI 47 § 16), des Gläubigers einer Ehefrau wegen ihrer vom Manne nicht bewilligten Schuld (Schröder, Gesch. des ehel. Güterr. II, 3 S. 278), des Bannmüllers wegen Verletzung seines Bannrechts (Z. f. R.G. IX 463 ff.), der Zünfte wegen Verletzung des Zunftzwanges u. s. w.; vgl. Meibom S. 220 ff., Nägeli S. 47 u. 64, Stobbe, D.P.R. I 678 ff.

Dagegen gehört das außergerichtliche Pfändungsrecht im Bereiche des einem öffentlichrechtlichen Verbands zur Beitreibung von Forderungen eingeräumten Verwaltungszwanges nicht dem Privatrecht an.

b. Die eigenmächtige Pfändung zur Sicherung hat sich in der doppelten Gestalt der Viehpfändung (Schüttung) und der Personalpfändung, in der sie schon den Volksrechten bekannt ist²⁹ und in den Quellen des deutschen Mittelalters allgemeiner Anerkennung erfreut³⁰, auch nach der Rezeption des römischen Rechts als gemeines deutsches Gewohnheitsrecht behauptet³¹. Die neueren Gesetzbücher mit Ausnahme des französischen haben sie aufgenommen³²; doch erwähnt das österreichische Gesetzbuch nur die Viehpfändung³³. Im Laufe der Zeit mancherlei Wandlungen unterworfen, hat dieses Rechtsinstitut doch im Ganzen sein urwüchsiges Gepräge bewahrt und sich vermöge seiner Volksthümlichkeit der Verkümmern und Verbildung, womit es von der romanisirenden Theorie bedroht wurde, kräftig erwehrt³⁴.

2. Wesen. Die eigenmächtige Pfändung besteht also heute in der zum Schutz des Grundbesitzes erlaubten Besitznahme von Vieh, das ein Grundstück betritt, oder von Sachen, die eine das Grundstück

²⁹ Vgl. über die Viehpfändung l. Sal. t. 9, l. Rib. t. 82, l. Bajuv. t. 14 c. 17, l. Burg. t. 23 u. 49, l. Wisig. l. 8 t. 3 c. 13 sq., ed. Rothar. c. 343 u. 346, ed. Liutpr. c. 86; über die Personalpfändung ed. Liutpr. c. 146, l. Wisig. l. 8 t. 5 c. 1. Dazu über das altnordische Recht v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht, Leipzig 1882 ff., I § 35, II § 26.

³⁰ Sachsensp. II Art. 27 § 4, Art. 28 § 1, Art. 47, III Art. 20 § 2; Schwabensp. (L.) c. 195 u. 212; Augsb. Stat. Art. 89 (Meyer 172); Gosl. Stat. S. 37 Z. 4, S. 40 Z. 40 ff., S. 43 Z. 6 ff., S. 68 Z. 26 ff.; Verm. Sachsensp. II c. 8 d. 2—3. Uebersaus häufig und eingehend beschäftigen sich begreiflicher Weise die ländlichen Weisthümer mit diesem Pfändungsrecht; vgl. die in den Registern zu der Grimm'schen Sammlung (VII 134) und zu den einzelnen Bänden der österreichischen Weisthümersammlung nachgewiesenen Stellen.

³¹ Vgl. Mevius, Jus Lub. III Art. 11 § 9; Stryck a. a. O. c. 1 § 38; Struben, Rechtl. Bed. Nr. 673; Wilda a. a. O. S. 249 ff. — A. M. anscheinend Regelsberger § 191 Anm. 5.

³² Bayr. L.R. II c. 6 § 24; Preufs. L.R. I, 14 § 413 ff. u. dazu Feldpolizeiordnung v. 1. Nov. 1847 § 4 ff. u. Feld- und Forstpolizeigesetz v. 1. April 1880 § 77 ff. u. 96 Z. 2; Sächs. Gb. § 488 ff. — Vgl. auch Liv-, Est- u. Kurländ. P.R. Art. 3390 ff.

³³ Oest. Gb. § 1321—1322. Ebenso kennt das Württ. R. nach Wächter II § 61 Anm. 25 nur die Thierpfändung.

³⁴ Auch heute freilich sind ihm die Juristen selten hold; vgl. die Motive zum Entw., der es den Landesrechten überweist, I 353 ff. (dazu Gierke, Entw. S. 77) und die Verh. des XX. Juristentages III 269 ff. (Gutachten von Mörschell, das sich für völlige Abschaffung ausspricht) u. IV 277 ff. (Beschlussfassung der 2. Abth., die wenigstens die Thierpfändung schonen will).

betretende Person bei sich führt. Sie ist ihrem Wesen nach heute, wie sie es von jeher war, berechtigte Selbsthülfe³⁵. Mithin ist das Pfändungsrecht als solches kein besonderes Privatrecht, sondern eine aus dem Recht der Persönlichkeit fließende Befugniss zur Anwendung eines außergerichtlichen Schutzmittels gegen Privatrechtsverletzungen³⁶. Doch ist dieses erweiterte Selbsthülfe recht einerseits nur zum Schutze von Rechten an Grundstücken gewährt³⁷. Andererseits dient es nur der Sicherung, nicht der Befriedigung von Ansprüchen³⁸. Von der Frage nach der Natur des Pfändungsrechtes ist die Frage nach der Natur des durch Pfändung begründeten Rechtes an der gepfändeten Sache durchaus zu trennen³⁹.

3. Begründung. Das Pfändungsrecht entsteht durch widerrechtlichen Eingriff in die an einem Grundstück ausgeübte Herrschaft, falls gewisse weitere Voraussetzungen erfüllt sind.

a. Nach ursprünglichem deutschem und heutigem gemeinen Recht

³⁵ Somit ist sie auch im System an diese Stelle zu verweisen, wie dies Maurenbrecher, Reyscher, Wilda (S. 176 ff.), Beseler, Gerber, Stobbe, Roth, D.P. a. a. O. (anders im Bayr. C.R.), Dernburg u. A. thun.

