

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 regelmässig 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, daß auch die Privatrechte zuletzt dem Einzelnen nicht bloß 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 Uebermaß 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 nöthigen.

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 Vermögensinbegriffes 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 Vermögensinbegriffen, 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 Ausschlufsurtheil²⁹.

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 Ausschlufsurtheils 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 Ausschlufsurtheil vorbehalten; C.Pr.O. § 830.

²⁹ Vorher kann eine nähere Ermittlung angeordnet werden; C.Pr.O. § 829. Gegen das Ausschlufsurtheil 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 Lehns- 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 Betheiligte 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. Seuff. 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 Selbsthülfe recht 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 Urtheilerfüllungsgelöbnisses

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 (pignorare 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. Stat. 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 Grimmischen 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 Rechtsnachtheile⁷⁰.

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 Gemeindegenosse 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 feststünde, 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 Mafß 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 regelmäfsig 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 läßt 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“ heifßt (§ 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, dafs 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: „Bloße Pfändungen unterbrechen die Verjährung nicht, wenn der Gepfändete dessen ungeachtet die Ausübung des Rechtes fortsetzt.“

