

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

Zweites Kapitel.

Das Werden des subjektiven Rechts.

§ 32. Im Allgemeinen.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 33. Rechtsgeschäfte¹.

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

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

¹⁰ Vgl. unten § 34.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴³ Brefs-lau a. a. O. S. 549 ff.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

erforderniß für die Begründung oder Uebertragung des Rechtes wurde⁵¹.

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

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

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

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

⁵³ Von den Grundbüchern ist im Immobiliarsachenrecht, von Genossen-

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

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

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

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

⁵⁵ Heusler, Inst. I 203 ff.

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

zeitig die noch unentwickelten Keime sowohl der sozialrechtlichen Organschaft wie der individualrechtlichen Stellvertretung. Aus ihnen giengen sodann einerseits die repräsentativen Funktionen körper-schaftlicher und anstaltlicher Organe⁵⁷ und die sich denselben an-nähernden Vertretungsverhältnisse kraft personenrechtlicher Gemein-schaft⁵⁸ hervor. Andererseits aber entwickelte sich aus ihnen all-mählich eine Vertretung von Einzelpersonen durch Einzelpersonen. Die Vertretungsmacht des Muntherrn erweiterte sich zu einer wahren vormundschaftlichen Stellvertretung⁵⁹, aus der Repräsentation des Herrn durch Hausangehörige und Beamte entsprang umgekehrt eine dienstliche Stellvertretung⁶⁰. In Anlehnung an diese durch personen-rechtliche Verbundenheit bedingte Stellvertretung bildete sich dann auch eine mehr und mehr verselbständigte Stellvertretung kraft rechtsgeschäftlicher Vollmacht aus⁶¹. So war bereits im 13. Jahr-hundert bei uns im Allgemeinen das Prinzip der freien Stellvertretung anerkannt⁶², das seitdem trotz der Aufnahme des fremden Rechts in Geltung geblieben ist.

Soweit eine Stellvertretung überhaupt zulässig war, wirkte sie im deutschen Recht stets unmittelbar für und wider den Ver-tretenen⁶³. Daneben war freilich die sogenannte mittelbare Stell-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 34. Gesetzliche Rechte.

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

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

II. Privilegien².

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²¹ In diesem Falle erscheint er als Eintritt einer Resolutivbedingung.

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

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

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

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

§ 35. Zeitablauf.

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

II. Berechnung der Zeit¹. In allen solchen Fällen gelten

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. Verjährung¹¹. Eine besondere Rolle spielt der Zeit-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. Unvordenklichkeit²³.

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁵ Gierke, Genossenschaftsr. II 462–464.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁴ Seuff. XVII Nr. 6.

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

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