³⁶ Ganz verfehlt ist es, wenn Nägeli § 32 das Recht auf Pfändung als ein „dingliches Recht“ auf Besitzergreifung an einer res aliena konstruiren will. Vgl. dagegen Samuelsohn a. a. O. S. 29 ff.

³⁷ Aber nicht bloß des Eigenthums, weshalb es auch nicht mit Roth, Bayr. C.R. II § 148, u. Platner, Sachenrecht § 35, in die Lehre vom Eigenthumsschutz gestellt werden darf. Ebenso wenig erschöpft sich seine Bedeutung in dem Schutz der Gewere, obschon es unter Anderem ein Mittel der Selbstvertheidigung der Gewere ist; darum darf man es nicht mit manchen Aeltern (z. B. Haubold § 123) in die Lehre vom Besitzschutz verweisen. Noch weniger ist es zulässig, mit Albrecht, Gewere S. 21, Mittermaier, Phillips und Renaud a. a. O. das Pfändungsrecht als Ausübung einer Gewere an der gepfändeten Sache selbst zu behandeln, weil in der Gewere am Grundstück zugleich die Gewere an der von ihm umschlossenen Fahrnis enthalten gewesen sei.

³⁸ Die Viehpfändung ist freilich anscheinend aus einer Selbsthülfe zur Befriedigung hervorgegangen, da mancherlei Spuren darauf zurückweisen, daß ursprünglich das auf handhafter That ergriffene Thier der Rache des Geschädigten verfiel; allein schon in den ältesten geschichtlichen Quellen erscheint sie vielmehr als Mittel, im Wege der Selbsthülfe den Beweis und womöglich auch den Ersatz des zugefügten Schadens zu sichern, während die Rache am Thier regelmässig verboten wurde. Die Personalpfändung ist von vornherein als Selbsthülfe zur Sicherung entstanden, da sie offenbar in der Befugniss wurzelt, sich gegen den auf handhafter That betroffenen Schädiger ein Ueberführungsmittel zu verschaffen.

³⁹ Schon deshalb darf das Pfändungsrecht nicht mit Runde, Eichhorn, Kraut, Bluntschli, Gengler u. Heusler a. a. O. in die Lehre vom Pfandrecht verwiesen werden. Ueberdies ist die Begründung eines Pfandrechts oder verwandten Rechts nicht die ursprüngliche und auch heute nicht die alleinige Wirkung der Pfändung.

mufs eine Schadenszufügung vorliegen oder doch unmittelbar zu erwarten sein. Mithin findet Schüttung statt, wenn fremdes Vieh auf Kulturland oder wo es sonst Schaden stiftet, betroffen wird⁴⁰; Personalpfändung, wenn eine Person unbefugt Nutzungshandlungen vornimmt (z. B. ackert, mäht, holzt, pflückt, jagt, fischt) oder durch Gehen, Reiten, Treiben oder Fahren Schaden anrichtet⁴¹. Dagegen ist eine Pfändung unzulässig, wenn keine Schädigung des Grundstückes erfolgt, mag auch eine verbotene und selbst strafbare Handlung begangen sein⁴².

Partikularrechte gestatten indess die Pfändung schon wegen jedes verbotenen Aufenthaltes auf fremdem Grund und Boden⁴³.

Im Anschluß hieran wurde von der älteren Theorie die Pfändung zu einem allgemeinen Schutzmittel gegen Besitzstörung erhoben und daher gegen jede einen liegenschaftlichen Sach- oder Rechtsbesitz beeinträchtigende Handlung zugelassen⁴⁴. Die Pfändung

⁴⁰ Sachsensp. II Art. 47 § 2: dar dat ve scadet. Oesterr. Gb. § 1322. Wilda S. 229, 251, 259 ff.

⁴¹ Sachsensp. II Art. 27 § 4, Art. 28 § 2, III Art. 20 § 2. Bayr. L.R. II c. 6 § 27 Nr. 7. Wilda S. 241 ff., 261—262.

⁴² Der Sachsenspiegel gestattet gegen den, der „unrechten weg sleit“, die Pfändung nur dann, wenn er über „gewonnen land“ oder „gehegete wese“ reitet oder fährt, während er ohne Wandel bleiben soll, wenn er über unbestelltes Land fährt; II Art. 27 § 4, Art. 47 § 5. Aber auch nach heutigem gemeinem Recht ist die Pfändung wegen eines nicht schädigenden Betretens von fremdem Boden auch in den Fällen, in denen dies nach R.Str.G.B. Art. 368 Nr. 9 strafbar ist, nicht für statthaft zu erachten; vgl. Beseler § 55 Anm. 26.

⁴³ Die Pfändung wegen Einschlagens verbotener (insbesondere durch Warnungszeichen als verboten erkennbar gemachter) Wege begegnet schon in älteren Quellen; Wilda S. 252, Oesterr. W. IV 31 Z. 27 ff. Sie ist anerkannt im preufs. R.; Pr. L.R. I, 14 § 413, Feldpol.O. v. 1. Nov. 1847 § 44 (in der Fassung des Ges. v. 13. April 1856), Feld- u. Forstpol.Ges. v. 1. Apr. 1880 § 10 u. 77 (auch bei der Schüttung genügt es nach preufs. R., wenn das Vieh irgendwo betroffen wird, wo es nicht geweidet werden darf). Ebenso Sächs. Gb. § 458, Zürch. Gb. § 870 (jetzt gestrichen).

⁴⁴ Vgl. Carpzov, Def. for. II c. 27 def. 3; Mevius, Decis. II d. 34 nr. 7; Stryck a. a. O. c. 2 § 5—10; Leyser spec. 595 m. 1—4. Dazu Wilda S. 253 ff., auch Beseler S. 213 ff., Stobbe S. 680 ff., Samuelsohn S. 37 ff. Diese Umbildung gieng von dem Bestreben der Einschränkung der Pfändung auf blofse Besitzvertheidigung aus, führte aber eigenthümlicher Weise vielmehr zur maflosen Ausdehnung derselben; man gestattete die Pfändung nicht nur zum Schutz des Eigenthums gegen die Entstehung von Servituten und anderen dinglichen Rechten, sondern auch zum Schutz des Besitzes an Servituten und sonstigen Nutzungsrechten, ja auch von selbständigen Immobiliargerechtigkeiten, wie Gerichtsbarkeit, Zollgerechtigkeit, Brauereigerechtigkeit, Gewerberechten u. s. w.

zu bloßem Besitzschutz kann nicht mehr für gemeinrechtlich erachtet werden⁴⁵, ist aber partikularrechtlich anerkannt⁴⁶.

b. Erforderlich ist weiter stets, daß das Vieh oder die Person auf frischer That betroffen wird⁴⁷.

c. Wenn dagegen von der älteren Theorie im Sinne der romanistischen Abneigung gegen alle Selbsthülfe als drittes Erforderniß das Vorhandensein eines Nothfalles, in dem richterliche Hülfe nicht ausreicht, aufgestellt wurde, so ist diese Verengerung des Pfändungsrechtes gemeinrechtlich nicht durchgedrungen und auch in den Partikularrechten, die sie aufnahmen, meist wieder abgestoßen⁴⁸.

4. Pfändungsberechtigt ist Jeder, der in seinem Recht verletzt oder bedroht ist; mithin der Grundeigenthümer, der dinglich Berechtigte, aber auch der Pächter⁴⁹. Zur Ausübung des Pfändungsrechtes sind auch Familienangehörige und Bedienstete des Berechtigten, sowie Aufsichtsbeamte (Feldhüter, Förster u. s. w.) befugt⁵⁰.

5. Verfahren. Die Pfändungshandlung ist an eine Reihe von Schranken gebunden⁵¹.

⁴⁵ Vgl. Beseler S. 214. Doch dürfte sie noch als gemeines Sachsenrecht zu betrachten sein; Heimbach § 176.

⁴⁶ So im Pr. L.R. I, 14 § 151–154 u. im Sächs. Gb. § 488. Vgl. auch Liv-, Est- u. Kurländ. P.R. Art. 3391 u. 3404.

⁴⁷ Dies Erforderniß ergab sich von je aus der Beschaffenheit der Pfändung als eines Verfahrens auf handhafter That. Vgl. Sachsensp. II Art. 28 § 2: vint man ene in der stat; II Art. 40: werdet des mannes perde bestedeget in der hanthaften dat. Sächs. Gb. § 489: auf frischer That. Preufs. Ges. v. 1. Apr. 1880 § 77: auf der Stelle oder in unmittelbarer Verfolgung.

⁴⁸ So sind die einschränkenden Bestimmungen des Pr. L.R. I, 14 § 414–416, die in den Provinzialrechten ohnehin nicht durchdrangen, in den neueren Feldpolizeiordnungen für die wichtigsten Fälle wieder beseitigt; vgl. Wilda S. 255–258, Dernburg a. a. O. I § 123 Anm. 4–7. Auch das Bayr. L.R. II c. 6 § 24 Nr. 3 läßt die Pfändung nur zu, wenn ohne sie der Schade schwer zu beweisen oder zu erholen ist. — Unter Nachbarn gebietet übrigens die Sitte Schonung; vgl. auch Pr. L.R. I, 14 § 428.

⁴⁹ Vgl. Stryck a. a. O. c. 2 § 23 sq.; Wilda S. 264 ff.; Zürich. Gb. § 870; Bündner Gb. § 309; Sächs. Gb. § 488; Dernburg § 123 Anm. 8; Erdmann a. a. O. I 299. Daß auf dem Gemeinland ursprünglich jeder Genosse pfänden durfte (Grimm, W. I 577 § 14 u. andere Stellen b. Wilda S. 265 ff. u. Gierke, Genossenschaftsr. II 289 Anm. 105), später nur der Beamte (Grimm, W. III 429, VI 697, Wilda 267), erklärt sich aus der Umwandlung des alten Gesamttheigenthums an der Allmende in körperschaftliches Eigenthum.

⁵⁰ Wilda S. 267 ff.; Preufs. Ges. v. 1. Apr. 1880 § 77; Zürich. Gb. § 872 (jetzt gestrichen); Erdmann I 300 ff.

⁵¹ Schlechthin befreit ist von der Pfändung die Post; vgl. R.Ges. v. 28. Okt. 1871 § 18 und über das hiermit übereinstimmende ältere Recht Wilda S. 280.

a. Sie darf nur auf dem Grundstück selbst vollzogen werden⁵². Doch gestatten manche Gesetze in Uebereinstimmung mit älteren Quellen die Pfändung bei der Verfolgung innerhalb derselben Feldflur⁵³.

b. Sie soll ohne unnöthige Gewalt erfolgen.

Darum darf gepfändetes Vieh nur eingetrieben, nicht getödtet oder verletzt werden⁵⁴. Doch erhielt sich manchen Thieren gegenüber das in der Urzeit vermuthlich allgemeine Tödtungsrecht⁵⁵, das namentlich bei Gänsen, Enten und Hühnern in Uebung blieb⁵⁶ und mitunter noch in der Form einer an den Ursprung aus dem Rache-recht erinnernden Hinrichtung vollzogen wurde⁵⁷. Heute begegnet ein solches Tödtungsrecht noch im Jagd- und Fischrevier⁵⁸ und in

⁵² Sachsensp. II Art. 47 § 3; Leyser sp. 595 m. 8; Wilda S. 283; Sächs. Gb. § 489 (oder auf einem anstossenden Wege).

⁵³ Pr. L.R. I, 14 § 420—423. Ebenso Stat. v. Blankenburg u. Ilm b. Walch V 109 u. 131. Nach den Weisthümern kann der Förster den Holzfrevler verfolgen, bis er auf einen rechten Weg gelangt (Grimm, W. I 329, 769 § 18) oder eine bestimmte Strecke zurückgelegt hat (ib. IV 795 § 29) oder den Wald verläßt (ib. V 374 § 16) oder in eine andere Mark entkommt (ib. I 579 § 7) oder sein Hofthor erreicht (ib. I 414, 422, 428, Murtener Stadtr. b. Gaupp II 153 § 9). Ein obrigkeitlich verpflichteter Flurwächter kann auch nach Sächs. Gb. § 489 hinsichtlich der einzelnen Grundstücke in seinem ganzen Bezirk pfänden.

⁵⁴ So schon nach l. Salica t. 9 § 1 und den anderen Volksrechten; ebenso nach altnordischen Rechten, Wilda S. 285.

⁵⁵ Ueber das ursprüngliche Tödtungsrecht und dessen Reste vgl. Wilda S. 231 ff., Nägeli S. 19 ff., 60, 68 ff., 77, v. Amira, O.R. II 256 ff., Brunner II 532. Nach langob. u. burg. Recht durfte man eines von mehreren Schweinen tödten; die l. Bajuv. t. 14 c. 17 verbietet dies, doch halten noch spät österreichische Weisthümer daran fest, z. B. Oesterr. W. V. 609 Z. 24 ff. Schweizerische und österreichische Weisthümer erlauben die Tödtung einer Gais; Grimm, W. I 206, III 714, 719, Oesterr. W. V 237 § 31. — Vgl. auch Sachsensp. II Art. 40 § 5.

⁵⁶ Vgl. z. B. Grimm, W. I 127, 205, III 46 § 48, V 117 § 3, Oesterr. W. III 132 Z. 12 ff., IV 373 Z. 18 ff., V 237 § 31, VII 71 Z. 43 ff., Geldernsches Landr. v. 1619 Th. II t. 6 § 5 Nr. 11. Von ihnen heisst es rechtssprüchwörtlich, daß sie keinen Frieden haben, mit dem Kopf bezahlen, ihr Recht auf dem Buckel tragen; vgl. Graf u. Dietherr III Nr. 302—307.

⁵⁷ So namentlich an Gänsen und Gaisen; z. B. Grimm, W. I 127, III 30, 42 § 21, 308 § 12, V 188 § 7, Oesterr. W. I 29 Z. 3 ff., 58 Z. 42 ff., 68 § 26, V 609 Z. 27 ff., VII 41 Z. 7 ff., 47 Z. 38 ff., 506 ff. § 43 u. 50; dazu Gierke, Humor S. 62, v. Amira, Thierstrafen S. 593, Brunner II 582.

⁵⁸ Vgl. Wilda S. 260 Anm. 187; Pr. L.R. II, 16 § 64—65 (Hunde und Katzen im Jagdrevier), I, 9 § 189 (Enten auf dem Fischwasser); Oesterr. Forstges. v. 3. Dez. 1852 § 65 (Ziegen, Schafe, Schweine und Federvieh im Walde). — Ein Tödtungsrecht bei Hühnern und Tauben noch im Bündner Gb. § 309.

Nothfällen⁵⁹. Das alte Recht kannte auch privilegierte Thiere, die nicht gepfändet, sondern nur in schonender Weise verjagt werden durften⁶⁰.

Ebenso ist bei der Personalpfändung jede unnöthige Gewalt verboten⁶¹. Doch darf der rechtmässig Gepfändete sich nicht zur Wehr setzen (Pfandwehrung), noch das genommene Pfand wieder an sich reißen (Pfandkehrung), noch seinerseits ein Pfand nehmen (Gegenpfändung), widrigenfalls er bußfällig wird⁶² und der Gewaltanwendung unterliegt⁶³. Wer unrechtmässig pfändet, wird ersatzpflichtig und straffällig⁶⁴ und setzt sich der Gegenwehr aus⁶⁵.

c. Die Pfändung muß mit Mafs erfolgen. Bei der Schüttung soll nur das zur Sicherung erforderliche Vieh zurückbehalten werden⁶⁶. Die Personalpfändung soll vornehmlich an dem Werkzeug der Schädigung stattfinden, sonst sich auf eine für den Sicherungszweck aus-

⁵⁹ Schweiz. Obl. R. Art. 66.

⁶⁰ So der Wucherstier, Eber oder Widder des Dorfes (Grimm, W. I 100, 321, III 683 § 12, IV 401 § 16, V 190 § 26, Oesterr. W. I 23, VI 58 § 38, VII 41 Z. 21 ff., Graf u. Dietherr III Nr. 299 u. S. 120 ff., Gierke, Humor S. 23 Anm. 57—58, S. 62 Anm. 162); eine schneeweiße Sau mit sieben schneeweißen Ferkeln (Grimm, W. III 41 § 14) oder mit neun schwanweißen Ferkeln (ib. S. 46 § 53, 69) u. s. w.

⁶¹ Wilda S. 286; Pr. L.R. I, 14 § 423, 461 ff.; Sächs. Gb. § 490.

⁶² Vgl. L. Burg. 27 § 6; ed. Lintpr. c. 40; Ansegis II 35; Sachsensp. II Art. 27 § 4; Schwabensp. (L.) c. 280; nordische Rechte b. Wilda S. 291 Anm. 293; spätere Quellen S. ib. 292 Anm. 294; Pr. L.R. I, 14 § 458—460 u. 465; Preufs. Ges. v. 1. Apr. 1880 § 17.

⁶³ Nach altem Recht konnte er sogar bußelos getödtet werden; L. Burg. a. a. O., Sunesen b. Wilda S. 244, Augsb. Stat. (Meyer) Art. 94, Grimm, W. I 501, III 276, 277, 280 § 10, VI 399 § 21. Andere Quellen gestatten, ihn mit dem Gerüfte zu bestätigen; Sachsensp. a. a. O., Richtst. Landr. Art. 41—42, Gosl. Stat. S. 22 Z. 2 ff. Dagegen verbietet Schwabensp. a. a. O. jede Gewalt und verweist auf Gerichtshülfe. Ein gewisses Mafs von Gewaltanwendung muß auch heute gestattet sein; vgl. Förster-Eccius, Preufs. P.R. I § 49 Anm. 11.

⁶⁴ Vgl. Brunner, R.G. II 449 Anm. 28; Wilda S. 292; Pr. L.R. I, 14 § 462—464; Preufs. Ges. v. 1. Apr. 1880 § 17 Z. 4.

⁶⁵ Nach den Weisthümern kann er sogar bußelos getödtet werden (Grimm, W. I 501, 714, VI 399 § 1); so insbesondere auch der Förster, der bei der Verfolgung des Waldfrevlers in dessen Haus eindringt (Grimm, W. I 414, 422, 428, Gierke, Humor S. 64 Anm. 165). Heute entscheiden die allgemeinen Regeln über Nothwehr.

⁶⁶ Wilda S. 288 ff.; Bayr. L.R. II c. 6 § 24; Pr. L.R. I, 14 § 425 u. 429, Feldpol.O. v. 1847 § 7; Oesterr. Gb. § 1321; Luzerner Gb. § 728. Bei der Pfändung um Schuld begegnet das Verbot der Pfändung ganzer Herden schon in den Volksrechten, Brunner II 449.

reichende und möglichst entbehrliche Sache beschränken⁶⁷. Bietet der Gepfändete andere hinreichende Sicherheit, so ist sie zu nehmen und die gepfändete Sache zurückzugeben⁶⁸.

d. Nach der Pfändung soll deren Kundmachung durch Anzeige an den Eigenthümer der gepfändeten Sachen oder, wenn dieser unbekannt ist, durch Aufruf vor den Nachbarn erfolgen⁶⁹. Neuere Gesetze schreiben Anzeige an die Obrigkeit vor und knüpfen an deren Unterlassung Verlust des Pfandrechts oder sonstige Rechtsnachteile⁷⁰.

e. Der Pfandnehmer muß für gehörige Aufbewahrung der gepfändeten Sache sorgen und insbesondere das von ihm eingetriebene Vieh gehörig warten und füttern⁷¹. Doch endete nach älterem Recht jede Bewahrungspflicht, wenn das Thier in bestimmter Frist nach

⁶⁷ Sehr genaue Vorschriften darüber finden sich in altschwedischen Rechten; v. Amira, O.R. I 243 ff. Vgl. ferner Stryck a. a. O. c. 4 § 8 sq., Wilda S. 290 ff., Pr. L.R. I, 14 § 425. Gepfändet werden z. B. Axt, Flinte, Netz, Peitsche, Mütze u. s. w., aber auch Reitthiere, Zugthiere, unrechtmäßig getriebenes Vieh (Preufs. Ges. v. 1. Apr. 1880 § 10 u. § 77 Abs. 2), in welchem Falle zwar Personalpfändung vorliegt, die gepfändeten Thiere aber wie bei der Schüttung zu behandeln sind.

⁶⁸ Ed. Roth. c. 346; Bayr. L.R. a. a. O. Nr. 8; Pr. L.R. I, 14 § 26, Ges. v. 1. Apr. 1880 § 78 Abs. 2; Sachs. Gb. § 640.

⁶⁹ So schon nach Volksrechten (l. Sal. t. 9 § 2, l. Burg. t. 49 § 1 u. 3, ed. Roth. c. 343), widrigenfalls der Pfandnehmer die Gefahr trägt und die Diebstahlsbuse verwirkt. Vgl. Bayr. L.R. a. a. O. Nr. 8; Wilda 294 ff.; Erdmann I 302.

⁷⁰ Sachs. Gb. § 494: binnen 48 Stunden bei Verlust des Pfandrechts. Preufs. Feldpol.O. v. 1847 § 53, Ges. v. 1. Apr. 1880 § 80—81: binnen 24 Stunden, widrigenfalls der Gepfändete sofort die Sache zurückverlangen kann und die Kosten der Pfändung nicht zu ersetzen braucht. — Gemeinrechtlich besteht eine Verpflichtung zur Anzeige an die Obrigkeit, wie sie noch Runde § 222b u. Eichhorn § 323 annehmen, jedenfalls dann nicht, wenn die Anzeige an die Eigenthümer ausführbar ist; Wilda S. 301 ff., Nägeli S. 75.

⁷¹ Verm. Sachsensp. II Art. 8 § 3. Ursprünglich scheint er auch die Gefahr getragen zu haben; vgl. ed. Rothar. c. 252 (wo freilich von der Pfändung um Schuld die Rede ist), nordische Rechte bei Wilda S. 236 Anm. 138 u. v. Amira I 246 ff., auch l. Burg. t. 49 § 2 (wonach er bis zur Anzeige für die Hälfte des Schadens haftet). Allein nach den meisten älteren und allen späteren Quellen steht er, falls er nicht etwa die Anzeige versäumt, für Zufall nicht ein; v. Meibom S. 236 ff.; unrichtig Wilda S. 236 u. Heusler II 209. Doch durfte er die gepfändete Sache nicht oder doch nur in beschränktem Mafse gebrauchen; ed. Rothar. c. 343 (Reiten des Pferdes erst nach erfolglosem Aufgebot), Wilda S. 296, v. Amira I 244. Nutzungen, die er gleichwohl bezieht (z. B. bei Milchvieh), muß er mit den Fütterungskosten aufrechnen; Wilda S. 297, Stryck a. a. O. c. 5 Nr. 32.

erfolgter Anzeige nicht ausgelöst war; der Pfandnehmer durfte es nun verhungern lassen oder verjagen⁷². Manche mittelalterliche Quellen schreiben aber bereits die Ablieferung der gepfändeten Sache in gerichtlichen Gewahrsam und namentlich des Viehs in einen öffentlichen Pfandstall vor⁷³. Aehnliches bestimmen neuere Partikularrechte⁷⁴.

6. Wirkung. Sehen wir von den in die geschichtliche Zeit hineinragenden Resten des Rechtes der Rache am Thiere selbst ab, so bezweckt und bewirkt die Pfändung im alten wie im jüngsten Recht eine Sicherung des Pfandnehmers in verschiedenen Richtungen.

a. Beweissicherung. Vor Allem sollte seit alter Zeit die Pfändung den Beweis sichern, wessen Thier oder welche Person das Grundstück geschädigt hat⁷⁵. Zum Theil wurde sogar dieser Zweck ausschließlich ins Auge gefaßt, weshalb man sich namentlich oft bei der Personalpfändung mit der Wegnahme einer werthlosen Sache, wie des Gegenriemens vom Schuh oder des Däumlings vom Handschuh, begnügen sollte⁷⁶, aber auch bei der Schüttung nach manchen Quellen

⁷² Nach ed. Roth. c. 346 braucht er dem Thier nur noch Wasser vorzusetzen; nach l. Wisigoth. l. 8 t. 3 c. 15 soll er es noch 3 Tage bei bloßem Wasser halten und dann verjagen; nach l. Burg. t. 49 § 3 jagt er es nach drei Tagen über die Grenze. Zahlreiche Weisthümer aus den verschiedensten deutschen Gauen gestatten das Verhungernlassen in der Form, daß sie eine Scheinfütterung und Scheintränkung (Steine in einem Kübel und Wasser in einem Sieb, Heu auf der Dachfirst und Wasser auf dem Thürgesims u. s. w.) vorschreiben; z. B. Grimm, W. I 164, 206, III 714, IV 317, VI 62, Oesterr. W. I 34, II 118, VII 40, Nägeli S. 66 ff., Gierke, Humor S. 53. — Ueber den isländischen Hungerpferch vgl. v. Amira II 257.

⁷³ So zuerst Schwabensp. (L.) c. 212. Vgl. Kulmer R. V Art. 26 (Leman S. 158), Grimm, W. III 118, 641 § 11, IV 297 ff., Wilda S. 297 ff., Nägeli S. 49, 58 ff., 65, Stobbe § 70 Anm. 16.

⁷⁴ Vgl. z. B. Geldern. Landr. II t. 6 § 5 Nr. 1, Stadtr. v. Blankenburg u. Ilm b. Walch V 109 u. 131, Henneb. L.O. II t. 8 c. 11 § 3, Kurs. Konst. II c. 7, Oesterr. W. III 246 Z. 7 ff., Pr. L.R. I, 14 § 431, Sächs. Gb. § 492. Nach preuß. Ges. v. 1. Apr. 1880 § 80 Abs. 2 bestimmt die Ortsbehörde über die vorläufige Verwahrung gepfändeter Thiere. — Gemeinrechtlich ist trotz der in der älteren Theorie hierauf gerichteten Bemühungen (vgl. Stryck a. a. O. c. 4 Nr. 36) die Ablieferungspflicht nicht durchgedrungen; Struben, Rechtl. Bed. II B. 61, Wilda S. 300 ff.

⁷⁵ Bei Ansegis II 35 ist von Pfändung der Pferde „ad comprobandum“ die Rede. In den Weisthümern heißt das Pfand oft ein „Wahrzeichen“ oder „Pfand und Wahrzeichen“; Grimm, W. IV 698 § 10, Oesterr. W. II 22 § 37. Die Personalpfändung ist vermuthlich überhaupt lediglich aus dem Recht der Beweissicherung entstanden; oben Anm. 38.

⁷⁶ Vgl. Grimm, R.A. S. 159, W. IV 155, 698 § 10, nordische Rechte b. Wilda S. 246 ff.

zur Rückgabe des Thieres verpflichtet war, sobald dessen Eigenthümer seine Ersatzverbindlichkeit unter Uebergabe eines geringfügigen Wahrzeichens rechtsförmlich anerkannt hatte⁷⁷. Im mittelalterlichen Prozeß gewann man durch die Pfändung den formellen Beweisvortheil des Verfahrens auf handhafter That, so daß man den Beklagten durch das Pfand oder Zeichen unter Verlegung des Unschuldseides überführen konnte⁷⁸. Auch heute entsteht eine Vermuthung der Schadenszufügung durch das gepfändete Thier oder die gepfändete Person: „das Pfand soll statt der Probe sein“⁷⁹. Doch muß die GröÙe des Schadens stets besonders bewiesen werden⁸⁰.

b. Ersatzsicherung. Regelmäßig aber diente die Pfändung von je zugleich zur materiellen Sicherung der Ersatzansprüche des Pfandnehmers. Ursprünglich wurde freilich dieser Zweck nur mittelbar durch die Vorenthaltung des Thieres oder der sonstigen gepfändeten Sache und bei der Schüttung durch die für den Fall der Nichtauslösung dem Eigenthümer angedrohte Vernichtung des Thieres erreicht⁸¹. Schon im Mittelalter aber entwickelte sich eine unmittelbare Haftung der gepfändeten Sache für die Forderungen des Pfandnehmers, die sich mehr und mehr einer wahren Pfandhaftung annäherte⁸². Heute besteht eine derartige Sachhaftung allgemein. Ein

⁷⁷ Vgl. z. B. Grimm, W. III 713 a. E., VI 235 § 57, Oesterr. W. I 34 Z. 41, 67 § 24–25, VI 57 § 36, 109 Z. 8 ff., VII 40 Z. 18 ff., 45 Z. 14 ff. u. s. w. (ein halbes Hufeisen, eine alte Sichel, ein Hufnagel vom Roß u. s. w.). Mitunter hat aber nur der Gemeindegensosse hierauf Anspruch, während der Fremde materielle Sicherheit leisten muß; Oesterr. W. I 34 Z. 37 ff., 35 Z. 4 ff.

⁷⁸ Wilda S. 311 ff., Planck, Gerichtsv. I 821–824; vgl. Urk. Lothars III. v. 1142 b. Stumpf, Acta imperii Nr. 107, Sachsensp. III Art. 20 § 2 (durch das he recht mede bekome). Ebenso im nord. R., v. Amira I 248 Anm. 1 u. 4.

⁷⁹ Bayr. L.R. II c. 6 § 24; Mittermaier § 152; Wilda S. 312; Beseler S. 210; Erdmann I 302.

⁸⁰ Mittermaier § 152; Wilda S. 313; Beseler S. 313. Nach älterem deutschem Recht sollte sofort eine Abschätzung durch herangezogene Nachbarn stattfinden; L. Wisigoth. I. 8 t. 3 c. 13, I. Bajuv. t. 14 c. 17, Sachsensp. II Art. 47 § 2–3, Planck II 824 Anm. 9. Später trat alsbaldige gerichtliche oder obrigkeitliche Abschätzung an die Stelle; Pr. L.R. I, 14 § 433 ff., Feldpol.O. v. 1847 § 56, Ges. v. 1. Apr. 1880 § 82; vgl. Nägeli S. 58, 65, 76.

⁸¹ v. Amira I 244, Brunner II 534; vgl. auch Nägeli S. 92 ff. Daß aber schon in den Volksrechten bei der Schüttung der Zweck materieller Sicherung waltet, zeigt sich darin, daß nach den meisten der Eigenthümer das Thier nur gegen baare Zahlung des Ersatz- oder Bußgeldes oder gegen materielle Sicherheitsleistung (vgl. ed. Roth. c. 346: Angelobung mit Bürgenstellung) zurückerhält. Auch das Personalpfand muß mit dem Bußgelde ausgelöst werden; ed. Liutpr. c. 146.

⁸² Wilda S. 314 ff.; Meibom S. 239 ff.; Stobbe S. 668 ff. Ob ein eigentliches Pfandrecht angenommen wurde, ist schwer zu entscheiden. Heusler II 206

eigentliches Pfandrecht wird trotzdem auch heute im gemeinen Recht durch Pfändung nicht begründet⁸³. Allein das Zurückbehaltungsrecht des Pfandnehmers ist mit pfandrechtlichen Wirkungen ausgestattet. Partikularrechtlich ist es zu einem wirklichen Pfandrecht erhoben⁸⁴.

Die Haftung des genommenen Pfandes erstreckt sich auf die Forderungen des Pfandnehmers wegen Ersatzes des Schadens und aller Auslagen und Kosten⁸⁵. Ueberdies aber haftet das Pfand für die vom Gepfändeten verwirkte Buße, die im älteren deutschen Recht als Folge der Rechtsverletzung eintrat⁸⁶ und sich partikularrechtlich in freilich oft stark veränderter Bedeutung als „Pfandgeld“ erhalten hat⁸⁷.

entscheidet sich dafür; wenn er sich aber auf den Namen „pfant“ oder „pignus“ beruft, so übersieht er, daß derselbe schon in den Volksrechten in Fällen, die er selbst ausscheiden will, begegnet: *dispignerare* in ed. Roth. c. 346, *pignerare* in ed. Liutpr. c. 146, *pignus* in l. Wisigoth. l. 8 c. 5 § 1. Umgekehrt ist es schwerlich richtig, wenn Wilda S. 315 ff. u. Meibom S. 241 ff. dem Pfandnehmer jede dingliche Verfolgung des entlaufenen Thieres versagen; vgl. dagegen Purgoldt IV 20, Samuelsohn S. 11, Stobbe S. 669 Anm. 14. Allein ein Pfandrecht folgt noch nicht aus der Zulässigkeit der Fahrnißklage gegen irgend einen dritten Besitzer der abhanden gekommenen Sache, sondern würde erst erwiesen sein, wenn feststände, daß der Pfandnehmer mit der Fahrnißklage auch gegen den Eigenthümer selbst, dem das Vieh wieder zugelaufen wäre, durchdränge. Im Allgemeinen wird man für das mittelalterliche Recht bei einem Zurückbehaltungsrecht mit pfandrechtlichen Wirkungen stehen bleiben müssen; vgl. Brunner II 534 Anm. 22, der es dem kaufmännischen Retentionsrecht vergleicht. Doch mag vereinzelt eine Fortbildung zu eigentlichem Pfandrecht erfolgt sein, wie sie auch in Schweden begegnet; vgl. v. Amira II 259 u. dazu I 244.

⁸³ Dies ist die herrschende Meinung; vgl. Wilda S. 316, v. Wächter II 409 Anm. 23, Unger II 339 Anm. 4 a, Stobbe S. 685, Erdmann I 303. A. M. Samuelsohn S. 49 ff.

⁸⁴ So im Sächs. Gb. § 493. Im Bayr. L.R. (vgl. Kreittmayr, Anm. zu II c. 6 § 24), im Oesterr. Gb. (obwohl Zeiller, Kommentar III 775, von einem „gesetzlichen Pfandrecht“ spricht) u. im Preufs. L.R. ist von einem Pfandrecht nicht die Rede. Auch die Preufs. Feldpol.O. v. 1847 § 6 u. das Ges. v. 1. April 1880 § 78 begnügen sich, die „Haftung“ der gepfändeten Sachen auszusprechen; diese Haftung ist aber ganz die eines Faustpfandes, vgl. Dernburg § 123 S. 261. Das Zürch. Gb. § 873 (jetzt 402) stellt das genommene Pfand hinsichtlich der Realisation im Falle der Nichtzahlung einem freiwilligen Faustpfande gleich.

⁸⁵ Wilda S. 313 ff.; Pr. L.R. I, 14 § 439—440, Feldpol.O. v. 1847 § 6, Ges. v. 1. Apr. 1880 § 78; Oesterr. Gb. § 1321.

⁸⁶ Vgl. schon l. Sal. t. 9 § 7 (neben dem Schadensersatz eine Buße von 10 den.); ferner Sachsensp. II Art. 27 § 4, Art. 28 § 1—2, Art. 47 § 1—2, Schwabensp. (L.) c. 195, 196, 212. Es finden sich auch Bußen, die den Schadensersatz in sich schließen.

⁸⁷ Wilda S. 303 ff. Das Pfandgeld wurde oft nicht mehr als Privatstrafe, sondern entweder als Vergütung für die Mühe der Pfändung oder aber als Zeichen

zum Theil aber nur noch nach Wahl des Berechtigten an Stelle des Schadensersatzes gefordert werden kann⁸⁸.

Wird das Pfand nicht eingelöst, indem der unbekannte Eigenthümer sich nicht rechtzeitig meldet, oder der bekannte Eigenthümer den geschuldeten Betrag nicht zahlt, so erfolgt der öffentliche Verkauf und die Befriedigung des Pfandnehmers aus dem Erlöse⁸⁹.

c. Besitzsicherung. Insoweit die Pfändung wegen Besitzstörung stattfindet, wirkt sie jedenfalls als außergewöhnliche Protestation, nach manchen Rechten aber zugleich als Unterbrechung einer begonnenen Verjährung⁹⁰.

der Besitzerhaltung aufgefaßt; es wurde vielfach für alle Fälle ohne Rücksicht auf das Maß des Verschuldens gleich hoch normirt; bei der Pfändung zu bloßem Besitzschutz wurde dem Pfandnehmer überhaupt nur der Anspruch auf Pfandgeld gewährt; endlich wurde mitunter noch ein an den Richter zu erlegendes zweites Pfandgeld eingeführt oder ein Theil des Pfandgeldes einer öffentlichen Kasse überwiesen. Vgl. über das sächs. Recht Kursächs. Konst. II c. 27, Wilda S. 303 ff., Haubold § 176 Anm. f.; über das preussische Recht Pr. L.R. I, 14 § 439, 441—445, 451 (das Pfandgeld, dessen Höhe der provincialrechtlichen Festsetzung überlassen ist, soll, wenn bloß wegen Störung gepfändet ist oder Schadensersatz nicht gefordert wird, ganz dem Pfänder, wenn dagegen außerdem Schadensersatz gefordert wird, zur Hälfte der Ortskasse zufallen); über schweiz. Rechte Nägeli S. 58 u. 76; über das baltische Recht Erdmann I 304.

⁸⁸ So giebt das Sächs. Gb. § 493 die Wahl zwischen Schadensersatz und einem „Pfandschilling“ von 5 Neugroschen. Die Preufs. Feldpol.O. v. 1847 § 8—13 kennt ein nach Art und Zahl des gepfändeten Viehs und nach Beschaffenheit des betretenen Grundstücks mannichfach abgestuftes „Pfandgeld“, das regelmäÙig zugleich Surrogat des Schadensersatzes ist, gestattet aber in schwereren Fällen noch die Forderung des geringeren Pfandgeldes neben dem Schadensersatz (§ 11); das Ges. v. 1. Apr. 1880 dagegen läÙt stets nur die Wahl zwischen Schadensersatz und einem festen „Ersatzgeld“ von sehr ungleich normirter Höhe, das übrigens auch ohne vorausgegangene Pfändung gefordert werden kann und darum nicht mehr „Pfandgeld“ heiÙt (§ 69—76, 78 Abs. 1, 82, 86 Abs. 1, 87).

⁸⁹ Vgl. Grimm, W. IV 205; Geldern. Landr. a. a. O. Nr. 5—6; Kursächs. Konst. II c. 27; Bayr. L.R. II c. 6 § 24 Nr. 12; Pr. L.R. I, 14 § 438—439 u. 457, Preufs. Ges. v. 1. Apr. 1880 § 85—86. Dazu Wilda S. 316 ff., Götschen, Gosl. Stat. S. 416, Trummer a. a. O. II 130, v. Meibom S. 240 ff., Stobbe S. 608. — Nach dem preufs. Ges. v. 1880 kann der Gepfändete noch bis zum Zuschlage das Pfand einlösen (§ 85 Abs. 2). Ein etwaiger Ueberschuß fällt an den Gepfändeten, für den Fall aber, daÙ dieser nicht zu ermitteln ist, an die Ortsarmenkasse (Preufs. Ges. v. 1880 § 86 Abs. 3).

⁹⁰ So nach Kursächs. Konst. II c. 7 mit Ablieferung des Pfandes an das Gericht (vgl. Wilda S. 302, Haubold § 167), nach Sächs. Gb. § 586 mit erfolgter Anzeige. Anders Pr. L. R. I, 9 § 612: „BloÙe Pfändungen unterbrechen die Verjährung nicht, wenn der Gepfändete dessen ungeachtet die Ausübung des Rechtes fortsetzt.“

